

---

EL “MATRIMONIO” ENTRE PERSONAS  
DEL MISMO SEXO  
EN EL DISTRITO FEDERAL

---

---

JOSÉ ANTONIO SÁNCHEZ BARROSO

---

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Estudio preliminar conforme al derecho romano.* III. *La noción de matrimonio a partir del Constituyente de 1917.* IV. *El matrimonio como institución jurídica.* V. *Reflexiones finales.*

*Resumen:* El Decreto publicado en la GODF el 29 de diciembre de 2009 modifica diversas disposiciones del CCDF y permite, entre otros, la unión por medio del matrimonio a personas del mismo sexo. Esto ha suscitado gran polémica entre los ciudadanos a partir de su divulgación por los medios masivos de comunicación. Pese a ello, poco eco han tenido los análisis jurídicos elaborados por instituciones y juristas en torno al tema. Dichas reformas se fundamentan en el derecho a la no discriminación del que es titular toda persona independientemente de su preferencia sexual, y se arguye que los homosexuales son objeto de discriminación al no permitírseles la unión por medio del matri-

monio. En este trabajo se presentan argumentos jurídicos convincentes en el sentido de que el matrimonio, como institución jurídica, sólo posibilita la unión monógama y heterosexual de personas y, además, que esas características no violan el derecho a la no discriminación.

*Palabras clave:* Matrimonio, derecho familiar, uniones homosexuales.

*Abstract:* The decree published in the GODF on December 29, 2009 modifies various regulations of the CCDF and permits, amongst other, the union by means of marriage of two persons of the same gender. This fact has created a great controversy among the citizens since it has been released in the media. Nevertheless, the juridical analysis drawn up by institutions and jurists on the topic didn't arouse great interest. These reforms are based on the right of non-discrimination inherent to every person no matter of his or her sexual preferences and it is deduced that homosexuals are object of discrimination as they are not entitled to union by means of marriage. The present investigation paper presents convincing legal arguments in the sense that marriage, as a legal institution, only allows the monogamous and heterosexual union of persons, and what is more, that those characteristics don't violate the right of non-discrimination.

*Key words:* Marriage, family law, homosexual unions.

## I. INTRODUCCIÓN

En el Distrito Federal se ha vivido un proceso legislativo particularmente distinto al resto de las entidades federativas. A partir de 1996 el trabajo de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal se ha caracterizado por una “explosión legislativa” al tratar de resolver muchos de los problemas sociales con la simple promulgación de leyes.

Su labor también se ha distinguido por el sentido en que se han emitido los ordenamientos jurídicos en temas especialmente controvertidos para la sociedad y de gran interés para el derecho y la bioética en la actualidad, tales como: el aborto –despenalización del aborto hasta la semana 12 de gestación–<sup>1</sup>; las disposiciones para la propia incapacidad –Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal–<sup>2</sup>; sexualidad y género –Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal<sup>3</sup> y las modificaciones al Código Civil para el Distrito Federal en materia de transexualismo–<sup>4</sup> y recientemente el “matrimonio” entre personas del mismo sexo.

Estas cuestiones, lejos de analizarse pausada y prudentemente, se han configurado como el estandarte político de un grupo muy identificado en la sociedad que pretende ampliar, falsa e ilusoriamente, los derechos subjetivos de los gobernados. Toda persona que considera tener un derecho no reconocido por el Estado encuentra fácilmente acomodo en ese ideario político.

---

<sup>1</sup> Decreto por el que se reforman los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal; y se adiciona un párrafo tercero al artículo 16 Bis 6, y se adiciona el artículo 16 Bis 8 a la Ley de Salud del Distrito Federal, publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal (GODF) el 26 de abril de 2007.

<sup>2</sup> Decreto por el que, entre otros, se expide la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal, publicado en la GODF el 7 de enero de 2008.

<sup>3</sup> Decreto por el que se expide la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal, publicado en la GODF el 16 de noviembre de 2006.

<sup>4</sup> Decreto por el que se reforma y adiciona el Código Civil para el Distrito Federal, publicado en la GODF el 10 de octubre de 2008.

Parece que en la actualidad resulta políticamente correcto aprobar todas aquellas leyes que aumentan, aunque sea sólo de modo aparente y retórico, la autodeterminación y libertad del individuo; sin embargo, esas acciones dan pauta a numerosos conflictos dentro del sistema jurídico y a múltiples interrogantes desde el punto de vista ético.

De este modo, el Distrito Federal se ha convertido en una especie de “isla jurídica” cuya realidad axiológica, primero, y normativa, después, se aleja cada vez más de los principios de la Federación y, al mismo tiempo, trata de imponerlas a los Estados de la República Mexicana trastocando los órdenes jurídicos locales y federal.

En el sistema jurídico mexicano, en el caso del aborto, ¿la vida tiene una estimativa distinta en función de la entidad federativa? En el caso de las voluntades anticipadas, ¿el documento que las contiene vincula a médicos y familiares fuera del Distrito Federal? En el caso de la sociedad de convivencia, ¿los Estados están obligados a reconocerle su valor y alcance jurídicos? Y, en el caso del matrimonio, ¿conforme al pacto federal, el “matrimonio” entre personas del mismo sexo será válido en todo el país? Estas son solamente la punta de lanza de la incertidumbre moral e inseguridad jurídica que se genera a partir de aquel distanciamiento; a las cuales un jurista no puede permanecer ajeno, más aún cuando parece privilegiarse a la opinión que a la razón.

Este artículo, sin embargo, se centra exclusivamente al análisis de la institución del matrimonio a partir del Decreto publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal (GODF) el 29 de diciembre de 2009 que permite, entre otros, la unión por medio del matrimonio a personas del mismo sexo.

En consecuencia, el objetivo consiste en elaborar argumentos jurídicos que demuestren holgadamente que no es razonable concebir el matrimonio entre personas del mismo sexo, ya que se trata de una institución jurídica cimentada en nuestro sistema jurídico, con amplias y muy importantes consecuencias jurídicas para el derecho civil y familiar y; además, que la Constitución tiene una noción clara e inequívoca de matrimonio y, por tanto, que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal no puede

modificar. Para ello, he tratado de no incluir fundamentaciones de tipo filosófico, ético, moral o religioso, porque éstas exigen mayor tiempo y extensión en la elaboración de sus premisas, no porque sus conclusiones disten mucho de lo que aquí postulo ni porque sus razonamientos puedan ser calificados como subjetivos.

Para cumplir con ese objetivo es indispensable utilizar los métodos exegético, histórico, lógico y sistemático. Asimismo, por razones epistemológicas y metodológicas la exposición se dividirá en tres grandes apartados: El primero, destinado al estudio del matrimonio en el derecho romano; el segundo, al estudio del matrimonio en el derecho mexicano a partir de la Constitución de 1917 y; el tercero, al estudio del matrimonio como institución.

## II. ESTUDIO PRELIMINAR CONFORME AL DERECHO ROMANO

Este apartado tiene el propósito de conocer qué concepción se tenía en Roma, particularmente durante el Imperio Romano,<sup>5</sup> de matrimonio, y manifestar con claridad cuáles eran sus principales características y consecuencias jurídicas que comportaba.

En primer lugar, cabe citar a Gayo<sup>6</sup> en cuyas *Instituciones*<sup>7</sup> resalta algunas características del matrimonio de acuerdo al derecho romano, tales como: 1) Es un derecho reservado a los

---

<sup>5</sup> Por razones metodológicas no me he de referir ni a la Monarquía (753 a 510 a. C.) ni a la República (510 a 31 a.C.) y, en cuanto al Imperio Romano, se sólo analizarán las *Instituciones* de Gayo y el *Corpus Iuris Civilis*.

<sup>6</sup> Gayo (120-178) es considerado el mayor de los jurisconsultos menores. Fue probablemente maestro de derecho en la parte Oriental del Imperio. Es considerado un jurista mediocre durante la fase clásica –pero un gran pedagogo–, razón por la cual durante la época del derecho vulgar se halla en sus obras el tono que necesitaba. Goza de estimación entre los romanistas ya que en 1816 se encontró en Verona un pergamino que contenía el texto de las *Instituciones* que Gayo escribió aproximadamente en el año 161. Véase Floris Margadant S., Guillermo, *El derecho privado romano*, 23a ed., Esfinge, México, 1998, p. 64.

<sup>7</sup> Gayo, *Instituciones*, Coord. Francisco Hernández-Tejero, Civitas, Madrid, 1985.

ciudadanos romanos –justo matrimonio–; por ejemplo, entre un ciudadano romano con una ciudadana romana o, también latina o, con extranjera con derecho de matrimonio –*ius conubii*–; incluso entre una ciudadana romana con un latino o con un extranjero con ese derecho.<sup>8</sup> 2) Los hijos procreados dentro del matrimonio quedan bajo la *potestas* paterna –es un derecho del padre– y, además, se hacen ciudadanos romanos.<sup>9</sup> 3) El derecho para contraer matrimonio está limitado por los vínculos familiares, por ejemplo, relaciones de ascendientes o descendientes hasta el segundo grado incluyendo el caso adopción, entre parientes colaterales en primer grado sin considerar la adopción siempre que se halle disuelta, etc.<sup>10</sup> 4) Expresamente se considera como la unión monógama y heterosexual.<sup>11</sup> Y 5) Las consecuencias por el incumplimiento de las normas relativas al matrimonio son dos: a) La mujer no tiene la condición de casada y, b) los hijos no tienen la condición de legítimos, es decir, son espurios y; por tanto, no entran bajo la potestad del padre, se considera que tienen madre pero no padre.<sup>12</sup>

En segundo lugar, es preciso acudir al *Corpus Iuris Civilis*<sup>13</sup> en sus cuatro partes:

<sup>8</sup> Cfr. I, 55-57, 76 y 80. *Ibidem*, pp. 49, 51 y 57.

<sup>9</sup> Cfr. I, 55-57. *Ibidem*, pp. 49 y 51.

<sup>10</sup> Cfr. I, 58-64. *Idem*.

<sup>11</sup> Cfr. I, 63. *Ibidem*, pp. 51 y 53.

<sup>12</sup> Cfr. I, 64. *Ibidem*, p. 53.

<sup>13</sup> En Oriente las escuelas jurídicas de Constantinopla, Alejandría, Cesarea y Berito lograron mantener cierto contacto con el verdadero derecho clásico, por tal motivo no se contentaron con las toscas condensaciones e interpretaciones que estuvieron en boga en el Occidente. En este sentido, el emperador Justiniano tuvo el ambicioso proyecto de llevar a cabo una depuración general de la tradición jurídica clásica. En el año 529 tuvo fruto esa labor mediante una compilación que a partir de la Edad Media se le llamó *Corpus Iuris Civilis*. Por último, hay que decir que esa obra consta de las siguientes partes: El Digesto o Pandectas, las Instituciones, el Código Nuevo y las Novelas. Véase Floris Margadant S., Guillermo, *El derecho privado romano, op. cit.*, pp. 77 y ss. Y Bravo González, Agustín y Bialostosky, Sara, *Compendio de derecho romano*, 7a ed., Pax-México, México, 1975, p. 23.

I) En los *Instituta*<sup>14</sup> de Justiniano<sup>15</sup> se alude al matrimonio del modo siguiente: “Contraen entre sí justas nupcias los ciudadanos romanos, cuando se unen según los preceptos de las leyes los varones púberos con las hembras núbiles, ya sean padres de familia, ya hijos de familia...”<sup>16</sup>

Las características más sobresalientes del matrimonio según esas *Instituciones* son: 1) Sólo los ciudadanos romanos se podían unir en “justas nupcias” conforme a las leyes de la ciudad –*ius conubii*–.<sup>17</sup> 2) Expresamente es considerado como una unión monógama y heterosexual.<sup>18</sup> 3) En caso de ser hijos de familia, ya sea el hombre o la mujer, es necesario el consentimiento de padre que ejerce la *potestas*.<sup>19</sup> 4) El derecho para contraer matrimonio es limitado de acuerdo con los vínculos familiares –del mismo modo que en las *Instituciones* de Gayo–.<sup>20</sup> Y 5) La inobservancia de las normas en relación al matrimonio tiene como consecuencia que no haya nupcias, es decir, matrimonio y; por tanto, que los hijos que procedan de esa unión no se hallen bajo la potestad del padre, ni exista esposo ni esposa –prácticamente igual que en las *Instituciones* de Gayo–.<sup>21</sup>

II) El *Digesto*<sup>22</sup> reproduce la definición de matrimonio dada por Modestino<sup>23</sup> en los siguientes términos: “Las nupcias son la

---

<sup>14</sup> *Instituciones de Justiniano*, Trad. Francisco Pérez de Anaya y Melquiades Pérez Rivas, Omeba, Buenos Aires, Argentina, 1964.

<sup>15</sup> Justiniano (527-565), también llamado Justiniano “el grande”, fue uno de los más destacados gobernantes del Imperio Romano de Oriente. Sus más notables aportaciones fueron, sin duda, en la expansión militar, en la arquitectura y en el derecho.

<sup>16</sup> “*Justas autem nuptias inter se cundum praecepta legum coeunt, masculi quidem puberes, feminae autem viri potentes, sive patres familias sint, sive filii familias...*”. Cfr. I. X. *Ibidem*, p. 43.

<sup>17</sup> *Idem*.

<sup>18</sup> Cfr. I. X. y I. X, 6. *Ibidem*, pp. 43, 45 y 46.

<sup>19</sup> Cfr. I. X. *Ibidem*, p. 43.

<sup>20</sup> Cfr. I. X, 1-8. *Ibidem*, pp. 43 a 46.

<sup>21</sup> Cfr. I. X, 12. *Ibidem*, p. 47.

<sup>22</sup> *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, 1a parte *Digesto*, Tomo II, Jaime Molinas editor, Barcelona, España, 1892.

<sup>23</sup> Herenio Modestino fue el último de los grandes juristas clásicos del siglo III. Fue discípulo de Ulpiano y ocupó varios cargos en la administración Romana. Se sabe

unión del varón y de la hembra, y de consorcio de toda la vida, comunicación del derecho divino y del humano”.<sup>24</sup> En esa parte del *Digesto* se regulan ciertos aspectos del matrimonio como por ejemplo, las reglas para casarse entre ausentes, ciertas limitaciones para celebrar el matrimonio en razón del parentesco incluyendo los casos de adopción, el consentimiento,<sup>25</sup> los casos en que se puede contraer matrimonio, el impedimento para casarse a las mujeres condenadas por adulterio, la sanción para las bodas simuladas, los casos en que es necesaria la autorización del padre en virtud de la potestad, etc. No obstante, hay que destacar una característica muy importante acorde con el objetivo de este trabajo, que no sólo es evidente en la definición antes citada, sino de modo expreso en varios preceptos de esa compilación: el carácter monógamo y heterosexual del matrimonio.<sup>26</sup>

III) El *Código*<sup>27</sup> también reglamenta el matrimonio y, a pesar de que no lo define, insiste en su carácter monógamo y heterosexual. Para ilustrar este punto cito los siguientes textos: 1) “La liberta es también tu mujer, si se separó de ti contra tu voluntad, no tiene derecho para casarse con otro, si aun la quieres tener por mujer”.<sup>28</sup> 2) “Es sabido para todos, que nadie

---

muy poco de su vida y obra, pero se puede afirmar que vivió entre finales del siglo II y principios del siglo III. Probablemente nació en una provincia oriental, pues fue el único de los juristas clásicos que escribió en griego. Véase la introducción escrita por Jorge Adame Goddard en Modestino, *Respuestas*, Libros I al XIX, Trad. Jorge Adame Goddard, UNAM, 1987, p. VI.

<sup>24</sup> “*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*”. Cfr. XXIII. II, 1 y 24 *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, 1a parte *Digesto. op. cit.*, pp. 112 y 115.

<sup>25</sup> La consensualidad del matrimonio romano es una de sus principales características durante la época clásica. Los textos romanos no hacen referencia a la relación carnal en el nacimiento del vínculo matrimonial, pues para ellos lo más importante es la voluntad, es decir, la intención expresada de constituir un vínculo matrimonial por la *affectio maritalis*. Hanisch Espíndola, Hugo. “Historia de la doctrina y legislación del matrimonio”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 7, núm. 1-6, (1980), p. 483.

<sup>26</sup> Cfr. XXIII. II, 4, 5, 21, 24, 25, 33, 43 §12-13, 45, 49, 51, etc. *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, 1a parte *Digesto, op. cit.*, pp. 112 y ss.

<sup>27</sup> *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, 2a parte *Código*, Tomo I, Jaime Molinas editor, Barcelona, España, 1892.

<sup>28</sup> Cfr. V. V, 1. *Ibidem*, p. 569.

que se halle bajo el imperio del nombre romano puede tener dos mujeres...”.<sup>29</sup> 3) “El que acaso hubiere contraído nupcias contra los preceptos de las leyes... no consiga nada en virtud del mismo matrimonio...”.<sup>30</sup> Además, es preciso decir que el *Código*, a partir de la *Lex Iulia*, establece las consecuencias jurídicas del adulterio que, a modo de ejemplo, se pueden mencionar: a) La acción para acusar el adulterio en público estaba reservada a los varones –excluyendo a los esclavos–;<sup>31</sup> b) con la finalidad de proteger el matrimonio, sólo los parientes más próximos tienen facultad para contender o presentar acusación de adulterio;<sup>32</sup> c) se considera que cometen lenocinio quien retiene a su mujer en matrimonio después de haber sido sorprendida cometiendo adulterio;<sup>33</sup> d) si el marido no logra probar el adulterio, será sometido a las mismas penas que hubiese padecido la mujer;<sup>34</sup> e) es reprochable el adulterio cometido por varón;<sup>35</sup> f) una vez sancionado el adulterio, después de dos años el hombre puede volverse a unir con la mujer;<sup>36</sup> g) es considerada como una grave falta de orden moral y jurídico la unión entre personas del mismo sexo (hombres) y;<sup>37</sup> h) se ordenaba dar tormento a los esclavos que se hallaban en la casa al momento de cometer el adulterio.<sup>38</sup> Esto hace evidente que el adulterio y la homosexualidad –ligada a la institución del matrimonio– eran consideradas conductas sumamente lesivas para la vida familiar y, en consecuencia, para la vida social; por ello las sanciones se establecían en proporción del daño.

IV) Las *Novelas*,<sup>39</sup> por su parte, de igual forma regulan ciertas cuestiones relacionadas con el matrimonio, tales como: las

<sup>29</sup> Cfr. V. V, 2. *Idem*.

<sup>30</sup> Cfr. V. V, 4. *Ibidem*, p. 570.

<sup>31</sup> Cfr. IX. IX, 1 y 23. *Ibidem*, Tomo II. pp. 434 y 440.

<sup>32</sup> Cfr. IX. IX, 30. *Ibidem*, pp. 441 y 442.

<sup>33</sup> Cfr. IX. IX, 2. *Ibidem*, p. 435.

<sup>34</sup> Cfr. IX. IX, 11. *Ibidem*, pp. 436 y 437.

<sup>35</sup> Cfr. IX. IX, 18. *Ibidem*, pp. 438 y 439.

<sup>36</sup> Cfr. IX. IX, 30. *Ibidem*, pp. 441 y 442.

<sup>37</sup> Cfr. IX. IX, 31. *Ibidem*, p. 443.

<sup>38</sup> Cfr. IX. IX, 32. *Idem*.

<sup>39</sup> *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, 3a parte *Novelas*, Jaime Molinas editor, Barcelona, España, 1898.

sanciones para las nupcias incestuosas y nefastas –contrarias a la naturaleza– como, por ejemplo, la confiscación de bienes, la pérdida de la dote, el azotamiento y el destierro; la distribución del patrimonio entre la familia; y lo relativo a las relaciones con la descendencia.<sup>40</sup>

Dicho texto se refiere al matrimonio de la forma siguiente: “...Porque si el matrimonio es cosa tan hermosa, que parece que artificialmente le da la inmortalidad al género humano, y por virtud de la procreación de hijos subsisten renovados linajes, donándole al mismo tiempo la clemencia de Dios, en cuanto es posible, la inmortalidad a nuestra naturaleza, con razón nos preocupamos de las nupcias...”<sup>41</sup> “Nada es más decoroso para los hombres que las nupcias, de las que provienen los hijos y las demás sucesiones de las naciones, y también los poblados de fundos y de ciudades, y el eximio estado de la república. Por lo que deseamos que las nupcias sean felices para los que las contraen, de suerte que nunca tengan necesidad de presagio favorable, ni los unidos en nupcias se separen entre sí sin tener justa ocasión para la disolución de las nupcias”.<sup>42</sup>

Conforme a esa legislación el matrimonio tiene estas peculiaridades: a) serán válidos los matrimonios celebrados con anterioridad a la ley;<sup>43</sup> b) se reconoce el derecho para adquirir segundas o ulteriores nupcias,<sup>44</sup> es decir, se permite disolver el matrimonio<sup>45</sup> por i) avenencia de los contrayentes –por la pérdida de la *affectio maritalis*–,<sup>46</sup> ii) con ocasión no culpable –si cualquiera de ellos decide vivir castamente,<sup>47</sup> iii) con ocasión necesaria –impotencia del varón–,<sup>48</sup> y iv) por cautiverio –que alguno caiga

<sup>40</sup> Cfr. XII. I-IV. *Ibidem*, pp. 72 a 75.

<sup>41</sup> Cfr. XII. Prefacio. *Ibidem*, p. 107.

<sup>42</sup> Cfr. CXL. Prefacio. *Ibidem*, p. 489.

<sup>43</sup> Cfr. XII. I. *Ibidem*, p. 108.

<sup>44</sup> Cfr. XII. I. *Idem*.

<sup>45</sup> Cfr. XII. IV. *Ibidem*, p. 109.

<sup>46</sup> Cfr. CXL. *Ibidem*, pp. 488 a 490.

<sup>47</sup> Cfr. XII. V. *Ibidem*, p. 109.

<sup>48</sup> Cfr. XII. VI. *Ibidem*, p. 110.

en poder del enemigo—;<sup>49</sup> c) se concede a la mujer el derecho a repudiar a su marido si, entre otros, prueba que cometió adulterio o vive lujuriosamente con otras mujeres;<sup>50</sup> d) el marido también puede repudiar a su mujer por causa de adulterio y, por tanto, solicitar la disolución del matrimonio;<sup>51</sup> y e) si se disuelve el matrimonio, la mujer debe esperar un año para contraer segundas nupcias para evitar la confusión de la prole.<sup>52</sup> No se puede omitir que en esa obra se regula con bastante detalle lo relativo al lucro matrimonial (la dote) y la testamentifacción de los cónyuges. Asimismo, condena enérgicamente el adulterio estableciendo severas penas tanto corporales como patrimoniales;<sup>53</sup> considera al matrimonio como un acto solemne, pues la sagrada bendición constituye la forma debida sin la cual no existe matrimonio;<sup>54</sup> prohíbe que el hombre tenga varias concubinas y;<sup>55</sup> establece la edad mínima para los esponsales y para el matrimonio refiriéndose tanto al esposo como a la esposa.<sup>56</sup>

He citado muy brevemente algunos de los textos jurídicos más relevantes dentro del derecho romano con la intención de enunciar los elementos y características que definen el matrimonio y lo colocan en el centro de las relaciones familiares como aquella institución en cuyo entorno gravitan muchos de los derechos más importantes de la persona. Para dar por cumplido ese propósito y para tener los elementos suficientes que permitan continuar con el presente análisis, es posible formular las siguientes conclusiones:

1. A la unión entre un hombre con una mujer —conforme a las leyes de la ciudad— se le llamó *iustae nuptiae* y, por ende,

<sup>49</sup> Cfr. XII. VII. *Idem*. También cfr. XXXIII de las *Constituciones del Emperador León*. *Ibidem*, pp. 634 a 636.

<sup>50</sup> Cfr. XII. XV § 1. *Ibidem*, p. 113.

<sup>51</sup> Cfr. XII. XV § 2. *Ibidem*, pp. 113 y 114. También cfr. XXX de las *Constituciones del Emperador León*. *Ibidem*, pp. 632 y 633.

<sup>52</sup> Cfr. XII. XVI. *Ibidem*, p. 114.

<sup>53</sup> Cfr. XXXII. De las *Constituciones del Emperador León*, *Ibidem*, p. 634.

<sup>54</sup> Cfr. LXXXIX. De las *Constituciones del Emperador León*, *Ibidem*, p. 673.

<sup>55</sup> Cfr. XCI. De las *Constituciones del Emperador León*, *Ibidem*, p. 674.

<sup>56</sup> Cfr. CIX. De las *Constituciones del Emperador León*, *Ibidem*, p. 687.

se le reconocían amplias consecuencias jurídicas para la pareja, para los descendientes y para la sociedad; en el orden familiar, patrimonial y hereditario.

2. Independientemente de si se trata del derecho romano clásico o vulgar, durante el Imperio Romano el matrimonio tuvo, entre otras, dos características inconfundibles: la monogamia y la heterosexualidad de la relación.

3. El adulterio y la homosexualidad –ligada a la institución del matrimonio– eran consideradas conductas sumamente lesivas para la vida familiar y social, por ello se sancionaban con penas especialmente crueles.

4. El matrimonio era considerado como la unión de suma dignidad entre los ciudadanos romanos en virtud de la cual era posible no sólo la procreación de los hijos, sino que éstos estuvieran bajo la *potestas* del padre –con derechos y obligaciones recíprocos– y dieran continuidad a los ideales de la ciudad –adquirir la nacionalidad de los padres–. Es decir, era fuente de amplias y muy importantes consecuencias jurídicas.

5. Se reconoce la posibilidad de disolver el vínculo matrimonial y, en consecuencia, adquirir segundas o ulteriores nupcias. Además, se establecen las causas por las que se puede dar esa disolución, entre las que destaca el adulterio.

6. El matrimonio es considerado un acto solemne, es decir, un acto cuya existencia está condicionada a que se observen determinadas las formalidades –no precisamente jurídicas–.

7. Para ciertos autores,<sup>57</sup> en un primer momento en Roma el matrimonio era una situación de hecho más que de derecho, pues los juristas romanos no plantearon una noción clara de la institución sino que establecieron meras aproximaciones que destacan el hecho de la unidad de vida entre dos seres de distin-

---

<sup>57</sup> Cfr. Arévalo Caballero, Walenka, “Notas sobre la configuración de las uniones de hecho en Roma”, *Revista del Centro de Estudios sobre la Mujer de la Universidad de Alicante*, núm. 8, 2006, p. 79. En este sentido, Hugo Hanisch señala que el matrimonio según la concepción romana no es la simple unión física o material del hombre y la mujer, sino que envuelve en un sentido más completo y racional el consentimiento de los contrayentes y de aquellos que tienen potestad sobre los que no son independientes. Hanisch Espíndola, Hugo, *op. cit.*, p. 482.

to sexo. Es decir, atendieron más a una realidad sociológica que a una institución jurídica.

Cada uno de los elementos y características expuestos merece un estudio minucioso en razón de su importancia y trascendencia para el derecho civil contemporáneo; sin embargo, dado el objeto central de este trabajo y por razones metodológicas es indispensable enfocar nuestra atención sólo a uno de ellos, a su carácter monógamo y heterosexual. Por tal motivo, en los siguientes apartados sólo me he de referir a ese aspecto.

Pero antes de continuar considero necesario señalar que de acuerdo con el derecho romano existían otras formas en que se podían unir las personas no precisamente bajo la *iustae nuptiae*, tales como: el *contubernium*, que es la convivencia sexual entre esclavos autorizada por los señores y que podría tener efectos jurídicos después de la *manumissio* (una forma de adquirir la libertad),<sup>58</sup> y el *concubinatus*.

Las personas que no tuvieran la capacidad jurídica –*conubium*–, o la voluntad –*affectio maritalis*– para celebrar *iustae nuptiae*, sólo podían unirse por *concubinatus* o unión de hecho. Por este motivo, conforme al derecho romano, se suele definir al concubinato como la convivencia estable de un hombre y una mujer entre los que no existía *conubium*, o bien no tenían la voluntad continua y efectiva de ser recíprocamente marido y mujer. En otras palabras, ante la imposibilidad jurídica de contraer matrimonio la única solución posible era el concubinato. Este no era más que el reflejo de una situación social –de hecho– que no tenía cabida en el matrimonio.<sup>59</sup> Posteriormente, gracias al esfuerzo de los emperadores romanos, el concubinato dejó de ser una relación social y se convirtió en una institución jurídica.

Así, el concubinato se configuró como una unión conyugal inferior al matrimonio legítimo, por lo que exigió las mismas condiciones establecidas para el matrimonio: a) era riguro-

---

<sup>58</sup> Floris Margadant S., Guillermo, *El derecho privado romano*, *op. cit.*, p. 207.

<sup>59</sup> En este sentido, con la regulación del concubinato y con la eliminación de los impedimentos para contraer matrimonio, Justiniano consiguió que poco a poco se fuera extinguiendo el concubinato. Cfr. Arévalo Caballero, Walenka, *op. cit.*, p. 85.

samente monogámico y heterosexual, b) se requería la misma edad que para el matrimonio, y c) estaba sujeto a los impedimentos de parentela consanguínea, por afinidad o adopción vigentes para el matrimonio.<sup>60</sup> Cabe insistir que el concubinato en Roma nunca contempló la unión entre parejas homosexuales.

Lo anterior permite añadir una conclusión más a las ya formuladas:

8. El derecho romano no era ajeno a las realidades sociales de su época; por ello, en relación a la unión duradera entre personas que no cumplían los requisitos exigidos para el matrimonio, contempló y reguló el concubinato como una forma de dar solución “alternativa” –primero social y después jurídica– a una situación evidente. Hay que subrayar que esa relación, al igual que el matrimonio, era monógama y heterosexual.

### III. LA NOCIÓN DE MATRIMONIO A PARTIR DE CONSTITUYENTE DE 1917

En el apartado anterior se ha examinado brevemente el *status* jurídico del matrimonio en el derecho romano para destacar algunas ideas que faciliten su interpretación en el escenario jurídico contemporáneo, a partir de las reformas en materia familiar que permiten la unión –mediante esa institución– de personas del mismo sexo.

El salto del derecho romano a la Constitución de 1917 es vertiginoso pero necesario y justificado; necesario, porque no es la intención de este trabajo hacer un estudio exhaustivo de la institución del matrimonio a lo largo de la historia del derecho y; justificado, porque el carácter que interesa aquí –relación monógama y heterosexual– no ha cambiado desde su concepción en los albores del derecho. Además, tomo como base la Constitución de 1917 porque constituye el máximo fundamento jurídico actual en nuestro país sobre el cual se esgrimen argumen-

---

<sup>60</sup> Bonefante, P. *Corso di diritto romano. Diritto di famiglia*, Vol. I. Giuffrè, Milano, 1963, p. 324. En *Ibidem*, p. 84.

tos en sentidos divergentes e, incluso contradictorios relativos al matrimonio entre personas del mismo sexo.

El texto original de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917 se refería al matrimonio en el artículo 130 del modo siguiente:

(...) El matrimonio es un contrato civil. Éste y los demás actos del estado civil de las personas son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil, en los términos prevenidos por las leyes, y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyan. (...).

Dicha disposición tiene su antecedente en la Constitución del 12 de febrero de 1857 que, a pesar de no aludir al matrimonio en su texto original, posteriormente sí lo hizo gracias a dos modificaciones:

La primera, en virtud de la Ley sobre Adiciones y Reformas a la Constitución, del 25 de septiembre de 1873,<sup>61</sup> cuyo artículo 2 señalaba:

El matrimonio es un contrato civil. Este y los demás actos del estado civil de las personas son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil, en los términos prevenidos por las leyes, y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyan.

Y, la segunda, por la Ley Orgánica de las Adiciones y Reformas Constitucionales, del 14 de diciembre de 1874,<sup>62</sup> que en su artículo 22 establecía lo siguiente:

---

<sup>61</sup> <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/328/13.pdf> Y <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/cn17.pdf> Consultadas el 15 de enero de 2010.

<sup>62</sup> Puede verse en Floris Margadant S., Guillermo, *La iglesia ante el derecho mexicano*, Miguel Ángel Porrúa, Grupo Editorial, México, 1991, p. 279.

El matrimonio es un contrato civil, y tanto él como los demás actos que fijan el estado civil de las personas, son de la exclusiva competencia de los funcionarios del orden civil en los términos prevenidos por las leyes, y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyan.

Por su parte, el artículo 23 señalaba:

Corresponde a los Estados legislar sobre el estado civil de las personas y reglamentar la manera con que los actos relativos deben celebrarse y registrarse; pero sus disposiciones deberán sujetarse a las siguientes bases: (...) VII. El matrimonio civil no podrá celebrarse mas que por un hombre con una sola mujer, siendo la bigamia y la poligamia delitos que las leyes castigan (...).

Por último, el artículo 24 decía:

El estado civil que una persona tenga conforme a las leyes de un Estado o distrito, será reconocido en todos los demás de la República.

En este sentido, es posible enfatizar al menos en tres características que ha tenido el matrimonio a nivel constitucional desde la Constitución de 1857: a) es considerado como un contrato civil, b) se confiere a la autoridad civil la facultad para regularlo, y c) se concibe como la unión monógama y heterosexual entre un hombre y una mujer.

Dicho lo anterior, ahora es necesario conocer exactamente qué concepción se tenía de matrimonio tanto por el Constituyente de 1917, como por los órganos legislativos a partir de entonces. Para ello es preciso acudir a diversos ordenamientos en materia civil y familiar.

#### **a) Ley sobre Relaciones Familiares**

A pocos meses de aprobada la Constitución de 1917, Carranza promulgó la Ley sobre Relaciones Familiares la cual dero-

ga los capítulos respectivos del Código Civil de 1884. Su publicación fue fraccionada entre el 14 de abril y el 11 de mayo de 1917. Las principales novedades que dicha ley introdujo fueron: un nuevo concepto de matrimonio de carácter contractualista y disoluble, una mayor igualdad entre los cónyuges, se disminuye la potestad marital, se reconocen las diferentes funciones de cada cónyuge, se elimina la diferencia entre hijos naturales e hijos espurios, y se modifica el régimen patrimonial de los consortes.<sup>63</sup>

El artículo 13 de la ley en comento define al matrimonio en los siguientes términos:

El matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen en vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida.

Al respecto es necesario resaltar que el sentido prescriptivo de ese enunciado normativo es triple. En primer lugar, aparentemente establece la naturaleza jurídica del matrimonio;<sup>64</sup> en segundo lugar, establece dos requisitos a satisfacer para que exista matrimonio<sup>65</sup> y; en tercer lugar, establece los fines del mismo.<sup>66</sup>

Lo relativo a su naturaleza jurídica será discutido más adelante. En cuanto a los requisitos a satisfacer para que se dé la institución de matrimonio, la hipótesis normativa reproduce las dos notas esenciales de éste que ya se hacían evidentes desde la Constitución de 1857 a consecuencia directa de su regulación en el antiguo derecho romano: su carácter monógamo y heterosexual. De este modo, el matrimonio es el vínculo entre *un hombre y una mujer*. La norma por sí misma excluye –o mejor

---

<sup>63</sup> Sánchez Medal, Ramón, *Los grandes cambios en el derecho de familia en México*, Porrúa, México, 1979. Citado por Adame Goddard, Jorge, *El matrimonio civil en México (1859-2000)*. UNAM-IIJ, México, 2004, p. 42.

<sup>64</sup> Esto será analizado en el apartado siguiente de este trabajo.

<sup>65</sup> Me refiero a las condiciones normativas para que exista la institución del matrimonio, no a los requisitos para contraer matrimonio.

<sup>66</sup> El citado precepto también se refiere a la condición disoluble de la unión entre el hombre y la mujer, a consecuencia de las leyes del divorcio vincular de 1914 y 1915.

dicho, no le atribuye los mismos efectos jurídicos— a otros supuestos fácticos, tales como: la bigamia, la poligamia y la unión homosexual.

Tanto el carácter monógamo como heterosexual del matrimonio se encuentran fielmente instituidos en varias disposiciones de la Ley sobre Relaciones Familiares. Así, por ejemplo, en relación a la patria potestad, en el apartado de “Considerando” se afirma:

Que en cuanto a la patria potestad no teniendo ya por objeto beneficiar al que la ejerce, y teniendo en cuenta la igualdad de derechos entre *hombre y mujer*, se ha creído conveniente establecer que se ejerza conjuntamente por el padre y la madre...

O bien, en lo tocante a los impedimentos para contraer matrimonio, el artículo 17 apunta:

Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio: (...) IX. El *matrimonio subsistente con persona distinta* de aquella con quien se pretende contraer...

También en lo concerniente a la edad mínima para contraer matrimonio, el artículo 18 señala:

Solamente pueden contraer matrimonio *el hombre* que ha cumplido 16 años y *la mujer* que ha cumplido 14...

Otros artículos que también pueden citarse son: 76 fracción I y 77, relativos al adulterio; 108, relativo a la nulidad del matrimonio; 217, relativo al reconocimiento de hijo fuera de matrimonio; 222, relativo a la adopción; 270 y ss., relativos al régimen patrimonial del matrimonio; etc.

En lo que respecta a los fines del matrimonio, principalmente en lo que a perpetuar la especie se refiere,<sup>67</sup> cabe decir lo

---

<sup>67</sup> Este tema también fue del interés del derecho romano; sin embargo, su análisis quedará para otro momento.

siguiente. El primer “Considerando” de la Ley sobre Relaciones Familiares señala:

Que en el informe que presentó esta Primera Jefatura del Ejército Constitucionalista al Congreso Constituyente, se expresó de una manera terminante que pronto se expedirían leyes para establecer la familia ‘sobre bases más racionales y justas, que eleven a los consortes a la alta misión que la sociedad y la naturaleza ponen a su cargo, de propagar la especie y fundar la familia’ (...).

En el mismo sentido, otro punto del apartado “Considerando” arguye que la preservación de la especie humana justifica la edad mínima para contraer matrimonio:

(...) Que asimismo es necesario, en interés de la especie, aumentar la edad requerida para contraer matrimonio, a fin de que los cónyuges sean lo suficientemente aptos para llenar las funciones fisiológicas y morales que les están encomendadas...

Incluso, cuando se discute la naturaleza jurídica del matrimonio o en lo relacionado a la administración y propiedad de los bienes, se reconoce expresamente su finalidad:

...siendo sus objetos esenciales la perpetuación de la especie y la ayuda mutua...

...sin perjuicio de la unidad de la familia y sin excluir la ayuda mutua...

En definitiva, el legislador entendía como perpetuación o propagación de la especie a la procreación y, por ende, la unión sexual entre un hombre y una mujer. Al respecto se pueden citar varios artículos, tales como: 19, en relación al consentimiento de los padres para contraer matrimonio; 43, en relación al cuidado y educación de los hijos; 53 y 54, en relación a los alimentos; 238 y ss., en relación a la patria potestad; etc.

## b) Código Civil de 1928

El Código Civil de 1928 publicado en el Diario Oficial de la Federación los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928; siguió en materia familiar los lineamientos de la Ley sobre Relaciones Familiares, pero incluyó algunas novedades dependientes de su orientación general a reformar el derecho privado, haciéndolo más solidario y menos individualista, para lo cual se propuso especialmente proteger a las partes más débiles en las relaciones jurídicas y; en el matrimonio, a la esposa.<sup>68</sup>

Ese código, a diferencia de los anteriores, no da una definición de matrimonio. Sin embargo, mantiene la postura contractualista del mismo; su carácter monógamo y heterosexual y; con ciertas modificaciones, su finalidad.

En primer término, no obstante de que la naturaleza jurídica del matrimonio será analizada más adelante, es preciso citar algunos artículos que lo refieren como contrato. Así, por ejemplo, los artículos 178 y 267, respectivamente, determinan:

El contrato de matrimonio debe celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal, o bajo el de separación de bienes.

Son causas de divorcio: (...) II. El hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse este contrato...

En segundo término, a pesar de que no existe una hipótesis normativa que señale expresamente las dos notas esenciales del matrimonio –su carácter monógamo y heterosexual–, como sí lo haría la Ley sobre Relaciones Familiares, éstas siguen manifiestas en el código con los mismos efectos antes señalados. De este modo, el artículo 140 dispone:

Sólo puede celebrar esponsales *el hombre* que ha cumplido dieciséis años y *la mujer* que ha cumplido catorce.

---

<sup>68</sup> Adame Goddard, Jorge, *El matrimonio civil en México*, op. cit., pp. 52 y 53.

Por su parte, el artículo 148 previene:

Para contraer matrimonio, *el hombre* necesita haber cumplido dieciséis años y *la mujer* catorce...

Además, el artículo 237 determina:

La menor edad de dieciséis años en *el hombre* y de catorce en *la mujer* dejará de ser causa de nulidad...

Finalmente, el artículo 156 expresa:

Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio: (...) X. *El matrimonio subsistente con persona distinta* de aquella con quien se pretenda contraer...

En suma, gracias a una interpretación exegética, histórica y sistemática de esos preceptos es posible afirmar que el matrimonio es concebido todavía por ese código como el vínculo entre *un hombre y una mujer*.

En tercer y último término, el código de 1928, en correspondencia al artículo 13 de la Ley sobre Relaciones Familiares, señala en el artículo 147 lo siguiente:

Cualquiera condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta.

Más allá de criticar la desafortunada redacción de ese artículo, es dable destacar dos cosas: la primera, y quizá más importante, es que la noción de procreación sigue patente en la legislación civil, lo cual se manifiesta en diversos artículos, tales como: 149, en relación al consentimiento de los padres para contraer matrimonio; 167, en relación al cuidado y educación de los hijos; 303 y 304, en relación a los alimentos; 411 y ss., en relación a la patria potestad; etc. Y, la segunda, es que la expresión “ayudarse a llevar el peso de la vida”, utilizada por la Ley sobre

Relaciones Familiares, es sustituida por “ayuda mutua que se deben los cónyuges” lo cual es irrelevante para el tema que nos ocupa.<sup>69</sup>

En este punto conviene tener presente las reformas al Código Civil publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1974, que tuvieron como propósito igualar los papeles de los cónyuges en el matrimonio<sup>70</sup> y suprimir a la procreación como uno de los fines primordiales del matrimonio. Se modificó, entre otros, el 162 al cual se le añadió un segundo párrafo en los siguientes términos:

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos. Por lo que toca al matrimonio este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.

Con ello se confirma que la procreación no es más la finalidad del matrimonio, sino sólo una mera posibilidad.

### **c) Código Civil para el Distrito Federal (CCDF) de 2000**

Después de múltiples reformas,<sup>71</sup> se publica en la GODF el 25 de mayo de 2000 un nuevo Código Civil<sup>72</sup>, cuyo contenido en

---

<sup>69</sup> Al respecto, Adame Goddard considera que se podría sostener que los fines del matrimonio a que alude el código son lo procreación y la ayuda mutua, tal como lo consideraba la legislación anterior. Pero el hecho es que el código ya no dice expresamente cuáles son los fines del matrimonio. Cfr. *Ibidem*, p. 54.

<sup>70</sup> Cabe recordar el contexto en el que se produjo dicha reforma, que estuvo marcado por la tendencia igualitaria que se promovía en México en ese entonces. En esa misma fecha se modifica el artículo 4 de la Constitución en el que se introdujo: “el varón y la mujer son iguales ante la ley”.

<sup>71</sup> Por ejemplo, las publicadas en el Diario Oficial de la Federación los días 31 de diciembre de 1953, 27 de diciembre de 1983, 6 de enero de 1994 y 30 de diciembre de 1997.

<sup>72</sup> Véase Cárdenas Villareal, Héctor Manuel, “El Código Civil Federal (origen, fundamento y constitucionalidad)”, *Revista Mexicana de Derecho*. Colegio de Notarios del Distrito Federal – Porrúa. núm. 10.

materia matrimonial es consecuencia de un procedimiento ya iniciado.

Uno de los muchos artículos modificados fue el 146 que define al matrimonio del modo siguiente:

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

Dicha definición rompe con la concepción tradicional de matrimonio, pues omite la alusión al contrato (consecuencia de la reforma del artículo 130 constitucional),<sup>73</sup> tampoco se menciona a la procreación como fin primordial del matrimonio; sin embargo, es a todas luces perceptible el carácter monógamo y heterosexual que expresamente se mantiene en el código.

En cuanto a este último punto, existen infinidad de preceptos que así lo sostienen. A modo de ejemplo se pueden mencionar los siguientes: 156, “Son impedimentos para celebrar el matrimonio: (...) XI. *El matrimonio subsistente con persona distinta de aquella con quien se pretenda contraer...*”; 237, “El matrimonio entre *el hombre o la mujer* menor de edad, dejará de ser causa de nulidad cuando...”; 294, “El parentesco de afinidad, es el que se adquiere por matrimonio o concubinato, entre *el hombre y la mujer* y sus respectivos parientes consanguíneos”; 374, “El hijo

---

<sup>73</sup> Mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de enero de 1992 se reforma, entre otros, el artículo 130 constitucional. A consecuencia de ese decreto, el penúltimo párrafo del artículo en comento queda de la siguiente manera: “(...) Los actos del estado civil de las personas son de la exclusiva competencia de las autoridades administrativas en los términos que establezcan las leyes, y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyan. (...)”. Es decir, se omite la mención que expresamente confería el carácter contractual al matrimonio. Dichas reformas atienden a la intención de establecer relaciones entre las iglesias y el Estado. Véase González Schmall, Raúl, *Reformas y libertad religiosa en México*, Instituto Mexicano de Doctrina Social Cristiana, México, 1994, núm. 22, Colección “Diálogo y autocrítica”.

de una *mujer casada* no podrá ser reconocido como hijo por otro *hombre distinto del marido...*"; etc.

La nueva definición de matrimonio lo reduce a la unión voluntaria y formal entre un hombre y una mujer para vivir en el mismo domicilio y ayudarse económicamente, con o sin procreación, con o sin unión carnal. Es también la unión "libre", pues no se entiende que exista un deber permanente de los cónyuges, ya que basta que uno de ellos se separe del domicilio conyugal por más de un año para que cese el deber de convivir. Ya está muy cerca de la concepción pagana antigua en que el matrimonio era una simple situación de hecho. Lo único que queda de vínculo jurídico en el matrimonio en el código actual es el deber de darse alimentos y los derechos hereditarios que se generan.<sup>74</sup> Las únicas notas o características que se mantienen y lo hacen ser tal son su carácter monógamo y heterosexual.

En este orden de ideas, y para dar cabal cumplimiento a los objetivos de este trabajo, es necesario hacer referencia al Decreto publicado en la GODF el 29 de diciembre de 2009 el cual, apelando al derecho de no discriminación, reforma diversos artículos del CCDF lesionando gravemente varias instituciones del derecho familiar; de modo directo, el matrimonio y la adopción e; indirecto, el concubinato, la patria potestad, los alimentos, la tutela y la curatela, entre otras. Ese Decreto cambia sustancialmente la definición jurídica de matrimonio.

El artículo 146 queda del modo siguiente:

Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente código.

Así también, artículos como el 237 y el 294 quedan genéricamente indiferenciados, es decir, ya no se habla de hombre y mujer.

---

<sup>74</sup> Cfr. Adame Goddard, Jorge, *El matrimonio civil en México*, op. cit., p. 106. Otras críticas a esa definición legal pueden consultarse en: De la Mata Pizaña, Felipe y Garzón Jiménez, Roberto, *Derecho familiar*, 3a ed., Porrúa, México, 2006, p. 93.

El radical cambio en la forma de concebir el matrimonio por el legislador local violenta peligrosamente la lógica e integridad, no sólo del derecho de familia sino del derecho civil en general y, más aún, del derecho mismo. Aquello que permitía reconocer la institución matrimonial –la monogamia y la heterosexualidad– se ve menguado por un aparente derecho que tienen los homosexuales a contraer matrimonio.

A consecuencia de esa reforma, legalmente sólo subsiste el atributo monogámico de la relación. Prácticamente ha quedado desnuda y totalmente trasmutada la figura del matrimonio, generando las condiciones propicias para que deje de ser la institución más importante del derecho civil y familiar, y encontrar un fácil acomodo como una mera relación de tipo contractual –es decir, que permita a las partes determinar libremente las consecuencias jurídicas y sociales de la unión–, de conveniencia –es decir, que subsista mientras que se satisfagan intereses temporales mutuos– y, fugaz –es decir, que se distinga por la falta de compromiso y entrega entre los consortes–.

Entre los argumentos que se presentaron para llevar a cabo las reformas en comento están los siguientes:<sup>75</sup>

1. Se invoca el derecho de no discriminación consagrado en los artículos 1 de la Constitución y 2 de CCDF en el sentido de que a ninguna persona podrá restringírsele el ejercicio de sus derechos, cualquiera que sea la naturaleza de estos, por razones de su orientación sexual.

2. Que el respeto a los derechos sexuales, a la orientación sexual y a la identidad de género es esencial para la realización de la igualdad entre hombres y mujeres y que los Estados deben adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar los prejuicios y las prácticas que se basen en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos, o en roles estereotipados para hombres y mujeres.

3. Que la iniciativa presentada por el diputado David Razú Aznar el 24 de noviembre de 2009 ante el pleno de la Asamblea

---

<sup>75</sup> Véase Diario de los Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal de fecha 21 de diciembre de 2009.

Legislativa del Distrito Federal no tiene problemas de constitucionalidad, ya que tiene sustento en los artículos 1 y 4 de la Carta Magna. Además, se indica que da cumplimiento a la línea de acción número 1983 del Programa de Derechos Humanos del Distrito Federal que promueve el matrimonio entre personas del mismo sexo.

4. Que el matrimonio entre personas del mismo sexo está reconocido en otros países, tales como: Países Bajos (2001), Bélgica (2003), Canadá (2005), España (2005), Sudáfrica (2005), Suecia (2008) y Estados Unidos de Norteamérica (sólo en Massachusetts, Connecticut, Iowa y Vermont).

Antes de finalizar este apartado es oportuno formular las conclusiones correspondientes:

1. Es evidente que no fue la intención del Constituyente de 1917 –ni lo puede ser de cualquier otro– convertir el texto constitucional en un diccionario jurídico en que se defina, entre otros, la institución del matrimonio. Los problemas de obediencia y eficacia del derecho se intensifican cuando los ordenamientos jurídicos pretender convertirse en compendios o diccionarios legales, y más aún, cuando ese ordenamiento es la Constitución. No obstante, lo anterior no significa que el Constituyente no tuviera una noción clara e inequívoca de matrimonio.

2. La existencia, validez y eficacia de una figura o institución jurídica, independientemente de qué posición ocupe dentro de la jerarquía normativa el ordenamiento que la regula, no están condicionadas a la presencia de una definición en ese u otro ordenamiento.

3. El uso de los métodos histórico, lógico y sistemático permiten afirmar que la noción que tenía el Constituyente de 1917 sobre el matrimonio, indudablemente era la contenida en el artículo 13 de la Ley sobre Relaciones Familiares. Por tal motivo, es acertado sostener que la definición que implícitamente tenía la Constitución de matrimonio era la contenida en esa ley, pues la misma Constitución le confiere a la autoridad civil la facultad de regularlo.

De este modo, el matrimonio comportaba las siguientes características: a) era un contrato civil, b) su regulación corres-

pondría a la autoridad civil, c) se concebía como la unión monógama entre personas, d) dicha unión era, además, heterosexual, y e) tenía como finalidad la procreación y la ayuda mutua.

4. La noción de matrimonio que tenía el Constituyente de 1917 no es la misma a la que tiene el texto constitucional vigente. Lo cual, a su vez, no implica que actualmente la Constitución no tenga una idea clara e inequívoca de matrimonio.

5. Tanto el texto original de la Constitución como la Ley sobre Relaciones Familiares de modo idéntico se refieren al matrimonio como contrato; lo cual sólo es reflejo de las relaciones entre la iglesia y el Estado en ese momento histórico, más no develan la naturaleza jurídica del matrimonio. Y aunque esto será analizado en el siguiente apartado, esto se demuestra claramente con la reforma constitucional de 1992. Mientras la iglesia no era reconocida por el Estado, el texto constitucional se refería al matrimonio como contrato *civil* –para diferenciarlo del sacramento–; pero cuando es reconocida en aquel año, congruentemente se elimina dicha alusión en la Constitución. Esto evidencia una primera y sustancial diferencia entre la noción de matrimonio que tenía el Constituyente de 1917, del que tiene actualmente la Constitución.

6. Como se ha dicho, la Constitución le otorga la facultad a la autoridad civil para regular todo lo relativo al matrimonio. Por esta razón, cada una de las entidades federativas puede expedir, en sus respectivos códigos civiles, la regulación que considere conveniente la cual, en virtud del pacto federal, será reconocida y tendrá validez en los demás Estados. Pero esto no implica que la concepción constitucional de matrimonio –que hasta donde se ha explicado coincide con la del Constituyente de 1917, a excepción de la referencia al contrato– esté a merced de las regulaciones estatales, es decir, ninguno de los códigos civiles locales puede contrariar el sentido de matrimonio que tiene la Constitución.

7. La concepción de matrimonio en la Constitución sólo puede ser modificada por la regulación que emita la autoridad civil a nivel federal por cualquiera de estas dos vías: a) ya sea mediante una reforma constitucional –lo cual no siempre es nece-

sario—, o bien b) por medio de la legislación civil federal, es decir, mediante el Código Civil Federal. Como ejemplo de la primera vía, está la reforma constitucional de 1992 ya comentada y; de la segunda, la reforma de 1974 al Código Civil que suprime a la procreación como uno de los fines primordiales del matrimonio.

8. A consecuencia de lo que se ha dicho hasta ahora, la noción de matrimonio en el texto constitucional vigente sólo diverge al que tenía el Constituyente de 1917 en dos cosas: a) ya no es considerado un contrato *civil*; y b) la procreación ya no es una finalidad del matrimonio, sino una mera posibilidad. Por tanto, la institución matrimonial mantiene las siguientes características: a) su regulación corresponde a la autoridad civil, c) se concibe como la unión monógama entre personas, d) dicha unión es, además, heterosexual, e) da la posibilidad a la procreación, y f) tiene como finalidad la ayuda mutua.

9. El matrimonio, como institución jurídica, tiene ciertas propiedades que determinan su esencia, es decir, sin esas cualidades no cabe hablar de matrimonio en sentido jurídico. Algunas de ellas son: a) la unión sólo es entre personas; b) el consentimiento es indispensable; c) constituye la fuente por excelencia de los derechos y obligaciones en materia familiar, es decir, es la unión con más amplias consecuencias jurídicas reconocidas por el sistema jurídico; d) invariablemente es monogámico; e) indefectiblemente es heterosexual; f) bajo las ideas de unidad y coherencia del sistema normativo, existen sanciones (consecuencias jurídicas) por violar las disposiciones jurídicas correspondientes; g) la unión es disoluble; h) para su existencia, dada su importancia, se exigen determinadas solemnidades; i) tiene una regulación propia que la distingue de otras realidades sociales; j) su finalidad es la procreación<sup>76</sup> y la ayuda mutua; y k) la unión es jurídica y no sólo de hecho.

Por tanto, a la constante referencia del sentido constitucional de matrimonio, corresponde hacer una especial advertencia: el positivismo jurídico de antaño hoy no debe convertirse en un

---

<sup>76</sup> Este elemento todavía es objeto de discusión por parte de la doctrina en materia familiar.

constitucionalismo que pretenda definir *a priori* el alcance de las instituciones jurídicas, para prescindir *a posteriori* del análisis jurídico. En otras palabras, si bien la Constitución tiene una noción clara e inequívoca de matrimonio en los términos antes expuestos, ésta no puede variar –aunque lo haga por los cauces indicados– las propiedades o cualidades mencionadas que lo diferencian de otras instituciones o figuras jurídicas.

10. Las reformas de 2009 al CCDF carecen de todo sentido, fundamentación y legitimación. En primer lugar, porque ese código –local– se contrapone a la noción de matrimonio que tiene la Constitución desde 1917 conforme a lo que se ha expuesto y; en segundo lugar, porque atenta contra la esencia misma de la institución.

11. A partir de un falso e ilusorio aumento en los derechos humanos, se ha decidido utilizar al sistema jurídico, particularmente al derecho familiar, como instrumento para igualar las condiciones materiales o fácticas de los gobernados. Situación censurable para cualquier sociedad que se precie de ser justa y libre. El derecho, por su propia racionalidad, no puede regular dos realidades del mismo modo, reconociendo las mismas consecuencias jurídicas indistintamente.

12. Si, a pesar de los anteriores argumentos, se aceptara el “matrimonio” entre personas del mismo sexo, debería plantearse también la posibilidad del “matrimonio” entre tres o más personas. Pues si la heterosexualidad se considera elemento irrelevante de la institución, las mismas razones permiten sostener que la monogamia también lo es. De tal forma que un varón puede invocar el derecho –fundamental– a contraer matrimonio con dos mujeres las cuales, por supuesto, están de acuerdo. O, a la inversa, una mujer con dos hombres. ¿Acaso no parece un planteamiento carente de lógica y coherencia para toda persona que se precie de ser verdaderamente jurista? Así lo es el propósito de igualar las relaciones entre personas homosexuales –que no están prohibidas por el derecho– al matrimonio. Ni en uno ni en otro caso se satisfacen las condiciones físicas y jurídicas para que realmente exista el derecho a contraer matrimonio.

#### IV. EL MATRIMONIO COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA

Existen distintas teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica del matrimonio. Las más destacadas lo consideran como: institución, acto condición, contrato, contrato de adhesión, estado civil, acto de poder estatal, y como acto mixto o complejo.<sup>77</sup> Para los efectos de este trabajo, trataré de elaborar las consideraciones pertinentes que lo muestren como institución<sup>78</sup> en contraposición al contrato, y para ello es menester exponer algunas de las premisas de la Teoría General del Contrato, sin obviar una advertencia preliminar: el CCDF no contiene una Teoría del Acto Jurídico como género, sólo regula aisladamente algunos actos jurídicos concretos; por el contrario, alude amplia y explícitamente a la Teoría General del Contrato como una de las especies del género acto jurídico, confiriendo supletoriamente los mismos efectos de la especie al género.<sup>79</sup> Dicho lo anterior, es pertinente iniciar con la exposición de las referidas premisas.

1. *Ámbito patrimonial*. Los contratos se estudian y tienen su campo de actualización dentro del ámbito patrimonial; su estudio sólo tiene importancia práctica si se hace dentro de la Teoría del Patrimonio. Así, al pretender ampliar su órbita a otras materias civiles u otras disciplinas jurídicas es violentar su naturaleza y función, lo que se traduce en una escasa o nula utilidad práctica o doctrinaria.<sup>80</sup>

En este sentido, discutir si el matrimonio es un contrato es distraer la atención sobre los aspectos verdaderamente im-

---

<sup>77</sup> Los principales postulados de cada una de ellas pueden consultarse en: De la Mata Pizaña, Felipe y Garzón Jiménez, Roberto, *op. cit.*, pp. 97 y ss.

<sup>78</sup> Para Rafael Rojina, una institución jurídica es un conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y persiguen la misma finalidad. Sobre este punto véase Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de derecho civil*, 14a ed., Tomo I, Porrúa, México, 1977, p. 281.

<sup>79</sup> Para ahondar más en dicha advertencia véase Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho Civil*, 4a ed., Porrúa, México, 1994, pp. 521 y 522.

<sup>80</sup> Zamora y Valencia, Miguel Ángel, *Contratos civiles*, 11a ed., Porrúa, México, 2007, p. 4.

portantes de esta figura. No se discute la importancia jurídica de las materias no patrimoniales, que seguramente la tienen y aún mayor que las patrimoniales, sino que la figura del contrato implica por definición obtener los máximos frutos. El contrato crea un vínculo obligatorio de contenido patrimonial.<sup>81</sup>

2. *Principio de la autonomía de la voluntad.* Este principio deviene de la libertad jurídica, es decir, del poder del hombre de crear por un acto de voluntad una situación de derecho, siempre que ese acto tenga un objeto lícito. Por un acto de voluntad se puede modificar la esfera jurídica a condición, sin embargo, de querer una cosa que no este prohibida por la ley. De este modo, el acto jurídico se define como el acto de voluntad que tiene por objeto modificar la esfera jurídica de un individuo. No hay acto jurídico si no hay realmente voluntad.<sup>82</sup> Y a la unión de voluntades en torno a un mismo objeto (contrato) se le llama consentimiento.

De conformidad con este principio, la persona, en tratándose de un acto jurídico –monosubjetivo–; o las personas, en tratándose de un contrato –plurisubjetivo–, pueden derogar libremente y a su conveniencia las disposiciones legales que sean supletorias al acto o contrato que pretenden realizar, es decir, pueden confeccionar libremente los términos y condiciones de la relación jurídica. No obstante, para que se produzcan las consecuencias de derecho deseadas, el acto o contrato del que emanan derechos y obligaciones no debe contener prestaciones que sean contrarias a leyes prohibitivas, o de orden e interés público. Esto es, precisamente, la licitud del objeto como elemento de validez.

A modo de ejemplo se pueden citar los artículos 6, 8, 1830, 1831, 1832 y 1839 del CCDF.

3. *Principio del consensualismo.* La Teoría General del Contrato contenida en el código de 1928 y que, a su vez, sigue al de 1870 establece el principio del consensualismo en el sentido de que el derecho moderno no exige que la voluntad se manifieste

---

<sup>81</sup> *Idem.*

<sup>82</sup> Cfr. Duguit, León, *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*, Trad. Carlos González Posada, Edeval, Chile, 1987, pp. 57, 60, 81 y 83.

en una forma determinada –verbal o escrita–. Exige solamente que la voluntad haya sido expresada de cualquier forma.<sup>83</sup> Cuando se dice que un contrato es consensual en oposición al formal, se considera que existe por la simple manifestación del consentimiento, sin requerir una forma escrita, pública o privada para la validez del acto.<sup>84</sup>

Frecuentemente suele confundirse la forma con la formalidad. La forma es el signo o conjunto de signos por los cuales se hace constar o se exterioriza la voluntad del o los agentes en un acto jurídico o contrato; en tanto que las formalidades o formalismos, son el conjunto de normas establecidas por el ordenamiento jurídico o por las partes, que señalan cómo se debe exteriorizar la voluntad para la validez del acto jurídico o contrato. En consecuencia, la forma es un elemento de existencia y las formalidades son elementos de validez.<sup>85</sup>

Según este principio, para la existencia del contrato basta que la voluntad de las partes se exteriorice; es decir, tenga forma, pues no hay actos jurídicos sin forma. Sin embargo, existe la tendencia –cada vez mayor– de sujetar la celebración de los contratos a ciertas formalidades con la finalidad de preservar la seguridad jurídica.

El principio del consensualismo, como regla general, se manifiesta claramente en los artículos 1796 y 1832 en las disposiciones aplicables a todos los contratos. Pero sus excepciones son muchas, ya que casi todos los contratos exigen determinadas formalidades para la validez del contrato.<sup>86</sup> De tal modo que la “regla general”, es realmente la excepción.

---

<sup>83</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 83.

<sup>84</sup> Cfr. Rojina Villegas, Rafael, *Derecho civil mexicano*, 2a ed., Porrúa, México, 1975, p. 33.

<sup>85</sup> Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *Derecho notarial*, 12a ed., Porrúa, México, 2002, p. 66. También véase Carral y de Teresa, Luis, *Derecho notarial y derecho registral*, 15a ed., Porrúa, México, 1998, p. 217. Y Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *op. cit.*, p. 619.

<sup>86</sup> Los contratos sujetos a formalismos son: promesa de contrato, compraventa de bienes inmuebles, donación, arrendamiento, mandato, obra a precio alzado, transporte, asociación, sociedad, aparcería, renta vitalicia, prenda, hipoteca y transacción.

4. *Solemnidad*. Las formalidades suelen clasificarse en *ad solemnitatem* y *ad probationem*. Las primeras son aquellas que son necesarias para la existencia del acto, toda vez que su falta produce la inexistencia del mismo.<sup>87</sup> La solemnidad participa en los menos de los actos, los casos son contados pero al mismo tiempo de una trascendencia considerablemente mayor que la de los actos o negocios formales.

Al respecto, es fundamental hacer dos precisiones: 1) En el CCDF no existen contratos solemnes.<sup>88</sup> La solemnidad, por tanto, es una formalidad elevada a la categoría de elemento de existencia en ciertos actos jurídicos, pero no en los contratos. Por ello, con suficiente razón y acierto jurídico, el artículo 1794 no la contempla. Y 2) Sólo reconoce la solemnidad en el testamento y en el matrimonio.

Ahora es momento de formular los argumentos que demuestran que el matrimonio es una institución jurídica y no un mero contrato.

En primer lugar, hay que atender al orden lógico-sistemático del CCDF.

Ese código se compone de cuatro libros: I) De las personas. II) De los bienes. III) De las sucesiones. Y IV) De las obligaciones. El matrimonio, como se sabe, se regula en el primero; en tanto que los contratos, en el cuarto. A pesar de la unidad reguladora que guarda el código cuya única función consiste dar coherencia a sus normas, no permite conforme a una adecuada *praxis* jurídica utilizar los mismos principios y reglas indistintamente en cada uno de ellos. Es decir, para la regulación de las relaciones familiares –como la adopción, el matrimonio, las relaciones paterno-filiares, el régimen patrimonial del matrimonio, etc.– no es lógica ni jurídicamente posible emplear ni aun supletoriamente las normas que rigen a los contratos. Tampoco es factible hacerlo a la inversa. La regulación de las relaciones

<sup>87</sup> Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *op. cit.*, p. 71 y 72.

<sup>88</sup> Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *op. cit.*, p. 555. Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *op. cit.* p. 73. Rojina Villegas, Rafael, *Derecho civil mexicano*, p. 221. Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de derecho civil*, p. 295.

familiares tiene principios jurídicos muy definidos, distintos a otro tipo de relaciones reguladas por el referido código.<sup>89</sup>

En segundo lugar, las disposiciones jurídicas en materia familiar –a diferencia de las contractuales– son de orden e interés público.

Únicamente por razones históricas, el derecho civil regula bajo un mismo sistema de normas tanto los problemas de índole patrimonial que se presentan entre particulares, como los de naturaleza familiar que tienen una especial caracterización, aun cuando, en algunos casos, también tengan consecuencias económicas. Pero el derecho de familia debe separarse del derecho civil patrimonial por: su aspecto no patrimonial, su carácter de estatuto imperativo, irrenunciable, fuera del campo de la autonomía de la voluntad e integrado por normas de interés público.<sup>90</sup>

En esta cuestión, hay quien considera que en toda relación jurídica existen dos elementos constitutivos, el interés y la voluntad. Así, el derecho privado regula intereses y se actúa mediante voluntades. En este caso, los intereses son individuales, propios de cada uno de los individuos que –gracias a su voluntad– forman parte de una relación jurídica. Pero en el derecho familiar no sucede lo mismo, pues el Estado interviene en todas las relaciones jurídicas que se originan entre los distintos sujetos interesados y, además, procura realizar directamente los fines superiores de la comunidad política o del grupo familiar, razón por la cual el derecho familiar realmente pertenece al derecho público.<sup>91</sup>

Generalmente se comparten estas ideas a excepción de que el derecho familiar es una rama del derecho público. Se alega que evidentemente todas las normas de derecho público sí son de

---

<sup>89</sup> Esta postura es compartida por Antonio Cicu, quien sostiene que los principios y conceptos propios del derecho privado no pueden aplicarse al derecho de familia. Cicu, Antonio, *La filiación*, Trad. Faustino Jiménez Arnau y José Santacruz Teijeiro, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1930, p. 9. Citado por Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de derecho civil*, p. 202.

<sup>90</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 201 y 202.

<sup>91</sup> Cfr. Cicu, Antonio. *La filiación*, p. 11. Y Cicu, Antonio, *El derecho de familia*, Trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1947. Ambos citados en p. 203.

interés público, pero no todas las normas de derecho privado se refieren a intereses exclusivamente individuales. En el derecho privado hay normas de interés particular y normas de interés público.<sup>92</sup>

Así, el eje rector que domina todo el derecho de familia radica en que el interés de la familia es superior al de cada uno de sus miembros y, en consecuencia: a) la autonomía de los particulares se despliega en un ámbito mucho más restringido que en otras ramas del derecho privado –como en la contractual– y, b) además, prevalecen las normas vinculativas, es decir, aun donde se aplica la voluntad de las partes deben imperar las normas vinculativas de la ley, toda vez que se generan consecuencias jurídicas que no se pueden ser objeto de renuncia ni alteración.<sup>93</sup> Por tal motivo, el matrimonio constituye verdaderamente una institución del derecho de familia alejada de toda noción contractualista.<sup>94</sup>

El ya citado Decreto publicado en la GODF el 25 de mayo de 2000 modifica de manera importante muchas disposiciones relativas al derecho de familia. Entre ellas, se adiciona el artículo 138 ter que expresamente refiere que esas disposiciones son de orden público e interés social. Cuestión que históricamente ya era una realidad, pero que no estaba contenida en el código sustantivo sino en el adjetivo (artículo 940).

La doctrina contemporánea evita definir el contenido del orden público, más bien pretende dar fórmulas que permitan evidenciar el momento en que el aplicador de la norma se encuentra ante ese caso.<sup>95</sup>

---

<sup>92</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 204. También véase De la Mata Pizaña, Felipe y Garzón Jiménez, Roberto, *op. cit.*, pp. 20 y 21. Y Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *op. cit.*, pp. 570 a 572.

<sup>93</sup> Véase Tedeschi, *El régimen patrimonial de la familia*, p. 4. En *Ibidem*, p. 218.

<sup>94</sup> Para Messineo, hay institutos familiares personales como: el matrimonio, la filiación, la patria potestad, la adopción, la tutela, la curatela, etc. Pero también hay institutos de derecho familiar patrimonial como: las relaciones patrimoniales de la familia y la obligación de dar alimentos. Véase Messineo, *Manual de derecho civil y comercial*, Trad. Santiago Sentís Melendo, Tomo III, Buenos Aires, 1954, pp. 31 y 32. En *Ibidem*, p. 219.

<sup>95</sup> Cfr. De la Mata Pizaña, Felipe y Garzón Jiménez, Roberto, *op. cit.*, p. 14.

Determinar si una norma es de orden público o no es fundamental para determinar las relaciones entre los particulares. Como se ha dicho, el derecho de familia tutela los intereses de la familia y no, de manera individual y aislada, los de cada uno de sus miembros, ya que aquellos se consideran superiores a los individuales. Así, las consecuencias jurídicas que se generan por las relaciones familiares rebasan el ámbito individual de la persona y, por tanto, de su voluntad.

En el caso que no ocupa, el matrimonio es la institución por excelencia del derecho familiar, es la principal fuente de los derechos y obligaciones en materia familiar, al ser la unión con más amplias consecuencias jurídicas reconocidas por el sistema jurídico, las cuales –en lo relativo a su nacimiento, extinción, modificación, observancia, existencia y validez– quedan fuera del arbitrio de la voluntad individual. El principio de la autonomía de la voluntad –en el cual se soporta toda la Teoría General del Contrato– sólo tiene cabida para que la persona genere ciertas situaciones jurídicas, o bien colme determinadas hipótesis normativas, pero no para determinar libremente su alcance y contenido.

En otras palabras, en el matrimonio, la voluntad de los consortes es fundamental para que exista matrimonio, pero sus voluntades no pueden reducir o modificar las consecuencias jurídicas propias de esa institución. Si el principio de autonomía de la voluntad es propio de la materia contractual, el orden e interés público lo es en materia familiar. Y, aunque en algunos casos el derecho familiar puede tener contenido patrimonial, este es accidental y no esencial como en los contratos. En consecuencia, es por demás ocioso considerar al matrimonio como un contrato.

En tercer lugar, el matrimonio es un acto solemne.

Ya se dijo que uno de los principios rectores de la Teoría General del Contrato es el consensualismo; es decir, que por regla general no son necesarias las formalidades para la validez de los contratos, aunque cada vez son más los contratos que las exigen. También se ha dicho que en el CCDF no existen contratos solemnes; que sólo se requiere la solemnidad en el testamento y en el matrimonio, en tanto que actos jurídicos.

La solemnidad es una formalidad elevada a la categoría de elemento de existencia; por ende, su inobservancia entraña la nulidad absoluta. Este elemento –en lo que atañe al matrimonio– ha sido ampliamente estudiado por la doctrina.<sup>96</sup>

En el matrimonio, aun cuando el CCDF no lo diga de manera expresa, es posible distinguir verdaderas solemnidades, cuya inobservancia originará la inexistencia del mismo y; simples formalidades, que sólo afectan su validez cuando se sean observadas.<sup>97</sup> Dicho en otros términos, en el matrimonio no sólo existen formalidades, sino –dado que es la institución por más importante del derecho familiar– también concurren solemnidades.

La solemnidad en términos generales implica tres cosas: a) que se debe observar la formalidad que imperativamente señala la ley, b) que se otorgue ante funcionario o fedatario público y, c) que conste en el libro correspondiente.

Con el ánimo de no extenderme innecesariamente en esta consideración sólo resta afirmar que es evidente que dado el carácter formal y, además, solemne del matrimonio, claramente lo diferencia de toda relación contractual. Las razones son dos: a) el principio del consensualismo no es aplicable al matrimonio, y b) la solemnidad es una formalidad exigida –excepcionalmente– a ciertos actos jurídicos en virtud de su importancia.

En cuarto y último lugar, hay que tener en cuenta el contexto histórico-político en el que se expidieron las diversas legislaciones en materia familiar.

Al efecto, es preciso recordar: 1) el texto original de la Constitución de 1857 no refiere en ninguno de sus artículos al matrimonio. Y 2) en 1873 se incorporan a la Constitución algunas cuestiones relativas al matrimonio, principalmente: a) que es un contrato civil, b) que es competencia exclusiva de la

---

<sup>96</sup> Para Felipe De la Mata y para Roberto Garzón el matrimonio no es un acto solemne. Cfr. *Ibidem*, p. 105. En sentido contrario véase Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *op. cit.*, p. 555. Y Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de derecho civil, op. cit.*, p. 295.

<sup>97</sup> *Idem*. En el artículo 102 y 103 del CCDF se comprenden tanto formalidades como solemnidades.

autoridad civil y, c) que estará sancionado conforme a las leyes correspondientes.

Lo anterior se explica con la expedición de las llamadas Leyes de Reforma que recogían los principales puntos del ideario liberal más avanzado. Entre dichas leyes destacan: Ley de Nacionalización de Bienes Eclesiásticos (1859), Ley de Matrimonio Civil (1859), Ley Orgánica de Registro Civil (1859), Decreto del gobierno que declara que cesa toda intervención del clero en los cementerios y camposantos (1859), Decreto del gobierno que declara qué días deben tenerse como festivos y prohíbe la asistencia oficial a las funciones de la iglesia (1859), Ley sobre Libertad de Cultos (1859), Decreto del gobierno que declara que quedan secularizados los hospitales y establecimientos de beneficencia (1861) y Decreto del gobierno que declara la extinción en toda la república de las comunidades religiosas (1863).<sup>98</sup>

La intención de esas y otras leyes no fue otra que relegar a la iglesia de toda intervención en asuntos políticos y sociales. Por eso se estimó necesario disminuir su poder mediante dos acciones concretas: a) La desamortización de sus bienes; y b) que lo relativo al estado civil (matrimonio), registro civil (nacimientos y defunciones) y cementerios quedará exclusivamente en manos de autoridades civiles.

En este orden de ideas se ubica la Ley de Matrimonio Civil que de modo expreso señala: "(...) Que por la independencia declarada de los negocios civiles del Estado, respecto de los eclesiásticos, ha cesado la delegación que el soberano había hecho al clero para que con sólo su intervención en el matrimonio este contrato surtiera todos sus efectos civiles...". Esta mención no deja duda alguna de que a partir de entonces la iglesia no se ocuparía más de la administración del matrimonio *civil*, sino sólo del eclesiástico.

El artículo 1 establece:

El matrimonio es un contrato civil que se contrae lícita y válidamente ante la autoridad civil. Para su validez bastará que los

---

<sup>98</sup> Soberanes Fernández, José Luis, *Historia del derecho mexicano*, 12a ed., Porrúa, México, 2006, pp. 171 y 172.

contrayentes, previas las formalidades que establece esta ley, se presenten ante aquélla y expresen libremente la voluntad que tienen de unirse en matrimonio.

Dicho texto constituye la primera disposición legal en la historia del derecho patrio que indica que el matrimonio es un contrato civil.

Utilizar los métodos histórico y lógico permite sostener que la referencia en las diversas leyes a partir de entonces en el sentido de que el matrimonio es un contrato civil, realmente no refleja su naturaleza contractual –no se pretende equipararlo al régimen general de los contratos–, sino lo que demuestra es el afán de separar de una manera radical el matrimonio *civil* del *eclesiástico* –negar a la iglesia toda ingerencia en la regulación jurídica del matrimonio–; en otras palabras, contraponer el contrato al sacramento.<sup>99</sup>

Como se dijo al principio de esta consideración, el texto original de la Constitución de 1857 no refería al matrimonio. Fue hasta 1873 –después de Ley de Matrimonio Civil de 1859– cuando se incorpora al texto constitucional con las características ya señaladas, las cuales pasan íntegramente a la Constitución de 1917.

Sin embargo, con la ya citada reforma constitucional de 1992 se modifica el artículo 130 en el cual se suprime –exclusiva, pero no fortuitamente– la alusión de que el matrimonio es un contrato civil. Razón –por demás lógica– por la cual tampoco el CCDF de 2000 la alude.

En definitiva, mientras no existían relaciones iglesia-Estado, los textos jurídicos se referían al matrimonio como contrato –insisto, sólo para diferenciarlo del sacramento–; pero cuando aquella es reconocida, congruentemente se elimina toda referencia jurídica del matrimonio como contrato. Este es otro ar-

---

<sup>99</sup> Fue precisamente el carácter contractual el estandarte de los revolucionarios franceses para tornar disolubles las nupcias y contrarrestar la posición de la iglesia que lo consideró como una institución y como un sacramento. Cfr. *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo XIX, Driskill, Buenos Aires, 1991, p. 158.

gumento, de suficiente peso, para no considerar al matrimonio como contrato.

## V. REFLEXIONES FINALES

He preferido llamar a este último apartado como reflexiones finales y no como conclusiones, pues éstas se han ido elaborando a lo largo de la exposición. Ahora la finalidad únicamente consiste en expresar ideas generales que –a partir del análisis que se ha hecho– demuestren, por un lado, el absurdo jurídico que significa el “matrimonio” entre personas del mismo sexo y; por el otro, la carencia de verdaderos argumentos jurídicos esgrimidos por sus partidarios.

Primera.- Si bien la estructura e instituciones del derecho familiar contemporáneo no son idénticas a las del derecho romano, el estudio de éste es epistemológicamente fundamental para entender su sentido y alcance ante los cambios sociales generados principalmente a partir de la Segunda Guerra Mundial.

Segunda.- Desde el antiguo derecho romano –no sólo jurídicamente, sino en todos los ámbitos conocidos– se ha llamado matrimonio a la unión entre un hombre y una mujer. Unión que no sólo es de hecho sino de derecho ya que es la fuente por excelencia de derechos y obligaciones familiares, siempre se le han reconocido amplias y muy importantes consecuencias jurídicas tanto familiares como patrimoniales.

Tercera.- Indefectiblemente esa unión, por esencia, ha sido monógama y heterosexual. Conductas como el adulterio, la bigamia, la poligamia y las relaciones homosexuales –en Occidente– nunca han sido compatibles con el matrimonio.

Cuarta.- Una realidad social no regulada por el derecho obliga al legislador a dar una solución, la cual –por razones de lógica, coherencia y consistencia del sistema jurídico– no puede consistir en asimilarla a otra realidad ya regulada; es decir, jurídicamente no se concibe que dos realidades distintas produzcan los mismos efectos.

De esto fue consciente el derecho romano al establecer la figura del concubinato. Aquellas personas que no reunían los re-

quisitos para contraer matrimonio sólo se podían unir mediante aquella figura. Ante dos realidades, dos soluciones y; dos soluciones, dos tratamientos jurídicos distintos.

Quinta.- Es social y políticamente reprochable el hecho de que el poder legislativo sea indiferente ante una realidad social determinada pero, de igual forma, es jurídicamente cuestionable que utilice una misma figura o institución para regular dos realidades distintas; sobre todo, cuando se trata de una institución tan antigua como el derecho mismo y de tanta importancia para el derecho civil y familiar contemporáneo.

Sexta.- El matrimonio sólo se debe referir a la unión monógama y heterosexual entre personas. La unión entre personas del mismo sexo no es compatible con el matrimonio, por tanto, se debe establecer –como lo hicieron los romanos con el concubinato– otra solución que, posiblemente, sea la sociedad de convivencia. La cual, a su vez, no podrá producir las mismas consecuencias jurídicas que el matrimonio.

Séptima.- Es a todas luces evidente que la versión original de la Constitución de 1917 tenía una noción clara e inequívoca, aunque no fuese expresa, de matrimonio; la cual se estableció, de manera expresa, en la Ley sobre Relaciones Familiares de ese mismo año.

Octava.- Las formas de modificar válidamente la noción de matrimonio en la Constitución son por medio de una reforma constitucional –como ya ocurrió en 1992–, o bien por medio de la legislación civil federal –como sucedió en 1974–. Por tanto, aquella noción sigue vigente en la Constitución desde su promulgación en 1917, exceptuando la alusión al contrato y en lo relativo a la procreación.

Novena.- Es deber del legislador mantener y conservar las notas o características esenciales del matrimonio como institución jurídica central del derecho familiar contemporáneo, por ende, aunque se haga por las formas ya señaladas, en sentido legal no puede contrariar el sentido jurídico de la institución.

Décima.- El orden y sistematicidad del CCDF, el orden e interés público de las disposiciones jurídicas en materia familiar,

la solemnidad como elemento de existencia para ciertos actos, y el proceso histórico-político de las relaciones entre la iglesia y el Estado permiten afirmar que el matrimonio es verdaderamente una institución jurídica, y como tal se opone categóricamente a toda referencia contractualista.

Décima primera.- Ya desde Aristóteles se vislumbraba que la justicia no puede ser directamente equiparada con la igualdad, sino que *es justo dar igual a los iguales y desigual a los desiguales*. Esta premisa la ha acogido el derecho como uno de sus más elementales principios en la creación (*poiesis*) y aplicación (*praxis*) de sus normas.

A partir de él, surgen distintos tipos de reglas como, por ejemplo, aquellas que prohíben la arbitrariedad o la discriminación injustificada en aquellos casos que se exige un trato igual. En este sentido, un homosexual y un heterosexual, por el hecho de ser personas, son iguales ante ley –*igualdad formal*– y serían sumamente controvertidas las acciones estatales y/o jurídicas tendientes a crear una diferencia cualitativa entre ellos –como el hecho de prohibir y, en consecuencia, penalizar relaciones homosexuales–; sin embargo, es indiscutible que existe una diferencia material o fáctica entre esas personas en virtud de su orientación o preferencia sexual y, dada esa diferencia, no pueden tener el mismo tratamiento por el derecho.

Lo anterior no implica, insisto, en que aquella diferencia material o fáctica sea motivo o razón suficiente para formular un criterio de inclusión/exclusión para gozar o no de la protección jurídica que ofrece el Estado –*igualdad ante la ley*–; sino que las diversas formas de concebir las relaciones interpersonales –*desigualdad material*– justifican sobradamente que los efectos jurídicos en cada una de ellas no sean los mismos, *toda vez que la desigualdad a la que se refiere el principio jurídico no es formal u ontológica, sino material o de hecho*.

Por esta razón no tiene fundamento alguno apelar al derecho a la no discriminación para exigir la unión por medio del matrimonio entre personas del mismo sexo; pues el Estado, en una sociedad libre, ha de tratar a todos igualmente –

*igualdad formal*–, pero no puede utilizar la coacción con vistas a igualar la condición material de los gobernados –*desigualdad material*–.

Recibido: 17-03-2010  
Aprobado: 24-05-2010