

MATRIMONIO Y UNIONES HOMOSEXUALES: ¿ASIMILAR O DISTINGUIR?

Olimpia ALONSO NOVO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Matrimonio y conyugalidad*. III. *Las uniones homosexuales*. IV. *Aptitud nupcial y principio de no discriminación*. V. *¿Pueden ser matrimonio las uniones homosexuales?*
VI. *Reflexión conclusiva*.

I. INTRODUCCIÓN

El consentimiento contractual no debe producirse sobre el vacío o la indeterminación: ha de especificarse volutivamente en tensión a un objeto y a una causa. Nadie consiente sin un sentido específico. De este modo, la fuerza vinculante del consentimiento prestado en la celebración del matrimonio, consiste precisamente en constituir la relación matrimonial tal como el ordenamiento jurídico la concibe. De ahí la importancia de lo que éste defina, distinga o asimile.

Autores de reconocido prestigio académico, opinan que no corresponde a la ley definir lo que es matrimonio, sino que debe limitarse a señalar los requisitos necesarios para que la voluntad de los contrayentes sea constitutiva de un matrimonio objeto de protección de las leyes nacionales y a establecer garantías para el cumplimiento de los deberes matrimoniales que trascienden a la vida social y son de interés para la comunidad.¹ Esto supone reconocer en el matrimonio una institución

* Licenciada en Derecho por la Universidad Panamericana. Diplomada en Estudios Avanzados del Programa de Doctorado en Derecho de Familia y de la Persona, de la Universidad de Zaragoza, España.

¹ Cfr. Adame, J., *El matrimonio civil en México (1859-2000)*, México, UNAM, 2000, p. XI. En el mismo sentido pueden verse entre otros: Viladrich, P., *El pacto conyugal*, Madrid, RIALP, 2002; García Cantero, G., *¿Unidad o pluralidad de modelos*

natural prejurídica que se impone con sus propios contenidos, fines y propiedades a la sociedad humana.

En un país como el nuestro, de arraigada tradición positivista, al menos en determinados ambientes doctrinales, un planteamiento así podría tener poca acogida. Sin embargo, ni el positivismo más acendrado implica renunciar al pensamiento crítico y a indagar jurídicamente sobre la realidad natural del matrimonio. Al regular una institución, en muchas ocasiones, el legislador no puede hacerlo con total libertad. Se limita a recoger las figuras que existen y procura ordenar las relaciones de justicia que de ahí emanan. Ciertamente, al regularlas puede innovar, pero si al hacerlo altera aspectos que son esenciales a la institución, entonces, dejaríamos de estar ante la institución que originó la legislación, para encontrarnos con otra distinta —tal vez necesaria y legítima—, pero lo que no se puede olvidar, es que la institución que originó la legislación, seguiría existiendo y estando necesitada de que el derecho reconozca las relaciones de justicia que de ella surgen.

Con la ampliación de la definición legal de matrimonio en algunos ordenamientos jurídicos para acoger en ella las uniones homosexuales, el matrimonio civil aparece en la actualidad como una institución “reinventada” por el legislador. Mediante la acción legislativa, el matrimonio ha sido vaciado de elementos esenciales de su concepción original, y se le ha hecho receptor de otros que le eran completamente ajenos. Así, en países como Holanda, Bélgica, España, Canadá y algunos estados de la Unión Americana, se han equiparado recientemente las uniones homosexuales con el matrimonio, fusionando ambas realidades en una misma figura jurídica a la que continúan denominando matrimonio.

La evolución del derecho de familia en este y otros aspectos, ha producido importantes cambios en la noción misma de familia, que adquiere hoy un carácter prioritariamente afectivo y privado, generando una pluralidad de modelos matrimoniales y familiares, fruto de la libre elección de los individuos y sus expectativas subjetivas. Frente al pluralismo de formas de convivencia sexual con fines familiares, el

matrimoniales?, Universidad de Zaragoza, 2003; D’Agostino, E., *Elementos para una filosofía de la familia*, Madrid, RIALP, 1991; Hervada, J., *Cuatro lecciones de derecho natural*, Pamplona, EUNSA, 1989; Martínez de Aguirre, C., *Diagnóstico sobre el derecho de familia*, Madrid, RIALP, 1996.

derecho de familia no puede ser neutral. Está en juego un bien social de la mayor importancia: la *familia matrimonial*, célula básica de toda sociedad auténticamente humana.

Con este trabajo pretendo exponer algunos argumentos que contribuyan a esclarecer la conveniencia de asimilar o de distinguir jurídicamente, dos realidades sociales: matrimonio y uniones homosexuales.

II. MATRIMONIO Y CONYUGALIDAD

El matrimonio ha sido entendido —desde antes del derecho romano hasta nuestros días, y prácticamente en todas las culturas—, como la comunidad o sociedad de vida de un hombre y una mujer con la finalidad de ayudarse mutuamente y tener procreación.

El Código Civil federal sin definir en qué consiste el matrimonio, lo regula respetando en lo esencial la naturaleza de la institución matrimonial. De esta forma, tutela los fines del matrimonio al establecer en su artículo 147: “Cualquiera condición contraria a la perpetuación de la especie o la ayuda mutua que se deben los cónyuges se tendrá por no puesta”.

El vocablo matrimonio es utilizado para referirse tanto a su celebración, como a la sociedad que forman los esposos una vez celebrado el matrimonio. Jurídicamente conviene distinguir: el matrimonio (comunidad conyugal) es un estado o situación estable, que una vez creado permanece: es la comunidad (común unión) entre los esposos (conyugal), que se establece mediante la celebración de un pacto entre los contrayentes (alianza o pacto conyugal). El pacto conyugal es un acto recíproco de voluntad de los contrayentes, de carácter dinámico o transitorio, que ocurre en un instante: es el *consentimiento matrimonial* que otorgan los cónyuges. Se trata por tanto, del momento fundacional del matrimonio.²

Ahora bien, aunque la causa de la unidad o vínculo conyugal será siempre la libre decisión de los contrayentes, lo que hace posible tal unidad, es la natural y radical complementariedad que existe potencial-

² Cfr. Viladrich, *op. cit.*, nota 1, pp. 40-43.

mente entre el varón y la mujer. Por eso, el matrimonio tiene su origen en la misma naturaleza del hombre.³

En la dimensión sexual de la naturaleza humana —por la que una persona es varón o mujer—, existe una complementariedad que no es producto de la invención del hombre sino que está dispuesta por la naturaleza para hacer posible la unión conyugal y la procreación. Así, siendo el varón y la mujer dos personas individuales y completas, en el orden de la caracterización sexual (virilidad y feminidad) pueden llegar a ser una unidad y un único principio generativo.

El Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 146, define el matrimonio explicitando al hacerlo, los elementos esenciales de la institución matrimonial de los que venimos hablando:

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.

Conforme a esta definición, la unión matrimonial tiene carácter monógamo, heterosexual, libre y solemne, además de confirmar la norma constitucional que reconoce la libertad procreacional.⁴

La justificación de la definición legal radica en la intención del legislador de dejar en claro el tipo de uniones personales de convivencia a los que se reconoce el rango de matrimonio.⁵ La necesidad de hacerlo obedece a que la ley nacional protege el matrimonio por ser una institución benéfica para la sociedad y si no se clarifica el tipo de uniones que lo constituyen, podrían acogerse a los beneficios sociales de que goza el matrimonio otro tipo de uniones que no aportan ningún beneficio a la comunidad.

³ Aunque ciertas premisas posmodernas decreten el fracaso de la fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos y nieguen la existencia misma de una naturaleza humana, la dignidad del hombre y las necesidades humanas básicas a las que se alude para hacer valer los derechos fundamentales, sólo ponen de manifiesto que existe una naturaleza a la que responden y de la cual brotan. Tesis central de Beuchot Puente, Mauricio, O. P., en *Los derechos humanos y su fundamentación filosófica*, México, C. F. C., 1997.

⁴ Cfr. Segundo párrafo del artículo 4o. de la CPEUM.

⁵ Cfr. Brena Sesma, I., *Personas y familia*, en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Porrúa, 2002, t. XII, p. 756.

En esta misma línea de clarificación, puede ser de utilidad un pasaje aquinatense citado por Viladrich,⁶ en el que se describe y distingue con especial exactitud la esencia del matrimonio, su causa y su efecto:

En el matrimonio debemos considerar tres cosas. La primera es su *esencia*, que es la unión (el vínculo entre los esposos). Y según ésta, se llama conyugio. La segunda es su *causa*, que es el desposorio (el pacto o consentimiento de los contrayentes). Y según éste llámase nupcias, de “nubo” (velarse o taparse), pues en la solemnidad del desposorio, por la cual el desposorio se efectúa, se cubren con un velo las cabezas de los contrayentes. La tercera es su *efecto* (el fin), que son los hijos, y en consideración a éstos se llama matrimonio.

Como es sabido, el término matrimonio proviene de la conjunción de las palabras latinas *mater* (madre) y *munus* (oficio), de ahí la noción de matrimonio como oficio de la madre en el sentido de concebir, gestar y alumbrar a los hijos.

Actualmente, en el panorama jurídico internacional se ha ido difuminando este elemento produciéndose una pérdida de claridad en torno al concepto de matrimonio, pues si se prescinde de la procreación como uno de sus fines, se le priva artificialmente —mediante la acción legislativa—, de algo que le es connatural y se abre la puerta a uniones no matrimoniales dentro del concepto legal de matrimonio. Tenemos el caso de la legislación española cuyo Código Civil fue reformado hace algunos años para eliminar la impotencia antecedente y perpetua, como impedimento legal para contraer matrimonio. Con argumentos más sentimentales que jurídicos e invocando inadecuadamente el principio de igualdad y no discriminación, la procreación dejó de ser fin esencial del matrimonio; aunque pueda ser relevante en casos concretos a través del error en “aquellas cualidades personales, que por su entidad, hubieran sido determinantes de la prestación del consentimiento” (artículo 73.4). Recientemente, mediante la Ley 13/2005, se llevó a cabo una nueva modificación del Código Civil español⁷ por la que se legaliza

⁶ *Op. cit.*, nota 1, pp. 41 y 42.

⁷ *Cfr. Boletín Oficial del Estado* de 2 de julio de 2005.

el denominado “matrimonio homosexual”, a pesar de que los “contra-yentes” son incapaces de realizar entre sí la cópula conyugal y, por consiguiente su unión es radical y ontológicamente impotente. Cuando la unión conyugal y la posible procreación consecuente no es fin del matrimonio, la institución se difumina y otros elementos esenciales como la heterosexualidad, pueden ser cuestionados. El matrimonio deja de ser una realidad natural y una mayoría parlamentaria pretende convertirlo en lo que ellos arbitrariamente decidan.

El Código Civil del Distrito Federal mantiene en su definición el fin procreativo del matrimonio cuando afirma: “...con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada”, al igual que el Código Civil federal que prohíbe “cualquiera condición contraria a la perpetuación de la especie...” Sin embargo, existe una corriente doctrinal que tiende a rechazar la procreación como fin del matrimonio,⁸ porque de aceptarse, el débito conyugal estaría implícito y desde algunas posiciones feministas influyentes en la actividad legislativa internacional, esto lesiona derechos humanos de la mujer, por ir contra su intimidad e integridad y contra el derecho a ejercer personalmente su propia libertad procreacional. Se rechaza así que lo esencial del acuerdo de voluntades al celebrar el matrimonio sea la entrega y aceptación mutua del varón y la mujer en su conyugabilidad, que se traduce —entre otros— en el derecho-deber perpetuo y exclusivo a realizar de forma voluntaria y libre (de lo contrario no sería un comportamiento humano) los actos aptos para la procreación. El matrimonio es una forma de vida en la que se realiza una comunión de personas que implica específicamente el ejercicio de la facultad sexual. Otra cosa es que deban existir mecanismos para evitar violaciones de derechos humanos dentro del ámbito familiar, pero los derechos humanos no pueden ser secuestrados por burocracias internacionales que los interpretan y promueven arbitrariamente. Es necesario poseerlos, interpretarlos y ejercerlos desde la misma dignidad humana de la cual brotan. Sólo desde esa altura ética es posible asumir simultáneamente derechos y libertades, deberes y obligaciones.

⁸ Cfr. *op. cit.*, nota 5, p. 757.

III. LAS UNIONES HOMOSEXUALES

La existencia de personas que experimentan una atracción exclusiva o predominante hacia otras del mismo sexo es una realidad innegable en las distintas culturas. También lo es, que algunas personas homosexuales, deciden convivir. Este hecho —y el ámbito relacional que produce—, a diferencia de lo que ocurre con el matrimonio, no ha constituido nunca una institución jurídica útil o necesaria para la sociedad.

La homosexualidad presente en la vida social, genera distintas actitudes y reacciones. En una sociedad individualista como la nuestra, la mayoría de las personas son indiferentes ante los homosexuales. Sin embargo, la homofobia —entendida como aversión por los homosexuales conducente a ataques contra sus personas—, también está presente en algunos ambientes y resulta violatoria de derechos humanos por contravenir la dignidad inalienable de la persona. Por este motivo, la homofobia debe ser combatida desde el derecho y las políticas públicas. Sin embargo, sería un error y una manipulación del lenguaje llamar homofobia a toda reflexión crítica que pueda hacerse ante la pretensión de imponer socialmente la tendencia homosexual como una norma. De igual modo, sería un error considerar que no aceptar el “matrimonio homosexual” es una actitud homofóbica, ya que se puede combatir la homofobia y estar al mismo tiempo en contra del llamado “matrimonio homosexual” por la sencilla razón de que la institución matrimonial no atiende a las preferencias sexuales de los contrayentes, sino a la dualidad de sexos, *conditio sine qua non* para la procreación y, por tanto para la continuidad social.

IV. APTITUD NUPCIAL Y PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

Para que una persona pueda vender un inmueble debe ser propietario de aquél. Si no lo es, no puede venderlo. Esta situación es discriminante: sólo pueden vender aquellos que son poseedores de un título de propiedad y sólo ellos, podrán beneficiarse del pago del precio que acuerden con el comprador. A pesar de la evidente discriminación, nunca un grupo de desposeídos ha invocado el principio de igualdad de

las personas ante la ley para que se les conceda el derecho a vender inmuebles como hace la ley con los propietarios, en quienes reconoce una aptitud para realizar el acto jurídico del que se viene hablando. Se trata pues, de una discriminación justa.

El derecho distingue diferentes tipos de contratos que no se confunden entre sí aunque tengan algunos elementos en común, por ejemplo, la compraventa, el arrendamiento y el comodato. Tampoco es conocido el caso de alguien que invoque el principio de no discriminación e igualdad de las personas ante la ley para exigir que su contrato de arrendamiento sea considerado compraventa o viceversa, por el hecho de tener en común la existencia de un inmueble. Nunca se ha pretendido eliminar la distinción existente entre esos contratos y tal distinción lejos de considerarse discriminación injusta, es aceptada socialmente porque aporta seguridad jurídica en las relaciones contractuales.

La exigencia de la aptitud nupcial para poder contraer matrimonio, tampoco tiene por qué ser considerada una discriminación injusta, ni su distinción con relación a otras posibles figuras jurídicas o situaciones de hecho, aunque estas últimas puedan contener algún elemento que sea común al matrimonio como podría ser la cohabitación.

No hay que confundir el respeto a las personas y a su libertad individual, con la equiparación jurídica de todos los posibles ejercicios de esa libertad. Lo proscrito por el derecho no es la discriminación —es decir, la distinción—, sino la discriminación injusta. A nadie se ofende si se trata de modo jurídicamente desigual lo que es distinto. Por el contrario, se ofendería a la justicia tratando de igual forma lo que es desigual. Partiendo de la noción de conyugalidad vista más arriba —y desde ese contexto, lo que se entiende por aptitud nupcial—, a simple vista se percibe que una unión entre dos personas del mismo sexo no puede ser matrimonio, como tampoco lo es la unión de cinco personas, o una persona sola.⁹

El fundamento de la regulación y protección jurídica del matrimonio, es el beneficio objetivo que de él recibe la sociedad, no simplemente el ejercicio de libertad que supone. No todo tipo de relación entre personas libres tiene la misma trascendencia social. Por eso, a nadie se

⁹ En cierta ocasión se publicó la reseña sobre una artista que celebró su boda consigo misma, prometiéndose perpetua e indisoluble fidelidad. *Cfr.* Miras, J., *Injustificable equiparación jurídica*, periódico ABC, Madrid, 1o. de agosto de 2003.

discrimina cuando a su relación el derecho no la considera matrimonio, si no lo es.

Todas las grandes culturas del mundo han dado al matrimonio y a la familia un reconocimiento institucional específico. La relevancia pública del matrimonio no se funda en que sea una cierta forma institucionalizada de amistad o de comunicación humana, sino en su condición de estado de vida estable que, por su propia estructura, propiedades y finalidad, aceptadas libremente por los cónyuges —aunque no establecidas por ellos—, desempeña una función esencial y multiforme en favor del bien común: orden de las generaciones, supervivencia de la sociedad, educación y socialización de los hijos, etcétera. Esta función social de relevancia jurídica pública no la desempeñan, ni siquiera de forma análoga, las uniones homosexuales, que de ninguna forma podrían ser consideradas células fundamentales de la sociedad humana.

Con todo, como decía Aristóteles, además de las cosas justas por naturaleza, hay cosas justas por conveniencia legal. Admitiendo que las uniones homosexuales no sean aptas para desempeñar la función social que, por la misma naturaleza de las cosas desempeña la unión matrimonial entre un hombre y una mujer, cabe preguntarse si puede el Estado crear legítimamente una o varias figuras de reconocimiento legal para las uniones homosexuales. En términos generales, el Estado posee la legítima facultad de crear nuevas figuras legales o de modificar las existentes, aunque como se dijo en otro momento, esta facultad tiene sus límites. En el caso que nos ocupa, determinar si el Estado se extralimitaría o no, al conceder un reconocimiento legal específico a las uniones homosexuales, rebasa el alcance de este trabajo que sólo quiere responder al cuestionamiento de si dichas uniones pueden equipararse al matrimonio.

V. ¿PUEDEN SER MATRIMONIO LAS UNIONES HOMOSEXUALES?

Una pareja homosexual puede decidir llevar una vida en común, pero a esa relación no se le puede aplicar el calificativo de matrimonial, porque no puede cumplir la finalidad de procrear que corresponde al matrimonio.

Ante la afirmación de que existen homosexuales que se quieren verdaderamente, y que por esa razón no se les puede negar el derecho a casarse, se puede afirmar también que aunque se quieran con un amor sincero, ese amor no convierte su relación en matrimonio, entre otras cosas, porque la identidad jurídica de la institución matrimonial no estriba en las relaciones sentimentales. Por otra parte, no es entendible racionalmente por qué de ese amor se debe derivar que accedan a los beneficios y ventajas del matrimonio. ¿Por qué conceder beneficios y ventajas al amor de dos personas? Existen muchos amores verdaderos y sinceros —como el que se profesan dos amigos o dos hermanos que conviven—, que no tienen ninguna ventaja. No queda claro qué es lo que distingue al amor de dos homosexuales para que ellos sí puedan obtener beneficios, ni qué utilidad social se deriva de su amor, para que sea elevado y protegido con ventajas por encima del amor de dos hermanos, o dos amigos, o dos correligionarios, o un sobrino y su tía viuda, por poner algunos ejemplos.

VI. REFLEXIÓN CONCLUSIVA

1. La pretensión de equiparación o asimilación de las uniones homosexuales con el matrimonio es claramente infundada. No atribuir el estatus social y jurídico de matrimonio a formas de vida que no son ni pueden ser matrimoniales, no se opone a la justicia sino que, por el contrario, es requerido por ella.

2. El matrimonio tiene una juridicidad interna que le es propia y que la legislación civil debe proteger. Modificar su actual estatuto, distorsionaría el sistema jurídico civil nacional.

3. No resulta discriminatorio para nadie, negar a los homosexuales el derecho a contraer matrimonio. En cambio, resultaría discriminatorio para las parejas que desean tener hijos el reconocimiento del matrimonio entre homosexuales: igualar una pareja homosexual y un matrimonio, contiene la grave injusticia de equiparar el valor social de la institución matrimonial con una cuestión afectiva privada.

4. El hecho de señalar que la familia tiene una realidad concreta basada en el matrimonio y que éste tiene una naturaleza jurídica propia

que el legislador debe respetar al regularlo, no implica la reprobación o ignorancia de los efectos jurídicos que puedan producirse por el hecho de una convivencia sostenida al margen del matrimonio (se incluyen aquí las uniones homosexuales). Pero en estos casos, de lo que se trata es de proteger a personas individuales y de reconocer relaciones interpersonales.

5. En justicia, no procede el reconocimiento del grupo o de la comunidad extramatrimonial como una familia en todo equiparable a la constituida por el matrimonio, ni procede identificar con el matrimonio (acto fundante de la familia) otras figuras existentes en la sociedad. Una cosa es reconocer que la convivencia y las relaciones instauradas por particulares, puedan tener consecuencias jurídicas, y otra, pretender erigir ese tipo de convivencia en un modelo alternativo a la familia, que reclama la protección del ordenamiento jurídico por ser la célula básica de la estructura social, que aporta notables beneficios al bien común.