

# LAS UNIONES DE HECHO EQUIPARADAS AL MATRIMONIO: UN RETROCESO JURÍDICO

XAVIER GINEBRA SERRABOU<sup>1</sup>

## Resumen

El matrimonio ha sido reconocido casi unánimemente como la unión entre un hombre y una mujer para ayudarse mutuamente y procrear y educar a los hijos. Cambiar su naturaleza, significa, al lado de cualquier aberración jurídica, un retroceso, ya que trastoca lo que se entiende como tal. La equiparación de las uniones de hecho al matrimonio suponen además un imposible jurídico, ya que no pueden cumplir con los fines de éste, además de que eleva un hecho social a la categoría de acto jurídico. Esperemos que el legislador mexicano no cometa el exceso que han tenido otras legislaciones, como la española, de cometer este craso error, no sólo jurídico, sino moral.

The marriage is the agreement between a man and a woman to help each other and to have children and educate them. Change its nature means to forget what marriage is. Free unions can not be considered as a marriage, because are a legal fact, not a legal act. Furthermore, free unions do not get one of the purposes of the marriage: to have children, and educate them. We hope that Mexican Congress won't make the same mistake.

### 1. *La ley natural*

Explicando la noción tomista de ley eterna (“la razón de la divina sabiduría en cuanto principio directivo de todo acto y de todo movimiento”), haciendo después ver que el hombre también se vincula a ese orden cósmico, pues la ley natural no es más que la participación de la ley eterna

---

<sup>1</sup> Licenciado en Derecho, con estudios de Maestría en Derecho Corporativo en Europa, Doctor en Derecho, ex Subdirector Jurídico de la Comisión Federal de Competencia y del Grupo Financiero BBVA Bancomer. Es autor de cuatro libros y más de 30 artículos. Actualmente labora como colaborador en el Bufete López Padilla.

en la criatura racional. En la Carta a los Romanos, San Pablo habla de una ley moral inscrita por Dios en nuestros corazones y de la responsabilidad de aquellos que no obedecen los dictados de la misma.

Todo esto, según alcanza a ver Joaquín García Huidobro, es verdadero, tanto en sí mismo como en cuanto interpretación de los textos de Tomás de Aquino. Sin embargo, cabe preguntarse, si este modo metafísico de plantear la ley natural es el único o incluso el principal que propone el Aquinate. Porque si es el único, habrá que proceder desde las alturas de la ley eterna, de la sabiduría del Dios mismo, lo cual presenta más de alguna dificultad desde el punto de vista práctico. Argumentar a favor de la ley natural implicaría, en esta visión, muchos supuestos —existencia de Dios, creación, providencia, etcétera— que en una sociedad secularizada, como es el caso de buena parte de las occidentales, están lejos de ser pacíficos.<sup>2</sup>

En todo caso, este hecho no tiene demasiada importancia. Quien argumenta no sólo debe tener en cuenta los gustos, intereses y prejuicios del auditorio, sino también que éstos son muy cambiantes. Apoyar la idea de la ley natural en la ley eterna, no parece hoy el mejor modo de convencer a la gente. Sin embargo, si cambiamos la voz “ley eterna” por la de “orden cósmico” u “orden de la naturaleza”, cualquier auditorio con un mínimo de sensibilidad ecológica estará dispuesto a prestarnos la atención. Y no será difícil dejarles al menos planteada la pregunta, como lo ha hecho Valclav Havel, de si tal como hay un orden en el mundo corpóreo, que debemos cuidar y respetar, ¿no será posible que exista dentro de nosotros un orden? ¿No tendrían quizá esto presente los antiguos estoicos cuando nos invitaban a actuar conforme a la naturaleza?<sup>3</sup>

### 1.1 Necesidad de unos primeros principios de una ley natural

Siguiendo a Aristóteles, enseña Tomás de Aquino que en el campo teórico, por ejemplo en la actividad científica, la razón humana siempre actúa partiendo de unos principios que ella no demuestra, sino que los presupone, y que actúan como axiomas.

El hecho de que las ciencias se apoyen en principios no demostrados, ¿significa una merma en su racionalidad? La respuesta debe ser negativa. Estos primeros principios son no demostrados e indemostrables porque son evidentes. Aristóteles dice que es señal de ignorancia pretender demostrarlo todo. Pretenderlo nos llevaría a una regresión al infinito,

---

<sup>2</sup> García-Huidobro, Joaquín, *Filosofía y retórica del iusnaturalismo*, UNAM, México, 2002, p. 61.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 62.

que haría imposible el desarrollo de la actividad intelectual. Estos principios se pueden mostrar, pero no demostrar.

Lo interesante es que el Aquinate parece indicar que esto que venimos diciendo no se da solamente en el campo especulativo, sino que también en el orden práctico hay algunos principios que están en la base del funcionamiento de aquella razón que se dirige al actuar. Estos primeros principios de lo práctico son parte de lo que la tradición medieval denominaba “ley natural”.

En el orden práctico sucede algo semejante a lo que sucede en el orden especulativo, al menos en el sentido de que hay principios morales que son conocidos universalmente y otros, en cambio, que están al alcance de menos personas.<sup>4</sup>

¿Qué ocurre en el campo práctico, es decir, en el terreno del deber ser? Aquí, no se trata sólo de conocer cómo son las cosas, su verdad, sino de conseguir ciertos fines, ciertas cosas que consideramos buenas. Las nociones claves aquí, entonces, serán las de fin y de bien, que están estrechamente ligadas, porque si perseguimos algún fin es porque lo consideramos como bueno, al menos desde algunos puntos de vista: “bien es lo que todos apetecen”, es decir, si algo se apetece, si se busca, es porque se ve en eso algún bien. Es imposible querer el mal en cuanto tal. Hasta las acciones más reprobables que se han realizado en la historia de la humanidad se han hecho buscando algún bien. Si ese bien lo era realmente es un problema diferente.

Tenemos entonces, que en el campo práctico, la noción fundamental es el bien, es decir, es el bien en cuanto apetecible. Por tanto, en la razón práctica, lo mismo que en la especulativa, debe partir de ciertos principios que desempeñan el papel de axiomas, el primer principio de la razón práctica se tendrá que basar en las nociones de bien y no bien (mal), de modo semejante a como el primer principio especulativo se fundaba en las de ser y no ser. En consecuencia —señala Tomás— el bien ha de buscarse y el mal ha de evitarse”.<sup>5</sup>

Pero este principio, ¿es realmente evidente para todos los hombres? ¿Quiere decir que es imposible negarlo? Naturalmente, si estamos hablando de principios *per se nota*, no cabe intentar una demostración de ellos. Al decir que este principio es evidente, queremos decir que es indemostrable. La negación del primer principio puede hacerse verbalmente:

---

<sup>4</sup> *Ibidem*, pp. 63 a 65.

<sup>5</sup> *Ibidem*, pp. 66 y 67.

“hay que hacer el mal y evitar el bien”, pero no cabe pensar en esa negación. Es más, basta que el contradictor haga cualquier cosa para que le podemos mostrar que con su acción está buscando el bien, por ejemplo el placer, y en esa misma medida está reconociendo que hay que hacer el bien y evitar el mal.<sup>6</sup>

## 1.2 *Las inclinaciones naturales*

Pero hay otra pregunta de carácter ontológico que nos da una respuesta a la pregunta: ¿Por qué pueden ser muchos los preceptos de ley natural? Ésta es, porque son muchos los bienes que se presentan a la razón práctica y *cada uno debe ser conseguido no de cualquier forma sino de acuerdo a la razón*. Dentro de estos bienes hay algunos a los que se llega no detrás de un proceso largo y trabajoso, sino en forma directa, inmediata, debido a que el hombre está inclinado debidamente hacia ellos. “Como el bien tiene naturaleza de fin, y el mal de lo contrario, síguese que todo aquello a lo que el hombre se siente naturalmente inclinado lo aprehende la razón como bueno y, por ende, como algo que debe ser procurado mientras que lo contrario es captado como mal y debe ser evitado. Lo dicho le permite a Tomás hacer una constatación de gran interés: “de ahí que el orden de los preceptos de la ley natural sea *correlativo al orden de las inclinaciones naturales*”.

Tomás identifica tres tipos de inclinaciones o tendencias en el hombre: unas que comparte con todas las sustancias existentes; otra que tiene en común con los animales; y una última, que es exclusiva suya, como racional que es. Estas tendencias le permiten identificar de modo directo ciertos bienes, que serán objeto de los preceptos de la ley natural. Ellos determinan ciertos campos en los que existen preceptos universalmente evidentes y también otros que son accesibles tras una cierta reflexión, a veces considerable. Señala Tomás:” Y así, encontramos ante todo, en el hombre una inclinación que le es común con todas las sustancias, consistente en que toda sustancia tiende por naturaleza a conservar su propio ser. Y de acuerdo con esta inclinación pertenece a la ley natural todo aquello que ayuda a la conservación de la vida humana e impide su destrucción. En segundo lugar, encontramos en el hombre inclinación hacia bienes más determinados, *según la naturaleza con los demás animales. Y a tenor de esta inclinación se consideran de ley natural las cosas que la naturaleza ha enseñado a todos los animales, tales como la conjunción de los sexos, la educación de los hijos y otras cosas semejantes*. En tercer

---

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 67.

lugar, hay en el hombre una inclinación al bien correspondiente a la naturaleza racional, que es la suya propia, como es, por ejemplo, la inclinación natural a buscar la verdad acerca de Dios y a vivir en sociedad. Y según esto, pertenece a la ley natural todo lo que atañe a esta inclinación, como evitar la ignorancia, el no dañar a los otros con quienes debe vivir y todo lo relacionado con esto.<sup>7</sup>

*Es de llamar la atención que la tendencia a la conyugalidad tiene una dimensión animal, por lo que el que va en contra de la misma, se rebaja más allá del animal.*

A mayor abundamiento, la ley natural es natural, por lo que no puede captarse como un mandato divino extrínseco captado por la recta razón, sino que es preciso afirmar que es manifestación de una dimensión de deber-ser —exigativa, imperativa— inherente a la naturaleza humana. Es verdaderamente exigencia natural objetiva. Lo cual quiere decir que el orden (finalidad) —origen del deber ser— es algo inherente al ser; no cabe la idea de ser sin orden, porque el orden es constitutivo del ser. Es impensable el ser sin el orden, ya que el ser está constituido en el trascendental bondad.<sup>8</sup>

Asimismo, la ley positiva —de la que no hemos hablado todavía— tiene una dimensión necesaria y esencial: ésta debe ser ordenada y armónica, *debe establecer un orden humano concorde con la dignidad de la persona humana, con la naturaleza del hombre y la naturaleza de las cosas. Una ley disarmónica, injusta, que atente contra la dignidad humana, contra la ley natural y los derechos naturales, es un abuso y una extralimitación del poder recibido de Dios y, por tanto, en cuanto no tiene fundamento divino, no pertenece al verdadero y genuino poder humano —es violencia, prepotencia—, por lo que carece de la consistencia de la verdadera ley.*<sup>9</sup>

### 1.3 Hay elementos constantes en la naturaleza humana

A pesar del relativismo de los diversos enfoques bajo los cuales los individuos y las culturas se acercan a conocer la realidad, el hecho innegable comprobado por todo historiador de buena voluntad es que *hay elementos constantes en la naturaleza humana. (...)*

---

<sup>7</sup> *Ibidem*, pp. 72 y 73.

<sup>8</sup> Hervada, Javier, *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, 3a. ed., Editorial EUNSA, Pamplona, 2000, p. 585.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 588.

También es constante el sentido de lo moral, por el cual los hombres son capaces de comportarse a veces en *abierto oposición a sus intereses egoístas y a sus beneficios utilitarios y hedonistas*. (...)

Desgraciadamente también son constantes *las tendencias desordenadas del ser humano hacia el egoísmo, la satisfacción del propio placer a costa de los demás, la ambición de preponderancia y dominio*. Según Villoro Toranzo, lo notable es que en la especie humana, a diferencia de otras especies animales, siempre se han percibido estas tendencias como negativas y por eso han sido condenadas de alguna forma.<sup>10</sup>

Lo constante son las tendencias mencionadas, no el contenido de las mismas. Éste se muestra siempre cambiante, mientras que las primeras persisten a través de todas las formas y estructuras culturales.<sup>11</sup>

Esta tendencia que señala Villoro Toranzo es la que ha permitido triunfar al matrimonio entre homosexuales homologándolo al matrimonio entre hombre y mujer, que es el que había prevalecido hasta nuestros días.

## 2. Las uniones de hecho homosexuales

“Sin perjuicio de la valoración personal que sobre este tema pueda existir, lo cierto es que las uniones homosexuales aumentan constantemente dentro de nuestra sociedad actual y, además, las mismas han dejado de ser cada vez menos consideradas conductas perversas o patológicas, contando cada vez más con mayor aceptación social a partir del *reconocimiento individual a elegir su orientación sexual*”.<sup>12</sup>

*En la línea de lo apuntado por Villoro Toranzo señalamos la tendencia del hombre hacia las malas pasiones, como una constante en el mismo, con la diferencia de que antes estas uniones eran vistas como algo erróneo y ahora se pretende legitimarlo como algo no sólo normal, sino positivo.*

La tendencia hacia la regulación legal de los efectos de las uniones homosexuales se incrementa día a día en la legislación extranjera, equiparando en muchos casos sus efectos de una manera muy amplia a las

---

<sup>10</sup> Villoro Toranzo, Miguel, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, 5a. ed., Editorial Porrúa, México, 2003, pp. 472 y 473.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 473.

<sup>12</sup> Azpiri, Jorge O., *Uniones de hecho*, José Luis Depalma Editor, Buenos Aires, 2003, p. 305.

de la unión matrimonial, y en otros, legislando sobre determinadas cuestiones específicas.<sup>13</sup>

Se han dictado leyes que permiten el registro de uniones homosexuales —en Dinamarca (1989), aplicándose también en Groenlandia desde 1994, en Noruega (1993), en Suecia (1995), en Islandia (1996) y en Holanda (1998), a la que se ha unido recientemente España (2005), y a partir de ese registro, se conceden derechos y se imponen deberes que varían en cada caso específico.

En los países latinos, en Francia se sancionó la Ley de PACS en 1999, en Cataluña se dictó la Ley 10/1998 que regula las uniones de hecho hetero y homosexuales, y más recientemente, a ese mismo fin, se sancionaron en Aragón la Ley 6/1999, en Navarra la Ley 6/2000, en la Comunidad de Madrid la Ley 11/2001, en Valencia la Ley 1/2001, en las Islas Baleares la Ley 18/2001 y en el Principado de Asturias la Ley 4/2002, lo que pone en evidencia que no se trata de una situación solamente planteada en los países escandinavos.

Con mayor amplitud, se ha reconocido en Alemania el derecho de los homosexuales a constituir una convivencia registrada, conforme resulta de la Ley que crea el Registro de Uniones que entró a regir en ese país en el año 2001.

El acto de inscripción, de acuerdo con esta norma, se encuentra revestido de formalidades similares a las que registra el acto matrimonial (con la diferencia de que el acto matrimonial es un contrato, y por lo tanto, un acto jurídico, y las parejas de hecho homosexuales constituyen un hecho); se establecen causas por las cuales no se puede registrar la unión similares a los impedimentos matrimoniales; en el orden personal se deben brindar asistencia recíproca y alimentos, y también asumen el compromiso de acordar un régimen común de vida, además, pueden elegir el nombre de la familia que adoptarán; frente a los terceros, ambos convivientes responden solidariamente por todas aquellas obligaciones tendientes a obtener ingresos que permitan su sostenimiento adecuado; se limita la facultad de disponer de los bienes del ajuar del hogar al exigir el consentimiento del otro conviviente; deben optar por un régimen de participación en las ganancias o por un pacto notarial, y dentro de esta última fórmula, pueden elegir entre un régimen de participación en las ganancias, modificado convencionalmente, o un régimen de separación o un régimen de comunidad de gananciales.

---

<sup>13</sup> *Ibidem*.

Se establecen derechos y deberes parentales respecto de los hijos del otro conviviente, inclusive un derecho de visitas en caso de cese de la convivencia y, además, se confieren derechos sucesorios similares a los del cónyuge supérstite.<sup>14</sup>

## 2.1 Los principales “derechos” argüidos por las parejas de hecho homosexuales

### 2.1.1 El derecho a contraer matrimonio

*Se ha dicho que los tratados internacionales sobre derechos humanos receptan el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio, y que no han limitado su alcance al supuesto que lo celebren entre sí, lo que permitiría que sea celebrado por individuos del mismo sexo.*

*El principio de no discriminación por razones de orientación sexual no resulta vulnerado al no permitir que los homosexuales contraigan matrimonio, ya que la ley debe tratar de igual manera a las situaciones idénticas, y resulta incuestionable que una cosa es la unión entre personas de diferente sexo y otra muy distinta es la que se refiere a personas del mismo sexo.<sup>15</sup>*

### 2.1.2 Equiparación de derechos con las uniones heterosexuales:

Otra posibilidad es la de considerar la reforma legislativa a fin de reconocer a las parejas homosexuales los mismos derechos que el ordenamiento jurídico concede a las uniones heterosexuales.<sup>16</sup>

Como ya se señaló, cada institución o contrato tiene unos efectos que le son esenciales, sin los cuales, se desnaturaliza. Por ejemplo, modificar la necesidad de que en virtud del contrato de compra venta a una persona se obliga a transmitir la propiedad de una cosa a cambio de un precio, desnaturalizaría el contrato de compraventa. Se le podría llamar de otro modo, pero ya no sería compra venta.

En la línea de lo anteriormente apuntado, el Código Civil para el Distrito Federal define al matrimonio como la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procu-

---

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 306.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 308.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 309.



ran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada (artículo 146).

En el Código Civil para el Distrito Federal *no cabe el matrimonio de homosexuales o lesbianas, para realizar la comunidad de vida*.<sup>17</sup> A lo que nosotros añadiríamos que tampoco cabe la posibilidad de la procreación, razón de más para que las parejas homosexuales no puedan contraer matrimonio.

Denominar uniones matrimoniales de hecho a las uniones homosexuales, aunque pone el acento en la informalidad de la unión, no es válida para nuestro estudio porque el término matrimonio se refiere a la unión heterosexual, que no es el caso que nos ocupa.<sup>18</sup>

### 2.1.3 *El derecho a la seguridad social*

El concubinato heterosexual (situación de hecho) da derecho a los beneficios de la seguridad social para cualquiera o ambos de los concubinos. Las parejas homosexuales también plantean sus primeras pretensiones en el plano de la seguridad social.<sup>19</sup>

Entramos a un terreno pantanoso. Una cosa es que el Derecho reconozca la realidad social para regularla, y otra muy distinta que la favorezca. Si, como dijimos, no existe propiamente un “derecho a la orientación sexual” si ésta es antinatural, no debe la ley favorecer esta clase de conductas, sino a lo más, regularlas sin fomentarlas, tomando como base el principio de tolerancia, que señala que se deben permitir ciertos males, para evitar malos mayores. Desde esta perspectiva, otorgar el derecho de la seguridad social a las parejas homosexuales, favorece el establecimiento de las mismas, por lo que no nos parece oportuno que la ley les reconozca este derecho.

### 2.1.4 *Régimen de pensiones y de jubilaciones*

La cuestión radica en determinar si los beneficios de la pensión pueden y deben ser extendidos al compañero homosexual. Para dar respuesta a tal interrogante creemos necesario analizar su concepto actual.

---

<sup>17</sup> Güitrón Fuentesvilla, Julián y Roig Canal, Susana, *Nuevo Derecho Familiar*, Editorial Porrúa, México, 2003, p. 109.

<sup>18</sup> Medina, Graciela, *Uniones de hecho homosexuales*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001, p. 34.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 63.

En la época contemporánea esta protección se manifiesta en la tutela de las leyes de accidente de trabajo y de jubilación.

Estas ayudas a las viudas se prestaban en una sociedad en la cual el hombre era el único que trabajaba y quien sostenía el hogar, y la mujer dependía enteramente de él y estaba dedicada por completo al hogar y al cuidado de sus hijos. El fundamento para otorgarlas era que la viuda y los hijos debían contar con alguna prestación que los sostuviera para el caso del fallecimiento del esposo y padre.

En la actualidad la sociedad ha cambiado y por lo tanto este fundamento no es válido. La pensión no está limitada a la viuda, ni se parte de la concepción de que sea el marido quien sostenga el hogar; puede y en realidad ocurre que ambos miembros de la pareja sostengan el hogar.

El fundamento actual del derecho de pensión radica en resarcir el daño que provoca la muerte del trabajador, aunque éste no sea el único sostén de la familia. Se busca resarcir propios perjuicios directamente causados al causahabiente al verse privado de los recursos que con su trabajo le proporcionaba para su subsistencia el fallecido.<sup>20</sup>

La cuestión actual consiste en determinar si la solidaridad patrimonial que se brindan los miembros de la unión de hecho entre sí debe perpetuarse después de la muerte de uno de ellos, mediante el otorgamiento del derecho a pensión.<sup>21</sup>

Dada la libre facultad de testar, activa y pasiva de nuestro Derecho —salvo el derecho de alimentos en ciertos casos—, consideramos parte de la autonomía de la voluntad el derecho del homosexual a disponer de la pensión después de su muerte.

### *2.1.5 Fin de la relación homosexual. La continuación del arrendamiento*

Las cuestiones que nos proponemos analizar en el presente capítulo son las relacionadas con la finalización de la relación homosexual y el contrato de arrendamiento.

Puede ocurrir que la relación homosexual finalice por muerte o por decisión de las partes. En ambos casos el problema reside en determinar qué pasa con el contrato de arrendamiento cuando quien muere o quien abandona la vivienda es el arrendatario y qué acontece cuando los dos

---

<sup>20</sup> *Ibidem*, pp. 96 y 97.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

convivientes son arrendatarios en forma conjunta. En este último supuesto la pregunta concreta es si quien hace abandono del hogar, se encuentra obligado al pago de la renta.

Otra cuestión a resolver es si puede considerarse que hay un uso abusivo del inmueble, porque en él cohabite una pareja homosexual o si los propietarios pueden negarse a alquilar sus bienes porque éstos tengan como destino la vivienda de una pareja homosexual.<sup>22</sup>

Creemos que la cosa no es tan compleja como nos la plantea Medina: depende de la autonomía de la voluntad. Ni los arrendadores pueden ser obligados a dar un inmueble en arrendamiento a una pareja de homosexuales, así como también pueden exigir en el contrato respectivo que el inmueble no se utilice por parejas homosexuales. No creemos que el hecho de la homosexualidad sea relevante para determinar los efectos de la continuación de un arrendamiento por la muerte o abandono del inmueble por parte de uno de los convivientes.

#### 2.1.6 *Deber de alimentos*

La primera cuestión a dilucidar es si los convivientes están obligados a prestarse alimentos durante la convivencia. En realidad esta interrogante, si bien debe ser respondido, no presenta mayores problemas jurídicos, porque no existen reclamos alimentarios entre los convivientes durante la unión, ya que si los miembros de una pareja deben recurrir a los tribunales para reclamarse lo necesario para la subsistencia, las bases de la pareja están disueltas y la convivencia finalizada. Por lo tanto, si bien las legislaciones y la doctrina que se ocupan del tema se inclinan en determinar que sí existe obligación alimentaria entre los convivientes durante la vigencia de la unión, esta cuestión difícilmente dé lugar a demandas o a pretensiones o demandas judiciales.

Por otra parte, la cuestión se puede presentar a la disolución de la unión libre frente a los herederos del conviviente, porque entendemos que lo dado en concepto de alimentos es una donación, lo que podría dar motivos de acción de reducción de donación si excede de los límites de la libre disposición.<sup>23</sup>

En México, dada la libre facultad de testar, consideramos que no se daría el supuesto que señala Medina. No creemos que la obligación de dar alimentos fomente las uniones homosexuales, por lo que no estamos en contra de su establecimiento.

---

<sup>22</sup> *Ibidem*, pp. 147 y 148.

<sup>23</sup> *Ibidem*, pp. 237 y 238.

### 2.1.7 *El derecho de las parejas homosexuales a adoptar*

Las parejas homosexuales no pueden procrear, si no es por medio de técnicas de reproducción asistida, inseminación artificial, el alquiler de vientres o la sustitución (Medina).<sup>24</sup> Consideramos que lo anterior no es procreación en el sentido natural del término, razón por la cual no deben tener el derecho de adoptar, ya que este derecho se da a las parejas para que el adoptado crezca en las circunstancias más parecidas a las de una familia natural, lo que se trastoca cuando se les reconoce ese derecho a p parejas homosexuales.

Por lo anterior no estamos de acuerdo con Minot que dice que los homosexuales pueden “tener niños a través de relaciones heterosexuales. A menudo, las lesbianas inician relaciones heterosexuales con el solo propósito de resultar embarazadas. Una lesbiana y un gay pueden decidir tener y criar un niño juntos, ya sea por medio de relaciones heterosexuales o accediendo a tecnologías reproductivas legales como una p areja”<sup>25</sup> *Si no pueden procrear como una pareja, es que no tienen los atributos de una pareja, como es la procreación, o, en su caso, la adopción.*

### 2.1.8 *Los homosexuales y el derecho a la reproducción asistida*

Hasta hace aproximadamente veinticinco años no se controvertía el derecho de todo ser humano a tener hijos, ya que como el hombre y la mujer están preparados biológicamente para engendrar nueva vida, el derecho a realizarla era considerado natural al ser humano.

Durante muchos años este derecho humano a procrear no se discutió, hasta el momento en que se desarrollan las técnicas de fecundación humana asistida.

A partir de que fue posible la procreación artificial se hace necesario realizar un replanteamiento del derecho a la procreación para poder determinar si éste implica que se puede procrear con quien se quiere, cuando se quiere y como se quiere. O siendo más concretos, si pueden procrear por fecundación asistida:

- a) Mujeres lesbianas.
- b) Los homosexuales mediante el alquiler de vientres y
- c) Los homosexuales valiéndose de la clonación.<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 259.

<sup>25</sup> Minot, Leslie Ann, citada por Medina, Graciela, *op. cit.*, p. 259.

<sup>26</sup> Medina, Graciela, *ibidem*, pp. 299 y 300.

La propia Medina explica los argumentos por los cuales algunos —entre los que nos incluimos— niegan el que exista un derecho personalísimo a la procreación y a la fecundación:

- a) La fecundación es un hecho de la naturaleza y por lo tanto, excluido de la libertad del hombre.
- b) No existe un “derecho al niño”.
- c) El niño no puede ser considerado un medio para conseguir un fin (en este caso, la satisfacción de los padres), por más importante que sea éste.
- d) El hombre y la mujer tienen la libertad para procrear o no procrear en forma natural, pero esta libertad no debe ser confundida con un derecho.<sup>27</sup>

## 2.2 Las uniones de hecho homosexuales en derecho mexicano

El primer golpe a la institución matrimonial frente a las uniones de hecho provino de la institución de la figura del concubinato, con una regulación semejante a la del matrimonio tradicional. En efecto, el artículo 291 Bis del Código Civil para el Distrito Federal señala que la concubina y el concubinario tienen derechos y obligaciones recíprocos (cuando se había dado que una unión de hecho generara derechos), siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante por un periodo mínimo de dos años que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude este capítulo.

No es necesario el transcurso del periodo mencionado cuando, reuñidos los demás requisitos, tengan un hijo en común.

Por su parte, el artículo 291 Ter del mismo ordenamiento indica que regirán al concubinato todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia, en lo que fueren aplicables.

De la lectura del texto anterior, se desprende, que como hecho jurídico, produce consecuencias fundamentales, como son la pensión alimenticia y el derecho a la sucesión, sin menoscabo de otros derechos y obligaciones que benefician a la pareja, tanto en el Código Civil para el Distrito Federal, como en otras leyes.<sup>28</sup>

En la Reforma Robles al Código Civil para el Distrito Federal —de mala memoria— el matrimonio ya no es un contrato, es “la unión libre de un

---

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 301.

<sup>28</sup> Güitrón Fuentes, Julián y Roig Canal, Susana, *op. cit.*, p. 172.

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”. Debemos entender que el concepto, cuando se refiere a que es una unión libre, citada que no haya vicios, es decir, debe interpretarse que esa unión no esté presionada ni sujeta a supuestos o condiciones, sino que debe emitirse de manera libre la voluntad, tanto de la mujer como del hombre.

*El legislador elimina —a nuestro juicio erróneamente, porque lo convierte en una situación de hecho— del matrimonio, la palabra contrato y así lo hace en los impedimentos para celebrar el mismo.*<sup>29</sup> Aquí tenemos un segundo elemento de acercamiento a la “bienvenida” del Derecho Mexicano a las uniones homosexuales, a saber, considerar al matrimonio como un hecho, no como una institución jurídica.

Aniquilada la figura del matrimonio y favorecida la del concubinato, la artillería legislativa para arremeter a favor de las parejas homosexuales está por llegar. México vive un tanto rezagado en materia legislativa, pero eso no constituirá un óbice para que, más tarde que temprano, venga a discutirse en la Asamblea Legislativa y en las Legislaturas estatales la cuestión relativa a las parejas de hecho homosexuales.

Cerraremos el presente artículo con dos reflexiones. La primera, es que debemos saber *qué queremos como país, y éste empieza por el concepto que tengamos de familia. Aniquilada o debilitada ésta, el tejido social se resiente. Y este es el efecto, sin duda alguna, que tendría la legalización de las uniones homosexuales.*

*Y la segunda es caer en cuenta de la importancia de la ley en cualquier sociedad. Decía Aristóteles que la ley tiene una finalidad de educadora social, al señalar lo que debe hacerse y lo que debe evitarse. Si permitimos la legalización de las uniones homosexuales de hecho, estaremos fomentando esta clase de conductas, y enviando una señal al auditorio, de que esas conductas son éticas.*

Hay que distinguir entre favorecer y tolerar: una cosa es permitir la homosexualidad por respeto a la libertad humana, y otra cosa es ensalzarla como una manifestación de la determinación de la preferencia sexual del individuo, y por tanto, que deba ser regulada.

---

<sup>29</sup> Güitrón Fuentesvilla, Julián y Roig Canal, Susana, *op. cit.*, p. 121.