



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

FACULTAD DE DERECHO

“LA TRANSEXUALIDAD COMO CAUSAL DE DIVORCIO”

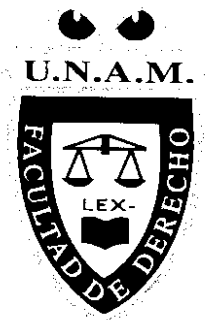
T E S I S

**QUE PARA OPTAR AL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

P R E S E N T A:

VÍCTOR MARTÍNEZ FLORES

ASESOR DE TESIS: LIC. JESÚS VILCHIS CASTILLO



CIUDAD UNIVERSITARIA

2006



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

GUSTAVO ARRATÍBEL SALAS

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

OFICIO INTERNO SEMCIV/25/04/06/33

ASUNTO: Aprobación de Tesis

SR. ING. LEOPOLDO SILVA GUTIERREZ,
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA U. N. A. M.
P R E S E N T E .

El alumno **VICTOR MARTÍNEZ FLORES**, elaboró en este Seminario bajo la asesoría y responsabilidad del Lic. Jesús Vilchis Castillo, la tesis denominada "**LA TRANSEXUALIDAD COMO CAUSAL DE DIVORCIO**" y que consta de 136 fojas útiles.

La tesis de referencia, en mi opinión, satisface los requisitos reglamentarios respectivos, por lo que con apoyo en la fracción VIII del artículo 10 del Reglamento para el funcionamiento de los Seminarios de esta Facultad de Derecho, se otorga la aprobación correspondiente y se autoriza su presentación al jurado recepcional en los términos del Reglamento de Exámenes Profesionales de esta Universidad.

El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente, sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de esta Facultad.

Reciba un cordial saludo.

"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D. F. 25 de Abril de 2006

LIC. LUIS GUSTAVO ARRATÍBEL SALAS
Director del Seminario

LGAS'egr.

MÉXICO, D.F. 3 DE ABRIL DEL 2006

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO:

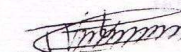
Lic. LUIS GUSTAVO ARRATIBEL SALAS
Director del Seminario de Derecho Civil UNAM

P R E S E N T E

Fui autorizado para dirigir y revisar el trabajo intitulado "LA TRANSEXUALIDAD COMO CAUSAL DE DIVORCIO" Mismo que fue elaborado por el alumno: **VÍCTOR MARTÍNEZ FLORES** con No. de cuenta 9100200-0 el cual a mi consideración ha sido una investigación seria, con la bibliografía adecuada, por lo que, considero, reúne los requisitos legales y formales que exige el reglamento de exámenes profesionales.

Después de haber revisado, corregido en su totalidad el trabajo en cuestión y realizado las observaciones hechas por el seminario a su digno cargo, le solicito tenga a bien aprobarla y autorizar su impresión, salvo su docta opinión al respecto.

Por lo anterior, le agradezco las atenciones que se sirva prestar al portador de la presente, manifestándole la más alta y distinguida consideración de mi persona.



ATENTAMENTE

"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU."

Lic. JESÚS VILCHIS CASTILLO

**A LA UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO:**

A la que agradezco eternamente el haberme formado como profesionista y como un mejor ser humano.

Gracias.

A DIOS:

Por darme la oportunidad de vivir y de proveerme todo lo necesario para forjar mi propio destino.

**A MI ASESOR LIC. JESÚS
VILCHIS CASTILLO:**

Por su paciencia, motivación y dirección en la realización de esta investigación, que hicieron posible la culminación de este trabajo.

A MIS PADRES EPIFANIO Y MARICELA:

Quienes con su cariño y apoyo incondicional, en todos los aspectos y en todo tiempo han representado un pilar importante en la edificación de mi vida y destino.

Los Amo.

**A MI HERMANA Y CUÑADO
MARIBEL Y MANUEL:**

Quienes con sus ánimos y motivaciones han sido uno de los motores que me han impulsado a seguir adelante.

Muchas Gracias.

A LA VIDA:

Por ser mi mejor amiga, compañera y maestra, que gracias a sus amargas y dulces lecciones han sido el acicate para seguir creciendo.

“

“LA TRANSEXUALIDAD COMO CAUSAL DE DIVORCIO”

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO PRIMERO DEL DIVORCIO EN GENERAL

1.1.	Concepto de divorcio.....	2
1.2.	Devenir histórico del divorcio en México.....	14
1.3.	El divorcio en el Derecho comparado.....	22
1.4.	La problemática del divorcio.....	29
1.5.	El divorcio como solución a los conflictos familiares o un mal necesario.....	33

CAPÍTULO SEGUNDO CONCEPTOS RELACIONADOS CON NUESTRO TEMA

2.1.	La sexualidad.....	37
2.2.	El Derecho a la sexualidad.....	42
2.3.	La Homosexualidad.....	50
2.4.	La Bisexualidad.....	54
2.5.	La Heterosexualidad.....	57
2.6.	La Transexualidad.....	58
2.7.	Punto de vista Natural de la sexualidad.....	64
2.8.	Punto de vista Religioso.....	66
2.9.	Punto de vista Jurídico.....	69

CAPÍTULO TERCERO EL DERECHO DE LAS PERSONAS A DISPONER DE SU CUERPO

3.1.	Concepto de persona y personalidad.....	71
3.2.	La disposición del cuerpo en el Derecho Civil.....	76
3.3.	Casos en que la persona puede disponer sobre su propio cuerpo.....	82

3.4.	De los Derechos inherentes a la persona.....	88
------	--	----

CAPÍTULO CUARTO
LA TRANSEXUALIDAD COMO CAUSAL DE DIVORCIO

4.1.	El cambio de fenotipo o características sexuales, como avance de la medicina y problema social.....	98
4.2.	Repercusiones de hecho y de Derecho de la transexualidad y el cambio de fenotipo en el matrimonio.....	109
4.3.	La transexualidad, cambio de fenotipo o características sexuales como causal de divorcio.....	119
4.4.	Justificación de la propuesta.....	122
4.5.	Propuesta de solución a la problemática planteada.....	125
CONCLUSIONES.....		129
BIBLIOGRAFÍA.....		131

INTRODUCCIÓN

El tema de tesis que presento a continuación, desde nuestro particular punto de vista, está cobrando auge e importancia por las repercusiones que de hecho y de derecho puede tener, máxime que todavía la sociedad y leyes mexicanas no están preparadas para esta situación me refiero pues, a la TRANSEXUALIDAD COMO CAUSAL DE DIVORCIO.

Hoy en día es común que algunas personas que han ocultado su preferencia sexual, de repente salgan del closet y ya no quieran ser del sexo con el cual nacieron y se sometan a una operación para cambiar de hombre a mujer o viceversa, pero, lo importante aquí es, saber hasta dónde la persona puede disponer de su sexo, o de su cuerpo y si hay consecuencias cuando se trastocan los derechos de terceras personas involucradas llámese esposa o esposo o concubina o concubino, porque si se es soltero, en la cuestión afectiva no hay problema, pero sí se afecta a los padres aquí estos ya son terceros y en general el cambio de fenotipo tiene como consecuencia alterar todo el estado civil de las personas y obviamente su personalidad así como los datos de identificación.

Por lo señalado, consideramos importante que dicha situación se contemple como causal de divorcio para que se comiencen a tomar las medidas legislativas necesarias al respecto.

Para lograr lo anterior el tema objeto de este estudio quedó dividido en cuatro capítulos los cuales a continuación detallamos.

En el capítulo primero tal y como su nombre lo indica hablamos del divorcio en general iniciando con su concepto, su evolución histórica tanto en México, como en el Derecho Comparado, la problemática que encierra dicha ruptura conyugal, así como la calificación que se le da al divorcio sobre si es o no un mal necesario.

En el capítulo segundo hablaremos de los conceptos que tienen estrecha relación con nuestra exposición tales como: Sexualidad, el derecho a la sexualidad, homosexualidad, bisexualidad, heterosexualidad, transexualidad y cambio de fenotipo así como los distintos puntos de vista tanto natural como religioso y jurídico al respecto.

El derecho de las personas a disponer de su cuerpo es un tema que se aborda en el capítulo tercero del presente trabajo recepcional señalando los conceptos de persona y personalidad así como la disposición del cuerpo en materia civil, los casos en que la persona puede disponer sobre su propio cuerpo para finalizar con los derechos inherentes a la persona.

Finalmente, en el capítulo cuarto y último de éste trabajo se señala lo relacionado a la transexualidad como causal de divorcio estudiándolo desde el punto de vista médico y como problema que representa a la sociedad. Asimismo, señalo las repercusiones de hecho y de derecho del cambio de fenotipo en caso de que éste se dé dentro del matrimonio. También señalo las consecuencias de invocar tal acción cuando exista desconocimiento o ausencia de consentimiento de los cónyuges para así, tratar de justificar la propuesta planteada dando solución a la problemática que planteamos a lo largo de nuestra exposición. Lo anterior es con el propósito de que la transexualidad o cambio de fenotipo además de ser contraria a la naturaleza va en contra también del derecho, de la moral y de las buenas costumbres, razón por la cual nuestras instituciones jurídicas deben prevenir y evitar dicho acto.

CAPÍTULO PRIMERO

DEL DIVORCIO EN GENERAL

La figura del divorcio se ha convertido hoy en día en una práctica muy común, situación que implica un desmoronamiento para la sociedad y el Estado, ya que es aquél el pilar y fundamento de éstos; es por eso que socialmente hablando se tiene un especial interés sobre las instituciones del matrimonio y del divorcio, situación que se demuestra al momento que el Estado interviene para que se lleve a cabo cualquiera de estos dos actos, ya sea, señalando en la ley requisitos que van desde contemplar impedimentos y formalidades para la creación del matrimonio, hasta el señalar su objeto, derechos y obligaciones que tienen los cónyuges, o simplemente al momento de tener que disolver dicho matrimonio la ley determinará las causas por las cuales, únicamente, puede proceder el mismo, situación que de igual forma el Estado tendrá que intervenir.

El legislador ha dispuesto que la importancia del matrimonio como pilar de la sociedad “obliga al Estado a tener cierto control sobre él mismo, control que va desde señalar en la Ley los impedimentos, formas, solemnidades y requisitos para contraer el estado civil de casados, hasta inclusive, por la gran trascendencia de éste, la manera de como va a supervisar la disolución del vínculo matrimonial”¹.

En determinado momento, los problemas que presentan las parejas pueden no tener solución alguna más que el divorcio, esto es, porque alguno de los cónyuges, o ambos, se encuentren en alguna situación que no sea posible de salvar más que por la separación definitiva, lo que el legislador viendo esta situación, ha establecido diversas causales de divorcio, cuya valoración y procedencia queda en manos del juzgador desafortunadamente el legislador ha descuidado la actualización de aquellos artículos que hacen referencia a dichas causales de divorcio ya que hoy en día los avances tecnológicos y científicos han avanzado de manera sorprendente, de tal manera, que la ley se ha quedado rezagada lo que a nuestro particular punto de vista no debiera de suceder.

En virtud, de que uno de los temas fundamentales de la presente tesis en exposición es el divorcio, abordaremos lo relacionado al mismo.

¹ HERNÁNDEZ LÓPEZ, Aarón y PÉREZ PORRÚA SUÁREZ, María. El Divorcio Práctica Forense de Derecho Familiar. 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 2003. p. 6.

1.1. Concepto de divorcio.

La palabra divorcio proviene de las voces latinas “*divortium* y *divertere* que quiere decir separarse o separar lo que estaba unido, tomar líneas divergentes”.²

El divorcio, en su aspecto jurídico, “es la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges por causas surgidas con posterioridad a la celebración del mismo y que permite a los divorciados contraer con posterioridad un nuevo matrimonio válido. De acuerdo a la definición legal, el divorcio sólo puede demandarse por las causas previamente establecidas en la ley, ante autoridad competente y cumpliendo con todos los requisitos legales de procedimiento”.³

Podemos decir que el divorcio es el rompimiento del vínculo, de lo que estaba unido, es decir, que los cónyuges se separan para seguir sendas diferentes, aún cuando antes, marchaban por el mismo camino.

El divorcio, es definido en nuestra legislación por el artículo 266 del Código Civil para el Distrito Federal, y al respecto señala:

"Artículo 266.- El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

Se clasifica en voluntario y necesario. Es voluntario cuando se solicita de común acuerdo por los cónyuges, y se substanciará administrativa o judicialmente, según las circunstancias del matrimonio. Es necesario cuando cualquiera de los cónyuges lo reclama ante la autoridad judicial, fundado en una o más de las causales a que se refiere el artículo 267 de este Código”.

A esta definición que señala la Ley, se le puede agregar lo que menciona el artículo 289 del mismo ordenamiento legal, al manifestar:

² MATEOS, M. Agustín. Etimologías Grecolatinas del Español. 4ª edición, Editorial, Esfinge, México, 2003. p. 75.

³ BAQUEIRO ROJAS, Edgard y BUENROSTRO BAEZ, Rosalia. Derecho de Familia. 2ª edición, Editorial, Oxford, México, 2004. p. 183.

“Artículo 289.- En virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer matrimonio”.

De lo que se concluye que nuestro actual Código Civil para el Distrito Federal, sí permite la disolución del vínculo matrimonial, y con la obvia consecuencia de que los cónyuges puedan contraer nuevas nupcias.

De las siguientes definiciones, que se apuntan a continuación, las mismas no desvirtúan ni varían de la ya expuesta por la ley, sin embargo se transcriben en razón de que dichas opiniones aportan elementos esenciales y valiosos que la ley no contempló, pero que se deducen al momento de la lectura de todo el texto legal relacionado con el divorcio. Se puede decir que los autores profundizan un poco más al respecto, esto es, al momento de dar sus opiniones, o simplemente hacen hincapié en cosas que ya están adheridas a la anterior definición, como puede ser la aportada por los siguientes autores.

Sara Montero Duhalt, señala que el divorcio es la "disolución del vínculo matrimonial en vida de los cónyuges decretada por autoridad competente, por causas posteriores a la celebración del matrimonio, establecidas expresamente en la ley".⁴

Otra definición, que es similar a la de Sara Montero, en el aspecto de que el divorcio únicamente se otorgará cuando se hallen en vida los cónyuges y por causas que se presenten después de celebrado el matrimonio es la expuesta por Benjamín Flores, al manifestar que el divorcio "es la disolución del vínculo del matrimonio, en vida de los cónyuges por una causa posterior a su celebración y que deja a los mismos cónyuges en aptitud de contraer nuevo matrimonio".⁵

De las anteriores dos definiciones, como ya lo mencionamos, no varían el sentido final que la ley le ha dado al divorcio, al momento de definirlo en el artículo 266 del Código Civil para el Distrito Federal, y como se señaló, los autores abundan un poco en el tema al señalar elementos que a primera vista tal vez parecerían poco importantes, pero que en realidad son aportaciones valiosas para el estudio de la presente tesis, como es el caso de

⁴ MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. 6ª edición, Editorial, Porrúa, México, 1992. p. 196.

⁵ FLORES, Benjamín. Lecciones del Primer Curso de Derecho Civil. 3ª edición, Editorial, Trillas, México, 1999. p. 184.

que dicho divorcio solamente se podrá decretar cuando ambos cónyuges estén vivos y con fundamento a una causa posterior al matrimonio.

Julián Bonnecase, al igual que los otros dos autores, añade a su definición de divorcio la palabra... matrimonio válido...; para quedar de la siguiente manera "El divorcio es la ruptura de un matrimonio válido, en vida de los esposos, por causas determinadas y mediante resolución judicial".⁶

Antonio de Ibarrola, define al divorcio como "la ruptura de un matrimonio válido en vida de los dos cónyuges".⁷ Aquí al igual que Julián Bonnecase se ha señalado que debe de existir con anterioridad al divorcio un matrimonio válido y que éste se lleve a cabo en vida de los cónyuges.

Por último, Ignacio Galindo Garfias menciona que el divorcio "es la disolución del vínculo matrimonial, el cual sólo puede ser decretado por la autoridad judicial y en muy especiales casos por la autoridad administrativa dentro de un procedimiento señalado por la ley, en que se compruebe debidamente la imposibilidad de que subsista la vida matrimonial".⁸

De las anteriores definiciones, se puede concluir, que efectivamente para que proceda un divorcio, el mismo debe ser pedido ante la autoridad competente judicial o administrativa y con fundamento en una de las causales previamente establecidas en la ley que son la consecuencia de la inevitable convivencia, sea el caso, de las expuestas en el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal sin dejar de mencionar que se debe de llevar a cabo dicho divorcio en vida de los cónyuges.

Concluimos que el divorcio es el procedimiento legal, judicial o administrativo, por el cual, la autoridad decreta, con fundamento en las causales señaladas en la ley, la disolución del vínculo matrimonial cuando los cónyuges en vida así lo decidan, o uno de ellos ejercite una acción en contra del otro, trayendo como consecuencia, la disolución de las obligaciones

⁶ BONNECASE, Julián. Tratado Elemental de Derecho Civil Francés. 3ª edición, Editorial, Depalma, Argentina, 1990. p. 387.

⁷ DE IBARROLA, Antonio. Derecho de Familia. 10ª edición, Editorial, Porrúa, México, 1992. p. 299.

⁸ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil Primer Curso. Parte General. Personas. Familia. 8ª edición, Editorial, Porrúa, México, 2002. p. 598.

y derechos que en un principio se habían comprometido.

Comúnmente cuando se habla de divorcio, siempre se relaciona el mismo únicamente con dos formas, el divorcio necesario y el voluntario pero, cuando se hace un estudio más profundo del tema consultado, en la doctrina y la Ley, encontramos más divisiones respecto del divorcio, y que son las siguientes:

1. Vincular y Separación de cuerpos o divorcio no vincular,
2. Sanción y remedio, y
3. Necesario y voluntario

1. El divorcio vincular y separación de cuerpos o divorcio no vincular, regularmente acontece con fundamento en las enfermedades señaladas en la ley como causal de divorcio.

Cuando nos encontramos en presencia de las enfermedades, como causal de divorcio en el Código Civil para el Distrito Federal, éste contempla dos modalidades que pueden ser empleadas por el cónyuge sano, que son; lo deja en posibilidad de optar por un divorcio vincular, es decir, que se destruye el vínculo matrimonial y, por consiguiente, quedará en aptitud de contraer un nuevo matrimonio; o bien, decide sólo la separación de cuerpos.

En lo que respecta, a la separación de cuerpos, ésta se define como aquella circunstancia en donde "el vínculo matrimonial perdura, quedando subsistentes las obligaciones de fidelidad, de ministración de alimentos, e imposibilidad de nuevas nupcias; sus efectos consisten en la separación marital de los cónyuges, quienes ya no estarán obligados a vivir juntos y, por consiguiente a hacer vida marital".⁹

Rafael de Pina menciona al respecto, que "realmente la llamada separación de cuerpos no es un verdadero divorcio, pues mediante ella se crea simplemente una situación que si bien supone un relajamiento del vínculo matrimonial, no lo destruye, por lo que todas las obligaciones derivadas del estado de matrimonio subsisten, con exclusión de la relativa a la vida en común".¹⁰

⁹ Ibidem. p. 599.

¹⁰ DE PINA, Rafael. Elementos de Derecho Civil.5ª edición, Editorial, Porrúa, México, 2003. p. 362.

A su vez Ambrosio Colín y Henri Capitant manifiestan que "La separación de cuerpos es el estado de dos esposos que han sido dispensados de vivir juntos por una decisión judicial".¹¹

Se puede decir de lo hasta aquí expuesto que, si el cónyuge sano opta únicamente por la separación de cuerpos, entonces quedan subsistentes los demás derechos y obligaciones propios del matrimonio y que son la: fidelidad, ayuda mutua, patria potestad compartida, régimen de sociedad conyugal y su administración conforme a lo pactado, salvo que la causa sea enajenación mental y que el administrador haya sido el enfermo.

Aclarando que, la custodia de los hijos será siempre por el cónyuge sano.

La separación de cuerpos solamente se puede invocar con fundamento en las fracciones VI y VII del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, no se puede solicitar por mutuo consentimiento.

Se hace mención de que esta separación de cuerpos debe de ser decretada por la autoridad judicial competente, porque si no se lleva el procedimiento judicial determinado por la Ley, entonces se puede incurrir en alguna de las causales contempladas en las fracciones VIII y IX del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, y que hablan de la separación del hogar conyugal por parte de uno de los cónyuges.

En el divorcio vincular, tiene como principal y única característica, la disolución del vínculo matrimonial, otorgando capacidad a los cónyuges para contraer nuevas nupcias. Con respecto a este tipo de divorcio, existen dos formas:

- a. Divorcio necesario y
- b. Divorcio voluntario, y este a su vez se divide:

Divorcio voluntario judicial, y
Divorcio voluntario administrativo.

2. Divorcio sanción y divorcio remedio. Dentro del divorcio vincular necesario, podemos mencionar el divorcio sanción y el divorcio remedio.

¹¹ COLÍN, Ambrosio y CAPITANT, Henri. Tratado de Derecho Civil. 6ª edición, Editorial, Bosch, España, 1994. p. 355.

El primero se motiva por las causas señaladas en el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, exceptuándose las fracciones VI, VII fracciones que señalan las enfermedades como causal de divorcio mismo ordenamiento.

Consideramos que este tipo de divorcio la doctrina lo ha denominado divorcio sanción, en razón de que el mismo va a ser un castigo para aquel cónyuge que no ha cumplido con las obligaciones que la Ley le ha impuesto, correspondiéndole al cónyuge que no ha dado causal para el divorcio realizar dicha sanción, consistente en que, al momento que se dicte sentencia, el que incurrió en la causal sea declarado cónyuge culpable, y que tenga como consecuencia las sanciones administrativas que esto conlleva.

Al respecto, Rafael Rojina Villegas señala que "el divorcio sanción solo puede ser decretado judicialmente ante la alegación y prueba de hechos culpables que, en el proceso se imputan a uno de los cónyuges. Por supuesto que tales hechos pueden ser imputables a ambos cónyuges, en cuyo caso, cada cual y aprueba lo que atribuye el otro".¹²

En el divorcio sanción se encuadran aquellos actos que se refieren a delitos entre los cónyuges, de padre a hijo o de cónyuge contra terceras personas, hechos inmorales, incumplimiento de obligaciones fundamentales en el matrimonio, actos contra la naturaleza del mismo matrimonio.

El divorcio remedio se admite como medida de protección para el cónyuge sano y los hijos, cuando el otro consorte padece una enfermedad crónica o incurable, que sea además, contagiosa o hereditaria, y que se fundamente en las fracciones VI y VII del artículo 267 Código Civil para el Distrito Federal.

Así como la doctrina, ha nombrado de una manera muy coloquial, divorcio sanción, al divorcio que se ha fundamentado en el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, con excepción de las fracciones VI y VII; de la misma forma, la doctrina ha llamado al divorcio que se fundamenta en las fracciones antes señaladas, divorcio remedio, porque se desea evitar un posible contagio del cónyuge sano e inclusive a los propios hijos, siendo

¹² ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Derecho de Familia. T.II. 8ª edición, Editorial, Porrúa, México, 2004. p. 404.

necesario decretar un divorcio o una separación, sea el caso a elegir por el cónyuge sano. En este rubro, también entra la causal de la separación de los cónyuges por más de un año, independientemente del motivo que haya originado la separación, en razón de que ya no hay motivo alguno por el cual los cónyuges deban seguir casados, porque sus actos, hacen presumir la falta de interés de que el vínculo conyugal siga subsistiendo, y sería incongruente, persistir en el hecho de que siguieran juntos, lo que sucede de igual forma en el divorcio voluntario, ya que a través de él, los cónyuges se separan porque no han sido capaces de conservar la comunidad conyugal.

3. El divorcio necesario y voluntario. Como lo habíamos mencionado el divorcio vincular se divide en necesario y voluntario y a su vez, éste último, en administrativo y judicial.

El divorcio necesario es exactamente igual al del divorcio en general, y en particular proporcionamos la siguiente definición; es el procedimiento, por el cual la autoridad jurisdiccional competente, decreta con fundamento en las causales expresamente señaladas en la ley, el fin de la disolución del vínculo matrimonial solicitada por uno de los cónyuges en contra del otro, junto con las obligaciones y derechos que este acarrea.

Este divorcio se llama también contencioso por ser un esposo el que demanda el divorcio en contra del otro, al contrario de lo que sucede en el divorcio voluntario, que es cuando ambos cónyuges se ponen de acuerdo y no establecen controversia entre ellos.

El Código Civil para el Distrito Federal enumera veinte y una causas de divorcio necesario. Las causas son de carácter limitativo y no ejemplificativo por lo que cada causa tiene carácter autónomo y no pueden involucrarse unas en otras, ni ampliarse por analogía ni por mayoría de razón.

Las causas que enumera el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal son las siguientes:

“Son causales de divorcio:

- I. El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;

- II. El hecho de que durante el matrimonio nazca un hijo concebido, antes de la celebración de éste, con persona distinta a su cónyuge, siempre y cuando no se hubiere tenido conocimiento de esta circunstancia;
- III. La propuesta de un cónyuge para prostituir al otro, no sólo cuando él mismo lo haya hecho directamente, sino también cuando se pruebe que ha recibido cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que se tenga relaciones carnales con ella o con él;
- IV. La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito;
- V. La conducta de alguno de los cónyuges con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción;
- VI. Padecer cualquier enfermedad incurable que sea además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia sexual irreversible, siempre y cuando no tenga su origen en la edad avanzada;
- VII. Padecer trastorno mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge enfermo;
- VIII. La separación injustificada de la casa conyugal por más de seis meses;
- IX. La separación de los cónyuges por más de un año, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos;
- X. La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga ésta que preceda la declaración de ausencia;
- XI. La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro, o para los hijos;
- XII. La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el Artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del Artículo 168;
- XIII. La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión;
- XIV. Haber cometido uno de los cónyuges un delito doloso por el cual haya sido condenado, por sentencia ejecutoriada;

- XV. El alcoholismo o el hábito de juego, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desaveniencia;
- XVI. Cometer un cónyuge contra la persona o bienes del otro, o de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada;
- XVII. La conducta de violencia familiar cometida o permitida por uno de los cónyuges contra el otro, o hacia los hijos de ambos, o de alguno de ellos. Se entiende por violencia familiar la descrita en este Código;
- XVIII. El incumplimiento injustificado de las determinaciones de las autoridades administrativas o judiciales que se hayan ordenado, tendientes a corregir los actos de violencia familiar;
- XIX. El uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desaveniencia;
- XX. El empleo de métodos de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento de su cónyuge; y
- XXI. Impedir uno de los cónyuges al otro, desempeñar una actividad en los términos de lo dispuesto por el artículo 169 de este Código.

La anterior enumeración de las causales de divorcio, es de carácter limitativo; por tanto, cada causal es de naturaleza autónoma”.

Las causas de divorcio pueden definirse como aquellas circunstancias que permiten obtenerlo con fundamento en una determinada legislación y mediante el procedimiento previamente establecido al efecto.

El divorcio voluntario, como su nombre lo indica, procede cuando los cónyuges de mutuo acuerdo desean divorciarse, el mismo ha sido muy criticado en razón de que se argumenta la poca seriedad de la institución del matrimonio, pero creemos que este tipo de divorcio es muy acertado, porque evita entre los cónyuges un desgaste psicológico, económico y físico, porque, como es bien sabido, este tipo de problemas conyugales trae un desmoronamiento de la pareja que inclusive puede perjudicarla aún más que estando separados.

Podemos decir, que este tipo de divorcio es el más acertado y coherente para la pareja que ha decidido divorciarse sin que medie pleito alguno, por esto también se le denomina divorcio no contencioso, en razón de que no existe un pleito de tipo judicial, únicamente, la intervención que tiene el Juez de lo Familiar, en razón, de la protección de los hijos que hayan sido producto de dicha relación y la disolución de la sociedad conyugal.

Montero Duhalt Sara, define este divorcio, como “la disolución del vínculo matrimonial en vida de los cónyuges decretada por autoridad competente, ante la solicitud por mutuo acuerdo de ambos cónyuges”.¹³

De dicha definición se puede apreciar que dicha disolución del vínculo matrimonial será decretada por autoridad competente, esto va en razón que el Código Civil para el Distrito Federal regula dos formas distintas de divorcio voluntario, el cual se va a tramitar dependiendo de las circunstancias en que se encuentre la pareja; dichas formas de solicitar el divorcio voluntario son de dos tipos:

1. Administrativo, y
2. Judicial.

DIVORCIO VOLUNTARIO ADMINISTRATIVO.

Este tipo de divorcio, facilita la disolución de la institución del matrimonio, ya que llenándose ciertas formalidades que menciona el artículo 272 del Código Civil para el Distrito Federal, los consortes pueden acudir ante el Oficial del Registro Civil para que se levante un acta que dé por terminado el matrimonio... cumpliendo con los requisitos establecidos por el artículo 272 del Código Civil citado, los que al respecto señalan:

“Artículo 272.- Procede el divorcio administrativo cuando habiendo transcurrido un año o más de la celebración del matrimonio, ambos cónyuges convengan en divorciarse, sean mayores de edad, hayan liquidado la sociedad conyugal de bienes, si están casados bajo ese régimen patrimonial, la cónyuge no esté embarazada, no tengan hijos en común, o teniéndolos, sean mayores de edad, y éstos no requieran alimentos o alguno de los cónyuges. El Juez del Registro Civil, previa identificación de los cónyuges, levantará un acta

¹³ MONTERO DUHALT, Sara. Op. cit. p. 196.

en que hará constar la solicitud de divorcio y citará a éstos para que la ratifiquen a los quince días. Si los cónyuges lo hacen, el Juez los declarará divorciados y hará la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior.

Si se comprueba que los cónyuges no cumplen con los supuestos exigidos, el divorcio así obtenido no producirá efectos, independientemente de las sanciones previstas en las leyes.”

De lo que concluimos que el divorcio voluntario administrativo es aquel procedimiento que deben de llevar a cabo los cónyuges de común acuerdo para solicitar ante la autoridad administrativa (Juez del Registro Civil) la disolución del vínculo matrimonial, siempre y cuando hayan sido cubiertos los requisitos que establece la ley, como son la mayoría de edad de los cónyuges, la disolución de la sociedad conyugal si es que existe y que de dicho matrimonio no hayan habido hijos.

DIVORCIO VOLUNTARIO JUDICIAL.

Este tipo de divorcio procede cuando los cónyuges de mutuo acuerdo desean romper con el vínculo matrimonial, pero si de dicho matrimonio se procrearon hijos, y no se ha hecho la liquidación de la sociedad conyugal o los cónyuges son menores de edad.

Este tipo de divorcio se debe tramitar ante el Juez de lo Familiar, y éste a su vez convocará a dos audiencias previas a la declaración de la sentencia donde tenga por disuelto el vínculo conyugal y la situación tanto de los hijos como de los bienes habidos en el matrimonio.

De la misma forma que el divorcio voluntario administrativo, éste se puede tramitar únicamente después de transcurrido un año desde el momento en que se contrajo matrimonio; y de la misma forma que el anterior tipo de divorcio, éste deja de surtir sus efectos si antes de la declaración de la sentencia los cónyuges se llegan a reconciliar, y si esto llega a suceder, de nueva cuenta vuelve a contar otro año para poder solicitar un nuevo divorcio voluntario, tanto judicial como administrativo, ya que así lo marca la ley en su artículo 276 del Código Civil para el Distrito Federal.

“Artículo 276.- Los cónyuges que hayan solicitado el divorcio por mutuo consentimiento, podrán reunirse de común acuerdo en cualquier tiempo, con tal de que el divorcio no hubiere sido decretado. No podrán volver a solicitar el divorcio por mutuo consentimiento sino pasado un año desde su reconciliación.”

Una vez señalado el concepto de divorcio, como las clases del mismo que podemos encontrar tanto en la legislación como en la doctrina, pasaremos al devenir histórico que ha tenido esta institución en nuestro país.

1.2. Devenir histórico del divorcio en México.

En México este derecho que la ley otorga tanto a mujeres como a hombres para separarse definitivamente de su pareja ha experimentado diversas modificaciones a lo largo de la historia.

“Entre los mayas, la poligamia existía pero en la clase guerrera. Los mayas se casaban con una sola mujer a los veinte años de edad y los padres buscaban esposas a sus hijos, la infidelidad de la mujer era causa de repudio, pero la mujer repudiada podía unirse con otro hombre y volver con el primero; había la mayor facilidad para tomar y dejarse”.¹⁴

Entre los indígenas de texcoco, cuando se ofrecía algún pleito de divorcio, que eran pocas veces, procuraban los Jueces de poner la paz y reñían ásperamente al que era culpado y les hacían ver el mal que harían y la vergüenza del pueblo y de su propia familia y que iban a ser señalados por todos y hacían rectificar sobre su conducta.

En relación a los Jueces y procedimientos, encontramos lo siguiente: “Las primeras veces los amonestaba reprendiendo al culpable; a la cuarta decretaba el divorcio. Si la culpable era la esposa, seguía, sin embargo, viviendo en la casa marital; a no ser en el caso de adulterio en que entregada al *Petamuti* la mandaba matar. Si la culpa era del varón, recogían a la mujer sus parientes y la casaban con otro. No se permitía un segundo divorcio”.¹⁵

Había tres señores principales en la Nueva España, a los cuales estaban sujetas las

¹⁴ VON HARGEN, Victor. *El Mundo de los Mayas*. 2ª edición, Editorial, Universo, México, 2003. p. 27.

¹⁵ HERNÁNDEZ LÓPEZ, Aarón y PÉREZ PORRÚA SUÁREZ, María. Op. cit. p. 10.

más principales provincias y pueblos de toda aquella tierra, que eran señores de México, el de Tlezcucu y de Tacuba.

“En las casas del señor, había unos aposentos y salas levantadas del suelo, siete y ocho gradas, que eran como entresuelos, y en ellos residían los Jueces, que eran muchos, y los de cada provincia de pueblo y barrio estaban a su parte y allí acudían los súbditos de cada uno, y también oían y determinaban las causas de los matrimonios y divorcios”.¹⁶

En texcoco, donde estaban las leyes de los naturales más en su vigor en casos de discordia entre marido y mujer se procedía de la siguiente forma. “Que llegadas ambas partes ante los Jueces en su sala, oían primero al querellante y hecha su plática y dicha queja, preguntaba luego al otro si era ello verdad y si pasaba así como delante de ellos se había propuesto una queja. Preguntaban también de qué manera se había ayuntado si habían sido en modo matrimonial, de consentimiento y licencia de sus padres y con las ceremonias usadas o por modo fornicario de amancebados. Y si era por modo de amancebados hacían poco caso de que se separasen o quedasen juntos; pero si eran casados según sus ritos matrimoniales, una y dos veces y muchas veces trataban de concertar, más nunca consentían que se apartasen. Porque les parecía, y así lo tenían heredado de sus antecesores, que una cosa que pasó en público en vista del pueblo con tanto acuerdo con tan solemne ceremonia, era mal hecho dar lugar a que se deshiciese y que era mal ejemplo en perjuicio de todo el pueblo”.¹⁷

Durante la época de la Colonia, por ejemplo, existía sólo el llamado divorcio eclesiástico, el cual no permitía la ruptura del vínculo matrimonial que, de acuerdo con la definición de la Iglesia católica es, por institución divina, perpetuo e indisoluble y una vez contraído no puede deshacerse sino con la muerte de uno de los cónyuges.

Siendo Presidente de la República Benito Juárez, primero con las Leyes de Reforma en 1859, y más tarde en el Código Civil de 1870, se llevó a cabo la desacralización o secularización del matrimonio.

Al efecto, mediante la Ley del Matrimonio Civil y la Ley del Registro Civil, ambas de

¹⁶ VON HAGEN, Victor. Op. cit. p. 29.

¹⁷ DE IBARROLA, Antonio. Op. cit. p. 171.

julio de 1859, se desconoció el carácter religioso que hasta entonces había tenido el matrimonio como sacramento para hacer de él en adelante solo un contrato civil; se encomendaron las solemnidades del mismo a los Jueces del estado civil, a quienes también se encargó en libros especiales, de los registros de nacimientos, matrimonios, reconocimientos, adopciones y defunciones; y se proclamó reiteradamente la indisolubilidad del matrimonio, ya que sólo la muerte de uno de los cónyuges podía disolverlo, y únicamente se permitió el divorcio-separación por las causas previstas en la ley.

“En México, los Códigos de 1870 y 1884 no aceptaron el divorcio vincular, reglamentando en cambio sólo el divorcio por separación de cuerpos. Entre el Código de 1870 y el de 1884, sólo existe una diferencia de grado, es decir, el primero estatuyó mayores requisitos, audiencias y plazos, para que el Juez decretara el divorcio por separación de cuerpos. El Código de 1884 redujo los trámites considerablemente. En ambos Códigos se regulan como causas de separación de cuerpos, algunas de las que enumera el Código Civil vigente como causas de divorcio vincular”.¹⁸

El Código de 1870 parte de la noción del matrimonio como unión indisoluble y, como consecuencia lógica, no se admite el divorcio vincular. El artículo respectivo señaló seis causas de divorcio la separación de cuerpos, cuatro de las cuales constituían delitos. De las restantes, la sevicia podía constituir delito, pero aun en el supuesto de no llegar a este grado, se le consideró como causas de divorcio. Las causas de divorcio señaladas en dicho ordenamiento, “además de inducir sospecha fundada de mala conducta, siembran el resentimiento y la desconfianza, y hacen sumamente difícil la unión conyugal.”

Los artículos 239 y 240 del citado Código de 1870 disponían:

“Artículo 239. El divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio: suspende sólo algunas de las obligaciones civiles, que se expresarán en los artículos relativos de este código.”

“Artículo 240. Son causas legítimas de divorcio: 1ª. El adulterio de uno de los cónyuges; 2ª. La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo

¹⁸ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. T.III. 6ª edición, Editorial, Porrúa, México, 2003. p. 371.

marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer; 3ª. La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito aunque no sea de incontinencia carnal; 4ª. El conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos, o la connivencia en su corrupción; 5ª. El abandono sin causa justa del domicilio conyugal, prolongado por más de dos años; 6ª. La sevicia del marido con su mujer o la de ésta con aquél; 7ª. La acusación falsa hecha por un cónyuge al otro.”

Este ordenamiento, se encuentra inspirado por un profundo proteccionismo al matrimonio, como institución indisoluble, debido a lo cual interpuso a la realización del divorcio, una serie de trabas y formalidades. Al efecto, después de una serie de separaciones temporales, en las cuales, al finalizar el plazo de cada una de ellas, el Juez exhortaba a los cónyuges en conflicto, para que diesen por terminado el juicio de divorcio, intentaban en la última audiencia su reconciliación, antes de pronunciar la sentencia definitiva. Asimismo, se prohibía el divorcio por separación de cuerpos cuando el matrimonio llevaba veinte años o más de constituido. Ahora bien, el Código Civil de 1870 señalaba como condición sine qua non, para gestionar el divorcio por separación de cuerpos, el que hubieren transcurrido dos años como mínimo, desde la celebración del matrimonio, antes de los cuales la acción de divorcio era improcedente.

En el artículo 226, del Código Civil de 1884, se desprende que el único divorcio que admitía, era el de separación de cuerpos, en el cual, como ya hemos dicho, subsistía el vínculo matrimonial, suspendiéndose sólo algunas imponía el matrimonio de las obligaciones civiles que imponía el matrimonio.

Como causas de divorcio señalaba dicho Código, el adulterio de uno de los cónyuges, el hecho de dar a luz, durante el matrimonio un hijo concebido antes del contrato (de matrimonio) y que judicialmente se le declarara ilegítimo; la propuesta del marido para prostituir a la mujer o permitir de alguna manera dicha prostitución; la violencia hecha conato de alguno de los cónyuges para tolerar o corromper a los hijos, el abandono del domicilio conyugal sin causa justificada; la sevicia, la acusación falsa hecha por un cónyuge contra el otro; el hecho de negarse a ministrar alimentos conforme a la ley; los vicios incorregibles de juego y embriaguez; la enfermedad crónica e incurable que fuera contagiosa o hereditaria, anterior al matrimonio; la infracción a las capitulaciones matrimoniales; y el mutuo

consentimiento.

En el caso de que ambos consortes de común acuerdo desearan separarse del lecho y habitación, deberían acudir ante el Juez para que éste la decretara, no siendo bastante el simple hecho de la separación para considerarse como efectuado el divorcio, sino que éste debía ser decretado por la autoridad judicial competente.

El Código Civil de 1884, en forma general, reprodujo los preceptos del Código anterior, en cuanto a la naturaleza de divorcio, sus efectos y sus formalidades. Sin embargo, nos encontramos ante el hecho indiscutible de haber reducido notablemente los trámites necesarios para la consecución del divorcio, ya que sin abolir por completo la serie de trabas que señalaba el Código de 1870, sí hizo más fácil la separación de cuerpos.

Las leyes divorcistas de Venustiano Carranza surgen con la intención de complacer a dos de sus ministros, Palavicini y Cabrera, “que planeaban divorciarse de sus respectivas esposas, Venustiano Carranza, que a la sazón era sólo jefe de una de las facciones en plena guerra civil, expidió sorpresivamente dos decretos: uno del 29 de diciembre de 1914 y el otro del 29 de enero de 1915, por los que introdujo en México el divorcio vincular y suprimió de una plumada del contrato de matrimonio civil, el primer elemento esencial que le había reconocido su autor el Presidente Benito Juárez. Esta intempestiva amputación de la indisolubilidad del matrimonio fue confirmada más tarde tanto en la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917, como en el vigente Código Civil, ya que ambos reglamentan el divorcio vincular como un logro definitivo de la Revolución hecha a gobierno”.¹⁹

En el decreto del 29 de diciembre de 1914, en la exposición de motivos se decía que si el objeto esencial de matrimonio es la procreación de la especie, la educación de los hijos y la mutua ayuda, desgraciadamente no siempre se alcanzaban los fines por los cuales se contrajo. Después se alegó que, de acuerdo con el principio establecido por las leyes de reforma, que el matrimonio era un contrato civil formado por la espontánea libre voluntad de los contrayentes es absurdo que deba subsistir cuando esa voluntad falta por completo, o cuando existan causas que hagan difícilmente irreparable la desunión consumada ya por las circunstancias.

¹⁹ PALLARES, Eduardo. El Divorcio en México. 3ª edición, Editorial, Porrúa, México, 1999. p. 282.

Con base en éstas y otras argumentaciones semejantes, el decreto prevenía lo siguiente:

“Artículo 1. Se reforma la fracción IX del artículo 23 de la ley del 14 de diciembre de 1874 (que señala al matrimonio como indisoluble), reglamentaria de las adiciones y reformas de la Constitución Federal, decretada el 25 de diciembre de 1873, en los siguientes términos:

Fracción IX. El matrimonio podrá disolverse en cuanto al vínculo, ya sea por mutuo y libre consentimiento de los cónyuges, cuando el matrimonio tenga más de tres años de celebrado, o en cualquier tiempo por causas que haga imposible o indebida la realización de los fines del matrimonio, o por faltas graves de alguno de los cónyuges, que hagan irreparable la desavenencia conyugal. Disuelto el matrimonio, los cónyuges pueden contraer una nueva unión legítima.”

“Artículo 2. Entre tanto se establece el orden constitucional de la República, los gobernadores de los Estados, quedan autorizados para hacer en los respectivos Códigos Civiles, las modificaciones necesarias a fin de que esta ley pueda tener aplicación.”

Transitorio. “Esta ley será publicada por bando y pregonada. Comenzará a surtir sus efectos desde esta fecha.”

En el momento en que la Ley sobre Relaciones Familiares es expedida en 1917 por Venustiano Carranza, se logra el paso definitivo en materia de divorcio, al estatuir que el matrimonio es un vínculo disoluble, y que por lo tanto, el divorcio sí daba término a dicho vínculo, permitiendo a los divorciados, celebrar nuevas nupcias. También por Carranza en el mes de diciembre de 1914.

El artículo 75 de aquella ley, estatuyó: “El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.”

Por virtud del divorcio, decía el artículo 102, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer un nuevo matrimonio, salvo lo dispuesto en el artículo 140 y cuando el divorcio se haya declarado por causa de adulterio, pues en este último caso, el cónyuge culpable no podrá contraer un nuevo matrimonio sino después de dos años de pronunciada

la sentencia de divorcio.

“Artículo 140. La mujer no puede contraer segundo matrimonio sino hasta pasados trescientos días después de la disolución del primero. En los casos de nulidad o de divorcio puede contarse ese tiempo desde que se interrumpió la cohabitación.

El Código Civil vigente en su artículo 266 reprodujo el artículo 75 de la Ley Sobre Relaciones Familiares, que a la letra dice: “El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.”

En nuestra legislación civil vigente, debemos distinguir cuatro formas distintas de divorcio, tres de las cuales se encontraban ya reglamentadas en la Ley Sobre Relaciones Familiares, consistentes en:

- a) Divorcio necesario;
- b) Divorcio voluntario;
- c) Separación de cuerpos, y la introducción de un nuevo sistema de divorcio, que se ha denominado
- d) Divorcio voluntario de tipo administrativo, los cuales ya hemos analizado con anterioridad.

1.3. El divorcio en el Derecho Comparado.

Es atinado remontarnos para el estudio del Derecho Comparado al desarrollo evolutivo que ha tenido esta institución a lo largo de la historia.

En el derecho antiguo, el divorcio necesario existió ya que la ley lo permitía.

“En Atenas se admitía también la disolución del vínculo matrimonial por determinadas causas. En el Derecho Romano se reconoció tanto el divorcio necesario como el voluntario”.²⁰

En el primitivo Derecho Romano, para los matrimonios en los que la mujer estaba sujeta a la *manus* del marido, es decir, a una potestad marital férrea, equiparando a la mujer

²⁰ Ibidem. p. 285.

a una hija, sólo el marido tenía el derecho de repudiar a la esposa para disolver su matrimonio, y había, por consiguiente, la posibilidad de una disolución matrimonial por voluntad unilateral.

Posteriormente ya en la evolución del Derecho Romano, para los matrimonios en los que la mujer no estaba sujeta a la *manus* del marido, el derecho de repudiación se concedía a ambos cónyuges.

“Las legislaciones antiguas, con las cuales se encontraba en contacto la Iglesia, admitían el divorcio, sobre todo, el Derecho Romano lo autorizaba de una manera amplia, sin intervención del Juez, y sin exigir el consentimiento recíproco de las partes. El repudio unilateral era posible tanto de parte de la mujer como de parte del marido. Las costumbres germanas, así como la ley judía, permitían al marido repudiar a su mujer a voluntad y sin causa determinada”.²¹

Es discutible si en el Derecho Romano la repudiación que ejercía en un principio el marido y que después correspondió a ambos consortes podría ser libre, sin expresión de causa, o tendría que fundarse en determinados motivos justificados. En verdad, hay textos que aluden a ciertas causas que implican faltas graves, como el adulterio, la corrupción de los hijos, la prostitución de la esposa o que el marido la prostituyere, el que un cónyuge incitara al otro para cometer algún delito, etc., pero no se desprende necesariamente de estos textos que sólo cuando hubiese tales causas de divorcio podría ejercerse el derecho de repudiación. Por esto, la mayoría de los romanistas consideran que el derecho de repudiación era libre, podría fundarse en alguna causa, o podría llevarse a cabo sin expresión de ella.

En la historia del divorcio conviene mencionar la evolución del mismo en el Derecho Musulmán, a lo que José López Ortiz, comenta sobre las causas de divorcio en el Derecho Islámico:

“Los que podríamos llamar, dentro del fic, pleitos de divorcios, pueden fundamentarse en las siguientes causas: impotencia de uno de los cónyuges o

²¹ PLANIOL, Marcel. Tratado de Derecho Civil Francés. 4ª edición, Traducción de José María Cajica, Editorial, Cajica, Puebla, México, 1994. p. 397.

enfermedades que hagan peligrosa la cohabitación, si el conocimiento previo de estos defectos, y no obstante ellos la continuación de la vida conyugal no han hecho prescribir el derecho a reclamar. Estos defectos o enfermedades pueden ser incurables, caso en el cual el cadí, sin más, disuelve el matrimonio; si en cambio las reputa curables, concede un plazo prudencial, pasado el cual, si no han desaparecido, disuelve el matrimonio.

El adulterio tiene una consideración especial; ya se ha hablado de él en su aspecto de delito penado por la ley. Pero hay un medio de hacer efectivas sus consecuencias cuando se pueden eludir en el orden penal. Se habla de esta cuestión en los tratados de **fic** bajo el título de **Lian** juramento imprecatorio, con el cual el marido acusa a su mujer. Directamente tiende el procedimiento a hacer constar la rehúsa del marido a reconocer como suyo un hijo de su mujer. El marido que tiene pruebas directas del adulterio de su mujer, o que a lo menos se cree en el caso de no reconocerse padre de un hijo de ésta, acude al cadí con la acusación; ante él hace el Juez comparecer a ambos, a poder ser en la mezquita en hora de gran concurrencia; el marido formula solemnemente su acusación apoyándola con tres juramentos a los que añade el cuarto, que contiene la imprecación ritual, de la maldición divina, si no dice la verdad. Si la mujer contesta y apoya su negación de las imputaciones del marido con otros cuatro juramentos, en el cuarto de los cuales se impreca también sobre sí la cólera divina, como las del marido son palabras sacramentales, evade la pena del adulterio; pero la prole de todos modos ya no se atribuye al marido y el matrimonio queda disuelto”.²²

Mahoma se preocupó de la facultad que también en el Derecho Islámico existía, para que especialmente el hombre pudiera repudiar a la mujer y como según las tradiciones musulmanas, y después conforme al Corán mismo, era lícita la facultad de repudiar, introdujo una idea de tipo religioso para limitarla, considerando que para Alá era odiosa esa facultad, no obstante que conforme al derecho, era lícita. De aquí, la innovación que hizo Mahoma para que se tuviese que repudiar con juramento, invocando una determinada causa, aun cuando no se probase. Por ejemplo, “el adulterio, la indocilidad de la mujer, y según las costumbres jurídico-religiosas, habría que repetir la repudiación hasta tres veces. Entretanto, cuando este derecho lo ejercía el marido, la mujer entraba en un período de espera por tres meses, a fin de que el marido pudiese repudiarla sucesivamente en ese lapso. Esto no quiere decir que la repudiación tuviera que hacerse mensualmente, para que a través de tres repudiaciones en esa forma quedase disuelto el matrimonio. Se consideró

²² LÓPEZ ORTIZ, José. Derecho Musulmán. 3ª edición, Editorial, Labor, España, 2001. p.p. 163 y 164.

necesario este término de espera, fundamentalmente dentro de la idea religiosa de Mahoma, a fin de no invocar el juramento ante Alá, sin reflexionar sobre él, así como permitir la reconciliación. Generalmente, se obtenía ésta, pero también, para aquel que quería ejercer la repudiación en un solo acto, bastaba con que dijese que repudiaba a su cónyuge a través de una repudiación triple y, por lo tanto, ya no tendría que repetir las repudiaciones sucesivas”.²³

El Derecho Canónico no admitió el divorcio. Sin embargo, hasta el siglo VIII predominó la interpretación que del evangelio hizo San Mateo, estimando que por adulterio podía disolverse el matrimonio. “En sentido contrario hubo la interpretación que llevaron a cabo San Lucas y San Marcos, en el sentido de que ni aún por adulterio, podría disolverse el matrimonio”.²⁴ En los primeros siglos, incluso algunos padres de la Iglesia permitían el divorcio por adulterio. A partir del siglo VIII y hasta el siglo XIII se discutió en los concilios si era admisible el divorcio por adulterio, única causa posible. Fue ganando terreno la idea de que ni aún por adulterio era posible el divorcio, y el Derecho Francés antiguo, evolucionó conforme a esta idea, para prohibir el divorcio. En realidad, no fue sino hasta el siglo XIII como ya quedó debidamente establecido que el matrimonio consumado entre bautizados, es decir, el matrimonio en donde ya hubo cópula carnal, no podía disolverse, ni aún por adulterio.

La evolución que se inicia en estos términos toma ya una trayectoria diferente, según que se trate del Derecho Francés o del Derecho Canónico.

En el Derecho Francés la evolución se produjo de la siguiente manera: “fue hasta la Revolución Francesa como las ideas católicas respecto a la indisolubilidad del matrimonio perdieron su valor. Sin embargo, no fue en la primera constitución francesa de 1791 como se estableció legalmente el divorcio, sino hasta una ley del año siguiente, es decir, de 1792”.²⁵ Esta ley francesa se caracteriza por permitir el divorcio por simple incompatibilidad de caracteres y, además, por adulterio, por injurias graves, por sevicia, por abandono de un cónyuge o de la casa conyugal. También se reconocen causas que en realidad no implican una culpa, un hecho inmoral o un delito, como la locura y la ausencia no imputable. También

²³ Ibidem. p. 65.

²⁴ WENCÉS, Saúl. Derecho Canónico. 3ª edición, Editorial, Universal, México, 2003. p. 366.

²⁵ PLANIOL, Marcel. Op. cit. p. 366.

la emigración por más de cinco años fue causa de divorcio.

En el Código de Napoleón se admitió tanto el divorcio voluntario como el necesario, pero se restringieron las causas. Ya no se aceptó la incompatibilidad de caracteres, la locura, la ausencia, la emigración y se reconocieron como causas de divorcio: el adulterio, las injurias graves, la sevicia y las condenas criminales.

“Hasta el año de 1816 continuó el divorcio en Francia conforme al Código de Napoleón, pero con motivo de una Carta Constitucional de 1814 que le dio al catolicismo el valor de religión de Estado, por la ley de 1816 se suprimió el divorcio”.²⁶

A partir de 1816 y hasta 1884, no hubo divorcio en Francia, no obstante que a mediados del siglo pasado se volvió a negar al catolicismo el carácter de religión de Estado. Era lógico entonces que al desaparecer la causa que impedía el divorcio, se promulgara una ley que volviera a admitirlo, pero sólo hubo iniciativas de las Cámaras de Diputados en diferentes ocasiones que presentaron proyectos que fueron siempre rechazados. No fue sino hasta 1884 cuando se reimplanta el divorcio, pero no ya en los términos de la ley de 1792, sino más bien en la forma que lo estableció el Código de Napoleón. Es decir, restringiendo el divorcio en los casos de adulterio, de injurias graves, de sevicia y de condenas criminales.

“En Europa, en realidad las disposiciones del Código Francés inspiraron a los Códigos de Bélgica, Luxemburgo y Rumania, para admitir el divorcio sanción, es decir, el divorcio ante causas graves, pero países como España e Italia no lo admitieron. Más aún, tuvieron la idea de la indisolubilidad del vínculo aún en los casos de adulterio. Siguieron al Derecho Canónico en cuanto a la separación de cuerpos en forma definitiva por adulterio, o en forma temporal por otras causas.

El divorcio pleno o en cuanto al vínculo, es una de las instituciones jurídicas objeto de las más ardientes controversias doctrinales y de más acentuada diversidad legislativa.”²⁷

Todavía hay algunos países que rechazan todo divorcio vincular como Italia, Irlanda, Argentina, Brasil, Bolivia, Chile, Colombia, Paraguay, Perú, también Carolina del Sur,

²⁶ Ibidem. p. 367.

²⁷ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. cit. p. 438.

Québec; o bien, lo rechazan para los cónyuges católicos como Austria, Polonia en las partes que antes fueron rusas y austriacas, y partes de Yugoslavia y Lituania.

Otros que, si reconocen en principio el divorcio vincular, sólo lo admiten en ciertos casos de culpa grave de un cónyuge contra el otro: como Francia, Inglaterra, los Países Bajos y Servia.

Pero la mayoría admite el divorcio vincular aunque no medie culpa; en particular, Suiza, Hungría, Grecia, Los Estados escandinavos, Letonia, Estonia, Portugal, Turquía, Finlandia y Checoslovaquia reconocen la enfermedad mental como causa de divorcio. El Código Civil Suizo, la ley checoslovaca del matrimonio de 1919, la ley letona de 1921 y la de Estonia de 1922 reconocen el divorcio vincular por otras causas no culpables de perturbación del matrimonio. “Numerosos derechos siguen el code civil (modificado para Francia) al admitir el divorcio por mutuo disenso, como Bélgica y Luxemburgo, donde sigue rigiendo sin modificación el code civil; como Rumania y Portugal, que por la ley del matrimonio de 3 de noviembre de 1910 ha transformado esencialmente el modelo francés; como algunos Estados de América latina (México, Uruguay), como Estonia, Letonia y los países escandinavos; los cónyuges que por su profundo desafecto encuentran insoportable la vida en común, pueden de mutuo acuerdo solicitar por de pronto la separación judicial y, después de algunos años, cada uno de ellos puede pedir el divorcio en cuanto al vínculo”.²⁸

“Las leyes más radicales en materia de divorcio son las matrimoniales de la Unión Soviética. Admiten el divorcio no sólo por mutuo acuerdo, sino incluso por el deseo de uno de los cónyuges, sin que tenga que dar el fundamento de su deseo.”²⁹

Más lejos aún de la conciencia europea están los derechos mahometanos (prescindiendo del turco), el derecho indio, el derecho chino y el derecho judío del **Talmud**, que frecuentemente, como en Polonia, ha sido considerado derecho estatal. El hombre tiene derecho a repudiar a la mujer, sea sin causa, ya por determinadas causas, mientras que la mujer no tiene derecho alguno a disolver por sí el matrimonio, o lo tiene sólo en casos raros; en el derecho judío puede exigir judicialmente, por ciertas causas (adulterio, malos tratos),

²⁸ CHÁVEZ ASECIO, Manuel. Derecho de Familia. Relaciones Jurídicas Conyugales. 9ª edición, Editorial, Porrúa, México, 2003. p. 433.

²⁹ Ibidem. p. 434.

que el marido le entregue la carta de divorcio.

Ha sido posteriormente como ya el Código Civil ruso ha instituido el divorcio con una libertad absoluta por declaración unilateral de cualquiera de los consortes para acudir ante el oficial del Registro Civil y disolver el matrimonio, por mutuo acuerdo, o por determinadas causas, es decir, mediante el divorcio necesario. En América, tenemos países católicos que no admiten el divorcio, sino simplemente la separación de cuerpos, como ocurre en Colombia, Argentina, Chile, Brasil y Paraguay; pero también hay países que no obstante ser católicos, como México, Cuba, Guatemala, Nicaragua y Uruguay, aceptan el divorcio, y en éstos se llega no sólo al divorcio necesario por causas graves, sino también al voluntario, dando en éste, mayores o menores facilidades para la disolución del vínculo matrimonial.

1.4. La problemática del divorcio.

En relación al problema ético en el divorcio, conviene precisar si éste puede considerársele como algo moral, no obstante que el Derecho procura la estabilidad matrimonial y familiar.

Evidentemente la moral y el Derecho son distintos, pero hemos observado que en materia familiar existe una gran participación e influencia de la moral en esta rama del Derecho.

Los principios morales exigen la permanencia del matrimonio y de la familia. El Derecho de Familia busca la cohesión de ambas comunidades e investigan que la convivencia doméstica sea posible para que el matrimonio y la familia logren sus fines, de donde aparece que el divorcio, al hacer posible la disolución del vínculo, puede presentarse como algo inmoral contrario a la permanencia del matrimonio que procura el Derecho de la familia.

Pero debemos tomar en cuenta que la estabilidad del matrimonio y la familia no depende de que se prohíba el divorcio. La convivencia conyugal se logra por el cumplimiento de los deberes y obligaciones conyugales, en relación a los cuales, los primeros no pueden imponerse en forma coactiva. Si acontece que algún miembro de la

familia realiza actos graves en contra del otro o sus hijos, que pueden considerarse inmorales o destructores de la convivencia, ésta se vuelve imposible y el divorcio viene a constatar, por un lado esa destrucción de la convivencia y a disolver por el otro el vínculo conyugal.

Es decir, es importante la estabilidad del matrimonio, también lo es el que no se mantengan situaciones de violencia e inmorales en perjuicio de alguno de los cónyuges o sus hijos.

Debemos tomar en cuenta que a través del divorcio voluntario muchas veces se evitan tratar en los contenciosos problemas graves conyugales que podrían afectar al otro cónyuge y a los hijos; muchas veces se acude al divorcio voluntario para evitar daños mayores. Donde el punto de vista social, debemos tomar en cuenta que el Derecho busca mantener la cohesión doméstica, es decir, lograr la solidaridad entre las relaciones familiares, y podría parecer que el divorcio rompe la cohesión que se busca y la armonía que se pretende entre cónyuges. No podemos plantear una solución superficial. El Derecho de familia evidentemente trata de lograr la cohesión del grupo de vida donde cada cónyuge va a cumplir con los deberes conyugales, y en la comunidad familiar donde sus miembros van a lograr la cohesión. Pero si los miembros han destruido esa convivencia, difícilmente puede exigirse la permanencia de algo roto, quizás irremediablemente.

Por lo tanto, desde el punto de vista social, también hay una razón y justificación para el divorcio.

“Desde luego, cualquier incremento del divorcio trae como consecuencia una mayor desintegración y problemas sociales. Pero aquí es donde debe buscarse la solución no al prohibir el divorcio, sino en promover la convivencia conyugal mediante una preparación próxima y una preparación remota a la vida de amor y vida de matrimonio. Nuestros planes educativos no contemplan la posibilidad de que en la instrucción primaria, secundaria y preparatoria, se prepare a los educandos en una verdadera vida de amor y vida de familia”.³⁰ Con un programa permanente y adecuado a cada uno de los ciclos de educación, se lograría la preparación remota, que se completaría con una preparación próxima al matrimonio.

³⁰ DE LA MATA PIZANA, Felipe y GARZÓN JIMÉNEZ, Roberto. Derecho Familiar y sus Reformas más recientes a la Legislación del Distrito Federal. 2ª edición, Editorial, Porrúa, México, 2004. p. 167.

El divorcio civil puede generar problemas en los matrimonios religiosos al no poder nulificar éstos, lo que impedirá rehacer esta comunidad con otro compañero. Es algo que está pendiente de resolverse por la Iglesia, debido a tantos y tantos matrimonios de divorciados vueltos a casar, que se encuentran en conflicto con la Iglesia y sus normas.

En relación al aspecto religioso se presentan también problemas. La Iglesia católica considera al matrimonio como indisoluble, por lo que el divorcio que disuelve el vínculo se encuentra prohibido, salvo los casos excepcionales previstos en el derecho canónico.

En México debemos tomar en cuenta que las parejas se casan doblemente; tanto por la ley civil como por la eclesiástica. Se celebra el matrimonio civil y, posteriormente, el religioso, cada uno según sus reglas y solemnidades. El divorcio civil no tiene efectos jurídicos o sacramentales sobre el matrimonio eclesiástico, el que permanece indisoluble obligando a los cónyuges a la comunidad de vida, donde se presenta el problema.

En el derecho eclesiástico se permite la separación de cuerpos en determinadas circunstancias. Lo conveniente será que obtenido el divorcio civil se logrará la separación de cuerpos autorizado por los tribunales eclesiásticos. Sin embargo, en México esto no es usual y las parejas, obtenido el divorcio civil, no se preocupan por obtener la aprobación del tribunal eclesiástico para la separación de cuerpos. Esto ha sido tolerado por la Iglesia al no haberse exigido en forma alguna a los cónyuges comparecer ante los tribunales eclesiásticos para obtener la separación de cuerpos, dando por hecho que el divorcio civil produce esa separación.

Hace falta también que tanto en la sociedad civil como en la Iglesia se generen instituciones o grupos que ayuden y den consejos a los divorciados, y ayuden a la educación de sus hijos. Esto es un problema que en nuestra sociedad no se ha atacado y menos resuelto, y tanto el divorciado como la divorciada no tienen dónde recurrir en consejo y ayuda, y van saliendo adelante en la forma medida que su imaginación les permite, sin recibir la ayuda en lo personal ni para sus hijos.

No cabe duda, afirma un cultor de la filosofía del Derecho, de que “el ideal del matrimonio es la indisolubilidad. El matrimonio es la unión plena del hombre y de la mujer, es compenetración perfecta de las varias cualidades sensibles y espirituales de ambos

sexos”,³¹ es *virī et mulieris conjunctio, individuum vite consuetudinem continentis*. . Ahora, esta unión no sería verdaderamente plena y perfecta ante el derecho racional, sí careciese de aquella perpetuidad que se muestra en el afecto ardiente que promete la inmortalidad del amor, en la celebración solemne que no acompaña a ningún otro contrato, en las emociones incomparables de los padres junto a la cuna y en la necesidad de educar a una prole cada vez mayor, que multiplica los vínculos entre los padres y los fortalece. La moral reconoce en el matrimonio indisoluble el afecto gobernado por la razón, que confiere al vínculo originado por el amor el carácter de la necesidad y de la permanencia. Al contacto de la razón, el amor pierde cuanto tiene de ciego y de violento como impulso sensible, se idealiza y se convierte en deber. La religión consagra el ideal de la indisolubilidad haciendo del matrimonio un sacramento y proclamando el principio: ***Quod Dux conjunxit homo non separet.***

Tan bellas palabras que sin duda responden a una superior aspiración de la moral y de la filosofía, desdichadamente no siempre, en todos los tiempos y en todos los casos corresponde a la realidad de la vida. De ahí que entre los pensadores y los filósofos, con independencia de su grado de adhesión a determinada corriente religiosa o ética, encontramos partidarios y opositores, respectivamente de la disolución de matrimonio, con argumentos a veces fácilmente contrapesables. Pero no existen dudas que el ideal de la indisolubilidad del matrimonio como ideal abstracto los unifica a todos.

Olvidan, especialmente los oponentes de la disolución del matrimonio, el argumento básico que consigna un jurista y escritor español, don Victor Cobián: “El divorcio, bajo su aspecto civil, es considerado como una institución por medio de la cual se rompe o disuelve voluntariamente el lazo matrimonial, viviendo los dos cónyuges, y deja a éstos en libertad de contraer nuevo vínculo. Realmente, el divorcio no quebranta el lazo conyugal: lo que hace es hacer constar ese estado anterior de ruptura completa entre marido y mujer, y para que produzca sus efectos jurídicos”.³²

Se puede decir, de lo anteriormente escrito, que el divorcio viene a legalizar una situación que ya existe en los hechos, y lejos de constituir un estímulo para la demolición del

³¹ Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano. T. I-O. 10ª edición, Editorial, Porrúa-UNAM, México, 2003. p. 397.

³² Ibidem. p. 398.

matrimonio, no hace más que verificar cuándo los cimientos de la construcción ya están reducidos a polvo o poco menos. Otra política estriba en ignorar los hechos, posición que puede servir intereses confesionales o dogmáticos, pero nunca adaptarse a las condiciones de la falibilidad humana, que el filósofo y el legislador nunca pueden desconocer sin mengua de su verdadero apostolado.

La controversia entre partidarios y adversarios de la institución matrimonial está lejos de ser agotada, como está lejos de terminar la polémica acerca de la aplicación de la pena suprema en el Derecho Penal, y otros círculos viciosos en que se pierde el raciocinio y se ejercita la dialéctica.

1.5. El divorcio como solución a los conflictos familiares o un mal necesario.

El divorcio es una institución prácticamente necesaria, un mal necesario; cuando desaparece en su forma confesada, reaparece en una forma más o menos disfrazada o dulcificada, bajo otro nombre: separación de cuerpos o nulidad de matrimonio. El dogma de la indisolubilidad tiene necesidad de una válvula de escape; si no haría saltar la institución misma que trata de proteger.

Este concepto del mal necesario orienta la opinión de la mayoría de los autores “que se encuadran en la disolubilidad del matrimonio. Ninguno es partidario del divorcio como una solución ideal, como una institución ideal en sí”³³. El mismo filósofo italiano **Rosmini**, caracterizado por ser un formidable enemigo, **in abstracto del divorcio**, al querer explicar el por qué a los hebreos les fue permitido del divorcio, escribe que “la unión plena, ideal del matrimonio, requiere que sea tan perfecta la naturaleza del hombre y de la mujer, que pueda convenirle la perfección de la unión. Si esto no se verifica, si la naturaleza de los individuos humanos se halla totalmente viciada que no sirva ya para recibir en sí aquella plenitud de unión que exige la perfección de la humanidad, en tal caso puede hacer lugar a alguna indulgencia”.³⁴

Aseguran enfáticamente algunos antidivorcistas que “la institución compromete la solidez y la estabilidad del matrimonio; pero, alega un autor, la respuesta pertenece al mismo

³³ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op. cit. p. 439.

³⁴ Cit. por Enciclopedia Jurídica Omeba. T. III. 6ª edición, Editorial, Dris-Kill, Argentina, 2000. p. 1042.

legislador; de él depende evitar el abuso, reduciendo y precisando las causas del divorcio”.³⁵

Un argumento que no carece de solidez es el que se relaciona con el interés de los hijos; argumento verdaderamente impresionante. Pero no decisivo, sin embargo, puede uno preguntarse si la situación de los hijos en caso de divorcio, no será preferible a la de los hijos cuyos padres están separados de hecho o que, aun viviendo juntos, se pasan la vida riñendo incesantemente, y dando con ello a estas almas jóvenes un ejemplo deplorable, en el duro aprendizaje de la vida.

El matrimonio, en un sentido espiritual, es la unión de almas pero, se llamará matrimonio a la coexistencia forzada de dos seres, que en lugar de amarse, se odian; que lejos de apoyarse uno al otro en el rudo trabajo de la perfección moral, se ayudan de cierta manera a desmoralizarse, sirviendo los excesos de uno de provocación y excusa a los excesos del otro, de suerte que el matrimonio, destinado a moralizar a los esposos, se convierte en una escuela de inmoralidad. Cuando el objeto del matrimonio no puede llenarse, cuando se convierte en un obstáculo al desarrollo moral, ¿no vale más ponerle término?

La controversia se mantiene en su punto. Sin embargo, la zona de influencia de las corrientes divorcistas se va abriendo paso, seguramente bajo la presión de la razón y como la mayor concesión a la moral de las costumbres. Los partidarios de la institución van edificando sobre los mismos cimientos, pero la vida sigue su impulso, al margen de las escuelas filosóficas y de las religioso-teológicas. Puede decirse que con cada ley que se sanciona, con cada nuevo código, el divorcio va tomando posiciones decisivas. Ya no como intentos radicales de profundas transformaciones revolucionarias, sino como algo natural y espontáneo, acorde con el ritmo del orden legislativo universal.

Indudablemente, el matrimonio se concierta para toda la vida, y para una unión a perpetuidad, es que los esposos se comprometen; pero quien dice perpetuidad no dice necesariamente indisolubilidad. A veces la vida en común se hace imposible el hogar un foco de desorden, una causa permanente de escándalo. Es un mal que resulta de las pasiones y de las debilidades humanas. Se produce así una situación de hecho que el legislador está obligado a tomar en cuenta; como responsable del orden y de las buenas

³⁵ DE PINA, Rafael. Diccionario de Derecho. 10ª edición, Editorial, Porrúa, México, 2000. p.p. 253 y 254.

costumbres, es necesario que intervenga. ¿Cuál será el remedio? Los unos dicen: la separación de cuerpos es suficiente, si la vida en común es la causa del mal, hay que romperla por un procedimiento legal y permitir a los esposos vivir bajo el régimen de la separación. El remedio es insuficiente. Sin duda la separación de cuerpos hace desaparecer los inconvenientes de la vida en común; suprimiendo el hogar se suprimen las causas diarias de rozamientos, pero queda subsistente el matrimonio: los dos esposos vivirán separados, pero quedarán casados; el vínculo del matrimonio queda solamente aflojado; no está roto. Y resulta que los esposos, no siendo libres, no pueden volver a casarse y crear una nueva familia; sus existencias están sacrificadas sin esperanza. Se encuentran condenados a un celibato forzoso, lo que amenaza incitarlos a vivir en un concubinato adúltero. La separación de cuerpos hace desaparecer un mal, pero le reemplaza por otro.

“Vale más el divorcio, se dice; liquida de una vez para siempre una situación insoportable, ofrece a los desgraciados esposos las perspectivas de otras uniones mejor elegidas, en las cuales podrán quizá “reconstruir dos buenos hogares con los restos de uno malo”.³⁶

Está fuera ya de discusión, y basta para ello hacer una compulsiva de todos los códigos y leyes de matrimonio dictados en lo que va del siglo, para comprobar la tendencia universal de asegurar las ventajas de una legislación divorcista. Con más o menos garantías. Los pueblos se convencen de que, siendo la ruptura del vínculo una verdadera calamidad, lo es mayor, mantener la ficción de matrimonios que solamente exteriorizan algunos requisitos legales, pero que se hallan carentes de afecto, de consideración y de todo contenido espiritual. Construir la célula familiar sobre bases deleznable; mantener un andamiaje falso y presuntivamente sólido, mientras los elementos integrales del matrimonio pretenden huir cada uno en otra dirección no es la solución de la indubitablemente grave crisis que atraviesa la familia contemporánea.

El divorcio responde a una necesidad social que es imposible de negar en nuestro tiempo, sin embargo, esta medida es opcional, por tanto, que la lleve a cabo el que esté convencido de ella ya que es mucho mejor desunir una pareja que no ha sabido dar a su

³⁶ AGUILAR CARVAJAL, Leopoldo. Segundo Curso de Derecho Civil. 6ª edición, Editorial, Porrúa, México, 2003. p. 376.

causa el verdadero sentido de hogar, que obligar a dos seres que no se quieren llevar una vida infeliz en común junto con sus hijos.

CAPÍTULO SEGUNDO

CONCEPTOS RELACIONADOS CON NUESTRO TEMA

Entre las ideas sobre en qué medida el derecho debe ser utilizado para regular los comportamientos de las personas en el ámbito de la sexualidad, está enfocado a reforzar reglas morales basadas en concepciones patriarcales y autoritarias lo que lleva al individuo a respetarlas.

Lo anterior viola la garantía fundamental de toda persona, su libertad. La libertad, es la capacidad de autodeterminación de la voluntad, que permite que los seres humanos actuemos como deseemos. El término también lo podemos vincular a la soberanía de un país en su vertiente de libertad nacional aunque, desde perspectivas tradicionales, la libertad puede ser civil o política.

El concepto moderno de libertad incluye un conjunto general de derechos individuales, como la igualdad de oportunidades o el derecho a la educación.

Ante el choque de ideas conservadoras con los derechos inherentes de la persona, como lo es la libertad, es importante abordar los conceptos relacionados con la sexualidad como plantearse el derecho que se tiene a ella y la moral que impera en la sociedad.

2.1. La sexualidad.

Las diversas concepciones morales, como también las de otra índole, sobre el comportamiento sexual de las personas y las diferentes maneras como ha sido regulado suponen que se explique el significado de la sexualidad. Cuestión que, a pesar de su importancia, no ha sido analizada oportuna y suficientemente. Las respuestas que se dan explicando la sexualidad están estrechamente vinculadas a la perspectiva que se adopta y casi siempre revelan una concepción conservadora predominante.

En la actualidad las disposiciones que nos hablan de la sexualidad, son muy radicales ya que no aclaran lo que es la sexualidad. Una de ellas sublima la sexualidad y mediante la cual, consciente o inconscientemente, se oculta la realidad de la sexualidad en tanto

fenómeno social. Así, se dice, por ejemplo, que cualquiera que sea el comentario que merece una explicación sobre la sexualidad, una primera constatación se impone: la sexualidad es un misterio. Pero, no comprendido en el sentido simple del término de lo que concierne al sexo, esa concepción resultaría obscura e incomprensible, sino más bien en el sentido amplio de la palabra que no se terminará jamás de estudiar o de comprender.

Es evidente que explicaciones como ésta no son útiles para decir lo que es la sexualidad ni mucho menos lo que la humanidad ha hecho de ésta, ni tampoco para comprender y valorar la manera como se han regulado legislativamente los actos de carácter sexual prohibidos, por ende hay que profundizar más al respecto.

La posición que reduce a la sexualidad a su dimensión biológica también la debemos descartar, no porque se niegue la importancia que tienen los factores biológicos que caracterizan a las personas de sexo masculino y a las de sexo femenino, sino porque dichos factores no bastan para comprender la sexualidad y, menos aún, para determinar la posición en la sociedad de los sexos. La sexualidad no es simplemente sexo. “La sexualidad, a lo largo de la historia, ha tenido una evolución en los mecanismos sociales establecidos para regular y controlar la vida sexual de las personas. Ignorar esto implica desconocer el proceso histórico que condiciona la manera de concebir la sexualidad; proceso que es influenciado por las condiciones políticas, económicas y sociales de cada época”.¹

El diccionario de la lengua española, define a la sexualidad como “el conjunto de condiciones anatómicas y fisiológicas propias y características de cada sexo”.²

Otro concepto, concibe a la sexualidad, “como un conjunto de comportamientos, actitudes, sistemas de valores y representaciones que se consideran subjetivamente, en una cultura y a un tiempo dado, más o menos vinculadas a la reproducción, al coito, a las sensaciones de emoción erótica y goce, al placer físico y a las actividades eróticas”.³

El contenido del concepto de sexualidad, así como de los términos derivados (sexual, comportamiento sexual, erotismo, pornografía), es pues, debido a la inherente subjetividad humana, tema que es de grandes variaciones cualitativas y cuantitativas en función de las

¹ YAÑEZ, Victor. Hablemos de Sexo. 3ª edición, Editorial, Argos, Perú, 2002. p. 36.

² Diccionario de la Lengua Española. 6ª edición, Editorial, Salvat, México, 2002. p. 386.

³ YAÑEZ, Victor. Op. cit. p. 37.

culturas y tiempos.

A la sexualidad también se le relaciona con todas las representaciones subjetivas relativas a la reproducción y al comportamiento erótico.

Podemos señalar al concepto de sexualidad, como el conjunto de fenómenos emocionales y de conducta relacionados con el sexo, que marcan de forma decisiva al ser humano en todas las fases de su desarrollo.

Desde otro punto de vista, la sexualidad comprende no sólo el impulso sexual dirigido al goce inmediato y a la reproducción sino a los diferentes aspectos de la relación psicológica con el propio cuerpo (sentirse hombre, mujer o ambos a la vez) y de las expectativas de rol social. En la vida cotidiana, la sexualidad cumple un papel muy destacado ya que, desde el punto de vista emotivo y de la relación entre las personas, va mucho más allá de la finalidad reproductiva y de las normas o sanciones que estipula la sociedad.

Además de la unión sexual y emocional entre personas de diferente sexo (Heterosexualidad), existen relaciones entre personas del mismo sexo (Homosexualidad) que, aunque tengan una larga tradición (ya existían en la antigua Grecia y en muchas otras culturas), han sido hasta ahora condenadas y discriminadas socialmente por influencias morales o religiosas.

Durante siglos se consideró que la sexualidad en los animales y en los hombres era básicamente de tipo instintivo. “En esta creencia se basaron las teorías para fijar las formas no naturales de la sexualidad, entre las que se incluían todas aquellas prácticas no dirigidas a la procreación”.⁴ Hoy, sin embargo, sabemos que también algunos mamíferos muy desarrollados presentan un comportamiento sexual diferenciado, que incluye, además de formas de aparente homosexualidad, variantes de la masturbación y de la violación. La psicología moderna deduce, por tanto, que “la sexualidad puede o debe ser aprendida. Los tabúes sociales o religiosos (aunque a veces han tenido su razón de ser en algunas culturas o periodos históricos, como en el caso del incesto), pueden condicionar considerablemente el desarrollo de una sexualidad sana desde el punto de vista psicológico”.⁵

⁴ MACCARY, James. Sexualidad Humana. 5ª edición, Editorial, El Manual Moderno, México, 2003. p. 108.

⁵ Ibidem. p. 109.

El neurólogo Sigmund Freud postuló la primera teoría sobre el desarrollo sexual progresivo en el niño, con la que pretendía explicar también la construcción de una personalidad normal o anormal en el mismo. Según Freud, el desarrollo sexual se inicia “con la fase oral, caracterizada porque el niño obtiene una máxima satisfacción al mamar, y continúa en la fase anal, en la que predominan los impulsos agresivos y sádicos. Después de una fase latente o de reposo, se inicia la tercera fase del desarrollo, la genital, con el interés centrado en los órganos sexuales. La alteración de una de estas tres fases conduce, según la teoría de Freud, a la aparición de trastornos específicos sexuales o de la personalidad. Con el paso del tiempo, algunas de las tesis postuladas en su teoría del psicoanálisis han sido rechazadas, en especial sus teorías sobre la envidia del pene y sobre la vida sexual de la mujer”.⁶

Actualmente, en el límite de las formas ampliamente aceptadas de comportamiento sexual se encuentran las llamadas perversiones. La evolución en los usos y costumbres y el ensanchamiento del margen de tolerancia ha hecho que conductas consideradas tradicionalmente perversas se admitan como válidas en el marco de los derechos a una sexualidad libre. Sólo en los casos de malestar o de conflicto del propio individuo con sus tendencias, o en aquellos en los que se pone en riesgo la integridad física y moral de terceros, se impone la necesidad de tratamiento psicoterapéutico. La sexualidad, en definitiva, no debe apartarse de dos principios fundamentales: el mutuo consentimiento y la superación de la autocensura, para que cada individuo se acepte a sí mismo, aunque ello exija a veces lograr el difícil equilibrio entre las inclinaciones individuales y ciertos prejuicios y atavismos sociales.

La palabra sexualidad no designa solamente las actividades y el placer dependientes del aparato genital, sino toda una serie de excitaciones y actividades existentes desde la infancia, que producen un placer que no puede reducirse a la satisfacción de una necesidad fisiológica fundamental y que se encuentra también a título de componentes en la forma llamada normal del amor sexual.

El amor humano no tiene que ver con el sexo solamente, el sexo es una de las cosas importantes que se da en el amor.

⁶ FREUD, Sigmund. La Teoría de la Sexualidad. 2ª edición, Editorial, Atenea, México, 2004. p. 171.

Todos los individuos tienen sentimientos, actitudes y convicciones en materia sexual, pero cada persona experimenta la sexualidad de distinta forma, porque viene decantada por una perspectiva sumamente individualizada. Se trata en efecto, de una perspectiva que dimana tanto de experiencias personales y privadas como de causas públicas y sociales.

No podemos conocer la sexualidad humana, sin tener en cuenta sus múltiples dimensiones. El aprendizaje de la sexualidad en todas sus facetas no sólo se reduce al conocimiento del individuo y de la naturaleza del ser humano, sino que también viene determinada por el medio en que se encuentra.

La sexualidad es un tema que ha despertado el interés del hombre, desde los tiempos primitivos a nuestros días; y su estudio contribuye a una inmejorable preparación para el afrontamiento de distintos cambios sexuales, tanto fisiológicos como conductuales que se producen a lo largo de la vida.

Es así como concluimos que la sexualidad, va más allá de la simple acumulación de condiciones anatómicas y fisiológicas, de una reacción instintiva o de relaciones sexuales de base puramente erótica, sino como un medio de expresión que las personas manifiestan a través del contacto íntimo que tienen consigo o con otra u otras personas en dónde se mezclan valores y sentimientos que el simple impulso instintivo no abarca. Es decir, la sexualidad es el conjunto de relaciones interpersonales, tanto biológicas como psicoemocionales, que experimenta un individuo y que, desde nuestro particular punto de vista, viene a formar parte del desarrollo del individuo.

2.2. El Derecho a la sexualidad.

En las reformas, la legislación ha jugado un papel muy importante la cuestión referente a la sexualidad.

El derecho, debe ser utilizado para regular los comportamientos de las personas en el dominio de la sexualidad, la crítica frecuentemente expresada respecto a las leyes ha consistido en afirmar que tienden a reforzar reglas morales basadas en concepciones

conservadoras. De esta manera, se deja de lado la exigencia de que sólo se recurra al derecho para proteger los bienes jurídicos contra los ataques que perturban gravemente su conservación y goce por parte de las personas. Así mismo, se exige, de manera conservadora la obediencia de las personas a reglas que imponen conductas consideradas normales y buenas.

Por esto, al abordar el derecho a la sexualidad, resulta indispensable plantearse la cuestión de las relaciones entre el derecho y la moral. Estas complejas y polivalentes relaciones no pueden ser explicadas y justificadas de manera unilateral. En esta perspectiva, se considera que hay que distinguir dos tipos de relaciones entre el derecho y la moral: una a nivel de la justificación de las normas legales y otra al de su interpretación.

“En el primer nivel, resulta evidente del simple hecho que se recurre, casi siempre, que en el derecho rige un determinado principio moral. Muy raros son los casos en que se le emplea en áreas no concernidas por la moral: ámbitos de indiferencia moral. En el de los comportamientos sexuales, es manifiesto que los criterios morales intervienen directamente cuando se delimita lo permitido de lo prohibido”.⁷ De esta verificación, no hay que deducir que sea de propugnar la represión de todo comportamiento juzgado moralmente negativo. Hay que admitir, por el contrario, que no se puede comprender cabalmente por qué se reprime un comportamiento sexual si no se evidencian los criterios morales tomados en cuenta.

Respecto a la interpretación, el contexto moral en el que surge y se desarrolla el derecho determina que la interpretación de las normas sea un proceso preñado de apreciaciones de valor en razón que, "el derecho no puede ser interpretado si no se recurre, en momentos cruciales de esa tarea interpretativa, a consideraciones de índole moral". De modo que para entender por qué han sido establecidas normas represoras de ciertas conductas sexuales y cómo éstas han sido comprendidas y aplicadas, hay que considerar las concepciones morales sobre la sexualidad que las han inspirado.

Sin pretensión de ser exhaustivos, presentaremos algunas de las más importantes de estas concepciones.

⁷ COLE GUIDO, Ernesto. Bases Conceptuales en Sexología. 3ª edición, Editorial, Delma, Argentina, 2001. p. 139.

Derecho a la privacidad sexual	Éste involucra el derecho a tomar decisiones individuales y conductas sobre la intimidad siempre que ellas no interfieran en los derechos sexuales de otros.
Derecho a la equidad sexual	Se refiere a la oposición a todas las formas de discriminación, independientemente del sexo, género, orientación sexual, edad, raza, clase social, religión o invalidez física o emocional.
Derecho al placer sexual	El placer sexual incluyendo el autoerotismo, es una fuente de bienestar físico, psicológico, intelectual y espiritual.
Derecho a la expresión sexual emocional	La expresión sexual es más que el placer erótico en los actos sexuales. Cada individuo tiene derecho a expresar su sexualidad a través de la comunicación, el contacto, la expresión emocional y el amor.
Derecho a la libre asociación sexual	Significa la posibilidad de casarse o no, de divorciarse y de establecer otros tipos de asociaciones sexuales.
Derecho a hacer opciones reproductivas, libres y responsables	Esto abarca el derecho para decidir sobre tener niños o no, el número y el tiempo entre cada uno, y el derecho al acceso a los métodos de regulación de la fertilidad.
Derecho a la información basada en el conocimiento científico	La información sexual debe ser generada a través de un proceso científico y ético y difundido en formas apropiadas en todos los niveles sociales.
Derecho a la educación sexual comprensiva	Este es un proceso que dura toda la vida, desde el nacimiento y debería involucrar a todas las instituciones sociales.

Derecho al cuidado de la salud sexual	El cuidado de la salud sexual debe estar disponible para la prevención y el tratamiento de todos los problemas, preocupaciones y desórdenes sexuales.
---------------------------------------	---

Todas las personas tienen derecho a la igualdad y a encontrarse libres de todas las formas de discriminación, incluyendo el ámbito de la vida sexual y reproductiva. Este derecho debe incluir la libertad para decidir y expresar la orientación sexual y para hacerlo en condiciones de igualdad, libres del temor y de la discriminación.

No deberá discriminarse a ninguna persona en su vida sexual y reproductiva, en su acceso a la atención y/o los servicios de la salud, por razones de raza, color, sexo y orientación sexual, estado civil, posición familiar, edad, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, propiedad, nacimiento u otras condiciones.

Ninguna persona puede ser discriminada o coaccionada en virtud del ejercicio de sus derechos sexuales.

“El derecho a la libertad y autonomía en el ejercicio responsable de la sexualidad, el derecho a escoger las parejas sexuales sin discriminación, el derecho a expresar la sexualidad propia sin tener en cuenta la orientación sexual y el derecho a ejercer la sexualidad independiente de la reproducción es un derecho humano”.⁸

No obstante, en todas partes del mundo hay gobiernos que, pese a su compromiso de proteger los derechos humanos de todas las personas sin discriminación alguna, continúan privando a gays y lesbianas de su derecho fundamental a la vida, a la seguridad y a la igualdad ante la ley.

En la declaración sobre el derecho a la sexualidad que manifestó la Federación Mexicana de Educación Sexual y Sexología, A. C. Las organizaciones pertenecientes a la Federación Mexicana de Educación Sexual y Sexología, A. C. (Femess), apoyadas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los principios básicos de la Ley General de Salud, en la Ley General

⁸ GUERRERO, Pedro. Revista Latinoamericana de Sexología ¿qué es para usted el sexo?. Vol. 10 No. 1, Editorial, Sociedad Colombiana de Sexología, Colombia, 2001. p. 16.

de Educación y en los compromisos internacionales asumidos por México tales como: el Programa de Acción de la IV Conferencia Internacional de Población y Desarrollo y la Plataforma de Acción de la IV Conferencia Mundial de la Mujer se declaro que:

- a. “El desarrollo de toda persona requiere de una vivencia de la sexualidad libre de conflicto y angustia, que posibilite su crecimiento individual y su acceso al placer sexual.
- b. La sexualidad humana está presente en todas las épocas de la vida, es integradora de la identidad y contribuye a fortalecer o producir vínculos interpersonales.
- c. Cada persona es sujeto activo en el proceso de construcción de su propia sexualidad. Tienen derecho a hacerse responsable de su propia vida y habrá de asumir el impacto que tengan sus actitudes, acciones u omisiones en otra(s) persona(s).
- d. Cualquier forma de coerción tendiente a obligar a cualquier persona a realizar actos de índole erótico-sexual contra su voluntad expresa es inaceptable.
- e. La sexualidad humana es dinámica y cambiante y se construye continuamente por la mutua interacción del individuo y las estructuras sociales, representadas por medios de comunicación, familias, escuela, vecindario, diversas instituciones religiosas, líderes morales, u otros.
- f. La educación de la sexualidad es responsabilidad ineludible de todas las personas e instituciones sociales, incluidas las familias.
- g. En nuestro país coexisten diversos estilos de vida y diferentes formas de organización familiar. Las distintas propuestas de educación formal de la sexualidad deben respetar esta diversidad sin hacer omisiones ni promociones sino estimulando un proceso crítico donde las personas puedan obtener elementos para decidir con responsabilidad sobre su propia vida, sabiendo que tienen derecho al respeto de quienes les rodean.
- h. Toda persona tiene derecho a contraer o no matrimonio civil y a disolver dicha unión y a establecer otras formas de convivencia sexual.
- i. La reproducción biológica es uno de los elementos que conforman la sexualidad humana pero no es su único fin. Reconocemos el derecho al ejercicio de la sexualidad sin finalidad reproductiva.
- j. En lo referente a las enfermedades de transmisión sexual y la anticoncepción, las

autoridades han de orientar sus decisiones desde la perspectiva de la salud pública y no desde los conceptos morales o religiosos particulares de cualquiera de las asociaciones religiosas que existen en México.

- k. Toda persona tiene derecho a información amplia, objetiva y verídica sobre la sexualidad humana que le permita tomar decisiones respecto a su propia vida sexual, le posibilite una vida sexual plena y el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos.
- l. La sexualidad humana ha tenido manifestaciones múltiples y diversas en diferentes grupos humanos y en diferentes épocas. El panorama contemporáneo requiere de la posibilidad de coexistencia y comunicación entre diversas culturas con diferentes escalas de valores respecto a la sexualidad y diversa normatividad en cuanto a sus expresiones.
- m. Nos manifestamos por el más amplio respeto a la multiplicidad de formas de expresión de la sexualidad humana por lo que rechazamos cualquier descalificación, discriminación, marginación o persecución por razones vinculadas con la sexualidad: sexo, edad, identidad, modo de vida, pertenencia a algún grupo étnico o religioso, forma de vestir, forma de relacionarse o hábitos sexuales, incluyendo el respeto por las personas que de manera voluntaria, libre e informada deciden limitar su propia actividad sexual”.⁹

En la actualidad, mujeres y hombres están llamados a afirmar su capacidad moral para tomar decisiones serias y responsables en los más diversos órdenes de sus vidas, con arreglo a los dictados de sus conciencias. Estas son ideas que constituyen una base esencial para mejorar las condiciones en que se resuelven los dilemas relacionados con la sexualidad y la reproducción de hombres y mujeres.

Hoy es necesario impulsar opciones liberadoras que permitan la expresión de cientos de miles de personas que no han logrado hacer compatibles sus vivencias cotidianas con los preceptos jurídicos y religiosos vigentes en nuestra sociedad; personas a quienes acosan la culpa y los temores causados por la distancia creciente entre los dilemas que enfrentan en su vida diaria y la moral retórica de una cultura anclada en otras épocas.

Hoy es necesario hacer valer los derechos humanos que favorecen la libre opción, la

⁹ <http://www//LaLibertadSexual.segob.com.mx>

libertad y la igualdad de frente al ejercicio de la sexualidad.

Reconocemos como aspectos capitales que facilitan el ejercicio de estos derechos, el poder de tomar decisiones autónomas, fundamentadas e informadas, y los recursos materiales para tener acceso a los servicios, métodos y técnicas que vuelvan realidad ese poder.

- “1. Derecho a la felicidad, a los sueños y a las fantasías; a la democracia en las relaciones entre las personas; al placer y a disfrutar el erotismo, a la libertad y a la autonomía en el ejercicio de la sexualidad.
2. Derecho a vivir una sexualidad placentera y responsable, buena en sí misma, vehículo fundamental de comunicación y amor entre las personas, que no tenga como fin la procreación.
3. Derecho a la integridad corporal y a la autonomía en el control del cuerpo.
4. Derecho a una sexualidad libre de violencia, discriminación y coerción, en un marco de relaciones de igualdad, respeto y justicia.
5. Derecho al ejercicio libre y autónomo de las orientaciones sexuales.
6. Derecho a una sexualidad exenta de miedos, vergüenzas, culpas, falsas creencias y otros impedimentos que inhiben su expresión libre.
7. Derecho a la salud sexual, a la información y servicios asequibles y seguros, necesarios para garantizar una vida sexual libre de enfermedades y deficiencias”.¹⁰

El derecho a la autodeterminación reproductiva: Cuando se niega u omite este derecho básico, se está obstaculizando el ejercicio de otros derechos.

Como es lógico, el reconocimiento de una libertad ilimitada haría imposible la convivencia humana, por lo que son necesarias e inevitables las restricciones a la libertad individual. La libertad se define como el derecho de la persona a actuar sin restricciones siempre que sus actos no interfieran con los derechos equivalentes de otras personas.

El equilibrio perfecto entre el derecho del individuo a actuar sin interferencias ajenas y la necesidad de la comunidad a restringir la libertad ha sido buscado en todas las épocas, sin que se haya logrado alcanzar una solución ideal al problema. Las restricciones son en no

¹⁰ <http://www.sexo.com.mx> cuando se vive dentro de un cuerpo equivocado. La transexualidad. 19/08/04.

pocas ocasiones opresivas. La historia demuestra que las sociedades han conocido situaciones de anarquía junto a periodos de despotismo en los que la libertad era algo inexistente o reservado a grupos privilegiados.

Por lo tanto, debemos resaltar que desde el momento en que el derecho regula la conducta del hombre en sus relaciones sexuales, reconoce las libertades que le son inherentes como persona y entre ellas se encuentran el ejercicio de su sexualidad, derecho que le otorga la facultad de disfrutarla y expresarla de la manera en que lo desee, siempre y cuando no ataque la libertad de los demás y no perjudique, con sus practicas a terceros ni transgreda la ley.

Concluimos entonces que, el derecho a la sexualidad, es una facultad que va de la mano de la libertad y que se encuentran plenamente reconocidas por las leyes, en donde facultan al hombre al pleno ejercicio y goce de su sexualidad, con las limitaciones que éstas previamente establezcan.

2.3. La Homosexualidad.

“La homosexualidad se define como la preferencia y atracción sexual por personas del mismo sexo, en contraposición a heterosexualidad (preferencia por el sexo opuesto) y bisexualidad (atracción por ambos sexos). Las mujeres homosexuales reciben el apelativo de lesbianas. En los últimos años el término ‘gay’ se viene aplicando a mujeres y hombres homosexuales”.¹¹

El lesbianismo es la homosexualidad femenina, es decir, es la atracción sexual o emocional entre las mujeres. El término proviene del nombre de la isla griega de Lesbos, lugar en que vivió Safo, que escribió poemas de amor dirigidos a mujeres.

La actitud hacia la homosexualidad ha variado a lo largo de las diferentes épocas y entre los diversos grupos y subgrupos culturales, oscilando entre la aceptación (en la antigua Grecia), la tolerancia (en el Imperio romano) y la condena absoluta (en muchas sociedades occidentales y orientales).

Sin embargo, gran parte de la incomprensión y de los prejuicios existentes contra la

¹¹ ARAGÓN, Jesús. El Patrón Sexual en el Siglo XX. 4ª edición, Editorial, Diana, México, 2002. p. 261.

homosexualidad proceden de su clasificación como enfermedad en el siglo XIX. El neuropsicólogo alemán Richard von Krafft-Ebing la consideró una "degeneración neuropática hereditaria que supuestamente se agravaba por una excesiva masturbación. El psiquiatra austriaco Sigmund Freud postuló la existencia de una predisposición constitutiva, aunque también destacó el efecto determinante de experiencias durante la infancia (como, por ejemplo, la falta de un progenitor del mismo sexo con el cual poder identificarse) y la frecuencia de experiencias homosexuales masculinas durante la adolescencia, que consideró como desviación sexual".¹²

La publicación de dos estudios sobre el comportamiento sexual en hombres y mujeres, que llevó a cabo el biólogo estadounidense Alfred Charles Kinsey, rebatió la hipótesis de la enfermedad. Pruebas psicológicas realizadas a homosexuales y a heterosexuales mostraron que entre ellos no había aspectos patológicos diferenciadores. Aunque existen algunas evidencias, en estudios de gemelos y mellizos, que sugieren que los genes pueden ser un factor en la orientación sexual.

Otras teorías afirman que es más probable que los factores determinantes sean las experiencias vividas durante la infancia.

"En 1973, la Asociación Psiquiátrica de Estados Unidos eliminó la homosexualidad de su lista de enfermedades mentales y, en 1980, del DSM, Manual de Clasificación de las Enfermedades Mentales de la OMS".¹³

Al igual que la homosexualidad, el lesbianismo se ha dado en todas las culturas a lo largo de la historia. En el mundo clásico era por todos conocido que este tipo de relaciones existían en grupos de mujeres, como las que se reunían en torno a la poetisa clásica Safo. Durante siglos y en muy diversas culturas el lesbianismo no ha sido reconocido como tal, aunque se han aceptado las relaciones íntimas entre mujeres, incluida la cohabitación. La atracción entre mujeres ha sido ignorada debido a que muchas culturas no aceptan en absoluto el concepto de sexualidad femenina u opinan que ésta sólo se debería practicar en las relaciones con el sexo masculino o con el único propósito de la reproducción.

¹² FREUD, Sigmund. Op. cit. p. 131.

¹³ GUERRERO, Pedro. Op. cit. p. 27.

“Algunos homosexuales mantienen relaciones monógamas que se asemejan a los matrimonios heterosexuales. En algunas sociedades como la de los arunta o aranda de Australia, la homosexualidad está prácticamente generalizada. En algunos países de Europa, como Bélgica, Países Bajos y Dinamarca, el matrimonio legal ya ha sido aprobado. En otros, como Alemania y Gran Bretaña, existe la posibilidad de que las parejas de homosexuales se registren como parejas de hecho, y en los Países Bajos, además, algunas parejas estables han conseguido el derecho legal para adoptar niños”.¹⁴

Sin embargo, en muchos otros países el hecho de ser homosexual o de practicar la homosexualidad puede ocasionar la pérdida del trabajo, la discriminación en el alquiler de una vivienda, el rechazo social e, incluso, la cárcel. Durante los últimos años, los grupos a favor de los derechos de los gays han luchado para conseguir una mayor aceptación de la homosexualidad por parte de la opinión pública y por la modificación, supresión o creación de leyes que defiendan sus derechos. El nivel de aceptación alcanzado en la década de 1970 disminuyó en la década siguiente debido a la reacción pública que ocasionó la propagación del SIDA, que afectó en mayor proporción al colectivo homosexual masculino. Este hecho condujo al rechazo social y al aumento de los prejuicios en contra de la homosexualidad.

Por su parte las mujeres lesbianas de Estados Unidos, Europa occidental y Australia han adoptado una postura activa para reclamar sus derechos legales y desafiar al hasta entonces “invisible lesbianismo” a salir a la luz para defender su reconocible identidad. Lentamente, el movimiento se ha ido extendiendo hacia Oriente, a países como la India, aunque permanece oculto en países como China. La campaña por los derechos de las lesbianas comenzó en Estados Unidos con el auge del feminismo y con el movimiento de liberación gay. Sin embargo, muchas activistas pensaban que el movimiento gay estaba dominado exclusivamente por hombres y empezaron a formar organizaciones sólo de mujeres. Las más radicales, las separatistas, conciben la forma de vida del lesbianismo como una opción política y un modo de oposición al poder masculino, por lo que optan por vivir en comunidades sólo de mujeres para evitar todo contacto con el sexo contrario. Algunas activistas han utilizado la pornografía como arma política para permitirles controlar de forma exclusiva su propio placer sexual, un asunto que ha creado polémica ya que otras sostienen que la utilización de la pornografía es un sometimiento a las estructuras del poder

¹⁴ MCCARY, James. Op. cit. p. 216.

masculino y que esas imágenes son utilizadas invariablemente por los hombres, que las convierten en objetos de erotismo masculino.

A pesar de que ningún país occidental tiene leyes específicas en contra de la crianza de los hijos, hay mujeres que sostienen que los jueces se oponen a concederles la custodia por su opción sexual y que determinados organismos de servicios sociales son contrarios también a permitirles adoptar niños o acogerlos para su crianza. “Asimismo, las parejas de lesbianas no tienen legalmente prohibido tener hijos por inseminación artificial, aunque es un tratamiento que se administra a discreción por los servicios sociales y estos pueden negarse a aplicarlo. La discriminación también se ha hecho patente en el terreno laboral y las lesbianas tienen posibilidades muy limitadas de obtener indemnizaciones legales. En muchos países, entre los que se incluyen Estados Unidos y el Reino Unido, se les impide pertenecer a las Fuerzas Armadas”.¹⁵

En España y en América Latina hay diversas asociaciones para la defensa de los derechos civiles de las mujeres y hombres homosexuales. Aunque la permisividad ha vuelto a aumentar en los últimos años, queda aún un largo camino por recorrer.

Al parecer, la identidad y el papel que desempeña el género son generalmente fenómenos aprendidos y no constituidos genéticamente ni constitutivamente determinados. Estudios endocrinológicos y cromosómicos en homosexuales revelan que no existe más número de variaciones que la media o promedio normal. Las características sexuales anatómicas masculinas o femeninas se establecen en el momento de la concepción, pero factores del entorno influyen en la posterior aceptación individual del género.

2.4. La Bisexualidad.

La bisexualidad es definida como la atracción sexual por ambos sexos.

“Las personas bisexuales son capaces de tener fantasías y disfrutar tanto de las relaciones físicas heterosexuales como de las homosexuales, aunque algunos muestren mayor preferencia por uno de esos dos tipos de relaciones. La bisexualidad no debe

¹⁵ HURTADO OLIVER, Xavier. ¿El Derecho a la Vida y a la Muerte?. 3ª edición, Editorial, Porrúa, México, 2002. p. 127.

confundirse con el travestismo, que consiste en vestirse y actuar como una persona del sexo opuesto, ni con la transexualidad, que consiste en la identificación con los caracteres sexuales del sexo opuesto. Sin embargo, eso no quiere decir que los transexuales o los travestis no sean bisexuales. En general, los bisexuales están satisfechos con el sexo con el que han nacido y no poseen, tal como podría creerse, órganos sexuales de ambos sexos, como se da en los hermafroditas”.¹⁶

La bisexualidad estaba admitida en la antigua Grecia y se aceptaba sobre todo en el caso de las relaciones entre jóvenes y entre hombres mayores, a menudo casados, como una forma de amistad o de relación iniciativa y formativa. En la Iliada y la Odisea los héroes griegos mantienen relaciones sexuales con parejas de ambos sexos. Esta costumbre aún subsiste en algunas sociedades de la Polinesia.

Las investigaciones y las evidencias anecdóticas permiten suponer que la bisexualidad es mucho más habitual que la homosexualidad y que millones de personas en el mundo comparten este tipo de sexualidad. “En la década de 1940, en un importante programa de investigación social, el biólogo estadounidense Alfred Charles Kinsey examinó patrones de conducta sexual y comprobó que un 37% de hombres en Estados Unidos había alcanzado un orgasmo con personas de su mismo sexo y que un 25% había tenido relaciones homosexuales esporádicas (en el caso de las mujeres, un 13%). Sin embargo, puesto que sólo entre un 5 y un 10% de los consultados se consideraban homosexuales, es evidente que la relación carnal con alguien del mismo sexo no es algo insólito ni exclusivo de los homosexuales. Kinsey concluyó que existen algunas personas que carecen de preferencia sobre el sexo de su pareja y otras cuya identidad sexual aún no se ha fijado o abarca ambas tendencias”.¹⁷

Se ha dicho que la orientación sexual entre los seres humanos puede darse como un **continuum**. Esta teoría existe desde que se comenzó a investigar la sexualidad en el siglo XIX. Sigmund Freud consideró la capacidad de los niños para obtener placer en diversas zonas del cuerpo como una parte de la vida sexual. Según Freud, “los bebés y los niños son perversos polimorfos que pueden extraer placer sexual casi de cualquier cosa. Carl Jung relacionó la bisexualidad con la presencia del sexo opuesto en el inconsciente del individuo y

¹⁶ KASS, León. Lesbianas y Homosexuales en E.U., 3ª edición, Editorial, Reight, E.U. 1999. p. 85.

¹⁷ Ibidem. p. 82.

postuló que existen en ambos sexos unos potenciales denominados anima (lo femenino en el hombre) y *animus* (lo masculino en la mujer)".¹⁸

A pesar de la generalizada inclinación de hombres y mujeres a reproducirse, no existe evidencia de que los seres humanos posean un instinto innato que les lleve a una conducta sexual específica, es decir, que se sientan atraídos únicamente por personas de un sexo a lo largo de toda la vida. En el caso contrario, la relación con el progenitor del mismo sexo sería difícil, al igual que la intimidad con hermanos o amigos del mismo sexo. Es frecuente que en la adolescencia se desarrolle una fuerte atracción (enamoramiento) por amistades del mismo sexo, lo cual es parte de la maduración sexual normal. Según el psicoanálisis, la bisexualidad es un proceso normal dentro de la experiencia de la infancia. Su persistencia en la edad adulta puede deberse a que no ha habido una diferenciación de ese estado anterior o a que se ha desarrollado más de un potencial.

Cabe mencionar que la bisexualidad no se origina en la promiscuidad sexual ni en la simple necesidad sexual (como ocurre entre los hombres en prisión), sino en el deseo sexual. No es una simple experiencia de borrachera, ni tampoco el resultado de una calentura desesperada, ni algo que se hace por curiosidad, el motivo es básicamente la atracción tanto emocional como física de los dos sexos.

Los bisexuales generan un buen grado de hostilidad en ambos géneros. Los homosexuales los tildan de maricas con miedo a admitirlo. Los heterosexuales los llaman maricas y punto. Sin embargo, a pesar de estas consideraciones, unos y otros están equivocados ya que, el verdadero bisexual es en realidad una doble personalidad, en la que los componentes masculino y femenino se alternan con cierto grado de regularidad.

Cuando hablamos de bisexualidad femenina, el hombre, regularmente, está dispuesto al juego de ser siempre objeto sexual y puede constituir un elemento de vital ayuda para dos mujeres bisexuales que deseen hacerlo juntas. Se piensa que la carga psicológica de su acto se verá disminuida si acaso ambas pueden disponer de un hombre cuando ya se hayan satisfecho. En el caso de las lesbianas no necesitan de esto además de que ni les gusta.

Mariano Diez Benavides señala que "todos los seres humanos somos bisexuales, es

¹⁸ FREUD, Sigmund. Op. cit. p. 201.

decir, capaces de responder sexualmente, ante personas de ambos sexos. Es muy probable que si no poseyéramos esa capacidad, los humanos jamás hubiesen llegado a formar sociedades masculinas, porque el juego erótico entre personas del mismo sexo ayuda a superar las rivalidades y peleas que observamos en otras especies animales”.¹⁹

Los problemas que enfrentan los bisexuales en nuestra sociedad se deben principalmente a la existencia de tabúes en la mayor parte de las sociedades, que dificultan las elecciones sexuales múltiples o variadas. Ello puede inducir a las personas bisexuales a verse forzadas a tomar partido exclusivamente por la heterosexualidad o la homosexualidad, lo cual puede causarles angustia emocional tanto a ellos como a sus parejas. Asimismo, pueden desarrollar sentimientos de culpa ante la diferencia entre lo que son en realidad y lo que creen que la sociedad espera que sean.

2.5. La Heterosexualidad.

“Heterosexualidad es la atracción o inclinación sexual hacia personas del sexo opuesto, es decir, es la práctica de la relación erótica heterosexual”.²⁰

El término fue acuñado a finales del siglo XIX como concepto alternativo a homosexualidad y bisexualidad. Hasta este momento no existía el concepto de heterosexualidad; los heterosexuales eran simplemente las personas consideradas normales en su conducta sexual, mientras que los de otras orientaciones sexuales se consideraban personas patológicas.

Todas las sociedades parecen presentar un patrón preferentemente heterosexual, tal vez a causa de la asociación de sexualidad con reproducción, a pesar de que hoy día, el mayor acceso al control de natalidad ha permitido que las personas establezcan conductas heterosexuales con fines de placer y no de procreación. Muchas formas de conducta heterosexual están estigmatizadas, como ya lo estuvieron antes la homosexualidad y la bisexualidad. Muchas religiones condenan cualquier relación sexual fuera del matrimonio o la realizada exclusivamente por placer.

No está claro qué es exactamente lo que determina la orientación sexual de una

¹⁹ DIEZ BENAVIDES, Mariano. La Bixesualidad Humana. 3ª edición, Editorial, Planeta, México, 2000. p. 166.

²⁰ Ibidem. p. 168.

persona, ya sea heterosexual o de otro tipo. La sexualidad ha sido considerada a lo largo de la historia como una fuerza natural e innata, pero cada vez más se llega al convencimiento de que en ella también intervienen las influencias sociales. Algunos sociólogos opinan que la heterosexualidad es una institución social como el matrimonio y que la mayoría de las personas actúan, al menos en parte, de forma heterosexual porque es la norma social.

2.6. La Transexualidad.

Como lo podemos ver, nuestra cultura es heterosexista, lo que quiere decir que supone que existen o deben existir sólo dos sexos, dos géneros y dos orientaciones sexuales (del hombre hacia la mujer y de la mujer hacia el hombre)

Cualquier realidad que salga de este concepto es conceptualizada como anómica (fuera de la norma): pecado, vicio, anormalidad... Sin embargo otras culturas (griega, amerindias, etc. han integrado en su norma otras realidades)

Para conocer el término de transexualidad es necesario abordar diferentes conceptos tales como, el que establece James Vander sobre transexual. El cual es considerado como el “individuo dotado de órganos sexuales normales pero que siente psíquicamente como un miembro del sexo opuesto”.²¹

Transexualidad es definida por Francisco Barragán como el “fenómeno físico de cambio de sexo (sic). Sustitución, por medio de intervención quirúrgica, de los órganos sexuales característicos de cada sexo. Generalmente, se alude al deseo de ser ‘psicológicamente’ como el otro sexo. Desde nuestro punto de vista, surge como conflicto emocional por la represión sexual de las capacidades no reproductivas de las personas. No creemos que sea correcto hablar de ser ‘psicológicamente hombre o mujer’. Se es persona”.²²

Transexualismo. El transexualismo es considerado por Arthur Belloch como el “trastorno de la identidad de género caracterizado por un malestar persistente y un sentimiento de inadecuación respecto al propio sexo anatómico en una persona que ha alcanzado la pubertad y acompañado por una preocupación persistente acerca de cómo

²¹ VANDER ZANDEN, James. Manual de Psicología Social. 2ª edición, Editorial, Paidós. Argentina, 2001. p. 628.

²² BARRAGÁN MEDERO, Francisco. La Educación Sexual. 2ª edición, Editorial, Paidós, España, 2002. p. 154.

deshacerse de las características sexuales del propio sexo y adquirir las del sexo opuesto.”²³

Como se puede observar, la transexualidad generalmente es considerada por muchos/as autores, como “una variación de la conducta sexual, aunque más bien es un problema de género, y más específicamente de identidad de género”.²⁴

Un transexual es una persona que se siente dentro de un cuerpo de otro género (su cuerpo le dice soy un hombre; pero su mente le dice soy una mujer, y lo mismo en el caso de la mujer). Esta condición se conoce como disforia de género, provocando infelicidad o insatisfacción con el género de uno mismo. Ante esta situación, algunas personas optan por someterse a operaciones quirúrgicas de cambio de características sexuales. El término transexual se utiliza tanto para la persona que decide cambiar sus características fenotípicas como para la que no toma tal decisión.

La comunidad científica no ha encontrado una causa definitiva del transexualismo. Una especulación es que durante la etapa prenatal se produjo una inapropiada diferenciación cerebral por exposición a hormonas del género contrario. Sin embargo no hay evidencia directa que apoye esta idea.

El alto grado de aceptación que la mayoría de las personas tienen de su género es tan central para su auto-imagen que resulta extremadamente difícil entender como algunas personas que tienen las características físicas de un género pueden creer en realidad que pertenecen al otro. Aquellos individuos que sienten de esta manera son conocidos como transexuales.

Los transexuales normalmente se encuentran fuera de lugar, es decir, frecuentemente expresan sus sentimientos a algo parecido al ser ubicado en un rol para el cual no están preparados, por ejemplo, el tratar de ser el héroe cuando en realidad están mejor interpretando a la heroína. Sin embargo. Para ellos es necesario el adaptarse para sobrevivir. Ellos tienen que aprender sus líneas y actuar su parte. Palabras y conductas que están ajenas a su naturaleza les son forzadas en razón a su apariencia física. Eventualmente, como todo actor que mantiene un rol en una actuación de larga trayectoria,

²³ BELLOCH, Arthur. Manual de Psicopatología. 2ª edición, Editorial, MC Graw-Hill. España, 1999. p. 459.

²⁴ Ibidem. p. 460.

ellos aprenden a manejar su papel. Ellos aprenden a recitar las líneas, seguir las direcciones del escenario, y ser hombres o mujeres muy convincentes sin necesidad de tener ni que pensar en ello. El problema está en que cuando ellos dejan el escenario, cuando se quedan solos consigo mismos, y saben que ese papel no es el indicado para sí mismos. Ellos saben quienes son ellos mismos en realidad. Ellos no desean otra cosa que ser ellos mismos, pero no se pueden quitar los vestuarios y disfraces y llevar una vida normal, ya que los disfraces son en realidad sus propios cuerpos.

“Una posible teoría sobre el origen de la transexualidad radica en el género físico del feto, que está establecido por el apareamiento de un cromosoma simple de ambos padres al momento de la concepción (XX para mujeres y XY para hombres). Sin embargo, no es sino hasta más adelante que las diferencias físicas basadas en el género cromosómico del feto se desarrollan”.²⁵ Estas diferencias son estimuladas por una infusión de hormonas. Al mismo tiempo, la identidad de género del feto (el género del cerebro), comienza su desarrollo. De acuerdo a una teoría tan ampliamente aceptada que intenta explicar el origen del transexualismo, si el momento de este influjo hormonal es inadecuado, o la mezcla de hormonas es defectuosa, una disparidad entre el género físico y el género mental puede ocurrir. Es por esta razón que el transexualismo es frecuentemente descrito como un defecto de nacimiento.

Desafortunadamente, para el transexual que trata de ganar la aceptación de los demás, este defecto de nacimiento no tiene efectos visibles. El transexual parece ser un hombre o una mujer perfectamente normal, con características sexuales primarias y secundarias normales. A diferencia de las características faciales que distinguen al Síndrome de Down, o la falta de control muscular causado por la parálisis cerebral, el transexualismo no puede ser detectado visualmente o bajo otros medios. Debido a que los demás no pueden ver nada aparente, llegan a la conclusión de que el transexualismo no es un defecto físico, sino más bien un problema mental y emocional. Es una creencia común a la vez que errónea el que con un poco de auto-disciplina, o con consejería, una persona transexual puede actuar normalmente y aceptar su lugar en la vida.

Las posibles soluciones para remediar esta situación se encuentran muy lejanas aún ya que después de décadas de intentarlo, los psiquiatras han tenido que admitir derrota al

²⁵ BARRAGÁN MEDERO, Francisco. Op. cit. p.169.

solucionar este dilema. “En todos los años que la psiquiatría ha tratado de curar el transexualismo, no hubo un solo caso que haya respondido positivamente y permanentemente. No fue sino hasta 1950 en que un psiquiatra y endocrinólogo pionero, el Dr. Harry Benjamin decidió aplicar ambas de sus especialidades al tratamiento del transexual. Si la mente no puede ser cambiada para adaptarse el cuerpo, pensó él, entonces habría que cambiar el cuerpo para que conjugue con la mente. Por primera vez, los transexuales pudieron vivir a gusto con sus propios cuerpos. Pero la reasignación de género no es una cura; es simplemente un tratamiento que puede evitar otros problemas mucho más serios, tales como el suicidio o el abuso de sustancias”.²⁶

Los transexuales se ven sometidos a una intensa evaluación y consejería psicológica. Este proceso no es para convencer al sujeto de renunciar a su transexualismo, sino para determinar la viabilidad del drástico e irreversible proceso de reasignación de características sexuales. Por ejemplo, si la persona no es realmente un transexual, pero en vez de eso está sufriendo de un cuadro de homosexualidad egodistónica, los efectos del tratamiento pueden ser devastadores. Un travesti mal aconsejado, quien es normalmente feliz viviendo en el rol de su género físico, pero que tiene la compulsión de funcionar ocasionalmente en el rol del otro género, puede ser muy infeliz por una reasignación de sexo permanente. Por lo tanto, un transexual debe de ser evaluado por un consejero psicológico experimentado para estar seguro de que el transexualismo es el tema real.

“Una vez que el diagnóstico de transexualismo está confirmado, es cuando comienza la parte médica del tratamiento. La persona que entra en esta fase del tratamiento es por lo general llamado transexual pre-operado. El tratamiento hormonal gradualmente va ayudando al transexual a despojarse de su disfraz, lo que le ayudará a adentrarse en su rol y adaptarse a la sociedad en la que él considera ser su lugar correcto. (el género dual utilizado acá es para reconocer la existencia de transexuales tanto de hombre a mujer como de mujer a hombre, y no para insinuar una identidad género dual por parte de estos individuos). Después de un tiempo que puede ser desde varios meses a varios años, el transexual públicamente acepta su nuevo rol de género. Los servicios de consejería psicológica continúan durante todo el período de terapia hormonal, para ayudar al transexual a des- aprender el rol que ha tenido por tantos años. Hay muchas situaciones traumáticas comprometidas. El transexual necesita no solo aprender el nuevo rol, sino también el

²⁶ VANDER ZANDEN, James. Op. cit. p. 221.

aprender que esta bien el estar en él".²⁷

La mayoría de los protocolos de reasignación requieren que el individuo viva y se desenvuelva en su nuevo rol por un mínimo de 12 a 18 meses antes que la cirugía de reasignación de características sexuales o fenotípicas le sea autorizada. Esta fase se denomina Test de vida real o RLT (por sus siglas en inglés). Tanto el paciente como el consejero psicológico deben estar convencidos de que la cirugía será de ayuda y no dañina. Es entonces que el terapeuta primario refiere al paciente a un segundo médico, generalmente un psiquiatra, para otra evaluación para confirmar que la cirugía es apropiada. Solo entonces un cirujano de reputación aceptará al paciente.

La cirugía de reasignación de fenotipo o de género físico es un proceso irreversible. Debe realizarse con extrema precaución. La profesión médica americana ha adoptado una posición conservadora en lo que es tratar al transexualismo con terapia hormonal y cirugía de reasignación de características fenotípicas. Sin una evaluación psicológica y psiquiátrica competente, ningún médico o psiquiatra competente y con ética prescribiría terapia hormonal. Sin ambas mencionadas evaluaciones, ningún médico de prestigio realizaría la cirugía de reasignación de características de género. Estos rigurosos requerimientos están orientados a asegurar que aquellos individuos que cambian su fenotipo no lo hagan por inestabilidad mental, sino que esta persona haya demostrado totalmente su estabilidad mental en el rol de género deseado.

De lo anterior podemos decir que la transexualidad consiste en la identificación con el rol de género asociado al sexo opuesto y que conduce al individuo a modificar su anatomía sexual y que adoptan las formas de vestir, las conductas sociales y, normalmente, las preferencias sexuales típicas del sexo opuesto. También utilizan hormonas y desean someterse a una operación de cambio de fenotipo para modificar su apariencia física. Esta cirugía se aplica en algunos países a transexuales masculinos y femeninos, y cada vez son más las personas que la solicitan.

2.7. Punto de vista Natural de la sexualidad.

La sexualidad, desde el punto de vista natural, es lo que conocemos como sexo, proveniente de la expresión latina **sexus**, el cual es definido por el diccionario de la real

²⁷ Ibidem. p. 222.

academia de la lengua española como “la condición orgánica, masculina o femenina, de los animales y las plantas; o como el conjunto de seres pertenecientes a un mismo sexo. Sexo masculino, femenino; órganos sexuales; y Placer venéreo”.²⁸

El sexo, lo podemos definir, como el “conjunto de caracteres biológicos, inicialmente inmodificables por la cultura. Genitales externos, vulva o pene, y diferencias reproductivas biológicas”.²⁹

Durante siglos se consideró que la sexualidad en los animales y en los hombres era básicamente de tipo instintivo, aunque en su aspecto puramente natural, es así.

De igual forma, lo podríamos nombrar apareamiento, en donde la naturaleza estimula la atracción entre macho y hembra, necesaria para que ocurra la fecundación interna. En la mayor parte de los animales inferiores se produce en estaciones determinadas del año y está gobernada por secreciones endocrinas. También, en la mayoría de las hembras de los mamíferos la receptividad para el apareamiento sólo es eficaz en cortos periodos a lo largo del año; este periodo fértil se llama estro o celo. “En cambio los machos, por lo general, son capaces de cópula fértil en cualquier momento. Algunos animales, como la vaca, tienen varios periodos receptivos al año, el perro tiene uno o dos, mientras que las ratas y ratones tienen periodos receptivos cada cinco días. El estro se caracteriza por un aumento del impulso sexual y por cambios en los ovarios, el útero y la vagina. Los primates, a diferencia de otros mamíferos, muestran poco o ningún cambio cíclico en el impulso sexual y permiten la cópula en cualquier momento del ciclo menstrual. Las mujeres tienen, por lo general, un ciclo reproductor o menstrual de 28 días, y la ovulación tiene lugar 14 días antes del comienzo de la menstruación”.³⁰

En la actualidad el interés sexual en la especie humana está determinado más por influencias culturales que por el ciclo reproductor. En la mayoría de los animales la copulación está precedida por un periodo de cortejo cuyos rituales poseen una enorme variedad de estereotipos. En la especie humana, el cortejo y las prácticas de apareamiento se han modificado de forma drástica debido a imposiciones de tipo social y religioso.

²⁸ YAÑEZ, Victor. Op. cit. p. 231.

²⁹ BARRAGÁN MEDERO, Francisco. Op. cit. p. 154.

³⁰ Ibidem. p. 155.

Al sexo, también lo podemos centrar en el marco de la reproducción sexual, como la modalidad de reproducción en la que es necesario el intercambio de material genético entre los progenitores.

El sexo, como anteriormente lo hemos mencionado, abarca el género biológico al que pertenecemos, el cual es determinado por los cromosomas de tipo XX-XY. En los seres humanos el sexo del recién nacido depende del tipo de espermatozoide que realice la fecundación. Si el espermatozoide que fecunda el óvulo es portador del cromosoma X el cigoto resultante dará lugar a una niña (XX) y si el espermatozoide que fecunda al óvulo es portador del cromosoma Y el cigoto dará lugar a un niño (XY). La probabilidad de que nazca un niño o una niña es exactamente la misma.

La reproducción, en sí, es el proceso por el cual procrean los organismos o células de origen animal y vegetal. Es una de las funciones esenciales de los organismos vivos, tan necesaria para la preservación de las especies como lo es la alimentación para la conservación de cada individuo.

El sexo o la sexualidad desde la perspectiva puramente natural, es la diferencia física y de conducta que distingue a los organismos individuales, según las funciones que realizan en los procesos de reproducción. A través de esta diferencia, por la que existen machos y hembras, una especie puede combinar de forma constante su información genética y dar lugar a descendientes con genes distintos. Algunos de estos descendientes llegan a adaptarse mejor a las posibles variaciones del entorno

La sexualidad es, desde nuestro punto de vista, un concepto mucho más amplio (al del ámbito natural) que constituye una función de relación con los demás caracterizada por la búsqueda de comunicación, afectividad y placer. Complementariamente puede implicar reproducción. Es una constante del ser humano desde el nacimiento hasta la muerte. Su estructuración es fundamentalmente social y cultural más que biológica.

2.8. Punto de vista Religioso.

La iglesia también tiene una concepción heterosexista de la sexualidad humana al manifestar que Dios al "Hombre y mujer los creó"

Para la iglesia Dios es amor, un misterio de comunión el cual creó al hombre y a la mujer a su imagen con vocación, capacidad y responsabilidad de amor y comunión. La diferencia y complementariedad física, moral y espiritual están orientadas hacia los bienes del matrimonio y al desarrollo de la vida familiar.

Señala que la armonía de la pareja y de la sociedad depende en la manera en que se viva esa relación. Cada uno (hombre y mujer) tienen la misma dignidad y son de manera distinta a imagen de Dios.

La sexualidad abraza todos los aspectos de la persona humana, en la unidad de su cuerpo y alma. Envuelve la afectividad, la capacidad de amar, de procrear.

Implica la aptitud de establecer vínculos de comunión con otro, además, de que debemos de apreciar y respetar nuestra identidad sexual.

La unión del hombre y la mujer en el matrimonio es una manera de imitar en la carne la generosidad y la fecundidad de Dios.

La tradición de la Iglesia ha entendido el sexto mandamiento como referido a la globalidad de la sexualidad humana.

La vocación a la castidad es:

“1 La integración de la sexualidad en la persona en su unidad interior corporal y espiritual; 2 La integración de la sexualidad en relación mutua, entrega total, integración en la persona y el dominio de si libre de pasiones ciegas, verdadera libertad. Capacidad de actuar con elección consciente, libre. Logra su dignidad cuando opta por el bien”.³¹

“La castidad nos recompone, nos devuelve a la unidad que habíamos perdido.

³¹ NENCES, Saúl. Op. cit. p. 116.

También señala que la castidad es parte de la virtud cardinal de la templanza, la cual da racionalidad a las pasiones y los apetitos de la sensibilidad humana.

La castidad está relacionada con la caridad. Hay que ser casto, tener dominio de sí, para poder darse con amor ya que la castidad conduce a ser testigo de la fidelidad y de la ternura de Dios.

Menciona que quienes están llamados a la castidad es todo bautizado. Cada uno según su estado”.³²

Da importancia a la virginidad, célibes, mientras no se encuentre uno casado, por lo tanto, los novios son llamados a la continencia para recibirse el uno al otro a Dios.

Las ofensas a la castidad son una falta al cuerpo, considerándolo a éste, como el templo del Espíritu Santo, dedicado al Señor, las cuales vienen a constituirse en las siguientes:

- **LUJURIA**
- **MASTURBACIÓN**
- **FORNICACIÓN:**
- **PORNOGRAFÍA**
- **PROSTITUCIÓN**
- **VIOLACIÓN.**
- **HOMOSEXUALIDAD.”³³**

Como podemos advertir de lo anteriormente escrito la iglesia limita al extremo el ejercicio de la sexualidad en el individuo, ya que para poder ejercerla es necesario, antes que nada, la castidad y posteriormente el matrimonio, y así, estar en aptitud de cumplir con las finalidades del mismo.

2.9. Punto de vista Jurídico.

Antes de hablar del punto de vista jurídico de la sexualidad, es oportuno precisar que

³² Ibidem. p. 171.

³³ Ibidem. p. 172.

nuestro derecho reconoce el ejercicio de la libertad sexual al momento en que sanciona los actos tendientes a atacar la libre disposición del individuo sobre su sexualidad. Cuando en los diversos países se va admitiendo una pluralidad de concepciones sociales diversas sobre la moral sexual, adquiere importancia el concepto de libertad sexual (frente al anterior de moral sexual), a la que se impone ciertos límites para su ejercicio. Los principales límites al ejercicio de la libertad sexual tienen su fundamento en el respeto a la libertad sexual de otros, en las situaciones de inmadurez o incapacidad mental que impide a ciertas personas tener suficiente autonomía en su decisión y conocimientos para orientar y regir sus comportamientos sexuales (casos en los que se habla de indemnidad o intangibilidad sexual) y otras conductas que sin afectar de forma directa a las libertades sexuales encuentran una gran reprobación social, como son el fomento o explotación comercial de actividades como la prostitución, para evitar que el tráfico carnal se convierta en fuente de ganancias para personas ajenas (los proxenetas).

Bajo la denominación contra la libertad sexual se suelen encontrar tipificados, en consonancia con lo ya indicado, delitos como la violación, las agresiones sexuales, el exhibicionismo, la provocación sexual, el estupro y el rapto. El bien jurídico protegido es por tanto la libertad sexual, el ejercicio libre de la propia sexualidad, y no la deshonestidad considerada en sí misma.

Al referirnos a estos temas estamos considerando en primer lugar a los adolescentes, que están viviendo esa etapa de la vida, que como uno de sus logros tiene la definición de la orientación sexual, pero también a adultos que al llegar a la crisis de la mediana edad (alrededor de los cuarenta) se replantean toda su vida y en ella muchas veces su orientación sexual. No pocos descubren, luego de haber vivido como heterosexuales y haber incluso formado una familia tradicional, que su verdadera orientación sexual es de orden homo o bisexual. De más está señalar las consecuencias para la persona afectada y todo su círculo de relaciones.

Esta sociedad que todavía soporta la doble moral sexual, que en los casos de violación se desconfía muchas veces de la víctima o se la acusa de motivar, por su forma de vestir o actuar, dicho acto lo mismo en el acoso sexual, marca, segrega (muchas veces veladamente, no dando posibilidad de responder) a todo aquel que se anima a vivir en forma diferente a lo que marcan las normas y costumbres.

Las minorías sexuales han sufrido además el prejuicio de ser los primeros sospechosos cuando se producen casos de atentado violento al pudor, cuando según marcan las estadísticas la mayoría son realizados por heterosexuales, que son normalmente familiares o personas allegadas a la familia.

Confiamos en las nuevas generaciones, las vemos más libres, más sinceras, más decididas a vivir de acuerdo a su opción, y lo que es más importante, respetuosas de las opciones de los demás, importando lo que la persona es y tiene para compartir y no el estilo de vida que eligió para vivir. Por eso nos dedicamos a la educación sexual, para apoyar con formación e información al desarrollo de la libertad y responsabilidad del presente y futuro de nuestra sociedad.

Por lo anterior consideramos que, desde el punto de vista jurídico la transexualidad, cambio de fenotipo o características sexuales, a pesar de ser ésta contraria a la naturaleza y a muchas instituciones y opiniones de varios autores, el derecho debe estar a la vanguardia en éstos tópicos y de muchos otros como en el caso de la Ley de Sociedades de Convivencia para el Distrito Federal, la cual, en caso de aprobarse, generaría muchas relaciones y uniones de éste tipo y más aún se propiciaría el cambio de fenotipo el cual, puede afectar a muchas familias mexicanas y sobre todo al ser mas indefenso de la sociedad que es el niño, razón por la cual, el derecho no debe ser pasivo ante esta situación.

CAPÍTULO TERCERO

EL DERECHO DE LAS PERSONAS A DISPONER DE SU CUERPO

Como sabemos la ciencia del derecho es una materia que sin olvidar sus principios cambia en el tiempo y en el espacio. El derecho de acuerdo a su finalidad fue creado para regular las relaciones sociales. Sin embargo en ocasiones el exceso sentido moralista, influenciado por las doctrinas religiosas que existen en la colectividad, es el que obstaculiza el aceptar el cambio legal circunstancias nuevas, que son consecuencias de los avances científicos y de la evolución de la misma sociedad.

Sin embargo, el adelanto lógico y agigantado del hombre ha hecho surgir situaciones humanas nuevas en el campo social, situaciones que por su novedad la legislación actual no las contempla de manera suficiente y ante esta omisión, el legislador ha estado un poco al margen, razón por la cual se hace necesario reglamentar debidamente lo referido al derecho de las personas a disponer de su cuerpo, por ello, será necesario señalar lo siguiente.

3.1 Concepto de persona y personalidad.

Como ya se dijo anteriormente la finalidad del Derecho es el regular la conducta externa del individuo, para así garantizar una armonía social en el grupo en que vive.

El Derecho es creado por el hombre y éste determina como sujeto de la ciencia jurídica al propio hombre, es decir, se declara así mismo como el centro de imputación de derechos, deberes y sanciones en el caso de no cumplir con lo ordenado por ella.

Legalmente también se consideran personas a los agrupamientos formados por los propios individuos, pero estas personas, llamadas morales o jurídicas, no son materia específica del presente estudio.

Gramaticalmente persona significa “(del latín personare, máscara de actor). F. individuo de la especie humana. Hombre o mujer cuyo nombre se ignora u omite. Hombre de gran distinción y dignidad. Hombre de notable inteligencia, disposición o prudencia”.¹

De acuerdo a este significado se desprenden tres sentidos, el primero es máscara de

¹ MATEOS, M. Agustín. Op. cit. p. 201.

actor, el segundo describe al ser humano, masculino y femenino y por último a un personaje ejemplar. Pero para nuestro estudio no interesa la definición de persona en sentido gramatical, sino en sentido jurídico.

Según Rafael Rojina Villegas, se entiende por persona al “ente capaz de derechos y obligaciones, es decir el sujeto que puede ser susceptible de tener facultades y deberes, de intervenir en las relaciones jurídicas de ejecutar actos jurídicos, en una palabra, el ente capacitado por el derecho para actuar jurídicamente como sujeto activo o pasivo en dichas relaciones”.²

De esta definición se entiende que persona es quien puede tomar parte en las relaciones jurídicas, actuando como parte obligada o facultada para exigir que se cumpla alguna obligación.

Hasta aquí sabemos que persona, en sentido jurídico, es el sujeto de Derecho, pero ¿quién tiene la posibilidad de ser sujeto de Derecho?, ésta pregunta determina otro concepto jurídico que ha que aclarar y éste es la institución jurídica llamada personalidad.

Frecuentemente las palabras persona y personalidad se confunden y se usan como sinónimos, sin embargo como se apuntó, persona es el sujeto jurídico y personalidad, según se verá es la cualidad para estar en aptitud de ser persona.

El jurista Rafael de Pina mezcla los dos significados diciendo que: “Jurídicamente persona es todo ser físico (hombre y mujer), o ente moral (pluralidad de personas legalmente articulada), capaz de derechos y obligaciones”.³

De acuerdo a lo anterior se deduce que persona es el ente que puede tener derechos y contraer obligaciones, además de que sólo el ser humano y el ser moral, son aptos para ser considerados por el Derecho como “persona”.

Por su parte Francisco Bonet Ramón considera al sujeto jurídico como “uno de los términos lógicos de la relación jurídica y también determina a la persona (en sentido

² ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. cit. p. 308.

³ DE PINA, Rafael. Elementos de Derecho Civil. Op. cit. p. 268.

gramatical) como al sujeto de los derechos y de los deberes jurídicos”.⁴

La personalidad, según De Castro y Bravo es “esa cualidad jurídica de ser titular y perteneciente a la comunidad jurídica, que corresponde al hombre”.⁵

Para Lodovicio Barassi “la personalidad es la idoneidad para ser sujeto de relaciones jurídicas”.⁶

De lo anterior podemos establecer que personalidad en sentido jurídico, es la posibilidad de que el Derecho le llame persona a quien considere apto para intervenir en los negocios jurídicos; para ser persona en el sentido jurídico, se requiere personalidad jurídica, pero quien decide quién tiene aptitud para ser persona, es el propio Derecho vigente. Como dice Burg “la cuestión de reconocimiento y alcance de la capacidad jurídica deriva únicamente del Derecho vigente en cada época; es un problema de Derecho Positivo”.⁷

Es necesario aclarar que el concepto de la personalidad coincide con el de capacidad de goce, que se tratará posteriormente.

Hasta aquí podemos sostener que persona en sentido jurídico es el sujeto de derechos y obligaciones, y personalidad la cualidad o aptitud de ser persona; pero el jurista español De Castro y Bravo considera a la persona también como un objeto jurídico y así lo manifiesta en su definición a saber:

“La cualidad de persona es ante todo ese valor especial o dignidad jurídica que tiene el hombre en el derecho, sea como sujeto o como objeto jurídico”.⁸

Y lo reafirma diciendo que: “La persona puede ser objeto de derechos; como en el derecho de familia”.⁹

Indudablemente que el sujeto de derecho en ningún momento puede ser objeto de las relaciones jurídicas, ya que la persona no es una cosa, el hecho de que el objeto del negocio

⁴ BONET, Francisco Ramón. Derecho Civil Español. 2ª edición, Editorial, Bosch, España, 2000. p. 170.

⁵ DE CASTRO y BRAVO, Agustín. Derecho Civil. 2ª edición, Editorial, Ángel Editor, México, 2002. p. 130.

⁶ Cit. por Enciclopedia Jurídica Omeba. T.X. Op. cit. p. 1312.

⁷ Ibidem. p. 1313.

⁸ Ibidem. p. 1314.

⁹ Ibidem. p. 1315.

jurídico sea el realizar alguna acción o abstención no quiere decir que éste sea la persona misma, verbigracia en una patria potestad, objeto no es el menor de edad sino que es la facultad de protección y en un momento dado decidir lo que deba éste hacer; si el objeto de la relación jurídica fuera el menor, entonces se caería en el absurdo incluso de ser susceptible de enajenación la propia persona.

Para comprender lo antes sostenido es necesario explicar el concepto jurídico y fundamento legal de la palabra objeto de derecho, razón por la cual algunos autores, entre ellos, el Dr. Raúl Ortiz Urquidi, consideran que la palabra objeto tiene tres acepciones:

- “1. Objeto directo o inmediato del propio negocio jurídico, que es la producción de las consecuencias del mismo (crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones).
1. Objeto indirecto o mediato del propio negocio, es el objeto directo de la obligación creada (la prestación de dar, hacer o de no hacer).
2. Objeto como sinónimo de la cosa o el hecho materia del negocio”.¹⁰

De las tres, la acepción a la cual nos referimos es la del sinónimo de cosa o de hecho materia del negocio y según el artículo 1824 del Código Civil vigente son objeto de los contratos:

- I. La cosa que el obligado debe dar; y
- II. El hecho que el obligado debe hacer o no hacer.

Y como ya quedó establecido que la persona no puede ser cosa ni tampoco puede ser objeto de una relación jurídica.

A manera de resumen se puede decir que el concepto de personalidad está íntimamente ligado al de persona, sin embargo, no se confunde con éste, ya que “la personalidad es una manifestación, una proyección del ser, en el mundo objetivo”. En tanto que persona, como hemos visto, es ese ser o ente, en su caso, sujeto de derechos y obligaciones.

¹⁰ ORTIZ URQUIDI, Raúl. Derecho Civil Mexicano. T:II: 3ª edición, Editorial, Porrúa, México, 1990. p. 310.

En efecto, la persona es el ser o ente, el hombre o el conjunto de hombres organizados a los que el orden jurídico les concede personalidad; en cambio, la personalidad es la proyección de uno y otro en el mundo jurídico.

Por cierto, respecto de los seres humanos cabe advertir que todos estos por el hecho de ser personas tienen personalidad.

El concepto de personalidad también es distinto al de capacidad de goce. La personalidad es, como ya vimos, la manifestación, una posibilidad abstracta para ser reconocida como sujeto de derechos y obligaciones en el ámbito de lo jurídico; es un concepto jurídico fundamental que implica una cualidad idéntica en todo sujeto jurídico sin que los haya con más o menos personalidad, en cambio, la capacidad se refiere a situaciones concretas en las que la persona puede o no ser titular de determinados derechos y obligaciones, como puede observarse en el extranjero y en el enajenado mental cuya respectiva personalidad jurídica no admite negación y es igual a la de todos sean imbéciles o cuerdos y sin embargo, el primero no puede ser titular de derecho de propiedad respecto de un inmueble en zona prohibida, en tanto que el segundo, en el mismo orden de ideas, no puede ser titular de los derechos y obligaciones que derivan del matrimonio. La capacidad es concreta, mientras que la personalidad es abstracta y general.

3.2 La disposición del cuerpo en el Derecho Civil.

Antes de estudiar el derecho que tenemos para disponer sobre nuestro propio cuerpo, tanto en vida como para después de la muerte, necesitamos comentar otro derecho de la personalidad con el que está íntimamente ligado y sin el cual ningún otro derecho de esta clase podría existir, el derecho a la vida.

Castán Tobeñas nos dice: “Entre los derechos de la personalidad, llamados con mucha razón, derechos esenciales, ninguno lo es tanto como el derecho a la vida, ya que ésta es el bien supremo del hombre, sin el cual no cabe la existencia y el disfrute de los demás bienes”.¹¹

Por su parte Pacheco Escobedo citando a Díez Díaz, afirma que “la vida es un bien

¹¹ CASTÁN TOBEÑAS, José. Derecho Civil Español común y foral. 3ª edición, Editorial, Bosch, España, 1999. p. 301.

inherente a la persona humana, el don más preciado de la misma. Es el más esencial y primero de los derechos del hombre hasta el punto de que es un derecho previo y básico, en orden al cual los restantes derechos surgen como complementarios... la vida no se justifica por sí misma, no puede considerarse en sí como fin absoluto. La vida cobra sentido en cuanto se refiere a un fin superior y supremo. Frente a este trascendental derecho a la vida no cabe un derecho a la muerte”.¹²

El derecho a la vida es innato a toda persona por el simple hecho de existir y así lo debe reconocer el Derecho, el cual debe respetarlo y hacerlo respetar.

Existen, sin embargo, situaciones en las que según la ley este derecho no es absoluto, por ejemplo cuando se atenta contra la vida de alguien en legítima defensa y que al respecto nos referiremos más adelante.

Así como afirmamos que todo hombre tiene derecho a vivir también podemos decir que tiene el deber de hacerlo, la vida no se justifica en sí misma, sino que tiene un fin superior y supremo más allá del propio sujeto. De lo anterior se desprende que el hombre no tiene derecho para disponer de su vida, pues tiene el deber de cumplir con ese fin trascendente para el cual vive.

Todo hombre tiene un fin en esta vida, tiene tanto el derecho como el deber de cumplir con ese fin y está más allá de sus facultades el quitarse la vida para dejar de cumplir con dicho fin.

Al hablar del derecho a la vida, radical importancia cobra el hecho de saber cuándo se inicia la vida de las personas. La personalidad de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, sin embargo, no debemos dejarnos llevar sólo por esta afirmación, porque como también ya estudiamos, para los efectos del Código Civil, se le tiene por nacido al ser ya concebido. La vida se inicia con la concepción y tiene tanto derecho a vivir el ser que está en el seno de su madre como el que ya nació.

Gutiérrez y González afirma, que “el derecho a la vida no surge sino hasta que el ser

¹² PACHECO ESCOBEDO, Alberto. La persona en el Derecho Civil Mexicano. 2ª edición, Editorial, Panorama, México, 2002. p. 136.

humano nace, pues antes no se puede decir que se tiene ese derecho, debido a que todavía no se es persona. Dicho ser no tiene, ni en caso de tenerlo podría ejercitarlo, el derecho a obtener la vida, más sin embargo, el concebido no es indiferente para el derecho, pues sí establece en su favor determinadas protecciones y expectativas de derecho para ese futuro ser, como el prohibir el aborto, poder ser heredero, donatario, etc”¹³. A la conclusión que llega Gutiérrez y González es que el derecho a la vida se genera con el nacimiento, pero que ese derecho no lo tiene el concebido y que tampoco hay un derecho a obtener la vida”.

Por el contrario, ya hemos afirmado que en nuestro concepto la vida del ser humano comienza desde el momento de la concepción y no desde el momento del nacimiento. Toda persona tiene por el simple hecho de existir, el derecho a vivir, y por lo tanto el concebido que ya existe tiene ese derecho. Nuestro Código Civil en su artículo 22 que dice: “La capacidad de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero 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”, así lo reconoce, sólo que dicha personalidad, que ya existe, está sujeta a una condición resolutoria negativa de que no nazca vivo y viable, sin que por ello se quiera decir que el concebido no tiene derecho a vivir.

No nos es clara la aseveración de Gutiérrez y González en el sentido de que “a pesar de que el derecho no le reconoce al concebido un derecho a la vida, ni tampoco a obtener la vida, sí lo protege y le otorga una serie de expectativas de derecho, prohibiendo el aborto y dándole derecho a heredar y a ser donatario. La imprecisión consiste en decir que el derecho no le reconoce derecho a la vida pero sí lo protege prohibiendo el aborto, el cual consiste precisamente en quitarle la vida a dicho ser”.¹⁴

Por nuestra parte, no hay duda en afirmar que el derecho a vivir se genera desde el momento de la concepción del individuo y que el ser concebido y no nacido tiene el mismo derecho a vivir que el ya nacido.

Por otro lado, el hombre no tiene derecho a disponer de su vida por medio del suicidio, sin embargo, el derecho está imposibilitado para castigar al suicida; no puede

¹³ GUTIÉRREZ y GONZÁLEZ, Ernesto. El Patrimonio. 10ª edición, Editorial, Porrúa, México, 2001. p. 785.

¹⁴ Ibidem. p. 786.

castigar a un muerto, pero por el contrario, si puede castigar a los que le ayudaron a cometer ese acto. Así está previsto por el artículo 142 del Código Penal para el Distrito Federal.

“Artículo 142. Al que ayude a otro para que se prive de la vida, se le impondrá prisión de uno a cinco años, si el suicidio se consuma. Si el agente prestare el auxilio hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte, la pena aplicable será de cuatro a diez años de prisión.

Al que induzca a otro para que se prive de la vida, se le impondrá prisión de tres a ocho años, si el suicidio se consuma.

Si el suicidio no se consuma, por causas ajenas a la voluntad del que induce o ayuda, pero sí se causan lesiones, se impondrá las dos terceras partes de la pena anterior, sin que exceda de la pena que corresponda a las lesiones de que se trate. Si no se causan éstas, la pena será de una cuarta parte de las señaladas en este artículo”.

Al no pertenecerle la vida al ser humano, tiene la obligación moral, no jurídica, de llevar a cabo todos los medios ordinarios para conservarla. Entendemos por medios ordinarios aquellos que sin exagerados en riesgo y costo pueden seguir conservando la vida.

Existen ocasiones en las que el Derecho considera lícito el arriesgar la vida como en el caso de los contratos deportivos, actos e intervenciones quirúrgicas, cuando el individuo que los ejecuta cumple con ciertos requisitos.

Al empezar este apartado, señalamos que jurídicamente el derecho a la vida no es absoluto ya que tiene límites en los que se puede privar de la vida a otra persona como la legítima defensa.

En la legítima defensa encontramos una limitante al derecho a la vida, el que priva de la vida a otro en consecuencia de un atentado por parte de éste en contra de la vida del primero, es exculpado del delito de homicidio. Así se precisa en el artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal.

“Artículo 29. (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando:

...
...
...

- IV. (Legítima defensa). Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor.

Se presume que existe legítima defensa, salvo prueba en contrario, cuando se cause un daño a quien por cualquier medio trate de penetrar o penetre, sin derecho, al lugar en que habite de forma temporal o permanente el que se defiende, al de su familia o al de cualquier persona respecto de las que el agente tenga la obligación de defender, a sus dependencias o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación. Igual presunción existirá cuando el daño se cause a un intruso al momento de sorprenderlo en alguno de los lugares antes citados en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión.”

En nuestro Código Civil no hay una norma que expresamente consagre el derecho a la vida aunque en el artículo 303 del ordenamiento citado tienden a proteger dicho derecho.

“Artículo 303. Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos. A falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximos en grado.”

En relación a la responsabilidad de quien no respete el derecho a la vida de otra persona tenemos a los artículos 1910, 1913 y 1915 del mismo Código.

“Artículo 1910. El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.”

“Artículo 1913. Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o substancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o

por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.”

“Artículo 1915. La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios.

Cuando el daño se cause a las personas y produzca la muerte, incapacidad total permanente, parcial permanente, total temporal o parcial temporal, el grado de la reparación se determinará atendiendo a lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo. Para calcular la indemnización que corresponda se tomará como base el cuádruplo del salario mínimo diario más alto que esté en vigor en la región y se extenderá al número de días que para cada una de las incapacidades mencionadas señala la Ley Federal del Trabajo. En caso de muerte la indemnización corresponderá a los herederos de la víctima.

Los créditos por indemnización cuando la víctima fuere un asalariado son intransferibles y se cubrirán preferentemente en una sola exhibición, salvo convenio entre las partes.

Las anteriores disposiciones se observarán en el caso del artículo 2647 de este Código.”

De los anteriores artículos desprendemos que el que causa la muerte de otro queda obligado al pago de daños y perjuicios.

En nuestra opinión, el derecho a la vida, al igual que los demás derechos de la personalidad, deberá estar consagrado específicamente en nuestro Código Civil, ya que es en el Derecho Civil en donde esta clase de derechos tienen su origen.

Como ya lo mencionamos, el ser humano no sólo tiene el derecho a vivir sino también tiene la obligación de hacerlo. Graves problemas se nos presentan cuando existen seres privados de la conciencia que subsisten exclusivamente por la existencia de medios técnicos artificiales. Se ha dicho que se tiene la obligación moral de llevar a cabo todos los medios ordinarios posibles para conservar la vida, entendiendo por éstos a las medicinas,

tratamientos y operaciones, de los que se espera racionalmente un beneficio para el paciente, y que pueden ser obtenidos sin grandes gastos, dolores u otras inconveniencias por el estilo. En cambio, no se está obligado para conservar la vida a recurrir a medios extraordinarios tales como medicinas, tratamientos y operaciones, que no pueden ser conseguidos sin grandes gastos, dolores o incomodidades parecidas y que no ofrecen esperanza razonable en provecho del enfermo.

Hoy en día se prefiere hablar de medios proporcionados o desproporcionados. En cada caso, se podrán valorar bien los medios poniendo en comparación el tipo de terapia, el grado de dificultad y de riesgo que comporta, los gastos necesarios y las posibilidades de aplicación con el resultado que se puede esperar de todo ello teniendo en cuenta las condiciones del enfermo y sus fuerzas físicas y morales.

3.3 Casos en que la persona puede disponer sobre su propio cuerpo.

Es en las últimas décadas que los trasplantes de órganos y tejidos en seres humanos han cobrado una importancia ingente en la ciencia médica, sin embargo, el derecho que los seres humanos tenemos para disponer de nuestro cuerpo, por el que se justifica que puedan realizarse dichos trasplantes, ha sido estudiado a todo lo largo de la historia de la humanidad.

En el Derecho Romano por ejemplo, sin que se llegara a profundizar demasiado en el tema, se consideró que “el hombre no tenía derecho sobre su vida ni sobre su cuerpo y tampoco podía disponer de sus miembros de ninguna manera, pues no podía aceptarse la posibilidad que existieran relaciones jurídicas consigo mismo”.¹⁵

Posteriormente, en el siglo XVI, los autores de la Escuela tradicional española de Derecho Natural, al estudiar las relaciones que pueden darse entre la persona y su cuerpo, sostuvieron que “el hombre sí tiene derecho sobre su propio cuerpo y por lo tanto, puede disponer de él o al menos de algunas de sus partes, sin que esto llegue a significar un derecho de propiedad sobre el mismo. Esta escuela distingue al *ius in se ipsum*, como es llamado este derecho, de los derechos patrimoniales que se le pueden atribuir a una persona; según esta corriente, tales derechos le dan la facultad al hombre para apropiarse

¹⁵ PETIT, Eugene. Tratado Elemental del Derecho Romano. 10ª edición, Editorial, Porrúa, México, 2003. p. 208.

de cosas ajenas que son necesarias para su subsistencia, o que llegan a él por algún justo título jurídico; en cambio, en el *ius in se ipsum* no puede hablarse de ningún derecho patrimonial pues el cuerpo es parte de la misma persona y no le ha sido entregado por ningún justo título de adquisición”.¹⁶

A pesar de la problemática que representó lo anterior, hoy en día se acepta que aunque limitado, el ser humano tiene un derecho de disposición sobre su propia vida y sobre su propio cuerpo.

No muchas, pero sí muy diferentes, han sido las opiniones acerca de si tenemos o no derecho sobre nuestro propio cuerpo, y en caso afirmativo, cuál es la naturaleza jurídica de ese derecho.

Savigni dice que “hay un elemento verdadero en el falso principio de un derecho originario en el hombre sobre su propia persona; no puede desconocerse que el hombre dispone lícitamente de sí mismo y de sus facultades; y todo derecho verdadero tiene por base e implica necesariamente este poder, pero que sin embargo, esta posesión de nosotros mismos, no tiene necesidad de ser reconocida y definida por el derecho positivo; además, aunque muchas instituciones de derecho positivo examinadas en su principio están destinadas a proteger este poder natural del hombre sobre su propia persona contra las agresiones de sus semejantes, aunque cada uno de estos derechos tiene por objeto la inviolabilidad de la persona, no se les debe considerar como simples consecuencias de esta inviolabilidad, sino como instituciones enteramente positivas cuyo especial contenido difiere de la sanción de la personalidad”.¹⁷

Para Ferrara “las facultades de disposición del cuerpo humano constituyen la exteriorización de una actividad lícita, no el ejercicio de un derecho”.¹⁸

Para nosotros el derecho a la vida y a la integridad corporal son irrenunciables y no susceptibles de disposición, sin embargo, reconoce que el consentimiento no deja de tener alguna repercusión en el ámbito del Derecho a la conservación de la vida y de la integridad física; pero que en esos casos se trata, más que el del ejercicio de un derecho autónomo de

¹⁶ CASTÁN TOBEÑAS, José. Op. cit. p. 216.

¹⁷ Cit. por Enciclopedia Jurídica Omeba. T,X. Op. cit. p. 1114.

¹⁸ Ibidem. p. 116.

disposición sobre el propio cuerpo, de exteriorizaciones de los derechos a la vida y a la integridad física o de manifestaciones de la facultad natural de uso o goce de los bienes jurídicos de la persona, que puede desenvolverse dentro del ámbito amplio que la ley y la moral reconozcan, justificando en ocasiones que están motivadas por una finalidad de particular valor social.

Por otro lado, Borrel Maciá, autor español que ha estudiado este tema también a fondo, señala que “nuestra persona, una e indivisible como tal, carne y espíritu, tiene la facultad de libre determinación en gran número de actos que la afectan de una manera directa, y que se encontrarían limitados en el supuesto de que otros hombres invadieran la esfera de nuestra personalidad; y surge la ley, aparece el derecho, y éste concede acciones para impedir que ello suceda, para garantizar a la personalidad el libre desenvolvimiento de acuerdo con sus finalidades y manera de ser: el derecho, al prohibir el atentado contra la vida, contra la integridad física de los hombres, que se ofenda su honor, que se reproduzca su imagen, que se extraiga su sangre, y en cambio, aceptar la facultad de traficar con mis cabellos ya separados, de dar mi sangre para la curación de un enfermo, etc., reconoce una facultad de la persona sobre su propio cuerpo, sobre aquello que constituye su personalidad. A manera o semejanza de derecho real tenemos una facultad dispositiva sobre nuestro propio cuerpo, y la protección de la ley, para impedir que nadie pueda, sin nuestra autorización, usar del mismo. No aparece dificultad alguna en concebir un derecho sobre nuestro propio cuerpo, en considerar a éste como objeto de aquél”.¹⁹ El sentido íntimo y la experiencia nos dicen la posibilidad de disponer de nuestras manos, de nuestros ojos, de nuestros sentidos, de nuestras energías, etc. Es el derecho, subjetivamente considerado, una facultad, una atribución por la cual queda sujeto a nuestro querer, en mayor o menor intensidad, un objeto determinado, una actividad humana: la prestación de unos servicios.

La técnica tradicional encuentra dificultades para amoldarse al reconocimiento del derecho sobre la propia persona ya que en las relaciones de dominio o de propiedad, u otras semejantes, se busca un sujeto y un objeto y se quiere que uno y otro sean independientes, mientras que en el caso del derecho sobre el propio cuerpo se viene a hacer de la persona sujeto de derecho, el objeto del mismo; asimismo, el concepto de dominio implica necesariamente duplicidad de sujetos (el activo y el pasivo, el que posee y la cosa poseída) en una misma acción, y si el hombre tuviera el dominio sobre sí mismo, el poseedor y la

¹⁹ BORREL MARCIÁ, Antonio. La Persona Humana. 2ª edición, Editorial, Bosch, España, 2001. p. 192.

cosa poseída se identificarían en un solo sujeto.

No sería acertado ni prudente que el Derecho se sujetase a unas normas preconcebidas y considerar como algo fuera de todo reconocimiento jurídico aquello que no encaje o pueda sujetarse a moldes tradicionales, señala además que el hecho de que se acepte el dominio sobre nuestro propio cuerpo, no significa un reconocimiento o facultad moral al abuso del mismo, significa la libre actividad sobre nuestro propio cuerpo frente al Estado y a terceras personas, pero nuestros actos, en todo momento, deben estar sometidos a las leyes morales. A pesar de que el cuerpo humano no puede ser objeto de propiedad como cualquier otra cosa, no quiere decir que el hombre no tenga ese derecho, ya que el dominio sobre las diferentes cosas adquiere características especiales según el objeto sobre el que recaen. En este mismo sentido el hecho de aceptar que el hombre no tiene la facultad moral de destruir ni limitar su cuerpo constituye un límite al abuso del derecho de propiedad y no es que sea contradictorio con su uso.

En México también hay autores que se han ocupado del tema.

Gutiérrez y González acepta que tenemos derecho sobre nuestro propio cuerpo, apoyándose en lo que Badenas Gasset, afirma al efecto, a éste, a su vez no le queda duda de que “el cuerpo humano es materia que afecta a la contratación, en los casos de donación de sangre, servicios de nodriza, seguro de vida, tratamientos quirúrgicos, etc., y que la facultad o el derecho que tenemos, debe ejercitarse de modo adecuado al objeto sobre el que recaen.”²⁰ Gutiérrez y González no determina cuál es la naturaleza jurídica de éste derecho

Según Pacheco Escobedo, “en principio, el sujeto no tiene derechos sobre su propio cuerpo. Sin embargo, esta afirmación es demasiado general, y necesita ser matizada, pues cuando la disposición del propio cuerpo no pone en peligro la vida, o al menos no la pone directamente en peligro, no puede negarse que el sujeto posee una cierta disposición sobre su propio cuerpo. El bien del cual no puede disponer un sujeto es de su propia vida, pero puede disponer de su cuerpo, en tanto que esta disposición no ponga en peligro aquélla”.²¹ Por ello, el ser humano tiene derecho a disponer de su propio cuerpo si no hay peligro para su vida o su salud, aún contratando sobre partes de él, como en los contratos de lactancia,

²⁰ GUTIÉRREZ y GONZÁLEZ, Ernesto. Op. cit. p. 787.

²¹ PACHECO ESCOBEDO, Alberto. Op. cit. p. 93.

donación de sangre, etc., y también para las acciones ordinarias para la conservación de la vida o en orden a recuperar la salud, como es el caso de las intervenciones quirúrgicas.

El derecho de disposición sobre nuestro propio cuerpo es un derecho autónomo e independiente, es uno de los llamados derechos de la personalidad y por tal razón, no es posible decir que tenemos un derecho de propiedad sobre nuestros órganos y ni que ese derecho de disposición que tenemos sobre el mismo sea ilimitado ya que no es posible disponer de un órgano o de alguna parte de nuestro cuerpo que perjudique nuestra salud o que nos prive de la vida.

Una vez separado un órgano de nuestro cuerpo adquiere una naturaleza jurídica distinta, pero por disposición de la ley es una cosa que está fuera del comercio y por lo tanto no es susceptible de apropiación particular.

Una futura sistematización de los derechos de la personalidad en el Código Civil deberá incluir pautas reguladoras del derecho a la disposición del propio cuerpo.

Resumiendo lo anterior, se puede decir que la persona puede disponer sobre su propio cuerpo en los casos siguientes:

- a) Cuando se trate de salvar otra vida.
- b) Por causa de defunción.
- c) Cuando la persona, en vida así lo haya dispuesto.
- d) Por muerte accidental podrán decidir los padres y/o esposa o esposo o hijos.

Como puede verse, se da por aceptado que en México jurídicamente existe un derecho a la disposición del cuerpo humano, in vivo e in mortis, para fines de trasplante el cual es estrictamente exclusiva del donante y de la o el cónyuge, el concubinario, la concubina, los ascendientes, descendientes y los parientes colaterales hasta el segundo grado, el adoptado y el adoptante del donante en los casos que así autorice la legislación respectiva.

3.4 De los derechos inherentes a la persona.

Como ya lo mencionamos, en ciertas épocas de nuestra historia se han confundido a los derechos públicos del hombre y a los derechos de la personalidad, no obstante, son conceptos distintos.

Los derechos públicos del hombre son los derechos que tiene el ciudadano frente al poder público, frente al Estado, el cual debe respetar dichos derechos en su dimensión política con el objeto de preservar el orden público y buscar el bien común. En cambio, los derechos de la personalidad son aquellos que pretenden la protección de determinados bienes, cualidades o atribuciones innatas y esenciales, físicos o morales, de la persona humana frente a los demás particulares.

Con la anterior distinción nos percatamos que los derechos públicos del hombre o garantías individuales, como frecuentemente se les llama, encuentran su reglamentación en el derecho público, mientras que los derechos de la personalidad en el privado. A pesar de lo anterior los derechos de la personalidad van a necesitar que el derecho público legisle sobre ellos y los proteja.

La principal causa por la que se ha confundido a los derechos públicos del hombre y a los derechos de la personalidad radica, en que en varias ocasiones ambos tipos de derechos tienen un contenido análogo pues tratan de proteger bienes similares, por ejemplo, tenemos que la libertad es protegida por una garantía individual y además es un derecho innato de la persona, que como tal, es preexistente a su regulación por parte del derecho. Su diferencia radica, como ya ha quedado establecido, en que como garantía individual va a ser oponible a la autoridad pública y como derecho de la personalidad trata de establecer la situación de justicia frente al propio titular, es decir, frente a la propia persona y sus posibilidades de disposición de los bienes protegidos, y frente a terceros en su carácter de particulares.

Al hacer la distinción anterior tocamos un punto sumamente discutido en la doctrina, que es la naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad. Se debe establecer si realmente existe un derecho que pueda ejercitarse sobre la propia persona, es decir, un derecho que tenga por objeto el cuerpo de uno mismo.

El *ius in se ipsum*, o sea, el derecho sobre el propio cuerpo, presenta su principal

problema en entender si puede haber una relación de justicia entre el sujeto y su propio cuerpo.

Respecto de este punto, Pacheco Escobedo resume un texto de Ulpiano de la siguiente manera: “el hombre libre tiene sobre sí mismo una acción aquiliana útil; pero no la tiene directa, porque nadie parece ser dueño de sus propios miembros”.²²

En el Derecho Romano se consideró, con base en éste y otros textos similares, como también nos lo hace saber Pacheco Escobedo, que el hombre no podía tener derechos sobre sus propios miembros, no podría disponer de ellos, ni enajenarlos, ni donarlos.

Posteriormente, se llega a la conclusión de que no era materia jurídica la relación que existe entre el hombre y su propia vida o con su propio cuerpo, ya que no podía hablarse de relaciones jurídicas consigo mismo.

Otra posición al respecto establece que los derechos de la personalidad no son derechos sobre la propia personalidad, sino sencillamente derechos a la inviolabilidad de la persona en sus diversas manifestaciones, el derecho a no ser turbado, perturbado o lesionado por los demás.

Más adelante en el siglo XVI la Escuela Tradicional Española de Derecho Natural sostiene que el hombre sí tiene derechos sobre su propio cuerpo.

Pacheco Escobedo, respecto de este punto, nos dice que “la relación de justicia requiere alteridad, es decir, relación con otro, por lo que parece que no existe dicha relación con el derecho sobre sí mismo, pero que sin embargo, si la hay cuando el sujeto pretende disponer de él para beneficio o perjuicio de otro, y que el problema no consiste en determinar si el sujeto tiene o no derecho sobre su cuerpo, sino en resolver si puede o no disponer de partes de él en beneficio o perjuicio de otro, o si puede conceder a otro derechos sobre su cuerpo”.²³

Por su parte Castán Tobeñas, al exponernos las posiciones doctrinales al respecto,

²² Ibidem. p. 61.

²³ Ibidem. p. 62.

nos señala que “con el objeto de evitar el problema señalado, consistente en si el sujeto tiene derecho sobre sí mismo y por lo tanto llegar a constituirse como sujeto y objeto del derecho, la doctrina optó por abandonar la construcción de los derechos de la personalidad como derechos sobre la propia persona y los conceptúa, más bien, como derechos sobre los atributos o manifestaciones esenciales de la personalidad o sobre los modos de ser, físicos o morales, de la persona. El citado autor concluye: “Podemos aceptar como doctrina más segura la de que el objeto de los derechos de la personalidad no se encuentra ni en la persona misma de su titular, ni en las demás personas vinculadas a una obligación pasiva universal (idea que significaría una confusión entre los derechos absolutos y los relativos), sino en los bienes constituidos por determinados atributos o cualidades, físicas o morales, del hombre, individualizados por el ordenamiento jurídico”.²⁴

De esta manera Bergolio de Broker, con apoyo en Campogrande, nos indica, a lo que nos adherimos, que “el sujeto del *ius in se ipsum* es todo el hombre considerado como unidad física y moral, mientras que el objeto de cada uno de los derechos sobre la persona propia consiste en una manifestación determinada de la personalidad humana, bien sea física o moral. Como sujeto, el hombre obra con todas sus facultades, como objeto funciona el hombre mismo pero limitándose a una manifestación especial de su personalidad”.²⁵

El determinar si los derechos de la personalidad constituyen verdaderos derechos subjetivos también ha sido objeto de diferentes discusiones doctrinales, originadas principalmente por las corrientes positivistas, las cuales no admiten que un determinado derecho de la personalidad conceda cierta facultad al individuo mientras no haya una disposición expedida por el legislador que así lo establezca.

No podemos adherirnos a la posición anterior y olvidar que no sólo las leyes escritas expedidas por el órgano legislador son derecho, sino que la facultad concedida por un derecho de la personalidad puede tener su origen, y de hecho lo tiene, en el derecho natural, el cual existe en virtud de la propia naturaleza humana. El derecho natural es el fundamento de los derechos de la personalidad, de ahí que éstos sean preexistentes al reconocimiento que de los mismos haga el derecho positivo.

²⁴ CASTÁN TOBEÑAS, José. Op. cit. p. 18.

²⁵ BERGOLIO DE BROKER, María Teresa. Transplantes de Órganos. 3ª edición, Editorial, Hammurabi, Argentina, 2000. p. 180.

Los derechos de la personalidad son derechos subjetivos ya que son facultades, prerrogativas o poderes, que tiene la persona para exigir lo que le pertenece. El problema consistiría en reducir el concepto de derecho subjetivo a una facultad o concesión del derecho positivo excluyendo de inmediato a los derechos de la personalidad de los derechos subjetivos.

Al decir que los derechos de la personalidad encuentran su fundamento en el derecho natural, en la naturaleza inherente del hombre, podemos decir que son derechos naturales a toda persona humana, que le son innatos, originarios y esenciales; se adquieren simplemente con la personalidad misma sin necesidad de concurso de medios legales para su adquisición. Sin embargo, es de tomarse en cuenta la apreciación de Castán Tobeñas en el sentido de que “no todos los derechos de la personalidad son derechos innatos ya que algunos de ellos, como el derecho moral de autor, no surgen sobre la base del simple supuesto de la personalidad y necesitan la concurrencia de ciertas circunstancias para su adquisición”.²⁶

Consideramos que no todos los derechos que hoy se engloban entre los derechos de la personalidad pueden considerarse dentro de los derechos naturales primarios, pero todos son naturales, aunque algunos sean secundarios o derivados de los primarios.

Además de ser derechos naturales y por lo cual, han existido para todas las personas durante todos los tiempos, los derechos de la personalidad son derechos inalienables, imprescriptibles y extramatrimoniales.

Algunos de los derechos de la personalidad tienen que ser respetados no sólo por el Estado y por las demás personas sino también por su propio titular, quien tiene la obligación de respetar los bienes, atributos o cualidades que los mismos protegen. Es así que el hombre no puede disponer de su vida, ni puede atentar, salvo en determinados casos, contra su integridad corporal, y así sucede con los demás bienes protegidos.

La razón de ser de lo anterior consiste en que “el hombre no puede renunciar a su naturaleza, ni a los derechos que se derivan directamente de ella, ni extinguir sus derechos, ni transmitirlos a otros; seguirá teniéndolos aunque los haya menospreciado, pero no puede

²⁶ CASTÁN TOBEÑAS, José. Op. cit. p. 29.

dejar de ser persona, y por tanto es justo que los demás sigan respetando su dignidad de persona, aunque él no lo quiera.”

La mayoría de los autores coinciden en asegurar que los derechos de la personalidad son derechos que están fuera del patrimonio de la persona, que son derechos extramatrimoniales debido a que no pueden ser valuados en dinero.

Como ya vimos, uno de los atributos de la personalidad es el patrimonio, al que definimos como el conjunto de bienes, derechos y obligaciones de una persona apreciables en dinero, por lo que nos encontramos con que la característica más importante del patrimonio es que los bienes que lo integran pueden ser apreciables en dinero.

Gutiérrez y González coincide con la opinión de que “los derechos de la personalidad son derechos que no se pueden apreciar en dinero, pero atribuye al patrimonio una naturaleza distinta a la tradicional en la que no sólo lo que es apreciable en dinero constituye el patrimonio, sino que existen otros bienes o derechos, que nosotros consideramos extramatrimoniales, como los derechos de la personalidad, que para dicho autor, sí están dentro del patrimonio ya que lo pecuniario según su opinión, no es el contenido esencial del patrimonio. Según su opinión el patrimonio comprende todos los bienes de una persona, sin hacer distinción sobre la naturaleza intrínseca de cada uno de ellos, lo que implica que se les dé un trato genérico y por lo mismo que se les entienda como una universalidad; consecuentemente se comprenden en él no sólo bienes que representan un valor pecuniario, sino que incluye necesariamente a los bienes que tienen un valor de afección, moral, no pecuniario”.²⁷

Con lo anterior, se concluye, que los derechos de la personalidad son derechos que están fuera del patrimonio, y no hay necesidad de crear nuevas teorías del patrimonio para incluir en él todos los bienes de los que puede ser titular la persona humana.

Los derechos de la personalidad y el patrimonio son conceptos separados y tanto unos como el otro, son manifestaciones de la personalidad, y lo que los distingue principalmente es que los primeros no son susceptibles de apreciación pecuniaria y en cambio, ésta es la característica esencial en los bienes que integran el segundo.

²⁷ GUTIÉRREZ y GONZÁLEZ, Ernesto. Op. cit. p. 36.

CAPÍTULO CUARTO

LA TRANSEXUALIDAD COMO CAUSAL DE DIVORCIO

Hablar de transexualidad, es sinónimo de cambio de las características sexuales o fenotípicas, y más aún de algo que es contrario a la naturaleza; por lo mismo el derecho y sociedad mexicana deben estar a la vanguardia proponiendo que tal situación sea analizada y prevenida estrictamente por nuestros legisladores cuando esta se presente en los casos concretos del matrimonio o sea invocada como causal de divorcio.

En el desarrollo de este apartado abordaremos la problemática jurídica del mal llamado cambio de sexo (como comúnmente se le conoce), en virtud de que esto es biológicamente imposible ya que el género biológico con el cual nace el individuo es inmodificable tanto en el hombre como en la mujer. Lo anterior, por las características cromosómicas con las que se nace, XX en el caso de la mujer y XY en el caso del hombre lo que quiere decir, que nuestro sexo como nuestro género biológico nos acompañará hasta el día último de nuestra vida.

Ahora bien, en el matrimonio, cuando uno de los cónyuges se someta a un tratamiento hormonal y a una cirugía de reasignación de fenotipo durante el matrimonio generaría un serio problema, siendo esto el punto de donde parte el tema central del presente trabajo al proponerse como una causal de divorcio, en el supuesto de que se diera tal circunstancia.

En el ámbito internacional, existen diversas concepciones del matrimonio, en primer lugar debemos mencionar las que señalan que éste debe integrarse por la unión de un hombre y una mujer, tal y como se ha señalado en el Convenio de Roma que fue celebrado el 4 de noviembre de 1950, sobre la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, “a partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y fundar una familia, desprendiéndose de esto, que el matrimonio al que hace referencia éste Convenio, es el que sigue siendo fundamento de la familia mexicana y se caracteriza por la oposición biológica de sexos; asimismo, en la doctrina y la jurisprudencia Española ha señalado que el hombre y la mujer son los que tienen derecho a celebrar el matrimonio y ese derecho (*ius connubii*) atiende al sexo biológico real de la persona”.¹

¹ SOTO LA MADRID, Miguel Ángel. El Trasplante de Órganos y Tejidos Humanos. Anuario de Derecho Penal. 7ª

El matrimonio entre una persona transexual y una persona heterosexual no está regulado en nuestro derecho, toda vez que el matrimonio en México se integra por la unión libre de un hombre y una mujer, aunado a que la cultura jurídica mexicana tiende a proteger determinadas instituciones jurídicas sobre todo al matrimonio como fundamento de la familia.

En nuestro país, el matrimonio entre personas del mismo sexo no está regulado y el único antecedente legal es la “iniciativa de Ley de Sociedades de Convivencia para el Distrito Federal,” misma que no ha sido aprobada por los legisladores de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. Aunque, debemos mencionar que indudablemente el tema de la orientación sexual e identidad sexual ha llamado la atención de los legisladores y juristas mexicanos, por lo que en el Código Civil para el Estado de México se ha regulado como causal de divorcio la bisexualidad, señalándose lo siguiente:

“Artículo 4.90. Son causas de divorcio necesario.

Fracción IV. La bisexualidad manifestada posterior a los seis meses de celebrado el matrimonio.”

Por otra parte, en el Código Civil para el Estado de Morelos, los legisladores de esta entidad también han tenido que regular lo relativo a la identidad de género, regulando como causal de divorcio lo siguiente:

“Artículo 199. Causales de Divorcio. Son causales de divorcio:

Fracción XXI. Cuando uno de los cónyuges, por tratamiento médico o quirúrgico, intente cambiar o cambie de sexo.”

De lo anterior, podemos indicar que hay un panorama enorme en la sociedad de los problemas de orientación sexual como la homosexualidad o bisexualidad que se presentan a nivel nacional y mundial; asimismo, de problemas relacionados con la identidad de género como es el caso de la transexualidad; ésta última, que ha sido regulada en países como Holanda, cuya normatividad se ha integrado dentro de su Código Civil, que señala como requisito de modificación de su acta de nacimiento que el sujeto no sea casado.

Lo anterior nos obliga a mencionar que en México el hecho de que uno de los cónyuges modifique su fenotipo sometiéndose a un tratamiento médico y a una cirugía de reasignación de características sexuales, y éste intentará mediante un juicio de rectificación de acta de nacimiento modificar la mención referente a su nombre y sexo, para posteriormente contraer matrimonio y su consorte ignora tal situación, desde el punto de vista jurídico estaríamos ante la presencia de un matrimonio nulo, toda vez que se podría alegar un error acerca de la persona con quien se contrae, cuando entendiendo un cónyuge celebrar matrimonio con una persona determinada lo contrae con otra; sin embargo, es difícil que se diera este supuesto toda vez que en nuestro país no está regulada específicamente la modificación del nombre y sexo asentada en el acta de nacimiento de un sujeto después de someterse a una cirugía de reasignación de fenotipo.

Por lo anotado consideramos que la transexualidad (independientemente de que el cónyuge se haya sometido a la cirugía de reasignación de fenotipo o no), debe ser causal de divorcio de pleno derecho desde el momento mismo que tal inclinación es manifiesta, toda vez que va contra la naturaleza, el derecho y la familia, por las razones que a continuación precisaremos.

4.1. El cambio de fenotipo o características sexuales, como avance de la medicina y problema social.

La cirugía del transexualismo ha exigido a la cirugía plástica una de las revoluciones más destacadas de su historia, tanto en el ámbito técnico como en el ámbito humano. El manejo de este tipo de pacientes ha exigido que el cirujano plástico, como en otras circunstancias, se integrara en equipos multidisciplinares (*gender team*) que ofrecieran un tratamiento global. La historia de la reconstrucción y construcción del pene ha discurrido paralela a la historia de la cirugía plástica, creando mayores expectativas a medida que se mejoraban las técnicas. “La primera reconstrucción fue descrita en 1936 (Bogoras), aunque fue la faloplastia con colgajo tubular abdominal de Gillies el punto de referencia durante varias décadas.”²

“En 1953 Goodwin y Scott introdujeron una nueva técnica en dos tiempos tomando

² Ibidem. p. 82.

como zona donante la piel escrotal ventral, aportando parte de sensibilidad al nuevo pene. El uso de colgajos regionales y musculocutáneos redujo los tiempos quirúrgicos y mejoró los resultados funcionales y estéticos. Puckett fue pionero en el uso de prótesis de pene asociadas a la reconstrucción de pene en un paciente transexual (tomando como base un colgajo inguinal en siete tiempos y añadiendo el clítoris para aumentar la sensación erógena)".³

La era de la microcirugía permitió el uso de tejidos bien vascularizados con mínimos defectos en las zonas donantes. En 1984 Chang y Hwang describieron el uso del colgajo radial libre para la reconstrucción del pene, dando una función semieréctil con cartílago autólogo. Posteriormente, se introdujeron varias modificaciones, destacando la anastomosis entre los nervios sensitivos del colgajo con los nervios pudendos, que aportaba sensibilidad erógena al neofalo y sensibilidad discriminativa, permitiendo la asociación de prótesis.

“La *transexualidad* es el deseo irreversible de pertenecer al sexo contrario al genéticamente establecido (o sea, al de nacimiento, ratificado por sus genitales) y asumir el correspondiente rol (el contrario del esperado), y de recurrir si es necesario a un tratamiento hormonal y quirúrgico encaminado a corregir esta discordancia entre la mente y el cuerpo”.⁴

La transexualidad no es una elección. Por tanto, se nace transexual. Aunque no se conoce el origen de este trastorno, existen básicamente dos teorías al respecto, aunque es probable que sea el resultado de múltiples factores. “La teoría psicológica sostiene que en algún momento de la vida del transexual (especialmente en los primeros años de vida), se produce un trauma y, por tanto, cree que la afloración de este trauma a la superficie debería curar al transexual. Actualmente y tras intentos fallidos de curaciones de transexuales está siendo relegada por la teoría biológica, que por el contrario, se basa en la existencia de diferencias biológicas entre los transexuales respecto de los demás individuos. Últimamente, presta mucha atención a los baños de hormonas durante el desarrollo prenatal y su posterior influencia en el desarrollo de la identidad del individuo, y considera que el tratamiento más viable es la terapia hormonal y la intervención quirúrgica.”⁵

El síndrome de dismorfia de género (SDG) se caracteriza por la inhabilidad del

³ Ibidem. p. 83.

⁴ NORIEGA, Alfonso. Trasplantes de Órganos. En Revista Criminalia año XXXV No. 2, México, 1992. p. 186.

⁵ Ibidem. p. 187.

paciente para identificarse con su sexo anatómico y por un deseo no controlable de cambio de fenotipo. Para poder realizar el diagnóstico de SDG, el paciente debe de cumplir todos y cada uno de los siguientes preceptos:

1. “Sentimiento de disconformidad y repugnancia con el sexo anatómico, junto a un sentimiento de larga duración de pertenecer al sexo opuesto.
2. Deseo de cambio de sexo (sic) para poder vivir en un rol de sexo opuesto, junto a un comportamiento del sexo opuesto y una vestimenta de sexo opuesto sin producción de excitación sexual.
3. Ausencia de síntomas o comportamientos homosexuales.
4. Presencia de los síntomas durante un mínimo de dos años.
5. Ausencia de anormalidades físicas, de estados intersexo, o anomalías genéticas.
6. Ausencia de etiología esquizofrénica”.⁶

El síndrome de dismorfia de género incluye varias categorías de pacientes que tienen en común un sentimiento de insatisfacción con el sexo propio que les hace buscar soluciones quirúrgicas a sus problemas de identificación de género sexual. Es vital realizar un correcto diagnóstico diferencial de la categoría de SDG, ya que no todos los pacientes son candidatos para el reasignamiento de características fenotípicas. Las diferentes categorías de SDG incluyen:

La reasignación quirúrgica del nuevo fenotipo es el proceso final del tratamiento médico-quirúrgico del Trastorno de la Identidad Sexual. Con ello se quiere decir que previamente a una intervención quirúrgica en la que se pretenda amputar unos órganos y reconstruir otros hay que haber cubierto ciertas etapas indispensables:

1. “Valoración Psicológica en profundidad. Psicoterapia.
2. Harmonización. Tratamiento y control del tratamiento hormonal.
3. Completar un período mínimo de 18 meses viviendo con el nuevo rol.
4. Revaloración Psicológica. Asesoramiento médico-legal.
5. Intervención quirúrgica”.⁷

⁶ Ibidem. p. 188.

⁷ <http://www.transexualidad.org/informeTransexual.masculino2http.informetransexualmasculino2.05/0572003>.

El proceso quirúrgico para completar una reasignación de fenotipo masculino puede conllevar múltiples intervenciones, dependiendo especialmente del procedimiento escogido para la reconstrucción del pene y de otros tratamientos quirúrgicos encaminados a destacar más la morfología masculina. Básicamente hay dos fases:

En ella intervienen por un lado un Ginecólogo experto en técnicas endoscópicas y un Cirujano Plástico con experiencia en este tipo de intervenciones. Se realiza conjuntamente y bajo Anestesia General, la Histerectomía-anexectomía (extirpación de Útero, ovarios y anexos), por vía endoscópica (sin necesidad de realizar grandes incisiones en el abdomen o en la vagina). En el mismo tiempo quirúrgico se realiza la mastectomía (amputación de las mamas) cuyas cicatrices resultantes pueden ser prácticamente invisibles si las mamas eran pequeñas o muy visibles si las mamas eran grandes.

El número de intervenciones que se han de realizar en esta fase para realizar la reconstrucción de los genitales externos depende especialmente de las características del pene que se intente conseguir y de las características personales de cada paciente.

En la reasignación del fenotipo femenino, la construcción de una neovagina cuenta con técnicas más refinadas que aquellas utilizadas para hacer el neopene. Esto no significa que la cirugía sea sencilla. De media, la primera cirugía tarda cinco horas y tiene un postoperatorio que necesita muchos cuidados y con posibles complicaciones. Pero la cirugía es un momento puntual de un proceso que puede llevar más de dos años.

Para los transexuales masculinos, las cirugías que necesitan son varias: es necesario quitar los pechos, hacer la histerectomía y, después, la construcción de un neopene cuya funcionalidad es mínima o inexistente. Generalmente las cicatrices son muchas y la intervención quirúrgica dura mucho tiempo.

En los transexuales femeninos “se abre con un corte el pene. Parte del tejido del glande es utilizado para formar el clítoris, mientras que la mayor parte de la piel del pene es recolocada para formar las paredes vaginales. La uretra, el tubo dentro del pene, es acortado y redirigido para emerger un poco más abajo, justo encima de la nueva apertura vaginal. Los testículos son eliminados, pero la piel del escroto que los envolvía así como la piel de las áreas circundantes se utiliza para formar los labios mayores y menores. La vagina

se forma estirando, y en alguna ocasión cortando, la base de los músculos de la pelvis e insertando la nueva vagina a través de ellos. Una vez formada, se inserta el material de envoltorio en ella para mantener las caras de la vagina separadas y la vagina en su lugar”.⁸

La operación tarda aproximadamente cuatro horas, y casi siempre se realiza bajo anestesia general, Al parecer Mr. Haertsch en Sidney es el único cirujano que se sabe utiliza una anestesia epidural (en que la anestesia es insertada en la parte más baja de la espina dorsal y en que la paciente permanece consciente). El cirujano obviamente necesita buen acceso al área genital por lo que la operación se realiza con el paciente apoyado sobre su espalda, con sus pies en alto en el aire y separados cuanto sea posible. Se llama la posición de litotomía.

Como es usual para operaciones bajo anestesia general, una vez se ha completado la operación, el paciente es conducido a la sala de recuperación, donde se monitorizan sus signos vitales mientras se recupera. Algunas personas se recuperan rápido de la anestesia, mientras que otras tardan más. Una vez que el cuerpo de enfermeras está satisfecho con su estado, lo trasladarán a su habitación, donde será monitorizado regularmente por algunas horas más. Una vez despierto, se encontrará muy rígido y muy probablemente sediento.

El objetivo del estudio fue analizar la relación que existe entre daños a la salud y la opresión a la que están sometidos bisexuales, lesbianas y homosexuales (**BLH**). “Se postula que la opresión de BLH tiene su origen en un conjunto de creencias culturales denominadas sistema de géneros. El sistema de géneros son normas sociales que definen cómo deben de ser y comportarse las personas de acuerdo a su sexo biológico. Las normas sociales que dicta el sistema de géneros son: 1) el apego a los estereotipos de género, de acuerdo con esta norma los varones deben de ser y comportarse masculinos y las mujeres deben ser y comportarse femeninas, 2) el heterosexismo, que es la creencia de que la única forma válida de relación erótica-afectiva es la heterosexual, y 3) el androcentrismo, esta norma dicta que lo masculino es superior a lo femenino”.⁹

Los BLH se enfrentan a distintas formas de exclusión, discriminación y violencia debido a que no siguen estas normas sociales en dos aspectos: su orientación sexual y en

⁸ <http://www.sexo.com.mxcuandosevivedentrodeuncuerpoequivocado:latranssexualidad.19/08/04>.

⁹ <http://www.carlaantonelli.com/informesobretanssexualidad.carlaantonelli.Homepage.transsexual-5/5/2003>.

ocasiones en su rol de género (algunos homosexuales son femeninos y algunas lesbianas son masculinas). Las normas sociales que conforman al sistema de géneros se expresan en cinco formas de opresión hacia BLH: ocultamiento de la homosexualidad, asignar significados negativos a la homosexualidad y a la trasgresión de los estereotipos de género, violencia y discriminación por homofobia y la exclusión a los ghettos.

En un principio estas normas sociales son aprendidas por cada uno de los individuos a través de la educación que reciben sus casas, posteriormente las mismas normas sociales son reafirmadas en otras instancias como las escuelas o en la convivencia cotidiana con otras personas. A pesar de que las normas sociales que conforman al sistema de género son aprendidas, la gran mayoría de las personas considera que son naturales o que son designios divinos.

Los BLH crecen en sociedades regidas por las normas sociales del sistema de géneros, con lo cual aprenden a no valorarse. Para estudiar la incorporación en la mente de los BLH del prejuicio hacia su orientación sexual se pueden utilizar los conceptos de: homofobia internalizada, percepción del estigma por homosexualidad y ocultamiento.

Debido a que los BLH desafían los valores dominantes definidos por el sistema de géneros apego a los estereotipos de género, heterosexismo y androcentrismo se enfrentan a cinco formas de opresión: ocultamiento de la homosexualidad, denigración de la homosexualidad y la trasgresión de los estereotipos de género, violencia y discriminación por homofobia y ghettos.

Sistemáticamente se ignora la participación de los homosexuales en la vida social, en las familias y los medios de comunicación no se presentan a los BLH como individuos que participan en la sociedad de forma productiva, como personas sanas y con una vida personal plena. Por el contrario, las instituciones formales e informales están organizadas para validar y dar respuesta exclusivamente a las necesidades de las relaciones heterosexuales.

En la formación de la identidad es necesario contar con referentes, sin embargo, debido a la invisibilidad social de la homosexualidad, los BLH no cuentan con referentes positivos a partir de los cuales puedan construirla. Esto produce en muchos BLH una sensación de soledad, que son los únicos que tienen esa orientación sexual en el mundo y de que no pueden compartir sus sentimientos y experiencias con otros. Es muy probable que

los sentimientos de aislamiento y soledad, generados por la ausencia de referentes culturales, se asocian con distintos grados de sufrimiento mental.

Cuando la homosexualidad no es ocultada, es mostrada de forma tal que es asociada con características negativas. Aunque formalmente la homosexualidad ya no es incluida en las clasificaciones de enfermedad y en varios países ha dejado de ser considerada como un delito, en el imaginario colectivo se mantiene la asociación de la homosexualidad con la inmoralidad, la enfermedad, el delito y el pecado. La epidemia del VIH/Sida también ha significado una nueva forma de atribuirle características negativas a la homosexualidad.

Derivado de la valoración negativa de la homosexualidad como enfermedad, delito o pecado; existe la creencia de que los BLH son incapaces de establecer relaciones de pareja, no pueden criar adecuadamente a sus hijos, no son aptos para desarrollar la mayoría de los trabajos y envejecen solos e infelices. En el desarrollo de su identidad los BLH tienen como referente estos símbolos culturales negativos, con lo cual aprenden a verse en términos negativos, resultando en sentimientos de culpa y baja autoestima.

Los ghettos son espacios físicos de segregación social en los que se concentra una población que ha sido excluida de la sociedad debido a que se cree que es inferior o perjudicial. En el caso de los homosexuales, Nicolas “distingue entre el ghetto comercializado y el ghetto no-comercializado, el primero incluye las empresas de esparcimiento enfocadas a BLH como discotecas, bares, cines, baños de vapor y clubes de encuentro; el último abarca los lugares públicos que los homosexuales y bisexuales utilizan para tener encuentros de carácter amistoso o sexual pero no media relación comercial para acceder a ellos como los parques, el transporte público y los sanitarios de lugares públicos. La existencia del ghetto es posible por dos situaciones, por un lado, la prohibición de expresiones de afecto entre personas del mismo sexo en los espacios públicos y, por otro lado, la opresión internalizada de los BLH que hace que acepten que las expresiones no-heterosexuales deben de ser marginadas”¹⁰.

“El ghetto comercializado es una mercantilización de la marginación de BLH y por ello existe una clara segregación en su acceso de acuerdo al nivel socioeconómico del individuo.

¹⁰ DOMÍNGUEZ GARCÍA, VILLALOBOS, Jorge Alfredo. Trasplantes de Órganos. Aspectos Jurídicos. 2ª edición, Editorial, Porrúa, México, 2000. p. 3.

Aprovechando que en los sitios de reunión convencionales son rechazadas, abierta o implícitamente, las expresiones de afecto y erotismo entre personas del mismo sexo, se crean lugares en los que estas formas de expresión son toleradas, sin embargo su objetivo principal es el lucro. El ghetto comercializado potencialmente puede reafirmar el carácter marginal de la homosexualidad ya que los individuos pueden concebir que para poder expresar sus afectos y erotismo es necesario pagar, lo cual no sucede con las expresiones heterosexuales de erotismo. Los homosexuales tienden a aceptar la explotación ya que aceptan su condición de marginados y la culpa asociada con el homoerotismo”.¹¹

En su niñez los BLH aprenderán los significados negativos asociados con la homosexualidad y la trasgresión de los estereotipos de género, para posteriormente aplicarlos a sus propias personas. De esta forma, BLH incorporan en su auto-imagen o auto-concepto los significados negativos, los prejuicios y los estereotipos asociados con la homosexualidad y los homosexuales; lo que provoca que tengan actitudes y reacciones negativas hacia su propia homosexualidad y a la homosexualidad de otros, esta situación ha sido definida como homofobia internalizada.

Gonsiorek ha distinguido dos formas de homofobia internalizada: “1) La homofobia internalizada evidente (*overt*), que se presenta cuando las personas conscientemente se reprochan a sí mismas de ser perversas, de segunda clase o inferiores debido a su homosexualidad, y 2) la homofobia encubierta (*covert*), en la que los individuos aparentemente aceptan su homosexualidad, sin embargo mantienen algunos de los valores que denigran a la homosexualidad”.¹²

La mayoría de los autores han conceptualizado a la homofobia internalizada sólo “como actitud negativa hacia la homosexualidad. Sin embargo, también es importante incorporar la actitud negativa a la trasgresión del estereotipo de género ya que culturalmente se le ha vinculado con la homosexualidad. Un individuo sin homofobia internalizada es aquel que crítica los valores dominantes impuestos por el sistema de géneros y ha construido nuevos valores a partir de los cuales se valora a sí mismo y a los demás. Los BLH con actitudes negativas hacia la trasgresión de los estereotipos de género siguen aceptando el

¹¹ <http://www.sexo.com.mx/cuandosevivedentrodeuncuerpoequivocado:laTransexualidad> 19/08/04.

¹² <http://www.sexo.com.mx/cuandosevivedentrodeuncuerpoequivocaso:LaTransexualidad> 19/08/04.

sistema de valores que condena a la homosexualidad”.¹³

Para comprender cómo se origina la violencia hacia BLH, es pertinente establecer el significado de los conceptos de heterosexismo y homofobia. Se considera que el heterosexismo es un sistema ideológico del sistema de géneros que tiene manifestaciones en varios niveles; mientras que el término homofobia se aplica al conflicto en las relaciones interpersonales producido por las reacciones negativas hacia la homosexualidad o a la trasgresión de los estereotipos de género de uno o más individuos que participan en tales relaciones. Así, el heterosexismo y el apego a los estereotipos de género se expresan en las relaciones interpersonales en forma de violencia o discriminación por homofobia, pero también en lo que se ha denominado orientación heterosexista.

Desde la perspectiva de la salud, la violencia puede ser conceptualizada como causa y efecto. La violencia es causa por que es una forma de opresión, pero también es un efecto ya que la violencia es en sí misma es un daño a la salud en tanto que altera la integralidad psicológica y física de los individuos.

La cuarta forma de opresión hacia BLH es la discriminación, en la que se niega el acceso a oportunidades, recursos y servicios a los individuos debido a su orientación sexual o por que no se apegan a los estereotipos de género. La discriminación tiene como consecuencia una limitación en el desarrollo de las potencialidades de los individuos ya que éstos no tienen acceso a las oportunidades, los recursos y servicios. Además de que la discriminación, al igual que la violencia, refuerza la vivencia de la homosexualidad como una condición negativa.

La discriminación puede ser originada por los prejuicios que los prestadores de servicios han aprendido en sus familias y el medio social en general. En el caso de los profesionales que proporcionan servicios (profesores, médicos, enfermeras, psicólogos), es frecuente que sean formados en instituciones educativas donde se enseña que la homosexualidad es una enfermedad o una forma de inadaptación social, o bien, en sus planes de estudio no se contemplan las necesidades de esta población. Finalmente, existen empresas e instituciones que de forma abierta o implícita tienen políticas que discriminan a los BLH.

¹³ <http://www.CarlaAntonelli.com/informesobretansexualidad.CarlaAntonelli.Homepagetransexual>. 03/05/04.

Prácticamente todos los individuos han aprendido diversos estereotipos sobre los BLH en los que se parte de la premisa de que éstos últimos son una categoría homogénea de personas y que los individuos que se ubican dentro de este grupo tienen determinados atributos que la gran mayoría de veces son negativos (enfermos, delincuentes, pecadores y sin moral). En los BLH esta situación generará la conciencia de ser personas estigmatizadas mediante los siguientes procesos: 1) ellos saben que las personas con las que interactúan conocen los estereotipos negativos sobre los BLH, 2) están conscientes de que las personas les pueden aplicar los estereotipos que tienen sobre los BLH, con lo cual les exigirán que actúen de acuerdo con ellos, y 3) las reacciones y las actitudes de las demás personas hacia ellos pueden depender de los estereotipos que tengan sobre los BLH.

Los bisexuales, lesbianas y homosexuales atraviesan por una situación muy delicada en razón de que rebasan los estereotipos sociales preestablecidos y no se diga en el caso de los transexuales, los cuales tienen una situación mucho más compleja por la incapacidad de habituarse al sexo anatómico con el cual nacieron sumándose los prejuicios, violencia y rechazo de que son objeto.

Algunos médicos especialistas creen que la identificación de género de los transexuales es patológica y que por ello es preferible el tratamiento psiquiátrico y no la cirugía. Otros distinguen entre transexuales genuinos y aquellos que podrían modificar su percepción en el futuro. En algunos países, los transexuales que desean someterse a una operación quirúrgica son tratados previamente con psicoterapia y se les anima a adoptar el género de su futuro fenotipo durante un tiempo de prueba para asegurar su decisión. Sin embargo, algunos transexuales han llegado a emascularse e incluso, suicidarse cuando los cirujanos se han negado a llevar a cabo esta operación. La transexualidad no debe confundirse con el travestismo, siendo éste la imitación de las formas de vestir del sexo contrario.

Resumiendo lo apuntado, la cirugía de reasignación de fenotipo femenino (hombre biológico) conlleva a la eliminación del pene y los testículos, se crea una vagina funcional, se administran estrógenos para aumentar el volumen del pecho y, mediante electrólisis, se elimina el vello de la piel. Por su parte, en la reasignación de fenotipo masculino (mujer

biológica) el paciente se somete a una mastectomía, a la reconstrucción de los genitales masculinos proceso complejo que hoy todavía es incipiente y a la administración de testosterona para modificar sus características sexuales.

De lo anterior, se infiere que el cambio de fenotipo o de características sexuales es para la medicina un gran adelanto que a nuestro juicio, debe legislarse de manera adecuada para evitar en el futuro problemas sociales, familiares e individuales que de no hacerlo ocasionaría muchos conflictos que el derecho no tendría por qué ignorar.

4.2. Repercusiones de hecho y de Derecho de la transexualidad y el cambio de fenotipo en el matrimonio.

Las repercusiones de hecho y de derecho en el matrimonio por el cambio de fenotipo, desde nuestro particular punto de vista, implican varias violaciones a los deberes matrimoniales tales como de fidelidad, débito carnal y de asistencia ya que sería imposible la procreación y la preservación de la especie en estas circunstancias. Es decir, se vulneran los deberes vinculados directamente con el matrimonio que ambos cónyuges deberían de respetar.

Los deberes impuestos a los cónyuges, que forman el contenido esencial del matrimonio, tradicionalmente son:

- a) El deber de cohabitación.
 - b) El deber de fidelidad.
 - c) El deber de asistencia.
-
- a) **El deber de cohabitación.** Cohabitar significa “habitar una misma casa, vivir bajo el mismo techo el marido y la mujer. Este deber jurídico, la vida común de los cónyuges, es esencial en el matrimonio”.¹⁴

El vínculo jurídico por el cual los cónyuges están obligados a vivir juntos, se impone a los consortes, porque como elemento esencial del estado de matrimonio, hace posible en forma natural, el cumplimiento de los deberes de fidelidad y de ayuda recíproca.

¹⁴ Diccionario de la Lengua Española. Op. cit. p. 78.

El cumplimiento del deber de cohabitación, es un supuesto o condición indispensable para la existencia de esa comunidad de vida íntima entre los consortes, en la que se sustenta el matrimonio.

Bernárdez Cantón dice: Éste deber es “natural e indispensable, para la fácil realización de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones de los cónyuges”.¹⁵ Calogero Gangi señala: “El vínculo matrimonial crea entre los cónyuges una íntima comunión de vida ya en el sentido físico ya en el sentido espiritual. De este vínculo surgen derechos y obligaciones: algunas de las cuales son recíprocas y otras miran sólo al marido, o sólo a la mujer”.¹⁶

En el derecho canónico, el matrimonio como estado (*in facto esse*) consiste precisamente en la vida en común entre los consortes, que resulta del cumplimiento del deber de cohabitación. En el sentido romano se caracteriza al estado de matrimonio, por ese convivir juntos de los consortes.

La vida en común de los consortes viene a constituir una comunidad de lecho, mesa y habitación, es decir, un elemento material de la institución del matrimonio que se convierte en un deber jurídico y que encuentra una sanción al momento en que esa misma obligación es violada.

Lo anteriormente señalado encuentra su fundamento en lo establecido por el artículo 163 del Código Civil al expresar que, “los cónyuges vivirán juntos, en el domicilio conyugal.”

El incumplimiento del deber de cohabitación por uno de los cónyuges, da lugar a la disolución del vínculo matrimonial, si se prolonga por más de seis meses sin causa justificada (artículo 267 fracción VIII del Código Civil). Puede constituir además el delito de abandono de persona.

Al deber de cohabitación de un cónyuge, corresponde en el otro, el derecho de vivir al lado de su consorte. Es decir, ésta como todas las relaciones matrimoniales, presenta el principio de reciprocidad.

¹⁵ BERNÁDEZ CANTÓN, Antonio. Derecho Civil. 2ª edición, Editorial, Temis, España, 1990. p. 263.

¹⁶ Ibidem. p. 264.

Dentro de la institución del matrimonio, el complejo de deberes, poderes, derechos y obligaciones, a cargo de los consortes, se reduce a una unidad conceptual. Las normas de derecho objetivo no crean esos deberes; sólo señalan la forma en que se han de realizar las prestaciones recíprocas entre los cónyuges y los casos en que se incurre en las sanciones que garantizan su cumplimiento.

Los consortes, sólo pueden ser eximidos por la autoridad judicial del cumplimiento de este deber, en los casos en que el otro cónyuge, traslade su domicilio a país extranjero, a no ser que lo haga en cumplimiento de un servicio público y cuando se establezca en lugar insalubre o indecoroso.

El artículo que se comenta (163 del citado código), señala el lugar donde los consortes han de cumplir el deber que se les impone: en el domicilio conyugal. Ahora bien, el domicilio conyugal es la casa en que los cónyuges han convenido en establecer su común morada y donde disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales.

Dentro de la institución del matrimonio, se reduce a unidad el complejo de deberes, poderes, derechos y obligaciones, a cargo de los consortes; y la norma objetiva que establece el modo de cumplir y hacer cumplir esos deberes, señala la forma en que se han de realizar las prestaciones recíprocas entre los cónyuges y los casos en que se incurre en las sanciones que garantizan su cumplimiento. Pues bien, es de la esencia de la institución jurídica matrimonio, esa íntima unidad de vida de los consortes, que se realiza y manifiesta exteriormente en el deber de cohabitación.

De este deber de cohabitación, podrán ser eximidos los cónyuges por resolución judicial, a solicitud de cualquiera de ellos “cuando el otro traslade su domicilio a país extranjero, a no ser que lo haga en servicio público o social, o se establezca en lugar que ponga en riesgo su salud e integridad”.

Para tener una mejor idea de la importancia y trascendencia que tiene el deber de cohabitación, a continuación citaremos a lo que al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado.

“Domicilio conyugal connotación jurídica de la ley al hablar del domicilio conyugal se refiere indudablemente al domicilio familiar, que no debe confundirse con otro domicilio esto es, a la casa habitación donde los esposos residen habitualmente, hacen vida común, y cumplen con las finalidades del matrimonio, y la palabra abandono, que significa dejación o desamparo; ya sea de persona, de cosas, de derechos y de obligaciones, regida por las voces domicilio conyugal, no puede referirse únicamente a la materialidad de la casa, de la morada que se habita, sino que, por una figura del lenguaje, se toma el continente por el contenido, es decir, la morada que se habita por el cónyuge y los hijos, y por lo tanto, al hablar la ley de abandono del domicilio conyugal, se refiere al abandono de personas, de cosas y obligaciones; a un acto voluntario por el cual uno de los cónyuges deja de prestar al otro y a los hijos, la protección y auxilio que natural y civilmente está obligando a prestarles; por lo que el cónyuge que no cumple con la obligación que tienen los consortes, de contribuir a los objetos del matrimonio, y socorrerse, abandona, jurídicamente hablando, el domicilio conyugal”.¹⁷

“Domicilio conyugal requisitos del, para efectos de la incorporación de la esposa y los hijos. Por domicilio conyugal se entiende el lugar en donde conviven los cónyuges y sus hijos, disfrutando aquellos de la misma autoridad y consideraciones. Es la morada en que están a cargo de la mujer, la dirección y el cuidado de los trabajos del hogar, por lo que no basta para tener por constituido un domicilio conyugal y pretender la incorporación a él, de la esposa y de los hijos, que el marido se limite a señalar como lugar en que debe establecerse el hogar, la casa en que viven, sino que tiene que justificar que la misma es adecuada para hacer posible el cumplimiento de las obligaciones y el ejercicio de los derechos derivados del matrimonio; lo que requiere, además de ciertas condiciones materiales como espacio, servicios, etc., la demostración de que es un domicilio propio y no el de algún familiar o amigo de los consortes”. Amparo directo 2762/72. Teófilo Montero Aguilar 21 de enero de 1974. Unanimidad de 4 votos. Poniente: Rafael Rojina Villegas. Secretario: Sergio Torres Eyra. Informe del Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, año de 1974, Tercera Sala, páginas 34 a 35.

Siendo la esencia del matrimonio de la vida en común entre los consortes, de acuerdo con los artículos 146 y 147 del Código Civil, son nulos los pactos o convenios que celebren los cónyuges para vivir separados. Quiere esto decir, que a pesar de que existiera ese pacto, el marido o la mujer podrán exigir a su cónyuge, el cumplimiento del deber de

¹⁷ Semanario Judicial de la Federación. 2ª sala, Vol. II, 8ª época, Marzo-Abril, México, 1989. p. 218.

cohabitación.

- b) **El deber de la fidelidad.** Los derechos y obligaciones que concretamente se imponen a los cónyuges, tienen en el matrimonio fuentes normativas primordiales éticas, sociales y religiosas, que el derecho, reconoce como parte integrante de la institución y las hace suyas. El deber de fidelidad, como el concepto de buena fe en los contratos, es un concepto de contenido moral que protege no sólo la dignidad y el honor de los cónyuges, sino la monogamia, base de la familia.

En el deber de fidelidad impuesto jurídicamente a los consortes, encontramos efectivamente principios de orden ético: preservar la moralidad del grupo familiar; de orden social: proteger la familia monogámica y también de orden religioso en cuanto que el cristianismo en este aspecto como la religión mosaica, funda la familia en la constitución de una pareja formada por un solo hombre y una sola mujer. No existe un precepto legal expreso, establecido en el Código Civil, que de una manera directa, como ocurre en lo que se refiere al deber de cohabitación y de mutua ayuda, establezca que los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad.

En una forma indirecta el cumplimiento de ese deber se halla garantizado jurídicamente, porque su violación constituye el delito de adulterio, que el Código Penal Federal sanciona con pena privativa de la libertad (artículo 273 del Código Penal citado) así como el delito de bigamia, que castiga el artículo 205 del Código Penal para el Distrito Federal así como el 279 del Código Penal Federal.

La infidelidad conyugal es delictuosa, si se realiza en el domicilio común o con escándalo; y, en este sentido, desde el punto de vista civil, la sanción penal, no comprende todos los casos en que se viola el deber de mutua fidelidad, de los consortes.

La sanción estrictamente civil en que se incurre al violar este deber, es el divorcio (artículo 267 fracción I del Código Civil). Es decir, es causa de la disolución del vínculo matrimonial con las consecuencias pecuniarias que se imponen al cónyuge que ha dado causa a él (artículo 286).

Al deber de fidelidad corresponde el derecho recíproco de los cónyuges de exigir del

otro, la prestación del débito conyugal. Empero, el deber de fidelidad no se agota en la sola abstención impuesta a los cónyuges de tener relaciones carnales con otra persona distinta de su consorte.

El concepto de fidelidad, tiene una connotación más amplia, cuya violación no se agota en los delitos de bigamia y adulterio, porque no sólo tiene un contenido sexual sino de clara esencia ética; de allí que entre aquellos dos delitos y el deber de fidelidad, no pueda establecerse una línea de paralelismo.

En ciertos casos, no sólo implica la abstención de contactos sexuales extramatrimoniales, sino que desde el punto de vista civil y atendiendo a las condiciones sociales culturales y personales de los cónyuges, comprende la abstención de todos aquellos actos que aun cuando no lleguen a la consumación del adulterio y aun no conduzcan a relaciones eróticas entre un cónyuge y una tercera persona, pueden constituir una violación al deber de fidelidad (allí su contenido moral) en tanto esos hechos o actos, revelen que se ha roto o que se ha lesionado gravemente la unidad de vida que debe existir entre los consortes.

En este sentido los actos que violen el deber de fidelidad sin que lleguen a constituir propiamente adulterio, pueden dar lugar a una injuria grave (artículo 267 fracción XI del Código Civil), lesionar el honor y la dignidad del cónyuge inocente, en cuanto revelan que el culpable, no otorga a su consorte el lugar que en la vida de aquél debe tener éste como esposo o como esposa; es decir, revelan que se ha roto la íntima comunidad espiritual y no sólo la externa o material que debe existir en el matrimonio, al grado de que se haya hecho imposible la estrecha amistad de los consortes, a fin de que esa unión sea más íntima y el afecto más fuerte.

- c) **El deber de asistencia.** La ayuda recíproca, el mutuo auxilio que se deben entre sí los consortes, constituye sin duda un elemento esencial, muy principal del matrimonio. Portier cuando se refería a que una de las finalidades del matrimonio consiste en ayudarse a soportar las cargas de la vida, “señalaba tal deber de asistencia, que no es un fin, sino un elemento consustancial del matrimonio; y de tal importancia que llega a confundirse con el vínculo conyugal”.¹⁸

¹⁸ Cit. por Enciclopedia Jurídica Omeba. T.II. Op. cit. p. 210.

El socorro mutuo que deben prestarse los cónyuges es un deber más amplio que la obligación de dar alimentos. Esta obligación se refiere a la satisfacción de las necesidades de subsistencia del acreedor alimenticio. El socorro recíproco comprende además el consejo, la dirección, el apoyo moral con los que un cónyuge debe ayudar al otro, en las vicisitudes de la vida. Debe recordarse que los alimentos comprenden la comida, el vestido, y la asistencia en casos de enfermedad.

El deber de asistencia a que se refiere el artículo 162 regula la conducta externa, recíproca de los consortes que en el matrimonio han establecido una comunidad de vida, sin que el derecho por esta razón deba ocuparse de los motivos sentimentales de tal conducta.

El deber de asistencia recíproca constituye la síntesis y el resumen de concepto civil y canónico del matrimonio. Los canonistas hablan de él como el *mutuum adjutorum*. En este deber se manifiesta el íntimo consorcio en que consiste el matrimonio.

El párrafo segundo del artículo 162 refleja en esencia el texto del artículo 4º constitucional.

Ambos preceptos postulan el principio de lo que se ha llamado la planeación familiar y que el artículo cuarto de la Constitución Federal en su parte relativa, enuncia así: “toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada, sobre el número y el espaciamiento de sus hijos”.

En este sentido la paternidad responsable forma parte de uno de los deberes de los cónyuges y expresa en el derecho moderno una importante transformación en la estructura de la familia.

El socorro, la ayuda recíproca incluye, pero es algo distinto, a la simple obligación de dar alimentos; excede en gran medida la ministración de los elementos económicos para satisfacer sólo las necesidades materiales del esposo o de la esposa; comprende todo lo que requiere una vida digna, en un sentido amplio y no sólo para subsistir. El socorro y ayuda comprenden el elemento espiritual, el consejo, la dirección, el apoyo moral, con los que un cónyuge debe acudir a asistir al otro, en las vicisitudes de la vida.

El artículo 302 del Código Civil impone a los cónyuges la obligación de darse alimentos y el artículo 308 del mismo código establece lo que queda comprendido dentro de los alimentos.

Al imponer el artículo 162 del Código Civil a los cónyuges, el deber de asistencia mutua, el derecho regula la conducta externa de los consortes en este respecto y su resultado sin que deba ocuparse del motivo sentimental por el que se realice ese deber. Pues bien, el deber de asistencia, de ayuda mutua entre los cónyuges, se aproxima en la medida de lo jurídicamente posible el elemento ético, interno, el amor.

El deber de asistencia recíproca, constituye la síntesis y el resumen del concepto civil y canónico del matrimonio. Los canonistas hablan de él como el *mutuum adjutorium*. “Síntesis, porque este deber jurídico, cuando es cumplido, envuelve por decirlo así el deber de cohabitación y el deber de fidelidad. Resumen: porque en su cumplimiento está manifestado el íntimo consorcio (*consortium omnis vitae*) en que consiste la verdadera comunidad de vida (y no solamente la vida en común) entre un solo hombre y una sola mujer, que expresa el estado de matrimonio”.¹⁹

Arturo Carlo Jemolo, se refiere al deber de asistencia conyugal de la siguiente manera:

“En el deber de asistencia se manifiesta nuevamente, a través del vínculo jurídico que lo expresa, el dato ético y religioso que el matrimonio tuvo en el derecho romano y que tiene aún en el cristianismo.

La violación del deber de asistencia, por su elevada categoría ética, carece de una sanción pecuniaria. El pago de la obligación alimenticia, no sustituye el cumplimiento del deber de asistencia”.²⁰

Ciertamente el abandono de los deberes de asistencia por uno de los cónyuges, confiere a la víctima de ese abandono, la acción para exigir el pago de alimentos (artículos 302, 315, 322 y 323 del Código Civil), pero el pago de esta obligación de contenido económico, por el cónyuge incumplido, no satisface en ninguna manera el exacto acatamiento de aquel deber de mutuo socorro; puesto que, independientemente del pago

¹⁹ ROJINA VELLEGAS, Rafael. Op. cit. p. 292.

²⁰ CARLO JEMOLO, Arturo. Elementos de Derecho Civil Español. 3ª edición, Editorial, Bosch, España, 2001. p. 216.

de los alimentos, con el cual quedaría satisfecho apenas en parte el cumplimiento de este deber, no impide que el cónyuge abandonado, que recibe alimentos, pueda ejercer la acción de divorcio invocando como causa, la negativa injustificada de cumplir con sus obligaciones (artículo 267 fracción XII del Código Civil).

Además, el pago de alimentos, que se impone al cónyuge que debe suministrarlos (artículo 288 del Código Civil) subsiste, después de que se ha pronunciado la sentencia de divorcio.

En virtud, de lo anteriormente apuntado, podemos señalar, que el cónyuge que cambia su fenotipo viola los derechos y obligaciones establecidos en el matrimonio: el de cohabitación, porque no se le puede obligar al cónyuge a compartir el mismo lecho, mesa o casa con una persona con características sexuales totalmente diferentes que, al momento de celebrarse las nupcias, carecía de ellas; el de fidelidad, que conlleva el debito carnal, es decir, la vida sexual e íntima de la pareja es vulnerada de una manera repentina, en el sentido, que ambos cónyuges no sentirán atracción física el uno por el otro por sus distintas características físicas y orientaciones sexuales, que en un principio de de celebrado el matrimonio, armonizaban; el de asistencia, al momento de violarse esa confianza, apoyo y convicción de llevar una vida en común para sobrellevar juntos las cargas y vicisitudes de la vida, siendo que uno de ellos se volvió un suceso imposible de ser superada por ambos.

Es por ello, que consideramos que el cónyuge afectado por esta situación de hecho está más que legitimado para invocar el divorcio, ya que, llevar una relación de esa naturaleza, desde nuestro particular punto de vista es contra natura, y no se le puede coaccionar a una persona casada a soportar dicha situación si su finalidad es la de formar una familia.

4.3. La transexualidad, cambio de fenotipo o características sexuales como causal de divorcio.

Al matrimonio lo podemos considerar desde dos puntos de vista: como acto jurídico y como estado permanente de vida de los cónyuges: efecto del acto jurídico de la celebración del matrimonio.

La celebración del matrimonio (acto), produce un efecto primordial, el nacimiento a un conjunto de relaciones jurídicas entre los cónyuges (estado).

El matrimonio como estado civil, se compone de un complejo de deberes y facultades, derechos y obligaciones, en vista y para protección de los intereses superiores de la familia: la protección de los hijos y la mutua colaboración y ayuda de los cónyuges.

El conjunto de deberes y facultades, obligaciones y derechos que constituyen ese complejo de relaciones jurídicas matrimoniales, se presentan convergentes y coordinadas hacia los fines antes dichos, que para ser realizados requieren el esfuerzo de ambos cónyuges.

Tan altas finalidades exigen que la colaboración conyugal sea permanente, prolongada mientras subsiste el lazo conyugal. Tal colaboración y coordinación de intereses, encuentra en el derecho los medios para reforzar a través de diversas disposiciones jurídicas, la solidez y permanencia de la unión entre los consortes. Esa comunidad de vida entre el varón y la mujer, es un hecho natural que se impone al derecho y que éste eleva a la categoría jurídica, para organizarlos y sancionarlo por medio del complejo de relaciones jurídicas que constituyen ese estado.

No puede penetrarse el sentido de la institución jurídica del matrimonio, si se olvida que éste se constituye en esencia, por ese propósito permanente de llevar, marido y mujer, una vida en común (*individua vitae consuetudo*).

“El Código de Napoleón reprodujo la definición que Portalis dio del matrimonio es la sociedad del hombre y la mujer, que se unen para perpetuar su especie, para ayudarse mutuamente a llevar el peso de la vida y para compartir su común destino”.²¹

La perpetuación de la especie y la ayuda recíproca entre los cónyuges para realizar los fines individuales o particulares o para compartir su común destino, no agota ciertamente, el concepto esencial del matrimonio. La ayuda mutua, la perpetuación de la especie, el destino común de los cónyuges, pueden ser los motivos para celebrar el matrimonio; todos

²¹ PLANIOL, Marcel. Op. cit. p. 321.

ellos pueden realizarse más o menos satisfactoriamente fuera del matrimonio.

Lo esencial en el matrimonio, desde el punto de vista jurídico, radica en que a través de él, la familia como grupo social, encuentra adecuada organización jurídica; la seguridad y la certeza de las relaciones entre los consortes, la situación y estado de los hijos, de sus bienes y sus derechos familiares. El estado de matrimonio, a través de la seguridad y la certeza que le imparte el Derecho, fortalece al grupo familiar y permite que cumpla las finalidades sociales éticas y aun económicas que le competen dentro de la comunidad.

El Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 146 establece:

“Artículo 146. Matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige”.

Como podemos observar, todo matrimonio lleva implícito el consentimiento de los futuros cónyuges para su celebración, con la finalidad de llevar una vida común acompañada del respeto, la igualdad y ayuda mutua para sopesar las cargas de la vida.

Por lo tanto, al momento en que uno de los cónyuges rompe ese respeto, igualdad y ayuda mutua en la comunidad de vida que acordaron llevar juntos, el consorte afectado está legitimado para invocar la disolución del vínculo matrimonial porque, desde el momento en que ambos ya no tienen ese ***affectio maritalis*** que desde un principio existió, lo único que se espera de esa comunidad de vida es una serie de relaciones destructivas que terminarían por desvirtuar la finalidad del matrimonio.

Es por ello, que consideramos legítima la causa que invoque el cónyuge afectado, con base en la transexualidad, el cambio de fenotipo o de características sexuales de su compañero o compañera en razón, que las circunstancias que una vez motivaron la celebración del matrimonio, ahora han tenido un cambio radicalmente opuesto de las que hubo en un principio.

4.4. Justificación de la propuesta.

La justificación de la propuesta, tiene como base el respeto al individuo, así como del matrimonio y de la familia.

En este orden de ideas, como podemos ver, el ordenamiento jurídico en general es una expresión de la vida humana, no sólo en cuanto regula la conducta del hombre en la sociedad, sino fundamentalmente porque en la disposición misma contenida en la forma explícita, según la categoría normativa de que se trate, recoge el valor humano de la persona que vive en sociedad como el sujeto de las relaciones que surgen en la comunidad.

La vida en sociedad y la vida jurídica particularmente, es por lo tanto un dato primario que explica y justifica todo el ordenamiento jurídico.

Es así que existe una vinculación íntima, ineludible entre persona y derecho. Pero el derecho sin duda alguna, es una creación ordenadora de las relaciones entre individuos, no sólo como sujeto de las relaciones jurídicas, sino también y muy principalmente en su categoría de persona, es decir que el ordenamiento jurídico surge, en el desarrollo de la historia, no como un dato espontáneo de la naturaleza, sino como fruto de un quehacer del pensamiento humano, en cuanto el ser humano toma conciencia de que es persona o sea, en la medida en que toma conciencia de su propia identidad distinta a la de los demás, de aquello que le distingue del otro, es decir, se percibe asimismo, al propio tiempo, como hombre y como integrante de la humanidad y sobre todo como individuo y a la vez miembro del grupo social, con sus peculiaridades propias e intransferibles y con su dignidad de ser una entidad sustancial, de donde deriva, el señorío para proponerse y realizar sus propios fines con los límites y restricciones que la misma ley le establezca.

El hombre como integrante de la humanidad, está obligado a cumplir con ciertas obligaciones desde el momento en que realiza determinados actos jurídicos. Es por ello, que el individuo al momento de contraer matrimonio, adquiere los derechos, los deberes y las obligaciones que surgen con la celebración del mismo y en el cual los consortes gozan de las mismas prerrogativas. Lo anterior, con base en la igualdad que tienen todas las personas frente a la ley, independientemente de la condición social, económica o religiosa que tengan.

Es así, como cualquier cónyuge está legitimado a exigir el cumplimiento de los deberes derivados del matrimonio y, a falta del cumplimiento de algunos de ellos, es como se puede invocar la disolución del vínculo matrimonial.

La importancia, del cumplimiento de las obligaciones matrimoniales radica en que son la base de la formación de la familia, cuya trascendencia no puede quedar desprotegida.

La familia, como bien sabemos, constituye el grupo natural del cual surgen los individuos que conforman la sociedad.

“La familia, como bien sabemos, constituye el grupo social en el que recae todo tipo de responsabilidades para que una sociedad se defina y desarrolle. Entre ellas se hallan las que se refieren directamente, en lo individual, a cada uno de los sujetos unidos por vínculos de sangre producto de la convivencia intersexual y de la filiación o por vínculos jurídicos, como ocurre con la unidad familiar en su totalidad”.²²

Los grupos familiares han existido en todas las culturas a lo largo de la historia del hombre, y dieron origen a diversos tipos de familias, las cuales reflejan una gran variedad de situaciones económicas, sociales, políticas, jurídicas, etc. Debido a ello, la familia es una institución que ha sido definida de muy distintas formas. Por ejemplo, se le ha considerado como primera asociación humana, o como la célula natural y necesaria de la sociedad; también como el núcleo de toda organización social o el medio en el que el individuo logra su desarrollo físico, psíquico y social; de igual manera, se ha dicho de ella que es la unidad económica que conforma la base de la seguridad material del individuo en sus diversas etapas de desarrollo, al principio en el seno de la familia en que nace y, posteriormente, en el de la familia que hace; asimismo, se le ha señalado como la institución cuyos miembros se relacionan por derechos, deberes y obligaciones recíprocos.

A lo anterior, se debe que el término familia posea distintas acepciones, pues su significado depende del ángulo en que se coloque el estudioso para reflexionar científicamente sobre ella y, por consiguiente, conocerla. En este sentido, el concepto familia no será el mismo si se le mira desde el punto de vista de su origen, si se analiza a partir de sus formas de organización y evolución en el tiempo o si se le considera en razón

²² BAQUEIRO ROJAS, Edgar, y BUENROSTRO BAEZ, Rosalia. Op. cit. p. 226.

de sus efectos, entendidos éstos como derechos, deberes y obligaciones que vinculan a sus miembros desde el punto de vista legal.

De aquí que, atendiendo en forma exclusiva a los deberes, obligaciones y derechos que crea y reconoce la ley, la unión de la pareja y la descendencia no siempre son familia desde el punto de vista jurídico; para que lo sean se requiere la permanencia de la relación, como ocurre con el matrimonio y el concubinato, así como el reconocimiento de los hijos.

Por lo anteriormente expuesto, es por lo que consideramos importante la disolución del vínculo matrimonial ante la presencia de un hecho grave, como lo es el cambio de fenotipo de la pareja.

Lo apuntado, en razón de que todo individuo tiene la facultad que se le respeten sus derechos, en este contexto, se vulnera, a uno de los cónyuges, su esfera jurídica en el matrimonio y, con base en esa facultad que tiene de formar una vida en común, una familia propia y de buscar la felicidad, pueda invocar dicha causal.

Otro motivo, por el cual surge esta inquietud, es porque el Derecho debe de encontrarse a la vanguardia o a la par de los adelantos tecnológicos, científicos y médicos con la finalidad de que en el futuro no se perjudiquen los derechos de terceros o se vean envueltos a vivir una situación indeseable.

4.5. Propuesta de solución a la problemática planteada.

La solución que nosotros proponemos a la problemática planteada, consiste en adicionar una fracción al artículo 267 del Código Civil vigente para el Distrito Federal que contemple la transexualidad, el cambio de fenotipo o de características sexuales como causal de divorcio, para quedar de la siguiente manera:

“Artículo 267. Son causales de divorcio:

...
...
...
...

XXII. La transexualidad, el cambio de fenotipo o de características sexuales de uno de los cónyuges.”

De lo anterior se infiere que el sujeto que es transexual o modifica su fenotipo puede afectar el derecho a la libre procreación de su cónyuge, toda vez que al someterse a un tratamiento hormonal y a una cirugía de reasignación de fenotipo, no podrá cumplir con la finalidad de procreación, éste tendrá órganos genitales en una mayor aproximación a los de una mujer o un hombre; pero éstos no serán funcionales ni aptos para fines reproductivos.

Este derecho debe ser ejercido de mutuo acuerdo por los cónyuges, puesto que el cónyuge transexual que se somete a una cirugía de reasignación de características sexuales no podrá procrear, lo cual sin duda puede originar conflictos entre las parejas, de manera que si no se plantean o se resuelven pueden dar causa fundada para pedir la disolución del vínculo matrimonial.

Por otra parte, los cónyuges tienen derecho recíproco de entablar entre ellos relaciones sexuales, ya que uno de los fines del matrimonio aceptado de forma universal es la relación sexual entre los consortes, aunque como lo señalamos en líneas que anteceden esto no es esencial para unirse en matrimonio; pero se ha probado que gracias a los avances de la cirugía plástica, el sujeto transexual puede tener una relación sexual, aunque hay que aclarar que la misma será disfuncional, es decir, mediante una metadoplastia o faloplastia el sujeto transexual puede lograr la formación de un pene el cual tendrá resultados limitados porque aunque se logra sensación táctil erógena, todavía no se consigue la erección, ni tampoco se logrará una eyaculación o bien mediante la vaginoplastia se tendrá una vagina muy similar a la de una mujer, pero esta no será susceptible de penetración.

Asimismo, es necesario precisar que si el sujeto que modificó su fenotipo, sometiéndose a una operación de reasignación de características sexuales, teniendo un sexo cromosómico masculino éste no deseará tener una relación sexual con su cónyuge, sino con una persona de su mismo sexo cromosómico.

Respecto del deber de cohabitación, éste es un deber recíproco entre los cónyuges, el cual establece que deberán vivir en el domicilio conyugal que los mismos hayan

designado; pero cuando uno de los consortes durante el matrimonio descubre que su esposo se ha sometido a una cirugía de reasignación de fenotipo mediante tratamientos hormonales y quirúrgicos, es evidente que el afectado podrá solicitar la suspensión del deber de cohabitación, toda vez que al no informársele tal situación, además de vivir en el engaño, se rompería la confianza entre los cónyuges.

Referente a la ayuda mutua que debe existir entre los cónyuges, al suceder un acontecimiento de ésta naturaleza, ya no tiene razón de ser, toda vez que al extinguirse la confianza entre los consortes es difícil que pueda seguir existiendo la ayuda mutua entre éstos, ya que no solo comprende alguna de las obligaciones económicas de las que habla el Código Civil, sino también la función afectiva que debe existir entre los consortes.

Esta nueva causal de divorcio podrá ser invocada por el cónyuge afectado por la transexualidad, resignación de fenotipo o características sexuales de su cónyuge, ya que el hecho de que uno de los cónyuges durante el matrimonio se someta a un tratamiento hormonal y a una cirugía de reasignación de fenotipo, sin conocimiento de su cónyuge, tal situación, origina una profunda deslealtad entre los consortes, hecho que da origen a esta causal de divorcio, que se propone en la presente tesis, por lo que el Juez de lo familiar al presentarse éste supuesto podrá declarar disuelto el vínculo matrimonial.

Cabe señalar que ha pesar de ser un hecho grave, si el cónyuge ofendido consiente dicha situación de transexualidad, cambio de fenotipo o de características sexuales esto no configuraría una causal de divorcio, o bien, durante el procedimiento puede conceder a su consorte el perdón o desistirse de la acción intentada.

CONCLUSIONES

PRIMERA. El divorcio, es la forma legal de dar por terminado un matrimonio por causas surgidas con posterioridad a la celebración del mismo, permitiendo a los divorciados contraer un nuevo matrimonio.

SEGUNDA. El divorcio es un mal necesario dentro de la familia, el cual se evitaría con que cada uno de los cónyuges cumpliera de forma natural con sus deberes y obligaciones inherentes al matrimonio y no por medio de la coacción o por la violencia.

TERCERA. La sexualidad, va más allá de la simple acumulación de condiciones anatómicas y fisiológicas, de una reacción instintiva o de relaciones sexuales puramente eróticas, sino es un medio de expresión que las personas manifiestan a través del contacto íntimo que tienen consigo o con otra u otras personas en donde se mezclan valores y sentimientos que el simple impulso sexual instintivo no abarca.

CUARTA. El Transexual es aquella persona que no está satisfecho con su género o sexo que por nacimiento tuvo, y siente que pertenece a un género distinto al de origen, desarrollando el sentimiento de estar en un cuerpo equivocado.

QUINTA. El transexualismo significa un conflicto de identidad de género que consiste en la intención de una persona de convertirse o adquirir las características fenotípicas del otro sexo sometiéndose a tratamientos hormonales y quirúrgicos, produciendo cambios anatómicos en su cuerpo.

SEXTA. La problemática de la transexualidad se agrava en el caso de que, la persona que se somete a dicho acto sea casada, toda vez que se dejarían de cumplir, con tal acción, con diversos fines y deberes del matrimonio y sobre todo se afectaría a los hijos.

SÉPTIMA. El resultado de la transexualidad, el cambio de fenotipo o de características sexuales en el sujeto durante el matrimonio, es un obstáculo insuperable para la subsistencia del vínculo matrimonial por lo que se propone adicionarla como causal de divorcio.

OCTAVA. En atención a que las causales de divorcio son autónomas, de estricto derecho y limitativas, es decir, que sólo puede declararse la disolución del vínculo matrimonial por uno de los motivos previstos en la ley sin que pueda presumirse o aplicarse por analogía o mayoría de razón, resulta justificada la necesidad de agregar a las causales del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal dicha causal.

NOVENA. Por lo anterior, se propone que al artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal se deberá adicionar con otra causal que contemple lo relacionado a la transexualidad debiendo quedar de la siguiente manera.

Artículo 267. Son causales de divorcio:

.....

.....

.....

- I. La transexualidad, el cambio de fenotipo o de características sexuales de uno de los cónyuges.

DÉCIMA. Esta causal la podrá invocar el cónyuge agraviado con esa conducta, ya que por el simple hecho de que uno de los cónyuges sea transexual o se someta durante el matrimonio a un tratamiento hormonal para cambiar de fenotipo, sin consentimiento del otro o éste desconoce tal situación, el cónyuge culpable caerá en una profunda deslealtad con el otro dando origen a esta causal de divorcio.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR CARVAJAL, Leopoldo. Segundo Curso de Derecho Civil. 6ª edición, Editorial, Porrúa, México, 2003.

ARAGÓN, Jesús. El Patrón Sexual en el Siglo XX. 4ª edición, Editorial, Diana, México, 2002.

BAQUEIRO ROJAS, Edgard y BUENROSTRO BAEZ, Rosalia. Derecho de Familia. 2ª edición, Editorial, Oxford, México, 2004.

BARRAGÁN MEDERO, Francisco. La Educación Sexual. 2ª edición, Editorial, Paidós, España, 2002.

BELLOCH, Arthur. Manual de Psicopatología. 2ª edición, Editorial, MC Graw-Hill. España, 1999.

BERGOLIO DE BROKER, María Teresa. Transplantes de Órganos. 3ª edición, Editorial, Hammurabi, Argentina, 2000.

BERNÁDEZ CANTÓN, Antonio. Derecho Civil. 2ª edición, Editorial, Temis, España, 1990.

BONET, Francisco Ramón. Derecho Civil Español. 2ª edición, Editorial, Bosch, España, 2000.

BONNECASE, Julián. Tratado Elemental de Derecho Civil Francés. 3ª edición, Editorial, Depalma, Argentina, 1990.

BORREL MARCIÁ, Antonio. La Persona Humana. 2ª edición, Editorial, Bosch, España, 2001.

CARLO JEMOLO, Arturo. Elementos de Derecho Civil Español. 3ª edición, Editorial, Bosch, España, 2001.

CASTÁN TOBEÑAS, José. Derecho Civil Español común y foral. 3ª edición, Editorial, Bosch, España, 1999.

CHÁVEZ ASECIO, Manuel. Derecho de Familia. Relaciones Jurídicas Conyugales. 9ª edición, Editorial, Porrúa, México, 2003.

COLE GUIDO, Ernesto. Bases Conceptuales en Sexología. 3ª edición, Editorial, Delma, Argentina, 2001.

COLÍN, Ambrosio y CAPITANT, Henri. Tratado de Derecho Civil. 6ª edición, Editorial, Bosch, España, 1994.

DE CASTRO y BRAVO, Agustín. Derecho Civil. 2ª edición, Editorial, Ángel Editor, México, 2002.

DE IBARROLA, Antonio. Derecho de Familia. 10ª edición, Editorial, Porrúa, México, 1992.

DE LA MATA PIZANA, Felipe y GARZÓN JIMÉNEZ, Roberto. Derecho Familiar y sus Reformas más recientes a la Legislación del Distrito Federal. 2ª edición, Editorial, Porrúa, México, 2004.

DE PINA, Rafael. Elementos de Derecho Civil. 5ª edición, Editorial, Porrúa, México, 2003.

DIEZ BENAVIDES, Mariano. La Bixesualidad Humana. 3ª edición, Editorial, Planeta, México, 2000.

DOMÍNGUEZ GARCÍA, VILLALOBOS, Jorge Alfredo. Trasplantes de Órganos. Aspectos Jurídicos. 2ª edición, Editorial, Porrúa, México, 2000.

FLORES, Benjamín. Lecciones del Primer Curso de Derecho Civil. 3ª edición, Editorial, Trillas, México, 1999.

FREUD, Sigmund. La Teoría de la Sexualidad. 2ª edición, Editorial, Atenea, México, 2004.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil Primer Curso. Parte General. Personas. Familia. 8ª edición, Editorial, Porrúa, México, 2002.

GUTIÉRREZ y GONZÁLEZ, Ernesto. El Patrimonio. 10ª edición, Editorial, Porrúa, México, 2001.

HERNÁNDEZ LÓPEZ, Aarón y PÉREZ PORRÚA SUÁREZ, María. El Divorcio Práctica Forense de Derecho Familiar. 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 2003.

HURTADO OLIVER, Xavier. ¿El Derecho a la Vida y a la Muerte? 3ª edición, Editorial, Porrúa, México, 2002.

KASS, León. Lesbianas y Homosexuales en E.U. 3ª edición, Editorial, Reight, E.U. 1999.

LÓPEZ ORTIZ, José. Derecho Musulmán. 3ª edición, Editorial, Labor, España, 2001.

MACCARY, James. Sexualidad Humana. 5ª edición, Editorial, El Manual Moderno, México, 2003.

MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. T.III. 6ª edición, Editorial, Porrúa, México, 2003.

MATEOS, M. Agustín. Etimologías Grecolatinas del Español. 4ª edición, Editorial, Esfinge, México, 2003.

MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. 6ª edición, Editorial, Porrúa, México, 1992.
ORTIZ URQUIDI, Raúl. Derecho Civil Mexicano. T:II: 3ª edición, Editorial, Porrúa, México, 1990.

PACHECO ESCOBEDO, Alberto. La persona en el Derecho Civil Mexicano. 2ª edición, Editorial, Panorama, México, 2002.

PALLARES, Eduardo. El Divorcio en México. 3ª edición, Editorial, Porrúa, México, 1999.

PETIT, Eugene. Tratado Elemental del Derecho Romano. 10ª edición, Editorial, Porrúa, México, 2003.

PLANIOL, Marcel. Tratado de Derecho Civil Francés. 4ª edición, Traducción de José María Cajica, Editorial, Cajica, Puebla, México, 1994.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Derecho de Familia. T.II. 8ª edición, Editorial, Porrúa, México, 2004.

SOTO LA MADRID, Miguel Ángel. El Trasplante de Órganos y Tejidos Humanos.

VANDER ZANDEN, James. Manual de Psicología Social. 2ª edición, Editorial, Paidós. Argentina, 2001.

VON HARGEN, Victor. El Mundo de los Mayas. 2ª edición, Editorial, Universo, México, 2003.

WENCÉS, Saúl. Derecho Canónico. 3ª edición, Editorial, Universal, México, 2003.

YAÑEZ, Victor. Hablemos de Sexo. 3ª edición, Editorial, Argos, Perú, 2002.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2006.

Código Penal Federal, 2006

Código Civil para el Distrito Federal, 2006.

Código Penal para el Distrito Federal 2006.

Ley General de Salud, 2006.

Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, 2006

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

DE PINA, Rafael. Diccionario de Derecho. 10ª edición, Editorial, Porrúa, México, 2000.

Diccionario de la Lengua Española. 6ª edición, Editorial, Salvat, México, 2002.

Enciclopedia Jurídica Omeba. T. III. 6ª edición, Editorial, Dris-Kill, Argentina, 2000.

Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano. T. I-O. 10ª edición, Editorial, Porrúa-UNAM, México, 2003.

OTRAS FUENTES

Anuario de Derecho Penal. 7ª edición, Editorial, Atenea, España, 2003.

GUERRERO, Pedro. Revista Latinoamericana de Sexología ¿qué es para usted el sexo? Vol. 10 No. 1, Editorial, Sociedad Colombiana de Sexología, Colombia, 2001.

<http://www.CarlaAntonelli.com/informesobretransexualidad.CarlaAntonelli.Homepagetranssexual>. 03/05/04.

<http://www.sexo.com.mx/cuandosevivedentrodeuncuerpoequivocado:laTransexualidad>. 19/08/04.

<http://www.transexualidad.org./informeTransexual.masculino2http.informetranssexualmasculino2.05/0572003>

<http://www//LaLibertadSexual.segob.com.mx>

<http://www.carlaantonelli.com/informesobretransexualidad.carlaantonelli.Homepage.transsexual-5/5/2003>.

NORIEGA, Alfonso. Trasplantes de Órganos. En Revista Criminalia año XXXV No. 2, México, 1992.

Semanario Judicial de la Federación. 2ª sala, Vol. II, 8ª época, Marzo-Abril, México, 1989.