



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

¿DEBE SER RECONOCIDA LA SOCIEDAD DE
CONVIVENCIA EN EL DISTRITO FEDERAL?

T E S I S
QUE PARA OPTAR AL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
MÓNICA RENEÉ GATICA NIÑO

ASESOR
LIC. JOSÉ BARROSO FIGUEROA



CIUDAD UNIVERSITARIA, 2006.

Dedico la presente tesis:



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.

A Dios

Por haberme dado ese maravilloso regalo de la vida y permitirme crecer, y porque en cierto modo, siempre te hallas en la punta de mi pluma, de mi pincel, de mi aguja, de mi corazón y de mi pensamiento.

A mis padres Carmela Niño Gómez y Mario Gatica Reachi

Por ese gran ejemplo que han representado para mí, por su profundo amor, su constante entrega y sacrificio, por todos y cada uno de sus consejos y regaños; pues con todo ello fueron abriendo y creando el cauce del río por cuya corriente me permitieron entrar y fluir, para ser hoy la persona que soy.

A mi hermana Itzel Marión Gatica Niño

Porque las vibraciones de amor, de enseñanza, de valores que fueron tuyos, siguen conmigo, y de este modo vivirás siempre porque eres parte de mí.

A mi hermana María del Carmen Gatica Niño

Por ser mi gran amiga, mi confidente, mi compañera, brindándome siempre tu apoyo incondicional en todos esos momentos difíciles que hay en la vida y por reír junto conmigo en aquellos que son de felicidad, alentándome.

A José Manuel Valdez Rojas

*Por ser como eres, una bellísima persona y un extraordinario e insustituible
compañero con quien siempre puedo pensar en voz alta, pues con tu apoyo, tu
aliento y tus observaciones críticas has acrecentado en forma considerable mi
capacidad de acción y de creación.*

A la Universidad Nacional Autónoma de México

*Por darme un pedazo de tierra donde posar mi planta y ahí una huella sabia
que ha conducido la mía.*

A mi asesor el Lic. José Barroso Figueroa

*Por creer en mí y concederme el honor de dirigir mi tesis profesional,
brindándome su conocimiento, su tiempo, su atención, su sencillez y sus sabios
consejos, sin todo lo cual no hubiera podido realizarla.*

A mis profesores

*Porque a través de sus enseñanzas y de su gran dedicación han sabido
transmitirme sus conocimientos y valores, los cuales han contribuido en gran
medida a mi formación profesional.*

ÍNDICE

CAPITULO I EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y MARCO CONCEPTUAL DE LA SOCIEDAD DE CONVIVENCIA

1. Surgimiento de la sociedad de convivencia	1
2. Evolución histórica de la sociedad de convivencia	11
2.1. Grecia	11
2.2. El cristianismo	16
2.2.1. Antiguo Testamento	16
2.2.1.1. Sodoma y Gomorra (Génesis, XIX I-29).....	16
2.2.1.2. Código de Santidad del Levítico (Levítico, XX-13)	17
2.2.1.3. Presunta homosexualidad de David y Jonatán	18
2.2.2. Nuevo Testamento.....	19
2.2.3. La Patrística	20
2.3. La Edad Media	21
2.4. La Revolución Francesa.....	22
2.5. La homosexualidad en los regímenes dictatoriales	22
2.5.1. La homosexualidad en la Alemania nazi.....	22
2.5.2. La homosexualidad en el régimen stalinista	26
2.5.3. La homosexualidad en el régimen franquista	26
2.6. La homosexualidad en la legislación actual	28
3. Concepto de sociedad de convivencia.....	29
3.1. Concepto contemplado en la Iniciativa de Ley de Sociedad de Convivencia.....	29
3.2. Modificación al concepto de sociedad de convivencia contemplado en la Iniciativa de Ley de Sociedad de Convivencia.....	29
3.3. Elementos de la definición.....	30
4. Naturaleza jurídica de la sociedad de convivencia	31

CAPÍTULO II

LA SOCIEDAD DE CONVIVENCIA Y SU DERECHO A SER RECONOCIDA

1. Elementos personales de la sociedad de convivencia.....	34
1.1. Unión entre personas de diferente sexo.....	34
1.2. Unión entre personas del mismo sexo	34
1.2.1. Denominación de homosexual.....	36
1.2.2. Concepto y naturaleza de la homosexualidad	38
1.2.3. La unión homosexual frente a otro tipo de uniones	39
1.2.3.1. Diferencia entre la unión homosexual y la unión heterosexual	39
1.2.3.2. Diferencia entre la unión homosexual y las uniones esporádicas, libres y transitorias	42
2. Requisitos para constituir una sociedad de convivencia según la Iniciativa de Ley de Sociedad de Convivencia	42
2.1. Capacidad jurídica.....	42
2.2. Hogar común.....	43
2.3. Voluntad de permanencia.....	44
2.4. Ayuda mutua	44
3. El matrimonio entre personas heterosexuales.....	44
3.1. Concepto doctrinal de matrimonio.....	44
3.2. Concepto legal de matrimonio.....	46
3.3. Naturaleza jurídica del matrimonio	46
3.4. Requisitos para contraer matrimonio.....	50
3.5. Efectos del matrimonio	52
4. Características de la unión homosexual	53
4.1. Características positivas de la unión homosexual.....	53
4.1.1. Convivencia	53
4.1.2. Singularidad.....	57
4.1.3. Publicidad	58
4.1.4. Permanencia y duración	59

4.1.5. Inexistencia de impedimentos de parentesco	62
4.2. Características negativas de la unión homosexual.....	63
4.2.1. Imposibilidad de procrear hijos	63
4.2.2. Imposibilidad de educar hijos con los roles de hombre y mujer diferenciados	64
4.2.3. Incapacidad de la unión para la continuación de la especie	65
4.2.4. Ineptitud para la transmisión de valores tradicionales	66
5. La discriminación por orientación sexual en el ámbito nacional e internacional	66
6. La opinión de la Iglesia católica respecto a la unión homosexual.....	71
7. Los movimientos sociales entorno a la unión homosexual	74

CAPÍTULO III

REVALUACIÓN DE LA FAMILIA COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA Y SUS CAMBIOS ESTRUCTURALES

1. Origen y evolución de la familia	79
1.1. Origen de la familia.....	79
1.2. Evolución de la familia	83
1.2.1. La “gens” iroquesa.....	83
1.2.2. La “gens” griega.....	88
1.2.3. La familia nómada.....	89
1.2.4. La familia celta y germana	90
1.2.5. La familia en los pueblos orientales.....	92
1.2.5.1. Egipto.....	92
1.2.5.2. Babilonia	93
1.2.5.3. Asiria	94
1.2.5.4. Israel	94
1.2.5.5. Persia.....	95
1.2.5.6. India	96

1.2.5.7. China.....	97
1.2.6. La familia en la Edad Media.....	97
1.2.7. La familia en la Revolución Francesa	98
1.2.8. La familia en el Código Napoleón	100
1.2.9. La familia en nuestros días	101
2. Concepto de familia	102
3. Crítica al concepto de familia.....	105
4. El derecho a constituir una familia	107
5. Introducción de un nuevo modelo de convivencia	110

CAPÍTULO IV

RECONOCIMIENTO LEGAL DE LA SOCIEDAD DE CONVIVENCIA

1. Marco jurídico de los derechos fundamentales para los homosexuales y el respeto a los derechos humanos.....	115
2. Derechos en los que los homosexuales fundan su pretensión de unirse en pareja	119
2.1. Derecho a casarse	119
2.1.1. Instrumentos internacionales que lo contemplan.....	119
2.1.2. ¿Cómo interpretar que el hombre y la mujer tienen derecho a casarse?	121
2.2. Derecho a constituir una familia	128
2.2.1. Instrumentos internacionales que lo contemplan.....	128
2.2.2. La imposibilidad de contraer matrimonio, ¿les impide a los homosexuales constituir una familia?	129
2.3. Derecho a no ser discriminado.....	131
2.3.1. Instrumentos internacionales que lo contemplan.....	131
2.3.2. La prohibición de celebrar matrimonio, ¿discrimina a los homosexuales?.....	133
2.3.3. Del carácter peyorativo del termino discriminación y de su	

necesaria conceptualización.....	136
2.4. Derecho a la intimidad.....	137
2.4.1. Instrumentos internacionales que lo contemplan.....	137
2.4.2. La imposibilidad de contraer matrimonio, ¿violenta el derecho a la intimidad de los homosexuales?	138
3. La sociedad de convivencia y las instituciones semejantes reconocidas en legislaciones extranjeras	141
3.1. Legislación abstencionista.....	142
3.2. Legislación reguladora	143
3.2.1. Legislaciones extranjeras que otorgan reconocimiento jurídico a las uniones homosexuales	144
3.2.1.1. Ley de Suecia de 1987 y 1994.....	144
3.2.1.2. Ley de Dinamarca de 1989	146
3.2.1.3. Ley de Noruega de 1993.....	147
3.2.1.4. Ley de los Estados Unidos de América de 1996.....	148
3.2.1.5. Ley de Holanda de 1997	149
3.2.1.6. Ley de Cataluña sobre uniones de hecho heterosexuales y homosexuales	150
3.2.1.7. Ley de Aragón relativa a parejas estables no Casadas de 1999	151
3.2.1.8. Ley de Francia de PAC de 1999	152
3.2.1.9. Ley de Canadá de 1999	152
3.2.1.10. Ley de Vermont de 2000	154
3.2.1.11. Ley de Navarra de 2000.....	155
3.2.1.12. Ley de Bélgica.....	156
3.2.1.13. Ley de España de 2005	157
3.2.1.14. Ley de Asociación Civil del Reino Unido de 2005	157
3.2.2. Legislaciones extranjeras que prohíben las uniones homosexuales 159	
3.2.2.1. Ley de Iowa de 1997.....	159
3.2.2.2. Ley de Kentucky de 1998.....	159

3.2.2.3.	Ley de Washington de 1998.....	159
3.2.2.4.	Ley de Puerto Rico de 1999.....	159
3.2.2.5.	Ley de Illinois	160
3.2.2.6.	Ley de Delaware	160
3.2.2.7.	Ley de UTA	160
3.2.2.8.	Ley de West Virginia 2000-4	160
4.	Posible adición al Código Civil para el Distrito Federal reconociendo a la sociedad de convivencia. Propuesta de la sustentante.....	160
4.1.	Adición al artículo 138 quintus del Código Civil para el Distrito Federal	163
4.2.	Adición del Capítulo XII al Título Quinto del Libro Primero del Código Civil para el Distrito Federal contemplando a la sociedad de convivencia	164
4.3.	Propuesta de la sustentante	167
	CONCLUSIONES	171
	BIBLIOGRAFÍA	175

CAPITULO I

EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y MARCO CONCEPTUAL DE LA SOCIEDAD DE CONVIVENCIA

1. Surgimiento de la sociedad de convivencia

Se ha presentado ya el primer intento formal de propiciar el surgimiento y por ende el reconocimiento legal de la sociedad de convivencia en nuestro país, específicamente en el Distrito Federal, que más adelante definiré con todo detalle; me refiero a la iniciativa de Ley presentada ante el Pleno de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal por la diputada Enoé Margarita Uranga Muñoz el veintitrés de abril del año dos mil uno, misma que fue apoyada y suscrita por cuarenta diputados más, integrantes de las distintas fracciones parlamentarias de ese órgano de gobierno del Distrito Federal.

En dicha Iniciativa de Ley de Sociedad de Convivencia se argumenta dentro de su exposición de motivos, que “en las sociedades contemporáneas, la función de los arreglos sociales de convivencia ya no es unir linajes y patrimonios, y es cada vez más raro que se decidan por otros que no sean las y los directamente involucrados. En la necesidad de no reducirlos a sus viejas funciones económicas y productivas, la sociedad reclama que los *acuerdos de convivencia* modernos encuentren su verdadera justificación en la búsqueda de la felicidad, la libre elección, el compromiso amoroso y la satisfacción de los afectos.

“Es el deber de la ley reflejar estas realidades de la sociedad mexicana y responder a las necesidades de las y los ciudadanos que son parte de ellas mediante su reconocimiento y protección jurídica.

“Al enmarcar la iniciativa de Ley de Sociedad de Convivencia que ahora se propone como una defensa de los derechos humanos, ésta se suma a un movimiento a escala internacional que está demandando el derecho fundamental de todas las personas a vivir sus afectos y a ejercer la sexualidad, libres de coerción, discriminación y violencia.

“Como resultado de este nuevo debate internacional, en el transcurso de la década de los noventa, se aprobaron leyes en diversos países (Alemania, Dinamarca, Finlandia, Francia, Holanda, Hungría, Islandia, Noruega, Suecia y en algunas regiones o estados de España, Canadá y Estados Unidos) en favor de los derechos de aquellas relaciones sociales ya existentes que carecían de un marco jurídico adecuado.

“Como una propuesta que busca abrir espacios sociales para la expresión del amplio espectro de la diversidad social, la figura de la sociedad de convivencia constituye un marco jurídico nuevo que no interfiere en absoluto con la institución del matrimonio ni la vulnera. No impide la práctica del concubinato en su estructura actual. No modifica las normas vigentes relativas a la adopción.

“La iniciativa que hoy se pone a consideración de esta Asamblea, plantea la reglamentación de la sociedad de convivencia. El propósito de esta nueva figura es garantizar los derechos por vía de la legitimación de aquellas uniones que surgen de las relaciones afectivas a las que el Derecho mexicano no reconoce aún consecuencias jurídicas”.¹

Esta iniciativa de Ley de Sociedad de Convivencia, indudablemente marca el punto de partida de la lucha de los homosexuales por el respeto del derecho a la igualdad consagrado en nuestra Carta Magna, y constituye al mismo tiempo un parte aguas en la conceptualización de las formas de convivencia que actualmente se conocen dentro del modelo tradicional de familia.

¹ Iniciativa de Ley de Sociedad de Convivencia. *Exposición de motivos* (consulta en INTERNET http://www.enkidumagazine.com/art/2004/080104/E_018_080104.htm), México, 08/07/2005.

El presidente de la mesa directiva de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, mediante escrito de fecha veintitrés de abril del dos mil uno, turnó para su análisis y dictamen a Comisiones Unidas de Derechos Humanos y de Estudios Legislativos y Prácticas Parlamentarias, la Iniciativa de Ley de Sociedad de Convivencia.

Mediante oficio CDHAL-II-0198-01 de fecha quince de mayo del dos mil uno, los presidentes de las Comisiones Unidas de Derechos Humanos y de Estudios Legislativos y Prácticas Parlamentarias, en términos del párrafo segundo del artículo 22 del Reglamento para el Gobierno Interior de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, solicitaron a la Comisión de Gobierno una prórroga para dictaminar la ley en comento, prórroga que fue autorizada por el diputado Armando Quintero Martínez, presidente de la Comisión de Gobierno de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, por oficio CG/ST/224/01 de fecha treinta de mayo del dos mil uno.

En la décima sesión ordinaria de trabajo de la Comisión de Derechos Humanos de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, celebrada el día quince de mayo del dos mil uno, se acordó por unanimidad, reunirse con integrantes del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, a efecto de obtener de éstos una opinión respecto de la iniciativa de ley, en cuanto a su viabilidad y solidez jurídica. Asimismo, en dicha sesión se acordó acercarse a los integrantes de la Comisión de Estudios Legislativos y Prácticas Parlamentarias, e invitarlos a participar en la reunión que se tuviera con el órgano de gobierno encargado de la impartición de justicia en el Distrito Federal, así como, enviar la iniciativa de ley a todos los coordinadores parlamentarios, a efecto de que éstos, en el interior de sus fracciones, decidieran los métodos de discusión de dicha iniciativa.

Con el objetivo de dar cumplimiento a lo anterior, se envió oficio número CDHAL-II-225-01, fechado el cuatro de junio del año dos mil uno, a efecto de solicitar al presidente del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, la

concertación de reuniones con jueces y magistrados, remitiéndoles copias de la iniciativa para su conocimiento.

Con fecha veinticinco de junio del año dos mil uno y atendiendo a los acuerdos tomados en la reunión celebrada el día quince de mayo del dos mil uno en la décima sesión ordinaria del trabajo de la Comisión de Derechos Humanos de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, mediante oficio CDHAL-II-289-01 y a efecto de obtener comentarios e inquietudes de todos los diputados integrantes de esta legislatura, se envió a los coordinadores parlamentarios copia simple de la iniciativa de Ley de Sociedad de Convivencia.

Mediante oficio número SPCGALDF/730/2001, de fecha veintiséis de junio del año dos mil uno, el diputado Armando Quintero Martínez, envió a la Comisión de Derechos Humanos, consideraciones en torno a la iniciativa objeto del dictamen.

Mediante oficio CDHAL-II-466-01 de fecha veinticinco de septiembre del dos mil uno, se envió invitación a los diputados integrantes de Comisiones Unidas de Derechos Humanos y de Estudios Legislativos y Prácticas Parlamentarias para asistir el día tres de octubre a las 12:00 horas a las oficinas del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal ubicadas en Río de la Plata No. 48 piso 15, a la reunión con magistrados de las salas familiares, civiles y penales, a fin de intercambiar puntos de vista en relación a la iniciativa de Ley de Sociedad de Convivencia.

Con fecha tres de octubre del año en cita, se llevó a cabo una primera reunión de trabajo con magistrados integrantes de las salas familiares, civiles y penales del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y con diputados de las Comisiones Unidas de Derechos Humanos y de Estudios Legislativos y Prácticas Parlamentarias, que tuvo lugar en las instalaciones del tribunal ubicadas en Río de la Plata No. 48 piso 15, en donde se comentó ampliamente la iniciativa en estudio. En esta reunión, dichos magistrados manifestaron de manera unánime *que la iniciativa constituye un gran avance necesario en el terreno social y que cuenta con la solidez jurídica para lograr su aplicación.*

Asimismo, aportaron una serie de elementos para enriquecer la iniciativa de ley, con la finalidad de garantizar una mayor protección a todas las personas que decidan optar por esta nueva figura jurídica.

Al término de la reunión, los diputados asistentes y los magistrados acordaron incorporar a la propuesta de ley las modificaciones que atendieran a los comentarios que se externaron en la citada reunión respecto a la iniciativa, y que posterior a la discusión de las modificaciones en comento por las Comisiones Unidas, y una vez definidos los avances respecto a la propuesta, se realizaría una última reunión con los magistrados, a efecto de obtener una reflexión final.

“Las presidencias de Comisiones Unidas de Derechos Humanos y de Estudios Legislativos y Prácticas Parlamentarias acordaron elaborar una propuesta de ruta crítica para dictaminar la iniciativa de Ley de Sociedad de Convivencia, en los siguientes términos: A) 03 de octubre de 2001, reunión con magistrados del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal para analizar la iniciativa de Ley de Sociedad de Convivencia; B) 16 de octubre de 2001, distribución a Comisiones Unidas de los planteamientos obtenidos de la reunión con el Tribunal Superior de Justicia del D. F., así como de las modificaciones que en consecuencia enriquecerían dicha iniciativa; C) Del 17 al 21 de octubre de 2001, análisis individual de dicha información por los integrantes de las Comisiones Unidas; D) 22 de octubre de 2001, reunión de trabajo de Comisiones Unidas para el análisis de la iniciativa a partir de los documentos entregados; E) Del 23 al 24 de octubre de 2001, preparación y envío a los magistrados del Tribunal Superior de Justicia del D. F. de los materiales de trabajo producidos en la reunión del 22 de octubre; F) 29 de octubre de 2001, 2ª reunión con magistrados del Tribunal Superior de Justicia del D. F. para reflexionar sobre los avances en los escenarios planteados; G) Del 29 de octubre al 01 de noviembre de 2001, discusión y elaboración de propuesta de dictamen, la que sería puesta a consideración de los diputados integrantes de ambas comisiones; H) 01 de noviembre de 2001, distribución de propuesta de

dictamen a los diputados integrantes de las Comisiones Unidas; l) 05 de noviembre de 2001, reunión de Comisiones Unidas para analizar y en su caso aprobar el dictamen, mismo que fue puesto a consideración de los diputados integrantes de ambas comisiones”.²

En la décima segunda sesión ordinaria de trabajo de la Comisión de Derechos Humanos de la Asamblea Legislativa celebrada el día quince de octubre del dos mil uno, fue aprobada por los integrantes de ésta, la ruta antes descrita, que estableció de manera específica los trabajos para el análisis y dictaminación de la iniciativa en cuestión.

Con fecha dieciocho de octubre del año dos mil uno, mediante oficio CDHALDF-II-511-01, la presidencia de la Comisión de Derechos Humanos de la Asamblea Legislativa, solicitó al presidente del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal autorizara la última reunión de magistrados con diputados integrantes de las Comisiones Unidas de Derechos Humanos y de Estudios Legislativos y Prácticas Parlamentarias, a fin de dar cumplimiento a lo establecido en la ruta crítica.

El veintidós de octubre del dos mil uno, en el salón Luis Donaldo Colosio de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, se celebró reunión de trabajo de los diputados integrantes de las Comisiones Unidas de Derechos Humanos y de Estudios Legislativos y Prácticas Parlamentarias, para el análisis de la iniciativa. “En la reunión se valoraron y retomaron los comentarios realizados por los magistrados del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, coincidiendo en plantear un nuevo escenario para realizar el registro de la sociedad de convivencia que considerará a las Direcciones Generales Jurídicas y de Gobierno y, al Registro Público de la Propiedad y del Comercio, también se definió acotar a dos el número de integrantes que podrían suscribirla”.³ Se acordó que en los términos planteados en la ruta crítica fuera elaborada una

² Comisiones Unidas de Derechos Humanos y de Estudios Legislativos y Prácticas Parlamentarias. *Dictamen con Propuesta de Ley de Sociedad de Convivencia* (consulta en INTERNET http://www.enkidumagazine.com/art/2004/080104/E_018_080104.htm), México, 25/07/2005.

³ Ídem.

versión que recogiera dichas observaciones, mismas que serían enviadas con oportunidad, tanto a los magistrados como a los diputados integrantes de las Comisiones de Derechos Humanos y de Estudios Legislativos y Prácticas Parlamentarias.

Durante el proceso de estudio y análisis de la iniciativa, se acordó que en términos de la ruta aprobada y posterior a la reunión con los magistrados, se produjera un documento definitivo que atendiera lo planteado en esta última reunión con el órgano de gobierno encargado de la impartición de justicia en el Distrito Federal.

Con fecha veintitrés de octubre del año dos mil uno, la presidencia de la Comisión de Derechos Humanos de la Asamblea Legislativa, mediante oficio CDHALDF-II-522-01, envió a los diputados integrantes de Comisiones Unidas de Derechos Humanos y de Estudios Legislativos y prácticas Parlamentarias, el texto que contiene la iniciativa de ley con las observaciones realizadas por los diputados, y notificó el lugar y fecha de la última reunión con los magistrados del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. Con fecha veintitrés de octubre del dos mil uno, la presidencia de la Comisión de Derechos Humanos de la Asamblea Legislativa, mediante oficio CDHALDF-II-523-01, envió al presidente del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal el texto que contiene la iniciativa de ley, contemplando las observaciones realizadas por los diputados.

El veintinueve de octubre del año dos mil uno, se celebró, en las instalaciones del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, la última reunión de trabajo con magistrados del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y miembros de las Comisiones de Derechos Humanos y de Estudios Legislativos y Prácticas Parlamentarias, para analizar e intercambiar puntos de vista con relación a las modificaciones hechas a la iniciativa. Después de revisado el documento final, los magistrados expresaron estar de acuerdo con las modificaciones planteadas en la versión analizada y destacaron que contenía los planteamientos hechos en dicha reunión, considerando que las

mismas incluían en su totalidad las observaciones vertidas por éstos en la anterior reunión, y señalaron como viable y oportuno el escenario del registro de la sociedad de convivencia. Asimismo, realizaron algunas precisiones de forma y consideraron que con esto la iniciativa reunía los elementos necesarios para ser aprobada.

En lo referente a la ruta crítica y, considerando las conclusiones obtenidas en reunión celebrada el día veintinueve de octubre del dos mil uno, se elaboró el proyecto de dictamen de la Iniciativa de la Ley de Sociedad de Convivencia, resultado del trabajo colectivo de las Comisiones Unidas de Derechos Humanos y de Estudios Legislativos y Prácticas Parlamentarias.

Mediante el oficio CDHALDF-II-525-01 de fecha veintinueve de octubre del dos mil uno, se envió a cada uno de los diputados integrantes de las Comisiones Unidas de Derechos Humanos y de Estudios Legislativos y Prácticas Parlamentarias, el proyecto de dictamen para su estudio y análisis correspondiente.

Mediante el oficio CDHALDF-II-712-02 de fecha trece de marzo del dos mil dos, los presidentes y secretarios de ambas comisiones convocaron a cada uno de los diputados integrantes de las Comisiones Unidas de Derechos Humanos y de Estudios Legislativos y Prácticas Parlamentarias, a la sesión de trabajo de Comisiones Unidas para el análisis y en su caso aprobación del dictamen en comento, anexando a la misma, el proyecto de dictamen.

El veinte de marzo del dos mil dos, se celebró sesión de trabajo de Comisiones Unidas de Derechos Humanos y de Estudios Legislativos y Prácticas Parlamentarias para analizar, discutir y en su caso aprobar, el dictamen de la Iniciativa de Ley de Sociedad de Convivencia, la cual fue aprobada por la mayoría de los diputados presentes.

En sesión celebrada en el primer periodo extraordinario del segundo año legislativo, el día cuatro de julio del dos mil dos, se presentó al pleno de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal el dictamen aprobado por las Comisiones Unidas de Derechos Humanos y de Estudios Legislativos y

Prácticas Parlamentarias, para su discusión y en su caso aprobación del decreto de Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal. En esta misma sesión, dos diputados de este órgano legislativo presentaron una moción suspensiva en términos del artículo 108 del Reglamento para el Gobierno Interior de la Asamblea Legislativa, misma que fue votada en pro por 31 diputados y en contra por 30; por lo que dicha moción fue aprobada por mayoría de votos de los diputados en pleno, lo que suspendió la discusión del dictamen citado, ordenándose, por parte de la mesa directiva, el regreso del dictamen a estas Comisiones Unidas.

Ambas presidencias de las Comisiones Unidas de Derechos Humanos y de Estudios Legislativos y Prácticas Parlamentarias recibieron de los diputados Miguel González Compeán y Gilberto Ensástiga Santiago, mediante oficios sin números de fechas veinticinco de septiembre y siete de octubre ambos de dos mil dos, propuestas de modificación a los artículos 11 y 22, respectivamente, del dictamen aprobado por las Comisiones Unidas el veinte de marzo de dos mil dos, por lo que se procedió a elaborar un nuevo dictamen a fin de ponerlo a consideración de los integrantes de las comisiones multicitadas.

Mediante el oficio CDHALDF-II-1113-03 de fecha quince de abril de dos mil tres, los presidentes y secretarios de ambas comisiones convocaron a cada uno de los diputados integrantes de las Comisiones Unidas de Derechos Humanos y de Estudios Legislativos y Prácticas Parlamentarias, a la sesión de Comisiones Unidas para el análisis y en su caso aprobación del dictamen en comento.

Con fecha veintidós de abril de dos mil tres, se celebró la sesión de Comisiones Unidas de Derechos Humanos y de Estudios Legislativos y Prácticas Parlamentarias en donde, “después de un nuevo análisis y discusión de la iniciativa de ley, se aprobó este dictamen, por la mayoría de los diputados presentes, de conformidad con los siguientes considerandos:

“II.- Que es importante el reconocimiento de que es un derecho humano individual elegir forma de vida, decidir libremente con quienes compartir los

afectos y en consecuencia el derecho a definir las relaciones con las demás personas, sin que por ello se excluya, limite o restrinja derecho alguno, tan es así, que en la última reforma constitucional aprobada por el Congreso de la Unión en el año dos mil uno, en el artículo 1º Constitucional, se reconoce la igualdad de trato a las personas, sin importar el sexo, religión, edad, y preferencias, entre otras.

“Nuestra legislación no ha hecho más que adecuarse al marco que existe desde hace varios años a nivel internacional, y del cual, nuestro país forma parte. Así, estos avances deben quedar reflejados también en el trabajo legislativo de esta Asamblea.

“III.- Que una función de las leyes es ser motor de cambios sociales, que contribuyan a la inclusión social y fomenten una cultura de respeto. Por ello, legislar en torno a la sociedad de convivencia es facilitar un nuevo trato social vía el derecho positivo, medida con la cual se indica a la ciudadanía que todos los integrantes de la sociedad de convivencia deben aspirar al ejercicio de derechos elementales más allá de sus diferencias.

“IV.- Que la iniciativa de Ley de Sociedad de Convivencia busca simplemente atender realidades sociales y lograr que las leyes integren las diferentes formas de convivencia vía el reconocimiento de una institución autónoma que permita ejercer derechos elementales mínimos, en la que tengan cabida las parejas del mismo o distinto sexo y que no están en la estructura del matrimonio, así como, otras formas de convivencia que se generen en torno a un hogar, y que por no estar considerados en la ley no tienen la posibilidad de tener igualdad de oportunidades y de trato dentro del marco jurídico vigente”.⁴

Con los elementos recabados a través del serio y profundo análisis, tanto a nivel individual como colectivo, en el trabajo realizado por las comisiones dictaminadoras, se consideró procedente realizar tres importantes modificaciones a la iniciativa de Ley de Sociedad de Convivencia: *el lugar donde se llevará a cabo el registro, cambiar la referencia a relaciones*

⁴ Ídem.

familiares, y adecuar el texto a fin de que la sociedad de convivencia sea suscrita entre dos personas.

Sin embargo, ante la falta de consenso para aprobar en el año 2003 la Ley de Sociedad en Convivencia, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal previó posponer hasta el 2004 la discusión sobre el tema y, en tanto, abrir diversos eventos, foros y debates, para escuchar las diferentes opiniones de los sectores sociales ante la Ley de Sociedad en Convivencia que regula la unión entre personas del mismo sexo y respecto a la discriminación por preferencias sexuales distintas.

Con ello es un hecho que la iniciativa de ley, que fue planteada desde abril del 2001, fue ingresada a la congeladora a pesar de que ya hubiera sido dictaminada en lo general.

2. Evolución histórica de la sociedad de convivencia

2.1. Grecia

En la cultura griega las parejas homosexuales eran aceptadas y gozaban de algún predicamento; se afirma que la unión homosexual estaba asociada a la educación, a la cultura y a la filosofía. Werner Jaeger enseña que “no puede negarse tampoco que la democracia ateniense, según la leyenda histórica, fue fundada por una pareja de tiranicidas, Harmodio y Aristogitón, unidos a vida y muerte por el *eros*”.⁵

El profesor Fatas enseña que Jenofonte muestra bien como la pederastia ocupaba un notable lugar en la instrucción de los niños y jóvenes espartanos. Se trataba de una actividad paidética cuyo énfasis principal no se ponía en los

⁵ JAEGER, Werner. *Paideia: Los ideales de la cultura griega*. 2da. reimp. México. 1971, p. 572. Citado por MEDINA, Graciela en *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*. Editorial Rubinzal Culzoni. Argentina. 2001, p. 22.

aspectos meramente sexuales, contra lo que a menudo se piensa, aunque tenía, sin duda, un componente sexual apreciable.⁶

La relación pederástica que se establecía casi sistemáticamente en Esparta no se entiende correctamente sin una suficiente comprensión del sentido que el amor tenía entre los griegos. La pareja arquetipo del amor pasional en su versión más completa estaba compuesta por dos varones; pero no por dos cualesquiera, sino por un varón adulto y maduro, el *erasta*, y por otro adolescente o preadulto, el *erómeno*, que solía contar entre 15 y 18 años.

La diferencia de edad establecía relaciones desiguales. El mayor era el modelo, el tipo superior al que había que adaptarse por elevación. Eso hacía surgir en él una tendencia educadora.

Según Fatas, el sentimiento ha sido minuciosamente analizado por Platón: se trata de una versión del instituto ordinario de generación, de reproducción, de perpetuarse mediante alguien similar a uno. Puesto que carnalmente ello no es posible, se sublima el deseo en el plano pedagógico. Como señala Platón, “el objeto del *eros* (pederasta) es procrear y engendrar en lo bello”.

El vínculo amatorio se prolongaba, por un lado, en una tarea formativa matizada por un cuidado de orden paternal y, por otro, en una labor de maduración teñida de veneración. Se ejercitaba en libertad y en la vida cotidiana de relación mutua, por contacto, con el ejemplo, la conversación, la vida en común, la iniciación paulatina del joven en las relaciones sociales del mayor, tales como el grupo de amigos, el gimnasio, el simposio, etcétera. Éste era el mundo normal de la educación entre griegos.

La familia no era marco adecuado para la educación completa del hombre por la insignificancia de la mujer (que sólo asistía al hijo hasta los siete años) y por la dedicación del padre a la vida pública (se entiende que entre

⁶ Finnis rechaza que estuviera presente o que fuera aceptada la unión carnal homosexual (Law, morality and sexual orientation, en 69 Notre Dame Law Review, 1994, p. 1049. Citado por MEDINA, Graciela en *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p. 23.

clases altas). De ahí que se concebía la relación erasta-erómano como una auténtica comunión.

La educación exigía una vinculación espiritual directa y profunda con el maestro, que era iniciador y guía del educando, y podía revestir características de relación amorosa. La responsabilidad educativa del amante sobre el amado era netamente percibida.

La educación, en principio, entre nobles establecía entre educador y educando una relación de tensión y amor moral, del tipo erasta-erómano. El marco en que se desarrollaba la formación era, a un tiempo, “elegante, deportivo y mundano”, bajo la dirección de un hombre de más edad y en el seno de la amistad viril.

Mientras no hubo instituciones especializadas, el educador distinguía al educando al elegirlo, proclamando que lo consideraba digno de él. Por eso surgirá desprecio inicial por el educador profesional que aceptaba a cualquiera que acuda mediante pago, merezca o no su enseñanza.

Hasta este momento he hablado de la homosexualidad masculina, pero también estuvo presente en Grecia la homosexualidad femenina, sobre todo en la poesía. Según Werner Jaeger, la homosexualidad femenina se explica porque en aquel tiempo, ajeno todavía al concepto del matrimonio por amor, era difícil para la mujer concebir el amor hacia el hombre. Del mismo modo el amor del hombre en su más alta espiritualización no alcanzó su expresión poética en relación con la mujer sino en la forma del eros platónico.⁷

Dice Jaeger con referencia al eros femenino: “Sería absolutamente vano e inadecuado intentar explicaciones psicológicas indemostrables sobre la naturaleza de este eros, o tratar, por el contrario, indignados por estas blasfemias, de probar la concordancia de los sentimientos del círculo sáfico con los preceptos de la moral cristiana y burguesa. Los poemas nos muestran el *eros sáfico* como una pasión íntima que con la misma fuerza afectaba a los

⁷ JAEGER, Werner. Op. cit., pp. 188-189. Citado por MEDINA, Graciela en *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p. 25.

sentidos que al alma. Lo que nos interesa ahora aquí es mucho menos la comprobación de la existencia de un aspecto sensual en la erótica sáfica que la plenitud sentimental que conmueve vigorosamente la totalidad del alma humana”.⁸

Por otra parte, Finnis afirma que Platón veía las relaciones anales como contrarias a la naturaleza; como la degradación no sólo de la humanidad del hombre, sino también de su animalidad; que para Platón toda conducta sexual fuera del matrimonio heterosexual es dañina, vergonzosa e ilícita, tal como lo es para la doctrina tradicional y católica.

Además, Finnis sostiene que Aristóteles consideraba la conducta sexual homosexual algunas veces directa, y otras indirectamente, como perversa y vergonzosa. Estima que para Aristóteles el amor se podía dar en el matrimonio y en la pederastia, pero que, en este último caso, el amante podía tocar al amado y besarlo con su consentimiento, pero como a un hijo, y que ello no incluía actos sexuales. Es decir, que la pederastia excluía los actos de esta naturaleza.

Se destaca que aún en la posición de Finnis se acepta que el amor homosexual era corriente entre los griegos, salvo que Finnis no admite que tuvieran relaciones sexuales, sólo caricias y besos.

Por su parte Werner Jaeger dice que “es significativo que la primera vez que consideramos desde cerca la cultura de la nobleza dórica hallamos el *eros masculino como un fenómeno de una importancia tan decisiva*. No queremos entrar en la discusión de un problema tan debatido en nuestros días. No es

⁸ JAEGER, Werner. Op. cit., p.134. Explica este autor que el eros femenino no pudo ser “una fuerza puramente sentimental, puesto que debía unir en algo más alto a las almas que impregnaba. Se hallaba presente en la *charis* sensual de los juegos y danzas y se encarnaba en la alta figura que estaba presente, como modelo, en la comunidad de las camaradas. La lírica sáfica tiene sus momentos culminantes cuando solicita el corazón áspero y todavía no abierto de una muchacha, en la despedida de una compañera querida que se ve obligada a abandonar el círculo para volver a su tierra o para seguir al hombre que le ha pedido como esposa –lo cual en aquel tiempo nada tenía que ver con el amor- o, finalmente, en el recuerdo anhelante de una compañera lejana que, paseando en la tarde por el silencioso jardín, invoca en vano el nombre de la perdida Safo”. Citado por MEDINA, Graciela en *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p.77.

nuestro propósito describir y estudiar el estado social por sí mismo. Es preciso, sólo mostrar cómo este fenómeno tiene su lugar y su raíz en la vida del pueblo griego. Es preciso no olvidar que el *eros* del hombre, hacia los jóvenes o los muchachos es un elemento esencial histórico en la constitución de la primitiva sociedad aristocrática inseparablemente vinculado a sus ideales morales y a su rango. La atribución se halla perfectamente, pues aquella práctica ha sido siempre más o menos ajena al sentimiento popular de los jonios y de los áticos, como lo revela ante todo la comedia. Las formas de vida de las clases superiores se transmiten naturalmente a la burguesía acaudalada. Pero los poetas y los legisladores atenienses que lo mencionan y lo elogian son principalmente nobles, desde Solón, en cuyos poemas el amor de los muchachos aparece al lado del de las mujeres y de los deportes nobles como los más altos bienes de la vida, hasta Platón. La nobleza helénica se halla siempre profundamente influida por los dorios. Ya en la Grecia misma y, en los tiempos clásicos, este *eros*, a pesar de su amplia difusión, fue objeto de las más distinguidas apreciaciones. Ello se explica por su dependencia de determinadas condiciones sociales e históricas. Desde este punto de vista es fácil comprender que en amplios círculos de la vida griega esta forma de la *erótica* fuera considerada como una degradación, y en otras capas sociales obtuviera un amplio desarrollo y estuviera vinculada a las más altas concepciones sobre la perfección y la nobleza humana”.⁹

Es difícil establecer cuál era el contenido exacto del contacto amoroso griego, pero creo importante señalar 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.

⁹ JAEGER, Werner. Op. cit., p. 134. Citado por MEDINA, Graciela en *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p.27.

2.2. El cristianismo

La decadencia del imperio romano y la penetración del cristianismo, así como la confusión de la Iglesia y el Estado, llevaron a que la homosexualidad fuera condenada y perseguida penalmente porque el homosexual iba en contra de la ley divina.

Pérez Cánovas señala que en la tradición judeocristiana que hegemoniza la moral en Europa, encontramos los primeros testimonios escritos en los que se ha querido ver la condena a los homosexuales.¹⁰

2.2.1. Antiguo Testamento

2.2.1.1. Sodoma y Gomorra (Génesis, XIX I-29)

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 separarse debido a que empezaban a surgir disputas entre sus pastores. Lot se afincó en Sodoma, que con Gomorra forma 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.

Abraham pretendió evitar que la furia de Dios recayera sobre Sodoma y Gomorra y obtuvo la promesa divina de no castigar a estas 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. Los hombres de la ciudad rodearon la casa de Lot pretendiendo “conocer”¹¹ 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

¹⁰ PÉREZ CÁNOVAS, Nicolás. *Homosexualidad. Homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español*. Editorial Comares. Granada.1996, p.2.

¹¹ “Conocer” en el Antiguo Testamento también es sinónimo de relaciones sexuales.

hagáis nada, porque ellos se han acogido a la sombra de mi techo”.¹² 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 a su mujer, que por desobedecer una orden divina se convirtió en estatua de sal.¹³

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”.¹⁴

2.2.1.2. Código de Santidad del Levítico (Levítico, XX-13)

El Libro de Jueces recoge una historia parecida a la de Sodoma y Gomorra: un levita que iba con su concubina y su siervo de regreso al hogar, situado en territorio de la tribu de Eftaim, fue sorprendido por la noche y decidió pernoctar en Guibea, ciudad perteneciente a la tribu de Benjamín. Cuando llegaron a la plaza, un viejo se fijó en ellos y los invitó a pernoctar en la casa. Entrada la noche, los hombres del pueblo rodearon la casa y pretendieron que el viejo hiciera salir a su invitado, "para que lo conozcamos". El anciano salió entonces al umbral y gritó: "No hermanos míos, no hagáis tal maldad os lo pido, pues que este hombre ha entrado en mi casa, no cometáis semejante crimen. Aquí está mi hija, que es virgen, y la concubina de él, yo las sacaré fuera para que abuséis de ellas, pero a este hombre no le hagáis semejante infamia".

¹² SCHWARTZ, Marco. *Los amores en la Biblia*. Madrid. 1997, p. 233. Quien pone de relevancia que “los derechos de una mujer a su integridad tenían en esos tiempos menos valor que el deber de la hospitalidad”.

¹³ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída Rosa. *Derecho y homosexualidad en el Derecho Comparado, en Derecho de Familia*. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia. Número 13. Editorial Abeledo-Perrot. 1998, p.190.

¹⁴ PÉREZ CÁNOVAS, Nicolás. Op. cit., p. 2.

Viendo que la turba no aceptaba la propuesta, el levita sacó a su concubina y los hombres abusaron de ella hasta matarla, lo que originó una guerra punitiva donde se perdieron 25.000 hombres.¹⁵

En el Levítico, la condena a la homosexualidad es explícita; así se dice: "no te echarás con varón como mujer, porque es una abominación" (Levítico, XVII-22).

"El que se ayuntare con varón como si éste fuera hembra, los dos hicieron cosas nefastas, mueran sin remisión: caiga su sangre sobre ellos" (Levítico, XX-13).

2.2.1.3. Presunta homosexualidad de David y Jonatán

Schwartz explica en *Los amores de la Biblia* que en el curso de un debate en el Parlamento de Israel sobre los derechos de los *gays*, una diputada planteó la homosexualidad del rey David, la figura más importante de la historia judía junto al legislador Moisés y al patriarca Abraham. Esta diputada sostuvo que de los textos bíblicos surge que la relación de David y Jonatán fue homosexual. En la tradición judeocristiana, esta relación ha sido planteada como de profunda amistad; sin embargo, algunos sostienen que entre ambos personajes pudo haber sentimientos amorosos, que se traslucirían de las palabras del padre de Jonatán, Saúl, quien le dijera a éste: "¡hijo perverso y contumaz! ¿No sé yo que tú prefieres al hijo de Isai (o sea David) para vergüenza tuya y vergüenza de la desnudez de tu madre?"

La utilización de la fórmula "para vergüenza de la desnudez de tu madre" sugiere que Saúl había descubierto o intuía algo grave en la relación de su hijo con David, ya que ese giro verbal solía utilizarse en el contexto de prohibiciones sexuales, como por ejemplo en el incesto.¹⁶

¹⁵ SCHWARTZ. Op. cit., p. 235.

¹⁶ Íbidem, p. 240.

Bonifacini recuerda algunos pasajes bíblicos que apoyarían la relación homosexual entre Jonatán y David, entre ellos el Libro 2° de Samuel (1:25-26) que dice:

¡Cómo han caído los valientes en medio de la batalla!
¡Jonatán, muerto en tus alturas!
Angustia tengo por ti, hermano mío Jonatán,
Que me fuiste muy dulce.
Más maravilloso me fue tu amor
Que el amor de las mujeres.¹⁷

Para judíos y católicos, la relación entre Jonatán y el rey David sigue siendo considerada de profunda amistad, pero la frase anterior y otra de un cantar que David le dedicara a Jonatán ha permitido sostener la homosexualidad de David.

2.2.2. Nuevo Testamento

En el Nuevo Testamento existen cuatro referencias contrarias a la homosexualidad, todas ellas incluidas en las Cartas de San Pablo.

En las enseñanzas de Jesús, según los escritos de los demás apóstoles, no existen referencias a la homosexualidad.

Las realizadas por San Pablo son: "Por eso los entregó Dios a las pasiones infames. Pues sus mismas mujeres invirtieron el uso natural, en el que es contrario a la naturaleza" (Romanos, 1-26).

"Del mismo modo también los varones, desechando el uso natural de la hembra, se abrazaron en amores brutales de unos con otros, cometiendo torpezas refinadas varones contra varones y recibiendo en sí mismos la paga merecida de su obcecación" (Romanos, 1-27).

"¿No sabéis que los injustos no poseerán el reino de Dios? No queráis cegaros hermanos míos: ni los fornicarios, ni los idólatras, ni los adúlteros, ni los afeminados, ni los sodomitas, ni los ladrones, ni los avarientos, ni los borrachos,

¹⁷ BONIFACINI, Gustavo. *Gays y lesbianas*. Editorial Distal. Buenos Aires. 2000, p. 17.

ni los maledicientes, ni los que viven en rapiña habrán de poseer el reino de Dios" (I Corintios, VI-9, 10).

"Reconociendo que no se puso la ley o sus penas para el justo, sino para el injusto y los sodomitas" (1 Timoteo, 1-9, 10).

2.2.3. La Patrística

Así como son escasas las referencias a la homosexualidad en el Nuevo Testamento, en la Patrística abundan.

Entre los padres de la Iglesia fueron San Agustín y Santo Tomás quienes más se pronunciaron contra la homosexualidad.

San Agustín dice: "...Los pecados que son contra la naturaleza, como fueron los sodomitas, siempre y en todo lugar deben ser detestados y castigados; y aun cuando todas las gentes los cometieran serían igualmente culpables ante la ley divina, que no hizo a los hombres para que de tal modo usasen unos de otros" (Confesiones, III-8, 15).

"El que los hombres sufran la condición de las mujeres no es según la naturaleza, sino contra la naturaleza. Este crimen, esta ignominia" (La ciudad de Dios, VI-8.I).

Santo Tomás, que tanta influencia ha tenido en el pensamiento occidental, enseña que la procreación dentro del matrimonio es la única razón justificante de cualquier actividad sexual. A todas las demás actividades sexuales las considera pecados contra el Creador.

Para Santo Tomás, los pecados son divididos en *secundum naturam*, cuando al cometerlos no queda excluido el fin de la procreación, como el incesto y el adulterio, y *contra naturam*, cuando queda excluido, como la masturbación, el bestialismo y la homosexualidad.

Los pecados *contra naturam* (entre los que se incluye la homosexualidad) fueron más censurados por Santo Tomás que los *secundum naturam*, porque entendió a los primeros contrarios a la obra de Dios, y

consideró que quienes los cometían le negaban a la naturaleza los fines para los que fue pensada.

2.3. La Edad Media

Durante la Edad Media se hace sentir la condena de la Iglesia Católica a la homosexualidad, que fue severamente reprimida mediante la castración, la confiscación de los bienes y la tortura.

Cabe recordar que esta represión se justificaba por la influencia de la doctrina cristiana que, como ya se mencionó, en ese momento consideraba la *homosexualidad* como un *pecado grave contra Dios*.

Alarico mandó que los homosexuales fueran quemados en la hoguera y en la ley Visigotorum se condenaba al homosexualismo con la castración.¹⁸

En el *Fuero Real* de Alfonso el Sabio se castigaba brutalmente a los homosexuales con la muerte, debiendo ser éstos colgados por las piernas hasta que murieran. En las *Partidas* de Alfonso el Sabio, dictadas en el año 1265, también se condena a la homosexualidad con la muerte, tanto del que lo hace como de quien lo consiente.

Nuno de Salter Cid enseña que en 1447, durante el reinado de Alfonso V en Portugal, regían las ordenanzas Manuelinas y Filipinas que ordenaban la confiscación de todos los bienes de los homosexuales; sus hijos y descendientes eran calificados de infames y establecían un complejo sistema de recompensa y de denuncia de los delitos de sodomía. Agrega el autor citado que el rey Manuel estableció que el delito también podía ser cometido por mujeres, y que en 1614 se ordenó que los culpables del pecado de sodomía fueran quemados vivos cuando tuvieran sentencia del Santo Oficio ejecutadas por los jueces seculares.¹⁹

¹⁸ PÉREZ CÁNOVAS, Nicolás. *Op. cit.*, p. 8.

¹⁹ SALTER CID, Nuno. *Directos humanos e familia, quando os homossexuais querem casar*. Separata de 1998, p. 203. Citado por MEDINA, Graciela en *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p.33.

Durante el reinado de los reyes católicos también se dictaron leyes contra la homosexualidad, ordenando que los sodomitas fueran quemados en llamas de fuego y que perdieran todos los bienes que pasaban a la Real Cámara y al fisco.

Estas leyes fueron repetidas en la Nueva Recopilación de Leyes de España de 1567 y en la Novísima Recopilación.

Felipe II insistió en que se aplicara el castigo de muerte a los sodomitas y exhortó a que no se los mande a las galeras como hacían en algunos casos los tribunales de la Inquisición.

2.4. La Revolución Francesa

La situación de los homosexuales cambió radicalmente gracias a las ideas laicas que impregnaron a la Revolución Francesa; así, en el año 1791, la Asamblea Constituyente eliminó la pena de muerte para el delito de sodomía y Napoleón despenalizó la homosexualidad entre personas adultas, siempre que se tratara de relaciones privadas.

Si bien la homosexualidad en sí misma no era un delito, fue considerada como una falta contra la moral y las buenas costumbres, y siguió estando presente en los códigos militares.

2.5. La homosexualidad en los regímenes dictatoriales

2.5.1. La homosexualidad en la Alemania nazi

En la Alemania de fines de 1920 surgió la figura de un líder carismático, Adolf Hitler, quien prometía cambiar las bases de la sociedad reinante hasta el momento. En su visión de futuro dejaba ver una sociedad sustentada en la familia, el trabajo honrado, la disciplina y el honor; los líderes corruptos eran reemplazados por gente sana y corriente.

Dentro de esta nueva sociedad no había cabida para la homosexualidad. Este prejuicio homosexual quedó claramente puesto de manifiesto y llevado a

sus extremos durante el período del holocausto, el cual se caracterizó por la identificación sistemática de homosexuales, su captura y asesinato.

En 1928 quedó clara la posición que el nuevo Partido Nacionalista (abreviado Partido Nazi) tomaría frente a la homosexualidad: en plena lucha para anular el artículo 175 del Código Jurídico alemán que incriminaba la homosexualidad, los nazis mostraron abiertamente su oposición radical, considerando enemigo a cualquiera que creyera en el amor homosexual.

El 30 de enero de 1933, Adolf Hitler se convirtió en el canciller de Alemania; en menos de veinticinco días se prohibieron las organizaciones en defensa de los derechos de los homosexuales.

El triunfo de Hitler se debió en gran parte al apoyo de grupos paramilitares que mediante actos terroristas intimidaron a la oposición. Uno de esos grupos, el SA o Camisetas Marrones, estaba encabezado por un homosexual llamado Röhm, amigo de Hitler, a quien no pareció importarle sus inclinaciones sexuales mientras lo necesitara para llegar al poder.

Las cosas cambiaron rotundamente cuando Hitler llegó a ser canciller de Alemania: el detonante fue el reclamo por parte de Röhm para que le otorgara una porción del poder; las consecuencias fueron nefastas para todo el grupo. El 28 de junio de 1934, en la noche conocida con el nombre de "los cuchillos largos", los miembros del SA de toda Alemania fueron arrestados y acusados de conspirar contra Hitler. Röhm y miles de los integrantes de este grupo fueron ejecutados, acusados de ser unos "cerdos homosexuales".

Con Hitler en el poder, las cosas se pusieron seriamente difíciles para los homosexuales, pues tomó medidas dirigidas directa y exclusivamente a exterminar la homosexualidad.

Ello así, en octubre de 1934 creó un nuevo servicio de policía (Centro del Reich) dedicado exclusivamente a combatir la homosexualidad.

En junio de 1935, el apartado 175 que sólo prohibía las relaciones anales entre hombres, fue modificado para incluir cualquier *actividad delictiva*

indecente entre hombres; este término incluía cualquier cosa: besarse, darse la mano, hasta pasar el brazo por encima del hombro de otro hombre y así lo entendieron los tribunales.

Parte de la teoría sostenida por los nazis para perseguir a los homosexuales tenía su antecedente en un libro escrito por Otto Weininger en 1903; entre las cosas que describía en esa publicación, el autor, un homosexual judío que se suicidó poco después de publicar su libro, sostenía que los hombres que tenían demasiadas cualidades del sexo opuesto eran peligrosos para la sociedad y que los homosexuales corrompían a la sociedad.

Por otra parte, desarrollaron una falsa teoría, cual es que los romanos habían fomentado la homosexualidad entre los griegos a fin de conquistarlos. La característica fundamental de este período nazi fue la obsesión por la perfección de la raza, lo cual los impulsó exterminar a todo aquel grupo o individuo que -según su criterio- atentara contra la raza aria y, en consecuencia, se tomó moralmente aceptable el exterminio de aquellos a quienes ellos denominaron inferior, anormal o degenerado. Entre estos grupos marginales fueron incluidos los judíos, gitanos, retrasados mentales, grupos eslavos y por supuesto los homosexuales.

Heinrich Himmler fue el hombre que dirigió la guerra nazi contra los homosexuales.

Himmler estaba convencido de la existencia de una organización homosexual y judía, cuyo único fin era destruir Alemania. Según su pensamiento, los homosexuales, quienes se identificaban secretamente entre sí, se irían infiltrando en las bases de la sociedad alemana, hasta conseguir los puestos de poder y luego maquinaban la elección de otros homosexuales, culminando por subyugar a los hombres normales y aniquilar la sociedad.

La homosexualidad femenina no fue tenida en cuenta por los alemanes nazis, quienes se encontraban obsesionados por la sexualidad masculina; en efecto, en el apartado 175 del Código Penal no se encuentra mención alguna a la homosexualidad femenina, ni Himmler hizo declaraciones sobre las

lesbianas. Existen pocos datos de lesbianas arrestadas y enviadas a campos de concentración durante la década de 1940.

Los nazis reconocían a los homosexuales mediante informes. Las libretas de direcciones, las cartas, postales e incluso un rumor podían facilitar nombres y en consecuencia arrestos. Por otra parte, los mismos arrestados eran torturados para que revelaran la identidad de sus parejas, amigos o conocidos homosexuales.

Los homosexuales enviados a campos de concentración eran identificados a través de un triángulo rosa colocado en la ropa provista, de la misma manera que a los delincuentes se los identificaba con un triángulo verde, rojo para los presos políticos y la estrella de David en color amarillo para los judíos.

En los años 70's, el triángulo rosa fue utilizado como símbolo de la homosexualidad por la comunidad *gay*, apareciendo en banderas y pancartas, pero esta vez representando la lucha por la igualdad de los homosexuales.

Resultan asombrosos y espeluznantes los padecimientos que los homosexuales debían pasar en cautiverio; no sólo han debido soportar torturas, también ha logrado saberse que los presos homosexuales fueron sometidos a terribles experimentos médicos. Uno de ellos resultó ser la castración de los hombres, para luego inyectarles testosterona, supuestamente para ver si podían modificar su orientación sexual.

Los registros nazis muestran que entre 1931 y 1944 unos cincuenta mil hombres fueron condenados por ofensas al apartado 175 del Código Penal, pero en rigor de verdad, así como hasta después de la guerra no se sabía que la persecución a homosexuales había sido parte de la monstruosidad del holocausto, es incalculable y no conocida la real cantidad de víctimas homosexuales que se cobró aquél.

Cabe consignar también, con el fin de comprender la ardua persecución y discriminación que sumó la comunidad homosexual, que las víctimas

homosexuales del holocausto no tuvieron derecho a la compensación económica que recibieron las demás víctimas.

Si bien el movimiento de liberación homosexual alemana fue aniquilado por los acontecimientos que se suscitaron a mediados del siglo XX, éste había diseminado sus semillas para su renacimiento en Estados Unidos de América.

En el año 1999 se realizó la primera conmemoración oficial en el antiguo campo de concentración de Sachsenhausen, en la cual se recordó oficialmente a los miles de *gays* que fueron perseguidos durante la Segunda Guerra Mundial.²⁰

2.5.2. La homosexualidad en el régimen stalinista

Durante la época stalinista, la homosexualidad era considerada como producto de la decadencia burguesa", de "perversión fascista"; por tal motivo, los homosexuales fueron objeto de persecuciones en nombre de la "pureza del proletariado". A las prohibiciones para publicar obras que hablaran sin animadversión de la homosexualidad, le siguieron redadas y deportaciones de homosexuales, culminando en marzo de 1934 con una ley que hizo sancionar el mismo Stalin, castigando con cinco años de prisión los actos homosexuales cometidos entre adultos que dan su consentimiento".²¹

2.5.3. La homosexualidad en el régimen franquista

En el régimen de Franco la homosexualidad no era considerada un delito pero sí un acto peligroso, por lo que fue castigada indirectamente al incluírsele en la Ley de Vagos y Maleantes, obra de Jiménez de Asúa. Esta ley no tipificaba delitos o faltas sino conductas peligrosas, por lo tanto, no imponía penas, sino medidas de seguridad. En ella se consideró a los homosexuales (juntamente con los rufianes, proxenetas y mendigos profesionales) sujetos

²⁰ Del informe de ILGA para 1999, obtenido en www.ilga.org. Citado por MEDINA, Graciela en *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p. 37.

²¹ FERNÁNDEZ, D. *El rapto de Ganímedes*. Tecnos. Madrid. 1992. Citado por PÉREZ CÁNOVAS, op. cit., p. 15.

sometidos a la vigilancia de los delegados, por lo que tenían obligación de declarar su domicilio y eran internados en establecimientos de trabajo con el objeto de curarlos, rehabilitarlos o regenerarlos.

Concretamente decía el artículo 6, número 20, de la Ley de Vagos y Maleantes: A los homosexuales, rufianes y proxenetas, a los mendigos profesionales y a los que vivan de la mendacidad ajena, exploten menores de edad, enfermos mentales o lisiados, se les aplicarán para que las cumplan todas sucesivamente, las medidas siguientes: a) internación en un establecimiento de trabajo o colonia agrícola. Los homosexuales sometidos a estas medidas de seguridad deberán ser internados en instituciones especiales y en todo caso con absoluta separación de los demás; b) prohibición de residir en determinado territorio y obligación de declarar su domicilio; c) sumisión a la vigilancia de los delegados.

Además de estar sometidos a la Ley de Vagos y Maleantes, la homosexualidad era considerada una conducta que encajaba dentro del delito de escándalo público, razón por la cual en la jurisprudencia del Tribunal Supremo fue sancionada por encuadrar en el artículo 431 del Código Penal que concretamente decía: "El que de cualquier modo ofendiere el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia incurrirá en la pena de arresto mayor, multa de cinco mil a veinte mil pesetas e inhabilitación especial. Si el ofendido fuere menor de 21 años se impondrá la pena de privación de libertad en su grado máximo".

En la época franquista la homosexualidad era considerada como algo totalmente peyorativo, a tal punto que si alguien mataba a otro por haberlo llamado maricón se estimaba que había obrado en legítima defensa, porque se le había tratado con el epíteto que más puede denigrar la dignidad del varón,

desde que se está poniendo en entredicho la honra y crédito de la masculinidad.²²

2.6. La homosexualidad en la legislación actual

El Derecho de nuestros días ha cambiado radicalmente su postura frente a la homosexualidad; mientras que hasta mediados del siglo XX se la consideraba un delito, se la penalizaba y a sus miembros se los enviaba a campos de concentración, en la actualidad se la ha despenalizado;²³ se trata de evitar la discriminación en razón de la preferencia sexual; las relaciones homosexuales son tenidas en consideración para obtener derechos en diversas áreas y se legisla expresamente sobre las uniones homosexuales, cómo ya se ha hecho en países como Alemania, Dinamarca, Finlandia, Francia, Holanda, Hungría, Islandia, Noruega, Suecia, España, el Reino Unido y en algunas regiones o estados de Canadá y Estados Unidos.

Y en el caso de nuestro país, y cómo lo mencione en el apartado anterior, se está empezando a luchar porque le sean reconocidos derechos a las parejas homosexuales, en pro de una cultura de la diversidad social y la no discriminación, como sucede con la Iniciativa de Ley de Sociedad de Convivencia, que se ha pronunciado como un intento de legislar sobre las uniones homosexuales en el Distrito Federal, con el fin de que le sean reconocidos derechos de alimentos y sucesión legítima.

²² Sentencia del Tribunal Superior español del 26-1-57. Citada por PÉREZ CÁNOVAS, Nicolás. Op. cit., p. 24.

²³ Entre las principales legislaciones, cabe citar que dejó de considerarse delito a la homosexualidad entre adultos en Suecia (1930), Gran Bretaña (1967), República Federal Alemana (1969), Finlandia (1970), Austria, Francia y Noruega (las tres en 1971). Irlanda del Norte quedó excluida del campo de aplicación de la Sexual Offenses Act de 1967.

3. Concepto de sociedad de convivencia

3.1. Concepto contemplado en la Iniciativa de Ley de Sociedad de Convivencia

En la Iniciativa de Ley de Sociedad de Convivencia, se expone un concepto de sociedad de convivencia en su artículo segundo, mismo que versa de la siguiente manera: Art. 2º: *“La sociedad de convivencia se constituye cuando dos personas físicas, con capacidad jurídica plena deciden establecer relaciones de convivencia en un hogar común, con voluntad de permanencia y ayuda mutua”.*

El artículo continúa diciendo: *“También podrán formar sociedad de convivencia más de dos personas que sin constituir una familia nuclear, tuvieran entre sí relaciones de convivencia y cumplan con los demás requisitos señalados en el párrafo anterior”.*

Sin embargo, dentro de las críticas que le realizaré en otro capítulo a esta Iniciativa de Ley de Sociedad de Convivencia, se encuentra precisamente la relativa al concepto de sociedad de convivencia, ya que considero que el número de personas que puedan suscribir una sociedad de convivencia debe acotarse a dos; por ello, este primer concepto no resulta adecuado para definir el objeto de estudio, pero partiré del mismo para llegar a un concepto más completo que abarque todas las características y elementos con que cuenta la sociedad de convivencia.

3.2. Modificación al concepto de sociedad de convivencia contemplado en la Iniciativa de Ley

Después de que la Iniciativa de Ley de Sociedad de Convivencia fuera analizada por diputados integrantes de las Comisiones Unidas de Derechos Humanos y de Estudios Legislativos y Prácticas Parlamentarias de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, así como por magistrados del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, dicha iniciativa fue sometida a diversas modificaciones en varios de sus artículos, con el objeto de enriquecerla y

hacerla viable para su aplicación y protección jurídica de aquellas personas que recurrieran a esta nueva figura jurídica.

Es así como en el dictamen con propuesta de Ley de Sociedad de Convivencia, el artículo 2° de la Iniciativa de Ley de Sociedad de Convivencia aparece modificado para quedar en los siguientes términos:

“Artículo 2.- La sociedad de convivencia es un acto jurídico bilateral que se constituye, cuando dos personas físicas, mayores de edad y con capacidad jurídica plena, establecen un hogar común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua”.

A esta definición, considero que es necesario agregarle el elemento “del mismo sexo”, es decir, que la sociedad de convivencia se constituye por dos personas físicas del mismo sexo, mayores de edad y con capacidad jurídica plena, puesto que estamos refiriéndonos a una pareja o unión homosexual; es así como la sociedad de convivencia deber ser definida de la siguiente manera:

La sociedad de convivencia es un acto jurídico bilateral que se constituye, cuando dos personas físicas del mismo sexo, mayores de edad y con capacidad jurídica plena, establecen un hogar común, con voluntad de permanencia y ayuda mutua.

3.3. Elementos de la Definición

Son elementos de la definición de sociedad de convivencia:

1. Acto jurídico bilateral: los efectos jurídicos del vínculo ocurren una vez que los suscriptores de la sociedad manifiestan su consentimiento por escrito.

2. Se constituye por dos personas:

- Físicas
- Del mismo sexo
- Mayores de edad
- Con capacidad jurídica plena

3. Hogar común: hace referencia a que dichas personas vivan juntas, no sólo compartiendo una vivienda, sino teniendo un hogar común, esto es, un

espacio de interacción en el que se compartan también derechos y obligaciones.

4. Voluntad de permanencia: se traduce en el ánimo que constituye el motivo determinante de la voluntad de los convivientes de estar juntos de manera perpetua.

5. Ayuda mutua: hace alusión a la necesaria solidaridad que debe existir entre los convivientes.

4. Naturaleza jurídica de la sociedad de convivencia

De acuerdo con el concepto proporcionado anteriormente, la sociedad de convivencia es un *acto jurídico bilateral*.

Para lo cual, es necesario recordar lo que se entiende por acto jurídico: El "*acto jurídico* es la manifestación de voluntad emitida con la intención de que se produzcan las consecuencias de derecho, es decir, con el propósito de crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones o situaciones jurídicas concretas".²⁴ En efecto, en el caso de la sociedad de convivencia, los efectos jurídicos del vínculo ocurren una vez que los suscriptores de la sociedad manifiestan su consentimiento por escrito, es decir, que manifiestan su voluntad.

Las *consecuencias de derecho* son todas aquellas situaciones jurídicas específicas que se generan en el momento en que se realizan uno o varios supuestos jurídicos. En el caso de las sociedades de convivencia, una vez que se suscribe al cubrirse los requisitos exigidos por la ley, se generarán entre los suscriptores derechos y obligaciones recíprocos relativos a alimentos, sucesión legítima, así como todos los inherentes al concubinato en lo que le sean aplicables.

²⁴ TAPIA RAMÍREZ, Javier. *Introducción al Derecho Civil*. Editorial Mc Graw Hill. México. 2002, p. 285.

Los *actos jurídicos* se subdividen en *unilaterales, bilaterales y plurilaterales*:

Actos jurídicos unilaterales: en éstos solo una voluntad es la que interviene en la formación del acto. Por ejemplo, en el testamento una sola voluntad genera las consecuencias de derecho, exigen sólo una voluntad.

Actos jurídicos bilaterales: son todos aquellos que para su formación requieren del concurso de dos o más individuos, que constituyen el consentimiento o acuerdo de voluntades para crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones.

Actos jurídicos colectivos o plurilaterales: éstos a su vez se subdividen en bilaterales, colectivos y actos unión.²⁵

I. *Actos jurídicos contractuales* (son los bilaterales ya referidos). En estos actos las partes siempre persiguen que se produzcan las consecuencias de derecho, que se traducen en obligaciones y derechos para ambos, con la celebración del acto; entran aquí todos los contratos expresamente regulados en el Código Civil, con excepción del contrato de asociación y sociedad.

II. *Actos jurídicos colectivos, complejos o de colaboración*. Para la formación de este acto jurídico se requiere de la concurrencia de dos o más personas que expresan su voluntad para lograr una finalidad común que interesa a todos los participantes. Este objetivo puede ser lucrativo, altruista o sólo de recreo.

III. *Actos unión*. Son aquellos en los cuales encontramos características de los contractuales, en los que las partes persiguen fines distintos, así como rasgos de los colectivos porque están encaminados a una finalidad común. Este es el caso del acto jurídico del matrimonio.

La sociedad de convivencia es un acto jurídico bilateral de especial naturaleza y no un contrato, ya que a pesar de que los efectos jurídicos del

²⁵ ORTIZ URQUIDI, Raúl. *Derecho Civil*. Editorial Porrúa. México. 1977, p. 17.

vínculo ocurren una vez que los suscriptores de la sociedad manifiestan su consentimiento por escrito, el acto no acepta que la autonomía de la voluntad de sus integrantes sea la que rijan todas las consecuencias del acto, sino una ley de interés social, que contiene disposiciones que deberán ser de observancia general.

CAPÍTULO II

LA SOCIEDAD DE CONVIVENCIA Y SU DERECHO A SER RECONOCIDA

1. Elementos personales de la sociedad de convivencia

1.1. Unión entre personas de diferente sexo

La Iniciativa de Ley de Sociedad de Convivencia prevé que una sociedad de convivencia pueda conformarse por personas de diferente sexo, pues una aportación de esta Ley reside en “reconocer los efectos jurídicos de aquellas relaciones en las que no necesariamente exista trato sexual, sino sólo el deseo de compartir una vida en común basada en auténticos lazos de solidaridad humana, de comprensión mutua y apego afectivo”.¹

Sin embargo, para estas uniones entre personas de diferente sexo, el Derecho ha previsto otro tipo de figuras, que igualmente, pueden brindarles protección jurídica, tales como la tutela, la patria potestad, el concubinato, la donación, entre otras. Por lo que considero que las uniones que en realidad se encuentran al margen de toda protección jurídica, son aquellas que existen entre personas de igual sexo, razón por la cual la sociedad de convivencia debe destinarse exclusivamente para uniones homosexuales.

1.2. Unión entre personas del mismo sexo

En el correr de la última década del siglo XX y más particularmente en el inicio del siglo XXI, hemos advertido una evolución en todos los temas relativos a la homosexualidad.

¹ Iniciativa de Ley de Sociedad de Convivencia. *Exposición de motivos* (consulta en INTERNET <http://www.enoeuranga.org.mx/motivos>), México, 08/07/2005.

La homosexualidad ha pasado de ser un motivo de escándalo, vergüenza, ocultismo y burla, a ser el tema casi obligado de las obras de arte, que la muestran en sus más diversos perfiles; es decir, ha dejado de ser oculta para ser expuesta y exhibida desde los medios más restringidos del arte, como la pintura y la escultura, hasta los más masivos, como lo son el cine y la televisión, sin olvidar pasar por la música y la literatura.

La evolución también se advierte en la sociedad, donde los *gays* aparecen, se dan a conocer más abiertamente, y viven sus relaciones afectivas cada día más públicamente.

Esta mutación en la manera de visualizar la homosexualidad también se refleja en lo jurídico, donde lógicamente se está produciendo un cambio de perspectiva.

No es que el operador jurídico haya necesitado veintiún siglos para darse cuenta que los homosexuales existían y que por lo tanto eran sujetos de derecho, sino que durante veinte siglos la homosexualidad fue motivo de condena penal, y la única rama del Derecho que se ocupaba de ellos era el Derecho Público en su faz represiva.

Aún hoy existen estados de los Estados Unidos de Norteamérica, que es uno de los países más desarrollados del mundo, donde la sodomía es delito y la Corte Suprema de E.E.U.U. ha considerado que tales leyes son constitucionales.

Advertimos cómo la problemática de los homosexuales deja de ser patrimonio exclusivo del ámbito penal para constituir un problema común a todas las ramas del Derecho.

Lógicamente, la primera pretensión que plantean los homosexuales, como pretensión de mínima, es no ser condenados penalmente por mantener relaciones afectivas o meramente sexuales con personas del mismo sexo. Logrado este objetivo, que en el mundo occidental ya se ha obtenido, lo que pretenden es el reconocimiento de la pareja homosexual.

1.2.1. Denominación de homosexual

En el mundo del Derecho se da una interconexión entre el lenguaje científico-jurídico y la lengua común, mayor que entre ésta y cualquier otro lenguaje científico, precisamente porque el Derecho, aun disponiendo de palabras y conceptos perfectamente delimitados o delimitables en la realidad, tiene una enorme serie de conceptos cuyos límites han de establecerse en cada momento, acudiendo la mayor parte de las veces a la lengua común.²

Habré de referirme a una forma sexual de vida entre personas de un mismo sexo; por ello debo comenzar a precisar cuál es el término con el que se debe denominar a las personas que prefieren sexualmente a otras de su mismo sexo; por lo que señalaré cómo son denominadas en nuestra lengua:

- *Pederasta*: es una palabra heredada del griego. Con el tiempo, este término es utilizado para designar todo tipo de relación homosexual masculina. Tal fue la generalización de este uso que en Francia dejó de ser entendida como cultismo. La expresión francesa *péde*, diminutivo de *péderaste*, es utilizada comúnmente con significado peyorativo. Además de *péde*, también se utiliza como insulto *pédale* (literalmente, *pedal*) que en sus inicios fue un eufemismo.

- *Sodomita*: el carácter bíblico de esta palabra es por todos conocido. Proviene de sodomía, eufemismo utilizado para designar el sexo anal y, por extensión, la homosexualidad. Según los cronistas bíblicos, en Sodoma ésa era una práctica de coito por la cual Dios decidió reducir la ciudad a cenizas.

- *Homosexual*: ésta es la palabra más utilizada, aparte de *gay*, para designar asépticamente a las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo. Se trata de un neologismo introducido a finales del siglo XIX y creado a partir del elemento griego *homos* (semejante, igual) y *sexual*.

Fuera de éstas, hay otras denominaciones más o menos eufemísticas y peyorativas tales como *invertido*, *afeminado* o *maricón*.

² LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, Miguel. *Las uniones para patrimoniales ante los procesos de familia*. Segunda Edición. Editorial Colex. Madrid. 1997, p.23.

En la actualidad se utiliza el término *gay*, todavía no reconocido por la Real Academia de la Lengua Española en su diccionario, que también procedería del latín. La etimología parece ser *gaudium* (alegre), adjetivo muy común en francés y en occitano, especialmente en la época medieval. La solución *gai/e* de galorromania también pasó al inglés conservando los siguientes significados iniciales: persona llena de alegría o dispuesta a ella (en conexión con esta idea estarían también denominaciones más exageradas como *folle*, *louca*, "loca", persona aficionada al placer o a la mala vida y persona presumida). Vistas las otras asociaciones, no es de extrañarse que *gay* se asociase en inglés al homosexual. Esta denominación caería en desuso durante siglos, hasta que el movimiento homosexual contemporáneo se apropiase de ella para designar al homosexual consciente y liberado.

Estas son, pues, algunas de las denominaciones más usadas en Europa. Podemos ver que las más comunes y populares proceden de un tipo de asociaciones generadas para estigmatizar la homosexualidad de una forma más o menos indirecta.

De todas estas denominaciones, la de *gay* tiene la ventaja de la internacionalización, pues el término es igual en todas las lenguas e individualiza a quienes prefieren a las personas de su mismo sexo. Pero elijo la palabra "homosexual", ya que considero que el término no es peyorativo y es claramente demostrativo del sujeto del que se pretende hablar, sin perjuicio de lo cual utilizaré también a modo de sinónimo el término *gay*, y desecho por su contenido peyorativo las restantes denominaciones.

El término *homosexual* ha sido definido por el Diccionario de la Real Academia Española como: "(De homo- y sexual). adj. Dicho de una persona: Con tendencia a la homosexualidad. U.t.c.s. 2. Dicho de una relación erótica: Que tiene lugar entre individuos del mismo sexo. 3. Perteneciente o relativo a la homosexualidad".³

³ Diccionario de la Lengua Española. Vigésimo segunda edición. Tomo 6. España, 2001, p. 830.

1.2.2. Concepto y naturaleza de la homosexualidad

El Diccionario de la Real Academia Española ha definido a la *homosexualidad* como: “1. Inclinação hacia la relación erótica con individuos del mismo sexo; 2. Práctica de dicha relación”.⁴

Por otra parte, se ha definido también a este tipo de orientación sexual como: “la preferencia erótica incluyendo fantasías y experiencias por personas del mismo sexo, con disminución del interés erótico hacia las personas del sexo opuesto”.⁵

Otras definiciones, dentro de la dificultad de dar una descripción exacta de la homosexualidad, son, por ejemplo, un patrón resistente de sentimiento homosexual acompañado de un patrón persistente ausente o débil de sentimiento heterosexual; una atracción erótica persistente, de tipo adulto, hacia una persona del mismo sexo y que generalmente, aunque no siempre, desemboca en una relación sexual.

Para efectos de mi investigación, consideraré el siguiente concepto por resultarme sencillo y completo al mismo tiempo: “La *homosexualidad* es la orientación sexual de las personas que se sienten atraídas por personas del mismo sexo. Es un impulso que nace y sale de dentro sin que se haga nada para dirigirlo en un sentido o en otro”.⁶

En cuanto hace a la naturaleza de la homosexualidad, considero que así como no escogemos el sexo, tampoco podemos escoger la vivencia afectiva ni la expresión de la sexualidad. Por lo tanto, no podemos seguir considerando a la homosexualidad como una perversión, sino que la debemos considerar simplemente como una orientación sexual, es decir, como la atracción sexual y sentimental que siente un individuo por otro, en este caso, del mismo sexo.

⁴Diccionario de la Real Academia Española (consulta en INTERNET <http://diccionario.terra.com.pe/cgi-bin/b.pl>), México, 05/09/2005.

⁵ Escuela de Padres de Médica de Tarragona. *El concepto de homosexualidad* (consulta en INTERNET http://www.medicadetarragona.es/padres/adolescencia/el_concepto_de_homosexualidad.htm), México, 05/09/2005.

⁶ Asociación de Padres y Madres de Gays y Lesbianas. *¿Qué es la homosexualidad?* (consulta en INTERNET <http://www.ampgil.org/cas/queeshomo.asp>), México, 05/09/2005.

1.2.3. La unión homosexual frente a otro tipo de uniones

1.2.3.1. Diferencia entre la unión homosexual y la unión heterosexual

En ambos casos los caracteres comunes son: la estabilidad, la publicidad, la comunidad de vida o cohabitación y la singularidad.

La diferencia natural está dada porque las uniones heterosexuales pueden procrear naturalmente hijos biológicos de ambos miembros de la pareja, mientras que las homosexuales no.

La diferencia esencial es que las parejas homosexuales no sólo no pueden procrear hijos sino que tampoco pueden educarlos con los roles diferenciados de progenitor masculino y femenino, ni contribuir a la perpetuación de la especie humana.

Desde el punto de vista jurídico, la diferencia radica en que las parejas heterosexuales pueden, en general, contraer matrimonio y acceder con mayor facilidad a la adopción y a las técnicas de fecundación asistida, mientras que en el caso de parejas de homosexuales, la igualdad sexual de sus miembros, en principio, los imposibilita a contraer nupcias.

Como se verá, en la mayoría de los países en que les está autorizado casarse no les está permitido adoptar. Así por ejemplo, la Ley danesa del 1º de octubre de 1989, que fue aprobada por el Congreso no obstante el dictamen contrario de la Comisión Jurídica Previa de Estudio, equipara la unión homosexual al matrimonio heterosexual con dos restricciones fundamentales: la primera, que los homosexuales no pueden adoptar ni ejercer un derecho de guarda conjunto; la segunda, que sólo pueden celebrar un matrimonio civil pero no religioso, y que al momento del divorcio no pueden solicitar la mediación de un clérigo para reconciliar a los contrayentes.⁷ Sin embargo, esta Ley se ha flexibilizado, prueba de ello es que a partir del año 1999 se les permite adoptar a los hijos de su compañero homosexual.

⁷ NAVARRO VALS, Rafael. *Las uniones de hecho en el Derecho Comparado, en Uniones de Hecho*, p. 34. Citado por MEDINA, Graciela en *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p.77.

Por su lado, la Ley noruega del 1° de agosto de 1993 especifica que las uniones homosexuales registradas producen los mismos efectos que el matrimonio, salvo en lo relativo a la adopción.⁸

La imposibilidad de contraer matrimonio para los homosexuales, acto permitido a los heterosexuales, es fundamental en orden a la regulación de estas uniones, porque hasta el cansancio se ha señalado que si los heterosexuales no se casan es porque no quieren y que no se les puede imponer un estatuto que no tomaron en cuenta o al que no quisieron libremente acceder pudiendo hacerlo.

Tal fue la conclusión del X Congreso Internacional de Derecho de Familia celebrado en Mendoza en 1998, al concluir: "No corresponde aplicar a las uniones de hecho el régimen patrimonial del matrimonio".⁹

La situación es muy distinta para los homosexuales, que no se casan porque no pueden, ya que el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer; así ha sido admitido por las convenciones internacionales y por la Corte de la actual Unión Europea.

Otra distinción, aunque de menor importancia jurídica, es la diferencia cuantitativa; es una constante mundial que las parejas de hecho homosexuales son muchas menos que las heterosexuales.

Así por ejemplo, en Cataluña según el censo de 1991, de 54,000 parejas de hecho, 43,500 eran heterosexuales y 10,500 eran homosexuales.¹⁰

John Eekelaar, profesor de Oxford, informa que una estadística realizada en Dinamarca demostró que entre el año 1990, fecha en que entró en vigencia la posibilidad de registro de las uniones de hecho homosexuales, y el año de

⁸ Una de las excepciones legislativas en orden a la imposibilidad de adopción de la pareja homosexual la constituye la Ley de Vermont de abril de 2000, que concede el derecho a la adopción a la pareja homosexual.

⁹ *Conclusiones del X Congreso Internacional de Derecho de Familia*, conclusiones de la comisión Número 3. "Régimen económico de la familia", en *Revista de Derecho de Familia*. Número 14. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1999, p. 340. Citado por MEDINA, Graciela en *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p.78.

¹⁰ CASALS, Martín. *Informe de Derecho Comparado sobre la regulación de la pareja de hecho*, p. 1721. Citado por MEDINA, Graciela en *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p.78.

1996, 3,586 personas fueron registradas como convivientes homosexuales; ello implica que se registraron 1,793 uniones de hecho homosexuales. Este número es considerado muy bajo en relación con los matrimonios, dado que en Dinamarca se celebran alrededor de 31,000 matrimonios por año; en el período de siete años que va desde 1990 a 1996 se debieron haber celebrado aproximadamente 217,000 matrimonios, que comparados con las 1,793 uniones de hecho homosexuales registradas, muestra que estas últimas constituyen el 0.8% del número de matrimonios, lo que permite afirmar que el 5% de la población es homosexual.

Por otra parte, el mismo estudio demuestra que en ese período de tiempo, de las uniones homosexuales celebradas, 172 (el 9.6%) fueron disueltas por cancelación y 115 (6.4%) por muerte, mientras que una estadística inglesa muestra que en ese período de tiempo sólo el 7% de los matrimonios celebrados se disolvían por divorcio, lo que indica que es mayor la ruptura en las parejas homosexuales registradas que en las casadas.¹¹

Otra estadística a tener en cuenta es la informada por Talavera Fernández, quien señala: "El censo norteamericano de 1990 ha registrado 88,200 parejas de hombres homosexuales y 69,200 de mujeres, cifras que constituyen menos del 0.05% (vigésima parte) de las parejas de hecho heterosexuales que son 3.1 millones y menos del 0.016% (sexagésima parte) de los matrimonios que son 9.9 millones aproximadamente".¹²

¹¹ EEKELAAR, John. *Registered same-sex partnerships and marriages: a statistical comparison, en Family Law*. Tomo 9. 1998, p. 561. Citado por MEDINA, Graciela en *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p.79.

¹² TALAVERA FERNANDEZ, Pedro. *Fundamentos para el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales. Propuestas de regulación en España*. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid. Dykinson. 1999, p. 4.

1.2.3.2. Diferencia entre la unión homosexual y las uniones esporádicas, libres y transitorias

Pueden existir diversos modelos de uniones homosexuales; las hay circunstanciales y transitorias, que son las relaciones si se quiere de noviazgo o de acercamiento entre dos personas del mismo sexo.

Un estudio realizado en Estados Unidos de América, sobre una muestra de 600 hombres homosexuales, ha concluido en que el 9% no había tenido ninguna relación duradera, el 17% sólo una, el 16% dos, el 13% cuatro, el 16% seis. Para algunos, el cambio de parejas realizado por estas personas da idea de un alto índice de promiscuidad.¹³ De hecho, sólo tres de los casi seiscientos habían tenido un único compañero. El 1% había tenido entre tres y cuatro; el 2% entre 5 y 9 compañeros, el 3% entre 10 y 14, y el 8% entre 25 y 29 compañeros.

Existen relaciones en las que la sexualidad no está presente, por ejemplo en el caso de dos amigos homosexuales que se unan para realizar un proyecto en común o un viaje.

Estas uniones, que también pueden tener consecuencias jurídicas, no serán objeto del presente estudio por carecer de los elementos de cohabitación y estabilidad que más adelante se detallarán.

2. Requisitos para constituir una sociedad de convivencia según la Iniciativa de Ley de Sociedad de Convivencia

2.1. Capacidad jurídica

La capacidad se divide en capacidad de goce y capacidad de ejercicio. La capacidad de goce es la aptitud de una persona para participar en la vida jurídica por sí misma o por medio de un representante, figurando en una situación jurídica o en una relación de derecho, para beneficiarse con las ventajas o soportar las cargas inherentes a dicha situación o relación. En una

¹³ Ídem.

fórmula más breve, se dirá que la capacidad de goce es la aptitud de ser titular de un derecho. La noción de capacidad de goce se identifica, pues, en el fondo, con la noción de la personalidad. Estos términos son equivalentes; no se concibe la noción de persona sin la capacidad de goce.¹⁴

La capacidad de ejercicio se opone a la capacidad de goce y puede definirse como la aptitud de una persona para participar por sí misma en la vida jurídica, figurando efectivamente en una situación jurídica o en una relación de derecho, para beneficiarse con las ventajas o soportar las cargas inherentes a dicha situación o relación, siempre por sí misma. Se puede usar aquí una fórmula más breve y decir: que la capacidad de ejercicio es la aptitud de la persona para adquirir y para ejercer derechos por sí misma.¹⁵

Por tanto, tratándose de la sociedad de convivencia, es indispensable que para constituir la, sus integrantes gocen de capacidad de ejercicio, es decir, que sean mayores de edad y que por sí mismos puedan ejercer derechos y cumplir obligaciones de que sean titulares.

2.2. Hogar común

Este requisito hace referencia a que las personas integrantes de una sociedad de convivencia vivan juntas, no sólo compartiendo una vivienda, sino teniendo un hogar común, esto es, un espacio de interacción en el que se compartan también derechos y obligaciones.¹⁶ Se trata de un requisito elemental, tan es así que como una de mis propuestas, incluiré la que consiste en que en caso de no cumplirlo por más de tres meses, sin causa justificada, dará lugar a la terminación de la sociedad.

¹⁴ BONNECASE, Julien. *Tratado elemental de Derecho Civil*. Tomo 1. Editorial Harla. México. 1997, p. 164.

¹⁵ *Ibidem*, p. 165.

¹⁶ Iniciativa de Ley de Sociedad de Convivencia. *Exposición de motivos* (consulta en INTERNET http://www.enkidumagazine.com/art/2004/080104/E_018_080104.htm), México, 08/07/2005.

2.3. Voluntad de permanencia

El tercer elemento se refiere a la permanencia, que se traduce en el ánimo que constituye el motivo determinante de la voluntad de los convivientes de estar juntos de manera perpetua.

2.4. Ayuda mutua

Finalmente, el elemento de ayuda mutua hace alusión a la necesaria solidaridad que debe existir entre los convivientes.

La convivencia es el elemento trascendental, al igual que la ayuda mutua, para constituir y conservar el acuerdo. Cada uno de los integrantes, al tomar la decisión de formar parte de una sociedad de convivencia, comparte la vida con la otra persona. Por ello, uno de los requisitos para formar parte del acuerdo es estar libre de matrimonio y no formar parte, en ese momento, de otra sociedad de convivencia, ya que se requiere la constancia y la interacción cotidiana de sus integrantes.¹⁷

3. El matrimonio entre personas heterosexuales

3.1. Concepto doctrinal de matrimonio

El concepto de matrimonio deriva etimológicamente de *matrimonium*, que significa carga de la madre (del mismo modo que patrimonio supone carga del padre).¹⁸

¹⁷ Ídem.

¹⁸ Guillermo Borda señala que la denominación del matrimonio debería derivar del padre, en los siguientes términos: "Matrimonio deriva de *matris*, madre y *monium*, carga o gravamen. Llama la atención esta etimología, pues sería más lógico que el nombre de la institución derivara del padre, tanto más cuanto que la palabra *matrimonium* nació precisamente cuando aquél era el dueño y señor [...] Parece, sin embargo, que con ella se ha querido expresar que las cargas más pesadas recaen sobre la madre [...] En cambio, la palabra *maridaje*, muy poco usada en nuestro idioma, deriva de *marido*, lo mismo que la francesa *mariage*, la italiana *maritaggio* y la inglesa *marriage*. El sinónimo *casamiento* deriva de *casa*, significando la idea de que los cónyuges tienen casa común". *Manual de Derecho de Familia*. Undécima edición. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1993, p. 39. Citado por DE LA MATA PIZANA, Felipe y Roberto Garzón Jiménez en *Derecho Familiar y sus reformas más recientes a la legislación del Distrito Federal*. Segunda edición. Editorial Porrúa. México. 2005, p.91.

Los romanos definieron el matrimonio como "*nuptial sunt coiunctiu maris feminae et consortium omnis vitae, divine et humani juris communicatio*".¹⁹

En el Código de Napoleón se tomó como base al derecho romano y canónico para definirlo como "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".

La noción de matrimonio como unión legítima entre un solo hombre y una sola mujer ha existido prácticamente en todos los tiempos y culturas.

Desde luego, 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.

Sin embargo, 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.

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".²⁰ 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.

¹⁹ La traducción sería: "Unión de hombre y mujer en consorcio de toda la vida y comunicación de derecho divino y humano"; igualmente debe analizarse la definición de las instituciones de Justiniano que expresa que las nupcias o matrimonio son la «unión del hombre y de la mujer que lleva consigo la obligación de vivir en una sociedad indivisible (*vir et mulieris coniunctio, individuum vitae consuetudinem continens*).", BELLUSCIO, Augusto César. *Manual de Derecho de Familia*. Sexta edición. Tomos I y II. Editorial Desalma. Buenos Aires. 1996, p. 142. Citado por DE LA MATA PIZANA, Felipe y Roberto Garzón Jiménez, op.cit., p.91.

²⁰ DE LA MATA PIZANA, Felipe y Roberto Garzón Jiménez, op. cit., p.93.

3) Sus fines sustanciales son establecer una comunidad de vida exclusiva, total y permanente y procrear, si esto es físicamente posible.

3.2. Concepto legal de matrimonio

En México, en los códigos civiles de 1870 y 1884 y en la Ley de Relaciones Familiares de 1917, se definió al matrimonio tomando 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".

Evidentemente, dicha definición atendió al carácter del matrimonio como acto jurídico, más no como sociedad de vida. Anteriormente en dicho ordenamiento se 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 señalando 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 Civil para el Distrito Federal lo define, en su artículo 146, de la siguiente manera:

“Art. 146. Matrimonio 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 informada. Debe celebrarse ante el juez del Registro Civil con las formalidades que esta ley exige”.

3.3. Naturaleza jurídica del matrimonio

Respecto de la naturaleza del acto jurídico que constituye al matrimonio existen distintas teorías, las más generalizadas lo consideran como: institución, acto condición, contrato civil, contrato de adhesión, acto de poder estatal,

estado civil y acto jurídico mixto y complejo.²¹ A continuación expondré brevemente cada una de estas formas:

1) *El matrimonio como institución.* En primer lugar hay que entender que una institución jurídica es un conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y que persiguen una misma finalidad.

No cabe duda que el matrimonio es una institución jurídica en la que los consortes tienen por objeto constituir una familia y realizar un estado de vida permanente. Sin embargo, el hecho de que esta unión sea identificada como una institución jurídica, no sirve para señalar claramente la verdadera naturaleza del acto que le da su origen.²²

2) *El matrimonio como acto condición.* León Duguit hace una división tripartita del acto jurídico, considerándolo como acto subjetivo, cuando del mismo surge una obligación especial, concreta, individual y momentánea no derivada de la ley; como acto regla, del que derivan obligaciones permanentes e individuales (v. gr. estatutos sociales) y, por último, como acto condición, entendido como aquella situación creada y regida por la ley y subordinada a la celebración del acto.

Por lo tanto, el acto condición solamente producirá efectos cuando se cumplen con todos los requisitos legales establecidos. Esta clasificación no es verdadera, ya que todos los actos jurídicos son una realización de hipótesis normativas, que los convertiría en actos condición, por lo mismo no sirve para identificar la naturaleza del matrimonio.²³

3) *El matrimonio como contrato civil.* Así se ha considerado desde que se secularizó; incluso los códigos civiles de 1870 y 1884 y la Ley de Relaciones Familiares lo han definido como tal.

²¹ DE LA MATA PIZAÑA, Felipe y Roberto Garzón Jiménez, op. cit., p. 97.

²² Ídem.

²³ Íbidem, p. 98.

Sin embargo, en el matrimonio hay varias excepciones a las reglas generales de los contratos, que nos hacen pensar que no tiene esa naturaleza jurídica.²⁴

En primer lugar, en materia contractual rige el principio de la autonomía de la voluntad, la cual incluso puede derogar disposiciones legales que le son supletorias al contrato de que se trate; sin embargo, en el matrimonio todas las disposiciones que lo rigen son de orden público y los derechos y obligaciones que establecen son irrenunciables aun por mutuo acuerdo de ambos cónyuges; de ello se desprende que el principio citado no rige en materia matrimonial.

Asimismo, los contratos tienen fines patrimoniales ya creando o transmitiendo derechos de crédito o reales, y el matrimonio tiene fines tanto patrimoniales como extrapatrimoniales. Además, si se analizan los fines del matrimonio nos damos cuenta que no son otros que proteger intereses extrapatrimoniales de los cónyuges y de la familia, por lo que en sí mismo carece de fines patrimoniales, aunque pueda tener anexo un acto jurídico que establezca el régimen patrimonial del matrimonio.²⁵

4) *El matrimonio como contrato de adhesión.* Es conveniente recordar que por contrato de adhesión se entiende aquel que es redactado unilateralmente por una de las partes y cuya aceptación incondicional se propone a la otra, la cual no puede discutir su contenido. Así, en primer lugar, el matrimonio no es contrato de adhesión porque no es un contrato y, en segundo, no hay redacción unilateral por parte de ninguno de los consortes; incluso el acta de matrimonio la redacta el juez del Registro Civil, que no es parte material

²⁴ Autores como Savigny, no están de acuerdo en que la naturaleza jurídica del matrimonio sea la de un contrato: "Se ha querido colocar al matrimonio al lado de la venta o de la sociedad. como un mero contrato consensual, que por una singular inadvertencia olvidaron los romanos. Cuando el sacerdote pregunta a los esposos si quieren prometerse amor y fidelidad hasta la muerte y los esposos hacen la promesa, esta declaración no implica la promesa de ciertos actos determinados, ni la sumisión a una ejecución jurídica en el caso de que esos actos no se cumplieren. Esa promesa significa sólo, que los esposos conocen los preceptos del cristianismo sobre el matrimonio. y que tienen la intención de conformar a ellos toda su vida", citado por BELLUSCIO, Augusto César, *op. cit.*, p. 146.

²⁵ DE LA MATA PIZAÑA, Felipe y Roberto Garzón Jiménez, *op. cit.*, p. 99.

en el acto; y las capitulaciones matrimoniales tienen la posibilidad de redactarlas libremente los cónyuges.²⁶

5) *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.²⁷

6) *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 van presentando en la vida marital; lo que no es su naturaleza jurídica sino una consecuencia de la celebración del mismo.²⁸

7) *El matrimonio como acto jurídico mixto y complejo.* Esta postura, que se considera la más acertada, reconoce en primer lugar que el matrimonio 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

²⁶ Íbidem, pp. 90 y 100.

²⁷ Íbidem, p. 100.

²⁸ Íbidem, pp. 100 y 101.

través del juez del Registro Civil (además de que el único acto solemne en familia es el reconocimiento de hijos).²⁹

3.4. Requisitos para contraer matrimonio

Para contraer matrimonio se requiere cumplir con requisitos mínimos, tales como lo son:

1) Edad mínima matrimonial. De acuerdo con el artículo 148 del Código Civil para el Distrito Federal, la edad mínima para contraer matrimonio es de dieciséis años, al señalar: "... Los menores de edad podrán contraer matrimonio, siempre que ambos hayan cumplido dieciséis años..."³⁰

2) Asistencia de las personas que deben otorgar su consentimiento conforme a la ley. Se trata de la autorización que deben otorgar ciertas personas para que una pareja pueda contraer matrimonio, en la cual una o ambas partes no son mayores de edad. El segundo párrafo del artículo 148 del Código Civil para el Distrito Federal, señala que cuando se trate de menores de edad, siempre que éstos hayan cumplido dieciséis años, podrán contraer matrimonio, y que para tal efecto se requerirá del consentimiento de quienes ejerzan la patria potestad, o en su defecto, la tutela; y a falta o por negativa o imposibilidad de éstos, el Juez de lo Familiar suplirá dicho consentimiento. Cabe mencionar que no se trata de un caso de representación sino de asistencia.³¹

3) Formación de un expediente previo. De conformidad con el artículo 97 del Código Civil para el Distrito Federal, las personas que pretendan contraer matrimonio deberán presentar un escrito al Juez del Registro Civil del domicilio de cualquiera de ellas,³² que exprese:

²⁹ Íbidem, p. 101.

³⁰ BARROSO FIGUEROA, José. *Requisitos para contraer matrimonio*. Apunte tomado durante una clase de Derecho Familiar impartida en la Facultad de Derecho de la UNAM, aula E-101, el viernes 2 de mayo de 2003.

³¹ Ídem.

³² Ídem.

“I. Los nombres, apellidos, edad, ocupación y domicilio, tanto de los pretendientes como de sus padres, si estos fueren conocidos. Cuando alguno de los pretendientes o los dos hayan sido casados, se expresará también el nombre de la persona con quien celebró el anterior matrimonio, la causa de su disolución y la fecha de ésta;

II. Que no tienen impedimento legal para casarse; y

III. Que es su voluntad unirse en matrimonio.

Dicho escrito debe ser firmado por los solicitantes, y si alguno no pudiere o no supiese escribir, lo hará otra persona conocida, mayor de edad y vecina del lugar”. Además, de acuerdo al artículo 98 del Código Civil para el Distrito Federal, al escrito deberá acompañarse:

“I. El acta de nacimiento de los pretendientes y en defecto un dictamen médico que compruebe su edad, cuando por su aspecto sea notorio que son menores de dieciséis años;

II. La constancia de consentimiento para que se celebre el matrimonio, por parte de las personas que deban prestarlo;

III. La declaración de dos testigos mayores de edad que conozcan a los pretendientes y les conste que no tienen impedimento legal para casarse;

IV. Un certificado suscrito por médico titulado que asegure, bajo protesta de decir verdad, que los pretendientes no padecen una enfermedad crónica e incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria;

V. El convenio que los pretendientes deberán celebrar con relación a sus bienes presentes y a los que adquieran durante el matrimonio. En el convenio se expresará con toda claridad si el matrimonio se contrae bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes;

VI. Copia del acta de defunción del cónyuge fallecido si alguno de los contrayentes es viudo, o de la parte resolutive de la sentencia de divorcio o de nulidad de matrimonio, en caso de que alguno de los pretendientes hubiere sido casado anteriormente; y

VII. Copia de la dispensa de impedimentos, si los hubo”.

3.5. Efectos del matrimonio

El principal efecto del matrimonio es hacer funcionar para los cónyuges el conjunto de derechos y obligaciones que al efecto establece la ley.³³

Los efectos del matrimonio se desdoblan en cuatro diversos sentidos:

1) Efectos con relación a la persona de los cónyuges. Hace referencia al *deber de cohabitación* (que los cónyuges vivan juntos en el domicilio conyugal que es el lugar establecido de común acuerdo por los mismos, en el cual ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales); al *deber de relación sexual* (con el fin de procrear hijos; la generalización es la relación sexual pero en casos especiales lo es la reproducción asistida); al *deber de fidelidad* (la idea en nuestro país es la de un matrimonio fundado en la monogamia; tan es así que es causal de divorcio el adulterio debidamente probado); y al *deber de ayuda mutua* (se refiere a la solidaridad tanto en el aspecto económico como en el moral y afectivo).³⁴

2) Efectos con relación a la situación de los cónyuges en el hogar. Hace alusión a la *plena equiparación de los cónyuges en el hogar* (tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar); *la libertad de los cónyuges de emplearse* en cualquier actividad siempre que sea lícita; y *la plena capacidad sustantiva y procesal* (los cónyuges mayores de edad tiene capacidad para administrar, contratar, o disponer de sus bienes propios y ejercitar las acciones u oponer las excepciones que a ellos corresponden, sin que para tal objeto necesite uno de los cónyuges el consentimiento del otro, salvo en lo relativo a los actos de administración y de dominio de los bienes comunes, esto por ser copropietarios).³⁵

3) Efectos con relación a los hijos. Los cónyuges deben contribuir económicamente a la alimentación y a la educación de sus hijos, sin perjuicio

³³ BARROSO FIGUEROA, José. *Efectos del matrimonio*. Apunte tomado durante una clase de Derecho Familiar impartida en la Facultad de Derecho de la UNAM, aula E-101, el viernes 9 de mayo de 2003.

³⁴ Íbidem, apunte tomado el viernes 9 y el lunes 12 de mayo de 2003.

³⁵ Íbidem, apunte tomado el lunes 12 y el miércoles 14 de mayo de 2003.

de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para tal efecto, según sus posibilidades; resolverán de común acuerdo todo lo conducente a la formación y educación, así como a la administración de los bienes de los hijos, y en caso de desacuerdo, podrán recurrir ante el Juez de lo Familiar.³⁶

4) Efectos con relación a los bienes. Lo cual quiere decir que los pretendientes pueden disponer en común de sus bienes presentes y de los que adquieran durante el matrimonio pudiéndose contraer éste bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes. Por *régimen de sociedad conyugal* entendemos las capitulaciones matrimoniales que establecen el dominio y la administración común de los cónyuges respecto de los bienes afectos a este régimen. El *régimen de separación de bienes* es el régimen matrimonial establecido voluntariamente o mediante sentencia judicial, en virtud del cual cada cónyuge conserva el dominio y la administración de los bienes que respectivamente le pertenecen, así como las ganancias y salarios que percibiere.³⁷

4. Características de la unión homosexual

4.1. Características positivas de la unión homosexual

4.1.1. Convivencia

La primera característica de la unión de hecho es la convivencia; de no existir ella, podrá tratarse de una mera relación de amistad, de compañerismo o de amantes, pero no de una unión de hecho productora de efectos jurídicos.

La convivencia es conceptualizada como comunidad de vida y de lecho o cohabitación, e implica compartir conjuntamente un mismo domicilio, una relación de pareja y tener una organización económica común. Ello permite descartar como unión de hecho a aquellas parejas que comparten solamente los fines de semana o las vacaciones, o encuentros casuales.

³⁶ Íbidem, apunte tomado el miércoles 14 de mayo de 2003.

³⁷ Íbidem, apunte tomado el lunes 19 y el lunes 26 de mayo de 2003.

El estatuto económico que rige la pareja de hecho es naturalmente variable por ser ésta una situación fáctica, pero necesariamente debe existir entre aquellos que conviven.

La cohabitación no implica solamente compartir una misma habitación entre dos personas, sino que también supone una vida de pareja; de otro modo no se justificarían las incapacidades para celebrar la unión que las legislaciones imponen a las personas casadas o a quienes tienen impedimento de incesto.³⁸

La convivencia no debe ser entendida como cohabitación a ultranza,³⁹ ya que puede ocurrir que por razones de trabajo uno de los convivientes deba residir en otro lugar; en este caso, la unión continuará, salvo que la separación vaya acompañada de una voluntad real de disolución. En este sentido, dice Pittí: "La convivencia no siempre habrá de darse bajo el mismo techo, como ocurre cuando uno de los convivientes tenga que desplazarse con regularidad de un lugar o país a otro, por razones de trabajo, de salud, inclusive cuando se pierde la libertad".⁴⁰

La convivencia resulta tan importante que de allí surge una de las denominaciones de los miembros de la unión -"convivientes"- que es usada también en el *common law*, donde la expresión es *cohabitant*.⁴¹

La convivencia y las relaciones patrimoniales entre los convivientes homosexuales se han tenido particularmente en cuenta para el otorgamiento de efectos jurídicos a las uniones homosexuales por vía jurisprudencial, sobre todo

³⁸ Sobre la necesidad de vida de pareja y no de mera cohabitación se refirió el Consejo Constitucional francés al expedirse sobre la validez de los PACS. El Consejo manifestó que si no se tratara de personas que hacen vida de pareja no se justificarían los impedimentos basados en los vínculos del matrimonio y del parentesco (*La Semaine Juridique* del 24-11-99, III, 20173). Citado por MEDINA, Graciela en *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p.79.

³⁹ ESTRADA ALONSO, Eduardo. *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil español*. Editorial Civitas. Madrid. España. 1986, p. 64. Citado por MEDINA, Graciela en *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p.81.

⁴⁰ PITTÍ, Ulises. *Las uniones de hecho (Sus nuevos paradigmas)*, en *El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas*. Tomo III, p. 197. Citado por MEDINA, Graciela en *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p.81.

⁴¹ CRETNEY, S. M. and MASSON, J. M. *Principles of family law*, 6th ed., Sweet & Maxwell, London, 1997, p. 116; BURTON, Frances. *Family law and practice*. Cavendish Publishing Limited. Great Britain. 1997, p. 442. Citado por MEDINA, Graciela en *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p.81.

en el ámbito de la indemnización por muerte del compañero homosexual. Uno de los precedentes más conocidos fue el resuelto el 25 de julio de 1995 por el Tribunal de Belfort. Se trataba de una pareja de lesbianas que había vivido en concubinato durante veinte años. Una de ellas fue atropellada por un automovilista cuando circulaba en bicicleta, y su compañera demandó los perjuicios materiales y morales que le había causado la muerte de su amiga. En el plano penal, el conductor fue condenado a seis meses de cárcel; en la órbita civil se evaluó la larga comunidad de vida y se condenó a pagar la suma de 80,000 francos por el perjuicio moral sufrido y 652,000 francos por el daño material.⁴²

La convivencia también ha sido tenido en cuenta en una decisión reciente de la House of Lords dictada en un caso de continuación de la locación en el caso "Fitzpatrick vs. Sterling Housing Association Ltd".⁴³

El señor John Thompson fue el "inquilino titular" de un departamento en Londres desde 1972 hasta la fecha de su muerte, a los 60 años, en 1994. El apelante, el señor Fitzpatrick, vivió con el señor Thompson desde 1976 y luego de la muerte de su pareja continuó viviendo en el mismo lugar.

El señor Fitzpatrick fue la pareja del causante y alegaba que bajo la Ley de Locaciones de 1977, él podía subrogar al señor Thompson en la titularidad del alquiler. Señaló que él era su "esposo", en la medida en que habían vivido como "marido y mujer", o alternativamente como miembros de una familia. En el año 1986 el señor Thompson sufrió un accidente que lo dejó en coma durante seis meses. Jamás pudo recuperarse por completo y, además, llegó a perder el habla. El señor Fitzpatrick lo cuidó en el departamento desde entonces y hasta el día de su muerte. El tribunal inferior concluyó que el señor Fitzpatrick no podía subrogarse en los derechos del difunto ni como esposo, ni como familiar, y que en cualquier caso era la tarea del Parlamento llegar a otra solución.

⁴² RIVERA, Julio César. *Legitimados para demandar la indemnización de daños*, en Revista de Derecho de Daños. Número 3. Accidentes de tránsito –III. Editorial Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, p. 49.

⁴³ "Fitzpatrick vs. Sterling Housing Association Ud...", House of Lords, 28-10-99. Citado por MEDINA, Graciela en *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit. p.82.

Fitzpatrick llevó su planteo a la House of Lords. Sostuvo que el término "esposo" debía interpretarse de tal manera que albergara a "dos personas del mismo sexo íntimamente ligadas en una relación que no fuera meramente transitoria y que presentara todas las características propias de un matrimonio, con excepción de la posibilidad de procrear". Asimismo, señaló que la intimidad de su relación debía equipararse a la de una familia.

Para los jueces miembros de la House of Lords, la cuestión a determinar era si el señor Fitzpatrick podía ser equiparado con un esposo o con un familiar, a efectos de la aplicación de la Ley de Locaciones.

La mayoría sostuvo que el apelante no podía pertenecer a la categoría de "esposo", debido a que este término se reservaba para el marido o la mujer. Sin embargo, argumentaron que sí podía ser considerado un familiar. Según el tribunal, los rasgos salientes de la relación eran esenciales: debía existir un cierto nivel de interdependencia mutua, de amor y cuidado, de compromiso y apoyo. Afirmó que si bien esto se presumía en las relaciones legales, no siempre era un hecho, y que las relaciones de facto eran capaces de crear lazos familiares tan fuertes como para que la pareja supérstite se subroge en los derechos locativos del inquilino.

La mayoría de la House of Lords señaló que si un hombre y una mujer, que viven juntos y mantienen una relación sexual estable y permanente, pueden ser considerados familiares a los fines de la Ley de Locaciones, nada podría impedir el mismo reconocimiento para las parejas homosexuales.

“Cuando se habla de compañeros sexuales, ya sea heterosexuales u homosexuales, hay espacio para el íntimo amor mutuo, el afecto, y el compromiso mantenido en el tiempo, que caracteriza a la unión de un marido y una mujer. Este amor, este afecto y este compromiso pueden existir tanto en las relaciones homosexuales como en las heterosexuales”.⁴⁴

⁴⁴ Ídem.

De esta manera, se resolvió que detrás del concepto "miembro de una familia", a los fines de la Ley de Locaciones, subyace la idea de compartir sus vidas en una sola unidad familiar que cohabita en una casa

4.1.2. Singularidad

En la primera mitad del siglo XX, entre los requisitos del concubinato se enumeraban la honestidad y la fidelidad.

En este sentido, López del Carril mencionaba la fidelidad recíproca, la honestidad y la exclusión de toda otra unión.⁴⁵

En los estudios de la segunda mitad del siglo XX, en lugar de la fidelidad se enumeraba la singularidad. Bossert explica que la singularidad implica que "la totalidad de los elementos que constituyen el concubinato debe darse solamente entre los dos sujetos; pero no se destruye la singularidad por el hecho que alguno de esos elementos se dé entre uno de los concubinos y otro sujeto, en la medida en que ello resulte posible. Por ejemplo: la singularidad no se destruye si el concubino mantiene una momentánea relación sexual con otra mujer, o si la concubina le es infiel en un momento dado al concubino".⁴⁶

En las uniones homosexuales también es un requisito imprescindible la singularidad; ello implica que no serán uniones homosexuales las existentes entre tres personas del mismo signo sexual, ni tampoco si se mantienen varias uniones al mismo tiempo, dado que lo que caracteriza a esta forma de vida es su unicidad, su exclusividad, que no se encuentra presente cuando se mantienen varias relaciones al mismo tiempo o cuando se unen más de dos personas en comunidad.

Sólo las parejas homosexuales que desarrollen y mantengan el contenido de la obligación de fidelidad, en cuanto expresión de un deber más

⁴⁵ LÓPEZ DEL CARRIL, Julio. *Derecho de familia*. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1984, p. 525. Quien además señala que la unión de personas libres no puede ser accidental ni deshonesta. Citado por MEDINA, Graciela en *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p.83.

⁴⁶ BOSSERT. *Régimen jurídico del concubinato*, p. 42. Citado por MEDINA, Graciela en *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p.83.

amplio de solidaridad, podrán ser tenidas en cuenta en el otorgamiento de consecuencias jurídicas. Por otra parte, la falta de ese deber implícito de fidelidad puede también tener consecuencias jurídicas, como por ejemplo en la revocación de donaciones.

El requisito de la singularidad está implícitamente presente en las leyes que regulan las uniones homosexuales, puesto que en ellas se señala que la celebración de un matrimonio pone fin a la relación. Ello se da en la Ley de PAC (Pacto Civil de Solidaridad) de Francia, en la cual la celebración de un matrimonio da por finalizado el PAC, lo que demuestra que no se admite la existencia de múltiples uniones simultáneas, ya sean homosexuales o heterosexuales.

Ello así, si alguien se preguntara si entra en el concepto de unión homosexual la relación existente entre dos personas del mismo sexo que conviven y al mismo tiempo uno de ellos está casado y convive con la esposa o el marido, la respuesta no puede ser sino negativa por faltar el carácter de singularidad.

4.1.3. Publicidad

La unión homosexual, para que sea tal, debe tener "fama", es decir, reconocimiento público o demostración externa de su existencia; ello desecha las uniones homosexuales clandestinas u ocultas, aunque puede ocurrir que la unión homosexual no sea tan explícita o abierta como los concubinatos heterosexuales, por los estigmas sociales que acarrearán ella.

Lo importante es que los convivientes sean *conocidos* como pareja, ya que para tener la posesión de estado de convivientes deben tener *tractatus* y *fama*; el *tractatus* deviene de la cohabitación y de las normas internas que regulan la convivencia, y la fama del conocimiento público de la relación. Sólo cuando esos caracteres aparezcan se podrá reconocer relevancia jurídica a la unión.

El rasgo de la publicidad siempre ha sido tenido en cuenta en los precedentes jurisprudenciales que otorgaron derecho a las parejas homosexuales; así por ejemplo, el fallo del Juzgado en lo Civil, Comercial y Minas N° 10 de Mendoza, dictado por la doctora Graciela Mastrascusa, para otorgar los beneficios de la obra social al conviviente homosexual tuvo en cuenta, entre otros factores, el reconocimiento público de la unión, en especial, el reconocimiento familiar efectuado por la madre de uno de los miembros de la pareja homosexual, quien afirmó que la unión sexual de su hijo y su compañero era manifiesta en el seno de la familia de ambos y eran reconocidos y aceptados como tales por ambas familias.⁴⁷

4.1.4. Permanencia y duración

La unión de dos personas del mismo sexo con los caracteres que se vienen desarrollando, para que sea reconocida jurídicamente debe tener permanencia en el tiempo.

Es muy difícil determinar cuándo una unión es permanente y cuándo es esporádica o transitoria si no existe una regulación legal que determine el plazo exacto de la permanencia, pero lo cierto es que la duración de la relación es una condición sine qua non para producir efectos jurídicos. Esta determinación deberá hacerse en cada caso por los jueces, especificando las circunstancias propias, y teniendo en cuenta las pruebas aportadas.

En las parejas heterosexuales, la duración se da por supuesta por el hecho de la concepción; esta circunstancia -en tanto imposible por la mera unión de los miembros de un mismo sexo- carece de relevancia en las uniones homosexuales.

⁴⁷ JCCom. y Min. de Mendoza, N° 10, 20-10-98, J. A. del 5-5-99, p. 69. Citado por MEDINA, Graciela en *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p. 83.

Sobre el particular, Zannoni señala que: "la posesión de estado conyugal o estado conyugal aparente se nutre del carácter de permanencia, de perdurabilidad...".⁴⁸

Las leyes que regulan los efectos de las uniones homosexuales establecen distintos períodos de tiempo para otorgar relevancia a estas uniones; así, por ejemplo, la Ley de PAC francesa otorga ventajas impositivas a sus miembros a partir de los tres años de celebración del pacto⁴⁹; la Ley de Aragón, relativa a la pareja estable no casada, señala que habrá pareja estable no casada cuando se haya producido la convivencia durante un período de dos años como mínimo.⁵⁰

La estabilidad es necesaria para poder desterrar todas aquellas uniones efímeras o pasajeras, donde no existen los vínculos de solidaridad y ayuda mutua, vínculos que son, en definitiva, los que justifican las consecuencias económicas y jurídicas que genera este tipo de unión.

La estabilidad ha sido tenida en cuenta por la jurisprudencia que ha acordado efectos jurídicos a las uniones homosexuales; así por ejemplo, el fallo de la Corte de Apelaciones del Estado de Nueva York de 1989, dictado en un caso en que se discutía el derecho del compañero homosexual de habitar un departamento sometido a las leyes de congelamiento de alquileres, entendió que una visión más realista e igualmente válida de la familia debe incluir a dos compañeros adultos cuya relación es de largo plazo y en la que existe interdependencia familiar y financiera.⁵¹

⁴⁸ ZANNONI, Eduardo. *Derecho de Familia*. Tomo II. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1978, p. 257.

⁴⁹ Inc. 1° del art. 6° del Código General de Impuestos de Francia. Citado por MEDINA, Graciela en *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p. 86.

⁵⁰ Art. 3° de la Ley de Aragón, N° 6 de 1999, relativa a las parejas estables no casadas. Citado por MEDINA, Graciela en *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p. 86.

⁵¹ Corte de Apelaciones del Estado de Nueva York, 1989 ("544 N. YS ad 784 Braschi vs. Stahl Associates Co", E. D. 159-17). Citado por MEDINA, Graciela en *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p. 86.

La jurisprudencia de Nueva York ha vuelto a sostener igual criterio pero con mayor precisión en el caso "Adler vs. Harris".⁵²

Adler inició un procedimiento para recuperar la posesión de un departamento, ubicado en el Estado de Nueva York. Adler afirmaba que la demandada había tomado la posesión del inmueble con la autorización del inquilino controlante, Nell Blaine, pero que ese permiso había desaparecido con la muerte de la señora Blaine. La señora Harris había sido la pareja de la causante desde el año 1965 y compartía con ella el departamento desde el año 1967. Es por ello que respondió la demanda señalando que habiendo sido la "compañera de vida" de Nell, y habiendo convivido en su departamento durante treinta años, tenía derecho a continuar la locación de la difunta. En aval de su postura citó el artículo 9º, sección 2204.6 del Código de Locaciones, Rentas y Desalojos, el que establece que:

"Ningún miembro de la familia del locatario puede ser desalojado si el inquilino ha alquilado la vivienda de manera continua y ese familiar ha residido en ella por lo menos durante dos años inmediatamente anteriores a la muerte del locatario o la ausencia prolongada del mismo".

La Corte Civil resaltó que tradicionalmente el derecho a continuar en la locación estaba limitado a los familiares más inmediatos. Sin embargo, luego de "Braschi vs. Stahl", las regulaciones fueron enmendadas de manera tal que hiciera extensivo ese derecho a miembros familiares "no convencionales". Los miembros familiares no convencionales son definidos en la nueva redacción como: "cualquier otra persona que resida con el locatario como un locatario primario, que puede probar que entre él o ella y el locatario existe una interdependencia y un compromiso emocional y económico". La Corte explica cuáles son los factores relevantes a tener en cuenta a la hora de determinar si una persona posee o no tal derecho. Básicamente el tribunal evalúa:

⁵² "Adler vs. Harris, N. Y. City Civil Ct." (Mar. 24, 1999). Citado por MEDINA, Graciela en *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p. 86.

- a) La longevidad de la relación;
- b) El compartir los gastos hogareños y otras expensas;
- c) El hecho de que las finanzas se encuentren confundidas por cuentas bancarias conjuntas, copropiedad sobre bienes personales o reales o tarjetas de crédito;
- d) El hecho de que realicen actividades familiares, que dividan sus roles en la familia y que se muestren públicamente como tal;
- e) El hecho de que formalicen obligaciones legales recíprocas por medio de testamentos, poderes, pólizas de seguros, o el realizar declaraciones que evidencien su calidad de pareja doméstica;
- f) El hecho de que se ocupen de los familiares de su pareja como si ellos fueran su familia por afinidad, y
- g) Cualquier otro patrón que evidencie que ellos han mantenido una relación prolongada en el tiempo.

Para el tribunal no existía ninguna duda con respecto a la relación que la señora Harris había mantenido con su pareja por más de treinta y dos años: ellas compartían cuentas bancarias; en el testamento de la causante, ésta le legaba a la señora Harris la mayor parte de los bienes; además, la señora Harris estaba autorizada a tomar decisiones médicas por su pareja y, mediante un poder general, era quien se encargaba de administrar los gastos e ingresos cotidianos. La Corte Civil consideró, entonces, que la señora Harris era un miembro de la familia con derecho a continuar la locación de su pareja difunta.

4.1.5. Inexistencia de impedimentos de parentesco

La cuestión de la existencia o no de los impedimentos cobra relevancia en los supuestos en que el sistema jurídico regula los efectos de las uniones homosexuales, pues en estos casos los efectos pueden negarse a quienes

tienen algún impedimento para contraer matrimonio.⁵³ Así por ejemplo, la ley francesa de PAC (Pacto Civil de Solidaridad) prohíbe la celebración de los PACS: a) a los ascendientes y descendientes en línea recta, entre afines en línea directa y entre colaterales hasta el tercer grado inclusive; b) entre dos personas de las cuales al menos una esté comprometida en los vínculos de matrimonio, y c) entre dos personas de las cuales al menos una esté comprometida por un pacto civil de solidaridad.⁵⁴

4.2. Características negativas de la unión homosexual

4.2.1. Imposibilidad de procrear hijos

La pareja homosexual puede tener lazos de afecto, solidaridad, estabilidad y cohabitación similares a la pareja heterosexual, pero biológicamente está impedida para procrear hijos comunes.

De hecho, los miembros de la pareja pueden procrear hijos con otras personas en el caso del hombre, o mediante técnicas de reproducción humana asistida en el supuesto de las lesbianas, pero nunca van a poder tener hijos biológicos entre ambos miembros.

Es cierto que algunas parejas heterosexuales no pueden tener descendencia y por ello recurren a la adopción o a las técnicas de fecundación humana asistida, pero esta situación es excepcional, puesto que lo normal es que la unión de un hombre y una mujer sea apta para la procreación.

Esta característica es muy importante en orden a definir la pareja homosexual, ya que su imposibilidad de procrear hijos limita su realidad existencial a la asistencia y solidaridad mutua, sin que se pueda extender a la prole en común. *Ello así, la unión homosexual desde su nacimiento está*

⁵³ BELLUSCIO, Augusto César. *Manual de Derecho de Familia*. Tomo II. Sexta edición. Desalma. 1996, p. 421. Citado por MEDINA, Graciela en *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p. 89.

⁵⁴ Art. 516. 2 del Código Civil francés. Citado por MEDINA, Graciela en *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p. 89.

destinada a quedar limitada a una pareja de dos personas sin posibilidades de ampliarse mediante la creación de una nueva vida.

4.2.2. Imposibilidad de educar hijos con los roles de hombre y mujer diferenciados

Comparto el criterio de que la preferencia sexual no les impide a los homosexuales ejercer su rol paterno y materno. Ello es cierto y está comprobado científicamente; así lo informan, al menos, los estudios presentados como prueba en el precedente "Baheer vs. Mike" del Tribunal de Gran Instancia de Honolulu.⁵⁵ Entre ellos es de destacar el informe del doctor Brodzinski que concluyó en afirmar que la orientación sexual de una persona no le impide ser buen padre.⁵⁶

Pero una cosa es afirmar que el homosexual puede ejercer su rol paterno o materno y otra muy distinta es afirmar que la pareja homosexual puede brindar al niño los roles de padre y madre. Eso evidentemente no es posible, puesto que los homosexuales, a diferencia de los transexuales, no se sienten como pertenecientes a otro sexo; por ello, una pareja homosexual podrá brindar a un niño el cuidado de dos hombres o de dos mujeres, pero no le podrá dar la diversidad necesaria para la educación óptima.

Nuevamente se rescatan las pruebas producidas en el fallo "Baheer vs. Mike".⁵⁷ El primer experto, el doctor Pruett, psiquiatra especialista en desarrollo infantil, aseguró que los padres biológicos tienen una predisposición que facilita la tarea de educar a los hijos. Para Pruett, la situación ideal para educar un hijo se da en una familia que comprende un padre y una madre.

⁵⁵ La reseña de este fallo es prácticamente la reproducción del realizado por ERRANTE, Edward, *Le mariage homosexuel aux États Unis: les arrêts des Tribunaux de l'État de Hawaï et leurs implications au niveau national*, en *Homosexualite el Droil*, p. 293. Citado por MEDINA, Graciela en *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p. 91.

⁵⁶ FELDMAN, David. *Civilliberties and human rights in England and Wales*. Oxford. Gran Bretaña. 1993, p. 495. Citado por MEDINA, Graciela en *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p. 91.

⁵⁷ Ídem.

Puede asegurarse que hay muchos niños que son educados en familias monoparentales, de madres solteras o de progenitores divorciados o viudos y que, no obstante, la educación del hijo se logra correctamente.

Pero en el caso de la unión homosexual la situación varía, porque no es una familia monoparental sino una unión bipersonal de un mismo sexo que originariamente nunca va a poder brindar al niño el entorno ideal para su educación, cual es la de tener un padre y una madre.

Esencialmente, la pareja homosexual está impedida de crear una situación óptima para el menor. Ciertamente es que la familia monoparental tampoco la brinda, pero ello es accidental y no esencial; además, tiene en sí la aptitud para otorgarla con una nueva unión materna o paterna. La pareja homosexual, en cambio, no puede jamás brindar la imagen diversificada de roles femenino y masculino necesarios para la educación infantil.

4.2.3. Incapacidad de la unión para la continuación de la especie

Como corolario de su falta de aptitud para procrear hijos, la unión homosexual no tiene aptitud para la continuación de la especie.

La aptitud de la pareja homosexual se limita a la satisfacción de sus miembros en el desarrollo de su personalidad individual, pero no genera ninguna contribución a la continuación de la especie humana.

Ello es un dato de mucha importancia en relación a las políticas de crecimiento demográfico del Estado, ya que en aras de priorizar, seguramente deberán preferirse las uniones que sean útiles para el perfeccionamiento individual y la continuación de la especie por sobre aquellas que sólo contribuyan al perfeccionamiento de sus miembros.

Señala Graciela Ignacio: "El matrimonio es y ha sido un medio de protección de la unión sexual entre el varón y la mujer, de la que nacerán nuevos miembros para que la sociedad no se extinga, si es que la naturaleza sigue su curso. La finalidad del legislador es imperativa y no depende de la

autonomía de la voluntad porque satisface necesidades primordiales del grupo social".⁵⁸

Si bien, en los hechos, la procreación queda al arbitrio de cada pareja en función de la intimidad familiar, los fines del legislador no se cumplen ab initio en los casos de parejas de idéntica biología sexual.⁵⁹

4.2.4. Ineptitud para la transmisión de valores tradicionales

La familia con base en el matrimonio no sólo sirve para la continuación de la especie, sino también para la transmisión de valores; las uniones estables y solidarias de personas de igual sexo no contribuyen a la transmisión de los valores tradicionales de la sociedad, dado que no tienen a quién transmitírselo porque no tienen descendencia en común, y de tener descendencia individual de los miembros no tienen posibilidad alguna de transmitir roles diferenciados de hombre y mujer porque no lo son.

5. La discriminación por orientación sexual en el ámbito nacional e internacional

Datos provenientes de estudios realizados en diferentes países del mundo revelan que la incidencia de la homosexualidad está comprendida en un rango que va del 4 al 17% de la población, de lo que se desprende que los homosexuales constituyen uno de los grupos minoritarios más importantes en esta sociedad.

La Declaración de los Derechos Humanos reafirma el principio de la no discriminación y proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que toda persona puede invocar todos los derechos y

⁵⁸ IGNACIO, Graciela. *Transexualismo, cambio de sexo y derecho a contraer matrimonio*, en J. A. 1999-I-868, citando a RAVINOVICH BERKMAN, Ricardo. *Transexualidad (una aproximación jurídica integradora)*. Editorial Dunken. Buenos Aires. 1996, p. 14.

⁵⁹ *Ibidem*.

libertades proclamados en esa Declaración, sin distinción alguna. Una vida en libertad, sin prejuicios, coerciones o amenazas a la integridad física o mental de las personas, supone la eliminación del sexismo, racismo, xenofobia y homofobia.

A pesar de la existencia y obligatoriedad de convenios y pactos internacionales que establecen los principios de no discriminación e igualdad sin distinción de raza, edad, idioma, etnia, cultura, religión, discapacidad, o por otro status, subsiste la exclusión, invisibilización y las flagrantes violaciones a los derechos humanos y libertades fundamentales sustentados en la orientación sexual.

Persisten graves obstáculos para el pleno goce de los derechos civiles y políticos, así como de los derechos económicos, sociales y culturales de las lesbianas y homosexuales, particularmente de aquellos que además pertenecen a grupos o poblaciones excluidos o discriminados por motivos de género, raza, etnia, idioma, nacionalidad, condición socioeconómica, edad, discapacidad y otro status. Estos derechos no son expresamente reconocidos en la mayoría de las normas nacionales vigentes, persistiendo la discriminación y desigualdad en relación a la orientación sexual en materia del acceso a la educación, empleo, salud, vivienda, herencia, etc.

Aún existen altos índices de violencia física, sexual y psicológica en el ámbito público y en la vida privada hacia personas con identidad sexual diferente a la heterosexual.

En México, el fenómeno de la discriminación tiene muchas expresiones, y una de ellas es hacia la comunidad homosexual. Nuestro país ocupa el segundo lugar después de Brasil en el asesinato de homosexuales. El caso más reciente es la muerte de Octavio Acuña, joven defensor de los derechos humanos, sexuales y reproductivos. Cada año son asesinados más de 100 homosexuales, lesbianas, transexuales y transgéneros, y en los últimos ocho años la cifra es de 876 personas, reveló Arturo Díaz Betancourt, del Consejo Nacional para la Prevención de la Discriminación (CONAPRED).

Al participar en el Foro por los Derechos de la Diversidad Sexual, organizado por la Cámara de Diputados, explicó que los crímenes de este sector de la población se han incrementado en la última década, debido a la homofobia.

Díaz Betancourt comentó que en promedio cada mes se registran nueve asesinatos que tienen como causa el odio hacia homosexuales y lesbianas. En el Palacio Legislativo de San Lázaro, dijo que de esos nueve asesinatos al mes sólo dos son considerados crímenes resueltos, por la falta de preparación de los Ministerios Públicos y la discriminación hacia ese grupo de la sociedad. "Se necesita que los Ministerios Públicos den seguimiento a los crímenes por homofobia", indicó Díaz Betancourt, pues "esos homicidios son una muestra de odio".⁶⁰

Señaló que el CONAPRED, creado en abril de 2003, cuenta con un presupuesto de cinco millones de pesos, los cuales son insuficientes para poner en marcha programas contra la discriminación.

En México persiste una cultura homofóbica entre la sociedad por la falta de respeto a la vida privada de las personas y sus derechos humanos, afirmó el presidente del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED), Gilberto Rincón Gallardo.

Lo anterior, dijo, quedó de manifiesto en la última encuesta nacional sobre discriminación que elaboró este organismo y la Secretaría de Desarrollo Social (SEDESOL) en la que más del 60 por ciento de los mexicanos afirma que no vivirían bajo el mismo techo con un homosexual.⁶¹

El titular del CONAPRED comentó que a la comunidad homosexual, lesbiana y gay, se le discrimina en todos los ámbitos sociales, es decir, en la

⁶⁰ Notimex. *Más de 100 asesinatos por homofobia al año en México, según CONAPRED* (consulta en INTERNET <http://www.enkidumagazine.com/art/2005/100605/E058100605.htm>), México, 22/08/2005.

⁶¹ Notimex. *Persiste en México una cultura homofóbica: Rincón Gallardo* (consulta en INTERNET <http://www.enkidumagazine.com/art/2005/230505/E004230505.htm>), México, 22/08/2005.

escuela, el trabajo e incluso en el hogar, lo que representa un atraso en un país que transita hacia la democracia.

Por otra parte, en el ámbito internacional, a fines de abril de 2003, durante la quincuagésimo novena sesión de la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, la delegación brasileña presentó una resolución que condena la discriminación por orientación sexual e instó a los gobiernos a tomar medidas para terminar con ella. Debido a la intensa presión ejercida por el Vaticano, los EEUU y los países de la Conferencia Islámica, se postergó su tratamiento para el año siguiente. De los países latinoamericanos miembros de la Comisión, Brasil, Costa Rica, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela votaron por que se mantuviera la resolución en la agenda para el año próximo -contra la moción islámica de que se la eliminara-, por su parte, Argentina, Chile y Cuba se abstuvieron.

Organizaciones LGBT (Lesbianas, Gays, Bisexuales y Transexuales) organizaron campañas de presión sobre sus gobiernos para que votaran en favor de la resolución en Costa Rica, Chile, Perú, Argentina, Paraguay y Uruguay.

El interés despertado fue inédito, pues la Comisión Internacional de Derechos Humanos de Gays y Lesbianas (IGLHRC) y la Asociación Internacional de Gays y Lesbianas (ILGA) formaron las delegaciones de representantes homosexuales más numerosas e importantes que hubieran participado hasta ahora en alguna sesión de la Organización de las Naciones Unidas.

La activa presencia de las minorías sexuales en la sexagésima sesión de la Comisión de Derechos Humanos (CDH) de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), que inició el 15 de marzo y se extendió hasta el 22 de abril de 2004, fue insuficiente sin embargo para conseguir que la resolución favorable a los homosexuales fuera al menos discutida, pues finalmente se postergó por segunda vez para el año 2005.

Ante la presión de los países islámicos y del Vaticano y frente a la indecisión de las naciones latinoamericanas sobre el voto que darían a la propuesta elaborada por Brasil, el gobierno de Luiz Inacio Lula Da Silva estuvo desde comienzos de marzo de 2004 en una encrucijada que lo llevó a evaluar si era o no oportuno presentar la resolución en la ONU.

El 29 de marzo de 2004 se conoció el primer retroceso brasileño, pues el gobierno carioca solicitó a la CDH de la ONU postergar la votación hasta el 2005, toda vez que el eventual fracaso de ese año hubiera impedido volver a presentar la resolución en la próxima sesión de las Naciones Unidas.

Como mencioné, en el 2003, durante la quincuagésimo novena sesión de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, los países islámicos formaron un frente opositor que derivó en la postergación del voto sobre la resolución brasileña para la siguiente sesión de la CDH de la ONU.

Contando con el beneplácito del Vaticano a varios de sus argumentos, la Organización de la Conferencia Islámica calificó como un atentado contra sus valores a la propuesta que llama a los Estados del mundo a *"proteger los derechos humanos de todas las personas, cualquiera que sea su orientación sexual"*: *"No vamos a permitir que nos impongan esos sistemas de valores. Las orientaciones sexuales no deben ser consideradas por la Comisión porque crean un conjunto de derechos que actualmente no están previstos en ningún texto o instrumento sobre derechos humanos"*. Y porque violentan *"directamente nuestra religión y nuestras leyes"*,⁶² afirmó la Conferencia Islámica que reeditó su oposición en el año 2004.

El rechazo islámico, sumado a la fuerte resistencia de grupos ultraconservadores en diversos países, derivó en que muchos gobiernos rechazaran la iniciativa y/o no se pronunciaran respecto al voto que darían, pese al fuerte grupo de presión de Brasil.

⁶² ULLOA, Daniel. *Postergan por segunda vez voto sobre orientación sexual en la ONU* (consulta en INTERNET <http://www.opusgay.cl/1315/article-60627.html>), México, 19/08/2005.

Al sacar cuentas desfavorables, el gobierno carioca evaluó retirar la propuesta, pero antes de eso analizó diversas fórmulas, entre ellas la que buscaba que la iniciativa fuese presentada por algún país europeo y la otra por Argentina.

En medio de estas negociaciones, grupos conservadores dieron por hecho el retiro de la propuesta y la filtraron a la prensa, considerando a la intención brasileña de postergar el análisis en la ONU como una decisión definitiva. Ello, pese al hermetismo que mantenían sobre las negociaciones sus responsables y los activistas homosexuales presentes en la ONU, quienes lucharon por reservar todos los alcances del grupo de presión al menos hasta cuando la postergación fuese realmente definitiva.

La situación alcanzó alta complejidad cuando entre los mismos grupos favorables a la propuesta hubo diferencias respecto a la presentación de la iniciativa por parte de un país europeo.

Mientras algunos consideraban que la moción debía votarse de todas maneras (con la presentación de cualquier país), pues el nivel de rechazo no variaría mucho del año 2004 al 2005, otros estimaron que debía ser expuesta sólo por un país latinoamericano, pues ello mantenía el liderazgo sobre el tópico en la región y porque, al mismo tiempo, generaría en las Naciones Unidas menor rechazo.

Desde Ginebra, el presidente del Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (MOVILH), Rolando Jiménez, resumió que finalmente ninguna de las estrategias tuvo frutos, decidiéndose oficial y definitivamente que la propuesta sólo sería vista en el año 2005.

6. La opinión de la Iglesia católica respecto a la unión homosexual

Anteriormente señalé que en sus orígenes y en toda la Edad Media la Iglesia Católica consideró a la homosexualidad como pecado y que la Inquisición la castigó hasta con la muerte.

Actualmente, la situación aparentemente ha variado: en el nuevo Código Canónico, que rige a partir de 1983, se suprimen las menciones de la homosexualidad contenidas en el Código de 1917, relativas a los seglares condenados por delitos de sodomía (que eran considerados ipso facto infames además de otras penas) y a los clérigos que eran suspendidos, y en casos graves, depuestos.⁶³

Vemos cómo la posición de la Iglesia Católica ha avanzado en estos años, puesto que de la condena a muerte ha pasado a deplorar con firmeza las expresiones de malevolencia y las acciones violentas contra los homosexuales, a suprimir las referencias expresas en el Código Canónico, y a no considerar la tendencia homosexual como pecado.

En la actualidad, la Iglesia Católica no aprueba los comportamientos homosexuales, a los que considera "intrínsecamente desordenados", y entiende que esta tendencia debe ser sublimada con la castidad; pero en la Pastoral exhorta a los fieles a brindar a los *homosexuales* respeto y delicadeza y condena cualquier tipo de *discriminación* injusta.⁶⁴

El Catecismo Universal de la Iglesia, aprobado por el Papa el 26 de junio de 1992, sigue manteniendo el criterio tradicional de que los actos homosexuales son intrínsecamente malos, pero distingue entre la obligación que tienen los homosexuales de ser castos y el respeto y la delicadeza con la que deben ser tratados por los cristianos, a quienes pide que no los conviertan en "objeto de discriminación".⁶⁵

En el Angelus del domingo 22 de febrero de 1994, en ocasión de que el parlamento europeo reunido en Estrasburgo aprobara la "Resolución para la igualdad de derechos para los homosexuales en la comunidad", el Papa se

⁶³ PÉREZ CÁNOVAS, Nicolás. Op. cit., p. 46. Citado por MEDINA Graciela en *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p.40.

⁶⁴ La posición de la Iglesia Católica fue dada a conocer en *El cuidado pastoral de las personas homosexuales*, Carta de la Congregación de los Obispos de la Iglesia Católica del 1-1-86, Derechos Sociales de las Personas Homosexuales del 23-7-92. Citado por SALTER CID, Nuno en *Direitos humanos e familia*, op. cit., p. 199. Citado por MEDINA Graciela en *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p.41.

⁶⁵ PÉREZ CÁNOVAS, Nicolás. Op. cit., p. 46.

pronunció en su contra; señaló que, con esa resolución, se pide legitimar un desorden moral e indica que el parlamento ha conferido indebidamente un valor institucional a comportamientos no conformes con el plan de Dios: "Es una debilidad -nosotros lo sabemos-, pero haciendo esto, el parlamento ha secundado la debilidad del hombre".⁶⁶

En el año 1999, Jennifer Wilson y Jordi Petit, secretarios generales de la Asociación Internacional de Gays y Lesbianas (ILGA), solicitaron al Vaticano una disculpa por la persecución de los homosexuales en el período de la Inquisición, disculpa que no fue formulada.⁶⁷

En el caso de nuestro país, Pedro Jiménez, integrante de la organización Grupo Cristiano y Ecuménico, A.C., señaló que la Iglesia católica fomenta la discriminación y homofobia hacia los homosexuales al condenarlos por su orientación sexual.⁶⁸

En entrevista con Cimacnoticias, Jiménez manifestó su preocupación por el documento en el que el Vaticano condena y prohíbe las uniones entre personas del mismo sexo, como ha sucedido en varios países de Europa y Estados Unidos.

Indicó que la Iglesia Católica maneja un doble discurso, pues mientras por un lado llama a la tolerancia y el respeto hacia los homosexuales, por otro, hace un llamado a no valorar a la persona y a no respetar su dignidad. Además, externó su preocupación de que en México, ante la relación "amistosa" de la Iglesia Católica con el gobierno de Vicente Fox -quien ha mostrado una clara visión católica-, la jerarquía eclesial constituya un arma que ponga en riesgo la controvertida Ley de Sociedad de Convivencia, que aún permanece en la congeladora de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal y que legitima las uniones y otorga ciertos derechos a los homosexuales y lesbianas.

⁶⁶ FERRARI DA PASSANO, Paolo. *Homosexualidad y Derecho*, en E. D. 163-1009. Citado por MEDINA, Graciela en *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p. 41.

⁶⁷ Informe general del ILGA para el año 1999. Citado por MEDINA, Graciela en *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p. 41.

⁶⁸ GODÍNEZ LEAL, Lourdes. *Fomenta Iglesia católica discriminación y homofobia* (consulta en INTERNET <http://www.cimacnoticias.com/noticias/03ago/03080109.html>), México, 19/08/2005.

Por su parte, Roberto Blancarte, director del Centro de Estudios Sociológicos del Colegio de México, dijo que la Iglesia Católica es hipócrita, pues por un lado sugiere tolerancia hacia las personas del mismo sexo y por otro, frena sus derechos civiles.

El documento emitido por el Vaticano, indicó, está dirigido a los políticos católicos, y por lo tanto, busca influir en ellos, también es su objetivo limitar los derechos civiles y de propiedad de los homosexuales.

Finalmente, el especialista explicó que en el caso de México, los fieles mexicanos no desean que los funcionarios actúen de acuerdo a sus propias creencias, aquí la población, indicó, pide que los legisladores actúen de acuerdo a sus intereses y no de acuerdo a intereses religiosos particulares.

7. Los movimientos sociales en torno a la unión homosexual

Los movimientos homosexuales han experimentado un crecimiento numérico y geográfico considerable desde finales de la década de los sesenta. En algunos países han logrado arrancar reformas significativas, mientras que en muchos otros siguen a la defensiva. Desde la década de los ochenta, movimientos homosexuales han surgido, por primera vez, en muchos países de Asia, África y Europa del Este, han recobrado fuerza en países clave de América Latina (como México, Brasil y Argentina), donde habían experimentado retrocesos, y se han movilizado en varias ocasiones cientos de miles de personas en Europa occidental y América del Norte.⁶⁹

Durante las primeras décadas del siglo XX, las reivindicaciones del Comité Científico Humanitario de Alemania (fundado en 1897) y otras organizaciones que luchaban por la 'reforma sexual' frecuentemente contaban con la aprobación de los partidos socialdemócrata y comunista (casi nunca con el de los partidos burgueses de entonces) y, de entre los gobiernos existentes,

⁶⁹ *Sobre la liberación lesbiana/gay; resolución adoptada por el XV Congreso Mundial, 2003* (consulta en INTERNET <http://www.espacioalternativo.org/book/view/938>), México, 30/09/2005.

sólo con el de los bolcheviques de la Rusia soviética. Incluso entre los bolcheviques, la benevolencia no podía darse por descontada, como se puede ver por las obras de Kollontai. La victoria del estalinismo en la Unión Soviética anuló muchos logros en el ámbito de la emancipación de las mujeres y de la sexualidad, e intensificó los prejuicios anti-homosexuales en casi todas las corrientes estalinistas y pro-maoístas entre la década de los treinta y la de los ochenta. El surgimiento del movimiento homosexual a finales de los sesenta y principios de los setenta en Europa occidental y en todo el continente americano coincidió con el resurgimiento de una izquierda radical y revolucionaria. El feminismo, en particular el socialista, fue crucial en el auge del movimiento homosexual como parte de un desafío más amplio a la sociedad.

Particularmente en los países imperialistas, y sobre todo entre hombres, las vidas gay se llevan, hasta cierto punto, en el ambiente comercial, que es la manera capitalista de responder a las necesidades de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales (LGBT) de lugares donde encontrarse y llevar una vida social; donde el ambiente comercial se ha expandido, pero el espacio para las personas LGBT sigue siendo limitado, el resultado es contradictorio. Es un paso adelante el que las personas LGBT tengan la posibilidad de abrirse acerca de su sexualidad en este contexto, pero es inaceptable que ello no sea así en el resto de la sociedad. En muchos casos, la existencia del ambiente ha dado el impulso para que se desarrolle el movimiento homosexual.

Las comunidades lésbico/gays, que incluyen a mujeres y hombres de todas las clases que se identifican como lesbianas o gays, junto con las identidades y subculturas que han surgido de manera paralela, han servido de plataforma de lanzamiento de los movimientos homosexuales. Gran parte de la subcultura lésbico/gay ha sido acusada de estar muy enajenada, pero cuando esta crítica viene de los medios o de la derecha, ignora el hecho de que, en el capitalismo, toda la sexualidad se presenta cada vez más como una mercancía.

Los movimientos homosexuales tienden a abocarse a luchar en contra de las leyes o las medidas políticas promulgadas específicamente para reprimir la sexualidad entre personas del mismo sexo o a la persona misma del homosexual, y a favor de leyes que prohíben ciertas formas de discriminación y de otras que reconozcan las uniones entre personas del mismo sexo, con la misma validez y el mismo trato que reciben las relaciones heterosexuales.

Durante el mes de junio de cada año, la comunidad gay de todo el mundo efectúa diferentes actividades políticas, sociales y culturales con el objeto de reafirmar su existencia y reivindicar los derechos que poseen como integrantes de la población en sus respectivos países.

Entre estas manifestaciones destaca la *Marcha del Orgullo Gay* como la parte más visible de este grupo ante la sociedad en general.

En el año 2005, la Organización Nacional Israelí de Gays, Lesbianas, Transexuales y Bisexuales llevó a cabo la primera marcha gay en Jerusalén bajo el lema "*Amor sin fronteras*". Aproximadamente 2,500 participantes desfilaron bajo fuerte vigilancia policíaca para prevenir ataques de los grupos de judíos ortodoxos y extremistas de derecha que habían mostrado su oposición al acto. Un evento similar sucede en la ciudad de Tel Aviv desde 1993, aunque con mayor número de participantes, pues nada menos en el año 2004 asistieron cincuenta mil.

En la ciudad alemana de Berlín, fueron doscientos mil gays, lesbianas y simpatizantes los que marcharon encabezados por Klaus Wowereit, alcalde de la ciudad, quien ha manifestado abiertamente su homosexualidad: "La discriminación y la exclusión no están permitidas en ningún lugar de nuestra ciudad", dijo el alcalde, "ni por nacionalidad, ni por color de piel, ni por creencias ni por preferencia sexual".⁷⁰

Numerosas ciudades de Estados Unidos también son escenario de marchas; entre ellas Los Ángeles, San Francisco, Salt Lake City, Boston, Washington y Nueva York.

⁷⁰ Ídem.

En Sao Paulo, Brasil, aproximadamente quinientas mil personas participaron en la marcha encabezada por Marta Suplicy, sexóloga y alcaldesa de esta ciudad brasileña, quien manifestó su orgullo por gobernar "una ciudad que hoy es la capital del movimiento gay en América Latina". Los participantes vitorearon en varias ocasiones al presidente brasileño Cardoso, quien recientemente declaró en público su apoyo al proyecto de ley para legalizar la unión entre personas del mismo sexo, además de que implementó un programa nacional de prevención contra el VIH/SIDA a través de los medios masivos de difusión y dirigido específicamente a la población homosexual masculina. Otras ciudades brasileñas con festejos similares son Río de Janeiro, Brasilia y Salvador.

En Medellín, Colombia, la corporación "El Otro", con apoyo por primera vez de la administración local y diversas entidades públicas y privadas, celebró el mes de la diversidad sexual, que culminó el 30 de junio de 2005 con la *Marcha del Orgullo*.

También Argentina, Venezuela, Guatemala y El Salvador cuentan con sus propias festividades del *Día del Orgullo Gay*; sin embargo, en países como Ecuador y Paraguay no han podido realizarse debido en gran parte a la marginación que sufre la comunidad gay.

En cuanto a nuestro país, a principios del mes de junio del año 2005, se llevó a cabo la *II Marcha del Orgullo* en Monterrey, con el objeto de "hacernos visibles como una orgullosa comunidad LGBT (lésbico, gay, bisexual, transexual)", comentó Karen González, coordinadora, "y al mismo tiempo exigir igualdad de derechos",⁷¹ concluyó.

En la capital del estado de Guerrero, Chilpancingo, la primera edición de la marcha contó con alrededor de 300 gays y lesbianas, además de un numeroso público que salió a las calles a observar o apoyar a los marchistas. En este ambiente la comunidad gay guerrerense se pronunció en contra de la

⁷¹ CIMAC. *Crece la presencia manifiesta de la comunidad gay en todo el mundo* (consulta en INTERNET <http://www.todito.com/paginas/noticias/87638.html>), México, 2/10/2005.

impunidad que prevalece en el estado, frente al menos 15 casos de asesinato de homosexuales presuntamente motivados por homofobia.

El 29 de junio del 2005 se llevó a cabo la vigésimo sexta *Marcha del Orgullo* en la Ciudad de México. En esta ocasión, la comunidad LGBT buscó hacer público su apoyo a la iniciativa de Ley de Sociedad de Convivencia, que propone acabar con el vacío legal en cuanto a los nuevos tipos de familia existentes en nuestra sociedad. Por lo mismo el lema de la marcha fue: "Por el derecho a la diferencia y la sociedad de convivencia".⁷²

⁷² Ídem.

CAPÍTULO III

REVALUACIÓN DE LA FAMILIA COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA Y SUS CAMBIOS ESTRUCTURALES

1. Origen y evolución de la familia

1.1. Origen de la familia

El origen de la familia es sin disputa, anterior al Derecho y al hombre mismo. Los sociólogos han encontrado que entre los antropoides se produce una unión más o menos duradera entre el macho y la hembra, a partir de la unión sexual.

En efecto, entre los primates (gorilas y chimpancés) se observa aparte de esta unión más o menos permanente, una sujeción de la hembra hacia el macho, que es lo que permite la estabilidad de la unión y que tiene por objeto la ayuda en la lucha frente a otros individuos y la protección de la prole. Esta unión entre un solo macho y una sola hembra, permanece y se manifiesta aun cuando las parejas y su prole vivan y se desarrollen en comunidad.

Se ha de observar que entre los primates, existe una unión más o menos duradera entre el macho y la hembra. Una razón de seguridad de protección y ayuda recíproca, da lugar a esta unión, y la fortalece, aparte la necesaria protección de la prole en las primeras épocas de su desarrollo. Pero se observa que este grupo primitivo, se funda exclusivamente en el hecho biológico de la generación y por lo tanto, sólo comprende al macho, a la hembra y a su prole, unidos por un determinado tiempo. Es en el grupo humano, merced a la

intervención de elementos culturales de diversa índole, en donde adquiere solidez y permanencia la vinculación familiar.¹

Atendiendo a lo anterior, empezaré por describir los diferentes estados de la familia en sus orígenes. De acuerdo con la clasificación hecha por el etnógrafo norteamericano, Henry Lewis Morgan,² en relación al origen de la familia, tenemos que dichos estados son los siguientes:

1. Salvajismo
2. Barbarie
3. Civilización

1. *Estado salvaje y promiscuidad.* Se subdivide en tres períodos.

a) *Período inferior*, o sea, infancia del género humano, en la cual los hombres permanecían aún en los bosques tropicales o subtropicales y vivían, por lo menos parcialmente, en los árboles. Esta es la única explicación para que pudieran continuar existiendo entre grandes fieras salvajes. Sus alimentos esenciales eran frutos y raíces. El principal progreso de esta época es la formación del lenguaje estimulado.

b) *Periodo medio.* Esta etapa comienza con el empleo del pescado como alimento, y con el uso del fuego. Estos elementos van juntos, pues el pescado sólo puede ser utilizado plenamente como alimento, gracias al fuego. Usaban instrumentos de piedra sin pulimentar, pertenecientes a la primitiva edad de piedra, los cuales son conocidos con el nombre de Paleolíticos. Se afirma que en este período apareció la antropofagia.

c) *Periodo superior.* Principia con la aparición del arco y la flecha, gracias a los cuales la caza proporciona un alimento regular y la cacería deviene en una de las ocupaciones normales. El arco, la cuerda y la flecha forman un

¹ GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil*. Primer curso. Parte general. Personas. Familia. Novena edición. Editorial Porrúa. México. 1989, p. 430.

² ENGELS, Federico. *El origen de la familia, la Propiedad Privada y el Estado, en relación con las investigaciones de Henry Lewis Morgan* Ediciones en Lenguas Extranjeras. Moscú. 1953, pp. 25 y siguientes. Citado por GUITRÓN FUENTEVILLA, Julián. *Derecho Familiar*. Segunda edición. Editorial UNACH. México. 1988, p. 39.

instrumento complejo, y su invención supone larga experiencia acumulada y facultades mentales desarrolladas, así como conocer otros inventos. Aquí aparecen algunos indicios de residencia fija en aldeas y cierta maestría para producir algunos medios de subsistencia.

Estos progresos los encontramos entre los indios del noroeste de América que conocen el arco y la flecha, pero no el arte de la alfarería, con el que empieza, según Morgan, el "tránsito a la Barbarie". Se ha concluido, que el arco y la flecha fueron para el estado salvaje, lo que la espada de hierro para la época bárbara, y las armas de fuego para la etapa civilizadora, su arma definitiva.

2. *La barbarie*. Siguiendo el orden cronológico enunciado por Engels, la barbarie puede clasificarse en tres períodos: el inferior, el medio y el superior:

a) *Período inferior*. Empieza a introducirse la alfarería; se caracteriza por la domesticación, cría de animales y el cultivo de las plantas.

b) *Periodo medio*. Principia la domesticación de animales para el suministro de leche y carne, el cultivo de las praderas, el cual no era desconocido, y se fue profundizando en su conocimiento. También aprenden a labrar los metales.

La domesticación de animales y la formación de grandes rebaños parece que fue la causa de la separación de los arios y semitas de los bárbaros.

La formación de rebaños se lleva en los sitios adecuados a la vida pastoral, por lo cual los primeros lugares fueron las praderas del Eúfrates y del Tigris (iniciada por los semitas) y en la India (iniciada por los arios). En esta época desaparece la antropofagia y sólo sobrevive como rito religioso.

c) *Periodo superior*. El estadio superior principia con la fundición del mineral de hierro. Encontramos por primera vez el arado de hierro tirado por animales domésticos, lo que hace posible la roturación de la tierra en grandes extensiones, o sea la agricultura, y se produce un aumento prácticamente ilimitado en los medios de subsistencia. A este respecto, observamos también la tala de los bosques y su transformación en tierras de labor y en praderas, lo

cual habría sido imposible, en gran escala, si no hubieran contado con el hacha y la pala de hierro, motivando un rápido ascenso demográfico.

3. *La civilización.* El hombre sigue aprendiendo a elaborar los productos naturales, estadio de la industria propiamente dicha y de las manifestaciones artísticas. Esta etapa principia, cuando termina el período superior de la barbarie, es decir, cuando aparece la escritura alfabética y su empleo literario. También perfeccionan los sistemas agrícolas, con lo cual se reafirma por completo el inicio de la civilización.

Los griegos heredaron a la época civilizada instrumentos de hierro, fuelles de fragua, el molino de brazo, la rueda del alfarero, la preparación del aceite y del vino, el labrado de los metales elevado a la categoría del arte, la carreta y el carro de guerra, la construcción de barcos con tablones y vigas, etc.

Siguiendo las investigaciones de Morgan, y sistematizadas por Engels, se puede afirmar que la familia originalmente fue promiscua absolutamente, siendo ésta la organización social más antigua que se recuerde.

En ésta había un comercio sexual promiscuo, "de modo que cada mujer pertenecía igualmente a todos los hombres y cada hombre a todas las mujeres".³ Esta manifestación familiar realizó el matrimonio por grupos, en una promiscuidad relativa, pues los hombres de un Totem buscan la unión sexual con las mujeres de otras tribus, en este caso, la filiación se determinó matriarcalmente.

Engels afirma que el matrimonio por grupos, aún habiendo existido, "pertenece a una época tan remota que de ningún modo podemos prometernos encontrar pruebas directas de su existencia, ni aún en los fósiles sociales entre los salvajes más atrasados".⁴

En el matrimonio por compra, se considera a la mujer como objeto de comercio, la cual entra como cosa al patrimonio del comprador. En este punto se trata de encontrar un apoyo a la tesis monogámica del matrimonio,

³ *Íbidem*, p. 36.

⁴ *Ídem*.

argumentando que al haber una propiedad absoluta del hombre sobre la mujer, como consecuencia se estableció una relación sexual exclusiva entre esa mujer y su dueño. También esta situación, se cree, dio origen al patriarcado, pues el hombre sí podía determinar que los hijos de la mujer, exclusiva de su propiedad, era la madre de sus hijos.

En el matrimonio por raptó también encontramos un fundamento monogámico y patriarcal, el cual hace entrar a la raptada bajo el dominio sexual y doméstico exclusivo del raptor. Así vemos que en la evolución seguida por el matrimonio como semilla de la familia encontramos también el matrimonio consensual, en el cual la libre manifestación de voluntad del hombre y la mujer para constituir un estado de vida permanente, con objeto de ayudarse mutuamente y perpetuar la especie, es en cierto modo el concepto del matrimonio moderno, el cual se ha considerado como contrato, institución, acto solemne, acto jurídico, etc.

La promiscuidad de la familia en sus orígenes se puede sintetizar diciendo que los hombres vivieron en época primitiva bajo una promiscuidad sexual absoluta. Como consecuencia de la misma, la paternidad es incierta, de ahí la afirmación que el matriarcado fue la primera forma de organización familiar, ya que sólo podía saberse certeramente quién era la madre, "*mater semper certa est*", dando lugar a que la mujer fuera muy apreciable y respetada, lo cual, según algunos autores, originó la "ginecocracia".

Como fase final de la promiscuidad encontramos la monogamia, la cual resulta del dominio absoluto y exclusivo del hombre sobre la mujer, y origina una relación sexual íntima de la mujer con el hombre; pero no de éste hacia ella, porque el hombre, en este estado, continuaba en relaciones poligámicas.

1.2. Evolución de la familia

1.2.1. La "gens" iroquesa

Según Federico Engels, apoyado en los descubrimientos hechos por Lewis H. Morgan, expresa: "La *gens* son grupos familiares cuyo origen o fuente

está en América, porque las tribus de indios son las primeras en aplicar este tipo de organización a sus núcleos humanos, aunque con una variante: los indios americanos designaban a un grupo de personas en parentesco, con el nombre de algún animal, y en Roma llevaba el nombre de *gens* y en Grecia *genca*".⁵

La afirmación de Engels es dudosa porque las culturas griega y romana son muy anteriores a las culturas americanas. Además, son dos tipos de cultura muy diferentes, desarrolladas en épocas distintas, y en cada una se le llamó, al conjunto de individuos unidos por la sangre, de diferente manera; pero aún así, no se acepta que el nombre original o sentido dado a esa palabra se derive de la cultura americana, pues como es sabido, de las dos culturas (americana y grecorromana), la más reciente es la americana.

Ahora bien, la palabra latina *gens*, usada por Morgan para designar al grupo consanguíneo, se deriva de la raíz aria común *gan* que significa *engendrar*. Otros sentidos de *gens* son: *genos* en griego, *djanos* en sánscrito, *kuni* en inglés y *küne* en medio alto alemán, y también quieren decir engendrar, parentesco y descendencia.

En Grecia y Roma, *gens* se empleó para designar al grupo familiar descendiente de un tronco común, en este caso sería el padre de la tribu, y el núcleo de ella ligado por instrucciones de carácter religioso o social.

Federico Engels trata de explicar el funcionamiento de una *gens* o grupo consanguíneo primitivo, tomando como género la de los iroqueses y en forma específica la tribu de los senekas. En este grupo se incluía únicamente a los miembros derivados de la filiación femenina, es decir, los hijos nacidos de un matrimonio se incluían en el grupo, con la diferencia de que los hermanos no podían contraer nupcias con sus hermanas, sino debían realizarlo con mujeres extrañas, con mujeres de otra *gens*, y los hijos procreados con esas mujeres quedaban fuera de la *gens* del marido, de acuerdo a la filiación materna. Esto

⁵ ENGELS, Federico. *Origen de la Familia, de la Propiedad Privada y del Estado*. Tomo I. F. Editorial Sampere y Cía. Valencia, España, p. 137.

se puede apreciar en la familia *Punalúa*, en la cual imperaba el derecho materno, siendo su esencia "reconocer como familiares o miembros de un grupo familiar, a todos los descendientes de una misma madre".⁶

Según las afirmaciones anteriores, se debe fijar la atención en que la permanencia de los hijos dentro de la gens materna, podría ser el origen del régimen matriarcal, en el cual la filiación se hace por vía materna. Siguiendo a Engels en su exposición, nos da el ejemplo de la tribu seneka integrada por ocho "gens", con el nombre de un animal para cada grupo, por ejemplo, lobo, oso, tortuga, castor, ciervo, garza, halcón, etc., estas "gens" tenían las mismas costumbres y en esencia eran:

a) Elegir al *saquem*, director en tiempo de paz, y al jefe comandante de la guerra. El hijo del saquem no podía ser elegido saquem para esa misma gens, pues por la filiación materna pertenecía a otra. El saquem y el jefe eran elegidos por todos los miembros de la gens y ratificada por las otras siete gens. El poder del saquem era limitado y no tenía poder coercitivo.

b) La gens, a través de otra votación, deponía al saquem y al jefe, pasando a ser éstos simples miembros de la gens. Esto podía hacerlo el consejo de la tribu, aún en contra de la voluntad de la gens.

c) Ningún miembro tenía derecho a casarse dentro de la gens. En el estadio en que encontramos a los iroqueses, la prohibición del matrimonio dentro de la "gens" se sostiene inviolable.

d) Las propiedades de los muertos pasaban a los demás gentiles o integrantes del grupo, pues lo fundamental era no salir de la gens, así el esposo y la esposa no podían heredarse mutuamente, ni los hijos del padre, pero sí los de la madre.

e) Los gentiles se debían entre sí ayuda y protección, y principalmente, auxilio mutuo para vengar todo acto que fuera realizado en contra de los intereses de alguno de ellos, o una determinada gens. Cuando el miembro de una gens cometía un acto que se consideraba delito, contra otro de una gens

⁶ *Ibidem*, p. 168.

diferente, se tenía como atentatorio contra los intereses de toda la gens. A ese respecto, Engels afirma: "cada individuo tenía confiada su seguridad a la protección de la gens entera".⁷ En este caso se consideraba a la gens como un todo formado por unidades, las que, en caso de ser atacadas individualmente, se suponía afectaban a toda la gens, por lo que la ofensa en contra de uno se consideraba como ofensa a todo el grupo.

f) La gens poseía nombres de su exclusivo derecho, así el nombre de un miembro indicaba la gens a la que pertenecía.

g) La gens podía adoptar a extraños, dándoles de esta manera acceso a los derechos de la gens y de la tribu entera.

h) Además tenían solemnidades religiosas realizadas por los saquem y los jefes.

i) Tenían las gens, en esta época, un cementerio común.

j) En su organización política, cada gens tiene un consejo formado por la asamblea democrática, de todos los gentiles adultos, varones y hembras, con el mismo derecho a votar, y residiendo en ellos el poder soberano del pueblo. Aquí encontramos una clara manifestación de organización democrática, antecedente remotísimo de las actuales formas de gobierno e igualdad de la mujer por primera vez en la historia de la familia.

A través de estas atribuciones se vislumbra un conjunto de miembros integrantes de un núcleo en igualdad de circunstancias, es decir, todos con los mismos derechos y obligaciones a cumplir. Cuando se realizó el descubrimiento de las tribus en América del Norte, todas se encontraban organizadas, aunque algunas con derecho materno (senekas) y otras con derecho paterno, que por cierto eran pocas (omahas). También las gens formaban otro tipo de asociación, la *fratria*, por la cual unían dos o más gentes, así encontramos que los senekas tenían dos fratrias, una comprendía de la primera a la cuarta gens, y la otra, de la quinta a la octava.

⁷ ENGELS, Federico. Op. cit., p. 143.

Entre los senekas se creía que las gens primitivas habían sido las del Oso y las del Ciervo, de las cuales se fueron originando las demás.

Las funciones de los fratrias, o sea, del conjunto de gentes en la tribu de los senekas, eran en gran parte sociales y en parte religiosas, y las principales fueron: ser grandes jugadores de pelota, apostando a favor de su gente, para lo que en el consejo de la tribu, sentábanse los saquem frente a los jefes de la fratria. Cuando se cometía un asesinato, y el homicida o su víctima pertenecían a distintas fratrias, éstas se reunían en unión de todas las gentes para pedir a la otra fratria, reunida en la misma forma, la reparación amistosa del daño. Al morir personajes importantes, una fratria diferente a la del difunto, se encargaba de organizar los funerales, y la suya presidía el duelo. El consejo de la fratria tomaba parte en la elección del saquem, pero cuando el consejo de la fratria opuesta no estaba de acuerdo, la elección se consideraba nula.

Los iroqueses tenían misterios y ritos religiosos especiales, ejecutados por dos asociaciones religiosas, una perteneciente a cada fratria.

En caso de guerra, participaba cada fratria como ejército independiente con un estandarte y uniforme especial, y al mando de su jefe.

De lo anterior se puede concluir que cada tribu estaba formada de un número indeterminado de fratrias; cada fratria se encontraba formada por un número indeterminado de gens, aunque siempre más de dos.

En este sentido, Engels afirma: "de igual modo que varias gentes constituyen una fratria, así, en la forma clásica, varias fratrias constituyen una tribu".⁸

Engels parte del supuesto lógico de que ellos mismos comprendieran que mientras más unidos estuvieran, más fuertes y poderosos serían y se enfrentarían con mayor seguridad a cualquier peligro.

En síntesis, las características de cada tribu en América fueron: un territorio propio y un nombre especial; un dialecto propio en cada tribu; el

⁸ Íbidem, p. 146.

derecho de dar solemne posesión a los saquem, y a los jefes elegidos por las gentes, o de deponerlos, aún en contra de la voluntad de su propia gens.

Poseían iguales ideas religiosas-mitológicas con los mismos cultos, además un consejo de tribu para los asuntos comunes, el cual se encargaba de regular las relaciones con las tribus extrañas, recibía y enviaba embajadores, declaraba la guerra y ultimaba la paz.

Había un saquem o jefe con atribuciones limitadas en cada tribu, era una especie de mandatario ejecutivo, para tomar decisiones rápidas. Podemos afirmar que la confederación iroquesa ofrece la organización social más desarrollada de los indios, antes de pasar del estado inferior de la barbarie.

1.2.2. La “gens” griega

Los griegos y sus pueblos congéneres tenían la misma organización de las tribus americanas (gens, fratria y tribu), pero no en todas, pues en algunas faltaba la etapa intermedia, o sea la fratria; sin embargo, esta organización ya no tiene un carácter arcaico como la de los iroqueses, gracias al estado de desarrollo cultural de los griegos.

Aquí impera el sistema patriarcal, que viene a transformar el tipo de organización (fortuna, matrimonios, hijos, etc.). Las bases compactas de la gens ateniense fueron:

- a) Las solemnidades religiosas comunes realizadas por el jefe de la gens, actuando como sacerdote, y designado por ella misma.
- b) Respecto a sus muertos, tenían lugares de sepultura comunes y derechos hereditarios recíprocos.
- c) Debían ayudarse, socorrerse y asistirse en casos de necesidad.
- d) Había prohibición de matrimonio dentro de la gens, excepto en el caso de existir heredadas o huérfanas.
- e) Eran en algunos casos poseedores de una propiedad común con un tesoro propio.
- f) La filiación se generaba a través del sistema patriarcal.

g) Ejercían el derecho de adopción en la gens, pero sólo excepcionalmente.

h) Tenían la libertad jurídica de elegir y deponer a sus jefes.

i) También se establecieron derechos y deberes recíprocos entre las fratrias.

Respecto a la afirmación histórica de que una gens integraba un grupo de familias, Engels manifiesta su desacuerdo al decir: "bajo la constitución de la gens, la familia no pudo ser, ni fue jamás una unidad orgánica, porque el esposo y la esposa pertenecían por fuerza a dos gens distintas, la gens entraba completamente en la fratria, y ésta en la tribu, entonces la familia penetraba a medias en la gens del esposo y a medias en la de la esposa".⁹

El razonamiento de Engels es correcto, pues los lazos unificadores de la gens se determinaban por la filiación consanguínea, o sea, por medio de la descendencia sanguínea, así se sabía quiénes podían ser parte integrante de una gens.

1.2.3. La familia nómada

En los albores de la humanidad, la familia, constituida en un grupo de miembros ligados por la sangre (consanguíneamente), era tipo nómada, como consecuencia de estar siempre buscando el mejor estado de vida, cambiando continuamente de tierras, para encontrar las mejores y las más adelantadas maneras de sobrevivir, y aun cuando iban de un lugar a otro, alternando constantemente de región, lo hacían no en una forma desordenada por familias, sino que tenían sentido de la organización aun en forma arcaica, sin dejar de ser efectiva.

En los pequeños grupos de la época antigua y pastoral, y después en los más evolucionados, las mujeres pusieron las bases domésticas.

⁹ ENGELS, Federico. Op. cit., p. 173.

Como sabemos, la familia nómada se dedicaba al pastoreo, y las mujeres con el vellón de las ovejas tejían y hacían telas, y debido a su dedicación femenina natural, hicieron florecer la cerámica y la repostería.

La organización de la mayoría de las familias nómadas, venía siendo la misma: un jefe era su representante ante el consejo de la tribu, al cual los demás miembros de la familia le debían obediencia y fidelidad; los hermanos, en este tipo de familia tenían prohibido casarse entre sí, aunque en un principio, según Morgan, el vínculo de hermana y hermano llevaba aparejada inevitablemente la relación sexual.

Muchos autores admiten su realidad remota, basándose en un tipo de parentesco muy especial existente aún en Polinesia, y sólo podían haberse originado en este tipo de organización familiar.¹⁰

Se puede resumir que la familia nómada poseía una organización familiar y para la época de su existencia, en términos generales, era efectiva, y sus integrantes, en unión de las demás familias constitutivas de la tribu, prosperaban y se protegían mutuamente.

1.2.4. La familia celta y germana

Las más antiguas relaciones familiares célticas llegadas hasta nosotros, nos muestran a la gens en todo su esplendor. Así en el país de Gales, mucho antes de la conquista inglesa, encontramos vestigios del cultivo de tipo comunista.

También había entre ellos, el matrimonio sindiásmico, que era la elección de un solo compañero o compañera, con cierta similitud al matrimonio monogámico, aunque el primero no manifestado todavía en todo su esplendor. Además encontramos un antecedente del divorcio, pues la unión no se consolidaba, o no se hacía indisoluble, sino hasta después de siete años de convivencia, y los cónyuges, para evitar esto, podían separarse, faltando aun

¹⁰ Enciclopedia jurídica Ameba. Tomo XI. Editorial bibliográfica Argentina. Argentina, p. 978. Citado por GUITRÓN FUENTEVILLA, Julián, op. cit., p. 56.

tres noches para cumplirse el tiempo reglamentario de un año, y evitar el matrimonio formal. Ocurrida la separación, los bienes de ambos se repartían en dos partes (de todos los bienes se hacían reparticiones) y generalmente las leyes lo reglamentaban de tal manera que fuera beneficioso para la esposa. Si el que rompía era el hombre, debía devolver a la esposa la dote y algo más; si, era la mujer, a ésta le tocaban menos bienes que al marido. Entre los celtas, las mujeres, igual que los hombres, tenían voto en la asamblea del pueblo. En este tipo de núcleo familiar, la mujer, por disposiciones consuetudinarias, tenía más ventajas que el hombre; así Engels lo apunta al indicarnos: "que en caso de ruptura se concedan a la mujer grandes ventajas reguladas exactamente, en pago de sus servicios domésticos y que también hay una primera mujer junto a las otras mujeres".¹¹

Otra organización familiar de este tipo es la "gens" irlandesa. En ésta se describe su funcionamiento a partir de la llegada de los ingleses, afirmando que en un principio la tierra era comunitaria para todos los miembros de la gens, después algunas propiedades pasaron a ser privadas, ya del jefe o de algún miembro sobresaliente y así empezó a originarse la propiedad privada, aunque con cierto rasgo comunitario todavía, pues al morir un propietario las tierras de su propiedad se repartían entre los poseedores de tierras menores.

El funcionamiento y organización de este tipo de grupo llamado clan, tiene similitud con las gens americanas y grecorromanas, y cabe señalar que también aquí impera el derecho materno y hasta la Edad Media, entre países como Alemania, Gales, Escocia, etc.

También los germanos, hasta antes de la emigración, estuvieron organizados en clanes (o gens), entre los territorios del Danubio, Rhin y Vístula. En todos estos clanes (galeses, escoceses, alemanes, escandinavos, etc.) había una similitud con las culturas americanas y grecorromanas en el sentido

¹¹ ENGELS, Federico. Op. cit., p. 8.

guerrero, por tanto, los gentiles eran grupos independientes de elementos integrantes de un ejército.

Respecto al matrimonio, existía una marcada diferencia entre celtas y germanos, porque entre los celtas no se tomaba en cuenta para su efecto la virginidad de las doncellas, lo cual era contrario entre los germanos al considerar este punto como algo realmente importante.

Como podemos observar, los germanos eran todos unos caballeros, unos virtuosos en el sentido moral, pero sólo les bastó un ligero contacto con la civilización externa a sus bosques, para ponerse al mismo nivel de los demás, haciendo a un lado sus buenos principios organizadores, tradicionales y morales, siendo esto resultado de la influencia de los romanos.

Durante el período de los clanes la tierra era cultivada en común, después vinieron las comunidades economistas con parcelas de propiedad privada, cuyos cultivos eran en parte para ellos mismos. Todo esto sucedió en forma normal a la transformación que todas las sociedades comunistas sufrieron y sufrirían, como consecuencia del nacimiento de la propiedad privada.

El sentido religioso poseído por estos núcleos fue muy raquítico al principio y después se practicó la hechicería, realizándose sacrificios humanos. Eran núcleos populares que acababan de pasar del estadio medio al estadio superior de la barbarie. En general, las tribus alemanas, reunidas en hordas, tienen por tanto la misma constitución observada en las tribus americanas y en las gens grecorromanas, y por consiguiente sufrieron la misma transformación en las alemanas, o sea, el mismo cambio observado en las otras.

1.2.5. La familia en los pueblos orientales

1.2.5.1. Egipto

Los egipcios practicaban el matrimonio poligámico, pero sólo los ricos. Los pobres se contentaban con una sola mujer. El matrimonio se podía practicar aun entre la familia, con la idea de conservar pura la sangre y

conservar dentro del ámbito de la misma los bienes. El divorcio se podía pedir motivado en adulterio comprobado. Además, la mujer poseía demasiada independencia como consecuencia del régimen matriarcal; pero en la época del patriarcado pierde toda su fuerza esta independencia. El matrimonio se hacía por ritos solemnes y también por la compra de la esposa. Los matrimonios en Egipto se efectuaban a una edad temprana en comparación con países fríos, donde se consideraba que los menores pertenecían a la infancia. Las consecuencias fueron que las familias eran muy numerosas; querían demasiado a sus hijos, y el infanticidio era muy poco frecuente, además éste era severamente castigado.

La organización familiar egipcia fue muy semejante a la de los estados salvajes y bárbaros de la civilización. Hubo algunos adelantos, pero en general tuvieron degeneraciones de la raza por casarse entre parientes y por tener relaciones sexuales a tan temprana edad.

1.2.5.2. Babilonia

Los ritos respecto al matrimonio en Babilonia eran un poco extraños; la mujer debería llegar al matrimonio no siendo virgen. Practicaban en cierto modo el "matrimonio de ensayo", el cual estaba reglamentado por la ley. Los matrimonios formales eran arreglados entre los padres de los contrayentes por medio de regalos y dinero. El matrimonio era monogámico y el adulterio se castigaba con pena de muerte para ambos ejecutores, aunque podían ser perdonados si el marido ofendido quería o así lo deseaba. También se podía pedir el divorcio por adulterio comprobado, por esterilidad, por incompatibilidad de caracteres o de humor y por negligencia; como consecuencia de estas disposiciones, la familia de Babilonia era muy poco estable.¹²

¹² Íbidem, p. 982.

1.2.5.3. Asiria

En Asiria la familia estaba organizada bajo un severo régimen patriarcal, y el fin primordial de la misma, en virtud de ser el pueblo asirio eminentemente guerrero, era la perpetuidad y aumento de la especie. Sus leyes y normas morales influían para aumentar el número de nacimientos; el aborto se consideró como un crimen capital y a las mujeres que lo cometían se les castigaba con la pena de muerte, empalándolas.

El matrimonio se realizaba por contrato, y algunas veces se limitaba a una compra pura y simple. La ley y la costumbre daban a la mujer una situación de inferioridad respecto al hombre. Además deberían aparecer con el rostro cubierto en público, obedecer ciegamente a su marido y serle estrictamente fiel, sin ser esta última obligación de carácter reversible. Por el contrario, los hombres solían tener tantas concubinas como recursos económicos tuvieran, sin recibir por ello una sanción de tipo moral o legal.¹³ Es normal en Oriente esta reglamentación, pues hoy en día todavía subsisten algunas situaciones con carácter poligámico.

1.2.5.4. Israel

En los principios de la historia de este pueblo, tenía la misma organización respecto a la familia que la mayoría de los pueblos orientales, de acuerdo con la afirmación hecha por Fischman: "en los albores de la civilización de este pueblo, cuando llevaba una simple vida pastoral y su organización política no iba más allá de la tribu, encontramos en relación con la estructura de la familia, muchos elementos comunes a otros pueblos orientales de esa época".¹⁴

En Israel también se efectuaba el matrimonio a través de la compra, aunque con carácter disoluble, pues existía el divorcio. Asimismo, se podía pedir por adulterio comprobado. Se castigaba a la adúltera con la pena de

¹³ Íbidem, p. 983.

¹⁴ ENGELS, Federico. *Origen de la Familia, de la Propiedad Privada y del Estado*. Op. cit., p. 983.

muerte en forma de lapidación y el hombre pagaba con dinero su culpa. Se autorizaba el repudio cuando se encontrare en la mujer un defecto físico considerado como suficiente para rechazarla. La autoridad paterna era ilimitada, aunque no al grado de decidir sobre la vida de sus hijos, pero éstos deberían obedecerlo ciegamente, para poder participar de los beneficios familiares. La mujer debía llegar virgen al matrimonio so pena de ser lapidada.

Además, la población debería multiplicarse para sobrevivir y, en consecuencia, leyes y costumbres exaltaban la maternidad y consideraban el celibato como un pecado o un crimen; hacían el matrimonio obligatorio después de los 20 años. Se imponía el matrimonio a los sacerdotes, considerando que serían más puros teniendo o llevando una vida normal; consideraban inferior a la mujer estéril, a tal extremo que en todos los momentos de esta cultura, la esterilidad fue admitida como causal del repudio y del divorcio. Dispusieron que el aborto, el infanticidio y cualquier otro medio destinado a controlar la natalidad fueran abominaciones paganas.

1.2.5.5. Persia

El Zend-Avesta, libro sagrado de los persas, regula la conformación de la familia. Se consideraba como una necesidad aumentar continuamente la población, y se protegían todas las situaciones tendientes a lograrla. Se autorizó la poligamia y el concubinato, considerando a la familia como la más sagrada institución.

El matrimonio era arreglado entre los padres de los presuntos contrayentes. Antes de Darío, la mujer ocupaba un lugar de privilegio, tanto dentro de la familia como en el seno de la sociedad, aunque después del advenimiento del rey su situación empeoró.

El aborto se consideró como delito grave, peor que el adulterio, ya que éste se podía perdonar, pero aquél se castigaba con la pena de muerte.¹⁵

¹⁵ Íbidem, p. 984.

También los persas colocaron a la mujer en una situación de inferioridad absoluta.

1.2.5.6. India

Este pueblo posee las mismas características observadas en todos los países orientales mencionados anteriormente. El matrimonio se realizaba por medio de compra, consentimiento o raptó de la mujer, aunque todas las mujeres preferían el raptó. Asimismo, aceptaron la poligamia como lujo de los grandes ricos. En el primer período histórico de este pueblo, la mujer gozaba de una libertad familiar infinita. Era muy respetada e inclusive el marido muchas veces se dejaba guiar por los consejos de ella. Esta libertad, con el tiempo, se fue restringiendo. Se veía a la mujer como una máquina para tener hijos y lógico es comprender, que dado este criterio moral y religioso, el aborto y el infanticidio fueran considerados crímenes imperdonables y penados severamente.

El matrimonio era considerado como un sacramento y el Código MANU, admite ocho clases:

- 1.- El de Brahma;
- 2.- El de los Dioses;
- 3.- Cuando el novio recibe un toro y una vaca;
- 4.- El de los pradjapatis (primeros seres del mundo);
- 5.- El de los asuras;
- 6.- El de los gandharvas;
- 7.- El de los raksasas; y
- 8.- El de los pizachas.

De todas las clases de matrimonio, las cuatro primeras eran las únicas legales.

1.2.5.7. China

En este pueblo la familia tenía un carácter esencialmente patriarcal. Se admitía la poligamia, generalmente practicada por los ricos. El matrimonio era un arreglo entre los padres de los contrayentes, eran éstos los que elegían a los cónyuges de sus hijos, los cuales por lo común no se conocían, sino hasta el día de su boda; pese a esto, se establecían entre ellos fuertes lazos de respeto y afección.

1.2.6. La familia en la Edad Media

En la edad medieval, la familia fue un organismo económico que tenía como fin principal bastarse a sí mismo. Sembraban y cosechaban sus propios alimentos, hilaban sus telas en el desarrollo de las industrias domésticas

Tanto los artesanos como los agricultores vivían en gran armonía y comúnmente los hijos continuaban la carrera de los padres, motivo por el cual encontramos grandes generaciones dedicadas a una rama de la artesanía. Además transmitían sus conocimientos y secretos profesionales a sus hijos, y estos heredaban las herramientas que acompañaban la profesión. La forma de transmitir los bienes no fue en momento alguno problema de sucesiones.¹⁶

Este panorama es a grandes rasgos el que imperó entre la gente de menores posibilidades en la Edad Media, sin embargo, en cuanto a la organización feudal, la familia presentaba características muy diferentes. La situación en general era buena para el hijo primogénito, pero pésima para los demás y las mujeres. Esto se debió principalmente al temor de desmembrar el poderío y el acervo patrimonial de un señor en varios de sus hijos, lo cual traería como consecuencia el debilitamiento del señorío feudal. Se calificaba a la propiedad desde un punto de vista familiar y no individual. La constancia de tal afirmación la encontramos en el mayorazgo, pues la familia era la dueña de la tierra y su explotación debía hacerse colectivamente, para evitar la escisión del poderío señorial. Se prohibía al heredero enajenar la tierra, por lo cual se

¹⁶ Ibidem, p. 992.

reconocía al sucesor como vigilante del patrimonio rural e inmuebles, integrantes del núcleo.

Posteriormente la organización familiar fue haciéndose insuficiente para mantenerse como el centro vital de la industria y del comercio, entre otras razones por el aumento de la riqueza y de las necesidades del gran intercambio comercial, a tal punto que surgieron los mercaderes y comerciantes, y más tarde la organización de corporaciones, etc.

En esta época encontramos que la familia tenía otro aspecto, el de las relaciones internas de la misma. Fue el cristianismo y su difusión la influencia más decisiva para atemperar la tiránica situación del pater familias, el cual vino a ser el guía espiritual y protector maternal de la familia, así la influencia cristiana llegó hasta nuestros días otorgando más que derechos, deberes a los encargados de ejercer la patria potestad.

La emancipación, la mayoría de edad y la desaparición del esclavismo redujeron la proyección externa de la familia, como consecuencia de la disminución de sus integrantes.¹⁷

Otra consecuencia determinante fue dar a la mujer mayor importancia y dignidad, pues la indisolubilidad del matrimonio ubicó a la esposa en un lugar de privilegio, arrancándola de la larga estancia en que se encontraba como esclava en algunas épocas, o como objeto en otras. Podemos afirmar que la Iglesia evitó el derrumbamiento de la familia y le dio a la mujer un lugar preponderante en el seno familiar.

1.2.7. La familia en la Revolución Francesa

Las consecuencias del pensamiento cristiano dejaron su huella, entre otros países, en Francia, pero con la Revolución Francesa de 1789 se le quita al matrimonio su carácter religioso y se le conceptualiza como un contrato, el cual se consideraba como la simple manifestación del consentimiento.

¹⁷ Nueva Enciclopedia Temática. Editorial Richards. Panamá. 1963, pp. 34 y siguientes.

A este respecto Mazeaud afirma: "cuando se ha concluido un contrato se es libre para ponerle término por medio de un nuevo acuerdo, así cabe disolver el matrimonio por voluntad común. El Derecho revolucionario admite, pues, el divorcio por mutuo consentimiento".¹⁸

Fue este principio libertario el que llevó a los revolucionarios a permitir la disolución del matrimonio; y el de igualdad, a distinguir que había una familia natural y una legítima. Respecto a los principios generales de la familia, los Mazeaud expresan: "Debería haberlos incitado a suprimir la autoridad marital y la autoridad paterna".¹⁹

Respecto a la marital se hicieron algunos proyectos y, en cuanto a la autoridad paterna, pensaron en un tribunal de familia y un juez para las discrepancias entre padres e hijos, además de otros proyectos en los que se confiaba la educación de los hijos al Estado y otras afirmaciones donde se pretendía, según Dantón, "restablecer ese gran principio que parece desconocerse, el de que los hijos pertenecen a la República antes de pertenecer a los padres".²⁰

Se puede resumir la situación imperante durante la Revolución Francesa en el siguiente pensamiento: "debemos comprender el estado espiritual de los legisladores de la revolución, salidos en su gran mayoría de esas clases populares que habían asistido a ese desbarajuste de las costumbres familiares, sin tomar parte en él. Con entera buena fe debían creerse llamados a restablecer el reinado de la moral universal, a reorganizar todas nuestras instituciones, la familia y el matrimonio como las demás, sobre los datos de la razón y de la naturaleza, con independencia de los dogmas religiosos que podían considerar, con exactitud aparente, como ineficaces".²¹

¹⁸ MAZEAUD, Henri, León y Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. Primera parte. Volumen III. Editorial Ejea. 1959, p.32. Citado por GUITRÓN FUENTEVILLA, Julián, op. cit., p. 64.

¹⁹ MAZEAUD, Henri, León y Jean. Op cit., p. 33. Citado por GUITRÓN FUENTEVILLA, Julián, op. cit., p. 64.

²⁰ MAZEAUD, Henri, León y Jean. Op cit., p. 44. Citado por GUITRÓN FUENTEVILLA, Julián, op. cit., p. 65.

²¹ MAZEAUD, Henri, León y Jean. Op cit., p. 34.

1.2.8. La familia en el Código de Napoleón

El producto de la Revolución Francesa, entre otros, fue el Código Civil. Este fue un convenio entre el derecho antiguo y el revolucionario con el consuetudinario, el escrito, el romano y el canónico. Es en la institución familia donde esa transacción está más señalada.

Ratifica el Código Civil, en menor grado, la disolución del matrimonio a través del divorcio, basado en la secularización que se hizo del matrimonio. Se debe a Napoleón Bonaparte la amplia reglamentación sobre la familia, sin embargo, respecto a los hijos naturales, afirmaba: "El Estado no tiene necesidad de bastardos".²² Asimismo estableció una autoridad marital casi absoluta, confirmando la incapacidad de la mujer respecto al manejo de sus bienes. Tomaron del Derecho Canónico las obligaciones de fidelidad, protección, ayuda mutua, etc., que se debían ambos cónyuges, negándosele además a la mujer el derecho a la sucesión intestamentaria.

La patria potestad se ejerció sin control alguno, terminándose con la mayoría de edad, la emancipación o el matrimonio. Se debe subrayar que fueron el divorcio y la desaparición del carácter sacramental del matrimonio las dos grietas negativas de la sólida consolidación de la familia. Es en 1816, cuando se suprime el divorcio, volviéndose a los principios sostenidos por la Iglesia.

La revolución ocurrida en Francia en 1830 fue el inicio de más de un largo siglo de decadencia en la organización familiar. Al evolucionar las ideas y las costumbres y el desenvolvimiento de la gran industria, trajeron como consecuencia que los hijos abandonen a sus padres para ganar un salario negado por ellos. Estas mismas condiciones obligan a la mujer a luchar por la supervivencia, con lo que podemos afirmar, el hogar deja de existir.

La vida espiritual se ve destruida por la excesiva jornada impuesta, incluso a los niños. Asimismo las burguesías baja y media sacan a las mujeres

²² Ídem.

del hogar para que con sus ingresos puedan mantener el nivel de vida, llegando hasta el extremo de restablecer el divorcio en 1864.²³

El Código de Napoleón fue un gran atraso en la legislación familiar en México, y propició un estancamiento prolongado hasta Don Venustiano Carranza, el cual con carácter humano y visión socialista, promulgó en 1917 la Ley sobre Relaciones Familiares.²⁴

1.2.9. La familia en nuestros días

El ámbito de la familia moderna es más reducido que el que tuvo en la antigüedad, pues, en sentido estricto, no comprende actualmente sino el conjunto de los parientes que viven en el mismo hogar, si bien, en un sentido más amplio, comprende aún a los más remotos.

Podemos considerar a la familia como "la institución social permanente y natural, compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación".²⁵

También se considera actualmente a la familia como núcleo natural jurídico o económico. Atendiendo al primer aspecto se toman en cuenta los instintos genésico y material. El factor económico le dio mayor trascendencia que el natural, dándole un valor de acuerdo a las condiciones políticas y económicas del medio en que se encontraba.

Atendiendo a la reglamentación jurídica de la familia, encontramos situaciones trascendentales en la pareja inicial y sus descendientes, siendo la intervención estatal la encargada de regular todas sus consecuencias.

Esas consecuencias y efectos son los productores del Derecho de Familia, apoyados sobre bases de constitución, organización y estabilización de la familia.

²³ Ídem.

²⁴ GUITRÓN FUENTEVILLA, Julián. Op. cit., p. 67.

²⁵ Enciclopedia Jurídica Ameba. Tomo XI, p. 992. Citado por GUITRÓN FUENTEVILLA, Julián, op. cit., p. 67.

Se puede considerar a la familia moderna, en el lado occidental, compuesta del matrimonio y sus hijos, y el padre y la madre ejercen por igual la misma autoridad, pero ese concepto de familia reducida en su número y en sus funciones debe replantearse para contemplar la aparición de nuevas fuerzas resultantes del estado de la vida actual.

Es definitivo que la familia en nuestros días está siendo objeto de una transformación motivada por una crisis y ésta debe aprovecharse, para sacudirla en sus cimientos y volverla a colocar como la piedra angular de toda organización social y estatal, pudiendo hacerlo a través de cátedras en la Universidad, juzgados, estudios y leyes proteccionistas familiares que permitan en un momento dado, la realización de los derechos subjetivos y objetivos correspondientes a la familia y a sus titulares.

Debemos considerar que la familia moderna reclama una reglamentación presente y futura, de modo que el aspecto humanista de que carece en la legislación, se le otorgue a través de verla como el asiento principal de la actual organización estatal.

2. Concepto de familia

La *familia* es un núcleo de personas, que como grupo social, ha surgido de la naturaleza y deriva primordialmente del hecho biológico de la procreación.

Pero dicho grupo social, que se constituye originalmente en las tribus o clanes primitivos, por necesidad de orden socioeconómico de los pueblos cazadores y agricultores, y que surgió antes de la formación de cualquier idea de Estado o de Derecho, ha sufrido una incesante evolución para llegar hasta nuestros días como una verdadera institución, fuertemente influida por la cultura (la religión, la moral, el Derecho, la costumbre). Si la motivación original de la familia hay que encontrarla en las simples exigencias biológicas de reproducción y del cuidado de la prole, mediante uniones transitorias e inestables entre los progenitores, ha adquirido en su desarrollo, a través de

milenios, y precisamente por la influencia de los elementos culturales, una completa estabilidad, que le da existencia y razón de ser, más allá de las simples motivaciones biológicas y económicas.

El maestro boloñés Antonio Cicu decía: En nuestro ordenamiento jurídico, "la familia es un conjunto de personas unidas por vínculo jurídico de consanguinidad o afinidad".²⁶

Enrique Díaz de Guijarro inicia su Tratado de Derecho de Familia enunciando: "La familia es la institución social, permanente y natural compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación".²⁷

"Familia en sentido estricto -dice Francesco Messineo- es el conjunto de dos o más individuos que viven ligados entre sí por un vínculo colectivo, recíproco e indivisible, de matrimonio, de parentesco o de afinidad (familia en sentido naturalístico), y que constituyen un todo unitario. En sentido amplio pueden incluirse personas difuntas (antepasados -aun remotos-) o por nacer (familia como estirpe, descendencia, continuidad de sangre) o bien, todavía en otro sentido, las personas contraen entre sí un vínculo legal que imita el vínculo del parentesco de sangre (adopción): familia civil".²⁸

Ahora, si bien el vocablo familia viene de *famel* que en el idioma de los oscos significa siervo, en términos generales pareciera que la familia es aquel grupo humano primigenio natural e irreductible que se forma con la unión de la pareja de un solo hombre con una sola mujer, y su linaje. Esta definición es casi evidente, sin embargo, se considera que el término "familia" es equívoco e indefinido en cuanto a sus sujetos y alcances jurídicos.²⁹

²⁶ El Derecho Familiar. Traducción de la italiana *Il Diritto di Famiglia*. Aethenaeum. Roma. MCMXIV, por Santiago Sentís Melendo. Editorial EDIAR, S.A., Editores. Buenos Aires. 1947, p. 27. Citado por MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo III Derecho de Familia. segunda edición. Editorial Porrúa. México. 2001, p.10.

²⁷ Tipográfica Editora Argentina. Tomo I. Buenos Aires. 1953, p. 17. Citado por MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, op. cit., p. 10.

²⁸ Manual de Derecho Civil y Comercial. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Tomo III. Editorial EJE. Buenos Aires. 1954, p. 29. Citado por MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, op. cit., p. 11.

²⁹ DE LA MATA PIZANA, Felipe y Roberto Garzón Jiménez. Op. cit., pp. 9 y 10.

Desde una *perspectiva biológica*, la definición de familia debe ser ampliada hasta la totalidad de las personas que comparten una misma carga genética.

Desde el *punto de vista social y etnológico* (especialmente entre los pueblos latinos) se ha sostenido que existe, además de la familia nuclear - pareja e hijos-, la extensa que incluye también a los ascendientes de una o ambas líneas, la descendencia en segundo o ulterior grados, a los colaterales hasta el quinto o sexto grados, afines y adoptivos.

Como puede advertirse, la noción de familia es un concepto equívoco, ya que tiene varias acepciones y conlleva una problemática de definición y límite en las familias latinoamericanas.

Desde la *perspectiva jurídica* debemos entender por familia aquella institución natural de orden público compuesta por las personas unidas por lazos de parentesco, matrimonio o concubinato y que surte efectos jurídicos por lo que hace a cada miembro respecto de sus parientes, en la línea recta sin limitación de grado y en la colateral hasta el cuarto grado.³⁰

De lo anterior pueden desprenderse claramente algunas características básicas del concepto propuesto:

1) *La familia es una institución natural.* Esto significa que proviene de la naturaleza del hombre, y en consecuencia ha existido desde los orígenes mismos de la especie humana.

De hecho el Derecho exclusivamente reconoce su existencia y la regula en consecuencia.

2) *La familia es una institución de orden público.* En efecto, a partir de la reforma del año 2000 el Código Civil para el Distrito Federal señala:

Artículo 138 Ter. Las disposiciones que se refieren a la familia son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros basados en el respeto a su dignidad.

³⁰ Íbidem, p. 10.

3) *La familia está constituida por personas que se encuentran vinculadas por diversos lazos.* En este sentido el Código Civil para el Distrito Federal señala:

Artículo 138 Quater. Las relaciones jurídicas familiares constituyen el conjunto de deberes, derechos y obligaciones de las personas integrantes de la familia.

Artículo 138 Quintus. Las relaciones jurídicas familiares generadoras de deberes, derechos y obligaciones surgen entre las personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato.

Como puede advertirse el Código Civil para el Distrito Federal indica, de manera vaga, que los miembros de la familia están vinculados por matrimonio, parentesco o concubinato; sin embargo, no señala línea o grado de parentesco que permita limitar la definición.

3. Crítica al concepto de Familia

La familia, una de las instituciones más universalmente difundidas, es un fenómeno histórico, y como tal, bastante deformado en el tiempo y en el espacio. Cada intento de resumir su compleja realidad en un modelo único es el resultado de utopías etnocéntricas. La familia es un producto cultural, su calidad es relativa. No tiene por qué basarse -como sucede principalmente en la experiencia europea- “en la unión socialmente reconocida de un hombre y una mujer, la monogamia, la residencia patriarcal, un cierto reconocimiento de la filiación y de la transmisión del nombre por parte del hombre, la autoridad masculina”.³¹ Los numerosos materiales etnoantropológicos definen, por el contrario, panoramas completamente distintos de un sitio a otro. Todas las características de la institución familiar más conocidas para nosotros pueden hallarse en otro lugar, invertidas o ausentes.

³¹ F. Hérítier. “*Famiglia*”, en Enciclopedia Einaudi. Turín, Einaudi. 1977-1984. Volumen VI, p. 3. Citado por MACRY, Paolo en *La sociedad contemporánea, una introducción histórica*. Editorial Ariel, S.A. España. 1997, pp. 89 y 90.

Frente a la experiencia occidental, que suele identificar a la familia con la nueva vivienda de la pareja o con la casa paterna del hombre, existen sociedades basadas en la residencia matrilineal (es el hombre quien va a vivir a casa de los padres de la novia), y otras sociedades donde los esposos continúan viviendo en sus respectivos núcleos de origen.³² Entre los senufos de la costa de Marfil, por poner un ejemplo, los maridos, al ser polígamos, “cuando cae la noche, se reúnen por turno con sus distintas esposas (una cada día) que cocinan para ellos y que les rinden los servicios del matrimonio, pero ellos no viven nunca de forma permanente con cada una de ellas o con los hijos que hayan tenido juntos”.³³ Del mismo modo, no se puede generalizar la norma monógama propia de la familia occidental, ni sus características patriarcales y patrilineales. Los etnólogos han ilustrado numerosos ejemplos de sociedades organizadas según el linaje materno, donde las genealogías se establecen a partir de la esposa y de su familia y donde corresponde a la mujer y al tío materno –el hermano de la madre- asumir los principales deberes económicos y de atención de los pequeños. Entre los nayares de la India meridional, los hombres –guerreros y como tales, a menudo lejos de casa- no tienen la posibilidad de fundar familias estables y, por lo tanto, los hijos de sus uniones temporales se confían a las madres y a los parientes de la línea femenina. Ni tampoco puede decirse que la familia implique siempre, además de reconocimiento de la maternidad, el reconocimiento de la paternidad. En el Tíbet, la mujer que se une en matrimonio a un hombre, se casará sucesivamente, en intervalos de un año, con los hermanos menores, y todos los hijos nacidos de estas uniones considerarán como padre al hombre más anciano (y a los demás como tíos). Pero tampoco es universal la *heterosexualidad del núcleo conyugal*. Entre los yorubas de Nigeria o entre los nuer del Sudán, por ejemplo, existen matrimonios legales entre mujeres, una de las cuales desempeñará funciones sociales y económicas propias del esposo,

³² MACRY, Paolo. Op. cit., p. 90.

³³ F. Hérítier, Op. cit., p. 3. Citado por MACRY, Paolo, op.cit., p. 90.

mientras que los hijos nacerán de la unión de la mujer-esposa con un macho que, a su vez, será una especie de sirviente de la mujer-esposo.³⁴ En resumen, “la gran variedad de reglas que contribuyen a la fundación de la familia, a su composición y a su supervivencia, demuestran que ésta no es –en sus particulares modalidades- un hecho natural, sino por el contrario, un fenómeno precisamente artificial, fabricado, y por tanto, un fenómeno cultural” (e histórico).³⁵

4. El derecho a constituir una familia

Las definiciones de lo que sea una familia basada sólo en la capacidad, aunque sea abstracta, de procreación y de asistencia y socialización de la prole, hace imposible aplicar el concepto a las uniones homosexuales, pues dejan de lado importantes aspectos que configuran las relaciones familiares.

“La familia es principalmente *convivencia* orientada por el principio de solidaridad en función de afectividades y lazos emocionales conjuntos. La familia es la comunidad de vida material y afectiva de sus integrantes, promoviendo una determinada distribución o división del trabajo interno, en lo que hace a las actividades materiales que permiten la subsistencia, desarrollo y confort de los miembros del grupo familia, así como el intercambio solidario fruto de esas actividades y de la mutua compañía y apoyo moral y afectivo, procurando la mejor forma posible de alcanzar el desarrollo personal, la autodeterminación y la felicidad para cada uno”.³⁶

También se ha dicho que “la familia de hoy emana de una pareja permanente, estable, comprometida, de unión voluntaria y amorosa, que cumpla con la función de proteger a sus componentes y los transforme en una

³⁴ MACRY, Paolo. Op. cit., p. 90.

³⁵ Ídem.

³⁶ Del fallo de primera instancia, JCiv, de Mendoza N°10, 20-10-98, “A. A. Información sumaria”, con comentario crítico de ARBONES, Mariano, *Homosexualidad, discriminación y Derecho*, en Semanario Jurídico de Comercio y Justicia, 1998-B-706. Citado por MEDINA, Graciela en *Uniones de hecho homosexuales*. Editorial Rubinzal-Culzoni. Argentina. 2001, p. 21.

sola entidad solidaria para sus tratos con la sociedad. Esta función protectora es derivada del valor unitivo reconocido al amor por la filosofía y la preceptiva religiosa de este siglo”.³⁷

En el Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 138 Quintus, se lee lo siguiente: “Las relaciones jurídicas familiares generadoras de deberes, derechos y obligaciones surgen entre las personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato”. En este artículo no existe referencia a un modelo de familia determinado ni predominante, lo que hace necesaria una interpretación amplia de lo que debe entenderse por familia, consecuentemente con la realidad social actual.

En este contexto, la libertad significa permitir que los individuos puedan optar, por formar una familia, por cualquier medio que les permita el libre desarrollo de su personalidad.

En un fallo dictado en marzo de 1999, la Corte Civil de Nueva York enumera cuáles son los factores relevantes a tener en cuenta para determinar si existen relaciones familiares entre dos personas, a saber:

- a) La longevidad de la relación;
- b) El compartir los gastos hogareños y otras expensas;
- c) El hecho de que las finanzas se encuentren confundidas por cuentas bancarias conjuntas, copropiedad sobre bienes personales o reales, o tarjetas de crédito;
- d) El hecho de que realicen actividades familiares, que dividan sus roles en la familia, y que se muestren públicamente como tal;
- e) El hecho de que formalicen obligaciones legales recíprocas por medio de testamentos, poderes, pólizas de seguros, o el realizar declaraciones que evidencien su calidad de pareja doméstica;
- f) El hecho de que se ocupen de los familiares de su pareja como si ellos fueran su familia por afinidad.³⁸

³⁷ Exposición de motivos de la Ley de Parteneriato, presentada por la CHA. Citado por MEDINA, Graciela en *Uniones de hecho homosexuales, op. cit.*, p. 21.

Si aceptáramos que la familia sólo es el conjunto de personas unidas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato, debería decir que la unión homosexual no constituye una familia.

Sin embargo, creo que el concepto de familia en la actualidad no puede ser restringido al grupo humano que tiene en común vínculos parentales o matrimoniales, dado que ello excluiría a la familia extramatrimonial sin hijos, es decir, la relación concubinaria heterosexual sin descendientes, lo que constituye un despropósito porque la relación concubinaria desde hace largo tiempo ha sido aceptada como familia extramatrimonial, tanto jurisprudencial como legislativamente.

En conclusión, hoy la familia no se limita a los individuos que son parientes ni a los cónyuges, sino que incluye otras formas de relaciones humanas en las cuales sus miembros se encuentran unidos por lazos de solidaridad, convivencia, respeto y afecto. Como los que se dan en los concubinatos, en la familia ensamblada (que se da por ejemplo en el caso de la convivencia de ambos cónyuges con los hijos de uno de ellos) y en las relaciones homosexuales estables.

En definitiva, los caracteres comunes a la generalidad de los diferentes y múltiples tipos de familia son: convivencia, solidaridad, afectividad, lazos emocionales, apoyo moral, permanencia y publicidad. Todos estos caracteres se dan en las uniones de hecho homosexuales, por lo tanto, éstas deben ser consideradas como una familia por el ordenamiento jurídico.³⁹

Cabe señalar que la familia “constituye un sistema complementario de la actividad pública en lo que se refiere a la dispensación de servicios”,⁴⁰ y en momentos de crisis económicas, frente a Estados pobres e incapaces de auxiliar a los ciudadanos, no se puede negar que los miembros de las uniones

³⁸ Caso Adler vs. Harris, New York, City Civil Ct., 24-3-99. Citado por MEDINA, Graciela en *Uniones de hecho homosexuales*, op. cit., p. 22.

³⁹ MEDINA, Graciela. *Uniones de hecho homosexuales*, op. cit., p. 24.

⁴⁰ LÓPEZ-MONTES Y ROCA. *Derecho de Familia*. Tercera edición. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 1997, p. 18. Citado por MEDINA, Graciela en *Uniones de hecho homosexuales*, op. cit., p. 25.

homosexuales se dispensan servicios de atención y cuidado como los restantes miembros de otros grupos familiares, y que de no brindarse esa atención sería el Estado quien debería encargarse del amparo del necesitado.

El ordenamiento no puede negar que existe familia entre los convivientes, que se auxilian mutuamente, en forma pública y permanente, porque sería contrario a la realidad existencial.

El término familia no puede ser restringido rígidamente a las personas que han formalizado su relación obteniendo, por ejemplo, un certificado de matrimonio o una orden de adopción. Por el contrario, la familia se origina en “la exclusividad y longevidad de la relación y el nivel de compromiso emocional y financiero”.⁴¹

5. Introducción de un nuevo modelo de convivencia

Después de haber realizado el estudio del concepto de familia y el derecho a constituir una familia, es necesario exponer todos aquellos argumentos que apoyan el reconocimiento de la unión homosexual estable como un nuevo modelo de convivencia.

Frente a los estereotipos con los que se ha estigmatizado socialmente la homosexualidad, es fundamental mantener clara la distinción entre sexo biológico, identidad de género, orientación sexual y conducta sexual. Cada una de estas categorías es relativamente autónoma con respecto a las demás. El concepto de *sexo biológico* hace referencia a la posesión por parte del individuo de los atributos fisiológicos que definen al sexo masculino o al femenino. Por *identidad de género* se entiende la sensación interna de identificación, o falta de identificación, que un individuo tiene en relación a su sexo biológico, mientras que *orientación sexual* se refiere a la atracción sexual y sentimental que siente un individuo por otros del sexo contrario (orientación heterosexual) o de su

⁴¹ MEDINA, Graciela. *Uniones de hecho homosexuales*, op. cit., p. 25.

mismo sexo (orientación homosexual). Finalmente, *conducta sexual* hace referencia a los episodios de carácter sexual en el historial de un individuo.⁴²

La manipulación de que han sido objeto estos conceptos impone insistir en la cuestión homosexual, no para intentar definirla en positivo, sino para arrumbar en el basurero de la Historia las viejas falacias y equívocos difundidos por la ética oficial con la finalidad de mantener viva la repulsa social contra los homosexuales, no sin antes advertir, como certeramente aprecia Boswell, que “debería observarse que las -causas- de la homosexualidad sólo constituyen un problema importante para las sociedades que consideran a los gays como individuos extraños y anómalos. La mayoría de la gente no se pregunta por las -causas- de las características estadísticamente ordinarias, como el deseo heterosexual por ejemplo; sólo se buscan -causas- de atributos personales que se suponen al margen de los patrones ordinarios de vida”.⁴³ Y es que no debe olvidarse que cualquier grupo social despreciado es visto como una amenaza por aquellos que lo desprecian, los cuales elaborarán y desarrollarán una serie de prejuicios investidos de respuesta racional a esa supuesta amenaza o peligro.

Entre los estereotipos más difundidos popularmente se encuentra el de confundir orientación sexual y pertenencia a un género, de tal manera que las personas de orientación homosexual son catalogadas e identificadas como “afeminados” en el caso de los hombres, y “marimachos” en el de las mujeres. Con ello se pretende degradarlos humanamente presentándolos como seres ridículos que invierten su personalidad adoptando los comportamientos correspondientes al sexo contrario, y sobre los que se elabora toda una leyenda que se expresa socialmente en la burla machista, grotesca y humillante.

Por otra parte, el rechazo a la homosexualidad fundado o apoyado en el carácter pervertido de los actos homosexuales se refuerza frecuentemente difundiendo el miedo al contagio y, como consecuencia del mismo, actitudes

⁴² PÉREZ CÁNOVAS, Nicolás. Op. cit., p.29.

⁴³ Íbidem.

homofóbicas en la sociedad enormemente ofensivas para los homosexuales. Tal vez entrar a discutir si la homosexualidad es o no una perversión requiere previamente que se defina el concepto de perversión. Para quien, por ejemplo, crea que el sexo ha de ir indisolublemente ligado a la procreación, la homosexualidad como cualquier práctica heterosexual no encaminada a tener hijos, el onanismo, o el bestialismo, constituirá una perversión. Si se admite, en cambio, que la actitud sexual se justifica por sí misma, como mutua aportación de placer, expresión de afecto y forma de comunicación, sólo podremos considerar perversas las actitudes contrarias a estos fines, como infringir un sufrimiento, expresar desprecio o posesividad en lugar de afecto, o manipular en lugar de colaborar y comprender. En este sentido, el matrimonio convencional se halla a menudo alarmantemente cerca de la perversión, sin que por definición la pareja homosexual o la simple relación homosexual tenga ese carácter perverso.

Por último, los que, sin llegar a aceptarla como una orientación sexual más, se muestran más comprensivos con la homosexualidad, tienden a considerarla una disfunción física o psíquica, con lo que el desprecio da paso a una conmiseración igualmente degradante. El hecho constatado de que el porcentaje de neurosis y suicidios sea especialmente alto entre homosexuales no significa que la homosexualidad sea una conducta neurotizante, y menos aún intrínsecamente neurótica. Lo que, obviamente, resulta neurotizante para el homosexual es el rechazo y la eventual persecución de que es objeto por parte de la sociedad. El estigma asociado a la definición de homosexualidad es tan fuerte en nuestra sociedad que ha obligado al homosexual a buscar mecanismos de defensa para poder evadir los controles sociales. El miedo a ser calificado como homosexual y por tanto a perder el trabajo, la posición social, etc., ha obligado a muchos homosexuales a ocultar o negar su identidad sexual. La forma más común de hacer frente a este rechazo social es pasar por heterosexual, lo que obliga a los homosexuales a llevar una doble vida para

ocultar su realidad sexual, y esto potencialmente es una fuente de problemas psicológicos y emocionales.

Ahora bien, una vez que se ha explicado que la homosexualidad no constituye una inversión sexual, una perversión, ni mucho menos una enfermedad física o psíquica, y alejado de todo prejuicio social queda claro que la homosexualidad simplemente es una orientación sexual, una preferencia sexual por personas del mismo sexo, dando lugar a una pareja de seres humanos capaces de vivir y expresar sus afectos y emociones, ayudándose mutuamente y contando con un fin común en la vida, todo ello en un ambiente de convivencia y respeto, semejante a lo que ocurre con una pareja de personas heterosexuales, pero con la diferencia, de principio a fin, de que estos últimos sí pueden procrear.

Por lo que fuera del hecho biológico de la procreación, nada impide que las personas homosexuales puedan vivir en pareja y que esta unión sea regulada por el Derecho como una forma de convivencia, permitiendo expresar socialmente la riqueza de opciones personales sobre las relaciones de convivencia humana de carácter afectivo y estable, porque “cuando se excluye del acceso a determinados derechos, con la exigencia de la nota de la heterosexualidad, a un sector de la sociedad, por muy minoritario que éste sea, cuyas conductas sexuales no sólo son lícitas sino que encuentran firmes apoyos constitucionales, han de existir razones poderosas que lo justifiquen, y por supuesto deducidas de la Constitución”.⁴⁴ Sin embargo, por el contrario, cuando se alega alguna razón, en raras ocasiones es de carácter jurídico, respondiendo más bien a un conjunto desafortunado de prejuicios homofóbicos, los cuales se intentan justificar asociándolos a un concepto de moral “standard” de muy difícil justificación en un sistema jurídico donde rige la libertad ideológica y religiosa junto al pluralismo social y el derecho a la intimidad de las personas.

En nuestra sociedad no puede hablarse de una única identidad cultural, que justifique la existencia de una única institución jurídica como la matrimonial,

⁴⁴ Ídem, p.110.

para canalizar las relaciones afectivas de pareja. Al contrario, se constata sociológicamente la existencia de una pluralidad o diversidad cultural, que lógicamente se traduce en una pluralidad de concepciones sobre lo que debe entenderse por una relación afectiva. Como consecuencia, se reclama la existencia de una *pluralidad* de modelos reguladores de la vida en pareja, o cuando menos, la existencia de un modelo alternativo al matrimonio, que pueda canalizar jurídicamente mejor, una nueva sensibilidad sobre la convivencia afectiva.⁴⁵

En esta línea, algunos apuntan que la actual regulación legislativa del matrimonio civil, todavía apoyada sobre una consideración *romano-canónica*, en conexión con un mundo de valores procedentes de la tradición judeo-cristiana, resulta obsoleta frente a una sociedad abierta y democrática que, en aras del respeto a otro tipo de valores, debería liberalizar definitivamente las formas -plurales- de organizar una convivencia íntima. Sería conveniente, pues, respetando al matrimonio (y con él todos los agregados culturales y dogmáticos que lo rodean), *reconocer efectos jurídicos a otros modos alternativos de convivencia*. En último término, “el matrimonio no debería pasar de ser una forma cualificada -si bien muy extendida histórica y culturalmente- de organizar los individuos sus relaciones afectivas, sexuales y convivenciales, sin excluir otros modos posibles”.⁴⁶

⁴⁵ Cfr. GLENDON, M.A. *The transformation of Family Law, Law and y Family*. pp. 291-313. En USA y Europa occidental el Derecho de Familia, la jurisprudencia y la legislación ha ido consolidando la convicción de no imponer en las relaciones íntimas otros valores fuera de la libertad individual, la igualdad en todos los ámbitos y la tolerancia (p.297). Citado por TALAVERA FERNÁNDEZ, Pedro A., op. cit., p.14.

⁴⁶ Cfr. ESTRADA ALONSO, A. *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español*. Editorial Civitas. Madrid. 1991, p.22; y también en la línea de pluralidad de modelos convivenciales, cfr. PÉREZ CÁNOVAS, Nicolás, op. cit., pp. 112-132. Citado por TALAVERA FERNÁNDEZ, Pedro A., op. cit., p.15.

CAPÍTULO IV

RECONOCIMIENTO LEGAL DE LA SOCIEDAD DE CONVIVENCIA

1. Marco jurídico de los derechos fundamentales para los homosexuales y el respeto a los derechos humanos

Los homosexuales alegan que tienen derecho a formar una pareja, por ser un derecho humano básico que no les puede ser privado por su inclinación sexual, y entienden que la negativa estatal al reconocimiento de la capacidad de unirse con otra persona de su mismo sexo atenta contra el derecho humano a constituir una familia, vulnera el derecho a la igualdad de todos los seres humanos, lesiona su derecho a la orientación sexual, restringe irracionalmente el derecho a la libertad y limita su derecho a la intimidad.

En el reclamo a su derecho a formar una pareja, los homosexuales buscan el fundamento último fuera de la legislación nacional positiva vigente porque, como se ha visto, en todos los casos ésta les niega el derecho a unirse legalmente con otra persona de su mismo sexo.

Los *gays* tratan de hallar una prerrogativa de contenido extrapatrimonial, inalienable, perpetua y oponible *erga omnes*, que corresponda a toda persona por su condición de tal, desde antes de su nacimiento y hasta después de su muerte, de la que no pueden ser privados por la acción del Estado ni de otros particulares,¹ que fundamente su derecho a unirse con otra persona de su mismo sexo. Por tal motivo, se refieren a la vulneración de derechos humanos.

¹ Definición dada por RIVERA, Julio César. *Derecho personalísimo*, en Instituciones de Derecho Civil. Parte general. Tomo II. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1997, p.7. Citado por MEDINA, Graciela en *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p.194.

Los sostenedores de que no corresponde otorgar reconocimiento a las uniones homosexuales también fundamentan su postura a partir del contenido de los derechos humanos internacionalizados.

Lo antes dicho nos demuestra que las dos opiniones en pugna parten de diversas concepciones de los derechos humanos, por ello es que de acuerdo a cuál sea la concepción aceptada será la respuesta dada. Por ello creo necesario, previo a todo, definir cuál es el concepto de derechos humanos que hay que adoptar.

Los derechos humanos pueden ser explicados desde múltiples perspectivas,² pero para fines del presente estudio lo explicaré desde dos puntos de vista:³ a) desde el iusnaturalismo individualista moderno, y b) desde el iusnaturalismo realista clásico cristiano.

La concepción individualista pretende fundar los derechos humanos naturales sin referencia a ningún orden o ley objetiva natural. Esta doctrina supone que el hombre no está sometido a otra regla que la de su voluntad libre y arbitraria. Sus sostenedores aceptan que los derechos humanos provienen de la dignidad de la persona humana, pero el no aceptar una ley natural los deja sin fundamentos objetivos y los derechos humanos se tornan derechos relativos, individuales y arbitrarios.

"La filosofía individualista de los 'derechos humanos' o 'derechos naturales', no sólo los deja sin fundamento suficiente, sino que no hace posible

² Una interesante recopilación de las distintas interpretaciones sobre los derechos humanos la encontramos en SPECTOR, Horacio, *La filosofía de los derechos humanos*, Universidad Torcuato Di Tella, Working Paper N° 56, julio de 1999, donde explica entre otras, "la teoría del interés justificante" de MacCormick, "la teoría de la elección" de Hart, "la teoría de las pretensiones válidas" de Feingberg, "la teoría de los títulos" de McCloskey y Steiner. Citado por MEDINA, Graciela en *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p.194.

³ Espinosa, al reseñar el libro de Massini-Correas explica que "a la pregunta: cómo pueden clasificarse las teorías jurídicas actuales, debe responderse que ya no vale el esquema tradicional de dos miembros: positivismo-iusnaturalismo, sino tenemos otro más complejo: frente al 'positivismo en sentido estricto' existen las concepciones 'transpositivistas' entendiendo por esto las posiciones que no aceptan la tesis central del positivismo jurídico en sentido estricto, es decir, la reducción de todo lo jurídico a lo jurídico positivo. Pero dentro del transpositivismo aparece el 'constructivismo' y el 'iusnaturalismo' en sentido estricto" (ESPINOSA, Nolberto, en *Filosofía. Reseña de libros*, N° 1-2000, Edium, Mendoza, 2000, p. 2). Citado por MEDINA, Graciela en *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p.195.

precisar sus límites y su contenido, dando lugar a la ilusión peligrosa -y sobre todo, falsa- de que se tiene derecho a todo, en todo momento y en todo lugar, sin que exista deber u obligación alguna que deba ser acatado. Se llega así al disparate de una situación en la que todos tienen derecho a todo, sin que nadie deba nada, lo que es no sólo un atentado a la lógica sino al más elemental buen sentido".⁴

Para el iusnaturalismo realista, los derechos humanos son por *definición* "aquellas facultades que los sujetos adquieren no por el hecho de su establecimiento por una norma estatal, sino en virtud de un principio que trasciende al Derecho positivo".⁵ En definitiva, "son todos aquellos derechos subjetivos cuyo título radica en la personalidad de su sujeto o en algunas de las dimensiones básicas del desenvolvimiento de esa personalidad y de los que se es titular, los reconozca o no el ordenamiento jurídico y aun cuando éste los niegue".⁶

El iusnaturalismo realista arraiga los derechos en la ley natural y a ésta en la naturaleza misma de las cosas, en las realidades humanas y en el hombre mismo.

El orden de las cosas, al poder ser conocido por la inteligencia, hace posible que el entendimiento aprenda la evidencia de una normatividad que se impone de modo necesario. "Es decir que el conocimiento de las estructuras de la realidad hace patente a la conciencia jurídica los valores y reglas fundamentales de la convivencia humana".⁷

En definitiva, cuando analice los derechos humanos que los gays sostienen que les son desconocidos, partiré de la concepción realista del

⁴ MASSINI-CORREAS, Carlos I. *Los derechos humanos en debate*, en *Los derechos humanos*. Idearium. Mendoza. 1985, p. 119 y, del mismo autor, *El Derecho, los derechos humanos y el valor del Derecho*. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1987, p.143.

⁵ MASSINI-CORREAS, Carlos I. Op. cit., p. 139.

⁶ MASSINI-CORREAS, Carlos I. *Filosofía del Derecho I. El derecho y los derechos humanos*. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1994, p. 140.

⁷ KALINOWSKI, Georges. *Note sur le rapport entre le fait et le Droit*, en *Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto*. Giuffrè. Milano. 1969. Año XXVI, fasc. 4, p. 420. Citado por MASSINI-CORREAS, Carlos I., *Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 144.

Derecho que admite un orden que puede ser descubierto por la razón en la realidad.

Necesariamente partiré del Derecho Natural ya que estoy convencida de que, como afirma Espinosa, "lo que está encerrado en los términos 'derechos humanos' no es más que lo que -desde los griegos y a través de la larga tradición del pensamiento moral, político y jurídico de los pueblos de Occidente- seguimos entendiendo y viviendo por 'Derecho Natural'. El 'tema' de los 'derechos humanos' es el tema del 'Derecho Natural' y la 'cuestión' actual de los derechos humanos es una reedición de la vieja cuestión del Derecho Natural".⁸

Entendemos por ley natural *aquellas proposiciones universales del entendimiento práctico que la razón humana formula a partir del conocimiento del orden inmanente de las cosas*.⁹

Aclarada cuál es la concepción de derechos humanos de la que se ha de partir, me parece necesario determinar cómo están contemplados aquellos derechos en los cuales los homosexuales fundan su pretensión de unirse en pareja en los tratados de derechos humanos, para así estar en condiciones de analizar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes que niegan el reconocimiento de la unión homosexual.

⁸ ESPINOSA, Nolberto, *Derecho Natural, derechos del hombre, derechos humanos*, en *Los derechos humanos*, p. 23. Citado por MEDINA, Graciela en *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p. 196.

⁹ MASSINI-CORREAS, Carlos I. *La falacia de la falacia naturalista*. Editorial Edium. Mendoza. 1995, p. 47. Señala este autor que "la comprensión de la naturaleza humana no es 'teórica', ni 'metafísica', ni 'naturalista', es realizada por la razón práctica, sobre un objeto práctico, con un fin práctico y de modo práctico, es decir que el recurso de la naturaleza humana no tiene carácter teórico o meramente descriptivo".

2. Derechos en los que los homosexuales fundan su pretensión de unirse en pareja

2.1. Derecho a casarse

2.1.1. Instrumentos internacionales que lo contemplan

El derecho a casarse es reconocido en diversos instrumentos internacionales, dentro de los cuales se encuentran:

a) *Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)*

Artículo 16, inciso 1: "Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio".¹⁰

b) *Pacto de San José de Costa Rica (1969)*

Artículo 17. *Protección a la familia*, inciso 2: "Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención".¹¹

c) *Convención Europea de Derechos Humanos*

Artículo 12: "A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen el derecho de casarse y de fundar una familia y las leyes nacionales pueden reglamentar ese derecho".¹²

El derecho a casarse admite reglamentaciones¹³ como todo derecho humano, admite ser reglamentado por el Estado.¹⁴

¹⁰ Sistema de derechos humanos de la ONU. *Declaración Universal de Derechos Humanos* (consulta en INTERNET <http://www.unhchr.ch/udhr/lang/spn.htm>), México, 22/01/2006.

¹¹ San José de Costa Rica. *Pacto de San José de Costa Rica* (consulta en INTERNET http://www.rimaweb.com.ar/biblio_legal/convenciones/am_dd_hh_pacto_costa_rica.htm), México, 22/01/2006.

¹² MEDINA, Graciela. *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p. 198.

Todos los Estados en su legislación infraconstitucional imponen prohibiciones absolutas para contraer matrimonio; entre ellas, *las relativas al parentesco*, de modo que se prohíbe contraer matrimonio entre sí a todos los parientes en la línea recta descendente y ascendente (en la que se incluye la adopción), y *las que surgen de la monogamia*, por la que no pueden contraer matrimonio quienes están ligados por un vínculo aún no disuelto.

Encarna Roca Trías pone en evidencia que este tipo de limitaciones "restringe la libertad individual y, por ello, debe afirmarse que el derecho a casarse no puede nunca ser considerado como absoluto: su ejercicio depende de los requisitos que la ley exija y siempre que no sean irracionales, su legitimidad está asegurada".¹⁵

Los *derechos consagrados en la constitución nacional no son absolutos*, sino susceptibles de razonable reglamentación de modo tal que su ejercicio puede verse sujeto a las restricciones razonables que determine el legislador, restricciones que derivan de la protección de otros derechos constitucionales o de otros bienes constitucionalmente protegidos, por lo que dichas restricciones no deben ser arbitrarias ni en contra de la esencia del derecho.

¹³ No se desconoce que la filosofía iusnaturalista entiende que los derechos humanos son absolutos, pero ello en cuanto a su sustancia, no a su aspecto formal. FINNIS, John. *Aristóteles, Santo Tomás y los absolutos morales*, en *El iusnaturalismo actual*, p. 93. Citado por MEDINA, Graciela en *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p. 198.

¹⁴ Cuando decimos que los derechos humanos no son derechos absolutos lo hacemos desde la óptica del Derecho positivo y no desde la óptica de la filosofía jurídica. Es decir, partimos de que para el Derecho positivo estos derechos pueden ser reglamentados siempre que no se desnaturalice su esencia, y sin que puedan hacerse prevalecer en su contra consideraciones de utilidad general. Para la filosofía jurídica los derechos humanos en cuanto a su fundamento son absolutos, ya que para que el respeto de ellos sea absoluto también debe serlo su fundamento porque un fundamento relativo sólo puede ser el sustento de derechos relativos. Al hablar de derechos humanos absolutos el iusfilósofo argentino Massini-Correa se pregunta: "¿Hay derechos humanos que pertenezcan al hombre sin excepción, sin que puedan hacerse prevalecer en su contra consideraciones de utilidad general?" Y siguiendo a Finnis, responde afirmativamente (*Los derechos humanos en el pensamiento actual*. Segunda edición. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1994, p. 158). Citado por MEDINA, Graciela en *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p.198.

¹⁵ ROCA TRÍAS, Encarna. *Familia y cambio social (de la "cosa" a la persona)*. Editorial Civitas. Madrid. 1999, p. 102.

2.1.2. ¿Cómo interpretar que el hombre y la mujer tienen derecho a casarse?

Los partidarios de la unión homosexual afirman que las convenciones no aclaran que el derecho a casarse del *hombre y la mujer esté limitado al casamiento entre sí*.

Todas las convenciones y los tratados de derechos humanos que contemplan el derecho a casarse manifiestan que los hombres y las mujeres tienen el derecho a casarse, pero no establecen explícitamente que ese derecho implica sólo el derecho a casarse entre personas de diferente sexo.

Esto ha servido de argumento para que las personas del mismo sexo que pretenden casarse planteen que la prohibición de hacerlo con una persona de igual género importa una violación al tratado.

Veremos seguidamente si este argumento es válido a la luz de una interpretación integradora, lógica, gramatical, sociológica y teleológica de los tratados de derechos humanos:

a) Una "interpretación integradora" de las convenciones sólo permite sostener que el derecho a casarse existe para que sea ejercido entre personas de diferente sexo.

La interpretación sistemática obliga a considerar al ordenamiento jurídico como un todo orgánico, es así como la Constitución Política debe ser analizada como un conjunto armónico, dentro del cual cada una de sus disposiciones ha de ser interpretada según el contenido de las demás, pues sus distintas partes forman una unidad coherente; en suma, en la inteligencia de sus preceptos se debe cuidar de no alterar el equilibrio del conjunto.

Una interpretación integradora de los textos de los tratados internacionales de derechos humanos sólo permite concluir que el matrimonio debe ser celebrado entre un hombre y una mujer.

De no ser así, carecería de sentido la mención de hombre y mujer en las normas que establecen el derecho a casarse, ya que bastaría con afirmar que todos tienen derecho a casarse.

La mención de "hombre y mujer" en el derecho a contraer matrimonio en todas las convenciones sólo permite interpretar que este derecho es concebido como un derecho para ser ejercido entre dos personas de sexo diferente.

Tomamos por ejemplo el Pacto de San José de Costa Rica, que en su artículo 10 establece que: "Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a *toda persona*". El artículo 11 dice: "Toda persona tiene derecho al respeto de su honra..."; el artículo 12 dispone que "Toda persona tiene derecho a la libertad..."; el artículo 13 dice que "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento..."; el artículo 16 dice: "Todas las personas tienen derecho a asociarse...", mientras que el artículo 17 abandona el término *toda persona* para decir: "Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio...". La referencia a *toda persona* hace innecesaria la mención de hombre y mujer en el derecho a casarse -que por otra parte son los dos únicos géneros de personas existentes-, salvo que sea interpretado en el sentido de que el matrimonio se contrae entre hombre y mujer.

Es decir que cuando el derecho es de *toda persona*, sin distinción de sexo, la Convención usa la palabra *persona*; en cambio, cuando quiere distinguir el sexo dice *hombre y mujer*. De no ser así, la Convención diría *toda persona* tiene el derecho a casarse; sin embargo, no lo dice sino que aclara que el hombre y la mujer tienen el derecho a casarse.

b) Una "interpretación lógica" lleva a afirmar que la libertad matrimonial contemplada en los tratados de derechos humanos se refiere a la celebración heterosexual".

¿Cuál sería el sentido de la mención a los dos sexos, únicos existentes, si no se los quisiera relacionar entre sí para contraer matrimonio? Ninguno. ¿Para qué mencionar a hombre y mujer en el derecho a contraer matrimonio si no es para indicar que el matrimonio debe ser celebrado entre ellos?

La enumeración tendría sentido si existiera otro género humano; por ejemplo, si en el mundo existieran hombre, mujer y androide, y en el artículo que menciona el derecho a casarse sólo se enumerara a los dos primeros, querría decir que se pretende excluir al tercero.

Una enumeración de dos géneros unidos mediante preposición "y", que no es excluyente porque no hay nadie a quien excluir, que está realizada en una convención de derechos que es otorgada a todas las *personas*, *debe lógicamente ser entendida como referida al matrimonio heterosexual*.

En definitiva, en virtud de la lógica de lo razonable, que es la lógica jurídica, el matrimonio sólo se puede celebrar entre personas de distinto sexo.

c) Una "interpretación gramatical" lleva a concluir que el matrimonio sólo puede ser celebrado entre hombre y mujer

La interpretación gramatical es aquella que se atiene al sentido de las palabras. Una de las dudas que se genera en esta materia es si la interpretación ha de ceñirse al sentido técnico de las palabras o al sentido vulgar; la mayor parte de la doctrina ha concluido que debe predominar el sentido técnico, pues se presume que es parte del lenguaje especializado empleado por el legislador.¹⁶

Partiendo de esta concepción de la interpretación gramatical debemos determinar cuál es el sentido a dar al término matrimonio, al que hacen referencia las convenciones de derechos humanos.

Todas las definiciones de matrimonio conocidas hasta ahora aluden a la unión de hombre y mujer.

¹⁶ RIVERA, Julio César. *Instituciones de Derecho Civil*. Parte general. Tomo I. Segunda edición. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1998, p. 193.

Borda, siguiendo la clásica definición de Portalis, lo define como "*Sociedad del hombre y la mujer que se unen para perpetuar su especie, para ayudarse, para socorrerse mutuamente, para llevar el peso de la vida y compartir su común destino*".¹⁷

Prayones lo define como "institución social mediante la cual se establece la *unión entre dos personas de distintos sexos*, para realizar la propagación de la especie y los demás fines materiales y morales necesarios para el desarrollo de la personalidad".¹⁸

Mazzinghi afirma: "Comunidad de vida entre dos personas por libre decisión de su voluntad y con carácter indisoluble, con el objeto de *procrear hijos* y de educarlos y asistirse recíprocamente".¹⁹

Gangi, seguido por Zannoni, define al matrimonio como "*la unión del hombre y de la mujer para formar una familia legítima*".²⁰

También alude al matrimonio como unión heterosexual la definición de la Real Academia Española, al establecer que éste es "una unión de hombre y mujer concertada mediante determinados ritos o formalidades legales".²¹

Por último, el diccionario jurídico define al matrimonio como: "la celebración de un acto jurídico solemne entre un hombre y una mujer con el fin de crear una unidad de vida entre ellos...".²²

En conclusión, partiendo de una interpretación gramatical, ya sea en sentido técnico o vulgar, de la norma se concluye que el derecho a casarse otorgado al hombre y a la mujer es el derecho a casarse entre ellos.

¹⁷ BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil. Familia*. Editorial Abeledo-Perrot. Tomo I. Buenos Aires, p. 47.

¹⁸ PRAYONES, Eduardo. *Derecho de Familia*. Compilación de Luis Podestá Costa. N° 8. Buenos Aires, 1914. Citado por MEDINA, Graciela en *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p.204.

¹⁹ MAZZINGHI, Jorge. *Derecho de Familia*. Tomo I. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, p. 68. Citado por MEDINA, Graciela en *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p. 204.

²⁰ GANGI, Calogero. *Derecho matrimonial*, traducción de M. Moreno Hernández, Aguilar. Madrid, p. 5; ZANNONI. *Derecho de Familia*, Tomo I, p. 114. Citado por MEDINA, Graciela en *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p.204.

²¹ *Real Academia Española* (consulta en INTERNET <http://www.rae.es/>), México, 12/01/2006.

²² Enciclopedia Jurídica Mexicana. *Instituto de Investigaciones Jurídicas*. Tomo V, M-P. Segunda edición. Editorial Porrúa. México. 2004, p.34.

d) Una "interpretación sociológica" permite afirmar que el matrimonio es la institucionalización de la unión intersexual.

Zannoni señala que "el matrimonio es una de esas relaciones cuyo sustrato, de conformidad con dichas pautas, se proyecta en la institucionalización de la unión intersexual monogámica".²³

En este sentido, Harry Johnson afirma que "el concepto de matrimonio-estado se capta en una noción fundamentalmente sociológica. El matrimonio es, en efecto, una institución social, en cuanto está gobernado por normas institucionalizadas, o sea, en tanto es cuanto 'marido', 'mujer' y también los 'hijos', conceptualizan posiciones sociales o roles que constituyen expectativas del sistema social íntegro para la consecución de funciones que le son propias".²⁴

Desde una interpretación sociológica, el derecho a celebrar matrimonio es el derecho otorgado a personas de distinto sexo y no a las personas de igual sexo.

e) Una "interpretación teleológica" induce a decir que el derecho a celebrar matrimonio es otorgado a personas de diferente sexo

La interpretación finalista o teleológica puede ser realizada desde una doble óptica.

Por un lado, la interpretación debe ser vinculada con la finalidad de la ley, con los motivos que determinaron su sanción y con la ocasión en que fue dictada, es decir, se trata de la investigación de la *ratio* y de la *occasio legis*, con lo cual se penetra en el espíritu de la disposición, que no puede ser interpretado si no se descubre el pensamiento íntimo encerrado en ella.

²³ ZANNONI. Op. cit., p. 114. Citado MEDINA, Graciela en *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p.204.

²⁴ JOHNSON, Harry. *Sociología, traducción de E. Kestebom y J. Topf*. Buenos Aires. 1960, p. 175. Citado por ZANNONI, op. cit., p. 113. Citado MEDINA, Graciela en *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p. 205.

El segundo aspecto del elemento teleológico está en el resultado en sí de la interpretación, del cual el intérprete no se debe desvincular.

Con relación a la primera cuestión lo que debemos determinar es cuál es el fin tenido en cuenta por los tratados cuando consagran el derecho a casarse. Se considera indiscutible que cuando se regula sobre este derecho humano no se tienen en cuenta los fines subjetivos de los individuos que pretenden contraerlo, sino un fin último del matrimonio, que no tiene su origen en la voluntad del hombre sino en un fundamento objetivo.²⁵

Asimismo se considera que la finalidad del derecho a casarse se enraíza con los fines esenciales del matrimonio y éstos son la procreación y la educación de los hijos con roles diferenciados. Desde esta interpretación del derecho a casarse entendemos que los fines esenciales del matrimonio, que distinguen a esta institución de cualquier otra, no pueden ser alcanzados por dos personas de igual sexo, y por ende considero que cuando se alude al derecho a casarse se piensa en que sólo pueden hacerlo quienes pueden cumplir con los fines que constituyen la esencia de la institución, es decir dos personas de diferente sexo.

En la faz teleológica del derecho a casarse no podemos interpretar el derecho partiendo de las elecciones vitales de cada individuo, ni de sus personales proyectos de vida, por muy respetables que éstos sean, porque es tanta la diversidad de deseos e intereses que llevan a casarse que sería imposible hablar de un derecho a casarse a partir de los fines individuales. Necesariamente ha de tenerse en cuenta la esencia de la institución, que insisto, no se encuentra en la voluntad de sus miembros, sino en la naturaleza de la institución matrimonial.

²⁵ Al hablar de derechos humanos en general se señala que si a esto se lo funda sólo en el individuo los derechos humanos carecen de justificación cuando se enfrentan a la voluntad de la mayoría, del proletariado o del Estado concebido fuera de un orden que le impone límites y le establece deberes; por ello los derechos humanos deben tener un fundamento objetivo y absoluto. MASSINI-CORREAS, *El Derecho, los derechos humanos y el valor del Derecho*, op. cit., p. 149.

No podemos desligarnos de las consecuencias que implicaría aceptar que el derecho a celebrar matrimonio pueda ser entendido como el derecho a casarse entre personas de igual sexo. Las consecuencias serían:

1. Extender a una unión asociativa los beneficios de una institución natural, aun cuando no pueda cumplir con los fines de la segunda.

2. Variar el sistema de transmisión de los bienes para después de la muerte, otorgando iguales derechos a quienes constituyen una unión en el ámbito de la más absoluta libertad que a quienes se unen en una institución con fines trascendentes.

3. Permitir el derecho de adopción.

Considero que esta interpretación jurídica es inadecuada; una cosa es reconocer la libertad asociativa según las preferencias sexuales *y otra muy diferente otorgar iguales derechos a personas que no pueden cumplir iguales fines.*

Señala Graciela Ignacio que "la capacidad física que exige la legislación matrimonial no es la de procrear en cada caso particular, sino la potencialidad natural de hacerlo que abre la unión de sexos biológicos, con ello protege la subsistencia de la sociedad. Ningún fin social se satisface cuando se trata de uniones «no heterosexuales»".²⁶

En esta interpretación teleológica se debe poner atención en que si se le concede a los homosexuales el derecho a casarse lógicamente se les debe otorgar el derecho a adoptar. Considero este último resultado inadecuado por ser contrario al interés de los menores el ser educados por dos padres o por dos madres.

En este sentido coincido con la jurisprudencia francesa que deniega el derecho a la adopción a los homosexuales.

²⁶ IGNACIO, Graciela. Op. cit., p. 872.

Leslie Ann Minot²⁷ comenta dos casos franceses de principios de los años '90. En 1993, una de las solicitudes fue rechazada con el siguiente argumento: "La libre elección de los adultos de vivir al margen de la sociedad no puede imponérsele a un niño en el contexto de la adopción. El interés del niño adoptivo yace justamente en evitar ser *colocado directamente en una situación marginal*". En 1994, la otra solicitud fue rechazada con un argumento similar: "De acuerdo al lugar que ocupan las parejas homosexuales en la sociedad, así como en el Derecho y en la cultura, bajo las actuales circunstancias, no le ofrecen al menor las condiciones de integración social que él necesita...".

En definitiva, después de haber analizado el derecho a casarse contenido en los instrumentos supranacionales, se llega a la conclusión de que el impedimento de celebrar matrimonio a personas de igual sexo no importa violación al derecho a casarse.

2.2. Derecho a constituir una familia

2.2.1. Instrumentos internacionales que lo contemplan

El derecho a constituir una familia es reconocido en diversos instrumentos internacionales, a saber:

a) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Este pacto expresa en su artículo 10, inciso 1: "Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges".²⁸

²⁷ MINOT, Leslie Ann. *Conceiving Parenthood*, Scott Long, Policy Director. 2000, p. 109. Citado por MEDINA, Graciela en *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p.207.

²⁸ Sistema de derechos humanos de la ONU. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (consulta en INTERNET <http://www.unhchr.ch/udhr/lang/spn.htm>), México, 22/01/2006.

b) Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948)
Artículo VI. "Toda persona tiene derecho a constituir una familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella".²⁹

c) *Convención Europea de Derechos Humanos*

Artículo 12: "A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen el derecho de casarse y de fundar una familia y las leyes nacionales pueden reglamentar ese derecho".³⁰

2.2.2. La imposibilidad de contraer matrimonio, ¿les impide a los homosexuales constituir una familia?

La determinación de esta cuestión deriva de un problema previo, el cual consiste en saber si la unión homosexual constituye una familia, así encontraremos que:

1. Según las definiciones tradicionales de familia, la unión homosexual no es una familia, y la prohibición de casarse no vulnera el derecho personal a constituir una familia

El razonamiento de los homosexuales referido a que la prohibición de contraer matrimonio vulnera su derecho a constituir una familia es errado, porque según el concepto tradicional la familia es el conjunto de personas unidas por lazos de parentesco (los homosexuales no los tienen) o por nexos de matrimonio, y hemos dicho que matrimonio es sólo la unión de un hombre y una mujer. Consecuentemente, la unión homosexual no constituye una familia.

Los homosexuales no tienen impedimento para contraer matrimonio con personas de otro sexo, ni tampoco están limitados para insertarse en una familia parental.

La relación homosexual puede ser respetada partiendo del derecho a la intimidad; puede ser regulada por sus participantes a partir del principio de la autonomía, que así como abarca los diferentes campos del Derecho también se

²⁹ Asuntos Jurídicos Internacionales. *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre* (consulta en INTERNET <http://www.oas.org/juridico/spanish/agres98/res1591.htm>), México, 22/01/2006.

³⁰ MEDINA, Graciela. *Los homosexuales y el derechos a contraer matrimonio*, op. cit., p. 209.

refleja en el campo del Derecho de Familia. Pero no se puede incluir a las uniones homosexuales en instituciones que no fueron pensadas para ellas, en las cuales no pueden cumplir ni sus requisitos (heterosexualidad), ni sus fines (continuación de la especie, socialización de la prole, transmisión de valores culturales para las generaciones futuras).

2. Según las modernas definiciones de familia, la unión homosexual, puede ser considerada una familia; por ende, la imposibilidad de contraer matrimonio no impide la conformación de una familia.

Por el contrario, si partimos de las modernas concepciones de familia que no tienen base en el matrimonio sino en la unión convivencial, la protección solidaria, o la función unitiva, podemos concluir que la imposibilidad de contraer matrimonio no priva a los homosexuales de su derecho a constituir una familia, porque ésta existe independientemente del hecho de la celebración del matrimonio.

En 1989, en Nueva York, en el caso "Braschi vs. Stahl", la Corte de Apelaciones reconoció para una pareja homosexual el derecho que a la familia se le da contra el desalojo forzoso, cuando el fallecido es titular del contrato de alquiler. La Corte entendió que no puede negarse a un individuo del mismo sexo que el titular, el beneficio de prórroga de contrato que se otorga a otras personas de diverso sexo en igual situación, porque el reclamante, por ser del mismo sexo que su compañero, no había podido ni usar la Ley de Matrimonio ni considerarse incluido en las previsiones de matrimonio, desde que el Derecho positivo de la región lo definía como heterosexual. La Corte fundamentó su sentencia diciendo que "el término familia no puede ser restringido rígidamente a las personas que han formalizado su relación obteniendo, por ejemplo, un certificado de matrimonio o una orden de adopción". Por el contrario, la familia se origina en "la exclusividad y longevidad de la relación y el nivel de compromiso emocional y financiero".

En conclusión, cualquiera que sea el criterio de familia que se adopte, la prohibición de casarse impuesta a personas de igual sexo no les impide constituir una familia.

2.3. Derecho a no ser discriminado

2.3.1. Instrumentos internacionales que lo contemplan

El derecho a no ser discriminado está contemplado en diversos instrumentos internacionales, dentro de los cuales se encuentran los siguientes:

a) *Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial*.

De esta Convención extraemos el concepto de discriminación, que si bien fue pensado para la racial, es aplicable a todo tipo de discriminación.

El artículo 1° dispone: "En la presente Convención la expresión 'discriminación racial' denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico, que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública".³¹

b) *Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)*

Artículo 2°, inciso 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".³²

La Declaración Universal de Derechos Humanos no utiliza la denominación "discriminación", pero habla de la no distinción y establece el principio de la igualdad que es la base de la no discriminación.

³¹ *Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial* (consulta en INTERNET <http://www.ohchr.org/spanish/law/cerd.htm>), México, 22/01/2006.

³² Sistema de derechos humanos de la ONU. *Declaración Universal de Derechos Humanos* (consulta en INTERNET <http://www.unhchr.ch/udhr/lang/spn.htm>), México, 22/01/2006.

c) *Pacto de San José de Costa Rica*

Artículo 1º. *Obligación de respetar los derechos*. "Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, *sin discriminación* alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".³³

Artículo 24. *Igualdad ante la ley*. "Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia tienen derecho, *sin discriminación*, a igual protección de la ley".³⁴

d) *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*

Artículo 2º, inciso 2: "Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, *sin discriminación* alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".³⁵

e) *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*

Artículo 2º: "Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, *sin distinción* alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".³⁶

f) *Convención Europea de Derechos Humanos*

³³ San José de Costa Rica. *Pacto de San José de Costa Rica* (consulta en INTERNET http://www.rimaweb.com.ar/biblio_legal/convenciones/am_dd_hh_pacto_costa_rica.htm), México, 22/01/2006.

³⁴ Ídem.

³⁵ Sistema de derechos humanos de la ONU. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (consulta en INTERNET <http://www.unhchr.ch/udhr/lang/spn.htm>), México, 22/01/2006.

³⁶ Sistema de derechos humanos de la ONU. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (consulta en INTERNET <http://www.unhchr.ch/udhr/lang/spn.htm>), México, 22/01/2006.

Artículo 14. *Prohibición de discriminación*. "El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la presente Convención debe ser asegurado, *sin distinción* alguna fundada sobre el sexo, la raza, el color, la lengua, las opiniones políticas, la religión, la pertenencia a una minoría nacional, la fortuna o toda otra situación".³⁷

2.3.2. La prohibición de celebrar matrimonio, ¿discrimina a los homosexuales?

Al respecto existen dos posturas que intentan dar solución a la interrogante de si la prohibición de celebrar matrimonio discrimina a no a una persona homosexual, a continuación explicaré cada una de estas posturas:

a) *Postura que considera que la prohibición de contraer matrimonio discrimina a los homosexuales.*

Las asociaciones "gays" sostienen que la prohibición de celebrar matrimonio a personas de igual sexo los discrimina porque les impide optar por una unión regulada por el Estado.

La comunidad homosexual considera que la prohibición de celebrar matrimonio entre personas de igual sexo los discrimina, porque acatar o no la Ley de Matrimonio implica aceptar o no al Estado como regulador de la unión en la que se entra. Esta opción está disponible a toda persona heterosexual adulta y capaz, pero le está vedada a la persona homosexual, porque la Ley de Matrimonio, vinculada con la maternidad de la mujer fecundada, en unión estable y permanente con el varón fecundante, es imposible para la unión que existe en las historias de vida de las personas homosexuales.

Argumenta la comunidad homosexual que a los heterosexuales el Estado les regula la unión en la institución del matrimonio, pero que la unión homosexual no está regulada por el Estado, y cree que tienen derecho a una regulación estatal de la unión homosexual.

³⁷ MEDINA, Graciela. *Los homosexuales y el derechos a contraer matrimonio*, op. cit., p. 215.

El hecho de que el Estado solamente cumpla con esta obligación en el caso de los heterosexuales es discriminación, porque tal ejercicio de libertad le es negado a la persona homosexual.

b) *Postura que considera que la prohibición de contraer matrimonio no discrimina a los homosexuales.*

La prohibición de celebrar matrimonio a personas de igual sexo no es discriminatoria, porque no resulta arbitrario negarles el estatuto matrimonial a las parejas que no tienen iguales condiciones que los heterosexuales.

Todos los tribunales supremos que han analizado supuestos de discriminación concuerdan en afirmar que no toda desigualdad es discriminación. Así lo ha dicho la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una opinión consultiva.³⁸

Por su parte, la Corte norteamericana ha resuelto que "el legislador no está inhabilitado para distinguir, por razones libradas a la discreción legislativa que los tribunales deben respetar, a menos de ser arbitrarias y hostilizantes contra personas o clases".³⁹

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ha señalado que "la igualdad ante la ley significa que no se deben conceder excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se otorga en igualdad de condiciones a otros",⁴⁰ "de donde se sigue que la verdadera igualdad consiste en aplicar la ley a los casos ocurrentes según las diferencias",⁴¹ "sin que ello impida que la legislación contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes, cuando la discriminación no es arbitraria ni responde a un propósito de

³⁸ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que "no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva de la dignidad humana" (citado en CSJN, "D. de P. V. A. c/O. C. H. s/Impugnación de la paternidad", E. D. N° 9903, p. 6). Citado por MEDINA, Graciela en *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p.207.

³⁹ "Bells vs. Pensilvania", 134 U. S. 232. Citado por MEDINA, Graciela en *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p.217.

⁴⁰ CSJN, *Fallos: 198:112*. Citado por MEDINA, Graciela en *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p.217.

⁴¹ CSJN, *Fallos: 16:118*. Citado por MEDINA, Graciela en *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p.217.

hostigamiento contra determinados individuos o clases de personas, ni encierra un indebido favor o privilegio personal o de grupo".⁴²

Siguiendo a Kiper y a Puccinelli,⁴³ de los fallos citados podemos extraer las siguientes reglas:

1) *Debe tratarse de la misma manera a quienes se encuentran en idénticas circunstancias.* Los heterosexuales son diferentes a los homosexuales; por lo tanto, como sus circunstancias son distintas no existe discriminación en la prohibición de acceso a una institución que está pensada para personas desiguales en su género.

"Pluralismo democrático, derecho a la identidad y derecho a la diferencia, hacen de bisagra con el derecho a la igualdad, porque éste presupone tomar en cuenta las situaciones distintas para adecuar en cada una y a cada una de ellas el ejercicio igualitario de todos los derechos personales, desde que nada lesiona tanto a la igualdad como deparar el mismo trato a quienes se hallan en situaciones disímiles, o no encarar éstas desde su diferencia".⁴⁴

No se discrimina a los homosexuales al impedirles optar por aplicar a sus relaciones el estatuto matrimonial, porque el matrimonio está pensado para personas de diverso sexo que puedan contribuir a la socialización de la prole y a la continuación de la especie humana.

2) *El legislador puede contemplar situaciones que considera diferentes y fijar tratamientos dispares.* Una norma es inconstitucional si la desigualdad que introduce carece de una justificación objetiva y razonable, basada en un interés constitucionalmente relevante, proporcionada respecto de su finalidad.

La norma que establece que el matrimonio debe celebrarse entre personas de distinto sexo tiene una justificación absolutamente objetiva y razonable, que consiste en el interés del Estado en privilegiar las uniones que

⁴² CSJN, *Fallos*: 182:355; 299:146; 300:1049; 301:1185; 302:192. Citado por MEDINA, Graciela en *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p.217

⁴³ KIPER, Claudio Marcelo. *Derechos de las minorías ante la discriminación*. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. 1998, p. 114.

⁴⁴ BIDART CAMPOS, Germán. *Casos de derechos humanos*. Editorial Ediar. Buenos Aires. 1997, p. 244.

tienden a continuar la especie, sirven para la procreación y dan base a la familia legítima; por lo tanto, el distinto tratamiento es proporcionado con respecto a su finalidad.

La familia extramatrimonial heterosexual tiene protección de diferente tipo; esta protección es sólo igualitaria con respecto a los hijos, en el resto el matrimonio siempre está privilegiado.

2.3.3. Del carácter peyorativo del término discriminación y de su necesaria conceptualización

Hay "que tener en cuenta que el término discriminación genera una reacción emocional de carácter negativo hacia una conducta o institución sin que se sepa a ciencia cierta cuál es la causa del vituperio ni tampoco qué aspecto o dimensión de esa conducta o institución es concretamente el que se vitupera. De este modo, nos encontramos en presencia de una palabra -y del concepto que ella significa- de una enorme difusión y virtualidad práctica y de una inversamente proporcional claridad significativa".⁴⁵

Cuando los *gays* dicen que se los discrimina porque no pueden acceder al derecho a casarse buscan indicar que existe un sentimiento negativo, injusto, injustificado y denigrante hacia un grupo de personas. La mención de que son discriminados suscita inmediatamente simpatías hacia los discriminados y repulsa ante el acto discriminatorio, quizá porque el término discriminación se asocia automáticamente con las injustas persecuciones de las que fueron objeto los negros y los judíos.

Lo que hay que tener en cuenta fundamentalmente es que "es posible realizar distinciones de trato jurídico entre personas sobre la base de ciertas cualidades personales o naturales siempre y cuando esas distinciones resulten compatibles con la finalidad o finalidades intrínsecas de la institución, función o realidad práctica de que se trate en cada caso, ya que en estas situaciones las

⁴⁵ MASSINI-CORREAS, Carlos I. *Algunas precisiones semánticas sobre la noción jurídica de discriminación*, en E. D. del 9-10-2000. Citado por MEDINA, Graciela en *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p.217.

cualidades personales influyen decisivamente en la conducta de los sujetos y en la consiguiente posibilidad de alcanzar aquellas finalidades".⁴⁶

En esta concepción no hay discriminación en impedir acceder a una institución a quienes no pueden cumplir sus fines.

En conclusión, no se discrimina a los homosexuales si se les impide casarse porque no resulta arbitrario negarles el estatuto matrimonial a las parejas que no tienen iguales condiciones, ni pueden cumplir iguales finalidades que las heterosexuales.

2.4. Derecho a la intimidad

Se entiende por intimidad "el ámbito comúnmente reservado de la vida, de las acciones, de los asuntos, de los sentimientos, creencias y afecciones de un individuo o de una familia. Es lo más personal, interior o privado, lo que no se desea dar a conocer, ni dejarse ver, ni sentir".⁴⁷

El derecho a la intimidad es el que garantiza a su titular el desenvolvimiento de su vida y de su conducta dentro de aquel ámbito privado, sin injerencias ni intromisiones que puedan provenir de la autoridad o de terceros, y en tanto dicha conducta no ofenda al orden público y a la moral pública, ni perjudique a otras personas.

2.4.1. Instrumentos internacionales que lo contemplan

El derecho a la intimidad es reconocido en diversos instrumentos internacionales, dentro de los cuales se encuentran:

a) Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)

Artículo 12: "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra

⁴⁶ Ídem.

⁴⁷ RIVERA, Julio César. *El derecho a la intimidad en la legislación y jurisprudencia comparadas. Derecho Civil. Parte general. Tomo I. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1987, p. 14.*

o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques".⁴⁸

b) *Pacto de San José de Costa Rica (1969)*

Artículo 11. *Protección de la honra y de la dignidad* [...], inciso 2: "Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación"; inciso 3. "Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques".⁴⁹

e) *Convención Europea de Derechos Humanos*

Artículo 8, inciso 1. *Derecho de respeto de la vida privada y familiar*. "Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y su correspondencia".⁵⁰

2.4.2. La imposibilidad de contraer matrimonio, ¿violenta el derecho a la intimidad de los homosexuales?

Al respecto existen dos posturas que analizan la cuestión sobre si se violenta el derecho de la intimidad de una persona homosexual al impedirle contraer matrimonio, dicha posturas son las siguientes:

a) *Postura que considera que se vulnera el derecho a la intimidad de los homosexuales*

Los homosexuales sostienen que la prohibición de contraer matrimonio vulnera su derecho a la vida privada porque limita la elección libre de un compañero sexual.

⁴⁸ Sistema de derechos humanos de la ONU. *Declaración Universal de Derechos Humanos* (consulta en INTERNET <http://www.unhchr.ch/udhr/lang/spn.htm>), México, 22/01/2006.

⁴⁹ San José de Costa Rica. *Pacto de San José de Costa Rica* (consulta en INTERNET http://www.rimaweb.com.ar/biblio_legal/convenciones/am_dd_hh_pacto_costa_rica.htm), México, 22/01/2006.

⁵⁰ MEDINA, Graciela. *Los homosexuales y el derechos a contraer matrimonio*, op. cit., p. 221.

La elección individual y madura de un compañero sexual adulto resulta una decisión de carácter absolutamente íntimo y privado⁵¹ que naturalmente debe estar protegida de cualquier tipo de intromisión y de penalidad.⁵²

De allí que se sostenga que la prohibición del derecho a casarse vulnera el derecho a la intimidad, porque limita la elección libre de un compañero sexual.

La vulneración del derecho a la intimidad es el fundamento último de los estudiosos norteamericanos para sostener el derecho al casamiento homosexual.

Considero que las leyes penales que sancionan la homosexualidad vulneran el derecho a la libertad de orientación sexual, porque importan una intromisión en la vida privada de los individuos; sin embargo, la prohibición de contraer matrimonio no lo violenta.

b) Postura que considera que no se vulnera el derecho a la intimidad de los homosexuales

El sistema de matrimonio heterosexual no constituye una intromisión en la vida privada de los individuos homosexuales.

El derecho al respeto a la vida privada contemplado por las convenciones de derechos humanos está destinado principalmente a evitar la injerencia del Estado en la vida privada de los ciudadanos, y no se advierte que el sistema de matrimonio heterosexual permita al Estado entrometerse en la vida privada de los homosexuales.

Quienes apoyan el derecho a casarse pretenden un accionar positivo del Estado; no sólo que éste omita interferir (como en el caso de las leyes penales) sino que modifique el sistema matrimonial.

⁵¹ TRIBE. *Rights of privacy and personhood*, N° 15-21, *The future of privacy and personhood: sex and sexual orientation*, p. 1421. Citado por MEDINA, Graciela en *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p.221.

⁵² Ídem.

La Corte de Derechos Humanos de Europa ha dicho que "en el ámbito del accionar positivo el margen de apreciación de los Estados es mayor y las medidas positivas sólo son exigibles cuando existe un derecho uniforme o común para todos los países, que demuestra la incorporación de un principio de derecho que no puede ser ignorado por ningún Estado, o cuando el equilibrio entre el interés general y el particular demuestre que existe una violación del interés individual sin justificación común".⁵³

Hay acuerdo en los Estados europeos y americanos en que el matrimonio es una institución reservada a los heterosexuales, por lo tanto, no puede entenderse que la falta de medidas positivas que permitan el casamiento a las personas de igual sexo constituya una vulneración al derecho a la intimidad.

Se concluye, por lo tanto, que se debe respetar el derecho a la intimidad de los homosexuales, pero ello no basta para otorgarles el derecho a casarse, porque no pueden cumplir con los fines objetivos del matrimonio.

Siguiendo este criterio considero que la imposibilidad de contraer matrimonio entre personas de sexo semejante no afecta los derechos de la personalidad, pues la institución matrimonial no trata simplemente de atender a los intereses privados de los individuos o al desarrollo de su personalidad, sino de regular actos que trascienden la esfera de su intimidad, ya que se relacionan con la organización de la sociedad.

Podría pensarse que existe un conflicto entre los derechos de la minoría homosexual de tener una determinada preferencia sexual y el derecho a casarse. En este conflicto, ¿cuál es el derecho que debe primar?

Resulta más valioso el mantenimiento del derecho a casarse tal como se encuentra formulado, que permitir el matrimonio homosexual, porque de esta manera se respeta la esencia natural del matrimonio que es una institución destinada a la continuación de la especie y a la educación de los hijos. Este

⁵³ *Caso "Rees"*. Corte de Derechos Humanos de Europa. Citado por MEDINA, Graciela en *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p.222.

fundamento parte de haber aceptado la concepción clásica de los derechos humanos y admitido la ley natural como aquella proposición universal del entendimiento práctico que la razón humana formula a partir del conocimiento del orden inmanente en la realidad de las cosas. Y la realidad indica que el derecho al matrimonio se vincula necesariamente con el deber de la educación y manutención de los hijos.

Pero aun cuando no se aceptase esta doctrina y se adhiriese a la doctrina y la jurisprudencia generalizadas que sostienen que los derechos constitucionales tienen igual jerarquía y la interpretación debe armonizarlos, la solución sería la misma, porque en orden a armonizar los derechos de los homosexuales y el derecho a casarse considero que los homosexuales tienen el respeto a su vida privada, a su intimidad, a la libre autodeterminación en cuanto a su preferencia sexual y que le está prohibido al Estado entrometerse en la vida privada de los individuos que hayan optado por formar una pareja sexual homóloga, pero el Estado no puede ser obligado a extender a la pareja homosexual los derechos de las parejas heterosexuales en orden a contraer matrimonio.

3. La sociedad de convivencia y las instituciones semejantes reconocidas en legislaciones extranjeras

Cuando se pretender encerrar la ciencia jurídica dentro de las fronteras de un Estado y exponerla o perfeccionarla sin tomar en cuenta la teoría y la práctica extranjeras no significa otra cosa que limitar las potencialidades del jurista para el conocimiento y la acción. El Derecho, como ciencia social, no puede, al igual que ocurre con la Historia, la Economía, la Teoría Política o la Sociología, ser estudiado exclusivamente desde una perspectiva puramente nacional.

El nacionalismo jurídico es más bien provincianismo, inconciliable con el auténtico espíritu científico, y representa un empobrecimiento y un peligro para el desarrollo y la aplicación del Derecho nacional.⁵⁴

No se puede concebir, sobre todo en la época actual, una cultura general jurídica sobre la base exclusiva de un Derecho nacional.

En consecuencia, considero necesario analizar y clasificar a las leyes extranjeras que regulan las uniones homosexuales, por lo que no me limitaré a decir si ellas permiten o no el casamiento de los homosexuales sino que trataré de hacer una breve reseña en sus aspectos más importantes, ya que el conocimiento de las distintas regulaciones amplía la perspectiva y revela las diferentes formas de solución de iguales problemas.

Así, la legislación extranjera, según su forma de regular el problema de las uniones de hecho homosexuales, puede ser clasificada en *abstencionista y reguladora*.

3.1. Legislación abstencionista

La legislación abstencionista es aquella en la que el legislador no ha tomado ninguna previsión con respecto a las uniones homosexuales; no las sanciona, pero tampoco se ocupa de regular sus consecuencias jurídicas.

Dentro de esta categoría se encuentran, en general, las legislaciones latinoamericanas; en estos países aún no existe un pronunciamiento legislativo sobre la amplia problemática que presentan las uniones homosexuales.

En estas legislaciones, por definición histórica, el matrimonio es considerado como la unión de un hombre y una mujer. En algunas de ellas, como en la mexicana, la diferencia de sexo es uno de los requisitos específicos para la celebración del matrimonio.

⁵⁴ MEDINA, Graciela. *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p. 96.

3.2. Legislación reguladora

Se denomina a la legislación reguladora como aquella que se ha preocupado por regular la situación de las uniones de hecho homosexuales, de diferente manera, a saber:

1) *Con equiparación al matrimonio.* Algunas legislaciones han equiparado "las uniones homosexuales registradas" al matrimonio, salvo en lo que se refiere al régimen de la adopción y al acceso a las técnicas de fecundación asistida, que le son negadas a las primeras.

En principio, estos sistemas reservan la denominación matrimonio para las uniones heterosexuales y a los homosexuales se les permite contraer "uniones registradas" o "uniones civiles" que tienen -en general- iguales efectos que el matrimonio.

Siguen este sistema, entre otros, los siguientes Estados:

- Suecia: Ley de Registro de la Pareja de Hecho (23 de mayo de 1994)
- Noruega: Ley sobre Registro de Parejas
- Dinamarca: Ley danesa sobre el Registro de las Parejas (7 de mayo de 1989)
- Holanda: 1997, 2001
- Vermont: 2000

Desde la óptica de la técnica legislativa, ésta es la forma más simple, ya que como el régimen del matrimonio goza de un estatuto completo, basta con la remisión a éste para solucionar la mayor cantidad de problemas que se pueden presentar, y en aquellos supuestos donde la voluntad legislativa no se inclina por la equiparación (como en la adopción y en las técnicas de fecundación humana asistida) se excluye la aplicación de las normas del matrimonio. Como vemos, el método es de una gran simplicidad, al menos formal.

2) *Con negación expresa de toda equiparación al matrimonio.* Algunas legislaciones, como la federal de los Estados Unidos de América, se encargan de regular sobre las uniones homosexuales para denegarles el status matrimonial y privarlas de toda equiparación con éste.

3) *Regulación específica de la unión de hecho homosexual.* Algunos Estados han optado por legislar especialmente sobre las uniones de hecho homosexuales en forma independiente del matrimonio, y aclaran específicamente que no se aplica el estatuto matrimonial ni genera relaciones de parentesco.

Esta clasificación admite una subclasificación, a saber:

- a) Legislaciones que regulan las uniones homosexuales en forma independiente.
- b) Legislaciones que regulan las uniones homosexuales en forma conjunta con el concubinato heterosexual.

Entre las primeras se encuentra la Ley de Parejas de Cataluña, sancionada el 11 de junio de 1998. Esta ley contiene dos capítulos: el primero es sobre las parejas de hecho heterosexuales y el segundo regula la unión estable homosexual en forma independiente.

Entre las que regulan las uniones homosexuales en forma conjunta con el concubinato heterosexual se encuentran la Ley de Aragón y la Ley francesa de PAC, pero en lo que respecta a la adopción y a las técnicas de fecundación humana asistida existen diferencias, puesto que no se concede a las uniones homosexuales el derecho de adoptar, ni el de ser beneficiarios de los procedimientos de las técnicas de fecundación humana asistida.

3.2.1. Legislaciones extranjeras que otorgan reconocimiento jurídico a las uniones homosexuales

3.2.1.1. Ley de Suecia de 1987-1994

En 1987, después de titubear largo tiempo, el legislador sueco se decidió finalmente a regular la cohabitación extramatrimonial mediante la Ley 232 del Hogar Común de Cohabitantes Extramatrimoniales.

Las ideas generales son:

- a) Se trata de evitar la creación de un tipo de matrimonio de "segunda clase";

b) Se pretende ofrecer una forma legalmente regulada para solucionar los conflictos que puedan surgir de la cohabitación extramatrimonial;

c) Se otorga protección a la parte económicamente más débil en caso de disolución de la relación; y

d) Se regula exclusivamente lo que ha de hacerse con la vivienda y los enseres comunes, dejando al margen todos los demás bienes. En caso de fallecimiento de uno de los cohabitantes, no se conceden derechos sucesorios al sobreviviente, pero se le garantiza conservar bienes hasta cierto valor. Ofrece una protección, pero más limitada, si se compara con la regulación matrimonial.

Esta ley se aplica a las relaciones heterosexuales, pero al mismo tiempo que fue dictada se sancionó la Ley de Cohabitantes Homosexuales (1987-13).⁵⁵

La Ley de Cohabitantes Homosexuales establece que si dos personas viven juntas en una relación homosexual, se les aplicarán, como personas homosexuales que conviven, las previsiones de las leyes relativas a parejas que cohabitan.

La Ley de Registro de la Pareja de Hecho de 1994 establece que dos personas del mismo sexo pueden solicitar el registro de situación como pareja de hecho. El registro de la pareja de hecho tiene los mismos efectos legales que el matrimonio, excepto en los que se refiere a las condiciones para la adopción y el acceso a técnicas de fecundación asistida, y a las condiciones referentes a los supuestos en las que la aplicación suponga un tratamiento especial a uno de ellos por razón de su sexo.

Se advierte que en el Derecho sueco se establece una diferente regulación para las parejas homosexuales que se registren, a las cuales se les aplica el régimen del matrimonio, de aquellas que no se registran, a las que se les aplica el régimen del concubinato que tiene previsiones específicas sobre algunas consecuencias de la unión, pero que no son iguales al matrimonio. Por

⁵⁵ NUNHAUSER-HENNING, Ana. *La cohabitación extramatrimonial en el Derecho Civil sueco. Sistema de protección legal de las parejas de hecho*, en *El Derecho europeo ante la pareja de hecho*, pp. 43 y ss. MARTÍN CASALS. *Informe de Derecho Comparado sobre la regulación de la pareja de hecho*, p. 1773. Citados por MEDINA, Graciela en *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p. 108.

ejemplo, la unión de hecho homosexual no genera obligación alimentaria, ni derecho a la herencia, que sí los tiene la unión registrada.⁵⁶

3.2.1.2. Ley de Dinamarca de 1989⁵⁷

En 1989 se sancionó la Ley 372 sobre el Registro de las Parejas, que establece:

a) Dos personas del mismo sexo podrán tener registrada su relación de pareja;

b) Todo lo previsto en la legislación danesa sobre matrimonio será de similar aplicación al registro de parejas, así como a los miembros de las parejas registradas;

c) Todo lo establecido por la Ley danesa de Adopción concerniente a los cónyuges, no será de aplicación a los miembros de las parejas registradas; y

d) Tampoco será de aplicación a los miembros de las parejas registradas la cláusula de la sección 3 y la sección 15 de la Ley danesa de Incapacidad Legal y Guardia y Custodia relativas a los cónyuges.

Vemos como la posición adoptada por Dinamarca en el año 1989 es absolutamente distinta a la sustentada por los Estados Unidos en el año 1996. Mientras el Estado danés se inclina por equiparar las uniones homosexuales registradas al matrimonio, el Estado norteamericano propugna exactamente lo contrario.

Cabe poner de resalto que la equiparación no es absoluta, dado que no se aplican a las uniones homosexuales ni las reglas de guardia y custodia ni las de la adopción.⁵⁸

⁵⁶ NUNHAUSER-HENNING, Ana. Op. cit., pp. 43 y 57. Citado por MEDINA, Graciela en *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p. 108.

⁵⁷ *El Derecho europeo ante la pareja de hecho*, seminario organizado por la Fundación Olof Palme, Cedecs. Barcelona. 1996, p. 297. Citado por MEDINA, Graciela en *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p. 106.

⁵⁸ JENSEN. *La reconnaissance des preferences sexuelles*, p. 261, capítulo relativo a la “La législation relative aux contrat de partenaire”. Citado por MEDINA, Graciela en *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p. 106.

El 20 de mayo de 1999 el Parlamento de Dinamarca aprobó una moción para ampliar los derechos de los gays y lesbianas, en virtud de la cual a las parejas registradas se les permitirá el derecho de adopción de los hijos del otro miembro, excepto en el caso en que hubieran sido adoptados en un primer momento en un país extranjero.⁵⁹

3.2.1.3. Ley de Noruega de 1993⁶⁰

En Noruega, en 1993, también se dictó una Ley de parejas que establece:

- a) Dos personas del mismo sexo pueden registrar su pareja;
- b) El registro de pareja tiene las mismas consecuencias legales que el matrimonio; y
- c) Las disposiciones de la Ley de adopción concernientes a los cónyuges no se aplicarán a las parejas registradas.

Cabe señalar que en Noruega se adopta una posición similar a la de Dinamarca y que existen en ambas límites a la equiparación de las uniones homosexuales al matrimonio en lo relativo a adopción.⁶¹ La limitación frente a la adopción no es exactamente igual en Dinamarca como en Noruega, porque en el primer país está aceptada restringidamente a la adopción de los hijos del otro miembro excepto en el caso de que hubieran sido adoptados en un país extranjero; mientras que en el segundo la prohibición es absoluta.

⁵⁹ Informe anual ILGA 1999 (consulta en INTERNET www.ilga.org), México, 26/01/2006.

⁶⁰ LODRUP, Meter. Norvège: *La nouvelle loi sur le mariage. Regards sur le Droit de la Famille dans le monde*, en Annual Survey of Family Law, 1992-1993, p. 225. Citado por MEDINA, Graciela en *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p. 107.

⁶¹ JENSEN, Steffen. *La reconnaissance des préférences sexuelles: le modèle scandinave*, en *Homosexualité et Droit*. París. 1998, p. 261. Citado por MEDINA, Graciela en *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p. 107.

3.2.1.4. Ley de los Estados Unidos de América de 1996

En Estados Unidos de América tiene gran importancia la Ley de Defensa del Matrimonio del 12 de julio de 1996, dictada por una amplísima mayoría de votos (342 contra 67 en la Cámara de diputados y 85 contra 14 en el Senado). En su segunda sección esta norma establece: "Ningún Estado, territorio, posesión de los Estados Unidos o tribu india, estará obligado a hacer efectiva en su ámbito propio ninguna disposición, documento o sentencia judicial de otro Estado, territorio, posesión o tribu, concerniente a una relación entre personas del mismo sexo, que sea considerada como matrimonial según las leyes de ese otro Estado, territorio, posesión o tribu". La posibilidad de rechazo se extiende, incluso, a "cualquier derecho o demanda surgida de una relación de ese género".⁶²

La importancia de la citada norma radica en que se trata de una ley federal; al respecto, cabe recordar que, en Estados Unidos, el matrimonio no es una cuestión federal sino que cada Estado lo regula en forma independiente, de allí que puedan haber Estados que reconozcan el matrimonio entre homosexuales. Pero a partir de la Ley de Defensa del Matrimonio ningún Estado está obligado a reconocer como matrimonio a las uniones concubinarias del mismo sexo, aun cuando otro Estado así lo hubiera hecho.

Esta ley es muy significativa, porque por lo general el Estado federal norteamericano no se ocupa de regular las relaciones de familia. Desde 1804, el Congreso sólo dictó dos leyes federales relativas a las relaciones familiares: la Parental Kidnaping Prevention Act (PKPA) en 1980 y la Full Faith and Credit for Child Support Orders Act (FFCCSOA) en 1994. Que un parlamento que normalmente no legisla sobre esta cuestión, y que en casi un siglo ha dictado sólo tres leyes, regule específicamente el tema nos da la pauta de su importancia.⁶³

⁶² STRASSER, Mark. *Legally wed, same-sex, marriage and the Constitution*. Capítulo. VI, *The defense of marriage act*. Cornell University Press. London. 1997, pp. 127 y ss. Citado por MEDINA, Graciela en *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p. 104.

⁶³ BUTLER, Charles. *The defense of marriage act: Congress's use of narrative in the debate over same-sex*

El martes 7 de febrero de 2000, en California, se aprobó por plebiscito una enmienda que establece: "California sólo reconoce como válido el matrimonio entre un hombre y una mujer". La propuesta 22 fue aprobada por una mayoría del 61% de los votantes, mientras que el 39% se opuso.⁶⁴

En abril de 2000, la Cámara de los Comunes de Vermont aprobó una ley que equipara, en cuanto a sus efectos, la unión homosexual registrada al matrimonio. Esta ley fue dictada después de que la Corte de Vermont declarara que era inconstitucional, en diciembre de 1999, no otorgar los beneficios del matrimonio a la pareja homosexual.

3.2.1.5. Ley de Holanda de 1997

En Holanda, después de algunas dificultades, se dictó una Ley de *registered partnership* (*registro de parejas o parejas registradas*) que está abierta tanto a las parejas de mismo sexo como a las heterosexuales que no se quieren casar. La gran diferencia con respecto al casamiento reside en los efectos relativos a la filiación. Esta ley no permite la adopción por *partners* (*parejas*) del mismo sexo, pero posibilita la custodia conjunta del hijo o de la hija de uno de ellos, y establece que el compañero del progenitor está obligado a dar alimentos al menor, que éste puede adoptar el apellido de aquél y será considerado hijo a los efectos del impuesto sucesorio.

Esta ley se encuentra en revisión; se creó una comisión para estudiar la apertura del casamiento civil de las personas del mismo sexo; la mayoría propuso permitir el matrimonio entre homosexuales, pero distinguiendo dos tipos de matrimonio: uno de parejas heterosexuales con efectos sucesorios, y otro para compañeros del mismo sexo sin efectos sucesorios. Cabe señalar que tres de los ocho miembros de la comisión opusieron serias reservas a esta

marriage, en *New York University Law Review*, 1998-3-841. Citado por MEDINA, Graciela en *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p. 105.

⁶⁴ *Newsweek* del 20-3-2000. Citado por MEDINA, Graciela en *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p. 105.

opción, y los ministros consideraron más prudente esperar y verificar entretanto el funcionamiento del instituto de *registered partnership*.⁶⁵

En agosto de 1999 el gobierno holandés emitió un comunicado en donde explicaba el significado que la nueva legislación tendría para las parejas del mismo sexo. Básicamente el informe daba cuenta de las similitudes y las diferencias existentes entre el matrimonio y el registro de parejas. A modo de ejemplo explicaba que si una pareja de homosexuales decidía casarse tenía que tener presente que su unión estaría sujeta a las formalidades matrimoniales tanto en lo que concierne a la celebración como a la disolución y a las consecuencias del matrimonio; si luego quisieran divorciarse tendrían que acudir a una corte; al tiempo que tendrían la obligación de mantener a su esposo/a, como lo hacen los ex esposos bajo el régimen holandés.

El 12 de septiembre de 2000 el Parlamento holandés aprobó una ley que entró en vigor en el año 2001 que permite a las parejas homosexuales contraer matrimonio con los mismos derechos que las heterosexuales, entre ellos el acceso a las técnicas de fecundación asistida.

3.2.1.6. Ley de Cataluña sobre uniones de hecho heterosexuales y homosexuales 10-1998⁶⁶

Ésta es la primera ley dictada en España que regula en forma integral el tema de las uniones de hecho, con la novedad de que trata no sólo las uniones heterosexuales sino también las uniones homosexuales. Como la ley se dicta en Cataluña, que es una región autónoma, no regula lo relativo al trabajo, a la

⁶⁵ WARDLE, Lynn. *Same-sex marriage and the limits of legal pluralism*, en *The Changing family*, editado por John Eekelaar y Thadabantu Nhlapo. 1998, p. 386. Citado por MEDINA, Graciela en *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p. 110.

⁶⁶ La Constitución española permite que las autonomías regulen las instituciones jurídicas de carácter familiar, inclusive los efectos de la nulidad del matrimonio, el divorcio y la separación judicial; es por ello que el Parlamento de Cataluña ha podido dictar una ley sobre las "Uniones de hecho heterosexuales y homosexuales". Por su carácter autónomo, esta ley no incluye cuestiones propias del Derecho Penal, ni del Derecho Laboral, ni de la seguridad social, ni de la forma del matrimonio, pero sí contiene preceptos que se dictan como desarrollo de las competencias relativas a la función pública de la administración.

seguridad social, ni a la pensión de viudez, porque estos temas están reservados al Derecho del Estado español.

La ley tiene dos capítulos: el primero dedicado a la pareja heterosexual, y el segundo a la pareja homosexual; en general, el tratamiento de las dos uniones de hecho es similar, salvo en lo relativo a la adopción, derecho que le es permitido a los heterosexuales y denegado a los homosexuales, y en lo relativo a los derechos sucesorios, ya que el compañero homosexual tiene el derecho a recibir una cuarta parte de la herencia del compañero fallecido, en caso de que muera sin dejar testamento, derecho que no se otorga a las parejas de distinto sexo. Esta diferencia la explican los legisladores debido a que las parejas heterosexuales tienen la posibilidad de casarse, mientras que las parejas homosexuales no pueden contraer matrimonio.

Las disposiciones relativas a las uniones homosexuales y heterosexuales son idénticas en lo relativo a: la autonomía de la voluntad, la responsabilidad por las deudas, la disposición de la vivienda en común, los alimentos, la compensación en caso de disolución de la unión, la tutela, los beneficios respecto a la función pública, las causas de la extinción de la unión, la compensación económica en supuesto de disolución, la pensión periódica, etc.

3.2.1.7. Ley de Aragón relativa a parejas estables no casadas de 1999

El 26 de marzo de 1999 se dicta en Aragón la Ley 6/1999 relativa a las parejas estables no casadas; se aplica a las parejas estables heterosexuales y a las homosexuales, a las que trata conjuntamente, a diferencia de la ley catalana que las regula en capítulos separados. La única *diferencia entre las parejas homosexuales y las heterosexuales es que las segundas pueden adoptar y las primeras no.*

La ley es de aplicación a las personas mayores de edad que forman parte de una pareja estable no casada en la que exista relación de afectividad análoga a la conyugal. La *pareja estable no casada no genera relación alguna*

de parentesco entre cada uno de sus miembros y los parientes del otro (Art. 14).

3.2.1.8. Ley de Francia de PAC de 1999

El 15 de noviembre de 1999 se dictó en Francia la Ley 99-944 relativa al *Pacto Civil de Solidaridad (PAC)* y al *concubinato*, que incorpora al Libro Primero del Código Civil de Francia un Título XII denominado *Del Pacto Civil de Solidaridad y del Concubinato*.

La nueva ley tiene como fin regular las uniones de hecho homosexuales y heterosexuales, que hasta el momento carecían de una regulación orgánica en el Código galo.

El nuevo régimen diferencia los efectos del pacto civil de solidaridad -que es básicamente un contrato- de los efectos del concubinato, al que considera como una situación de hecho, y del matrimonio, que es una institución.

Quienes celebran un pacto de solidaridad se obligan mutuamente a prestarse asistencia y al mismo tiempo se obligan solidariamente frente a terceros por las deudas comunes, mientras que quienes viven en concubinato no asumen esta obligación.

Teniendo en cuenta las diferentes obligaciones que adquieren quienes celebran un PAC que quienes viven simplemente en concubinato, el legislador concede a los primeros ventajas impositivas, en la seguridad social y en las leyes migratorias, que no otorga a los segundos.

Es de destacar que la celebración de un PAC no altera el estado civil de los celebrantes, ni da derecho al acceso a las técnicas de fecundación asistida a las parejas homosexuales, ni modifica las funciones de la patria potestad.

3.2.1.9. Ley de Canadá de 1999

El Tribunal Supremo de Canadá falló el 20 de mayo de 1999 afirmando que la definición de la Ley de Familia de la Provincia de Ontario de la palabra *spouse* (esposo/a) como una persona del sexo contrario es inconstitucional.

El 8 de junio de 1999 la Cámara de los Comunes votó por 213 votos a favor contra 55 que por definición el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer. La ministra de justicia Anne McLellan declaró antes de la votación que "el gobierno no tiene intención de cambiar la definición de matrimonio o de legalizar el matrimonio entre parejas del mismo sexo".⁶⁷

El 16 de junio de 1999 fue sancionada por el Parlamento Nacional de Quebec la Ley 32 que modifica las leyes y reglamentos que contemplan la situación del cónyuge de hecho equiparando las uniones homosexuales a las heterosexuales. Resulta interesante enumerar todas las leyes que fueron modificadas para advertir la importancia económica que produce la equiparación de los concubinatos a las uniones homosexuales. Ellas son:

- a) Ley de accidentes de trabajo;
- b) Ley de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales;
- c) Ley sobre la ayuda financiera al estudio;
- d) Ley sobre la ayuda jurídica;
- e) Ley sobre el seguro del automotor;
- f) Ley de seguros;
- g) Ley sobre las cajas de ahorro y de crédito;
- h) Código de Procedimiento Civil;
- i) Ley sobre las condiciones de trabajo y el régimen de jubilación de sus miembros;
- j) Ley de cooperativas;
- k) Ley concerniente a los derechos sobre las transferencias de dominio;
- l) Ley sobre las elecciones escolares;
- m) Ley sobre los impuestos;
- n) Ley sobre las normas de trabajo;
- o) Ley sobre el impuesto a las ganancias;
- p) Ley sobre el régimen de jubilación de los agentes de la paz en servicios correccionales;

⁶⁷ Conclusiones ILGA 1999, (consulta en INTERNET www.ilga.org), México, 26/01/2006.

- q) Ley sobre el régimen de jubilación de los empleados del gobierno y de los organismos públicos;
- r) Ley sobre el régimen de jubilación de los docentes;
- s) Ley sobre el régimen de jubilación de los funcionarios públicos;
- t) Ley sobre el impuesto a las ventas;
- u) Ley sobre los tribunales judiciales, y
- v) Ley de ayuda e indemnización de las víctimas de actos criminales.

3.2.1.10. Ley de Vermont de 2000

La Corte Suprema de Vermont resolvió en el precedente "Baker vs. State", en diciembre de 1999, que era inconstitucional denegar a las parejas lesbianas y *gays* los beneficios que gozan los miembros del matrimonio.⁶⁸

Esta decisión motivó que el Estado de Vermont, dictara la Ley de Uniones Civiles (Civil Unions) que fue aprobada por la Cámara de diputados en marzo de 2000 por 76 votos contra 69, y votada en el Senado el 20 de abril de 2000 por 19 contra 11 votos, donde se le introdujeron modificaciones que fueron aprobadas por la Cámara de Diputados el 25 de abril de 2000.

En esencia, la ley establece que el "matrimonio" es la unión de un hombre y una mujer y crea la institución de "unión civil" para la unión estable homosexual registrada. La ley otorga iguales derechos y obligaciones a las uniones civiles que a los matrimonios en todo aquello que tenga como fuente normas del Estado de Vermont y reconoce que en los derechos y obligaciones derivados de normas federales seguirán existiendo diferencias entre los miembros de un matrimonio y las partes de una unión civil, porque por aplicación de la Ley DOMA (Defense of Marriage Act) el Estado federal no reconoce a las uniones homosexuales el status matrimonial.

⁶⁸ *Harvard Law Review*, v. 113, may 2000, N° 7, ps. 1882/1883. Citado por MEDINA, Graciela en *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p. 130.

3.2.1.11. Ley de Navarra de 2000

La Ley de Navarra aprobada el 22 de junio de 2000 define a la pareja estable como la unión libre y pública, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su orientación sexual, de dos personas mayores de edad o menores emancipados sin vínculo de parentesco por consanguinidad o adopción en línea recta o colateral hasta el segundo grado, siempre que ninguna de ellas esté unida por un vínculo matrimonial o forme pareja estable con otra persona.

La ley permite que los miembros de la pareja regulen válidamente las relaciones personales y patrimoniales derivadas de la convivencia, "mediante documento público o privado, con indicación de sus respectivos derechos y deberes". También pueden regular las compensaciones económicas que convengan para el caso de disolución de la pareja, siempre y cuando respeten los mínimos irrevocables que dispone la ley en análisis.

Las partes no pueden pactar la unión con carácter transitorio o someterla a condición.

Si las partes nada prevén, la ley dispone que contribuirán proporcionalmente -de acuerdo con sus posibilidades- al mantenimiento de la vivienda y de los gastos comunes, mediante aportación económica o trabajo personal.

En esta dirección, la ley distingue gastos comunes de aquellos que no lo son. Entre los primeros encontramos "el trabajo doméstico, la colaboración personal o profesional no retribuida o insuficientemente retribuida a la profesión o a la empresa del otro miembro, así como los recursos procedentes de su actividad o de sus bienes, en proporción a sus ingresos respectivos y, si éstos no fueran suficientes, en proporción a sus patrimonios. En cambio, no se consideran gastos comunes los derivados de la gestión y la defensa de los bienes propios de cada miembro, ni en general, los que respondan al interés exclusivo de uno de los miembros de la pareja.

En lo que hace a la situación impositiva de la pareja, la ley la equipara al matrimonio. De esta manera, los miembros de la pareja estable son considerados como cónyuges a la hora de computar rendimientos y aplicar deducciones o exenciones.

3.2.1.12. Ley de Bélgica

El matrimonio del mismo sexo en el país europeo de Bélgica comenzó el 30 de enero de 2003 con la promulgación de nuevas leyes por el Parlamento belga. Lo que convierte a este país en el segundo del mundo, después de Holanda, en autorizar bodas entre personas del mismo sexo. Sin embargo, la ley todavía no permite que las parejas homosexuales adopten niños.⁶⁹

Originalmente, el gobierno permitía el matrimonio de pares homosexuales extranjeros solamente si sus países de origen también permiten estas uniones. Las nuevas leyes creadas en octubre de 2004, sin embargo, ahora permiten el matrimonio de parejas homosexuales en Bélgica si por lo menos una de las dos personas ha vivido en el país por un mínimo de tres meses.⁷⁰

Las parejas homosexuales que se casen verán reconocidos en Bélgica los mismos derechos de herencia que disfrutaban los matrimonios heterosexuales. Asimismo, si uno de los miembros de la pareja homosexual no trabaja se podrá beneficiar de la cobertura social de su cónyuge, con derecho a recibir atención sanitaria y una pensión.⁷¹

Otro de los derechos reconocidos a los matrimonios homosexuales es la posibilidad de que realicen su declaración de Hacienda de forma conjunta. En caso de divorcio, la pareja homosexual tendrá que hacer frente a los mismos deberes que la ley exige a la heterosexual.⁷²

⁶⁹ Matrimonio entre personas del mismo sexo en Bélgica (consulta en INTERNET, http://es.wikipedia.org/wiki/Matrimonio_homosexual_en_B%C3%A9lgica), México, 20/01/2006.

⁷⁰ Entra en vigor el matrimonio homosexual en Bélgica (consulta en INTERNET, <http://www.elmundo.es/elmundo/2003/06/01/sociedad/1054486003.html>), México, 20/01/2006.

⁷¹ Ídem.

⁷² Ídem.

Respecto a la exclusión de la filiación de la ley aprobada, el hijo nacido sólo tendrá vínculo jurídico con la madre biológica. La nueva ley sólo tiene validez jurídica en territorio belga, de modo que la pareja homosexual perderá sus derechos más allá de las fronteras belgas y holandesas.⁷³

3.2.1.13. Ley de España (1° de julio de 2005)

Por 183 votos a favor en el Congreso frente a 136 en contra y 3 abstenciones, se aprobó en España el proyecto de ley que modifica el Código Civil para extender el derecho a contraer matrimonio y a adoptar niños a las pajas del mismo sexo.

Es así como España se convierte en el tercer país, después de Bélgica y Holanda, en el que las personas del mismo sexo pueden casarse

El texto modifica el Código Civil en 16 artículos, aunque principalmente los cambios se basan en sustituir las palabras "marido" y "mujer" por "cónyuges" y las palabras "padre" y "madre" por "progenitores". Además, amplía el artículo 44 con la siguiente afirmación: "El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo".⁷⁴

3.2.1.14. Ley de Asociación Civil del Reino Unido (5 de diciembre de 2005)

La Ley de Asociación Civil entró en vigor el día 5 de diciembre del 2005 en el Reino Unido, misma que concede a las parejas del mismo sexo iguales derechos y responsabilidades que a los matrimonios heterosexuales.

⁷³ Ídem.

⁷⁴ *El Congreso aprueba matrimonio entre personas del mismo sexo* (consulta en INTERNET) <http://elmundo.es/elmundo/2005/04/21/espana/1114087944.html>), México, 26/01/2006.

Con la nueva legislación, Gran Bretaña se convirtió en el quinto país que otorga a las parejas del mismo sexo el mismo derecho que a las heterosexuales, después de Holanda, Bélgica, Canadá y España.⁷⁵

La nueva Ley de Asociación Civil, que permite uniones civiles del mismo sexo, dará a las parejas homosexuales los mismos derechos de propiedad y herencia que a las heterosexuales y les permite acceder a los mismos beneficios de pensión, inmigración e impuestos. La legislación, que entrara en vigor el año pasado, también les otorga la posibilidad de adoptar niños y contempla la posibilidad de disolver el acuerdo civil a través de una forma parecida al divorcio.⁷⁶

Las primeras uniones tuvieron lugar 15 días después de verificado el registro, por lo que se realizaron a partir del 19 de diciembre de 2005 en Irlanda del Norte; el día 20 en Escocia y el 21 en Inglaterra y Gales.⁷⁷

De esta manera, el Reino Unido se convierte en el quinto país que otorga a las parejas del mismo sexo el mismo derecho que a las heterosexuales, después de Holanda, Bélgica, Canadá y España. Sin embargo, en el caso británico la ley no da el título oficial de matrimonio a esas uniones.

La entrada en vigor de la Ley de Asociación Civil, aprobada el año pasado, corona una notable transformación en la actitud de la sociedad británica ante los gays, proceso que comenzó en 1967 con la derogación en Inglaterra y Gales de leyes victorianas que proscibían la homosexualidad.

⁷⁵ *Entró en vigor ley que reconoce derechos civiles a parejas homosexuales* (consulta en INTERNET, http://www.jadepuru.com/articulos/notasdestacadas/unioncivil_reinounido.htm), México, 28/01/2006.

⁷⁶ *Ídem.*

⁷⁷ *Primera boda homosexual en el Reino Unido* (consulta en INTERNET, <http://www.esmas.com/noticierostelevisa/internacionales/498689.html>), México, 28/01/2006.

3.2.2. Legislaciones extranjeras que prohíben las uniones homosexuales

3.2.2.1. Ley de Iowa de 1997

La Ley de Iowa expresamente dispone que sólo sea válido el matrimonio entre un hombre y una mujer y que un matrimonio celebrado en otro Estado, territorio, país o extraña jurisdicción que no cumpla con la diversidad de sexos no será considerado válido.⁷⁸

3.2.2.2. Ley de Kentucky de 1998

La legislación de Kentucky fue reformada en el año 1998 y se dispuso expresamente que un matrimonio entre miembros del mismo sexo que se realizara en otro Estado no tuviera ningún valor en Kentucky.

La ley de este Estado expresamente prevé que el matrimonio está fundado sobre la distinción de sexos.⁷⁹

3.2.2.3. Ley de Washington de 1998

Considera de ningún valor el matrimonio entre personas de igual sexo celebrado en otro Estado o país.⁸⁰

3.2.2.4. Ley de Puerto Rico de 1999

En 1999 el Congreso de Puerto Rico aprobó una ley que dice: "Cualquier matrimonio entre personas del mismo sexo o transexuales celebrado bajo otra jurisdicción no será válido ni se reconocerá por la Ley de Puerto Rico".⁸¹

⁷⁸ Ídem.

⁷⁹ Datos del Marriage Law Project, en <http://www.marriagelaw.cua.edu>. Citado por MEDINA, Graciela en *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, op. cit., p. 128.

⁸⁰ Ídem.

⁸¹ Ídem.

3.2.2.5. Ley de Illinois

La Ley de Illinois prohíbe expresamente el matrimonio entre personas de igual sexo.⁸²

3.2.2.6. Ley de Delaware

No otorga valor alguno a los matrimonios entre seres de igual sexo válidos en otros Estados o naciones.⁸³

3.2.2.7. Ley de UTA

La ley de este Estado prohíbe expresamente la celebración de matrimonio entre personas de igual sexo.⁸⁴

3.2.2.8. Ley de West Virginia 2000-4

Establece que una decisión judicial o un acto que reconozca en otro Estado, territorio, posesión o tribu, a una pareja del mismo sexo, igual valor que al matrimonio entre personas heterosexuales, no tendrá valor en West Virginia.⁸⁵

4. Posible adición al Código Civil para el Distrito Federal reconociendo a la sociedad de convivencia. Propuesta de la sustentante.

Respecto a la realidad irrefutable de las parejas del mismo sexo en la sociedad mexicana, hasta el momento no existe registro estadístico oficial. Ni las investigaciones sociodemográficas ni los Censos de Población y Vivienda toman en cuenta este tipo de relaciones sociales. No obstante, la Sociedad Mexicana de Sexología Humanista Integral (SOMESHI) coincide en afirmar, como lo hacen numerosas investigaciones a escala internacional (Kinsey,

⁸² Ídem.

⁸³ Ídem.

⁸⁴ Ídem.

⁸⁵ Ídem.

Masters y Jonson, Bell, Weinberg, Wolf, Jay y otros)⁸⁶ que alrededor del 20 por ciento de la población tiene o ha tenido parejas del mismo sexo.

En las sociedades contemporáneas, la función de los arreglos sociales de convivencia ya no es unir linajes y patrimonios, y es cada vez menos frecuente que se decidan por otros que no sean los directamente involucrados. En la necesidad de no reducirlos a sus viejas funciones económicas y productivas, la sociedad reclama que los acuerdos de convivencia modernos encuentren su verdadera justificación en la búsqueda de la felicidad, la libre elección, el compromiso amoroso y la satisfacción de los afectos.⁸⁷

Es el deber de la ley reflejar estas realidades de la sociedad mexicana y responder a las necesidades de los individuos que son parte de ellas mediante su reconocimiento y protección jurídica.⁸⁸

La concepción de los principios de los derechos humanos y la búsqueda de su integración a la vida cotidiana de las personas son uno de los signos de la modernidad. Los derechos humanos son el sello de la civilización, el salto cualitativo que marca la diferencia entre nuestras necesidades de supervivencia y la aspiración a una vida más plena, más humana.

Como un esfuerzo por detallar e institucionalizar en qué consiste la dignidad humana, los principios morales de los derechos humanos han propuesto nuevas formas de convivencia. Asimismo, la renovación del pensamiento ético de la sociedad implica necesariamente la reflexión ética en torno a las prácticas de la sexualidad. Hay que cuestionar, sin duda, la noción de la legalidad que ha banalizado los contenidos y los significados que la experiencia sexual tiene para quienes participan en ella, al codificar los actos sexuales en función de identificar mecánicamente en qué formas y entre qué personas suceden las relaciones sexuales.

⁸⁶ Iniciativa de Ley de Sociedad de Convivencia. *Exposición de motivos* (consulta en INTERNET <http://www.enoeuranga.org.mx/motivos>), México, 08/07/2005.

⁸⁷ Ídem.

⁸⁸ Ídem.

Al proponer el reconocimiento y la regulación de la sociedad de convivencia como una defensa de los derechos humanos, ésta se sumaría a un movimiento a escala internacional que está demandando el derecho fundamental de todas las personas a vivir sus afectos y a ejercer la sexualidad, libres de coerción, discriminación y violencia.

Como resultado de este nuevo debate internacional, en el transcurso de la década de los noventa, se aprobaron leyes en diversos países como son Alemania, Dinamarca, Francia, Holanda, Bélgica, Hungría, Islandia, Noruega, Suecia y en algunas regiones o Estados de Canadá y Estados Unidos, y recientemente en España y el Reino Unido, a favor de los derechos de aquellas relaciones sociales ya existentes que carecían de un marco jurídico adecuado.

Como una propuesta que busca abrir espacios sociales para la expresión del amplio espectro de la diversidad social, la figura de la sociedad de convivencia constituye un marco jurídico nuevo que no interfiere en absoluto con la institución del matrimonio ni la vulnera. No impide la práctica del concubinato en su estructura actual. No modifica las normas vigentes relativas a la adopción.⁸⁹

Lo que sí se pretende con el reconocimiento de la sociedad de convivencia es establecer una visión realista sobre una nueva forma de convivencia, y al reconocer esta nueva concepción, ha de señalarse en forma precisa, que la posibilidad de que dos personas del mismo sexo suscriban una sociedad de convivencia (que es un acto jurídico bilateral), debe ir acompañada del cumplimiento de requisitos como el de tener capacidad jurídica plena, vivir en un hogar común, con voluntad de permanencia y ayuda mutua.

El propósito de esta nueva figura es garantizar los derechos por vía de la legitimación de aquellas uniones que surgen de las relaciones afectivas a las que el Derecho mexicano no reconoce aún consecuencias jurídicas.⁹⁰

⁸⁹ Ídem.

⁹⁰ Ídem.

Es por ello que mi propuesta se proyecta en el sentido de que, mediante una adición al Código Civil para el Distrito Federal, se le dé pleno reconocimiento a la sociedad de convivencia como una nueva figura jurídica que otorgue protección y seguridad jurídica a las uniones de hecho homosexuales en los rubros de alimentos y sucesión, y bajo los siguientes lineamientos:

4.1. Adición al artículo 138 quintus del Código Civil para el Distrito Federal

En el capítulo tercero analicé lo referente al tema de la familia, concluyendo que las uniones de hecho homosexuales constituyen una familia, ya que en la actualidad, ésta no se limita a los individuos que son parientes ni a los cónyuges, sino que incluye otras formas de relaciones humanas, como es el caso de los miembros de una pareja homosexual estable, los cuales se encuentran unidos por lazos de solidaridad, convivencia, respecto y afecto. Razón por la cual las uniones de hecho homosexuales deben ser consideradas como una familia por el ordenamiento jurídico.

El artículo 138 quintus del Código Civil para el Distrito Federal versa de la siguiente manera: *“Las relaciones jurídicas familiares generadoras de deberes, derechos y obligaciones surgen entre las personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato”*.

En este artículo no existe referencia a un modelo de familia determinado ni predominante, lo que hace necesaria una interpretación amplia de lo que debe entenderse por familia, consecuentemente con la realidad social actual.

En este contexto, la libertad significa permitir que los individuos puedan optar por formar una familia, por cualquier medio que les permita el libre desarrollo de su personalidad.

La sociedad de convivencia como una unión de hecho homosexual que cuenta con caracteres comunes a la generalidad de los diferentes y múltiples tipos de familia tales como convivencia, solidaridad, afectividad, lazos

emocionales, apoyo moral, permanencia y publicidad, debe ser reconocida como una familia por nuestro ordenamiento jurídico, para que de esa manera puedan recibir protección jurídica, haciendo surgir entre sus miembros deberes, derechos y obligaciones inherentes a la familia en lo que les fueran aplicables.

Por tal motivo, la adición al artículo 138 quintus del Código Civil para el Distrito Federal debe ser en el sentido de que las relaciones jurídicas familiares generadoras de deberes, derechos y obligaciones surjan también entre personas vinculadas por lazos de sociedad de convivencia, es decir, considerar a la unión homosexual estable llamada sociedad de convivencia como una familia. Debiendo versar dicho artículo de la siguiente manera:

ARTÍCULO 138 QUINTUS. *Las relaciones jurídicas familiares generadoras de deberes, derechos y obligaciones surgen entre las personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco, concubinato o sociedad de convivencia.*

4.2. Adición del Capítulo XII al Título Quinto del Libro Primero del Código Civil para el Distrito Federal contemplando a la sociedad de convivencia

Nuestra legislación mexicana es abstencionista por cuanto a las uniones homosexuales se refiere, puesto que el legislador no ha tomado aún ninguna previsión al respecto, si bien es cierto no las sanciona, pero tampoco se ocupa de regular sus consecuencias jurídicas.

Sin embargo, el hecho de que la ley no tenga previsto algún pronunciamiento a favor o en contra de este tipo de uniones no significa que éstas no sean una realidad dentro de nuestra sociedad, por el contrario, aún y cuando constituyan un grupo minoritario, mantienen relaciones de trato afectivo, de convivencia, de apoyo moral y financiero, semejante a aquellas que se establecen en las uniones heterosexuales llámese matrimonio o concubinato. Por lo que, el ordenamiento jurídico no puede ignorar la existencia de uniones

de hecho homosexuales. Se trata de dos personas libres y capaces cuyas relaciones no ofenden la moral pública, integran el ámbito de su privacidad y toda Constitución que se precie de ser democrática obliga a su respeto.

Existen factores que deben ser tomados en cuenta por el Derecho al momento de asumir su posición frente a las uniones que tienen como base la cohabitación homosexual pública y estable, y tales factores son el respeto, el reconocimiento y la diferenciación:

a) *Respeto*: el respeto a la libre determinación y a la vida privada de las personas.

b) *Reconocimiento*: la ley debe reconocer la existencia de uniones homosexuales y, en consecuencia, concederles efectos jurídicos en algunas áreas (como lo son alimentos y sucesión), sobre la base del derecho a la orientación sexual internacionalmente propugnado.

c) *Diferenciación*: no cabe la menor duda, las uniones homosexuales son diferentes a las uniones heterosexuales y esta natural distinción justifica que la posición del orden jurídico frente a unas y otras sea diferente. El Estado puede priorizar una unión sobre otra, teniendo en cuenta el valor que le asigna.

Estoy convencida de que si se dictara una norma positiva que otorgara el derecho a casarse a personas de igual sexo sería inconstitucional, debido a que:

- a) Iría en contra de los instrumentos internacionales que reservan el derecho al matrimonio a las personas de diferente sexo.
- b) Violaría la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño porque permitir el matrimonio homosexual conlleva otorgar el derecho a la adopción y el acceso a las técnicas de fecundación asistida, y esto atenta contra el interés superior del menor.

La regla según la cual el matrimonio sólo puede ser celebrado por personas de diferente sexo, no es arbitraria porque existen razones de orden sociológico, histórico, demográfico y de bien común que la justifican; en ese

sentido no es posible aceptar que el derecho a casarse pueda ser extendido a personas de igual sexo.

Así, la preferencia del Estado por la unión matrimonial sobre la unión homosexual tiene fundamentos razonables e impiden que la distinción sea calificada de discriminatoria, pero lo que el Estado no puede hacer es soslayar la presencia de las uniones homosexuales estables que demandan una regulación que les otorgue protección y seguridad jurídica, sin afectar en ningún momento derechos de terceros. Dicho fin puede ser alcanzado mediante el reconocimiento que el ordenamiento jurídico haga de las uniones homosexuales, ello a través de una nueva figura jurídica que no afecte instituciones de gran envergadura como el matrimonio y la adopción.

Mi propuesta consiste precisamente en crear una nueva figura jurídica que lleve el nombre de sociedad de convivencia, misma que ha de contemplar a todas aquellas uniones homosexuales estables respecto de las cuales la ley no regula aún consecuencias jurídicas.

Para la creación de esta nueva figura jurídica se hace necesaria la adición de un Capítulo XII al Título Quinto (que trata del matrimonio) del Libro Primero (que trata de las personas) del Código Civil para el Distrito Federal. La razón de proponer que la sociedad de convivencia se contemple específicamente en este título, obedece a que en el mismo se regulan los dos tipos de uniones que el Estado reconoce: el matrimonio como una *unión heterosexual legítima*, y el concubinato como una *unión de hecho heterosexual*; y por consiguiente lo que a la ley le faltaría por contemplar es a la *unión de hecho homosexual*, como una especie de concubinato con la excepción de que las parejas homosexuales no sólo no pueden procrear hijos sino que tampoco pueden educarlos con los roles diferenciados de progenitor masculino y femenino, ni contribuir a la perpetuación de la especie humana, lo que la unión de hecho heterosexual sí puede.

4.3. Propuesta de la sustentante

A continuación presento la adición del Capítulo XII al Título Quinto del Libro Primero del Código Civil para el Distrito Federal, contemplando una nueva figura jurídica, la sociedad de convivencia, como una unión de hecho homosexual, y bajo los siguientes lineamientos:

**LIBRO PRIMERO
DE LAS PERSONAS
TÍTULO QUINTO
DEL MATRIMONIO
CAPÍTULO XII
DE LA SOCIEDAD DE CONVIVENCIA**

ARTÍCULO 291 SEXTUS. La sociedad de convivencia es un acto jurídico bilateral que se constituye cuando dos personas físicas del mismo sexo, mayores de edad y con capacidad jurídica plena, establecen un hogar común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige.

No podrán celebrar entre sí sociedad de convivencia los parientes consanguíneos en línea recta sin límite de grado o colaterales hasta el cuarto grado, ni tampoco las personas que tengan hijos. Asimismo, todas aquellas personas que tengan impedimento para contraer matrimonio de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 156 de este Código, en lo que les fuera aplicable.

ARTÍCULO 291 SEPTIMUS. Los convivientes tienen derechos y obligaciones recíprocos a partir de que suscriban la sociedad de convivencia.

Con la suscripción de la sociedad de convivencia, los convivientes tienen prohibido procrear o adoptar hijos. En el momento en que se presente cualquiera de los dos supuestos dicha sociedad cesará de surtir efectos. Lo mismo sucederá en el caso de que cualquiera de los convivientes tenga un hijo

dentro de los trescientos días siguientes a la suscripción de la sociedad de convivencia.

La sociedad de convivencia será nula en el caso de que alguno de los convivientes actúe dolosamente al momento de suscribirla.

Si con una misma persona se establecen varias uniones del tipo antes descrito, en ninguna se reputará sociedad de convivencia. Quien haya actuado de buena fe podrá demandar del otro, una indemnización por daños y perjuicios.

ARTÍCULO 291 OCTAVUS. El acta por el que se constituya la sociedad de convivencia deberá contener las siguientes menciones:

I. El nombre de cada conviviente, su edad, domicilio y estado civil, así como los nombres y domicilio de dos testigos;

II. La manifestación expresa de los convivientes del propósito de vivir juntos en el hogar común, con voluntad de permanencia y ayuda mutua;

III. La forma en que los convivientes regularán sus relaciones patrimoniales;

En defecto de este pacto, cada conviviente conservará el dominio, uso y disfrute de sus bienes, así como su administración.

Se tendrá por no puesta toda disposición pactada en la sociedad de convivencia que perjudique derechos de terceros.

IV. Las firmas de los convivientes y de los testigos.

ARTÍCULO 291 NONUS. Han de regir a la sociedad de convivencia todos los derechos y obligaciones inherentes al concubinato, en lo que le fueren aplicables.

ARTÍCULO 291 DECIMUS. En virtud de la suscripción de la sociedad de convivencia se generará entre los convivientes el deber recíproco de proporcionarse alimentos, aplicándose al efecto lo relativo a las reglas de alimentos; de igual forma se generarán entre los convivientes derechos sucesorios. Lo anterior, independientemente de los demás derechos y obligaciones reconocidos en este Código o en otras leyes.

ARTÍCULO 291 UNDECIMUS. La terminación de la sociedad de convivencia se clasifica en voluntaria y necesaria.

Es voluntaria cuando se solicita de común acuerdo por los convivientes y se substanciará administrativamente, siempre que hayan liquidado sus relaciones patrimoniales y ninguno de ambos requiera alimentos; de no ser así, presentarán los convivientes el convenio relativo a la distribución de los bienes que les son comunes ante el Juez de lo Familiar y, si es el caso, el monto o porcentaje que por concepto de alimentos proporcionará uno de ellos al otro, así como la garantía que asegurará su pago, procediéndose al trámite en la vía de jurisdicción voluntaria.

Es necesaria cuando cualquiera de los convivientes la reclama ante la autoridad judicial, fundado en una o más de las causales a que se refiere el artículo 291 duodécimus de este Código.

La terminación disuelve la sociedad de convivencia y deja a los convivientes en aptitud de celebrar otra.

ARTÍCULO 291 DUODECIMUS. Son causas de terminación de la sociedad de convivencia:

I. El que alguno de los convivientes contraiga matrimonio o establezca una relación de concubinato;

II. La propuesta de un conviviente para prostituir al otro, no sólo cuando él mismo lo haya hecho directamente, sino también cuando se pruebe que ha recibido cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que se tengan relaciones carnales con ella o con él;

III. La incitación a la violencia hecha por un conviviente al otro para cometer algún delito;

IV. Padecer cualquier enfermedad incurable que sea además contagiosa;

V. Padecer trastorno mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del conviviente enfermo;

VI. El abandono del hogar común por más de tres meses sin causa justificada;

VII. La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un conviviente para el otro;

VIII. La acusación calumniosa hecha por un conviviente contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión;

IX. Haber cometido uno de los convivientes un delito doloso por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada;

X. El alcoholismo o el hábito de juego, cuando amenacen causar la ruina de la sociedad de convivencia o constituyan un continuo motivo de desavenencia;

XI. Cometer un conviviente contra la persona o bienes del otro, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada;

XII. El uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, cuando amenacen causar la ruina de la sociedad de convivencia o constituyan un continuo motivo de desavenencia;

XIII. Impedir uno de los convivientes al otro, desempeñar una actividad siempre que sea lícita.

ARTÍCULO 291 DECIMUS TERTIUS. A la terminación de la sociedad de convivencia, el conviviente que carezca de ingresos o bienes suficientes para su sostenimiento, tiene derecho a una pensión alimenticia por la mitad del tiempo que haya durado la sociedad de convivencia. No podrá reclamar alimentos quien haya demostrado ingratitud, o se haya unido en concubinato o contraiga matrimonio.

Cuando fallezca un conviviente, y éste haya sido titular del contrato de arrendamiento del inmueble en el que se encuentra establecido el hogar común, el sobreviviente asumirá de pleno derecho todos los derechos y obligaciones de dicho contrato.

CONCLUSIONES

Primera.- La homosexualidad es una práctica que se remonta a culturas tan antiguas como la grecorromana, y ha evolucionado a lo largo de distintas épocas como la Edad Media, la Revolución Francesa y el siglo pasado, gozando de cierta aceptación en un inicio, para luego ser considerada un pecado, más tarde un delito, después una enfermedad y en la actualidad una forma anómala pero tolerable de relación sexual, despenalizándosele.

Segunda.- En el Distrito Federal, a partir de una iniciativa de Ley presentada ante el Pleno de la Asamblea Legislativa por la diputada Enoé Margarita Uranga Muñoz el 23 de abril del 2001, se intentó introducir a la legislación una figura que llevaría por nombre *sociedad de convivencia*. Sin embargo, ante la falta de consenso para aprobarla en el año 2003, se acordó posponer su discusión, misma que hasta la fecha no se ha llevado a cabo.

Tercera.- La sociedad de convivencia debe ser definida como un acto jurídico bilateral, que se constituye cuando dos personas físicas del mismo sexo, mayores de edad y con capacidad jurídica plena, establecen un hogar común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua.

Cuarta.- La sociedad de convivencia debe contemplar a todas aquellas uniones de hecho homosexuales que cuenten con las características de: convivencia, singularidad, publicidad, permanencia e inexistencia de parentesco.

Quinta.- Para constituir una sociedad de convivencia es necesario que sus miembros satisfagan ciertos requisitos, tales como capacidad jurídica, hogar común, voluntad de permanencia y ayuda mutua.

Sexta.- Las uniones homosexuales y las heterosexuales comparten rasgos comunes como son la estabilidad, la publicidad, la comunidad de vida o cohabitación y la singularidad; sin embargo, existen factores primordiales que las separan, pues las parejas homosexuales no sólo no pueden procrear hijos sino que tampoco pueden educarlos con los roles diferenciados de progenitor masculino y femenino, ni contribuir, por tanto, a la perpetuación de la especie humana.

Séptima.- La familia es una institución cuya existencia se remonta a los orígenes mismos de la especie humana. Es definida, desde el punto de vista jurídico, como aquella institución natural de orden público, compuesta por personas unidas por lazos de parentesco, matrimonio o concubinato y que surte efectos jurídicos por lo que hace a cada miembro respecto de sus parientes, en la línea recta sin limitación de grado y en la colateral hasta el cuarto grado.

Octava.- En la actualidad, se abre paso la tendencia que no limita la familia a los individuos que son parientes, concubinarios o cónyuges, sino que propende a incluir otras formas de relaciones humanas, como es el caso de las uniones de hecho homosexuales, cuyos miembros se encuentran unidos por lazos de solidaridad, convivencia, respeto y afecto, lo que hace que dichas uniones deban ser consideradas como una familia.

Novena.- El derecho que tienen las personas homosexuales respecto a que se respete su vida privada, su intimidad y la libre autodeterminación en cuanto a su preferencia sexual, no justifica su reclamo al derecho a casarse, pues el matrimonio es una institución reservada a las parejas heterosexuales, las que sí pueden cumplir con sus fines, tales como la procreación y por ende la continuación de la especie humana. Sin embargo, la prohibición de casarse impuesta a las parejas homosexuales no les impide constituir una familia.










Décima.- Existen legislaciones extranjeras que han otorgado reconocimiento jurídico a las parejas homosexuales, llegando inclusive a establecer en algunas de ellas un matrimonio homosexual, como sucede en Holanda, Bélgica, y España. En México, por motivos culturales, religiosos y políticos, nuestra sociedad no está preparada para aceptar la unión entre personas del mismo sexo, como sucedió con la iniciativa de Ley de Sociedad de Convivencia que fue presentada en la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.











Undécima.- Las uniones homosexuales constituyen una realidad dentro de nuestra sociedad, y por eso al respecto debe legislarse, pues hoy en día se reclama la existencia de una pluralidad de modelos reguladores de la vida en pareja, o cuando menos, la existencia de un modelo alternativo al matrimonio, que pueda canalizar jurídicamente mejor, una nueva sensibilidad sobre la convivencia afectiva, como aquella que existe en las uniones de hecho homosexuales.










Duodécima.- De acuerdo a lo anteriormente expresado, concluyo que se debe adicionar, en primer lugar, el texto del artículo 138 quintus del Código Civil para el Distrito Federal, con el objeto de asentar que las relaciones jurídicas familiares generadoras de deberes, derechos y obligaciones, surgen entre personas vinculadas no sólo por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato, sino también por sociedad de convivencia. En segundo lugar, se debe adicionar el que vendría a ser el Capítulo XII al Título Quinto del Libro Primero del mismo Código, para introducir a la legislación una nueva figura jurídica que lleve por nombre *sociedad de convivencia*, dando así pleno reconocimiento y protección jurídica a las uniones de hecho homosexuales; mediante dicha adición se pretende establecer lo que se debe entender por sociedad de convivencia, las formalidades y requisitos que se deben cumplir para constituirla, las causas que impiden su constitución, los derechos y



obligaciones que surgen a partir de su constitución y las causas de su terminación, tal y como se señaló en el cuerpo de la presente tesis.

BIBLIOGRAFÍA




-  BELLUSCIO, Augusto César. Manual de Derecho de Familia. Sexta edición. Tomo II. Editorial Desalma. Buenos Aires. 1996.
-  BIDART CAMPOS, Germán. Casos de derechos humanos. Editorial Ediar. Buenos Aires. 1997.
-  BONIFACINI, Gustavo. Gays y lesbianas. Editorial Distal. Buenos Aires. 2000.
-  BONNECASE, Julien. Tratado elemental de Derecho Civil. Tomo 1. Editorial Harla. México. 1997.
-  DE LA MATA PIZAÑA, Felipe y Roberto Garzón Jiménez. Derecho Familiar y sus reformas más recientes a la legislación del Distrito Federal. Segunda edición. Editorial Porrúa. México. 2005. 459 pp.
-  ENGELS, Federico. Origen de la Familia, de la Propiedad Privada y del Estado. Tomo I. Editorial F. Sampere y Cía. Valencia, España. 1953.
-  ESTRADA ALONSO, Eduardo. Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil español. Editorial Civitas. Madrid, España. 1986.
-  GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Primer curso. Parte general. Personas. Familia. Novena edición. Editorial Porrúa. México. 1989.
-  GUITRÓN FUENTEVILLA, Julián. Derecho Familiar. Segunda edición. Editorial UNACH. México. 1988.

-  IGNACIO, Graciela. Transexualismo, cambio de sexo y derecho a contraer matrimonio. Editorial Dunken. Buenos Aires. 1996.
-  JAEGER, Werner. Paideia: Los ideales de la cultura griega. Segunda reimpresión. México. 1971.
-  KIPER, Claudio Marcelo. Derechos de las minorías ante la discriminación. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. 1998.
-  LÓPEZ DEL CARRIL, Julio. Derecho de familia. Editorial. Abeledo-Perrot, Buenos Aires. 1984.
-  LÓPEZ-MONTES Y ROCA. Derecho de Familia. Tercera edición. Editorial. Tirant lo Blanch. Valencia. 1997.
-  LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, Miguel. Las uniones para patrimoniales ante los procesos de familia. Segunda edición. Editorial Colex. Madrid. 1997.
-  MASSINI-CORREAS, Carlos I. Filosofía del Derecho I. El derecho y los derechos humanos. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1994.
-  MACRY, Paolo. La sociedad contemporánea, una introducción histórica. Editorial Ariel. S.A. España. 1997.
-  MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. Tomo III Derecho de Familia. Segunda edición. Editorial Porrúa. México. 2001.
-  MEDINA, Graciela. Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio. Editorial Rubinzal Culzoni editores. Buenos Aires. 2001.


-  MEDINA, Graciela. Uniones de hecho homosexuales. Editorial Rubinzal-Culzoni editores. Argentina. 2001.
-  ORTIZ URQUIDI, Raúl. Derecho Civil. Editorial Porrúa. México. 1977.
-  PÉREZ CÁNOVAS, Nicolás. Homosexualidad. Homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español. Editorial Comares. Granada. 1996.
-  RIVERA, Julio César. El derecho a la intimidad en la legislación y jurisprudencia comparadas. Derecho Civil. Parte general. Tomo I. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1987.
-  RIVERA, Julio César. Derecho personalísimo, en Instituciones de Derecho Civil. Parte general. Tomo II. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1997.
-  RIVERA, Julio César. Instituciones de Derecho Civil. Parte general. Tomo I. Segunda edición. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1998.
-  ROCA TRÍAS, Encarna. Familia y cambio social (de la "cosa" a la persona). Editorial Civitas. Madrid. 1999.
-  SCHWARTZ, Marco. Los amores en la Biblia. Madrid. 1997.
-  TALAVERA FERNANDEZ, Pedro. Fundamentos para el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales. Propuestas de regulación en España. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid. Dykinson. 1999.








-  TAPIA RAMÍREZ, Javier. Introducción al Derecho Civil. Editorial Mc Graw Hill. México. 2002.
-  ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia. Tomo II. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1978.








REVISTAS








-  KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída Rosa. Derecho y homosexualidad en el Derecho Comparado, en Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia. Número 13. Abeledo-Perrot. 1998.
-  Conclusiones del X Congreso Internacional de Derecho de Familia, conclusiones de la Comisión número 3. "Régimen económico de la familia". Revista de Derecho de Familia. Número 14. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1999.
-  RIVERA, Julio César. Legitimados para demandar la indemnización de daños. Revista de Derecho de Daños. Número 3. Accidentes de tránsito. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. (sin año)


CITAS DE INTERNET

-  Asociación de Padres y Madres de Gays y Lesbianas. *¿Qué es la homosexualidad?* (consulta en INTERNET <http://www.ampgil.org/cas/queeshomo.asp>), México, 05/09/2005.



-  Asuntos Jurídicos Internacionales. *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre* (consulta en INTERNET <http://www.oas.org/juridico/spanish/agres98/res1591.htm>), México, 22/01/2006.
-  CIMAC. *Crece la presencia manifiesta de la comunidad gay en todo el mundo* (consulta en INTERNET <http://www.todito.com/paginas/noticias/87638.html>), México, 2/10/2005.
-  Comisiones Unidas de Derechos Humanos y de Estudios Legislativos y Prácticas Parlamentarias. *Dictamen con Propuesta de Ley de Sociedad de Convivencia* (consulta en INTERNET http://www.enkidumagazine.com/art/2004/080104/E_018_080104.htm), México, 25/07/2005.
-  *Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial* (consulta en INTERNET <http://www.ohchr.org/spanish/law/cerd.htm>), México, 22/01/2006.
-  Diccionario de la Real Academia Española (consulta en INTERNET <http://diccionario.terra.com.pe/cgi-bin/b.pl>), México, 05/09/2005.
-  Escuela de Padres de Médica de Tarragona. *El concepto de homosexualidad* (consulta en INTERNET http://www.medicadetarragona.es/padres/adolescencia/el_concepto_de_homosexualidad.htm), México, 05/09/2005.
-  Entra en vigor el matrimonio homosexual en Bélgica (consulta en INTERNET http://www.elmundo.es/elmundo/2003/06/01/sociedad/1_054_486003.html), México, 20/01/2006.

-  *El Congreso aprueba matrimonio entre personas del mismo sexo* (consulta en INTERNET http://elmundo.es/elmundo/2005/04/21_/espana/1114087944.html), México, 26/01/2006.
-  *Entró en vigor ley que reconoce derechos civiles a parejas homosexuales* (consulta en INTERNET http://www.jadeperu.com/articulos/notasdestacadas/unioncivil_reinounido.htm), México. 28/01/2006.
-  GODÍNEZ LEAL, Lourdes. *Fomenta Iglesia católica discriminación y homofobia* (consulta en INTERNET <http://www.cimacnoticias.com/noticias/03ago/03080109.html>), México, 19/08/2005.
-  Iniciativa de Ley de Sociedad de Convivencia. *Exposición de motivos* (consulta en INTERNET http://www.enkidumagazine.com/art/2004/080104/E_018_080104.htm), México, 08/07/2005.
-  Iniciativa de Ley de Sociedad de Convivencia. *Exposición de motivos*, (consulta en INTERNET <http://www.enoeuranga.org.mx/motivos>), México, 08/07/2005.
-  Matrimonio entre personas del mismo sexo en Bélgica (consulta en INTERNET http://es.wikipedia.org/wiki/Matrimonio_homosexual_en_Belgica), México, 20/01/2006.
-  Notimex. *Más de 100 asesinatos por homofobia al año en México, según CONAPRED* (consulta en INTERNET <http://www.enkidumagazine.com/art/2005/100605/E058100605.htm>), México, 22/08/2005.





-  Notimex. *Persiste en México una cultura homofóbica: Rincón Gallardo*. (consulta en INTERNET <http://www.enkidumagazine.com/art/2005/230505/E004230505.htm>), México, 22/08/2005.
-  *Primera boda homosexual en el Reino Unido* (consulta en INTERNET <http://www.esmas.com/noticierostelevisa/internacionales/498689.html>), México, 28/01/2006.
-  San José de Costa Rica. *Pacto de San José de Costa Rica* (consulta en INTERNET http://www.rimaweb.com.ar/biblio_legal/convencciones/am_d_d_hh_pacto_costa_rica.htm), México, 22/01/2006.
-  Sistema de derechos humanos de la ONU. *Declaración Universal de Derechos Humanos* (consulta en INTERNET <http://www.unhchr.ch/udhr/lang/spn.htm>), México, 22/01/2006.
-  Sistema de derechos humanos de la ONU. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (consulta en INTERNET <http://www.unhchr.ch/udhr/lang/spn.htm>), México, 22/01/2006.
-  Sistema de derechos humanos de la ONU. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (consulta en INTERNET <http://www.unhchr.ch/udhr/lang/spn.htm>), México, 22/01/2006.
-  *Sobre la liberación lesbiana/gay; resolución adoptada por el XV Congreso Mundial, 2003* (consulta en INTERNET <http://www.espacioalternativo.org/book/view/938>), México, 30/09/2005.

-  ULLOA, Daniel. *Postergan por segunda vez voto sobre orientación sexual en la ONU* (consulta en INTERNET <http://www.opusgay.cl /1315 /article-60627.html>), México, 19/08/2005.

LEGISLACIÓN

-  Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
-  Código Civil vigente para el Distrito Federal.

OTRAS FUENTES

-  BARROSO FIGUEROA, José. Requisitos para contraer matrimonio. Apunte tomado durante una clase de Derecho Familiar impartida en la Facultad de Derecho de la UNAM, aula E-101, el viernes 2 de mayo de 2003.
-  BARROSO FIGUEROA, José. Efectos del matrimonio. Apunte tomado durante una clase de Derecho Familiar impartida en la Facultad de Derecho de la UNAM, aula E-101, el viernes 9 de mayo de 2003.
-  Diccionario de la Lengua Española. Vigésimo segunda edición. Tomo 6. España. 2001.
-  Enciclopedia Jurídica Mexicana. *Instituto de Investigaciones Jurídicas*. Tomo V, M-P. Segunda edición. Editorial Porrúa. México. 2004.