



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL**

**“EL DOLO EN EL MATRIMONIO, CUANDO UNO DE LOS
CÓNYUGES TIENE PREFERENCIAS SEXUALES
DIFERENTES A SU GÉNERO”**

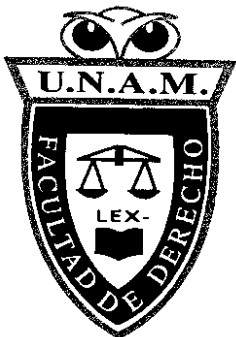
T E S I S

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

P R E S E N T A:

OSCAR VALENCIA GARCÍA

ASESORA DE TESIS: DRA. MARÍA LEOBA CASTAÑEDA RIVAS



CIUDAD UNIVERSITARIA

2007



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.

DEDICO ESTE TRABAJO A:

MIS PADRES, QUE CON SU APOYO Y COMPRENSIÓN ME IMPULSARON PARA LLEGAR A TERMINAR LA CARRERA.

MIS HERMANOS, POR SER PARTE DE MI FAMILIA DE QUIENES HE TOMADO EJEMPLO DE RESPETO, SENCILLEZ Y TRABAJO.

MI ESPOSA, QUE SIEMPRE HA ESTADO EN
LOS MOMENTOS DIFÍCILES Y EN LOS
MOMENTOS FELICES.

TODOS MIS COMPAÑEROS Y PROFESORES
DE ESTA FACULTAD DE DERECHO.

AGRADEZCO A:

MI ASESORA DRA. MARÍA LEOBA CASTAÑEDA RIVAS POR SU FINA ATENCIÓN, CALIDAD HUMANA Y GRANDEZA DE SU PROFESIÓN, LAS VALIOSAS Y EXCELSAS SUGERENCIAS DURANTE LA REALIZACIÓN DE ESTE TRABAJO.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO POR HABERME BRINDADO LA OPORTUNIDAD DE SER PARTE DE ELLA, EN ESPECIAL A LA FACULTAD DE DERECHO.

ÍNDICE

“EL DOLO EN EL MATRIMONIO, CUANDO UNO DE LOS CÓNYUGES TIENE PREFERENCIAS SEXUALES DIFERENTES A SU GÉNERO”

PRÓLOGO.....	I
INTRODUCCIÓN	III

CAPÍTULO 1 DEL MATRIMONIO EN GENERAL

1.1. Antecedentes históricos del matrimonio.....	1
1.2. Definición de matrimonio.....	8
1.3. El matrimonio en el Derecho Germánico.....	13
1.4. El matrimonio en el Derecho Canónico.....	16
1.5. Aplicación del método comparativo del matrimonio en el extranjero.....	22
1.6. Evolución del matrimonio en México.....	30

CAPÍTULO 2 CONCEPTOS RELACIONADOS ÍNTIMAMENTE CON EL TEMA

2.1. La sexualidad.....	36
2.2. El derecho de las personas a manifestar su sexualidad.....	42
2.3. El homosexualismo.....	52
2.4. El lesbianismo.....	57
2.5. La bisexualidad.....	59
2.6. El punto de vista religioso.....	63
2.7. Punto de vista jurídico.....	65
2.8. Punto de vista social.....	68

CAPÍTULO 3
MARCO JURÍDICO DEL MATRIMONIO

3.1.	En el Código Civil para el Distrito Federal.....	72
3.2.	Concepto de matrimonio.	76
3.3.	Naturaleza jurídica del matrimonio.....	81
3.4.	Elementos esenciales del matrimonio.....	86
3.5.	Elementos de validez del matrimonio.....	89
3.6.	Impedimentos para contraer matrimonio.....	95
3.7.	Nulidad del matrimonio.....	102
3.8.	Efectos del matrimonio.....	105

CAPÍTULO 4
EL DOLO EN EL MATRIMONIO CUANDO UNO DE LOS CÓNYUGES TIENE
PREFERENCIAS SEXUALES DIFERENTES A SU GÉNERO

4.1.	Trascendencia jurídica del cónyuge que actúa con dolo al celebrar el matrimonio.	111
4.2.	Comentarios a los artículos 2° y 6° del Código Civil para el Distrito Federal.	114
4.3.	Criterios jurisprudenciales al respecto.....	119
4.4.	La indisolubilidad del matrimonio desde el punto de vista religioso.	123
4.5.	Cómo debe actuar el cónyuge cuando se da cuenta de las verdaderas preferencias sexuales de su pareja.....	128
4.6.	El actuar del Juzgador al respecto.	131
4.7.	El actuar del litigante al respecto.	136
4.8.	Tipo de nulidad que afecta al matrimonio y propuesta de solución a la problemática planteada.....	139
CONCLUSIONES		148
BIBLIOGRAFÍA		151

PRÓLOGO

Cuando se empieza un trabajo de investigación, el problema comienza desde la selección del tema y una vez escogido dicho tópico nos perfilamos a buscar el material bibliográfico especializado de la materia, hemerografía, diccionarios y enciclopedias, así como otras fuentes no menos importantes como son revistas, ponencias, páginas de Internet y en general todo lo que sirva de apoyo para culminar con la tesis.

Por lo referido, consideramos que como futuro profesionalista y actual abogado postulante, debemos dar solución a las problemáticas que se presentan, máxime que con ésta manifestación de sexualidad, se afectarían a terceras personas (esposa, hijos y sociedad). Es por ello, que consideramos por medio de este trabajo, señalar, si un matrimonio celebrado bajo estas circunstancias ¿es o no válido? y en caso contrario, ¿qué tipo de nulidad afectaría a éste? o más aún, si la disolución procedería de manera automática sin responsabilidad para el cónyuge inocente.

El presente trabajo que sometemos a su siempre atinada consideración, tiene como propósito que en el mismo, se dé solución a una problemática que día a día se presenta en la sociedad mexicana, como es el homosexualismo y lesbianismo, que cuando éstos se manifiestan en el matrimonio, muchas de las personas no saben qué hacer, máxime que el Código Civil para el Distrito Federal no es lo suficiente claro para resolver sobre estas desviaciones.

Con lo anterior, pretendemos que el Derecho Civil y en especial el Derecho Familiar esté a la vanguardia en temas innovadores que tienen trascendencia en la vida diaria, sociedad, familia, en el Derecho y en general en toda la cultura jurídica.

INTRODUCCIÓN

El trabajo recepcional que a continuación pretendemos exponer, está dirigido a proporcionar una perspectiva lo más actualizada posible sobre las consecuencias que generaría en el matrimonio cuando éste ya se celebró, y que uno de los contrayentes tuviera preferencias sexuales distintas a las de su género, máximo si éste ya sabía de tales inclinaciones e hizo todo lo posible por ocultarlas; es decir, realizó, todas las maquinaciones o artificios para inducir a la otra parte al error. Por ello, el tema lo denominamos **“EL DOLO EN EL MATRIMONIO CUANDO UNO DE LOS CÓNYUGES TIENE PREFERENCIAS SEXUALES DIFERENTES A SU GÉNERO”**.

De dicho trabajo, pretendemos que encuentren respuesta muchas dudas que hasta el momento la legislación civil no ha resuelto así como las consecuencias que se darán en el ámbito jurídico y probablemente, este trabajo resulte una guía de derechos no sólo para los homosexuales y lesbianas sino también para los familiares, profesionistas y población en general.

Para lograr lo anterior, dividimos el presente trabajo en cuatro capítulos, los cuales a continuación detallamos:

Lo relacionado al matrimonio en general, se hizo en el capítulo primero, donde se mencionaron los antecedentes históricos de esta institución, su definición así como la regulación que se hacía en el Derecho Germánico, Derecho

Canónico y su comparación en el extranjero. Asimismo, se habló de la evolución del matrimonio en nuestro país.

Los conceptos que tienen estrecha relación con el tópico en estudio, fueron motivo de análisis en el capítulo segundo de la tesis desde la sexualidad, el derecho de las personas a manifestar su sexualidad, el homosexualismo, el lesbianismo y la bisexualidad, así como los diferentes puntos de vista que al respecto se han vertido.

En el capítulo tercero, hablamos sobre el marco jurídico del matrimonio que hace el Código Civil para el Distrito Federal, desde su concepto legal, su naturaleza jurídica, elementos esenciales y de validez de esta institución, así como los impedimentos para contraer matrimonio, la nulidad de éste, así como los efectos jurídicos que se producen.

Finalmente, al llegar al capítulo cuarto de la tesis hablamos del dolo en el matrimonio cuando uno de los cónyuges tiene preferencias sexuales diferentes a su género. La trascendencia jurídica del cónyuge que actúa con dolo al celebrar el matrimonio. Los comentarios a los artículos 2° y 6° del Código Civil para el Distrito Federal, los criterios jurisprudenciales emitidos al respecto, la indisolubilidad del matrimonio, el punto de vista religioso, así como el actuar del cónyuge inocente, el juzgador y el litigante; para finalmente, señalar el tipo de nulidad que afecta al matrimonio celebrado bajo estas circunstancias y la propuesta de solución a la problemática planteada.

CAPÍTULO 1

DEL MATRIMONIO EN GENERAL

Con la idea de adentrar al lector en el tema que nos ocupa, decidimos que en este primer capítulo, se hable de manera general del matrimonio, desde sus antecedentes, definición en la antigüedad, principalmente la concepción, que al respecto ha establecido el Derecho Germánico y el Canónico en el pasado, para así aplicar el método comparativo del matrimonio en algunas legislaciones del extranjero y concluir con la evolución de esta institución en México.

A efecto de cumplir con el propósito fijado, nos es necesario desarrollar los puntos siguientes.

1.1. Antecedentes históricos del matrimonio.

Al hablar en este capítulo de los antecedentes del matrimonio, no consideramos como fin de esta tesis hacer una relación detallada de las uniones que existieron durante la antigüedad y en las cuales no había la intención de sus miembros de llevar una vida en común de manera permanente, sino que exclusivamente tenían finalidades de carácter sexual.

Por lo antes expuesto, iniciaremos este análisis desde Roma (cuna cierta de la ciencia jurídica del continente europeo), donde al respecto opina la autora Montero Duhalt Sara lo siguiente:

“El matrimonio era una situación de hecho con sus correspondientes consecuencias jurídicas- que se iniciaba con la *affectio maritalis* y que duraba mientras existiera dicha *affectio* .”¹

En Roma no se preveía ninguna forma para expresar o emitir la ***affectio maritalis*** , cuya existencia se deducía del comportamiento de los cónyuges y podría ser probada por cualquier medio.

Entre los romanos, el matrimonio siempre fue monogámico; en tiempos antiguos se caracterizaba por el sometimiento de la mujer a la potestad del marido, a través de la ***Conventio in Manum*** , que era el acto por el cual ella ingresaba a la familia de su esposo, al romper todo lazo con su núcleo original.

La misma autora, continúa al afirmar que:

“La *Conventio in Manum* podía tener lugar de tres modos: la *confarreatio* , la *coemptio* y el *usus* . El primero era una ceremonia religiosa ante los testigos y un sacerdote, que se caracterizaba por el pronunciamiento de palabras solemnes. La *coemptio* era una compra fingida de la mujer, y el *usus* era la usucapión sobre la mujer.”²

El autor Galindo Garfias Ignacio en su obra Derecho Civil, Primer Curso apunta que el matrimonio debía cumplir con los siguientes requisitos:

¹ MONTERO DUHALT, Sara. **Derecho de Familia**. 6ª edición, Editorial, Porrúa, México, 1993. p. 96.

² *Ibidem*. p. 97.

- 1) **“Capacidad natural, se requería ser *púver*, o sea, que el varón fuera mayor de catorce años y la mujer de doce, para encontrarse en aptitud física de procrear.**
- 2) **Capacidad jurídica, debían ser libres y ciudadanos.**
- 3) **Consentimiento continuo de los esposos.**
- 4) **Consentimiento del *pater familiar* si los contrayentes eran *alieni iuris*.”³**

Posteriormente, en los siglos II y III DC, comenzaron a darse las primeras intervenciones jurídicas, ya sea para señalar tanto el carácter monogámico como para los impedimentos para contraerlo: no fue sino hasta el siglo IV cuando comenzó una cristianización de las estructuras jurídicas romanas que culminó, para Oriente, con la compilación justiniana.

Así, pues, desde entonces la Iglesia reguló de manera exclusiva el matrimonio hasta la Revolución Francesa.

Durante toda esta época hubo una controversia acerca de cuándo debía entenderse que existía el matrimonio; sobre lo cual se mantuvieron dos posturas, las cuales Florís Margadant Guillermo señala las siguientes:

“La primera señalaba que quedaba constituido con el consentimiento de ambos cónyuges (Lombardo), y la segunda exigía, además del

³ GALINDO GARFIAS, Ignacio. **Derecho Civil. Primer Curso.** 7ª edición, Editorial, Porrúa, México, 2002. p. 494.

consentimiento, que se consumara mediante el acto sexual, formaron una sola carne (Graciano).”⁴

Fue antes del Concilio de Trento cuando se estableció que el matrimonio, tanto como contrato como sacramento, se perfeccionaban con el consentimiento; sin embargo, siempre se consideró imperfecto y, por lo tanto anulable, el llamado matrimonio rato, aquel que una vez celebrado no se ha consumado con la unión sexual.

Definido el carácter constitutivo del consentimiento del matrimonio, surgió el problema de establecer si éste debía ser formal o no como ocurría en Roma, lo que se resolvió en el Concilio de Trento, donde se estableció que se le otorgará al matrimonio ese carácter, sujetándose a determinadas formalidades legales con el objeto de probar su existencia.

Al respecto, el autor Magallón Ibarra Jorge Mario argumenta lo siguiente:

“Con la modernidad comienza la secularización del matrimonio, la cual varía de un lugar a otro, se comienza en Holanda, en el siglo XVI; en Francia, a finales del XVIII, y en algunos países del resto de Europa, a finales del siglo XIX.”⁵

⁴ FLORIS MARGADANT, Guillermo. **Derecho Privado Romano**. 3ª edición, Editorial, Esfinge, México, 1996. p. 137.

⁵ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. **Instituciones de Derecho Civil**. T.III. 3ª edición, Editorial, Porrúa, México, 2004. p. 267.

El mismo autor opina que en Francia la Constitución de 1791 le da a esta unión el carácter de un contrato civil, al establecer que:

“La Ley no considera al matrimonio más que como un contrato civil.”⁶

De manera general, se puede decir que en nuestro país, desde la culminación de la Independencia de 1821 hasta antes de 1859, el matrimonio estuvo regido por el derecho canónico, que era la base impuesta por la corona española desde la época colonial, y que siguió aplicándose al México independiente.

La constitución de los Estados Unidos Mexicanos de 1824 estableció el sistema federal, razón por la cual en Oaxaca y Zacatecas se legisló en materia civil, y publicaron sus respectivos códigos civiles, donde se reguló al matrimonio con influencias del derecho canónico y sin una secularización completa.

De Ibarrola Antonio menciona lo siguiente:

“En la década que va de 1836 a 1846 el sistema de nuestro país fue centralista, por lo tanto, al desaparecer los Estados, no hubo regulación de la materia civil en el ámbito local, y en el federal se aplicaban las normas que rigieron en la época colonial.

Restaurado el federalismo, en 1846, el estado de Oaxaca elaboró otro Código Civil.”⁷

⁶ Ibidem. p. 270.

⁷ DE IBARROLA, Antonio. **Derecho de Familia**. 4ª edición, Editorial, Porrúa, México, 1994. p. 205.

Fue en 1859 cuando el presidente Benito Juárez secularizó todos los actos relacionados con el estado civil de las personas, lo que motivó a los Estados y al Distrito Federal a legislar en materia civil.

El mismo autor opina que:

“El 8 de diciembre de 1870 se publicó el Código Civil para el Distrito Federal y territorio de Baja California, donde se reafirma la naturaleza civil del matrimonio y su característica de ser un vínculo indisoluble; posteriormente, el 31 de marzo de 1884, se publicó otro, que abrogó al anterior, y que regula al matrimonio de las misma forma que su antecesor.”⁸

Tanto en las leyes de divorcio de 1914 y 1915, como en la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917 se le dio al matrimonio el carácter de un vínculo disoluble.

La teoría tradicional acerca del comportamiento sexual de los primeros humanos nos habla de una total promiscuidad en la que los hombres no se dejan guiar más que por su instinto, el que satisfacen cuando surge y con la pareja que esté a mano. Y al hablar de la promiscuidad los científicos emplean ya expresiones discriminatorias el macho se satisface en cualquier hembra. Estas y otras expresiones acerca de la relación sexual suponen un solo sujeto con instinto que satisface en y no dos sujetos que satisfacen recíprocamente su instinto sexual. Y a lo largo de toda evolución de la figura matrimonio vamos a encontrar la misma actitud, real o figurada por los que la estudian: el varón viola, rapta,

⁸ Ibidem. p. 206.

compra, se disputa, cambia, persigue, repudia, posee, se apropia de la mujer. Conductas activas y dominantes del macho contra la supuesta o real pasividad de la hembra. ¿Deriva pues, la dominación masculina del primitivo instinto sexual que era brutalmente satisfecho sin importar la voluntad de la hembra? Oscuros son los orígenes de la prepotencia masculina, pero la misma ha impregnado la historia de la humanidad hasta el presente siglo en que, incipiente, dispersa y desorganizadamente, empieza a despertar la conciencia femenina. Largo camino le toca recorrer a la mitad de la humanidad (las mujeres) en la lucha por el logro de sus derechos; de no ser más objeto de propiedad del varón, dependiente y minusvaluada.

Al respecto, De la Mata Pizaña Felipe y Garzón Jiménez Roberto expresan que:

“El matrimonio ha sido, en su forma tradicional, la institución más falazmente opresora de la condición femenina, revestido con todos los ropajes culturales de seducción (la tradición, la moral, los convencionalismos, la gloria de la maternidad, la protección del fuerte al débil, el amor romántico, la dulzura del servicio a los demás, el ser el ángel del hogar, etc., etc.); a él aspiran consciente o inconscientemente todas las jóvenes. Y el resultado final en la inmensa mayoría, es la frustración (reconocida y con frecuencia negada, pero totalmente cierta) en la vida de las parejas.”⁹

⁹ DE LA MATA PIZANA, Felipe y GARZÓN JIMÉNEZ, Roberto. **Derecho Familiar**. 2ª edición, Editorial, Porrúa, México, 2003. p. 94.

Más no es el matrimonio en sí el que frustra tanto a hombres como a mujeres, sino el matrimonio en su forma tradicional, en el que existe desigualdad de condiciones, en el que la mujer se supedita y se pone al servicio de todos los miembros de la familia. Un matrimonio en condiciones de igualdad, en que ambos cónyuges colaboren en todos los aspectos de la vida en común es, por el contrario, fuente permanente de satisfacciones. A un matrimonio así deben perseguir las legislaciones modernas donde se establezca la igualdad de derechos. Es urgente un cambio de cultura en todos los Estados de Derecho donde verdaderamente se proteja la institución del matrimonio y a la familia en general.

1.2. Definición del matrimonio.

Desde el punto de vista gramatical, señala la autora Montero Duhalt, la palabra matrimonio se deriva de:

“La voz latina *matrimonium*, que significa carga de la madre. A su vez la palabra patrimonio expresa carga del padre (*patris numium*). El significado de ambas palabras es ilustrativo al respecto, pues lleva implícito el sentido tradicional de la distribución de las cargas en los pilares de la familia: el padre y la madre.”¹⁰

El padre que debe proveer al sustento del grupo familiar, y la madre que lleva el peso de la maternidad y el cuidado y crianza de los hijos y la organización del hogar. Las legislaciones del pasado, muy cercanas en el tiempo al momento

¹⁰ MONTERO DUHALT, Sara. Op. cit. p. 95.

actual, señalaban entre los deberes derivados del matrimonio, esa distribución de funciones.

Aunque el concepto de matrimonio es casi apriorístico, pues el común de los mortales puede expresar una idea sobre el mismo, existen tantas definiciones como autores que tratan el tema.

Así, el autor Chávez Asencio opina que:

“En una concepción puramente legalista se ha dicho que es el estado de dos personas, de sexo diferente, cuya unión ha sido consagrada por la ley.”¹¹

Una concepción histórico-sociológica, según la Enciclopedia Jurídica Omeba expresa que:

“El matrimonio es una relación más o menos duradera entre el hombre y la mujer, que se prolonga más allá del acto de la reproducción hasta después del nacimiento de la progenitura.”¹²

Por otro lado, el autor Augusto Belluscio concluye que:

“El punto de vista canónico estima que el matrimonio es un sacramento de la Nueva Ley que confiere gracia para santificar la legítima

¹¹ CHÁVEZ ASECIO, Manuel. **Matrimonio**. 2ª edición, Editorial, Limusa, México, 2000. p. 73.

¹² Cit. Por Enciclopedia Jurídica Omeba. T.VI. 4ª edición, Editorial, Dris-Kill, Argentina, 2000. p. 1406.

unión entre el varón y la mujer, y para engendrar y educar pía y santamente la prole.”¹³

Inspirado en las Partidas, Joaquín Escriche, define al matrimonio como:

“La sociedad legítima del hombre y la mujer, que unen en vínculo indisoluble para perpetuar su especie, ayudarse a llevar el peso de la vida y participar de una misma suerte.”¹⁴

En términos semejantes definían los códigos para el Distrito y Territorios Federales del siglo pasado (1870 y 1884), por su marcada influencia del derecho español. La Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, en su artículo 13, define con las mismas palabras de los códigos citados, al cambiar únicamente la palabra indisoluble, por disoluble: el matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida.

La dificultad de encontrar un concepto unitario de matrimonio y expresar su definición es enorme. Estrictamente, es del todo imposible hallar una definición única o un concepto totalitario del matrimonio, válido para todas las épocas y lugares. Precisamente porque el matrimonio es tan variado como la cultura en que se da y porque los criterios doctrinales y legislativos ponen el acento en diversos aspectos de esa figura.

¹³ BELLUSCIO, César Augusto. **Derecho de Familia**. T.II. 3ª edición, Editorial, Depalma, Argentina, 2000. p. 36.

¹⁴ ESCRICHE, Joaquín. **Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia**. 3ª edición, Editorial, Porrúa, México, 1996. p. 238.

Se le ha definido desde el punto de vista biológico, sociológico, histórico, ético, espiritual, económico, religioso y legal, entre otros. El matrimonio efectivamente, puede contemplarse desde esa pluralidad de ángulos. Pero, aún desde el simple punto de vista legal, no hay unidad de criterio, pues es al mismo tiempo un acto jurídico, que, una vez realizado, produce un estado, el cual es regido por un conjunto de normas que armónicamente organizadas constituyen una institución. ¿Cuál de los tres conceptos: acto jurídico, Estado o institución se va a elegir para definir al matrimonio? La mayoría de los autores optan por el primero por ser la fuente y el origen de los otros dos. El matrimonio es, indiscutiblemente un acto jurídico.

Determinar si el matrimonio es un contrato o un acto jurídico de otra especie, un estado civil, o una institución, etc., es cuestión que se abordará con posterioridad al tratar la naturaleza jurídica del matrimonio.

Corresponde ahora, pese a su dificultad, ensayar un concepto del mismo: matrimonio es la forma legal de constitución de la familia a través del vínculo jurídico establecido entre dos personas de distinto sexo, que crea entre ellas una comunidad de vida total y permanente con derechos y obligaciones recíprocos determinados por la propia ley.

Este concepto corresponde a la figura del matrimonio dentro de nuestro derecho positivo. No pretende incluir todas las formas de matrimonio habidas en la historia ni todos los casos particulares de matrimonios contemporáneos. Lo único quizá con validez universal sea la primera parte del concepto: el matrimonio es la

forma legal de constitución de la familia. No es desde luego la única forma legal. Posteriormente se analizará la figura de la adopción que es también una forma legal de constituir lazos familiares. Pero la forma legal que recoge los datos que otorga la naturaleza de creación de la familia: la unión de los sexos, es el matrimonio.

En el concepto expuesto señalamos que el matrimonio establece un vínculo jurídico entre dos personas de distinto sexo. No tiene esta expresión validez universal en razón de que han existido y aun subsisten en pueblos de cultura musulmana, matrimonios poligámicos no es pues vínculo entre dos personas únicamente: y en cuanto a la diferencia de sexos, moderadamente empiezan a surgir formas aberrantes de matrimonios homosexuales.

Al seguir con el análisis de nuestro concepto, la expresión de que el matrimonio crea una comunidad de vida total y permanente con derechos y obligaciones recíprocos presenta también sus excepciones. No existirá, por ejemplo, comunidad de vida permanente en el matrimonio en artículo mortis (si realmente muere el cónyuge desahuciado): ni se establecen derechos y deberes recíprocos en las legislaciones, sobre todo del pasado, en que existía una preponderancia del varón sobre la mujer.

Un concepto unitario y totalizador del matrimonio, válido para todos los lugares y épocas, es del todo difícil, cuando no imposible de obtener. Válido es, sin embargo, el concepto genérico del mismo: forma legal de constituir la familia a

través de la unión de dos personas de distinto sexo que establecen entre ellas una comunidad de vida regulada por el derecho.

En la actualidad el artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal establece que “el 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.”

De lo anterior podemos decir, que el matrimonio es un instituto de orden público, porque el interés que en él se tutela no es el particular o individual de quienes lo forman, sino un interés superior; el de la familia; al ser ésta la célula de la sociedad, el matrimonio es también de orden y trascendencia social y ya no meramente privado. Por ello, la sociedad está interesada en que se mantenga perdurable el instituto matrimonial y, sólo por excepción, la ley permite su disolución inter-vivos, es menester, en estos casos, que quien demande acredite plenamente sus afirmaciones sobre los hechos que integran la causal de divorcio y que ésta se ejercite oportunamente, esto es, antes de su caducidad.

1.3. El matrimonio en el Derecho Germánico.

Al hablar del matrimonio en el Derecho Germánico, es menester, también hablar de los esponsales como antecedente de esta institución matrimonial, así como lo apunta el autor Chávez Asencio que en este derecho:

“Al principio, no se exigía el asentimiento de la novia, pero se hace indispensable en los derechos nacionales. Bajo el influjo de la Iglesia en la Edad Media, los esponsales concluidos entre el novio y los titulares de la potestad sobre la novia, con asentimiento de ésta, se convierten en esponsales entre el novio y la novia con el asentimiento de los titulares de la potestad sobre esta última. Su efecto no es ya el deber transferir la Munt, sino de una manera inmediata el de emitir las declaraciones de conclusión del matrimonio.”¹⁵

Con el triunfo de la jurisdicción matrimonial eclesiástica sobre la secular también quedan suplantadas por las normas eclesiásticas de los esponsales las del Derecho Alemán.

El antiguo derecho de la iglesia católica se inspiraba en parte en el Derecho Romano desarrollado, y en parte en el Derecho Alemán.

La iglesia católica ha revisado el derecho de los esponsales. Desde 1907 exige que se concluyan por escrito ante el obispo, el párroco a dos testigos y desde el *codex iuris canonici* de 1917, concede a lo sumo, en caso de ruptura de los esponsales, pretensiones, de indemnización pero no una acción para la celebración del matrimonio y rechaza el *impedimentum publicae honestitatis*.

Sólo desde principios del siglo XVIII también en la iglesia evangélica se empieza a dibujar exactamente la distinción entre esponsales y matrimonio y a

¹⁵ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. **La Familia en el Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares**. 10ª edición, Editorial Porrúa, México, 2004. p. 301.

reconocer en los esponsales el contrato que obliga al matrimonio y que funda a la vez un vínculo familiar actuar (el noviazgo). Lo mismo que en el Derecho Matrimonial Católico, si bien se admite en virtud de los esponsales la condena a celebrar el matrimonio, se rechaza la ejecución de la sentencia por medio de la ejecución forzosa.

En otras palabras, se puede decir, de acuerdo con lo que precisa el Doctor Jorge Mario Magallón Ibarra que:

“Los esponsales eran desconocidos en el Derecho Germánico ya que originalmente el matrimonio se realizaba mediante el rapto. Posteriormente, tuvo un carácter de promesa de compraventa, en la que figuraban el novio, como futuro comprador y los que ejercían la patria potestad sobre la novia, como futuros vendedores. El convenio producía el efecto de obligar a éstos a transmitir la *munt* (potestad a la que estaba sometida la mujer) y a aquél, a pagar el precio, o a otorgar una donación, que constituía una retribución en señal de gratitud. En este sistema, el novio podía llegar a exigir el cumplimiento de la promesa y coaccionar para ello a la novia, no propiamente por razón del pacto esponsalicio, sino porque había adquirido la *munt* sobre la mujer. En todo esto no llegaba a tener intervención la novia, quien sólo hasta la Edad Media, y por razón de la influencia proyectada por la Iglesia Católica, estuvo en aptitud de otorgar su propio consentimiento, que era complementario de aquel de sus padres o tutores. En esta época ya

no se transmite la *munſ*, que en esa forma desapareció en este tipo de convenios.”¹⁶

El rompimiento de los esponsales concedía al novio una indemnización parecida a la *actio injuriarum* del Derecho Romano, tratándose este aspecto en forma similar a la comisión del adulterio. La acción podía ejercitarla el ofendido aun en contra de terceros que se casaran con la novia, o la raptaran o la ofendieran. Sin embargo, también tenía a su cargo la obligación de contribuir económicamente al rescate de la novia, si llegare a caer en manos de los enemigos.

1.4. El matrimonio en el Derecho Canónico.

El jurista Esmein afirma lo siguiente:

“El Derecho Canónico del siglo XII en relación a los esponsales, esta palabra sólo podían expresarse tanto en forma de presente como en forma de futuro; es llamado el primero: *consensus de praesenti*, al que se identificaba con el matrimonio mismo en virtud de la regla *consensus nuptiae facit*, aunque sin cópula, y el segundo: *desponsatio per verba de futuro* que constituía el verdadero noviazgo.”¹⁷

¹⁶ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Op. cit. p. 302.

¹⁷ ESMEIN, Joseph. *Tratado de Derecho Canónico*. 7ª edición, Editorial Cristiana, México, 2004. p. 167.

Martín Lutero criticó esta doble clasificación, al imputarle lo siguiente:

“Un sentido confuso de orden gramatical, al advertir que no era propio del pueblo, dado que a los esponsales, en los que incluía una condición, se les calificaba como auténticas promesas de matrimonio, y aquellos en los que se expresaba la voluntad lisa y llanamente, exenta de condiciones, se calificaban como la conclusión del matrimonio.”¹⁸

El mismo autor concluye que:

“Reputaba como distinciones sutiles, las fórmulas gramaticales, al decir que el modo popular de hablar se limitaba a decir: quiero tenerte, quiero tomarte, debes ser mía. Cuando esto se aceptaba se daba el sí sin reparos. En cambio, agregaba, podrían encontrarse aquellos esponsales *per verba de futura*, cuando se condicionaran, por ejemplo, quiero tenerte si tú quieres esperarme uno o dos años; quiero tenerte si traes contigo cien guiden, ídem si tus padres y los míos quieren.”¹⁹

La doble clasificación a la que nos referimos anteriormente, fue modificada a partir del Concilio de Trento (1545-1563); aboliéndose los esponsales de presente, por las razones mismas que antes indicamos y al subsistir únicamente, con el carácter real y verdadero de promesa matrimonial, el esponsal de futuro.

¹⁸ Ibidem. p. 168.

¹⁹ Ibidem. p. 169.

El autor Vasconcelos Juan Pablo precisa lo siguiente:

“Dentro del Derecho Eclesiástico, originalmente los esponsales producían un impedimento para la celebración del matrimonio con persona diversa, aun cuando, como lo corroboraremos más adelante, no se trata de un impedimento dirimente. La Iglesia no exigía el cumplimiento, pero la violación del compromiso bastaba para la declaración de su disolución. La sanción que se imponía era penitencia. En algunos casos que se estimaron graves, se decretó la excomunión.”²⁰

El Romano Pontífice Pío X, en 2 de agosto de 1907, en el Decreto ***Ne temere***, el autor antes mencionado, prescribió la forma escrita, de la siguiente manera:

“Como necesaria e inexcusable para la validez de los esponsales y aun cuando los redactores del Código de Derecho Canónico de 1917 quisieron abrogarlo, chocaron con su venerada antigüedad y lo reconocieron en el canon 1017 que a la letra decía:

- 1. La promesa de matrimonio, tanto unilateral como la bilateral o esponsalicia, es nula en ambos fueros si no se hace por medio de escritura firmada por las partes y además por el párroco u ordinario del lugar, o al menos por dos testigos.**
- 2. Si una o las dos partes no saben o no pueden escribir, debe hacerse constar esto en la escritura para su validez, y debe añadirse otro testigo**

²⁰ VASCONCELOS, Juan Pablo. **El Matrimonio Religioso**. 6ª edición, Editorial Nueva Luz, México, 2004. p. 116

que firme la escritura juntamente con el párroco u ordinario del lugar o con los dos testigos de que se hace mención en el número 1.

- 3. Sin embargo, de la promesa de matrimonio, aunque sea válida y no haya causa alguna que excuse de cumplirla, no se origina acción para exigir la celebración del matrimonio; pero sí para exigir la reparación de daños, si hay lugar a ella.”²¹**

El Código Canónico vigente de 25 de enero de 1983, dentro de la gran preocupación eclesial que le concierne por la *salus animarum* (el bien de las almas), sustituyó el texto anterior, pero reconoce el pacto esponsalicio en el siguiente canon:

“1062. N° 1. La promesa de matrimonio, tanto unilateral como bilateral, a la que se llama esponsales, se rige por el derecho particular que haya establecido la Conferencia Episcopal; al tener en cuenta las costumbres y las leyes civiles, si las hay.”

“N° 2. La promesa de matrimonio no da origen a una acción para pedir la celebración del mismo; pero sí para el resarcimiento de daños, si en algún modo es debido.”

El contenido de las disposiciones transcritas implicaba una doble concepción de la promesa: la unilateral y la bilateral; pero el mismo precepto aclaraba que es ésta la propiamente esponsalicia.

²¹ Ibidem. p. 117.

Respecto al ámbito de su validez, al referirse a ambos fueros, se contrae tanto al interno como al externo. Aquél es el de la conciencia y éste se refiere a la conducta objetiva. En los dos casos, se provee su nulidad si el pacto no se realiza mediante la escritura. Ésta debe ser, formalmente, un documento contextual, es decir, que sea firmado en un solo acto y al mismo tiempo por sus partes y los testigos. Quiere ello significar, que el esponsal es, en realidad, un pacto que pudiéramos llamar vestido, por el ropaje del que se le envuelve.

De las ideas anteriores, Eduardo F. Regatillo da la siguiente definición:

“Esponsal es la promesa deliberada y mutua de futuro matrimonio entre personas determinadas, hábiles para contraerlo.”²²

Los elementos propios de la anterior definición son los siguientes:

- a) Promesa, o sea, una manifestación exterior de la voluntad, hecha por una persona y aceptada por la otra; traducéndose a la vez, como una promesa recíproca.
- b) Deliberada, que significa que es consciente y pensada; al saber y querer.
- c) Mutua, que es bilateral, dado que el verdadero significado de la regla excluye la promesa unilateral.
- d) Futuro matrimonio que por sí mismo se explica; al recordar que se eliminaron los esponsales de presente porque se identificaban con el matrimonio propiamente considerado.

²² REGATILLO, Eduardo. **Los Esponsales**. 6ª edición, Editorial Civitas, España, 2003. p. 137.

Para la validez del pacto se requiere, simultáneamente, que el matrimonio pueda ser válido y lícito y se permitió que pudiera ser otorgado aun por menores de edad, pero con consentimiento natural, a los mayores de siete años de edad.

Si el matrimonio se puede contraer por conducto de procurador, se acepta que los esponsales puedan celebrarse en la misma forma.

El rompimiento del pacto puede resultar tanto de una decisión unilateral, como por mutuo acuerdo o por el cumplimiento, o en su caso incumplimiento, de la condición suspensiva o resolutoria, a la que se le hubiera sujetado. Igualmente, puede ser motivo válido de su rompimiento, la sobrevivencia de un impedimento, como el cambio de estado de uno de los pretendientes.

En el caso de incumplimiento, la Iglesia puede exhortar a aquel que dio motivo, para que los cumpla; pero en ninguna forma puede evitar que contraiga matrimonio con otra persona. A la vez, está en aptitud de exhortar al ofendido para perdonar el agravio, y en su caso, debe hacerle conocer que tiene derecho a exigir la reparación de daños.

Respecto al tema, el autor García Amado precisa que:

“Respecto a esta indemnización, el Código Canónico no determinaba base alguna para reclamarla, por lo que debe estimarse que en su regulación debe atenderse a los principios generales de la moral. Esto significa que se ve el

esponsal como una obligación facultativa y no de justicia, con sanción alternativa en el fuero interno.”²³

En el antiguo Derecho Eclesiástico, los esponsales válidos producían un impedimento impediente del matrimonio y el impedimento dirimente de pública honestidad.

En el sistema canónico se ha estimado que el compromiso matrimonial tiene como nulidad la posibilidad que adquieren los pretendientes para conocerse y tratarse mejor, antes de llegar a realizar la trascendental unión, que en la Iglesia es perpetua. Ello impondrá simultáneamente a los novios, la obligación de pensar y decidir bien lo que van a hacer. Como argumento contrario, se ha señalado que concurren varios y graves inconvenientes en los esponsales, como el peligro de un trato más familiar e íntimo, que pueda propiciar la inmoralidad, la burla a la mujer, su deshonra y hasta la violación del pacto nupcial y el quebrantamiento del esponsal.

1.5. Aplicación del método comparativo del matrimonio en el extranjero.

Diversas formas de concebir al matrimonio se han vertido en el extranjero, desde el Derecho Canónico, Francia, Italia, para poder explicar su naturaleza jurídica y comprender mejor esta institución, la cual a continuación preciso.

²³ GARCÍA, Amado. **La Iglesia Católica y el Matrimonio**. 3ª edición, Editorial Nueva Luz, México, 2004. p. 98.

Según el autor Lozano Ramírez, para el Derecho Canónico el matrimonio es:

“Un sacramento en el cual los esposos son los ministros del acto y en el que interviene el sacerdote como testigo de su celebración, con objeto de asegurarse la ejecución de las disposiciones del Derecho Canónico, a efecto de registrar el acto mismo.”²⁴

Independientemente de la naturaleza sacramental del matrimonio canónico, para el derecho de la iglesia es un contrato de naturaleza indisoluble, que celebran entre sí los cónyuges, por libre y espontánea voluntad.

En el Derecho Civil los autores discuten sobre la naturaleza jurídica del matrimonio.

A) Como contrato. El artículo 130 de la Constitución General de la República y los Códigos Civiles de 1870, 1884 y 1928, se refieren al matrimonio calificándole de contrato; es decir, de un acuerdo de voluntades que produce derechos y obligaciones entre los consortes y sus hijos.

El autor Galindo Garfias comenta que se ha criticado esta posición doctrinaria, con plena justificación al decir:

²⁴ LOZANO RAMÍREZ, Raúl. **Derecho Civil T.I. Derecho Familiar**. 4ª edición, Editorial Pac, México, 2004. p. 45.

- a) **“El contrato de matrimonio carece de objeto desde el punto de vista jurídico. El objeto de los contratos es una cosa o un derecho que se encuentra en el comercio. Si se juzga el matrimonio como contrato, la entrega recíproca de los cónyuges, no puede ser objeto de un contrato.**
- b) **En los contratos, la voluntad de las partes es la que, dentro de los límites de la ley, fija los derechos y obligaciones de cada una de ellas. Tratándose del matrimonio, si bien hay un acuerdo de voluntades entre los contrayentes para celebrarlo, todos los derechos y las obligaciones que jurídicamente adquieren, están establecidos en la ley (artículo 182 del Código Civil). Sólo son libres para establecer, también dentro de ciertos límites, el régimen matrimonial respecto de sus bienes. Pero no lo son en cuanto a la reglamentación del estado mismo del matrimonio.”**²⁵

B) Como contrato de adhesión. En vista de las últimas críticas mencionadas en el apartado b) se dice del matrimonio que es un contrato de adhesión, pero se olvida que en los contratos de adhesión, una de las partes impone a la otra el conjunto de derechos y obligaciones derivados del mismo contrato, en tanto que, en el matrimonio ninguna de las partes por sí misma, puede imponer a la otra el conjunto de deberes y derechos propios de tal estado civil.

²⁵ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op. cit. p. 365.

C) Otros autores al seguir a León Duguit, afirman que:

“El matrimonio es un acto condición. Por acto condición se entiende aquella situación creada y regida por la ley, cuya creación tiene lugar, subordinada a la celebración de ese acto; en este caso el matrimonio.”²⁶

En el acto condición los efectos jurídicos del acto se producen cuando se han reunido todos los elementos que la ley establece. Sin embargo, en el matrimonio putativo que es aquél celebrado de buena fe por ambos consortes, pese a que el acto es nulo, se producen todos los efectos del mismo, a favor de los hijos o a favor del cónyuge de buena fe, como si se hubieran reunido todas las condiciones establecidas por la ley para la validez del acto.

D) Para Cicu, el matrimonio es:

“Simplemente un acto de poder estatal cuyos efectos tienen lugar no tanto en virtud del acuerdo de los contrayentes, sino en razón del pronunciamiento del Juez del Registro Civil que declara unidos a los consortes en nombre de la sociedad y de la ley.”²⁷

Se olvida que no basta el pronunciamiento del Juez del Registro Civil, sino que se requiere también la declaración de voluntad previa de los contrayentes. El estado no puede imponer, por un acto unilateral soberano, los deberes, ni hace nacer entre los cónyuges, las obligaciones propias de los consortes.

²⁶ DUGUIT, León. **Derecho Civil Francés**. 6ª edición, Editorial Cajica, Puebla, México, 2000. p. 312.

²⁷ CICÚ, Antonio. **La Filiación**. 6ª edición, Editorial Ángel editor, México, 2000. p. 249.

E) Como acto mixto o complejo, en el que concurre la voluntad de los consortes y la voluntad del Estado, algunos han pretendido explicar el carácter jurídico del matrimonio.

Este punto de vista sólo es aplicable a la celebración del matrimonio; pero es deficiente para dar razón no sólo del acto de la celebración, sino del acto mismo matrimonial.

F) Planiol dice que:

“El matrimonio como acto es un contrato y como género de vida es un estado. Para esta explicación valen las críticas que se han hecho al matrimonio como contrato.”²⁸

G) Al seguir a Bonnecase se señala que:

“El matrimonio es una institución. Dentro del concepto de institución se explica no sólo la celebración del mismo, sino todos los efectos jurídicos que nacen **ex lege** del acto y del estado propiamente dicho.”²⁹

La institución del matrimonio está formada por un conjunto de reglas de derecho, dice Bonnecase que:

²⁸ PLANIOL, Marcel. **Tratado Elemental de Derecho Civil Francés**. 2ª edición, Editorial Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2000. p. 498.

²⁹ BONNECASE, Julián. **Derecho Civil Francés**. 7ª edición, Editorial Ángel editor, México-Francia, 2000. p. 308.

“Esencialmente imperativas, cuyo objeto es dar a la unión de los sexos una organización social y moral, que corresponda a las aspiraciones del momento, a la naturaleza permanente del mismo y a las direcciones que le imprime el derecho.”³⁰

El matrimonio es un acto solemne que produce una comunidad de vida entre un hombre y una mujer y crea un vínculo permanente, pero disoluble, bien por voluntad de los cónyuges, bien por disposición de la ley.

Finalmente, el estudio del matrimonio en el Derecho de los Estados Unidos de América, nos lleva fundamentalmente a considerar dos apartados, que son: Los tipos de matrimonio, y los requisitos de forma y los impedimentos para contraer matrimonio.

De acuerdo con la Universidad Tecnológica de México, se señala lo siguiente:

- **“Tipos de matrimonio y requisitos de forma: Prácticamente el único requisito de forma es que las personas deben tener capacidad. Sin embargo, en el antiguo Derecho, el rompimiento de la promesa matrimonial daba acción para que la parte agraviada demandara daños y perjuicios por el incumplimiento de la promesa matrimonial, lo cual en el Derecho Común actual ya no sucede en virtud de que ha sido abolido en muchos estados, y en los que aún queda vigente o se entabla poco dicha acción, o bien, como sucede en Illinois y Tennessee, en donde la**

³⁰ Ibidem. p. 309.

demanda sólo compensa los gastos efectuados en función del matrimonio.”³¹

Por otra parte, se requiere para la celebración del matrimonio de: una licencia matrimonial, la que se otorgará si se prueba:

- a) Tener la edad de 18 años; en términos generales. Esta licencia matrimonial es otorgada en la administración del condado o ciudad.
- b) Que la relación de consanguinidad entre las partes no sea cercana.
- c) Que no se padezcan enfermedades venéreas, mediante un certificado médico (aunque este requisito sólo se pide en algunos estados).
- d) Respecto a su celebración puede, a opción de las partes, celebrarse ante un clérigo de una religión reconocida, o ante un Juez. No existe requisito de que se lleve a cabo una ceremonia civil además de la religiosa. El clérigo o el Juez que dirija la ceremonia debe completar el certificado de matrimonio y enviarlo, junto con su testimonio, a la oficina indicada para su registro.

Nuevamente, la Universidad Tecnológica de México señala que además de la anterior forma de matrimonio denominada forma legislativa, el Derecho Común reconoce el matrimonio informal o matrimonio consensual, que consiste en considerar a una pareja como casada, con todas las consecuencias regulares del matrimonio, si se cumplen los siguientes requisitos:

³¹ UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA DE MÉXICO. **Derecho Civil I**. 2ª edición, Editorial UNITEC, México, 2004. p. 262.

- “1. Un acuerdo en el presente para concertar un matrimonio.**
- 2. La cohabitación de hecho.**
- 3. La ostentación de la pareja ante la comunidad de ser marido y mujer.**
- 4. La presunción de matrimonio por los otros miembros de la comunidad.”³²**

Cabe mencionar que en muchos Estados de la Unión Americana los matrimonios consensuales han sido abolidos por Ley.

- **Impedimentos para contraer matrimonio:** Los impedimentos para contraer matrimonio, por lo general, son: La minoría de edad, grados específicos de parentesco, un matrimonio existente, la enfermedad mental, la impotencia, la ebriedad consuetudinaria.

El impedimento de los anteriores impedimentos varía de estado a estado, ejemplo de lo anterior es que en algunos estados el resultado de un impedimento es que un matrimonio que se celebra en violación del mismo es nulo y ni siquiera requiere intervención o decisión judicial; otros impedimentos permiten la anulación del matrimonio o bien son causales de divorcio.

En Illinois, por ejemplo, un matrimonio dentro de los grados de parentesco prohibidos es nulo, mientras que la impotencia, la bigamia, la ebriedad consuetudinaria y el abuso de drogas se consideran como causas de divorcio. Sin embargo, en otros estados, la distribución de impedimentos en categorías de nulidad, anulación o divorcio podría ser distinta.

³² Ibidem. p. 263.

La manera de categorizar los impedimentos es importante, ya que pueden tener consecuencias respecto a la propiedad y pensión alimenticia, entre otros rubros.

Las diferencias entre las legislaciones de un estado y otro en materia de matrimonio hace que las personas se vean atraídas a casarse en un estado con menos requisitos. Lo anterior ha sido contrarrestado mediante la sujeción de varios estados a la Ley Uniforme de Evasión matrimonial o leyes similares; no obstante, la evasión de impedimentos aún es una posibilidad.

Finalmente, por lo que respecta a los hijos, éstos se consideran, por lo general, como legítimos independientemente de que sean de un matrimonio anulable e incluso los de un matrimonio anulado.

1.6. Evolución del matrimonio en México.

Se puede decir que el matrimonio es la forma legal que el Estado ha creado como base fundamental del Derecho de Familia.

El autor Rojina Villegas Rafael opina que el matrimonio es:

“Una institución fundamental del Derecho Familiar, porque el concepto de familia reposa en el de matrimonio como supuesto y base necesarios. De él derivan todas las relaciones, derechos y potestades, y cuando no hay matrimonio, sólo pueden surgir tales relaciones, derechos y potestades por benigna concesión y aún así son éstos de un orden inferior o meramente asimilados a los que el matrimonio genera. La unión del hombre y de la

mujer sin matrimonio es reprobada por el derecho y degrada a concubinato cuando no la estima delito de adulterio o incesto; el hijo nacido de unión extramatrimonial es ilegítimo y el poder del padre sobre el hijo natural no es patria potestad; fuera de matrimonio no hay parentesco, ni afinidad, ni sucesión hereditaria, salvo entre padre e hijo.”³³

En el Derecho Mexicano, a partir de la Ley sobre Relaciones Familiares de 9 de abril de 1917, se sustenta el criterio perfectamente humano de que la familia está fundada en el parentesco por consanguinidad y, especialmente, en las relaciones que origina la filiación tanto legítima como natural. Por lo tanto, el matrimonio deja de ser el supuesto jurídico necesario para regular las relaciones de la paternidad, de la maternidad y de la patria potestad, ya que tanto los hijos naturales como los legítimos resultan equiparados a efecto de reconocerles en el Código vigente los mismos derechos y someterlos a la potestad de sus progenitores. Dice así la parte conducente de la exposición de motivos de la mencionada ley; citada por Rojina Villegas lo siguiente:

“Que en materia de paternidad y filiación, ha parecido conveniente suprimir la clasificación de hijos espurios, pues no es justo que la sociedad los estigmatice a consecuencia de faltas que no les son imputables y menos ahora que, considerado el matrimonio como contrato, la infracción a los preceptos que lo rigen sólo debe perjudicar a los infractores y no a los hijos, terceros en el contrato, que

³³ ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Derecho Civil Mexicano**. T.II. 10ª edición, Editorial Porrúa, México, 2004. p. 192.

antes se perjudicaban solamente porque, reputado el matrimonio un sacramento, se veían privados de los efectos de la gracia, razón que no puede subsistir hoy que nuestra sociedad liberal no debe estigmatizar con designaciones infamantes a los inocentes a quienes la ley era la primera en desprestigiar, tanto más, cuanto que, dada la disolubilidad del vínculo matrimonial, es fácil ya, no sólo reconocer, sino aun legitimar a algunos de los hijos que antes sólo se podían designar, y por idénticas razones, se ha facilitado el reconocimiento de los hijos y aumentado los casos especiales en que puede promoverse la investigación de la paternidad o maternidad, aunque se restrinjan los derechos de los hijos naturales a la sola facultad de llevar el apellido de su progenitor, a fin de darles una posición definida en la sociedad, para evitar, a la vez, fomentar las uniones ilícitas, los abusos que la concesión de otros derechos pudieran originar; y deben tenerse presentes los derechos y obligaciones de la mujer, en caso de matrimonio, se previene que ella no pueda reconocer a sus hijos naturales, sin consentimiento del marido, y que éste, al poder reconocer a los suyos, no tenga facultad de llevarlos a vivir al domicilio conyugal, sin permiso de la esposa.”³⁴

El Código Civil vigente ha continuado la obra iniciada por la Ley sobre Relaciones Familiares, al aceptar caso en que es posible la investigación de la paternidad que todavía no reconoció el ordenamiento de 1917. “La paternidad y la maternidad pueden probarse por cualquiera de los medios ordinarios. Si se propusiera cualquier prueba biológica o proveniente del avance de los conocimientos científicos y el presunto progenitor se negara a proporcionar la

³⁴ Ibidem. p. 193.

muestra necesaria, se presumirá, salvo prueba en contrario, que es la madre o el padre.”

En la regulación jurídica del parentesco, de los alimentos, del nombre, del domicilio, de los derechos y obligaciones de los hijos, del sistema hereditario en la sucesión legítima, de la patria potestad y de la tutela, no vuelve a partir nuestra ley de la distinción entre hijos naturales y legítimos, sino que equipara para todos los efectos legales en las distintas instituciones mencionadas a esa clase de descendientes. Por lo tanto, ya no podemos afirmar, como se hace todavía en el Derecho Europeo y en el americano, que el matrimonio es la institución fundamental del Derecho Familiar. Menos aún podemos decir que de él derivan todas las relaciones, derechos y potestades, pues nuestro régimen jurídico parte precisamente de una hipótesis distinta: ha considerado la filiación (legítima o natural) como la base y fuente de todas esas consecuencias jurídicas. Se confirmarán, al analizar cada una de las instituciones mencionadas, el alcance amplísimo que ha dado la ley mexicana al vínculo que une al progenitor con el descendiente, sin limitarlo exclusivamente, por lo que se refiere a sus efectos, a la filiación nacida del matrimonio.

El criterio sustentado por la nueva legislación mexicana nos parece desde luego más humanitario que el viejo sistema en que se desconocen algunos derechos de los hijos, sólo por el hecho de haber nacido fuera de matrimonio. Tal postura no significa minar las bases de la sociedad ni del Estado, ni menos aun fomentar el desarrollo de ideas inmorales en la institución de la familia, para llegar al libertinaje y a las uniones sexuales transitorias o accidentales. Evidentemente

que partimos del principio indiscutible de que la unión sexual debe estar reconocida por el derecho para regular una comunidad de vida permanente, tanto biológica como espiritual, pero no desconocemos que sería injusto tomar como base única de las relaciones familiares, la institución del matrimonio, a efecto de desprender de la misma todas las consecuencias en materia de patria potestad, de parentesco, de alimentos, de impedimentos para el matrimonio y en general de derechos y obligaciones para los hijos. El sistema jurídico debe impedir hasta donde sea posible el fomento de las uniones extramatrimoniales, pero tal forma de regulación no debe fundarse en el sistema antiguo de colocar a los hijos naturales en una condición inferior o legítima frente a los hijos habidos en matrimonio. Por otra parte, podrán facilitarse las uniones matrimoniales y sancionar, si se quiere, a quienes constituyan una familia al margen de la ley; pero lo que por todos conceptos es criticable, es hacer recaer las culpas de los padres sobre los hijos. En este sentido un criterio sano de justicia no debe admitir concesión alguna, manteniéndose estrictamente intolerante ante una degradación injusta. Para lograr en parte el fomento en las uniones matrimoniales, la Ley Sobre Relaciones Familiares suprimió el procedimiento de publicidad en la celebración de los matrimonios.

Dice así la exposición de motivos en opinión del multicitado autor:

“Que las modificaciones más importantes, relativas a las instituciones familiares, deben ocuparse desde luego de facilitar el matrimonio, al suprimir las publicaciones que la práctica ha demostrado que son inútiles; pero sin que esto sea óbice para que se descuiden los intereses de los contrayentes

y de la sociedad y exigir de ellos y de los testigos que presenten sobre su aptitud legal para casarse, bajo penas severas y no irrisorias como las actuales, que se produzcan con toda verdad y con plena conciencia, a cuyo fin debe exigirse a los testigos que garanticen haber conocido a los pretendientes, con bastante anterioridad al acto; y sin que la facilidad que se quiere dar para contraer matrimonio impida que se exija al pretendiente menor de edad, no sólo el consentimiento del padre, sino también el de la madre, pues ambos progenitores están igualmente interesados en el porvenir de sus hijos y ambos tienen sobre él los derechos y obligaciones que la naturaleza les otorga; aunque sí debe prevenirse un disenso irracional y ordenar que el ascendiente que haya dado su consentimiento, no pueda revocarlo sin motivo justificado.”³⁵

En la actualidad, el Código Civil para el Distrito Federal, define al matrimonio en su artículo 146, como 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. El matrimonio deberá celebrarse ante el Juez del Registro Civil porque de lo contrario es invalidado.

³⁵ Ibidem. p. 195.

CAPÍTULO 2

CONCEPTOS RELACIONADOS ÍNTIMAMENTE CON NUESTRO TEMA

A continuación, trataremos de precisar algunos conceptos que citaremos a lo largo del presente trabajo, con la idea de familiarizarnos con el tema objeto del presente estudio.

2.1. La sexualidad.

De acuerdo a los conceptos que citaremos, en primer lugar, se hablará de la sexualidad, para ello, el Diccionario de la Lengua Española la señala como:

“El conjunto de condiciones anatómicas y fisiológicas que caracterizan a cada sexo.”¹

La sexualidad a diferencia del sexo, no sólo está conformada por elementos biológicos, sino también por aspectos psicológicos y sociales, definiéndose a la sexualidad como la forma en que cada ser humano se manifiesta como hombre o mujer, de acuerdo a las normas y valores propios de cada cultura.

El Consejo Nacional de Población (CONAPO) señala que la sexualidad es:

“Un proceso formativo que se inicia con la vida y termina con la muerte, en todo ser humano está presente la sexualidad, porque involucra, comprende,

¹ Diccionario de la Lengua Española. T. 9. 22ª edición, Editorial Real Academia de la Lengua, España, 2001. p. 1398.

le da sentido, valor, unidad e integración, a la personalidad de cada individuo.”²

La sexualidad desde el punto de vista médico se explica como:

“Un aspecto inherente al ser humano, para algunos es una fuente de placer y aceptación, para otros, la mayoría, origina problemas y conflictos de diversa índole. Casi todos los seres humanos viven y actúan sin un conocimiento real de su sexualidad y la de los demás, lo que conlleva una afectación en la vida individual y social.”³

Desde nuestro punto de vista la sexualidad, es un conjunto de manifestaciones y expresiones de tipo biológico, psicológicas y socio-culturales que diferencian a cada individuo como hombre o como mujer en un grupo social determinado de acuerdo a cada momento de su vida, así comprende y se presenta en todas las actividades y comportamientos de la existencia de cada persona durante su desarrollo general.

Indudablemente, los seres humanos en todas sus acciones manifiestan su sexualidad, desde la forma de vestir, hablar, caminar, entre otras, hasta aquéllas en que se busca la intimidad, toda vez que la sexualidad forma parte de cualquier expresión humana; y no como erróneamente se ha utilizado para referirse únicamente a actividades relacionadas con el acto sexual.

² SAAVEDRA, José Guillermo. **Sexualidad**. 2ª edición, Editorial Consejo Nacional de Población, México, 2005. p. 7.

³ Ibidem. p. 8.

Cabe señalar que el autor Saavedra José precisa que:

“La sexualidad se modifica en cada etapa de la vida del individuo, y está básicamente determinada por el aprendizaje adquirido del medio que le rodea. Es por eso que de una edad a otra los intereses sexuales cambian, y coinciden generalmente con los cambios corporales.”⁴

Por lo que, la sexualidad es influida desde el período prenatal, el sexo y el medio social apoyado en la educación, costumbres y expectativas de vida de un individuo, además de reflejarse en su vida social, laboral y familiar. Otros aspectos de influencia determinante son las publicaciones erótico-sexuales abundantes, con una mala información respecto a la sexualidad, algunas supuestamente de divulgación científica, mismas que refuerzan los grandes mitos y tabúes formados en torno a la sexualidad.

La sexualidad es parte fundamental de todo ser humano que influye en su formación y desarrollo, toda vez que es un factor para la integración de su personalidad y las relaciones entre personas, la cual, es parte de nuestra herencia; sin embargo, los seres humanos no conocemos nuestra sexualidad, por lo cual se recomienda aprender tres aspectos básicos de la sexualidad, que son: el biológico, el psicológico y el social.

Por lo que hace al aspecto biológico de la sexualidad, hemos de indicar que su base biológica universal es el sexo, y se entiende a éste como el conjunto de características anatómicas y fisiológicas que diferencian al hombre de la mujer y

⁴ SAAVEDRA, José Guillermo. Op. cit. p. 9.

que al complementarse llevan a cabo la reproducción sexual; es decir, el intercambio de material genético entre seres de la misma especie; aspecto que abarca desde la diferenciación sexual hasta los fenómenos internos dentro del desarrollo humano.

En un individuo, el proceso de la diferenciación sexual comienza durante la vida prenatal y sienta sus bases en un patrón cromosómico especial que fue establecido en el embrión durante la concepción, toda vez que la diferenciación sexual se define por los cromosomas XX (mujer), XY (varón) que por sí solo no basta para definir el sexo del nuevo ser; toda vez que debe complementarse con la diferenciación gonadal (ovarios o testículos), que ocurre a la séptima semana del desarrollo embrionario y finalmente la diferenciación de todo el aparato sexual tanto interno como externo, el cual se determina alrededor de los tres meses de vida uterina.

En el aspecto social, la sexualidad es un factor generador del comportamiento y resulta como consecuencia de las mismas pautas culturales, es la socialización de la sexualidad la que hace notar lineamientos como contradicciones de la sociedad en su conjunto; ya que a través de esto se forman y explican roles sexuales y prototipos vigentes. La sociedad mexicana es una sociedad donde están claramente establecidas las funciones del hombre y de la mujer; mismos roles que se marcan desde el nacimiento, ya que la conducta sexual es socialmente aprendida, toda vez que los comportamientos sexuales presentan características específicas para cada etapa del desarrollo del individuo.

Indudablemente, la familia es un factor importante en la formación sexual del sujeto, es donde comienza la educación sexual del mismo, este es un importante medio en el cambio de actitudes de la sexualidad.

Dentro del aspecto psicológico la sexualidad se ubica en la identidad sexual del individuo dado a que éste durante su socialización enfrenta un rol sexual al que tiene que apegarse para ser aceptado en la comunidad en que vive, estructurar su identidad, es decir, durante su desarrollo encuentra una forma individualizada de ser, sentir y pensar.

La identidad sexual comprende tres elementos básicos que son: la identidad de género, rol de género y orientación sexual.

La identidad de género se refiere a la conciencia de pertenecer a un sexo determinado, es decir, sentir y pensar como hombre o como mujer; esa identidad se forma a partir de mensajes que se reciben del medio en que se desarrolla una persona, depende del sexo al que pertenezca, relacionado con su imagen corporal.

El rol de género es el comportamiento del individuo frente a la sociedad y hacia él mismo de acuerdo al sexo al que pertenece; el cual está vinculado con la identidad de género, costumbres de lugar y época en que se encuentra el individuo.

La orientación sexual se refiere a la atracción, al gusto o preferencia del sujeto para elegir una pareja en la relación coital o afectiva. Ordoñez Matamoros en la Revista Latinoamericana de Sexología la define como:

“La inclinación emocional y sexual de un individuo en relación con otro.”⁵

Las causas que determinan la elección de la orientación sexual son el aspecto más controvertido de la identidad sexual, ya que ésta debe inclinarse a la heterosexualidad, es decir, cuando emocional y sexualmente el sujeto se siente atraído por una persona del sexo opuesto. Luego entonces, aquellos individuos que se separan de estos parámetros establecidos y presentan otro tipo de orientación sexual como la ambisexualidad o bisexualidad, es decir, cuando emocional y sexualmente el sujeto se siente atraído por alguien de cualquiera de los dos sexos; o el homosexualismo, que se presenta cuando emocional y sexualmente la persona se sienta atraída por alguien del mismo sexo, el cual, puede ser masculino (Gays) o femenino (Lesbianismo o safismo); esto se convierte en una problemática que es rechazada; aunque debemos indicar que se presenta en nuestro país, además de que la orientación sexual también es relacionada con problemas de identidad de género como el transexualismo, que aluden a una cuestión de identificación como persona, en relación con ser hombre o mujer.

⁵ ORDOÑEZ MATAMOROS, Juan Pablo. **Educación y Homosexualismo**. Vol 9. N° 2, en Revista Latinoamericana de Sexología, Editorial Sociedad Colombiana, Colombia, 2004. p. 32.

2.2. El derecho de las personas a manifestar su sexualidad.

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.

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. Asimismo, se exige, de manera conservadora la obediencia de las personas a reglas que imponen conductas consideradas normales y buenas.

En la página de Internet http://www.transexualidad.org/informe_transexual, se señala lo siguiente

“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”.⁶

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.

Para estar acorde con el tema, a continuación, definiremos algunos conceptos que se derivan del derecho de las personas a manifestar su sexualidad, como son:

⁶ http://www.transexualidad.org/informe_transexual_masculino_2_2.05/08/2006. p. 5.

Por derecho a la privacidad sexual, se 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 incluso 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, incluso 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.

Al respecto, Useche Bernardo Concluye lo siguiente:

“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”.⁷

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, privan 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 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 declaró que:

⁷ USECHE, Bernardo. **Archivos Hispanoamericanos de Sexología**. Vol. 1 N° 1. En Revista de Sexología, Editada por el Instituto Mexicano de Sexología, México, 2005. p. 69.

“* 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.

*** 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.**

*** 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).**

*** Cualquier forma de coerción tendiente a obligar a cualquier persona a realizar actos de índole erótico-sexual contra su voluntad expresa es inaceptable.**

*** 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.**

*** La educación de la sexualidad es responsabilidad ineludible de todas las personas e instituciones sociales, incluidas las familias.**

*** 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 estimular un proceso crítico donde las personas puedan**

obtener elementos para decidir con responsabilidad sobre su propia vida, al saber que tienen derecho al respeto de quienes les rodean.

- * Toda persona tiene derecho a contraer o no matrimonio civil y a disolver dicha unión y a establecer otras formas de convivencia sexual.**
- * 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.**
- * 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.**
- * 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.**
- * 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.**
- * 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, incluso el respeto por las personas que de manera voluntaria, libre e informada deciden limitar su propia actividad sexual”.⁸

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

⁸ SUÁREZ GALLARDO, José Luis. **Todo lo Relacionado a la Sexualidad**. 2ª edición, Editorial Planeta, México, 2003. p. 137.

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.

De acuerdo con Sánchez Gallardo se precisa que:

- “a. 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.**
- b. 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.**
- c. Derecho a la integridad corporal y a la autonomía en el control del cuerpo.**
- d. Derecho a una sexualidad libre de violencia, discriminación y coerción, en un marco de relaciones de igualdad, respeto y justicia.**
- e. Derecho al ejercicio libre y autónomo de las orientaciones sexuales.**
- f. Derecho a una sexualidad exenta de miedos, vergüenzas, culpas, falsas creencias y otros impedimentos que inhiben su expresión libre.**
- g. Derecho a la salud sexual, a la información y servicios asequibles y seguros, necesarios para garantizar una vida sexual libre de enfermedades y deficiencias”.**⁹

⁹ Ibidem. p.p. 139 y 140.

El derecho a la autodeterminación reproductiva: Cuando se niega u omite este derecho básico, se obstaculiza 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 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 palabra homosexual deriva del griego *homós*, que significa, según Álvarez Gayou, lo siguiente:

“Mismo, semejante, igual, parecido. El término *homós* quiere decir mismo sexo, inclinación por el mismo sexo.”¹⁰

Mormor y Green quien es citado por el Doctor Álvarez Gayou define la homosexualidad como:

“Una fuerte atracción o preferencia hacia personas del mismo sexo.”¹¹

También se ha definido, como:

“La atracción sexual o genérica hacia miembros del propio sexo, o actividad sexual con ellos, lo opuesto a la heterosexualidad.”¹²

La homosexualidad no es un fenómeno propio de la sociedad contemporánea, toda vez que es tan antigua como la historia de la humanidad, existió desde las culturas primitivas, hasta nuestros días. Las primeras manifestaciones de esta conducta, se presentaron en Egipto, en el pueblo Hebreo;

¹⁰ ÁLVAREZ GAYOU, Juan Luis. **Elementos Básicos de Sexología**. 4ª edición, Editorial Mc. Graw-Hill, México, 2003. p. 8.

¹¹ Ibidem. p. 9.

¹² Idem.

así también en el antiguo testamento el mito de Sodoma y Gomorra, contenido en el Génesis, constituyó uno de los episodios que más trascendía respecto de conductas homosexuales; al igual que el Léxico, que es un libro del Antiguo Testamento donde también se mencionan comportamientos homosexuales.

Sin embargo, una civilización orientada a la homosexualidad fue la Grecia clásica; donde la homosexualidad masculina se manifestó en toda la estructura de la sociedad griega; en la antigua Helena se aceptó al homosexual como elemento importante en la formación del adolescente, donde la unión más común consistía en la relación entre un hombre mayor y un hombre muy joven.

En Roma en la primera época del Imperio, esta conducta estuvo regulada en la ley, al ser común en las clases altas y era aceptado el hecho de que varios emperadores como Nerón estuvieran casados con varones; así en esta época, los homosexuales de clases poderosas mantenían un harem de jóvenes a su servicio, al ser los más famosos los de Alejandría.

Posteriormente, la homosexualidad fue rechazada, la iglesia católica excomulgaba a los homosexuales aunque se hallaran en peligro de muerte y los excluía de recibir sacramento. También fue calificada como un delito por Constantino el Grande, al igual que en el Nuevo Testamento donde se condenó dicha conducta; San Agustín la declaró como un crimen, por lo que éstos eran quemados en las hogueras; Santo Tomás de Aquino, situó a la procreación dentro del matrimonio como la única razón justificable de cualquier actividad sexual y determinó a la homosexualidad como algo horroroso, denominándose a los

homosexuales como perversos, herejes y traidores; asimismo, se consideró como una conducta más grave que el adulterio y la fornicación, por lo que fue castigada, como se señala en obras como el Decreto de Graciano; el Fuero Real y las Siete Partidas.

Contrario a esto, en el Renacimiento, surgieron grandes personalidades de la cultura que eran homosexuales, como Leonardo Da Vinci, Miguel Ángel, entre otros artistas, por lo que se dejaron de prohibir muchas formas de sodomía; posteriormente en el año de 1771, en Francia se abolió la pena capital para el delito de sodomía y en el Código Penal Francés de 1810, se legalizó la homosexualidad cuando se trataba de relaciones entre adultos.

El autor Cáceres Breton menciona que en Perú, los homosexuales eran sancionados, aunque:

“No existen claras informaciones al respecto, pero de las crónicas redactadas durante la ocupación española se pueden desprender dos teorías: a) Que eran marginados por la sociedad y condenados al solitario destierro; o b) Que eran colocados en templos dedicados a la Mama Pache y puestos al servicio sexual de nobles e incas.”¹³

En México, en las culturas mesoamericanas, los antiguos gobernantes eran atendidos por jóvenes de quienes disfrutaban sexualmente; por otra parte la homosexualidad hoy en día en diversos países se encuentra regulada, por

¹³ CÁCERES BRETON, Artidoro. **Una Alternativa para la Homosexualidad**. 4ª edición, Editorial Grupo Sexológico, Colombia, 2003. p. 23.

ejemplo, en Brasil, donde se firmó el 8 de junio de 2000, un decreto que otorga derechos conyugales a las parejas del mismo sexo en cuanto pensiones, beneficios de seguridad social; en Colombia el Tribunal de Familia número 6 de Bogotá, determinó que la pareja de un homosexual hombre (gay) fallecido, tiene derecho a ser heredero universal. En los países bajos se legalizó el matrimonio entre homosexuales con la limitación de que no pueden adoptar hijos, además de que las parejas homosexuales o heterosexuales de otras nacionalidades no pueden casarse en los países bajos. Esta protección se ha reforzado con la creación de Organismos Internacionales de Derechos Humanos que reconocen, defienden y protegen los derechos fundamentales del homosexual como por ejemplo, la Subcomisión de Prevención de la Discriminación y Protección de Minorías, la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos que se celebró en Viena en 1993, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, la Organización Internacional del Trabajo, Organizaciones no Gubernamentales (ONG's) como el (ILGA) Organización de Defensa de Homosexuales y Lesbianas; la Corte Europea de Derechos Humanos y el Parlamento Europeo, entre otros. Sin embargo, existen países en contra del homosexualismo como Honduras con un alto grado de homofobia, aún en el año 2000 se registró un alto índice de asesinatos de homosexuales.

En nuestro país, un intento por legislar los derechos de los homosexuales es la iniciativa de ley, denominada Ley de Sociedades de Convivencia, presentada ante la Asamblea Legislativa por la Diputada Enoé Uranga, en el mes de abril de 2001, con la finalidad de lograr la existencia de una regulación respecto de las

parejas del mismo sexo. Esta iniciativa se turnó el 26 de abril de 2001 para su análisis y dictamen a las Comisiones Unidas de Derechos Humanos y de Estudios Legislativos y Prácticas Parlamentarias. El 15 de mayo del mismo año se presentó ante la Sesión Ordinaria de Trabajo de la Comisión de Derechos Humanos de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, donde se acordó reunirse con integrantes del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

El 11 de noviembre de 2001 se sometió nuevamente a discusión a fin de aprobar el proyecto; mismo que posteriormente se discutiría ante el pleno de la Asamblea Legislativa en sesión extraordinaria del 4 de julio de 2002. Finalmente, en el año de 2006 dicha iniciativa se aprobó el 16 de noviembre de ese mismo año.

Otro aspecto importante es la justificación de la homosexualidad, y las investigaciones que sobre las raíces biológicas de la orientación sexual han seguido diversos caminos, el primero fundamentado en la búsqueda de posibles diferencias neuro-anatómicas y neuro-histológicas entre el varón y la mujer. El segundo enfoque fue genético, basándose en la búsqueda de pautas familiares de homosexualidad y examen directo del ADN.

Aún cuando los rasgos genéticos y neuro-anatómicos tienen cierta correspondencia con la orientación sexual de los individuos, no está en absoluto probada la relación de causalidad entre aquellos y ésta, puesto que hemos de considerar numerosos factores educativos, sociales y familiares que pueden influir en la orientación sexual.

Para el profesor John Money, psicólogo de la Universidad del Hospital John Hopkins, en Estados Unidos, citado por Cáceres considera que la orientación sexual podría verse determinada por tres factores:

“1.- El factor biológico: configurado por los genes, las hormonas y las estructuras cerebrales, las cuales predispondrían la orientación sexual; 2.- El *imprinting* o impronta, es decir, el estímulo específico dado por la familia y la sociedad en los tres primeros años de vida, período en el que quedaría definida la orientación y 3.- El medio, es decir, el ambiente social y familiar, así como la educación que se recibirá en este período crítico comprendido en los 3 primeros años de vida.”¹⁴

Desde otro punto de vista, y en consideración a lo escrito consideramos que el homosexual nace, no se hace y casi por lo regular no se quita dicha preferencia sexual es decir quien nace homosexual, muere como tal.

2.4. El Lesbianismo.

El lesbianismo, en la actualidad, es un movimiento político-sexual que se deriva en defender las preferencias sexuales de sus integrantes y que ya cobra auge en los Estados Unidos de Norteamérica, Inglaterra, Suecia y en el continente Americano.

Para las mujeres el ser lesbiana, en estos tiempos, es el equivalente a ser homosexual en los hombres. En las mujeres el lesbianismo, se presenta por un

¹⁴ Ibidem. p. 26.

gusto desmedido por las personas de su mismo sexo e inclusive, destacan la urgencia de prescindir de los hombres. En otras palabras, el lesbianismo representa la homosexualidad femenina.

La autora Medina Graciela comenta al respecto lo siguiente:

“La existencia de las mujeres lesbianas constituye un rompimiento de la relación natural que debe existir entre las mujeres y los hombres, y pone en cuestión la naturalidad de la misma propugnada por la sexualidad hegemónica. Aunque la antropología ha demostrado la variabilidad cultural de las formas de ser mujeres y hombres y de las relaciones genéricas que pueden establecerse, lo que caracteriza la concepción dominante de la sexualidad tanto en los discursos religiosos como en los laicos es su adscripción a lo natural y, por ende, sus concepciones de lo natural y de la naturaleza, cada cultura, y en ella cada grupo dominante consensualiza sus estereotipos de hombre y mujer como únicas formas de ser hombres y mujeres; como si siempre hubiera sido así, y como si siempre fuera a ser así.”¹⁵

En nuestra cultura rige un conjunto de normas que estructuran positivamente el erotismo femenino. Al mismo tiempo que se construyen las normas y los deberes se estructura el tabú: la heterosexualidad compulsiva se constituye como la norma positiva y la homosexualidad femenina en el tabú; así, la homosexualidad es en el tabú y las mujeres homosexuales son y viven en el tabú.

¹⁵ MEDINA, Graciela. **Uniones de Hecho (Homosexuales)**. 4ª edición, Editorial Abeledo-Perrot, Argentina, 2003. p. 171.

El no cumplimiento de las normas y los deberes de género posiciones a las mujeres lesbianas, simbólicamente, en no lugares culturales y, en ellos, son materialmente oprimidas, negadas, invisibilizadas y estigmatizadas.

Con base en lo anterior, la homosexualidad femenina no está explícitamente prohibida, no forma parte de lo normado prohibido sino que se ubica en el terreno de lo que es mejor no nombrar, no sacar a la luz, no visibilizar; es, en otras palabras lo que no se puede exhibir a la luz y a la moral de otras personas.

2.5. La bisexualidad.

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.

Al respecto, dice la misma autora que:

“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 in 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.”¹⁶

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. Freud consideró la capacidad de los niños para obtener placer en diversas zonas del cuerpo como una parte de la vida sexual.

Magallón Ibarra considera que:

“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 postuló que existen en ambos sexos unos potenciales denominados anima (lo femenino en el hombre) y *animus* (lo masculino en la mujer)”¹⁷

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

¹⁶ Ibidem. p. 172.

¹⁷ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Op. cit. p. 356.

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 alteran 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.

Para Pérez Contreras María de Montserrat comenta:

“Todos los seres humanos somos bisexuales, es 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”.¹⁸

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. A continuación señalaremos algunos puntos de vista, desde el religioso, jurídico y social en relación a las conductas, lesbianas y homosexuales en el matrimonio.

¹⁸ PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat. **Los Derechos Humanos de los Homosexuales**. 4ª edición, LVIII Legislatura, Editorial Congreso de la Unión, México, 2000. p. 73.

2.6. El punto de vista religioso.

Desde este punto de vista, la religión, casi en todas, han condenado las conductas homosexuales en hombres y en mujeres; así, para los romanos, y los judeocristianos pugnaban por que la homosexualidad fuera condenada y perseguida penalmente ya que esta iba en contra de la ley divina.

Sin embargo, Medina Graciela señala que:

“El amor homosexual entre los griegos no era condenado penalmente ni era considerado una enfermedad, sino que, por el contrario, era practicado normalmente entre los miembros de las diversas clases sociales.”¹⁹

Sodoma, ciudad de la antigüedad donde se practicaba la homosexualidad, fue destruida por imperio divino, por una parte por su depravación y por otra por la falta de hospitalidad hacia los extranjeros.

La Biblia relata que:

“Después de establecerse en Canaán, Abraham y su sobrino Lot decidieron separar ebido a que empezaban a surgir disputas entre sus pastores. Lot se afincó en Sodoma, que con Gomorra formaba parte de una pentápolis (grupo de cinco ciudades a orillas del Mar Muerto). Tiempo después, Dios tomó noticias de que en Sodoma y Gomorra había crecido el pecado y se propuso destruirlas.”²⁰

¹⁹ MEDINA, Graciela. Op. cit. p. 216.

²⁰ La Sagrada Biblia. 2ª edición, Editorial Cristiana, México, 2003. p. 36.

Abraham pretendió evitar que la furia de Dios recayera sobre Sodoma y Gomorra y obtuvo la promesa divina de no castigar a esas ciudades, si en ellas se encontraba a diez hombres justos. Con ese fin envió a Sodoma dos ángeles con apariencia humana que se alojaron en la casa de Lot, sobrino de Abraham.

La misma Biblia señala que:

“Los hombres de la ciudad rodearon la casa de Lot, al pretender conocer a los hombres. Lot salió a la puerta y dijo: Por favor hermanos, no hagáis semejante maldad; dos hijas tengo que no han conocido varón, las sacaré para que hagáis con ellas lo que en bien os parezca, pero a estos hombres no le hagáis nada, porque ellos se ha acogido a la sombra de mi techo. Pero los sodomitas no cedieron, y para evitar que los hombres de la ciudad tomaran por la fuerza a los extranjeros los ángeles utilizaron su poder para salir de Sodoma y sacar de ella a Lot y a su familia, salvo su mujer, que por desobedecer una orden divina se convirtió en estatua de sal.”²¹

Por este pasaje bíblico, Sodoma dio su nombre a las relaciones homosexuales en lengua latina a lo largo de la Edad Media; tanto en latín como en cualquiera de las lenguas vernáculas la palabra más próxima a homosexual fue sodomita.

En otras palabras, la religión cualquiera que sea, condena las conductas homosexuales al decir que van en contra de la voluntad de Dios.

²¹ Ibidem. p. 38.

2.7. Punto de Vista Jurídico.

Desde el punto de vista jurídico, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en relación con el tema, establece en su artículo primero lo siguiente.

“Artículo 1. En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

Esta prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este sólo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

Este artículo de una u otra forma garantiza los Derechos de los homosexuales y los pone en igualdad con los demás. Asimismo, el Código Civil para el Distrito Federal sobre la igualdad y la no discriminación de los homosexuales, en su artículo 2° establece lo siguiente.

“Artículo 2. La capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer. A ninguna persona por razón de edad, sexo, embarazo, estado civil, raza, idioma, religión, ideología, orientación sexual, color de piel, nacionalidad, origen o posición social, trabajo o profesión, posición económica, carácter físico, discapacidad o estado de salud, se le podrá negar un servicio o prestación a la que tenga derecho, ni restringir el ejercicio de sus derechos cualquiera que sea la naturaleza de estos”.

De acuerdo a lo anterior y en razón de que todo ser humano debe tener igualdad de derechos, derechos de los que nadie puede ser privado, inclusive por una vida con orientación sexual diferente.

Los derechos que tienen los homosexuales y lesbianas en forma genérica no limitativa son:

- Igualdad de derechos.
- Derecho a la educación.
- Igualdad y dignidad humanas.
- Familia.
- Derecho al trabajo.
- Libertad de expresión.
- Libertad de pensamiento y prensa.
- Derecho de reunión.
- Derecho de asociación.
- Libertad de culto.

- Garantías de legalidad.
- No tortura ni tratos crueles e inhumanos.
- Personalidad jurídica.
- No discriminación.
- Seguridad social.
- Derechos a condiciones de vida digna.
- Derechos del procesado.
- Derechos a las funciones públicas o políticas.
- Derecho a la protección de derechos y garantías.
- No suspensión, ni limitación o restricción de los derechos fundamentales.

Todos los derechos antes señalados, no fueron fáciles de conseguir ya que para los homosexuales en algunos países existía la pena de muerte.

Es hasta la década de los sesentas que resurge, con gran fuerza, un movimiento de liberación homosexual, que está fuertemente ligado con el de liberación femenina, sobre todo en Estados Unidos, y a partir de entonces el debate sobre la homosexualidad, su naturaleza y los derechos derivados de ella, se encuentran abiertos en todos los escenarios del desarrollo de la vida del hombre.

En la actualidad se puede afirmar que definitivamente ya no se sanciona a la homosexualidad con la pena de muerte, desde un punto de vista oficial; sin embargo, hasta hace poco era materia de agravantes en los delitos de corrupción

de menores en México. Además, se puede afirmar que aún existe intolerancia por cuanto a la aceptación social y el reconocimiento jurídico de estos grupos de hombres y mujeres en muchos países del mundo, no sólo en México.

A manera de resumen se puede decir que todos, hombre y mujeres, independientemente de cualquier calidad o atributo, tenemos los mismos derechos, por ello heterosexuales, homosexuales, lesbianas y transexuales, etcétera, es decir, todos tenemos derecho a existir o a no ser ignorados, desarrollarnos, expresarnos y a demandar ser respetados.

2.8. Punto de Vista Social.

Como sabemos, México siempre se ha caracterizado por ser un país con una gran diversidad cultural, que ha llevado a que se desarrollen diferentes formas y concepciones de vida, entre otras podemos mencionar la diversidad indígena, representada por muchas comunidades de indios que viven en diferentes partes del país, o la diversidad sexual, que dicen esta representada por la heterosexualidad, la homosexualidad y el lesbianismo.

Dichas formas de vida son rechazadas o aceptadas en diferentes grados en nuestro país según las regiones, las características religiosas, las sociales e inclusive las morales y las jurídicas de cada entidad.

Especialistas sobre el tema sostienen que la intolerancia ha provocado y justificado a lo largo del tiempo eventos como la persecución de los judíos, la de los afroamericanos o la persecución de etnias. En todos estos casos tal

persecución tiene como origen la existencia de la imposibilidad de entender su forma de vida, reconocer sus derechos y respetar su cultura, su religión y su organización, como ha sucedido en diferentes épocas en algunos países de Europa y América. Del mismo modo, se afirma, la intolerancia se presenta respecto de los grupos que viven su sexualidad distinta a la heterosexual, que es, al decir de algunos de ellos, la impuesta.

La autora Pérez Contreras María de Montserrat, considera que:

“También señalan el hecho de que los grupos de homosexuales y de lesbianas se encuentran excluidos de los programas, planes y políticas gubernamentales, ya que en los existentes no hay contenidos dirigidos a estos sectores en contraposición al trato que se ha dado en dichos programas, planes y políticas a sectores, social y jurídicamente aceptados.”²²

En el ámbito señalado se encuentran las mujeres, los niños y la tercera edad; esto se debe a que esos grupos no se desenvuelven en la ideología sexual dominantes, lo que definitivamente representa, a juicio de éstos, la presencia de un trato desigual, derivado del ejercicio del poder de unos sobre otros y, por ende, la existencia de discriminación.

²² PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat. Op. cit. p. 75.

La misma autora precisa lo siguiente:

“Manifiestan que la bisexualidad, la homosexualidad, el lesbianismo siempre han sido concebidos como orientaciones sexuales anormales. Afirman que el criterio para considerarlas como tales reside en la idea de que dichas formas de vida se desvían del objetivo y concepción de una sexualidad reproductiva.”²³

En este punto entendemos que existe interés por resaltar la idea de que existe, en la sociedad, una ideología dominante (o de la mayoría) que explica y concibe a las uniones en general (llámense matrimonios, concubinatos, uniones libres o de hecho, e inclusive noviazgos) y a las relaciones sexuales, primeramente con el fin de perpetuar la especie, por lo que sólo se entienden entre hombre y mujer por cuanto al papel biológico indispensable que cada uno tiene en este proceso, y en segundo lugar con el objetivo de que la pareja se brinde amor, asistencia y ayuda mutua, lo que parece estar peleado, en una opinión general, con la homosexualidad o con el lesbianismo.

Ambos fines, sin que el orden altere al producto, son indispensables para que social y jurídicamente se acepte el concepto de vida en pareja (sea cual sea su modalidad), y es por esta razón que los mismos se encuentran plasmados tanto en el derecho positivo mexicano (Código Civil para el Distrito Federal) como en la legislación canónica. Esto, entonces, lleva a que de inmediato se descalifique a las

²³ Ibidem. p. 76.

uniones de personas pertenecientes a los grupos ya señalados, al quedar excluidos de la concepción normal de pareja y de orientación sexual.

Como punto de enlace con lo anterior, entran al aspecto de los derechos humanos y señalan que en la medida en que se respeten las diferencias entre los hombres como es el caso de los ricos, los pobres y la clase media, los niños, los adultos y las personas pertenecientes a la tercera edad y finalmente entre heterosexuales, homosexuales, se pueden hablar de reconocimiento y defensa de los derechos humanos o de la violación y desconocimiento de los mismos.

Así las cosas, concluyen que la diversidad sea cual sea su modalidad es una realidad en nuestro país y que no aceptarla y reconocerla representa desconocer las diferencias, lo que conlleva, nos dicen, a la imposición de un orden social y jurídico; de una moral, una cultura, una educación, etcétera, que puede incluir una mentalidad y conductas discriminatorias que lleven a una sociedad a vivir en una desigualdad humana que se refleja, en este caso concreto, en la condena que se hace a los grupos de homosexuales, bisexuales y lésbicos a tener una doble vida o a vivirla a escondidas, lo que definitivamente obstaculiza el desarrollo humano e impide una calidad de vida satisfactoria.

CAPÍTULO 3

MARCO JURÍDICO DEL MATRIMONIO

En este capítulo, al hablar sobre el marco jurídico del matrimonio, nos referiremos sin lugar a dudas lo que al respecto establece nuestro principal ordenamiento. El Código Civil para el Distrito Federal desde la precisión que hace de esta institución, en su artículo 146.

Señalaremos su concepto, naturaleza, sus elementos esenciales y de validez, impedimentos para contraer dicha unión así, como la nulidad y aspectos del matrimonio.

1.1. En el Código Civil para el Distrito Federal.

Anteriormente nuestra legislación estableció que el vínculo que unía a los cónyuges era indisoluble, cuestión que, a partir de las leyes del divorcio vincular de 1914 y 1915, desapareció. De hecho la definición que se incorporó a la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917 se inspira, fundamentalmente, en las nociones anteriores pero se señala que la unión entre hombre y mujer es disoluble.

El autor, Galindo Garfias considera al respecto lo siguiente:

“En México, el artículo 130 de la Constitución de 1917 ha declarado que el matrimonio es un contrato civil y, por lo tanto, se regula exclusivamente por

las leyes que el Estado sin que tengan injerencia alguna los preceptos del Derecho Canónico”.¹

Sin embargo, debe reconocerse que para la debida interpretación de las normas que regulan los impedimentos, así como para las sanciones de nulidad, es necesario tomar en cuenta el antecedente del derecho canónico.

Montero Duhalt Sara comenta que:

“Desde nuestros Códigos Civiles de 1870 y 1884 el matrimonio ha quedado totalmente reglamentado por la Ley Civil, tanto por lo que se refiere a su celebración ante el Juez del Registro Civil competente, como en lo que atañe a la materia de impedimentos, a los casos de nulidad y a los efectos de la institución. También el divorcio ha sido regulado por esos ordenamientos, primero bajo la forma de separación de cuerpos y después, a partir de la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917, como forma que disuelve totalmente el vínculo conyugal”.²

A nuestro modo de ver, como hemos dicho, el problema de la esencia del matrimonio sólo es susceptible de resolución o en el terreno de un determinado derecho positivo (o de las referencias que él haga a otros derechos; pero sólo las convenciones internacionales nos ofrecen un ámbito definido de ordenamientos

¹ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op. cit. p. 365.

² MONTERO DUHALT, Sara. Op. cit. p. 226.

jurídicos; las remisiones genéricas de los códigos no resuelven el problema sobre que ordenamientos considera un legislador a ese efecto homogéneos o heterogéneos respecto al ordenamiento nacional), o en el terreno de una escuela del derecho natural o de los preceptos de una confesión religiosa.

Citado por la Enciclopedia Jurídica Omeba se precisa lo siguiente:

“Castiglione Humani creyó poder fijar la esencia del matrimonio sin referirse a un ordenamiento particular, pero de hecho moviéndose ante todo en el terreno del Derecho Canónico y considerar luego también las legislaciones de los países occidentales, y concluyó que la esencia primaria es la atribución del honor *matrimonii* y la esencia secundaria consistente en el *ius in corpus*, al considerarse como la obligación de todo cónyuge a no tener relaciones con terceros”.³

Ahora bien, es igualmente posible que el análisis de los ordenamientos singulares se pongan particularmente de relieve esos elementos; pero no pueden menos de surgir graves dudas: Al comenzar con el Derecho Canónico, con sólo pensar en los matrimonios secretos y en la posible situación en ese derecho de un matrimonio válido en el fuero interno en contraste con otro válido también en el fuero externo; de los cuales el verdadero vínculo, el sacramental, es el primero; y en todos los Estado de Europa.

³ Enciclopedia Jurídica Omeba. T.V. 10ª edición, Editorial Dris-Kill, Argentina, 2000. p. 2062.

La misma enciclopedia cita lo siguiente:

“¿Podremos decir con Catiglionio Humani que el fin que se proponen los cónyuges es el de no incurrir en el vituperio, en la infamia y en el desprecio en que la conciencia social tiene las uniones ilegítimas, no deshonrarse, no hacer que se les deje de lado, no tener que ocultar la propia relación o ruborizarse al declararla? Pero sería siempre una coincidencia entre derechos diferentes, en cada uno de los cuales se podría luego considerar como esencia algún otro elemento que no lo fuese respecto de otros ordenamientos”.⁴

En la actualidad, el Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 146 reformado el 25 de mayo del 2000, establece lo siguiente.

“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 ver la concepción sobre matrimonio ha variado, ya que ahora se dice que dicha institución es la unión libre, lo que se presta a confusión, porque entonces, los que no son peritos en la materia dirán, que, entonces ¿cuál

⁴ Ibidem. p. 1063.

es la unión libre?, debió decir en la manifestación voluntaria del hombre o la mujer para realizar la comunidad de vida. Ahora bien, de dicha definición o regulación que hace sobre el matrimonio el artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal, se desprende que ya no es el objetivo del matrimonio, la procreación de hijos, aquí, el legislador la vislumbra, como la posibilidad de procreación, eso sí, de manera libre, responsable e informada. En lo que sí conserva dicha regulación es que el matrimonio debe, celebrarse ante el juez del Registro Civil, con las formalidades que exige la ley para tal efecto.

Lo referido a requisitos, para contraer matrimonio, derechos y obligaciones que nacen de este, su relación con los bienes, lo relativo a la sociedad conyugal, separación de bienes, de las donaciones y de los matrimonios nulos e ilícitos, se regula en los artículos 146 al 264, los cuales analizaremos en el desarrollo de toda la tesis en general.

1.2. Concepto de matrimonio.

El concepto de matrimonio deriva etimológicamente de *matrimonium*, que significa, de acuerdo con el autor De la Mata Pizaña Felipe, lo siguiente:

“Carga de la madre (del mismo modo que patrimonio supone carga del padre).”⁵

⁵ DE LA MATA PIZANA, Felipe y GARZÓN JIMÉNEZ, Roberto. **Derecho Familiar**. 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 2004. p. 91.

De acuerdo con Julián Guitrón Fuentevilla, el matrimonio:

“Queda definido, como la unión libre de un hombre y una mujer; es decir, aquí no cabe el matrimonio de homosexuales o lesbianas, para realizar la comunidad de vida”.⁶

Desde el punto de vista legal en esta comunidad, deben respetarse mutuamente, mantener la igualdad y ayudarse. Incluso al procrear los hijos, deben hacerlo de manera libre, responsable e informada y exige que el matrimonio se celebre ante el Juez del Registro Civil y con las solemnidades y formalidades que la ley exige. En el pasado, se hablaba de los funcionarios ante los que debía celebrarse, lo cual es un absurdo, pero ahora, con el concepto más completo, la familia queda mejor protegida.

En el Código de Napoleón se tomó como base al derecho romano y canónico para definirlo tal y como lo expresa Planiol Marcel de la siguiente manera:

“La sociedad del hombre y de la mujer que se unen para perpetuar la especie, para ayudarse mutuamente a llevar el peso de la vida y para compartir su común destino”.⁷

⁶ GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián y ROIG CANAL, Susana. **Nuevo Derecho Familiar en el Código Civil de México Distrito Federal del año 2000**. 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 2003. p. 71.

⁷ PLANIOL, Marcel. Op. cit. p. 368.

La noción de matrimonio como unión legítima entre un solo hombre y una sola mujer ha existido prácticamente en todos los tiempos y culturas. Es una noción natural en la humanidad, en tanto que el hombre tiende a estabilizar sus relaciones sexuales, a fin de crear una familia en condiciones de óptimo desarrollo, crecer como individuos en armonía y, finalmente, ayudarse con las cosas de la vida.

Diversos matices culturales han implicado adecuaciones que, en ocasiones, se acercan o se alejan del ideal natural del matrimonio, cuestión evidentemente reprobable, pues sin duda esta institución es la más importante del Derecho Civil y, posiblemente, la más sensible e íntima de todas.

En términos generales compartimos la definición que Napoleón integró a su famosa codificación: primero, porque no sólo considera al matrimonio como un acto jurídico, sino como una sociedad (los cónyuges se tornan en verdaderos socios cuya aportación es su ser mismo), y atiende directamente a los fines prioridades de la unión matrimonial: la formación de la familia y la ayuda parente entre cónyuges. Sin embargo, debemos recordar que, de inicio, este Código no incluyó el carácter de indisoluble, fue hasta que regresaron los borbones al poder en Francia cuando se incorporó. En el ámbito doctrinal podemos destacar la definición de Planiol que considera al matrimonio como “el acto jurídico por el cual el hombre y la mujer establecen entre sí una unión que la ley sanciona y que no puede romper su voluntad”.

De la Mata Pizaña afirma que:

“En México, en los Códigos Civiles de 1870 y 1884 y en la Ley de Relaciones Familiares de 1917, se definió al matrimonio al tomar en cuenta los elementos del Código de Napoleón y, en el último de los ordenamientos citados, quedó definido como un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer que se unen con vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida”.⁸

Dicha definición atendió al carácter del matrimonio como acto jurídico, más no como sociedad de vida. Anteriormente estableció que el vínculo que unía a los cónyuges era indisoluble, cuestión que, a partir de las leyes del divorcio vincular de 1914 y 1915, desapareció. De hecho la definición que se incorporó a la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917 se inspira, fundamentalmente, en las nociones anteriores pero se señala que la unión entre hombre y mujer es disoluble.

Al expedirse el Código Civil de 1928 se optó por omitir una definición de matrimonio y fue hasta el año 2000 cuando se incorporó. Así el Código vigente lo define, en su artículo 146, como ya lo señalamos de la siguiente manera.

“Artículo 146. Es la unión libre entre 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

⁸ DE LA MATA PIZANA, Felipe y GARZÓN JIMÉNEZ, Roberto. Op. cit. p. 94.

informada. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil con las formalidades que esta Ley exige”.

De la definición actual, se pueden hacer los siguientes comentarios en primer lugar, el lenguaje común y en la vida cotidiana entendemos por unión libre la convivencia sexual de un hombre y de una mujer que no han contraído matrimonio, por lo que consideramos incorrecto utilizar dicho término al definir el matrimonio, debido a la aparente contradicción entre esos conceptos.

En segundo término del breve análisis de la definición del matrimonio que se hizo anteriormente se desprende que uno de los fines primordiales del mismo ha sido perpetuar la especie; actualmente conforme con la definición legal citada pareciera que el legislador que reformó el Código Civil en el año 2000 consideró a la procreación un fin secundario, lo cual sería inaceptable pues iría en contra de una tradición jurídica de muchos años y de la naturaleza esencial de dicha institución.

Sin embargo cabe destacar que las personas mayores de edad o infértiles que contraen matrimonio podrían no tener hijos por razones físicas derivadas de su condición; para estos casos, y dado que la generalidad es un carácter intrínseco de la norma, justificamos la redacción del artículo.

De tal manera, para nosotros, el matrimonio es la forma legítima y natural de constituir una familia por medio de un vínculo jurídico entre dos personas de distinto sexo, con el fin de establecer una comunidad de vida exclusiva, total y

permanente, con derechos y obligaciones recíprocos y con la posibilidad de tener hijos. De esta definición destacamos que:

- 1) El matrimonio es fundamentalmente la manera legítima y natural de formar una familia.
- 2) El vínculo que nace es entre personas de diferente sexo.
- 3) Sus fines sustanciales son establecer una comunidad de vida exclusiva, total y permanente y procrear, si esto es físicamente posible.

Cabe señalar que esta definición no atiende al acto que origina la constitución del estado matrimonial, pues nos parecería parco definir exclusivamente al matrimonio por su origen. Sin embargo esto no significa que tal acto carezca de importancia y, al efecto, puede consultarse lo relativo a su naturaleza jurídica en el punto siguiente.

1.3. Naturaleza Jurídica del Matrimonio.

Llegar al concepto anterior del matrimonio implica la revisión de diversos conceptos vinculados a él, como son la voluntad de los contrayentes y los diversos momentos y hechos históricos que lo han determinado en el tiempo y que, en conjunto, conforman la explicación sobre su naturaleza jurídica.

En todos los casos de matrimonio celebrado dentro de nuestro sistema jurídico, el papel de la voluntad de los contrayentes ha sido determinante, lo que no ocurre en otros sistemas, ajenos al que nos rige, en los que se dan

matrimonios por venta (de la mujer), rapto (también de la mujer) y por acuerdo de los progenitores.

El autor Baqueiro Rojas y Buenrostro Báez Rosalía precisan lo siguiente:

“En los sistemas jurídicos occidentales siempre ha sido indispensable la manifestación de la voluntad de los contrayentes ante el ministro de la Iglesia o ante el juez del Registro Civil. Por esta circunstancia se ha llegado a la conclusión de que el matrimonio es un acuerdo de voluntades y, por lo tanto, constituye un contrato.”⁹

Sin duda, el acuerdo de voluntades es indispensable para que se realice el matrimonio. Tanto los estudiosos del tema como la autoridad eclesiástica han reconocido el carácter voluntario y libre de la unión matrimonial. Tradicionalmente se ha identificado todo acuerdo de voluntades como un contrato, y para distinguirlo del acto religioso considerado también un sacramento tanto las autoridades políticas de la Revolución francesa como los legisladores de nuestras Leyes de Reforma concibieron el matrimonio como un contrato de naturaleza civil.

Los mismos autores considera que:

“En nuestro país, la promulgación y publicación de leyes como la del 27 de enero de 1857, que establecía para toda la República Mexicana el registro del estado civil, y la del 27 de julio de 1859 sobre el matrimonio, le dieron por primera vez éste el carácter de acto laico, por completo ajeno a la autoridad

⁹ BAQUEIRO ROJAS, Edgard y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía. **Derecho de Familia**. Edición Revisada y actualizada. 2ª edición, Editorial Oxford, México, 2005. p. 48.

eclesiástica, y lo denominaron contrato, concepto con el que pasó a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917. Asimismo, en el Código Civil para el Distrito Federal de 1870 se reglamentó el matrimonio y se le instituyó con un carácter eminentemente contractual, laico y civil.”¹⁰

Al matrimonio no sólo se le ha considerado como contrato a partir tan sólo de actos de afirmación política, también importantes tratadistas le han dado tal denominación. Éstos, además, han señalado que es el contrato más antiguo del que se tenga conocimiento. De hecho, al ser el origen de la familia, lo remontan a los albores de la humanidad.

El concepto de matrimonio como contrato tiene una larga tradición doctrinal y cuenta con defensores importantísimos, entre quienes se halla Marcel Planiol, quien lo definió como:

“La unión sexual del hombre y de la mujer, elevada a la dignidad del contrato por la ley, y de sacramento por la religión.”¹¹

Sin embargo, en fechas más recientes otros autores han objetado el carácter contractual del matrimonio, sin desconocer por supuesto el papel de la voluntad de los contrayentes juega en su celebración. Al respecto Baqueiro Rojas precisa que entre estos autores figuran:

¹⁰ Idem.

¹¹ PLANIOL, Marcel. Op. cit. p. 462.

- a) **“León Duguit, quien sostiene que el matrimonio constituye un acto jurídico-condición: es acto jurídico porque es una declaración de voluntad a la que el derecho otorga determinados efectos; es condición en tanto que resulta indispensable para el nacimiento de un estado jurídico previamente establecido, con derechos, deberes y obligaciones, que no pueden ser alterados por las partes.**
- b) **Antonio Cicu, quien manifiesta que el matrimonio no es un contrato, ya que no es la sola voluntad de los contrayentes lo que lo crea. Para que exista matrimonio se requiere que éste sea declarado por el Juez del Registro Civil. Por tanto, aunque haya acuerdo de los interesados éste no es suficiente, puesto que sin la declaración del Juez del Registro Civil no hay matrimonio. Así, el matrimonio es un acto complejo de poder estatal que requiere la voluntad de los contrayentes y la del Estado.**
- c) **Houriou y Bonnacase, por su parte, sostienen que el matrimonio es una institución jurídica, ya que por ella se entiende una organización de reglas de derecho unidas por un fin común y a la que se someten los esposos al declarar su voluntad en el acto de celebración.”¹²**

d) El matrimonio como un acto de poder estatal. Esta corriente considera que lo más importante es la declaración del órgano del Estado, es decir, el oficial del registro civil, como representante del poder Ejecutivo, lo cual es incorrecto ya que para su validez se requiere, primero, el acuerdo de voluntad de los cónyuges.

¹² Cfr. BAQUEIRO ROJAS, Edgard y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía. Op. cit. p. 50.

e) El matrimonio como estado civil. El estado civil de casado es una consecuencia de la institución matrimonial y del acto jurídico que celebran las partes en unión del oficial del registro civil. Es evidente que el matrimonio constituye un estado civil entre los consortes pues crea la misma situación permanente que origina consecuencias constantes por la aplicación del estatuto legal respectivo a todas las situaciones que se presentan en la vida marital; lo que no es su naturaleza jurídica sino una consecuencia de la celebración del mismo.

El mismo autor comenta, que, los diversos autores distinguen estas características del matrimonio como:

- a) **“Es un acto solemne.**
- b) **Es un acto complejo por la intervención del Estado. Requiere la concurrencia de la voluntad de las partes y la del Estado.**
- c) **Es un acto que para su constitución se requiere la declaración del Juez del Registro Civil.**
- d) **En él, la voluntad de las partes no puede modificar los efectos previamente establecidos por el derecho, ya que sólo se limita a aceptar el estado de casado con todas sus implicaciones, queridas o no.**
- e) **Sus efectos se extienden más allá de las partes y afectan a sus respectivas familias y a sus futuros descendientes.**

- f) Su disolución requiere sentencia judicial ejecutoriada o administrativa; no basta la sola voluntad de los interesados.”¹³**

Para nosotros, el matrimonio, es un acto jurídico mixto y complejo porque afirma que dicha Institución es un acto jurídico, lo cual es indiscutible, pero, además, hace notar que para su perfeccionamiento se requiere que concurra un acuerdo de voluntades en dos etapas: primero de ambos cónyuges, materializada en la solicitud del matrimonio y, posteriormente, una voluntad estatal, que reconozca la existencia de ese acuerdo previo, que lo apruebe, por estar sujeto a derecho y no existir impedimentos, y que se manifieste en el mismo sentido para que dicho acto se perfeccione; esto último se materializa en la declaración de matrimonio por parte del Juez del Registro Civil.

Cabe decir que la intervención del Estado no es una solemnidad, ya que efectivamente hay una manifestación de su voluntad de sancionar el acto a través del Juez del Registro Civil (además de que el único acto solemne en familia es el reconocimiento de hijos.

1.4. Elementos esenciales del matrimonio.

De manera general, se puede decir que los elementos esenciales del matrimonio y de todo acto jurídico son el consentimiento, el objeto y la solemnidad, que ahora aplicaremos al matrimonio.

¹³ Idem.

- 1) El consentimiento: En el matrimonio se trata, en primer lugar, del acuerdo de voluntades de los contrayentes. En caso de ser menores de edad requieren el consentimiento de quienes tienen a su cargo la patria potestad; a falta, de los tutores; y por negativa, falta o imposibilidad de los anteriores, el consentimiento lo suple el Juez de lo familiar.

Un caso interesante sería resolver qué sucede si el padre da su consentimiento y la madre no da el suyo, caso en el cual se requiere que el Juez de lo familiar; resuelva lo conducente (artículo 168 del Código Civil).

En segundo lugar se requiere la voluntad sancionadora e integradora del acto del Juez del Registro Civil que representa a la voluntad del Estado, tal y como expusimos al hablar de la naturaleza jurídica del matrimonio. La evidencia de que es una verdadera voluntad estatal radica en que no necesariamente habrá de llevarse a cabo el matrimonio si se solicita, pues el Juez puede negarlo si no se cumplen los requisitos de ley o se actualiza algún impedimento.

- 2) Objeto: Primero recordemos que el objeto de un acto jurídico se ha dividido en dos, el primero, denominado directo, consiste en la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones; y el segundo, indirecto, consiste en dar una cosa o ejecutar o no un hecho.

Zannoni Eduardo concluye que:

“Tratándose del matrimonio consideramos que su objeto directo consiste, precisamente, en crear una serie de derechos y obligaciones, tanto extra

patrimoniales como indirectamente patrimoniales, los cuales serán analizados más adelante, que se derivan de la comunidad de vida establecidas por los consortes.”¹⁴

En cambio, el objeto indirecto será muy variable, depende de las obligaciones de dar, de hacer o no hacer que se derivan de los derechos y obligaciones creados directamente por el acto (objeto directo).

Se ha discutido si el cuerpo del otro cónyuge será objeto indirecto del matrimonio, consideramos que no es así, porque el cuerpo humano no es un bien y, por lo tanto, no reúne los requisitos del objeto cosa.

El objeto indirecto podría consistir en un no ejecutar ciertos hechos como, por ejemplo, no utilizar métodos de reproducción asistida sin el consentimiento del otro cónyuge; o bien, no trasladar su domicilio a un lugar poco seguro o insalubre. También puede consistir en un hacer, como es el caso de vivir en el domicilio conyugal.

3) Solemnidad: El Código Civil habla de las solemnidades del matrimonio sólo en dos artículos (el 103-Bis y el 350) pero no indica cuáles son.

Como ya se señaló, consideramos que el matrimonio no es un acto solemne pero doctrinalmente se distingue entre solemnidades del acto y las del acta.

¹⁴ ZANNONI, Eduardo. **Derecho Familiar**. 8ª edición, Editorial Depalma, Argentina, 2000. p. 321.

Como solemnidades del acto se han considerado la pregunta del Juez del Registro Civil a los contrayentes de si es su voluntad unirse en matrimonio, la respuesta de ellos y la declaración del Juez al decir que quedan unidos en matrimonio en nombre de la sociedad y de la ley y así como el acta misma.

En cuanto a las solemnidades del acta se consideran la relación en la misma de las solemnidades del acto, la firma y las huellas digitales de los contrayentes así como la firma del Juez del Registro Civil.

Esta distinción doctrinal no es clara: para distinguir entre formalidad y solemnidad parte de los requisitos que se consideren más importantes y los no tanto, sin que la ley los distinga.

Nuestro cuestionamiento central es si en realidad el matrimonio es un acto solemne, al entender a la solemnidad como un elemento de existencia que, al faltar, el acto debiera ser inexistente, lo que no ocurre con el matrimonio, que es considerado nulo y además convalidable.

1.5. Elementos de validez del matrimonio.

Los elementos de validez son capacidad, ausencia de vicios del consentimiento, licitud en el acto y forma, que a continuación analizaremos.

Por **capacidad** se entiende la aptitud de ser titular de derechos y de obligaciones, de ejercitar los primeros y cumplir los segundos así como

comparecer en juicio por propio derecho. Dicha capacidad se divide en dos, de goce y de ejercicio.

La primera, según De la Mata Pizaña y Garzón Jiménez es:

“La aptitud de ser titular de derechos y obligaciones; la capacidad de goce es susceptible de medirse en grados por lo cual, la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones varía tratándose de un concebido, de un menor de edad, de un menor de edad emancipado, etc.

La capacidad del ejercicio es la posibilidad de contraer y cumplir obligaciones y de ejercitar derechos por sí mismo, la cual también es susceptible de medirse en grados.”¹⁵

En materia de matrimonio, el Código Civil establece que ambos consortes deben ser, por regla general, mayores de edad. La excepción es que los que tengan dieciséis años se pueden casar pero con el consentimiento de quienes ejercen sobre ellos la patria potestad; a su falta, del tutor; y por falta, imposibilidad o negativa de éstos, del Juez de lo familiar.

De lo anterior, se confirma la teoría de que la capacidad de goce se mide en grados, toda vez que un menor de dieciséis años de edad tiene la aptitud de contraer matrimonio y uno de quince no.

¹⁵ DE LA MATA PIZANA, Felipe y GARZÓN JIMÉNEZ, Roberto. Op. cit. p. 106.

Asimismo, se confirma que el menor de dieciséis años cuenta con capacidad de ejercicio para contraer matrimonio, toda vez que él concurre, personalmente, al otorgamiento del acto, y únicamente requiere el consentimiento de sus padres o de su tutor o de la autoridad judicial, ya que si no tuviera capacidad de ejercicio concurrirá al acto el que ejerce la patria potestad sobre el menor o su tutor o, en el último de los casos, el Juez como representante del menor.

Respecto de la ausencia de vicios en el consentimiento, cabe señalar que, si bien es cierto que el Código Civil señala como tales el error, el dolo, la mala fe y la violencia (artículos 1812, 1815, 2230) lo son meramente el miedo y el error, ya que el vicio está en la voluntad del que los padece, no en la del que los provoca. Así en materia de matrimonio se reconocen esos dos casos:

- a) El error acerca de la identidad de la persona con quien se contrae, cuando al entender un cónyuge celebrar matrimonio con una persona determinada lo contrae con otra.

Cabe señalar que el error acerca de ciertas cualidades de la persona con quien se contrae matrimonio, como el carácter, el temperamento o las aspiraciones, no anulan el matrimonio, toda vez que se presupone que cuando se decide celebrarlo existe una etapa previa de conocimiento de la pareja, el noviazgo; además que probar dicho error no es sencillo, dado su carácter subjetivo.

Así pues, el Código Civil para el Distrito Federal habla de error, pero en la persona; lo cual sólo se nos ocurre que pueda suceder cuando se contrae el matrimonio por conducto de un mandatario que no conozca al novio o a la novia, y celebre el acto con una persona del mismo nombre, otro caso podría ser el dejarse con la ó el gemela (lo) idéntica (o) de la persona con la que se quería contraer matrimonio.

El Código Civil para el Distrito Federal sanciona al matrimonio por error en la persona en su artículo 236 como una nulidad que prescribe a los treinta días de que se advierte.

Al respecto, consideran los autores antes mencionados lo siguiente:

b) “El segundo de los vicios es el miedo derivado de la violencia física o moral, que suponga peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud y una parte considerable de los bienes, del cónyuge, sus ascendientes, tutores, ascendiente, hermanos o parientes colaterales dentro del cuarto grado, y que haya subsistido al tiempo del matrimonio y que fuera, precisamente ese miedo, lo que motivó su celebración.”¹⁶

En el caso de que existiera este vicio de la voluntad, el contrayente agraviado podría ejercer la acción de nulidad dentro de los 60 días siguientes a que haya cesado la violencia.

¹⁶ Ibidem. p. 109.

Sobre la **licitud en el acto**, de acuerdo a la teoría general de las obligaciones al hablar de este elemento de validez tratándose de actos jurídicos se denomina como licitud en el objeto, en el motivo o fin o en la condición; sin embargo, tratándose de matrimonio, consideramos más técnico hablar de licitud del acto, pues ésta deriva de que no existan impedimentos para contraer matrimonio.

Los impedimentos, según los multicitados autores son:

“Aquellas prohibiciones establecidas en la Ley que afectan a determinada persona para contraer un determinado matrimonio.”¹⁷

Tienen sustento en hechos o en situaciones jurídicas, preexistentes y anteriores, a que determinadas personas puedan contraer matrimonio.

De acuerdo a la forma, como último elemento de validez del matrimonio, deben entenderse aquellos signos sensibles que se requieren para exteriorizar la voluntad o el consentimiento en su caso; es, pues, la manera de manifestar la voluntad. Los actos, por su forma, pueden ser formales, consensuales o reales.

Por consensuales se entienden aquellos que son perfectos con el mero consentimiento y por reales aquellos que para perfeccionarse requieren la entrega de la cosa materia del contrato.

¹⁷ Ibidem. p. 110.

Los formales son aquellos que deben cumplir ciertos requisitos establecidos en la ley los cuales, en el caso del matrimonio, están previstos en los artículos 97 a 113 del Código Civil para el Distrito Federal.

Quienes quieran contraer matrimonio, deberán presentarse ante el Juez del Registro Civil del domicilio de cualquiera de los futuros esposos, con una solicitud de matrimonio, la que contendrá: sus nombres y apellidos, los de sus padres, la manifestación de que no tienen impedimento legal para casarse (o, en su caso, acompañar la dispensa) y la manifestación de que es su voluntad unirse en matrimonio. Esta solicitud, debidamente firmada por los pretendientes, deberá presentarse con los documentos que exige el artículo 98 del Código Civil para el Distrito Federal.

El Juez que recibe la solicitud hará que los pretendientes, parientes o tutores comparezcan para dar su consentimiento y ratificar las firmas, así como que los dos testigos ratifiquen su dicho. El matrimonio se celebrará dentro de los ocho días siguientes en el lugar y hora que señale el Juez.

Ese día deberán estar presentes los pretendientes, los parientes o tutores y los testigos de identidad, dos por cada uno de ellos. El Juez leerá en voz alta la solicitud de matrimonio, los documentos presentados con ella así como las diligencias practicadas e interrogará a los testigos para acreditar que conoce a los pretendientes y que ellos no tienen impedimento para casarse. Después preguntará a los pretendientes si es su voluntad casarse, si están conformes, los

declara unidos en virtud de la ley. Finalmente, se levantará un acta que contenga los requisitos del artículo 103 del Código Civil citado.

El Juez sólo podrá negarse a autorizar un matrimonio cuando, por los términos de la solicitud, denuncia de terceros o conocimiento de los contrayentes, supiera que uno de ellos o ambos no están en aptitud de contraer matrimonio.

1.6. Impedimentos para contraer matrimonio.

Baqueiro Rojas y Buenrostro Báez Rosalía consideran al respecto, lo siguiente:

“Toda situación inconveniente (material, moral o legal) para la realización de un matrimonio válido puede ser considerada como un impedimento. Si los diversos autores señalan algunas situaciones específicas como requisitos de fondo para la celebración, es sólo para destacar su trascendencia. Nuestra legislación considera como impedimentos, entre otros, la falta de edad (que tanto el hombre como la mujer no hayan cumplido los 16 años) y la falta de autorización para los menores que hayan cumplido los 16 años. La diferencia de sexos y el consentimiento sin vicios se consideran requisitos insoslayables. El primero se desprende del análisis del concepto y fines de matrimonio; en cambio, el segundo, del análisis de las causas de nulidad, entre las que se encuentra la voluntad viciada, es decir, cuando su expresión no ha sido libre al momento de la celebración del acto. También son

impedimentos las discapacidades sensoriales, intelectuales o varias de ellas que impidan la manifestación de la voluntad.”¹⁸

El concepto impedimento reviste una importancia especial en la institución del matrimonio cuando determinadas situaciones obstaculizan su celebración y, en otros casos, hasta su permanencia. Para efectos del matrimonio, por impedimento debe entenderse toda prohibición establecida por la ley para su celebración, esto es, toda circunstancia de tipo biológico, moral o jurídico por la cual se considera que el matrimonio no debe llevarse a cabo.

El Código Civil para el Distrito Federal reconoce como impedimentos para la celebración del matrimonio las siguientes causales:

- a) La falta de edad requerida por la ley.
- b) La falta de consentimiento, tratándose de menores, del padre o la madre, o en su defecto, del tutor o del Juez de lo familiar, en sus respectivos casos.
- c) El parentesco por consanguinidad, sin limitación de grado en línea recta ascendente o descendente. En la línea colateral igual, el impedimento se extiende hasta los hermanos y medios hermanos. En la colateral desigual, el impedimento abarca sólo a tíos y sobrinos, siempre que estén en el tercero grado y no hayan obtenido dispensa.

¹⁸ BAQUEIRO ROJAS, Edgard y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía. Op. cit. p. 82.

- d) El parentesco por afinidad en línea recta, sin limitación alguna, esto es, entre la suegra y los hijos del cónyuge.
- e) El adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio, cuando haya sido judicialmente comprobado.
- f) El atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el cónyuge que quede libre.
- g) La violencia física o moral para la celebración del matrimonio.
- h) La impotencia incurable para la cópula.
- i) Padecer una enfermedad crónica e incurable, que además sea contagiosa o hereditaria.
- j) El padecimiento de algún estado de incapacidad física, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de tales incapacidades a la vez.
- k) El matrimonio subsistente con una persona distinta de aquella con quien se pretendió contraer.
- l) El parentesco civil extendido hasta los descendientes del adoptado por pariente consanguíneo.

De estos impedimentos son dispensables la minoría de edad, el parentesco de consanguinidad en línea colateral desigual, la impotencia incurable para la cópula cuando la conoce y acepta el otro contrayente, y el padecer una enfermedad crónica también incurable que sea además contagiosa o hereditaria, en los casos en que ambos contrayentes acrediten tener conocimiento de persona competente (médico, institución) de los alcances, efectos y formas de prevenir la enfermedad.

Con las reformas de mayo de 2000 al Código Civil para el Distrito Federal se modificó la fracción VII del artículo 156 al hablar de violencia física o moral en lugar de fuerza o miedo graves, al permitir de esa manera considerar casos diversos análogos al raptó. Además se dividió la anterior fracción VIII, al separar las enfermedades de la impotencia sexual, con lo que se generaron dos fracciones distintas, toda vez que son problemas diferentes. Asimismo, se amplió el precepto y en él se incluyó una nueva causal de impedimento, a saber, el parentesco civil (fracción XII). Actualmente, en ningún caso el adoptante puede contraer matrimonio con los adoptados ni con sus descendientes.

Los mismos autores comentan que existen diversas clasificaciones de los impedimentos para la celebración del matrimonio:

- “1. La que proviene del Derecho Canónico, que los distingue en dirimentes o e impedientes.**
- a) Dirimentes son los impedimentos que por su gravedad originan la nulidad del matrimonio ya realizado; por ejemplo, la falta de aptitud física (impotencia) o la existencia de un matrimonio anterior no disuelto.**
- b) Los impedientes son los impedimentos que responden simplemente a prohibiciones o impedimentos menos graves, que no llegan a producir la nulidad del vínculo, pero que se consideran hechos ilícitos. Por ejemplo, cuando contraen matrimonio dos menores que tienen 17 años**

cumplidos sin el consentimiento de quienes por ley deben otorgarlo, al estar pendiente la dispensa.”¹⁹

2. La que los clasifica en impedimentos absolutos y relativos.

a) Absolutos son aquellos que impiden, a quien los tiene, el matrimonio con cualquier otra persona; es decir, que en ningún caso puede casarse mientras subsista el impedimento o no haya sido dispensado, si es que puede serlo. Por ejemplo, la falta de edad legal o un matrimonio anterior no disuelto.

b) Relativos son los que sólo impiden el matrimonio con una persona determinada, pero no con otra; por ejemplo, el parentesco consanguíneo o por afinidad en línea recta, el consanguíneo en línea colateral hasta el tercer grado, o con el cómplice en el adulterio.

3. La que los divide en impedimentos dispensables y no dispensables.

a) Dispensables son los que admiten dispensa, que consiste en el acto judicial o administrativo por el cual, en los casos señalados de manera expresa en la ley, se faculta a una autoridad para autorizar la celebración del matrimonio, no obstante la existencia del impedimento. Por ejemplo, la falta de edad legal y el parentesco colateral en tercer grado, el matrimonio del tutor y el curador con la pupila, previa la aprobación de las cuentas de la tutela.

¹⁹ Ibidem. p. 83.

b) No dispensables son todos los impedimentos, salvo los casos señalados por la ley de manera expresa como dispensables. Por ejemplo, el parentesco en línea recta o colateral en segundo grado, la presencia de enfermedades mentales, de enfermedades crónicas e incurables, de igual manera, los vicios como la embriaguez y la drogadicción cuando son incurables y limitan la posibilidad de expresarse por sí mismo o por medio de un apoderado.

“4. La clasificación aceptada generalmente por la doctrina española de acuerdo con Clemente de Diego y José Castán Tobeñas, que los agrupa en impedimentos por falta de aptitud física, por vicios del consentimiento, por incompatibilidad de estado, por parentesco, por delito y por no haber transcurrido el plazo de espera en caso de segundas nupcias.

- a) **Por falta de aptitud física, en nuestro Código Civil para el Distrito Federal se considera: la falta de edad; impotencia incurable para la cópula, anterior al matrimonio (no debe confundirse con la esterilidad o impotencia generatriz, que no es impedimento); embriaguez habitual; uso indebido y persistente de drogas enervantes; enervantes; enfermedades incurables y crónicas, además contagiosas o hereditarias.**
- b) **Por vicios del consentimiento se consideran: la minoría de edad o falta de autorización familiar; alguno de los estados de incapacidad a que se refiere la fracción II del artículo 450, en relación con la fracción X del**

artículo 156 del Código Civil para el Distrito Federal el error en la persona; la violencia física y moral.

c) Por incompatibilidad de estado se consideran: el matrimonio anterior no disuelto; la tutela y la curatela, cuando el pretendiente sea el tutor o curador de la pretensa o cuando algún descendiente de ellos pretenda casarse con la o el pupilo de su ascendiente.”²⁰

d) Por parentesco se consideran: cuando éste sea consanguíneo en línea recta sin límite de grado, o en línea colateral hasta el tercer grado, el parentesco por afinidad en línea recta sin límite de grado (fracción IV del artículo 156), el parentesco civil entre adoptante y adoptado, y el parentesco por adopción equiparable al consanguíneo entre adoptante y adoptado y/o sus descendientes.

e) Por delito se consideran: El adulterio de los que pretendan casarse, cuando se haya probado judicialmente, en lo civil o en lo penal (fracción V del artículo 156); el atentado contra la vida del cónyuge para contraer matrimonio con el que queda libre, haya o no habido acuerdo entre los que pretendan casarse.

f) Por no haber transcurrido el plazo de espera en caso de segundas nupcias: en los casos de viudez, divorcio voluntario y divorcio causal. En la actualidad han sido derogados del Código Civil local los artículos que establecían esos plazos de espera.

²⁰ CASTÁN TOBEÑAS, José. **Derecho Civil Español, Común y Foral**. 2ª edición, Editorial Ángel editor, México, 2000. p. 322.

1.7. Nulidad del matrimonio.

La nulidad es la disolución del vínculo matrimonial por causas anteriores a su celebración o por falta de formalidades en ella. Son causas de nulidad de un matrimonio:

- 1) Que el error sea acerca de la persona con quien se contrae, cuando al entender un cónyuge celebrar matrimonio con persona determinada lo contrae con otra;
- 2) Que el matrimonio se haya celebrado al concurrir algunos de los impedimentos enumerados en el artículo 156; siempre que no haya sido dispensado en los casos que así proceda; y
- 3) Que se haya celebrado en contravención con lo dispuesto en los artículos 97, 98, 100, 102 y 103 del Código Civil para el Distrito Federal.

Sólo puede invocar la nulidad quien señale expresamente la ley, este derecho de acción no se puede transmitir por causa de muerte o por acto ínter vivos.

Se presume que el matrimonio es válido hasta que la sentencia que cause ejecutoria declare lo contrario. Como lo establece el artículo 253 del Código Civil para el Distrito Federal.

Existe una presunción de que el matrimonio se celebró de buena fe. Si es así, producirá efectos hasta que se declare su nulidad, lo cual es una excepción a que los efectos de los actos tanto nulos absolutos como relativos son destruidos

retroactivamente, por lo que podemos concluir que en el matrimonio estamos en presencia de una nulidad especial. No puede celebrarse transacción ni compromiso en árbitros acerca de la acción de nulidad.

Los efectos de la nulidad del matrimonio son:

1) Entre los cónyuges:

- a) Se rompe el vínculo matrimonial;
- b) Si se contrajo de buena fe, produce todos sus efectos mientras dure entre los cónyuges y en todo tiempo a favor de los hijos;
- c) Si ha habido buena fe sólo de uno de los cónyuges, consecuentemente, también produce efectos sólo respecto de él y sus hijos;
- d) Si ha habido mala fe respecto de ambos, sólo produce efectos a favor de los hijos; y
- e) Al presentar la demanda se tomarán las medidas a que se refiere el artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal.

2) Para los hijos: en la sentencia se fijará lo relativo a la guardia y custodia de los hijos, el suministro de sus alimentos y la forma de garantizarlos.

3) En cuanto a los bienes:

- a) En separación de bienes cada cónyuge se queda con lo suyo;
- b) La sociedad conyugal se liquidará conforme a lo dispuesto en el artículo 189, analizado en el capítulo correspondiente;

- c) En cuanto a las donaciones antenuptiales se observará lo dispuesto en el artículo 262 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual establece lo siguiente.

“Artículo 262. Declarada la nulidad del matrimonio, se observarán respecto de las donaciones antenuptiales, las reglas siguientes:

- I. Las hechas por un tercero a los cónyuges podrán ser revocadas;**
- II. Las que hizo el cónyuge inocente al culpable quedarán sin efecto y las cosas que fueron objeto de ellas se devolverán al donante con todos sus productos;**
- III. Las hechas al inocente por el cónyuge que obró de mala fe quedarán subsistentes; y**
- IV. Si los dos cónyuges procedieron de mala fe, las donaciones que se hayan hecho, quedarán a favor de sus acreedores alimentarios. Si no los tienen, no podrán hacer los donantes reclamación alguna con motivo de la liberalidad.”**

El artículo citado, no prevé nada sobre los bienes de los esposos cuando uno de estos posee preferencias sexuales distintas a las de su género y más aún si éste obró dolosa y deliberadamente, al utilizar todas las maquinaciones o artificios para inducir a la otra parte a caer en el error.

En términos generales el Código Civil para el Distrito Federal no precisa en la mayoría de los artículos referidos a la nulidad del matrimonio, lo que debe hacerse e caso de existir homosexualidad de las partes.

1.8. Efectos del matrimonio.

Tradicionalmente, los efectos del matrimonio que hacen al estado matrimonial se han dividido en: 1) efectos respecto de las personas de los cónyuges; 2) efectos respecto de los bienes de los esposos, y 3) efectos respecto de las personas y bienes de los hijos.

Opinan al respecto los autores ya citados Baqueiro Rojas y Buenrostro Báez Rosalía lo siguiente:

- 1. “Respecto de los cónyuges. Los derechos, los deberes y las obligaciones que nacen del matrimonio son recíprocos e iguales para ambos. Los principales se agrupan en: deber de cohabitación, deber de ayuda mutua, débito carnal, en su caso, reproducción asistida, así como el deber de fidelidad.**
- a) El deber de cohabitación en el domicilio conyugal constituye la esencia del matrimonio, pues implica un género de vida en común que no podría realizarse si cada esposo viviera por separado. Obliga a que ambos vivan bajo el mismo techo y compartan mesa y lecho, los cuales ponen de manifiesto la convivencia conyugal.”²¹**

Al respecto, el Código Civil para el Distrito Federal (artículo 163) dispone que los esposos deben vivir juntos en el domicilio conyugal. Todo pacto en contrario se opone a los fines del matrimonio y es, por lo tanto, nulo. La

²¹ BAQUEIRO ROJAS, Edgard y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía. Op. cit. p. 92.

cohabitación es un deber y un derecho, derecho de un cónyuge y obligación del otro, recíprocamente.

El Código Civil local no prevé que uno de los cónyuges impida al otro el acceso al hogar previamente establecido, tampoco prevé el medio de obligar al ausente a incorporarse al domicilio común. Pese a ello, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en su artículo 215, sí dispone la obligación de reintegración al domicilio conyugal del cónyuge que se ha separado del mismo por autorización del Juez Familiar cuando, vencido el plazo concedido como medida prejudicial para la preparación de la demanda, querrela o denuncia en contra del otro cónyuge, éstas no se realicen; de lo que se concluye que si en tal supuesto existe facultad expresa del juzgador para exigir la reintegración al hogar del cónyuge separado, con mayor razón procede exigirla cuando la salida del mismo es injustificada.

Al tenor de la fracción VIII del artículo 267 del citado ordenamiento sustantivo es causal de divorcio la separación injustificada de la casa conyugal por más de seis meses.

Los autores ya señalados anteriormente precisan que:

“La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que el uso de la fuerza sería contrario a la dignidad humana, ya que el matrimonio no podrá

restringir la libertad de cualquiera de los cónyuges, obligándolo a convivir sin su voluntad al lado del otro.”²²

- b) El deber de ayuda mutua es correlativo al deber de convivencia, y corresponde a uno de los fines de mayor trascendencia del matrimonio. Implica el deber de socorro que ha de existir entre los esposos. El contenido primordial de este deber reside en la obligación alimentaria recíproca. Para cumplir con él, los cónyuges deben contribuir económicamente al sostenimiento del hogar de la forma que libremente lo establezcan, según sus posibilidades. El monto de lo aportado a tal sostenimiento no altera la igualdad que debe existir en relación con la autoridad familiar, aun en el caso de que uno solo de los esposos aporte la totalidad de los gastos, por convenio o porque el otro se encuentre imposibilitado para trabajar y no cuente con bienes propios. Los derechos, los deberes y las obligaciones derivadas del matrimonio son iguales para los cónyuges, independientemente de su aportación económica. La ley concede derecho preferente a los cónyuges sobre los ingresos del otro para el sostenimiento de la familia.

La ayuda mutua también implica la administración y dominio de los bienes comunes, administración que recae en ambos cónyuges o según lo establecido en las capitulaciones matrimoniales. Sin embargo, es importante señalar que cada uno de los cónyuges es libre administrador de sus bienes propios sin que pueden cobrar los servicios que para ello se presten.

²² Ibidem. p. 94.

En el matrimonio, los esposos gozan de autoridad, consideraciones, deberes, derechos y obligaciones iguales. Además, todo lo conducente al manejo del hogar, la formación y educación de los hijos, así como la administración de los bienes de éstos, tiene que ser resuelto de común acuerdo. En el matrimonio, los cónyuges gozan de igualdad jurídica y, por ello, en nuestro actual sistema jurídico se desconoce la llamada autoridad familiar, que en otros sistemas jurídicos y sociales se concede al marido (potestad marital).

- c) El débito carnal es uno de los principales y más importantes efectos del matrimonio, pues constituye su esencia junto con la ayuda mutua para realizar la comunidad de vida, ya que implica los actos propios y necesarios para la perpetuación de la especie, considerada ésta por el Código Civil local como uno de los fines primordiales del matrimonio. Así, cualquier pacto en contrario respecto a este efecto se tendrá por no puesto.

Los cónyuges deben decidir de común acuerdo el número y espaciamiento de los hijos. La ley no prevé la solución en caso de controversia; consideramos que no se podría obligar a ninguno de los esposos a tener más hijos de los que cada uno desee, aunque el otro pretendiera un número mayor.

El amor no puede ser regulado jurídicamente y, por lo tanto, cada pareja es libre de practicarlo de la forma en que lo juzgue pertinente. Sin embargo, la negativa al trato carnal entre los cónyuges se considera una injuria grave que se sanciona con el divorcio.

- d) El deber de fidelidad comprende la obligación de abstenerse de la cópula con una persona distinta del cónyuge. Su violación constituye adulterio, que se sanciona con el divorcio. Este deber sustenta no sólo la estructura monogámica del matrimonio en nuestra sociedad, sino también el cumplimiento de otro de los fines del mismo, a saber, el respeto recíproco.

El Doctor en Derecho, Julián Güitrón Fuentevilla afirma lo siguiente:

“La fidelidad, constituye la más plena manifestación del respeto mutuo que se deben los cónyuges, significa la exclusividad sexual entre ellos. En este sentido, el matrimonio supone la necesidad de una conducta decorosa, de tal suerte que no implique ataques a la dignidad y a la honra del otro cónyuge. Tal conducta se exige en forma recíproca para ambos esposos. Cualquier conducta de actividad sexual extramarital, aun cuando no llegue al adulterio, puede constituir una injuria grave a la pareja; por ello los casados no pueden tener novio o novia. El incumplimiento de este derecho y deber, cuando constituye adulterio, también es considerado injuria grave que se sanciona con el divorcio, (fracción I del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal).”²³

2. Los bienes de los esposos, así como de las personas y bienes de los hijos, como efectos del estado matrimonial, se estudiarán en temas posteriores; los primeros en los regímenes patrimoniales y los segundos en la filiación.

²³ GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. **¿Qué es el Derecho Familiar?** Vol. II. 4ª edición, Editorial Promociones Jurídica y Culturales, México, 2003. p. 199.

En nuestra legislación civil, el matrimonio produce otros efectos, además de los fundamentales aquí mencionados. Éstos son: la emancipación de los menores de edad, la adquisición de la nacionalidad mexicana, el derecho de sucesión, la tutela legítima del cónyuge que caiga en interdicción, la suspensión de la prescripción de las acciones y los derechos que tenga un cónyuge en relación con el otro mientras dura el matrimonio, las prestaciones derivadas de la seguridad social, el mandato conyugal tácito y el nombre de la mujer casada.

CAPÍTULO 4

EL DOLO EN EL MATRIMONIO CUANDO UNO DE LOS CÓNYUGES TIENE PREFERENCIAS SEXUALES DIFERENTES A SU GÉNERO

En este capítulo, trataremos de precisar la consecuencia jurídica que trae cuando en el matrimonio, uno de los cónyuges, a través del tiempo de convivencia o después de celebrado este acto jurídico demuestra o se le comprueba, por su comportamiento y otras actitudes que tiene preferencias sexuales diferentes a su género. ¿Qué pasaría con dicho acto? Tendría validez dicho matrimonio o estaría afectado de nulidad absoluta o relativa y más aún que ha hecho el legislador y juzgador al respecto; estas y otras incógnitas, será despejadas a lo largo del presente capítulo.

4.1. Trascendencia Jurídica del cónyuge que actúa con dolo al celebrar el matrimonio.

A efecto de comprender adecuadamente el tema en estudio, podemos decir que el dolo, es toda conducta intencionadamente mala y desleal que produce un daño ilícito. Es el grado máximo de la culpa en sentido lato, pues implica la intención de dañar.

Es también etimológicamente equivalente a engaño, fraude e incumplimiento.

Al respecto, el autor Baqueiro Rojas lo define como:

“Toda astucia, mentira o maquinación empleada para sorprender, engañar o defraudar a otro. Vicio de la voluntad consistente en sugerencias, maniobras, maquinaciones o artificios conducentes a inducir o mantener en el error al autor o parte de un acto jurídico, ya provenga de alguna de las partes, ya que de un tercero.”¹

El vicio en realidad es el error, el dolo es la forma de inducirlo. Llamamos dolo bueno a aquellas maquinaciones normales en el comercio para realizar las cualidades del objeto o las ventajas de la celebración del acto sin que afecten el motivo determinante de la voluntad en la celebración del acto.

El concepto de dolo puede aplicarse tanto en los casos de responsabilidad extracontractual como en los casos de ilícito civil derivado del incumplimiento de los contratos y en ambos casos el concepto de dolo se ubica dentro de la culpabilidad, o sea, como el grado máximo de culpa.

El dolo, lo considera el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 1815, como una forma de inducir al error y constituye un vicio de la voluntad que produce la nulidad del acto jurídico, lo define como cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; aquí el vicio de la voluntad es el error, el dolo es el medio de que se vale uno de los contratantes, ambos o un tercero para inducir a la celebración del acto jurídico,

¹ BAQUEIRO ROJAS, Edgard. **Derecho Civil. Biblioteca Diccionarios Jurídicos Temáticos**. Vol. I. 10ª edición, Editorial Harla, México, 2000. p. 39.

si no se produce el error no puede haber dolo, las maquinaciones por sí solas no son causa de nulidad del contrato. Si solo una de las partes se conduce con dolo o lo hace un tercero el acto será nulo, pero si ambos contratantes se condujeron dolosamente ninguna puede alegar la nulidad.

El mismo autor, Baqueiro Rojas señala lo siguiente:

“En la responsabilidad extracontractual, los poseedores y administradores cuyo título no sea derivado de un contrato responden de su dolo y culpa; así el tutor respeto de los bienes del pupilo, el poseedor por el deterioro y pérdida de la cosa, el usufructuario cuando la cosa es de los que se deterioran por el uso y en todos los casos en que los derechos del propietario sean perturbados y el usufructuario no lo hace saber al propietario para que esté en posibilidad de defender sus derechos y sufra perjuicios por el dolo pasivo del usufructuario.”²

En los contratos, el incumplimiento implica un ilícito que de causar daños deben ser reparados por el deudor, especialmente si hubo dolo de su parte cuando el responsable voluntariamente destruyó o deterioró la cosa debida.

Además del efecto que el dolo como vicio de la voluntad produce en la validez del acto jurídico, es causa de incapacidad para heredar si se usare como medio para que una persona haga, deje de hacer o revoque su testamento.

² Ibidem. p. 40.

En el caso del matrimonio, como éste es un acto jurídico en caso de celebrarse bajo estas circunstancias dicho acto, deberá ser afectado de nulidad e inexistencia por falta del objeto ya que uno de los cónyuges no sabía de las preferencias sexuales del otro y el otro, que si sabía de dichas debilidades, no hizo nada para enterar al otro de tal desviación. Este tipo de vicios que se presentan al expresar la voluntad en el matrimonio, no hubiera sido manifestada, de saber lo oculto de las preferencias sexuales de uno de los contrayentes.

Por lo expuesto, y a efecto de evitar controversias innecesarias por este tipo de nulidad. Consideramos, que el cónyuge culpable, pierda todos sus derechos a favor del cónyuge inocente y que se regule tal conducta en el Código Civil para el Distrito Federal.

4.2. Comentarios a los artículos 2° y 6° del Código Civil para el Distrito Federal.

Los artículos de referencia, establecen en su cuerpo legal lo siguiente.

“Artículo 2. La capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer. A ninguna persona por razón de edad, sexo, embarazo, estado civil, raza, idioma religión, ideología, orientación sexual, color de piel, nacionalidad, origen o posición social, trabajo o profesión, posición económica, carácter físico, discapacidad o estado de salud, se le podrá negar un servicio o prestación a la que tenga derecho, ni restringir el ejercicio de sus derechos cualquiera que sea la naturaleza de estos”.

En relación con este artículo existe similitud con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos artículos 1° y 2° y el 2° en el Código Civil Federal donde se establece lo siguiente.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

“Artículo 4, párrafo 2. El varón y la mujer son iguales ante la ley”.

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

“Artículo 1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Artículo 2.

“1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. 2. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se

trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía”.

Código Civil Federal.

“Artículo 2. La capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer; en consecuencia, la mujer no queda sometida, por razón de su sexo, a restricción alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos civiles”.

Como podemos ver el artículo 2° del Código Civil para el Distrito Federal, establece la igualdad en la capacidad jurídica, la cual no podrá restringirse en razón de la edad, sexo estado civil, raza, idioma, religión, color de piel, ideología, ni negar un servicio por tal situación pero si, se podrá invocar la nulidad o sancionarse cuando por tal hipótesis se trasgredan derechos de tercero o se altere el orden público.

En relación con lo citado, el artículo 6° del Ordenamiento Civil para el Distrito Federal establece lo siguiente.

“Artículo 6. La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero”.

Se entiende por derecho privado el conjunto de normas que regulan las relaciones jurídicas entre personas que se encuentran legalmente consideradas en una situación de igualdad, en virtud de que ninguna de ellas actúa, en dichas relaciones, investida de autoridad estatal.

Si la renuncia a un derecho privado no afecta el interés público ni perjudica en el tercero, la misma es válida, por ser principio jurídico reconocido que la voluntad de las partes es la suprema ley de los contratos.

Después de esta breve aclaración, es pertinente mencionar que cuando un individuo tiene preferencias sexuales diferentes a su género, el delito, no es tenerlas sino, no manifestarlas abiertamente, para que, en caso de contraer matrimonio, la otra parte, sepa de ésta, y mañana o pasado, no se sorprenda de tal situación, y más aún, se ponga o se haga constar en el acta de matrimonio dicha circunstancia. Porque, de acuerdo al artículo 6° del Código Civil para el Distrito Federal el callar que se tiene determinada preferencia sexual en un futuro si se estaría perjudicando a terceras personas.

Para ejemplificar adecuadamente lo que estipula el artículo 6° en cita será pertinente mencionar que la paternidad es irrenunciable. Tal irrenunciabilidad es evidente y encuentra su fundamento en dos ideas cardinales: la primera es que la patria potestad no constituye un genuino y propio derecho subjetivo o poder jurídico que se atribuye al titular para la consecución o logro de su interés, sino que, por el contrario, constituye una función jurídica o potestad. Frente a los

derechos subjetivos, las potestades son poderes jurídicos que se atribuyen a una persona, no para que ésta realice a través de ellos sus propios intereses, sino el interés de otra u otras personas. Confluyen, por ello, o de obligatoriedad en el ejercicio. La regla del artículo 6º del Código Civil (renunciabilidad de los derechos privados) es plenamente aplicable a los derechos subjetivos, pero, en cambio, no lo es a aquellas situaciones de poder jurídico que deben ser incluidas dentro del marco técnico de las potestades. El segundo fundamento de la irrenunciabilidad de la patria potestad se encuentra en el hecho de que de renunciarse a esa potestad, ello se haría, indudablemente, contra el orden público y en perjuicio de tercero, entendido el orden público como el conjunto de principios con arreglo a los cuales se organizan las instituciones sociales básicas. Desde este punto de vista no cabe duda de que constituye un principio general de nuestro derecho el del carácter tutelar de la patria potestad. Por otra parte, la renuncia siempre se produciría en perjuicio de tercero, cuyo tercero que es el hijo, a quien perjudica indudablemente, el que el padre o la madre se liberen de aquellos deberes que la potestad paterna les impone.

A manera de resumen se puede decir que existen normas taxativas y normas dispositivas. Las primeras no admiten pacto en contrario, mientras que las segundas sólo se aplican en caso de que los particulares hayan dejado de prever ciertas circunstancias en los contratos, como el hecho de no establecer el domicilio donde han de cumplirse con los deberes, al ser la ley quien establece tal olvido.

1.3. Criterios Jurisprudenciales al respecto.

“FRAUDE O DOLO CIVIL Y FRAUDE O DOLO PENAL. DISTINCIÓN ENTRE.

Hay que distinguir el fraude o el dolo civiles, que otorgan simplemente a la persona lesionada una acción de reparación del perjuicio del fraude penal o dolo penal, que hace incurrir, además, al que lo emplea, en una pena pública. Aun cuando se ha sostenido que la ley penal hace delito de todo atentado a la propiedad cometido por sustracción, engaño o deslealtad, y abandona al derecho civil la materia de las convenciones cabe observar que el legislador también ha considerado el interés de proteger a la sociedad de quienes atacan el patrimonio de las personas y se aprovechan de la buena fe de éstas, su ignorancia o el error en que se encuentran, y otorga la tutela penal al establecer tipos de delito que protejan a la sociedad y repriman esas agresiones, aunque se utilicen sistemas contractuales como medios para enriquecerse ilegítimamente u obtener un lucro indebido. Por ello se ha expresado que si bien es verdad que la voluntad de las partes es soberana para regir las situaciones que han creado por virtud del contrato, la responsabilidad que de él deriva está limitada con relación a las exigencias del orden público, tal como la tutela penal a cargo del Estado. Así, cabe distinguir: la represión penal se funda en el carácter perjudicial del acto desde el punto de vista social. Su objeto es que se imponga una pena. La responsabilidad civil se funda en el daño causado a los particulares, y su objeto es la reparación de este daño en provecho de la persona lesionada, al poder un hecho engendrar tanto responsabilidad civil como penal. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO”.

VI.2o. J/146

Amparo en revisión 295/94.-Raymundo Varela Porquillo.-7 de septiembre de 1994.-Unanimidad de votos.-Ponente: Clementina Ramírez Moguel Goyzueta.-Secretario: Gonzalo Carrera Molina. Amparo directo 570/93.-José Juan García de Gacón.-29 de septiembre de 1994.-Unanimidad de votos.-Ponente: Clementina Ramírez Moguel Goyzueta.-Secretario: Gonzalo Carrera Molina. Amparo en

revisión 446/96.-Rogelia Sanluis Carcaño.-19 de septiembre de 1996.-Unanimidad de votos.-Ponente: Clementina Ramírez Moguel Goyzueta.-Secretario: Gonzalo Carrera Molina. Amparo en revisión 13/97.-Ricardo Serrano Lizaola.-6 de febrero de 1997.-Unanimidad de votos.-Ponente: Gustavo Calvillo Rangel.-Secretario: José Mario Machorro Castillo. Amparo directo 339/98.-Ricardo Sergio de la Llave del Ángel.-20 de agosto de 1998.-Unanimidad de votos.-Ponente: Carlos Loranca Muñoz.-Secretario: Gonzalo Carrera Molina.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. **Fuente:** Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo VIII, Septiembre de 1998. Pág. 1075. **Tesis de Jurisprudencia.**

Como podemos ver, por medio de esta tesis jurisprudencial, tanto de materia civil como la penal, tratan de proteger a las partes del dolo de una de ellas, cuando por esta actitud, se pretendan enriquecer al aparentar conductas que no existen o pretender que la otra parte, se divorcie y comparta sus bienes con el cónyuge culpable.

El derecho en su afán proteccionista, emitió la siguiente tesis aislada, para proteger a las partes de calumnias, cuando estas son solo eso y se pretenda por medio de ellas divorciarse. Por ello emitió lo siguiente.

“DIVORCIO. PARA QUE SE CONFIGURE LA CAUSAL PREVISTA EN LA FRACCIÓN XV DEL ARTÍCULO 454 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE PUEBLA, NO SE EXIGE QUE EN EL ANTERIOR JUICIO DE DIVORCIO SE HAYA ESTUDIADO EL FONDO DEL ASUNTO. El artículo 454, fracción XV, del Código Civil para el Estado de Puebla dispone: "Son causas de divorcio: ... XV. Injuriar un cónyuge a otro, por escrito, en un juicio de nulidad de matrimonio o de divorcio, o imputar uno a otro, en tales juicios, hechos vergonzosos que afecten al decoro, honor o dignidad, cuando las injurias o imputaciones hagan imposible la

vida en común.". De lo anterior se advierte que en dicho precepto no se exige que para que se configure dicha causal el juzgador que haya conocido del anterior juicio de divorcio, en el que se afirma se profirieron en contra de alguno de los cónyuges, hechos vergonzosos, haya estudiado el fondo del negocio".

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEXTO CIRCUITO.

VI.1o.C.55 C

Amparo directo 281/2002. Asención Macuil Sauce. 25 de octubre de 2002. Mayoría de votos. Disidente: Alejandro Sánchez López. Relator de la mayoría: Rosa María Temblador Vidrio. Secretario: Raúl Martínez Martínez.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. **Fuente:** Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Epoca. Tomo XVII, Febrero de 2003. Pág. 1050.

Tesis Aislada.

Como podemos ver, con esta tesis aislada se protege a las partes de calumnias o acusaciones infundadas que tengan por objeto poner en peligro los valores morales y jurídicos antes mencionados.

“REVISIÓN OFICIOSA DE LA SENTENCIA DE NULIDAD DE MATRIMONIO, EFECTOS JURÍDICOS DE LA. Si en la sentencia de primera instancia se omitió resolver lo relativo a los efectos de la procedencia de la acción de nulidad de matrimonio, con relación a la obligación alimentaria, a la situación de los hijos, a los bienes comunes, corresponde al tribunal de segunda instancia, en la revisión oficiosa de la sentencia de primer grado, avocarse a su estudio y precisar su alcance. Esto es, si los cónyuges contrajeron de buena o mala fe el matrimonio; los efectos jurídicos de tal conducta, con respecto al vínculo que se declara nulo y a los bienes comunes, así como determinar la situación jurídica de los hijos procreados en el matrimonio”.

3a.

Amparo directo 8086/81. Guadalupe Mejía Paredes. 18 de noviembre de 1982. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Gloria León Orantes. Secretario: Héctor Federico Gutiérrez de Velasco Romo.

Instancia: Tercera Sala. **Fuente:** Informes, Séptima Época. Informe 1982, Parte II. Pág. 95. **Tesis Aislada.**

Para el caso que nos ocupa, si el juzgador decide que automáticamente, el cónyuge culpable pierda todos sus derechos, deberá dejar subsistentes sus obligaciones.

“**MATRIMONIO, MALA FE EN EL.** La mala fe no debe apreciarse sólo con punto de referencia al otro consorte, sino a la sociedad, a las autoridades y a la descendencia, afectadas con declaraciones mendaces. En todo esto no sólo van en juego los intereses particulares sino el orden público, presente siempre en las relaciones familiares”.

3a.

Amparo directo 6281/54. María Ramos. 13 de enero de 1958. Mayoría de 3 votos.

Instancia: Tercera Sala. **Fuente:** Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época. Volumen XII, Cuarta Parte. Pág. 233. **Tesis Aislada.**

De lo anterior, se considera que, para acreditar el dolo de una de las partes en el matrimonio será necesaria la presencia de elementos, que prueben la intención dolosa del acusado. Por lo mismo, el juzgador deberá examinar en cada caso, todos los medios de prueba para acreditar que el acusado ya era homosexual, desde antes de que se celebrará dicho acto.

De no observarse lo anterior, sería una grave injusticia y una falta de equidad, que la conducta meramente defensiva de uno de los cónyuges, que acude a denunciar hechos lesivos de su persona o de sus derechos, sin intención dolosa, pudieran argüirse en su contra, para obtener que sea declarada culpable de la causal de divorcio de acusación calumniosa y privarla de pensión alimenticia y aun de la patria potestad, sobre los hijos que hubiere, como igualmente censurable sería, que para admitir la procedencia de la disolución del matrimonio, por esa misma causa, se exigiera la existencia de una sentencia absolutoria, firme, pasada en autoridad de cosa juzgada, respecto del delito imputado por el cónyuge denunciante o querellante, en contra del otro, de todo lo cual ha concluido que para la procedencia de la causal de divorcio de referencia, debe atenderse en cada caso a los elementos probatorios que se rindan y apreciarlos con sumo cuidado y discreción, a fin de admitir o rechazar, que haya existido intención dolosa, malévola, de afrentar y causar deshonor al cónyuge acusado, que produce entre ellos, una situación de profundo distanciamiento, que hace ya imposible la vida en común.

1.4. La indisolubilidad del matrimonio desde el punto de vista religioso.

El funcionamiento de la indisolubilidad del matrimonio tiene su base en el Nuevo Testamento, puesto que con anterioridad el Viejo Testamento hay hechos evidentes de lo contrario.

Con la creación del Nuevo Testamento son cuatro los autores que hablan del matrimonio: San Mateo, San Lucas, San Marcos y San Pablo.

En conclusión, el principio de la indisolubilidad del vínculo matrimonial nunca ha sido absoluto, en el acontecer histórico de la humanidad.

La actitud actual de la iglesia según las declaraciones del Vaticano y de las Conferencias Episcopales, es que han ratificado que sólo el matrimonio consumado puede ser disuelto por la muerte.

Sin embargo, opina Jiménez Rueda Julio que se pueden hacer las siguientes consideraciones al respecto:

- “1) De los autores en el Nuevo Testamento que hablaban del matrimonio dos de ellos (San Marcos y San Lucas) consideran la posibilidad de excepciones al principio de indisolubilidad del matrimonio.**
- 2) La iglesia primitiva reguló el divorcio por determinadas causas, además de que nunca sostuvo la postura de no poder disolver este vínculo.**
- 3) En el Nuevo Testamento no se habla en particular del tema, la Santa Sede en consideración de la potestad de atar y desatar que a San Pedro le fue otorgada por Cristo, se ha reservado el privilegio de dispensar.**
- 4) El Canon 1,119 contempla dos en el que el matrimonio no consumado puede disolverse, en el primer supuesto es que uno de los cónyuges profese como religioso al hacer votos solemnes, ya que desde el momento de profesar tales votos se disuelve el vínculo, lo desee o no el otro cónyuge. En segundo supuesto es en atención a la dispensa que**

otorga la Santa Sede, precisándose únicamente justa causa a solicitud de ambas partes, aunque haya oposición por parte de alguno de los consortes.

- 5) Existe la posibilidad de disolver el matrimonio consumado, de acuerdo con el Canon 1,120 que dice: el matrimonio legítimo entre no bautizados, aunque sea consumado, se disuelve a favor de la fe el privilegio Paulino.
- 6) Es un hecho innegable de que no existe un principio absoluto de indisolubilidad y por ello, las autoridades eclesíásticas concurrieron al Concilio de Vaticano II, con la propuesta de dispensar el matrimonio en determinadas circunstancias, por ejemplo el abandono.
- 7) En atención a las consideraciones de la Iglesia Católica se puede afirmar que no hay un cuestionamiento de un matrimonio completamente indisoluble ya que, en la actualidad no se puede desconocer las realidades imperantes y por lo tanto, se debe de armonizar los criterios del orden religioso con las necesidades y condiciones actuales, y de esta forma compensar los errores, faltas y sufrimientos que no merecen determinadas personas por encontrarse unidas por el vínculo matrimonial”.³

Sánchez Medal considera que:

“La legislación mexicana respecto a la indisolubilidad del matrimonio se basa en dos principios, pero según él son opuestos, aunque se conjugan

³ JIMÉNEZ RUEDA, Julio. *Las Constituciones de la Antigua Universidad*. 3ª edición, Editorial UNAM, México, 2001. p. 216.

entre sí, el principio de la libertad contractual y el principio de la conservación del matrimonio”.⁴

En el primer principio, que es la libertad del matrimonio civil presenta en nuestro derecho civil distintas manifestaciones por lo que corresponde a la celebración del matrimonio, su convivencia dentro de él como también para disolverlo o mantener el mismo.

Así tenemos que la libertad para contraer matrimonio está consagrada en el artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal que a la letra dice:

“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”.

Existe hoy la libertad recíproca para establecer y regular el contenido del matrimonio civil, puesto que ahora, son los pactos de los consortes los encargados dividir las obligaciones del hogar, en virtud de que son ellos los que eligen un determinado régimen de bienes, lo relativo al cuidado y educación de los hijos por ser ambos titulares de la patria potestad de sus descendientes y por haberse suprimido el débito conyugal, en razón de que ahora, deciden la ocasión y las condiciones de las relaciones sexuales entre ellos.

⁴ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. **De los Contratos Civiles**. 8ª edición, Editorial Porrúa, México, 2000. p. 341.

Para concluir, la libertad para disolver y conservar los matrimonios en la que hay causa legal de divorcio, los preceptos jurídicos no imponen éste a los cónyuges desavenidos como alternativa única, tampoco como solución deseable, sino que siempre se basa en la voluntad de los consortes, ya sea el consentimiento recíproco en el divorcio voluntario o sólo la voluntad unilateral del cónyuge en el divorcio voluntario necesario.

El segundo principio que es el de la conservación del matrimonio protegido y aceptado por la jurisprudencia y la legislación, donde ambas dificultan la disolución del matrimonio pues su finalidad es salvar las buenas costumbres del matrimonio y de la familia.

El autor Lozano Ramírez Raúl, afirma que:

“Las buenas costumbres contempladas en los numerales que señala el Código Civil (1830, 1831, 1910 y 1943) son principalmente las buenas costumbres de la moral sexual, mismas que están sometidas por tres principios fundamentales según consideraciones de Ripert y son:

- 1. El legislador ha comprendido que es preciso acudir a la ley moral para completar sus textos que apelan a las buenas costumbres.**
- 2. Subsiste la vieja ley moral que condena la obra de la carne fuera del matrimonio, es decir, el concubinato y los prostíbulos.**
- 3. Los tribunales tiene confiada la elevada función de reconocer y asegurar en las relaciones sexuales esa vieja regla moral”.**⁵

⁵ LOZANO RAMÍREZ, Raúl. Op. cit. p. 139.

En el año de 1967 se realizó una importante reforma al artículo 107 de la Constitución en su fracción V, en la que se concede competencia preferente a la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia de amparos directos “contar sentencias directas en controversias sobre acciones del estado civil o que afecten el orden y la estabilidad de la familia”.

Por lo tanto, se quiso garantizar en nuestro orden jurídico la unidad y equilibrio como la respetabilidad de las decisiones judiciales por lo que respecta a la familia y al matrimonio, así como a las buenas costumbres de la moral sexual.

1.5. Cómo debe actuar el cónyuge cuando se da cuenta de las verdaderas preferencias sexuales de su pareja.

Consideramos que este tópico es sumamente delicado y más que nada personal, pero desde el punto de vista jurídicos se debe estar a la vanguardia y sugerir las propuestas de solución de dicha problemática.

En primer lugar, sería recomendable, que el cónyuge inocente, tome las cosas con calma y hacer visión retrospectiva hacia el pasado, para darse cuenta que no eligió bien, pero más viable será proceder a buscar la solución, ya que de acuerdo a la sociedad en que vivimos, no se está preparado ni cultural, ni psicológicamente para enfrentar dicha problemática por que, 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 admite una pluralidad de concepciones de libertad sexual (frente al anterior de moral sexual), a la que se imponen 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 consideramos en primer lugar a los adolescentes, que viven 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 le acusa de motivar, por su forma de vestir o actuar, dicho acto lo mismo en el acoso sexual, marca segrega (muchas veces verdaderamente, no se da posibilidad de responder) a todo aquel que se anima a vivir en forma diferente a lo que marcan las normas y costumbres.

Por lo anterior, consideramos que desde el punto de vista jurídico, la homosexualidad, cuando esta se oculta para contraer matrimonio, debe ser sancionada al abusar de la buena fe de una de las partes, insistimos, no se castiga o sanciona ser homosexual, sino, ocultarlo, o no mencionar sus preferencias sexuales distintas a su género a pesar de ser éstas 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 más indefenso de la sociedad que es el niño, razón por la cual, el derecho no debe ser pasivo ante esta situación.

1.6. El actuar del Juzgador al respecto.

Como se sabe, la justicia es el último fin del derecho, podrá pasar en su evolución histórica, por todas las formas o modalidades que se quiera, pero en su esencia, ha sido y será el sustento de toda evolución jurídica; la justicia es la concreción de la voluntad de dar a cada quien lo suyo, funciona excelsa de la equidad; para ello se requiere, además de cualidades como vocación, apostolado, pasión de jurista y dedicación de tiempo completo.

En el Derecho no sólo hay que ver un conjunto de órdenes, prohibiciones y mandatos, sino también un deseo de conseguir justicia. Por ello, es necesario distinguir con claridad entre derecho y poder. Entre derecho y arbitrariedad, los juristas deben sentirse no sólo servidores del derecho, sino también servidores de la justicia.

La justicia y los demás valores inherentes a ésta deben suministrar la orientación del derecho, y lo que el derecho debe proporcionar es, precisamente, seguridad en lo justo. La flexibilidad interpretativa es riesgosa. La crisis de la justicia puede ser no sólo funcional, sino también de resultados.

La administración de justicia requiere de la integridad de quienes la aplican.

Precisa Campillo Sainz José que para Aristóteles la justicia conmutativa es:

“La tarea y oficio del Juez para dar a cada uno lo que más pueda aproximarse a lo que le pertenece, la justicia distributiva es la función del legislador: a cada uno con arreglo a sus méritos o merecimientos. Y habría

una tercera justicia, la social: a cada uno según sus necesidades, que correspondería decidir a los poderes Legislativo, Judicial y al Ejecutivo. La justicia es el cimiento del Estado moderno. La justicia debe ser la más fiel realización del derecho.”⁶

De ahí que la tarea que se confiere a los Jueces como Juzgadores, es decir, el derecho, para que este sea trascendente. También el de aplicar la norma jurídica al caso concreto como acción del Juzgador, requiere de muy diversas cualidades: el conocimiento adquirido en las aulas, para revitalizar constantemente con el estudio y la práctica profesional; la serenidad, producto del equilibrio de nuestras pasiones, al asimilar las positivas y desechar las negativas; la probidad, cuestión de principio, implícita en la personalidad del ser y que debe de manifestarse de continuo, en todos nuestros actos, en nuestra vida pública y privada, en nuestras sentencias; la imparcialidad, que sólo puede ser producto de juicios críticos racionales reflejados en las decisiones que dictemos, y la sensibilidad, que no debemos olvidar, puesto que en la frialdad de la aplicación de la norma no debemos desatender que se juzga a seres humanos.

Cuando los individuos están de acuerdo y no hay oposición, ni pugna entre ellos, basta su juicio particular acerca de lo que es justo; es decir, acerca de lo que es conveniente para igualarlos y ordenarlos entre sí, pero cuando ese acuerdo no se logra, se hace necesario el juicio público, que es de la competencia del órgano jurisdiccional.

⁶ CAMPILLO SAINZ, José. **Introducción a la Ética Profesional del Abogado**. 4ª edición, Editorial Porrúa, México, 2003. p. 62.

Cualquiera que sea el proceso de que se trate, presupone la coexistencia de varias personas, independientemente del objeto o contenido. Entre estos sujetos, el Juez o Tribunal ocupan un plano relevante respecto de las partes, son principales y necesarios el Juez y las partes y hay otros que son accesorios o secundarios. El Juez es el órgano que encarna la jurisdicción. Ha sido puesto por el Estado para administrar justicia.

Un Poder Judicial dinámico, intelectualmente despierto, profesionalmente activo y necesariamente honesto, garantiza el régimen de nuestro Estado de Derecho, en que la ley es rectora y que mediante la intervención de la autoridad jurisdiccional, en su acto de aplicación con motivo de una controversia, la transforma en derecho cierto y concreto.

La facultad de juzgar, considerada en abstracto, es lícita, y se deduce del hecho de que el juicio es el principal acto de una virtud tan excelsa como la justicia misma.

La misión del Juez es en extremo ardua, no siempre se aprecia hasta qué punto llega a serlo en determinados casos, y contra cuántas dificultades tiene que luchar para cumplir su misión. Por ello, para que un Juez cumpla con las funciones que le son encomendadas debe poseer las condiciones físicas y morales para llevar a cabo su misión, no solamente el vigor físico, la salud, el celo, sino también los conocimientos jurídicos amplios y en constante renovación. El Juez necesita hallarse dotado de habilidad y perspicacia, pues no son pocos los interesados en engañarlo durante el procedimiento.

Hablamos de su cultura porque creemos que ésta debe ser muy amplia, que abarque conocimientos en distintas áreas del saber así como de innumerables ciencias auxiliares del derecho.

El mismo autor Campillo Sainz señala que un célebre maestro de la universidad de Graz aconsejaba que:

“Sólo se designase para Juzgador a aquellos jurisconsultos que acreditasen previamente poseer conocimientos jurídicos y que tuvieran una cultura completa, además de que tendrían que consagrar su actividad al ejercicio y perfeccionamiento de la función que se le encomienda y aumentar el caudal de su experiencia en todos los momentos de su vida.”⁷

Para realizar la función de juzgador, la persona seleccionada tiene que estar dotada de una suma de buenas condiciones exigibles a los seres humanos. Este tipo ideal debe contar con una inteligencia clarísima, celo incansable, abnegación completa, perseverancia a toda prueba, gran penetración del intelecto y conocimiento de los hombres, de sus pasiones, amén de una cultura completa en los diferentes ramos del saber humano. Esas dotes si no se alcanzan en grado eminente de perfección, al menos en el justo medio indispensable para el buen cumplimiento de la misión que se le encomienda.

Una cualidad indispensable, ingénita, añaden algunos, según el autor Ignacio Burgoa Orihuela es:

⁷ Ibidem. p. 64.

“La de que el Juez debe de hallarse dotado de gran energía y firmeza de ánimo, pues estamos convencidos también de que nada denigra más a la administración de justicia que un funcionario débil o indolente. Existe un principio que dice: si te sientes débil, no seas Juez; más si lo eres, sé enérgico y firme.”⁸

Para desempeñar la función de juzgador, el Juez debe reunir además de los requisitos formales que establecen las leyes, el saber jurídico, la vocación para el ejercicio de cargo y la probidad moral.

Calamandrei afirmaba en su Elogio de Jueces, según Burgoa Orihuela lo siguiente:

“El Estado siente como esencial el problema de la elección de los Jueces, porque sabe que les confía un poder mortífero que, mal empleado, puede convertir en justa la injusticia, obligar a la majestad de la ley a hacerse paladín de la sinrazón e imprimir indeleblemente, sobre la inocencia, que la confundirá para siempre con el delito.”⁹

Otra cualidad que se le exige al Juzgador es la exactitud y escrupulosidad de sus actos, pues el funcionario judicial debe probar y verificar por sí mismo la certeza de los datos que le suministran.

⁸ Cit. Por BURGOA ORIHUELA, Ignacio. **El Jurista y el Simulador del Derecho**. 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 2003. p. 75.

⁹ Ibidem. p. 76.

Para nosotros, el Juez debe tener o reunir además de lo ya escrito, tres virtudes que deben de coexistir para garantizar la paz social: sabiduría, valor y templanza, de las cuales ha menester el juzgador a fin de cumplir con eficacia su labor, puesto que al interpretar la ley e impartir justicia con pureza, requiere poseer los mayores valores éticos. También cuando se le presenten casos como el que mencionamos en éste trabajo, deberá aplicar la Ley siempre a favor del interés del menor y del cónyuge inocente.

1.7. El actuar del litigante al respecto.

A nuestro modo de ver, el Licenciado en Derecho, deberá ser u observar lo siguiente para ser un buen postulante de su profesión.

El abogado debe ser, además emotivo, factor psíquico que deriva de la vocación. La emotividad es el gusto por la profesión nutrido por el sentimiento de justicia. Hay que trabajar con gusto.

Continúa Burgoa Orihuela y afirma que:

“La vocación, la libertad, la independencia y la emotividad invisten al abogado con una fuerza interior que le da firmeza y confianza en sí mismo, sin descartar, evidentemente la sabiduría del Derecho. Al faltar esos factores anímicos surge la inseguridad, el temor, la incertidumbre, la duda y como consecuencia, la pasividad; y un abogado pasivo y pusilánime pierde

combatividad y eficiencia profesional, cualidades éstas que, a su vez, se apoyan en la veracidad, o sea, en la convicción respecto de la certeza de las propias ideas, mientras no se demuestre su falsedad o su error.”¹⁰

El abogado que no cree en lo que piensa se inmoviliza y se incapacita para ejercer con denuedo dignidad, gallardía y nobleza su profesión.

La rectitud de conciencia y la honestidad, que le es pareja, son las armas que tiene el abogado para emprender la lucha a que lo obliga esencialmente su actividad. De ambas calidades morales ya hemos hablado y recordamos que son opuestas a la corrupción. Es la conciencia el elemento rector de la actuación humana. Suele oscilar entre el bien y el mal y se erige en Juez moral de la conducta del hombre, más severo que los tribunales del Estado en muchas ocasiones. El remordimiento es una sanción tan grave que algunas puede inducir al suicidio cuando la decreta una recta conciencia moral, la cual en el abogado debe ser más exigente, pues responsabiliza su libertad profesional en el sentido de aceptar el patrocinio de casos que no estén reñidos con la justicia y la juridicidad. Quien no tenga esa conciencia no será abogado en la dimensión ética del concepto respectivo, sino una especie de coautor de truhanerías y cómplice de fulleros, con deshonor de la profesión. Aconsejar y dirigir la burla y el fraude a la ley entraña una conducta vituperable del anti-abogado, por más hábil y astuto que se ponga. Es este espécimen la plaga que desprestigia a la auténtica abogacía, al concretar la malevolencia general contra los verdaderos cultores del Derecho.

¹⁰ BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Op. cit. p. 65.

Al respecto el autor multicitado comenta que la rectitud de conciencia del abogado, que genera un valor civil firme e inquebrantable, ya se proclamaba en las Siete Partidas de Alfonso el Sabio que prescribían:

“Se le debe hacer jurar (al abogado en relación con el cliente) que lo ayudará bien de manera leal a todo hombre a quien prometiera su ayuda, *et que non* se trabajará a sabiendas de abogar ningún pleito que sea mentiroso o falso o de quien entienda que no podrá hacer causa propia a uno de los pleitos verdaderos que formara parte que pugnará que se acaben las disputas sin que medie ningún acto malicioso.”¹¹

A mayor abundamiento, una conciencia recta alienta la libertad y la firmeza de convicciones que debe tener el abogado. Éste debe fiar en sí mismo y vivir la propia vida.

El litigante debe ser, pues, orgulloso, jamás vanidoso. El orgullo, que es signo de dignidad personal, deriva de la auto-evaluación fundada en los resultados objetivos de la conducta humana, sin hiperbolización alguna. El orgullo es veraz en cuanto que basa su autocalificación en lo que es y ha hecho en la realidad con el aval del consenso general que forma lo que se denomina fama pública. La vanidad, en cambio, es la mentira de uno mismo. El vanidoso se auto-inventa y ostenta méritos que no tiene y valía de que carece. Es un falaz que trata de impresionar en su favor a quienes no conocen su personalidad verdadera. Es

¹¹ Ibidem. p. 202.

sombra, no realidad. Es un fantasma que se recrea inflándose como globo, que, en tanto más se hincha, más peligro corre de reventarse.

Con toda razón Ossorio asevera, según la Enciclopedia Jurídica Omeba que la vanidad es:

“Una fórmula de estupidez, pues el vanidoso no comprende que tarde o temprano será descubiertas su falsedad y que se puede exponer al menosprecio de quienes la adviertan, una vez descorrido el velo del engaño en que estaban envueltos.”¹²

En otras palabras, el litigante debe cambiar su cultura jurídica y pecuniaria, no en razón de hacer creer a su cliente de evadir sus obligaciones sino enseñarlo o enseñarse ambos a cumplirlas y a aceptar las derrotas para buscar así lo que más beneficie a sus defendidos e inculcarles que, quien ha cometido un ilícito deberá ser sancionado, no albergarle falsas esperanzas sino más bien, ubicarlo en sus realidades porque está de por medio no sólo su credibilidad y ética profesional, sino también el prestigio de la Universidad que lo formó.

1.8. Tipo de nulidad que afecta al matrimonio y propuesta de solución a la problemática planteada.

La nulidad del matrimonio, como forma de terminación del estado matrimonial en vida de los cónyuges, en nuestro Derecho, se originó en causas

¹² Enciclopedia Jurídica Omeba. Op. cit. p. 1042.

anteriores a la celebración del matrimonio o en la falta de formalidades durante ella. La nulidad debe analizarse en relación con la presencia de un vicio del que adolece el acto jurídico matrimonio; por ejemplo, en virtud de haberse realizado con violación u omisión de ciertas formas o requisitos indispensables para considerarlo válido, y por lo cual, sus efectos deben suprimirse.

La terminación del estado matrimonial por nulidad está vinculada de manera estrecha con la presencia u omisión de ciertos requisitos de validez que debe reunir el acto matrimonial (matrimonio-fuente) como acto jurídico que es.

La nulidad del matrimonio puede ser absoluta o relativa.

Es importante mencionar que en sus artículos 249 y 250 del Código Civil para el Distrito Federal confunde nulidad e inexistencia al señalar que los cónyuges o cualquiera que esté interesado en probar que no existe matrimonio puede intentar la nulidad por falta de forma. Este precepto encierra una seria contradicción al pretender que lo inexistente puede ser declarado nulo.

No debemos olvidar que sólo los actos existentes son susceptibles de estar afectados de nulidad. Por lo tanto, en lo que concierne al matrimonio, la falta de solemnidad, que consiste en la ausencia del acta o del Juez del Registro Civil, o de ambos, no puede ser causa de nulidad, ya que esta carencia lo convierte en inexistente, pues faltan esos elementos de existencia del acto jurídico. En tal caso, serán causa de inexistencia del matrimonio, pero no de nulidad.

Respecto al objeto del matrimonio como elemento de existencia, algunos autores sostienen que es inexistente en el caso de identidad de sexos, debido a la falta de objeto.

De acuerdo con lo que establece el Código Civil para el Distrito Federal, las causas de nulidad se encuentran en relación directa con los requisitos de validez del matrimonio como acto jurídico; y señala expresamente tres causas de nulidad:

- a) Error en la persona con quien se contrae matrimonio.
- b) Presencia de algún impedimento dirimente no dispensado.
- c) Ausencia de formalidades, que sean las esenciales o solemnes.

La doctrina agrupa las causas de nulidad en:

1. Vicios en el consentimiento (error en la persona, violencia, rapto).
2. Falta de capacidad (menores, interdictos).
3. Falta de aptitud física o mental (impúber, impotencia, enfermedades, vicios).
4. Parentesco consanguíneo, afín y civil.
5. Incompatibilidad de estado.
6. Delito (incesto y bigamia).

Según lo que establece el Código Civil para el Distrito Federal y la doctrina, sólo examinaremos la causal primera al referirse al error en la persona por ser esta la que más se relaciona al tema y al efecto se precisa lo siguiente.

El Código Civil para el Distrito Federal dispone que hay error en la persona cuando al creer un cónyuge celebrar matrimonio con una persona determinada, lo lleva a cabo con otra. El matrimonio es un acto *intuitu personae*, de modo que en su celebración es indispensable la certeza acerca del sujeto con quien se contrae. Esto convierte en muy improbable la hipótesis de error en la persona, pues la presencia de los contrayentes en la celebración del acto matrimonial la vuelve casi imposible (salvo la suplantación entre mellizos o en matrimonios a través de procurador); de darse cualquiera de estos extraños casos de error, la acción de nulidad sólo la tiene el cónyuge que lo sufrió, quien deberá denunciarlo dentro de los treinta días siguientes a aquel en que se percató del mismo; de lo contrario, el matrimonio subsiste, a no ser que exista otro impedimento que lo anule.

Señalan al respecto Baqueiro Rojas y Buenrostro Báez Rosalía lo siguiente:

“En la jurisprudencia y en la doctrina extranjeras se han conocido casos en los que, no obstante la identidad de la persona con la que se contrae matrimonio, sus cualidades son de tal manera determinantes para otorgar el consentimiento que se han debido anular los matrimonios cuando, por ejemplo, uno de los contrayentes es un criminal a quien se le detiene después de la boda, un extranjero enemigo de la patria o un sacerdote réprobo.”¹³

¹³ BAQUEIRO ROJAS, Edgard y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía. **Derecho de Familia**. Op. cit. p. 160.

Nuestro Código Civil local no considera causales de nulidad las cualidades personales ni la religión, raza, nacionalidad, profesión o riqueza del contrayente o cualquiera que haya sido la creencia de uno respecto de las características del otro, aunque se haya obrado con dolo o mala fe al ocultar tales características.

Por lo anterior, creemos que el Código Civil para el Distrito Federal, debe regular también las cualidades de las personas, pero sobre todo, las preferencias sexuales del contrayente, cuando éstas al conocerse con antelación por la cónyuge no hubiera externado su consentimiento.

El matrimonio siempre tiene a su favor la presunción de ser válido, de ahí que sólo se le considere nulo cuando así lo declare una sentencia que cause ejecutoria.

Los mismos autores antes señalados precisan que las causas de nulidad del matrimonio previstas por nuestro Código Civil local se pueden concretar las características siguientes:

“1. Ser expresas y limitadas.

- 1. Contar con plazos cortos para ejercer la acción.**
- 2. Reservar la acción a personas determinadas.**
- 3. No proceder por falta de formalidades en el acta de matrimonio si se evidencia la posesión de estado matrimonial.**
- 4. Contar a su favor con la presunción de la buena fe de los contrayentes.**

5. **Ser intransmisibles a los herederos, pero sí poder para continuar con el juicio iniciado.**
6. **Producir sus efectos hasta que haya sentencia firme.**
7. **Producir sus efectos hacia el futuro y no retroactivamente.**
8. **No ser objeto de transacción ni poderse comprometer en árbitros.”¹⁴**

Por lo anterior, consideramos que el acto matrimonial celebrado con persona con preferencias sexuales distintas a su género, se verá afectado de nulidad relativa aunque nosotros quisiéramos que fuera absoluta.

Los mismos autores consideran que son causas de nulidad absoluta del matrimonio, las siguientes:

“1.El incesto. Cuando existe parentesco consanguíneo en línea recta sin limitación de grado, en línea colateral hasta el segundo grado y parentesco por afinidad en línea recta. Un matrimonio con este impedimento no es susceptible de ratificación, no se confirma por prescripción y el Ministerio Público debe intentar la acción de nulidad si los interesados no la promueven. Esta causa de nulidad, además, constituye el delito de incesto. En situación equiparable se colocaría el matrimonio entre adoptante y adoptado tratándose de casos de adopción plena, de conformidad con el espíritu del artículo 410-A del Código Civil para el Distrito Federal; lo mismo ocurre cuando entre la persona

¹⁴ Ibidem. p. 162.

adoptada y el adoptante haya vínculo consanguíneo en línea recta o colateral hasta el segundo grado, artículo 410-D.

- 2. La bigamia. El matrimonio celebrado con este impedimento no puede confirmarse por ratificación ni por prescripción, y la acción puede ejercerla todo interesado, por medio de la denuncia ante el Ministerio Público, pues constituye un delito.”¹⁵**

En síntesis y de acuerdo con la teoría francesa de las nulidades aceptada por nuestro Código Civil, sólo el incesto y la bigamia son causas de nulidad absoluta del matrimonio, las restantes son nulidades relativas en tanto carecen de alguna característica de la nulidad absoluta.

En cuanto a la nulidad establecida por no cumplirse los requisitos de forma, es decir, por la falta de solemnidad, ya señalamos que no hay matrimonio, con lo que se genera un matrimonio aparente, esto es, un matrimonio inexistente desde la perspectiva jurídica que, por lo tanto, no puede ser nulo.

Ejecutoriada la sentencia de nulidad, el tribunal enviará copia certificada al Juez del Registro Civil para que realice la anotación en el acta de matrimonio correspondiente, ponga al margen nota circunstanciada en que conste la parte resolutive de la sentencia, su fecha, el tribunal que la pronunció y el número con el que se marcó la copia para el archivo.

¹⁵ Ibidem. p. 163.

No queremos terminar este trabajo, sin antes nombrar de manera somera a los matrimonios ilícitos y a los putativos.

El Código Civil para el Distrito Federal regula como matrimonios ilícitos, pero no nulos, los matrimonios contraídos a pesar de que existe un impedimento impediendo que puede ser dispensado. A partir de la reforma de mayo de 2000, sólo se reputarán de ilícitos y no podrán declararse nulos los siguientes matrimonios:

1. El matrimonio efectuado con impedimento derivado del parentesco por consanguinidad en línea colateral en tercer grado, como el que se lleva a cabo entre tíos y sobrinos cuando no han obtenido dispensa.
2. El matrimonio efectuado con impedimento derivado de la relación entre el tutor o sus descendientes con el pupilo o el curador y sus descendientes con éste. El impedimento se establece como una protección al pupilo. Este tipo de impedimento es dispensable, pero sólo se otorgará la dispensa después de que se aprueben las cuentas de la tutela.

Si en el momento de la celebración del matrimonio ambos esposos, o uno de ellos, ignoran la existencia de un impedimento, el matrimonio se contrae de buena fe, aunque el desconocimiento sólo sea por parte de uno de ellos, este matrimonio tendrá en su favor el haber sido celebrado de buena fe. Habitualmente a esta situación en la doctrina se le conoce como matrimonio putativo, y otorga una serie de ventajas al cónyuge inocente, es decir, al que obró de buena fe.

La buena fe consiste en contraer el matrimonio sin saber que existía algún impedimento. Ya se señaló que la buena fe de los esposos se presume; por lo tanto, para destruir esta presunción se requiere prueba plena. Todo matrimonio tiene a su favor la presunción de validez y de haber sido contraído de buena fe.

A manera de solución a la problemática planteada, se pretende, que al celebrarse el matrimonio, sea obligatorio señalar las preferencias sexuales de los contrayentes, para que este documento, sea el medio idóneo de probar la inclinación sexual de los cónyuges. Para que así al transcurrir el tiempo, alguno de ellos no salga con que cambió de preferencia sexual y para el caso de que así sea se le sancione conforme lo disponga el ordenamiento civil respectivo.

Asimismo, se debe establecer como causal de divorcio otra causal más al artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal la cual sería, la fracción I-Bis la cual quedaría redactada de la siguiente manera.

“Artículo 267. Son causales de divorcio:

...

I-Bis La acreditación del dolo de uno de los cónyuges de que el otro, tiene preferencias sexuales diferentes a su género”.

Lo anterior se podrá acreditar por la conducta y comportamiento del cónyuge culpable, así como por medio de pruebas testimoniales y médicas.

CONCLUSIONES

PRIMERA. El matrimonio, es la forma legal de constituir la familia a través de la unión de dos personas de distinto sexo que establecen entre ellas una comunidad de vida regulada por el Derecho.

SEGUNDA. La sexualidad es la forma natural en que cada ser humano se manifiesta como hombre o mujer, de acuerdo a las normas y valores propios de cada cultura. En lo que a México se refiere debe exigirse como requisito para contraer matrimonio, la preferencia sexual bien definida de cada uno de los cónyuges.

TERCERA. Si todas las personas tenemos el derecho de manifestar nuestra sexualidad, sería un ilícito no hacerlo al menos, al celebrarse el matrimonio o cuando por ocultar dicha preferencia se vulneren los derechos de terceras personas y de la sociedad en general.

CUARTA. No estamos en contra de los homosexuales, lesbianas, bisexuales, heterosexuales o transexuales sino más bien en contra de aquellos que no manifiesten su preferencia sexual y que por esta circunstancia vicien la voluntad o el consentimiento de otra persona, que de haber sabido tal circunstancia, jamás hubiere consentido dicha unión y en caso de hacerlo, sea por su propia cuenta y riesgo.

QUINTA. Si desde la antigüedad se han condenado las conductas homosexuales, no entendemos por qué en el Código Civil para el Distrito Federal en específico, el

artículo 267 del ordenamiento citado no ha establecido como causales de divorcio las conductas homosexuales de los cónyuges o, al menos como impedimento para contraer matrimonio.

SEXTA. Así como se respetan o se pretenden hacer respetar los derechos humanos de los homosexuales, a estos también, se les debe exigir por medio del derecho que respeten los derechos de los demás y más aún, a que ejerzan libremente su derecho a manifestarse ante la sociedad tal y como son, para así no permitir que con sus preferencias sexuales ocultas vulneren los derechos de los demás e inclusive, hagan infelices a los seres más indefensos de la sociedad que son los niños.

SÉPTIMA. Si el Derecho Civil protege al ser humano desde antes de su nacimiento, durante la vida de éste y hasta después de su muerte no hay impedimento legal para que los homosexuales y los no homosexuales manifiesten al pretender contraer matrimonio la inclinación o preferencia sexual de su gusto, para así, no engañar a la otra parte, a la autoridad y sociedad en general.

OCTAVA. De acuerdo a la naturaleza jurídica del matrimonio, éste es un acto jurídico donde para su perfeccionamiento, se requiere que concurra un acuerdo de voluntades donde ambos cónyuges la materializan en la solicitud del matrimonio y posteriormente, una voluntad estatal que reconozca la existencia de ese acuerdo previo, que lo apruebe por estar sujeto a derecho y no existir impedimentos y que se manifieste en el mismo sentido ante el Juez del Registro Civil.

NOVENA. El tipo de nulidad que afecta al matrimonio cuando uno de los cónyuges tiene preferencias sexuales diferentes a su género es de tipo relativa aunque nosotros, pretendemos que sea absoluta, esto se lograría si se pusiera como impedimento para contraer matrimonio el no manifestar la preferencia sexual de los pretendientes y más aún, incluir en el acta de matrimonio para los que ya han sido casados, se divorcian y vuelven a casarse, el tipo de preferencia sexual que profesan si aún con todo esto hacen todo lo posible por ocultarlo, se estaría en presencia del dolo civil y por consiguiente al descubrir dicha inclinación sexual, perdería todos sus derechos como padre y cónyuge, no así sus obligaciones.

DÉCIMA. Se debe establecer, otra causal más de divorcio al artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, la cual sería, la fracción I-Bis la cual quedaría redactada de la siguiente manera.

“Artículo 267. Son causales de divorcio:

...

I-Bis La acreditación del dolo de uno de los cónyuges de que el otro, tiene preferencias sexuales diferentes a su género”.

Lo anterior se podrá acreditar por la conducta y comportamiento del cónyuge culpable, así como por medio de pruebas testimoniales y médicas.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GAYOU, Juan Luis. **Elementos Básicos de Sexología**. 4ª edición, Editorial Mc. Graw-Hill, México, 2003.

BAQUEIRO ROJAS, Edgard y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía. **Derecho de Familia**. Edición Revisada y actualizada. 2ª edición, Editorial Oxford, México, 2005.

BELLUSCIO, César Augusto. **Derecho de Familia**. T.II. 3ª edición, Editorial, Depalma, Argentina, 2000.

BONNECASE, Julián. **Derecho Civil Francés**. 7ª edición, Editorial Ángel editor, México-Francia, 2000.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio. **El Jurista y el Simulador del Derecho**. 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 2003.

CÁCERES BRETON, Artidoro. **Una Alternativa para la Homosexualidad**. 4ª edición, Editorial Grupo Sexológico, Colombia, 2003.

CAMPILLO SAINZ, José. **Introducción a la Ética Profesional del Abogado**. 4ª edición, Editorial Porrúa, México, 2003.

CASTÁN TOBEÑAS, José. **Derecho Civil Español, Común y Foral**. 2ª edición, Editorial Ángel editor, México, 2000.

CHÁVEZ ASECIO, Manuel. **Matrimonio**. 2ª edición, Editorial, Limusa, México, 2000.

CHÁVEZ ASECIO, Manuel. **La Familia en el Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares**. 10ª edición, Editorial Porrúa, México, 2004.

CICÚ, Antonio. **La Filiación**. 6ª edición, Editorial Ángel editor, México, 2000.

DE IBARROLA, Antonio. **Derecho de Familia**. 4ª edición, Editorial, Porrúa, México, 1994.

DE LA MATA PIZANA, Felipe y GARZÓN JIMÉNEZ, Roberto. **Derecho Familiar**. 2ª edición, Editorial, Porrúa, México, 2003.

DE LA MATA PIZANA, Felipe y GARZÓN JIMÉNEZ, Roberto. **Derecho Familiar**. 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 2004.

DUGUIT, León. **Derecho Civil Francés**. 6ª edición, Editorial Cajica, Puebla, México, 2000.

ESMEIN, Joseph. **Tratado de Derecho Canónico**. 7ª edición, Editorial Cristiana, México, 2004.

FLORIS MARGADANT, Guillermo. **Derecho Privado Romano**. 3ª edición, Editorial, Esfinge, México, 1996.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. **Derecho Civil. Primer Curso**. 7ª edición, Editorial, Porrúa, México, 2002.

GARCÍA, Amado. **La Iglesia Católica y el Matrimonio**. 3ª edición, Editorial Nueva Luz, México, 2004.

GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián y ROIG CANAL, Susana. **Nuevo Derecho Familiar en el Código Civil de México Distrito Federal del año 2000**. 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 2003.

GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. **¿Qué es el Derecho Familiar?** Vol. II. 4ª edición, Editorial Promociones Jurídica y Culturales, México, 2003.

JIMÉNEZ RUEDA, Julio. **Las Constituciones de la Antigua Universidad**. 3ª edición, Editorial UNAM, México, 2001.

LOZANO RAMÍREZ, Raúl. **Derecho Civil T.I. Derecho Familiar**. 4ª edición, Editorial Pac, México, 2004.

MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. **Instituciones de Derecho Civil**. T.III. 3ª edición, Editorial, Porrúa, México, 2004.

MEDINA, Graciela. **Uniones de Hecho (Homosexuales)**. 4ª edición, Editorial Abeledo-Perrot, Argentina, 2003.

MONTERO DUHALT, Sara. **Derecho de Familia**. 6ª edición, Editorial, Porrúa, México, 1993.

PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat. **Los Derechos Humanos de los Homosexuales**. 4ª edición, LVIII Legislatura, Editorial Congreso de la Unión, México, 2000.

PLANIOL, Marcel. **Tratado Elemental de Derecho Civil Francés**. 2ª edición, Editorial Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2000.

REGATILLO, Eduardo. **Los Esponsales**. 6ª edición, Editorial Civitas, España, 2003.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Derecho Civil Mexicano**. T.II. 10ª edición, Editorial Porrúa, México, 2004.

SAAVEDRA, José Guillermo. **Sexualidad**. 2ª edición, Editorial Consejo Nacional de Población, México, 2005.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. **De los Contratos Civiles**. 8ª edición, Editorial Porrúa, México, 2000.

SUÁREZ GALLARDO, José Luis. **Todo lo Relacionado a la Sexualidad**. 2ª edición, Editorial Planeta, México, 2003.

UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA DE MÉXICO. **Derecho Civil I**. 2ª edición, Editorial UNITEC, México, 2004.

VASCONCELOS, Juan Pablo. **El Matrimonio Religioso**. 6ª edición, Editorial Nueva Luz, México, 2004.

ZANNONI, Eduardo. **Derecho Familiar**. 8ª edición, Editorial Depalma, Argentina, 2000.

LEGISLACIÓN

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 2006.

CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, 2006.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL, 2006.

CÓDIGO CIVIL FEDERAL, 2006.

CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, 2006.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

BAQUEIRO ROJAS, Edgard. **Derecho Civil. Biblioteca Diccionarios Jurídicos Temáticos**. Vol. I. 10ª edición, Editorial Harla, México, 2000.

Diccionario de la Lengua Española. T. 9. 22ª edición, Editorial Real Academia de la Lengua, España, 2001.

Enciclopedia Jurídica Omeba. T.V. 10ª edición, Editorial Dris-Kill, Argentina, 2000.

Enciclopedia Jurídica Omeba. T.VI. 4ª edición, Editorial, Dris-Kill, Argentina, 2000.

ESCRICHE, Joaquín. **Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia**. 3ª edición, Editorial, Porrúa, México, 1996.

OTRAS FUENTES

La Sagrada Biblia. 2ª edición, Editorial Cristiana, México, 2003.

ORDOÑEZ MATAMOROS, Juan Pablo. **Educación y Homosexualismo**. Vol 9. N° 2, en Revista Latinoamericana de Sexología, Editorial Sociedad Colombiana, Colombia, 2004.

USECHE, Bernardo. **Archivos Hispanoamericanos de Sexología**. Vol. 1 N° 1. En Revista de Sexología, Editada por el Instituto Mexicano de Sexología, México, 2005.

http://www.transexualidad.org/informe_transexual_masculino_2_2.05/08/2006.