

EL MATRIMONIO COMO DERECHO: ALGUNAS CONSIDERACIONES JURÍDICAS SOBRE ÉSTE, EN EL CASO DE PERSONAS DEL MISMO SEXO

Gerardo MONROY CAMPERO

SUMARIO: I. *Persona, naturaleza y sociedad.* II. *Derecho y sociedad.* III. *Sociedad y ley.* IV. *El matrimonio como Derecho.*

I. PERSONA, NATURALEZA Y SOCIEDAD

La capacidad de la persona para obrar es asombrosa; procede de las dos potencias¹ que le distinguen de cualquier otro ser: la inteligencia y la voluntad, en las que se encuentran inherentes, es decir, unidas de manera inseparable, el raciocinio o capacidad de actuar conforme a la razón, y la libertad. La conjunción armónica de estas dos potencias es lo que ha de caracterizar el obrar auténticamente humano o actos humanos.²

Los actos humanos se distinguen de los actos del hombre en que en los primeros el hombre es dueño,³ en el sentido más estricto-

¹ Capacidad para ejecutar una cosa o producir un efecto según define este concepto el Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 21a. ed., Madrid, 1992.

² Conforme al citado diccionario, humano es lo perteneciente al hombre o propio de él, comprendiendo en el vocablo hombre a todo el género humano en sus dos especies, masculina y femenina; en ese mismo sentido nos pronunciamos nosotros a lo largo del presente trabajo, por lo que cualquier referencia a lo humano o al hombre se entenderá hecha, por el género, a sus dos especies.

³ De acuerdo con el diccionario antes citado, dueño es aquél que tiene dominio o señorío sobre persona o cosa. En Derecho, entendido éste como el arte de determinar lo suyo de cada uno en el complejo marco de las relaciones jurídicas interpersonales, ese señorío o dominio, que en el caso de personas sólo puede darse sobre sí mismo y no so-

to del término, de hacer u omitir, y por lo tanto responsable —responde puesto que ha obrado libremente— de las consecuencias del mismo, en tanto que en los segundos, los actos en cuestión no son libres sea por falta de conocimiento o de voluntariedad, o por provenir de una potencia no sometida al dominio directo de la voluntad (*v.gr.*, el crecimiento, la circulación sanguínea, etcétera).

En todo acto humano, por insignificante que parezca, existe la noción de fin en su realización, entendido éste como la razón por la cual se hace una cosa; es decir, la persona siempre actúa o hace algo en función de lo que espera conseguir con su actuación. Como el obrar sigue al ser, la actuación de la persona tiende necesariamente a la realización de su ser, de lo que es. Ese ser es una realidad que le ha sido dada —impuesta— por su naturaleza, pues ninguno de nosotros tuvo la posibilidad de elegir, antes de ser, qué ser ni cómo ser, de la misma forma que una vez dado éste —el ser— no puede renunciarse a él ni modificarse esencialmente, por más esfuerzos y aparentes logros que en lo accidental se hagan y den, respectivamente.

Prueba de ello es que el hombre no puede renunciar a su naturaleza humana para transformarse —cambio en el ser— en un ser distinto, de la misma manera que un animal no puede transformarse en ser racional ni por voluntad, pues carece de ella, ni por el simple transcurso del tiempo; bajo la misma premisa, el animal de la especie tigre no puede comportarse como el de la especie paloma ni ésta como el de la especie tiburón pues su obrar, como hemos visto, sigue a su ser y no a la inversa.

Así pues, la actuación de la persona está naturalmente —por naturaleza—⁴ limitada y orientada hacia aquello para lo cual

bre otro, se da en virtud de un acto de atribución de la cosa a su dueño que denominamos título. El título es pues lo que da origen al derecho, representado por la cosa que, en virtud de aquél, le ha sido atribuida como propia, como suya al titular, y que como tal, le ha de ser respetada, restituida, entregada o mantenida por serle debida, es decir, una deuda.

⁴ Por naturaleza entiende, el multicitado diccionario, la esencia y propiedad característica de cada ser, es decir, lo que identifica lo que un ser es: hombre, elefante, león, piedra, etcétera, a la que le siguen sus operaciones o posibilidades de actuación correspondientes.

—recordemos que no hay acto posible que no persiga una finalidad— está capacitada naturalmente. Esta realidad se nos presenta a diario en nuestras vidas; aunque el hombre quiera usar su ojo para oír y el oído para ver, esto no le es posible, pues naturalmente cada uno de estos órganos está facultado para la función que le es propia sin que el hombre pueda cambiarla a su arbitrio.

De lo anterior se sigue que si bien la persona puede, como posibilidad teórica, proponerse fines arbitrarios —aquellos que no le es posible alcanzar por ser contrarios o estar fuera de su naturaleza, como por ejemplo el volar por sí mismo o el vivir eternamente—, tales fines no sólo no cambian su naturaleza sino que en realidad le impiden su desarrollo.

Es en y desde el conocimiento de su ser que la persona encuentra sus posibilidades de realización y aportación al ente social. Los fines que la persona puede alcanzar le son naturales por estarle dados por su estructura humana o naturaleza humana que es racional, libre y corpórea; así, es de esperarse que la persona obre racional y libremente dentro del ámbito de su estructura humana; pretender al día de hoy, con el conocimiento adquirido sobre su dignidad y consecuencias de ésta en el ámbito de lo jurídico y social, la esclavitud, es obrar irracionalmente y por lo tanto en contra de la naturaleza humana; esperar la creación o producción, por voluntad humana, de una tercera especie humana es igualmente irracional pues la realidad cotidiana nos demuestra, desde hace muchos siglos, la imposibilidad del hombre para producir cualquier cambio esencial en su naturaleza.

Así, por más que el hombre lo ha intentado, al día de hoy no le ha sido posible lograr detener el proceso natural de envejecimiento, ni se conoce el caso de aquella persona que, cansada de la responsabilidad que implica el ser racional y libre, haya manifestado su renuncia expresa a dicha condición y logrado por voluntad propia, a partir de ese momento, desprenderse de su racionalidad para convertirse en un ser irracional cualquiera.

Es interesante observar cómo, aun en el campo de lo accidental —todo aquello que tiene que ver con la corporeidad exterior de la persona—, los cambios se logran a base de actuar en contra de lo que naturalmente es dado o producido, sucede lo mismo cuan-

do se trata de detener la caída del cabello que cuando se busca alterar cualquier aspecto de su individualidad física.

Así, pues, la naturalidad de los fines de la persona humana —aquellos que una vez propuestos pueden ser alcanzados por contar esencialmente con las capacidades necesarias— radica en su ser y no en la frecuencia, espontaneidad o descaro —conceptos utilizados en ocasiones como análogos del de naturalidad— con que la persona, eventualmente, se proponga arbitrariamente fines o cosas que desdican y contrarían su estructura esencial.

La realidad nos confirma cotidianamente que la naturaleza humana le ha sido dada a la persona humana, bajo cualquiera de sus dos especies, no inventadas ni diseñadas por el hombre, de hombre y mujer, pues no se le preguntó su opinión antes de darle el ser respecto de cómo ser, y que ésta es naturalmente invariable en su especie a lo largo de su vida, por lo que cualquier alteración es un dato cultural⁵ provocado.

El origen de la sociedad está, como nos dice el maestro Isaac Guzmán Valdivia, en las deficiencias y excelencias de la persona humana, es decir, en el hecho perfectamente comprobable por cada uno de nosotros día con día de que requerimos unos de otros para la satisfacción, en todos los órdenes que nos son propios —material, intelectual, moral y social—, de nuestras necesidades, puesto que, si bien todos los hombres son excelsos en la posesión de inteligencia, voluntad, y libertad, en ocasiones, y en algunos aspectos, en tanto que unos son deficientes, otros son abundantes, y a la inversa.

Sin embargo, las relaciones interpersonales denominadas convivencia tienen también un signo contrario que no favorece el desarrollo y perfeccionamiento de la persona humana; de ahí el que no toda convivencia es sociedad. En el convivir, esto es, en las relaciones interpersonales, coexisten dos grandes corrientes de signos contrarios: una de signo positivo formada por aquellas relaciones creadas por los actos humanos, es decir, por actos que favorecen, apoyan y realizan el bien, es decir, el perfeccionamiento de los

⁵ El multicitado diccionario se refiere a lo cultural como a aquello perteneciente o relativo a la cultura, entendiéndose por ésta, entre otras cosas, el conjunto de modos de vida y costumbres. Es a este último sentido al que nos referimos en este texto.

demás; y otra de signo negativo formada por conductas contrarias al desarrollo y perfeccionamiento de sus integrantes. Sólo es auténtica convivencia la social, no la antisocial.

La sociedad es, conviene recordarlo, un ser accidental formado de relaciones con sentido de desarrollo y perfeccionamiento de todos y cada uno de sus integrantes en su ser específico, es decir, un ser en función de y para el mejoramiento del hombre. Así, en el ámbito material, la convivencia es tal, es decir, social, cuando el hombre transforma su medio físico-geográfico para procurar mejores medios para asegurar la subsistencia y vida digna; y anti-social, cuando impide la consecución de tales objetivos, cuando impide la superación del hambre, la miseria, la insalubridad.

II. DERECHO Y SOCIEDAD

En el ámbito intelectual, la convivencia es tal cuando organiza instituciones capaces de proveer los medios necesarios para el conocimiento de la realidad del hombre, y para, partiendo de ella, promover y garantizar el desarrollo de la persona en todos sus ámbitos. El medio por excelencia para lograr lo anterior es el Derecho, y su instrumento más eficaz el sistema jurídico de una sociedad.

El Derecho es pues, como toda institución o dato cultural, elaborado por la razón a *posteriori*, es decir, partiendo de la experiencia. Esto significa que no es una idea pura a *priori* sin contenido o sin otro contenido que el de la pura razón; su existencia parte de la experiencia particular, esto es, del conocimiento de la realidad central que constituye su objeto de estudio y que es, ni duda cabe, el hombre, pues para qué es el derecho y el sistema jurídico si no para darlo a su titular y regular su conducta, respectivamente, conforme a lo que es conveniente para él.

De esta realidad preexistente que es la persona humana, realidad dada conforme lo hemos visto, la ciencia y arte del derecho, por abstracción, desprende lo que le es propio, *suyo*, pues le ha sido dado por naturaleza, para procurar su vigencia histórica a través del sistema jurídico.

Como se ve, el tema del derecho no es otro que el de la expresión, en el campo de lo jurídico, de la condición de persona del hombre. El arte del derecho está en saber hacer lo que desde el inicio de la humanidad constituye una necesidad de la convivencia entre los hombres, una necesidad de la práctica diaria: el saber dar a cada hombre lo suyo, es decir, en poder determinar, en el complejo mundo de las relaciones interpersonales en las que se ponen en juego una serie de bienes, y darle, lo que corresponde a cada uno. A eso que corresponde a cada uno en una determinada relación se le denomina *ius* o derecho.

Es un hecho evidente el que cada uno tiene una esfera de cosas o bienes⁶ que le corresponden y cuya efectiva posesión y disfrute dependen en parte de los demás, sea porque pueden quitárselas o impedir ese uso y disfrute, o porque estén en manos de otros; las cosas no siempre están, al menos en ciertos momentos o bajo ciertos aspectos, en manos de aquel a quien pertenecen, pero las cosas deben pasar a su dueño, deben pasar al dominio de aquel a quien le han sido atribuidas. Esta deuda que se genera en los demás de entregar las cosas a su titular es el efecto primario de que las cosas sean de alguien, es decir, sean *suyas*.

Si no hubiera esta necesidad, sería signo evidente de que nadie podría hablar de lo *suyo*. El saber lo que corresponde a otro para dárselo es un conocimiento práctico, es decir, requiere de un ejercicio de razón que tiene como finalidad —recordemos que no hay acto humano que no obedezca a o pretenda un fin— el dar aquello a su titular, que consiste en saber *qué* hay que dar, a *quién* hay que darlo, *cuándo* hay que darlo, *cómo* hay que darlo y *dónde* hay que darlo.

Como se ve, la determinación o identificación de lo *suyo* obedece en primer término al hecho de que las cosas están repartidas; no todo es de todos. Hay cosas —bienes— que me han sido atribuidas a mí y no a otro, por lo tanto son mías, y viceversa; aparece lo mío, lo tuyo, lo suyo. El acto o medio por el cual algo me ha sido atribuido lo denominamos título; en virtud de éste, pode-

⁶ El término bienes se emplea aquí en un sentido amplio, de forma tal que abarca tanto cosas corporales como incorporales, como por ejemplo: la buena fama, una actividad humana como el trabajo o cosas en sentido estricto.

mos decir, al menos en cierta medida —en la medida del título— o bajo cierto aspecto, que algo es de alguien.

Para que lo *suyo* constituya un derecho, es decir, entre al campo de lo jurídico, se requiere que aquello pueda ser objeto o contenido de relaciones interhumanas, esto es, se requiere que haya un otro que, como lo hemos visto, impida o pueda impedir el ejercicio de mi titularidad sobre aquello para lo cual también se requiere que la cosa o bien atribuido tenga una nota de exterioridad. Exterioridad significa que ese algo, por estar de un modo u otro fuera del sujeto, es capaz de ser objeto de o estar en juego en las relaciones humanas, y por ello pueda ser donado o interferido.

Para que algo se constituya como derecho se requiere pues de un título —aquello que lo atribuye como propio—, de un otro que puede interferir el mismo, y de que el bien en cuestión tenga una nota de exterioridad que permite esa interferencia. Aún dadas las dos últimas condiciones, si no hay título, no hay Derecho posible.

Cuando hay título, aquello, ese bien o cosa, es una deuda para los demás por estar atribuida a un sujeto, por ser algo *suyo*, y por lo tanto es justo que se le dé, pues la justicia consiste en dar a cada uno lo suyo. Así, lo justo es el Derecho, es decir, aquel bien o cosa que se debe a alguien por ser *suyo* y que por ser tal ha de dársele; el Derecho está constituido por la cosa o bien que se debe. Para averiguar si existe el Derecho hay que buscar el título.

El título establece entre el titular y la cosa o bien, una relación de dominio; el hombre puede dominar a las cosas o bienes porque es capaz de dominarse a sí mismo; su ser, su naturaleza humana, es tal, que es capaz de dominar y regir sus actos en virtud de su razón y de su voluntad; este es su signo distintivo y fundamento de su dignidad; puede, como hemos visto, conocer y proponerse fines.

El dominio de la persona sobre su ser abarca o se extiende al dominio sobre cuanto le constituye —su vida, su salud, su integridad física, su pensamiento—, así como sobre lo que requiere para alcanzar sus fines propios. Los bienes o cosas sobre las cuales recae este dominio radical constituyen los derechos humanos⁷ o de-

⁷ Esta misma concepción es la que recoge la legislación mexicana cuando en el artículo 2º de la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos se establece que la

rechos de la persona, pues son bienes que le han sido atribuidos —dados— como propios por su naturaleza humana sin intervención de voluntad humana, y que, por tanto, tampoco le pueden ser quitados por voluntad humana, por mayoritaria, democrática o influyente que ésta sea.

Así, nadie puede negar su dominio sobre sus pensamientos o actos, sobre sus decisiones y elecciones, sobre sus movimientos y

misma tiene por objeto esencial “la protección, observancia, promoción, estudio y divulgación de los derechos humanos previstos por el orden jurídico mexicano”, y, posteriormente, en el artículo 6° del Reglamento Interno de dicha Comisión, se establece que “Para los efectos del desarrollo de las funciones de la Comisión Nacional, se entiende que los Derechos Humanos son los inherentes a la naturaleza humana, sin los cuales no se puede vivir como ser humano”.

El último precepto en comento agrega en su última parte: “En su aspecto positivo, son los que reconoce la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los que se recogen en los pactos, convenios y los tratados internacionales suscritos y ratificados por México”.

De lo anterior se desprende que, para lograr la eficacia, esto es, el cumplimiento de los derechos humanos, a los que son inherentes a la naturaleza humana y por lo tanto imprescindibles para vivir como ser humano, se requiere recogerlos, incorporarlos en el Derecho positivo, hecho al cual denominamos positivación y formalización de los derechos humanos, y que consiste precisamente en insertar en el sistema jurídico aplicable a una sociedad determinada, en un momento también determinado, estos derechos que constituyen el punto de partida y fin de dicho sistema, con el propósito de darle eficacia histórica a lo que de suyo es válido y fundamental.

Toda vez que los derechos humanos son un verdadero entramado de derechos, nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como norma fundamental, recoge, prevé, los que podríamos denominar primarios o fundamentales en sus primeros artículos, respecto de los cuales otorga garantía de efectividad consagrándolos en su texto y, como consecuencia de ello, introduciéndolos en el sistema de garantía de efectividad que de ella y por ella se deriva, como son la legislación emanada de ella, los tribunales, etcétera.

Es importante no olvidar que en Derecho, la garantía se establece para asegurar al acreedor el cumplimiento de la obligación que le da origen en tanto ésta exista, denominada obligación principal, de forma que eliminada la obligación principal, desaparece la accesoria que es la garantía. Sin obligación principal, no hay garantía. En este tenor es que nuestra Constitución Federal otorga la garantía que ella misma y el ordenamiento e instituciones jurídicas que de ella deriva representan, para asegurar el cumplimiento por todos de la obligación principal que son los derechos humanos, cuyo origen está en la naturaleza humana y no en el Derecho positivo. Así, lo otorgado por la Constitución y el ordenamiento jurídico en el caso que nos ocupa es la garantía, no el Derecho.

deseos, es decir, sobre sus actos humanos, salvo casos de enfermedad o disfunción. Al mismo tiempo, no es posible, por voluntad humana, rediseñar o reestructurar —cambiar de estructura— la naturaleza humana y los bienes que la constituyen para darle una esencia nueva.

Aceptar cualquiera de las hipótesis anteriores equivaldría a aceptar que el hombre, que la persona humana, es obra y diseño humano y en consecuencia puede ser cambiada, en cualquier momento y aspecto, por voluntad humana de quien se atribuya ese diseño —el poder legislativo, las minorías calificadas, o las abrumadoras mayorías— como si el mero deseo del supuesto autor, o la suma de éstos o de voluntades en ese sentido, tuviera realmente un efecto modificador o transformador del dominio de la persona humana sobre sí y sobre los bienes que la constituyen.

Equivaldría asimismo a aceptar que la persona humana no es otra cosa que un mero recipiente cuyo contenido es determinado por quien detenta el poder, elabora las leyes o las promueve, según las condiciones económicas, políticas, ideológicas, demográficas o de otra índole, imperantes en la sociedad o en ellos mismos en un momento determinado.

Todos estos bienes atribuidos a la persona por naturaleza, en la medida en que son exteriores o tienen una manifestación exterior, y se ponen en juego en las relaciones interpersonales de manera que puedan ser interferidos o dañados en su dominio, constituyen derechos en sentido propio. Como se puede deducir, estos derechos humanos constituyen un entramado, como eslabones de una cadena, que derivan o surgen del *derecho fundamental de la persona a ser*; no hay que olvidar que el ser, por las razones expuestas, le es dado a la persona, es decir, constituye una realidad previamente determinada; por lo que ha de darse a la persona todos los bienes o cosas que le permitan actualizarse, es decir, volver en acto, lo que *es*, y no lo que no es, que le permitan desarrollarse en su ser y no que le impongan arbitraria e inútilmente, por diseño legislativo, una naturaleza distinta a la propia, que es la real.

Este derecho fundamental, en el sentido de fundamento de todos los demás, da lugar a derechos humanos concretos dentro de las distintas relaciones interpersonales de la persona. Estos dere-

chos surgen de los tres elementos constitutivos de la persona a los que nos hemos referido: su ser, su libertad y sus fines naturales.

El primer elemento, como nos lo indica el maestro Hervada, atribuye la vida como derecho humano fundamental, sin el cual no existe ningún otro, y todos aquellos bienes necesarios para su conservación y digno desarrollo, para el bien ser y bien estar de la persona, como son la salud y la integridad física y mental, entre otros.

El segundo elemento atribuye como derecho el autodomínio en el consentir y el obrar, la inmunidad de coacción y la libertad de iniciativa. El tercer elemento atribuye como derecho los bienes necesarios para la actualización de su ser, esto es, para la plena realización y desarrollo de sus potencias naturales (inteligencia y voluntad), entre las que se encuentran, la educación, el trabajo y el matrimonio; la mayor parte de ellas, nos referimos a la realización de las potencias naturales, no se alcanzan por la acción solitaria de la persona sino en sociedad.

Estos derechos humanos son auténticamente tales, como hemos visto, sin intervención de voluntad humana, pues han sido atribuidos como propios por la naturaleza; dependiendo de la voluntad humana, sin embargo, su eficacia y respeto, que no su existencia y juridicidad.

Respecto de los mismos, el Derecho positivo, esto es, aquel que se forma con la intervención de la voluntad humana, ya individual (como en el caso de los contratos) ya colectiva (como en el caso de la ley), tiene una labor de reconocimiento e integración al sistema jurídico, integrado por un conjunto de normas y una trama de relaciones jurídicas que contienen derechos, deberes y facultades que, vistos unitariamente, forman la estructura jurídica de la sociedad u ordenamiento jurídico.

III. SOCIEDAD Y LEY

Creemos importante destacar el papel de la voluntad humana en la formación del Derecho positivo; hemos dicho que este papel es de intervención, no de creación, pues, si bien hay títulos positivos que atribuyen bienes o cosas como propios, en la configuración

del título, particularmente en el caso de la formación de leyes, la voluntad humana no puede cambiar a su arbitrio ni desconocer los datos reales, racionales, históricos e ideales que se le presentan en la formación de la norma jurídica positiva, de donde se sigue que la ley no es obra exclusiva del legislador.

Como lo indica el jurista Geny,⁸ los factores que intervienen en la elaboración del Derecho positivo pueden clasificarse en dos grandes categorías: el dato y la construcción. El dato es toda realidad en cuanto término de la actividad intelectual u objeto de conocimiento; conocer no es inventar, sino aprehender la esencia de las cosas y sus relaciones. Todo conocimiento tiene un fundamento real que, descubierto por la inteligencia, es analizado y aprehendido por ella; como hemos visto, esta realidad que se ofrece a la inteligencia como objeto de conocimiento le es dada. El dato es, pues, el objeto de todo conocimiento científico.

La construcción en cambio, ya no es estrictamente objetiva, sino que tiene mucho de convencional y subjetiva. Viene a ser, nos dice el maestro Preciado, "eso que llamamos técnica, conjunto de medios, métodos y procedimientos, no necesarios sino contingentes, de que se vale el hombre para lograr un conocimiento verdadero y organizado, y especialmente para aplicarlo a un fin práctico".⁹ La construcción toma el dato y aplica esa realidad en la construcción o elaboración de la norma, no a la inversa.

Bajo estas dos premisas es que el jurista Geny concluía que el Derecho es una ciencia y un arte; ciencia en tanto que estudia sistemáticamente los elementos o datos de la realidad que no pueden ser ignorados en la elaboración de la norma jurídica positiva; arte en tanto que requiere construir una técnica no sólo para formular reglas de Derecho que recojan la realidad, sino para asegurar su aplicación y eficacia.

Los datos a los que se refiere Geny son de cuatro clases: 1. El dato real, que comprende el conocimiento de las realidades físicas, biológicas y psicológicas, y el de las leyes que las rigen; 2. el dato histórico, que se refiere a la historia de las instituciones jurídicas,

⁸ *Science et technique en droit privé positif*, París, 1914-1924, Sirey, tomo II, citado por PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael, en *Lecciones de filosofía del Derecho*, Edit. Jus, México, p. 161.

⁹ PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael, *op. cit.*, p. 162.

el conocimiento de su desarrollo y evolución; 3. el dato racional, que se refiere a los principios que resultan de aplicar la realidad conocida a las distintas relaciones jurídicas para dar dirección a la conducta humana, y 4. el dato ideal, que se refiere a los ideales o aspiraciones de la persona humana que influyen en el progreso o decadencia de las instituciones jurídicas positivas, y que, por su naturaleza más bien afectiva e intuitiva, pueden variar con el tiempo.

Estos datos son de los que ha de partir el legislador, continúa diciendo Geny, para, fundándose en ellos, con ayuda de la técnica —legislativa, administrativa y judicial— establecer el ordenamiento jurídico positivo o sistema de derecho.

Ciertamente en el orden contingente, nos dice el maestro Preciado, “en el orden de la técnica jurídica, la voluntad del legislador juega un papel muy importante. Esto es lo que ha llevado al positivismo voluntarista a afirmar que el Derecho se identifica con la voluntad de los gobernantes. Pero tal afirmación obedece a un espejismo; pues la técnica y la voluntad logran muy poco cuando desconocen o pretenden cambiar el sentido de los datos reales”.

Por eso, continúa diciendo el maestro Preciado, más “que hablar de Derecho positivo, debe pensarse en la positividad y la racionalidad, como dos dimensiones o notas fundamentales del Derecho. El Derecho no sólo es positivo, sino que simultáneamente es racional. Siempre es, en cierta medida, positivo y racional. Positivo, porque se refiere necesariamente a una sociedad de hombres, porque supone un poder social, una autoridad concreta que lo formula y vela por su cumplimiento usando medios coercitivos y porque igualmente supone o implica una técnica, un cuerpo conjunto de medios, algunos de ellos materiales, ordenados a la realización de los fines fundamentales de la convivencia humana. Y el Derecho es racional, porque consiste en una regla de razón que se ajusta a los datos materiales y espirituales antes mencionados, y de este ajustamiento deriva su eficacia”.¹⁰

El dato real por excelencia, como lo hemos visto, es la persona humana considerada en su integridad, la que, en materia de corporeidad, conoce dos especies, la masculina y la femenina. Los bienes constitutivos de su ser son para ella derechos en sentido

estricto, son bienes que le han sido atribuidos como propios por su humana naturaleza —son derechos humanos—, por su ser de persona, y como tales constituyen el dato real por excelencia en la elaboración del Derecho positivo; no dependen de convención ni voluntad humana en su existencia y validez, y le han sido atribuidos para la consecución de sus fines naturales. La naturaleza humana, la persona, no puede ser rediseñada o inventada por voluntad humana pues, como hemos visto, el hombre es incapaz de modificar su estructura esencial y la de otros —quién puede renunciar a su racionalidad, dejar de ser libre, determinar cuándo nace y cuándo muere, cuánto quiere medir o transformarse en otro ser— y, aun en el campo de lo accidental, los cambios ha de producirlos cambiando los acontecimientos naturales. Lo anterior pertenece al campo de los hechos.

La naturaleza humana, por lo que se ha visto y se experimenta día con día, es y ha sido la misma desde los comienzos de la humanidad; el hombre nunca ha dejado de ser racional y libre, si bien puede ver obstaculizado el ejercicio de esas facultades por diversas razones —enfermedades, disfunciones, coacciones—. En este sentido, los derechos humanos del hombre moderno, contemporáneo, son los mismos que los del primer hombre sobre la tierra, si bien el avance en el conocimiento de la naturaleza humana en sus distintos órdenes —físico, biológico, psicológico, ético— hace variar la medida o alcances y efectividad de los mismos.

Es decir, el primer hombre sobre la tierra tenía su vida como derecho humano fundamental, al igual que cada uno de nosotros, y, derivadamente, el derecho a mantenerse en condiciones óptimas de vida humana, esto es, el derecho a la salud física y espiritual, igual que nosotros; sin embargo, dadas las condiciones históricas que a él le tocaron vivir, muy probablemente hubiera muerto de apendicitis o incluso de una infección de anginas, pues el conocimiento médico —ni siquiera podía hablarse de una ciencia médica— de entonces no era suficiente para detectar el mal o padecimiento y curarlo, distintamente a lo que pasaría con nosotros hoy en día.

Lo anterior no significa que el primer hombre tuviera menos derechos humanos, o de menor jerarquía a los nuestros; significa que la evolución histórica —la historicidad como la denomina el maestro Hervada—, el tiempo, que es una dimensión humana,

¹⁰ *Op. cit.*, pp. 163 y 164.

juega un papel *en la medida, modalidad o eficacia de los derechos humanos*, mas no en su existencia. Inversamente, esto tampoco significa que la naturaleza humana evolucione con el tiempo de modo que, a lo largo de la historia, y por el simple transcurso del tiempo, esta evolución haya tenido como consecuencia la aparición de nuevas especies de hombres, distintas de las anteriores y, consecuentemente, de distinta categoría, con más o menos derechos humanos que las anteriores. Un simple vistazo a la historia de la humanidad nos demuestra lo anterior.

Adicionalmente, y como hemos visto, la humana naturaleza no depende, ni en su existencia, ni en su constitución o estructura —su ser— de la voluntad humana, de donde se sigue que tampoco le es posible al hombre inventar, conforme a una nueva supuesta naturaleza por él diseñada, nuevos derechos humanos pertenecientes tan sólo a unos cuantos, distintos de los que tengan o hayan tenido sus contemporáneos o antecesores, respectivamente. No olvidemos, además, que los derechos humanos los tiene y ha tenido el hombre para unos fines —no hay acto humano, y por ende, bien constitutivo de la persona humana, que no obedezca a unos fines— determinados por su naturaleza y las funciones propias de estos bienes.

Recordemos que la naturaleza humana es la esencia¹¹ del hombre como principio de operación, esto es, como ontológicamente capaz de actos humanos, por lo que, donde hay un hombre, nos dice el maestro Hervada, allí está la esencia humana. Por tanto, “la esencia humana no puede estar sujeta al cambio histórico, por una evidente razón: si la esencia —la naturaleza— tuviese una dimensión histórica de cambio, cambiaría el hombre en cuanto hombre; el sujeto de cambio histórico sería la *humanidad*, aquello por lo que el hombre es hombre, lo que comportaría que, cambiada la esencia, ya no habría hombre sino un ser distinto. Poco distinto o muy distinto, pero —por poco o por mucho— un ser distinto. Con ello ya no estaríamos ante la historicidad del hombre, sino ante la evolución de las especies... La historia es la *historia del hombre*. Al respecto no hay que confundir la *transformación* con la *historicidad*.

¹¹ La esencia es aquello en cuya virtud el hombre es precisamente hombre.

Cuando un ser se transforma se convierte en otro ser... En cambio, la historicidad es mudanza permaneciendo el mismo ser y, por tanto, permaneciendo un núcleo o sustrato inmutado”:¹² En el hombre, continúa diciendo Hervada, “no hay mudanza en otro ser, sino mudanza dentro del mismo ser. Uno *mismo* es el que cambia. La historicidad es cambio permaneciendo la mismidad... El cambio histórico no afecta a la naturaleza, pero radica en la naturaleza, porque el tiempo es una dimensión natural: el tiempo existe en la naturaleza”.¹³

IV. EL MATRIMONIO COMO DERECHO

El matrimonio como derecho humano, que es el derecho que nos ocupa, es uno de los que se ve afectado por la historicidad *en su modalidad*, pues tiene un *modo* de ser en la niñez y otro en la edad adulta, permaneciendo el mismo derecho. Así, para el niño, este derecho estará unido necesariamente con el derecho a la integridad corporal y a la educación, pero no al de contraer matrimonio en ese momento; llegada la edad adulta, el derecho a casarse comporta el derecho a elegir cónyuge y a contraer matrimonio, y una vez casado, comportará los derechos a la procreación y educación de los hijos, al ejercicio de la patria potestad, etcétera.

Como se ve, el matrimonio como derecho actualiza otros derechos humanos tanto entre los cónyuges como entre éstos y terceros, entre los cónyuges y los hijos y entre éstos y terceros, respecto de los cuales se es titular en algunos aspectos y deudor en otros, pues no olvidemos que a todo derecho corresponde una obligación.

En cambio, el matrimonio como derecho humano no se ve afectado por la historicidad en su *medida* entendida ésta como la igualdad, en términos de finalidad, calidad, relación y tiempo entre lo debido —lo que se debe— y lo dado —lo que se da—, puesto que los derechos conyugales son los mismos en cualquier tiempo histórico, cualquiera que sea al entorno.

¹² HERVADA, Javier, *Introducción crítica al Derecho natural*, Edit. Jus, pp. 98 y 99.

¹³ *Op. cit.*, p. 99.

Recordemos que en el caso que nos ocupa —el matrimonio— esta igualdad ha de existir respecto de lo que ambos cónyuges han de darse en cumplimiento de sus respectivos derechos, pues por el vínculo matrimonial, ambos son acreedores y deudores recíprocos de los bienes constitutivos del mismo, respecto del cual ambos son titulares.

La no afectación del matrimonio como derecho por la historicidad, se ve en su medida, en que desde el punto de vista de *la finalidad* —*el para qué de las cosas*—, que mide a las cosas en sí mismas, ésta permanece la misma a lo largo de todos los matrimonios de la historia, a saber, la procreación o perpetuación de la especie, y la ayuda mutua entre los cónyuges, finalidad recogida por el artículo 147 del Código Civil para el Distrito Federal al establecer: “Cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges,¹⁴ se tendrá por no puesta”.

Decimos que la finalidad mide las cosas en sí mismas porque su perfección depende de su ajustamiento al fin que le es propio, que le es natural en el sentido de corresponder a lo que tal cosa es —a su estructura ontológica—; por ejemplo, se dirá que el ojo está en perfecto estado cuando permite una visión completa, que es el fin al que —naturalmente, estructuralmente— está destinado; lo que hace que un objeto sea un reloj es su ordenación a dar la hora, y, en tanto que instrumento para dar la hora —en tanto que reloj— será tanto más perfecto cuanto más exactamente dé la hora; un objeto de oro con incrustaciones de diamantes que no da la hora, por bello que sea en su diseño y materiales, no será un reloj.

Así, un matrimonio que no está ordenado a sus fines naturales, determinados por la finalidad y corporeidad humanas, no es matrimonio aunque así se le denomine. Es importante destacar que en el caso del matrimonio como derecho, a los fines de desarrollo y perfeccionamiento propios de cada uno de los cónyuges, se aúnan los de procreación y ayuda en todos los órdenes constitutivos de la

¹⁴ Cónyuge se define en el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, en su 21a. ed., 1992, como consorte, marido y mujer respectivamente.

persona que corresponden al vínculo jurídico del matrimonio como institución jurídica abocada a esos fines. Los fines de la institución siguen a los de la persona de los cónyuges, y no a la inversa.¹⁵

Es lógico, el matrimonio tiene por fines los indicados precisamente en virtud de que, por naturaleza, esto es, por estructura ontológica, las especies de hombre y mujer, únicas dos conocidas y concebidas naturalmente a lo largo de la historia de la humanidad, presentan caracteres ontológicos y estructurales esencialmente iguales pero complementarios; la complementariedad no procede de diseño humano ni de funciones renunciables, procede del ser hombre y del ser mujer; de ahí la igualdad esencial en dignidad y jurídica entre hombre y mujer; de ahí la no relación de subordinación de uno a otro sino de aportación igual y complementaria.

Tales caracteres estructurales tienen en sí mismos una finalidad específica no determinada por voluntad humana; el ojo está ordenado a ver y no a digerir, aunque al hombre no le parezca conveniente; la razón sirve para conocer, raciocinar y juzgar, aunque la persona no quiera asumir esa responsabilidad; los órganos sexuales masculinos y femeninos están ordenados unos *con* los otros, en el matrimonio, naturalmente, a la reproducción, por lo que, para evitarla, se requiere su no uso o impedir por medios externos la consecuencia de su uso.

Esta finalidad natural puede no cumplirse por dos tipos de causa: *a)* por disfunción, definida por el Diccionario de la Lengua Española como alteración cuantitativa o cualitativa de una función orgánica, desarreglo en el funcionamiento de algo, o en la función que le corresponde, en cuyo caso se reconoce en todos los casos por la ciencia que estudie el orden en el que se presente —físico, psicológico, afectivo o ético— como un desorden o desperfecto precisamente por no ser lo propio de esa cosa o función, o *b)* por intervención arbitraria —esto es, ajena y contraria al funcionamiento o desempeño propio de la cosa o función— que impida u

¹⁵ Lo mismo sucede en otros campos de la actividad humana, como cuando la persona se asocia a través de un vínculo jurídico con otras para la realización de determinados fines. A los fines de los socios o accionistas se aúnan los de la sociedad o persona moral.

obstaculice ese desempeño o sus consecuencias. En el primer caso se tratará de un acto involuntario y por lo tanto de un acto del hombre y no humano; en el segundo se tratará de una arbitrariedad.

La intención o pretensión de usar las cosas o bienes para fines distintos a los que les corresponde es una forma de arbitrariedad; es como pretender usar una pluma, cuyo fin u orden es escribir, para clavarla en el brazo de quien no me simpatiza. Aun lograda la pretensión, la utilización de la pluma para un fin personal impuesto externamente a la cosa, y no para el fin que le es propio a la pluma, constituye una arbitrariedad, y el campo del derecho es el campo de la racionalidad.

En consecuencia, al establecerse el vínculo jurídico matrimonial, cada uno de los cónyuges tiene derecho, en sentido estricto, a que el otro se dé a sí mismo en todos los órdenes constitutivos de su ser —espiritual, psicológico, afectivo y físico—, uno de los cuales es el relativo a su corporeidad y, más específicamente, a su sexualidad, en condiciones de *aptitud* para cumplir con los fines matrimoniales, siendo esto mismo obligación, en el sentido de deuda jurídica, del otro.

Cuando de inicio uno de los cónyuges no se encuentra, consciente y deliberadamente —arbitrariamente—, en condiciones de aptitud para cumplir con sus obligaciones jurídicas derivadas del vínculo jurídico matrimonial, no está legitimado, y por ende, no puede estar legalmente capacitado para contraer una obligación que sabe, que se sabe, no puede cumplir, no estando por ende, legitimado, ni pudiendo estar legalmente capacitado, para exigir el cumplimiento de su correlativo derecho.

No proceder así equivaldría a sostener que las obligaciones jurídicas contraídas por los menores de edad, los sujetos de interdicción o cualquier otro incapaz —personas privadas temporal o permanentemente de sus facultades mentales o volitivas, por diversas causas— no sólo son existentes sino vinculatorias. *En Derecho, la incapacidad impide la existencia y formación de vínculos jurídicos en tanto dicha incapacidad se mantenga.*

Es de suma importancia destacar que, en el caso que se plantea, no se trata de la no existencia del matrimonio como derecho; ese derecho, como cualquier otro derecho humano, no se pierde *nunca* pues su titularidad radica en la humana naturaleza del hombre y

de la mujer, en su condición de persona, la que, como hemos visto, no depende de voluntad o convención humana, y permanece la misma en todos los hombres y mujeres de todos los tiempos, sino de que el hombre o la mujer titular del derecho se coloca a sí mismo en una situación tal que anula la deuda correspondiente a su derecho; su derecho al matrimonio, permaneciendo *suyo* dentro de las condiciones indicadas, pierde su eficacia. Esta ineficacia —tercera forma en que la historicidad puede afectar a los derechos humanos según hemos visto— permanece sólo en tanto el sujeto se mantiene en la incapacidad de que se trate, de ahí que sea una afectación de la historicidad, esto es, temporal, pues afecta, como lo hemos visto, a la eficacia del título y no al título mismo.

Una relación de las características antes mencionadas no puede darse naturalmente, esto es, por impedimento *de naturaleza*, por impedimento de estructura ontológica y fines naturales de la persona, y por impedimento de la institución jurídica matrimonio, por las razones expuestas, entre dos personas del mismo sexo o especie, es decir, entre dos hombres o dos mujeres.

Más aún, en dicho caso, la incapacidad natural *permanente* de los interesados para cumplir y exigir recíprocamente la obligación jurídica/derecho, derivado del vínculo jurídico/matrimonio que es la procreación¹⁶ de la especie, indica que no sólo no existe *objeto* de un posible derecho al matrimonio en tales condiciones, sino que tampoco existe el *título* que atribuya tal acto como propio a ninguno de los interesados, por no estar tal acto en la esfera de dominio de ninguno de ellos y, como hemos visto, para que haya derecho es necesario que haya título. *Sin título no hay Derecho posible.*

Esta incapacidad de origen para el vínculo matrimonial impide asimismo la titularidad de los interesados en conjunto al derecho de adopción en virtud de que, quienes expresamente han manifestado su voluntad arbitraria, en el sentido ya expuesto, de no cumplir con las obligaciones esenciales del vínculo jurídico

¹⁶ Procrear es, de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, engendrar, multiplicar una especie; a su vez el citado diccionario define engendrar como causar, ocasionar, formar.

matrimonial, mismas que de no darse la arbitrariedad les sería posible cumplir, de no darse otra incapacidad, mediante el matrimonio con una persona de la otra especie, han colocado en un estado de ineficacia su dominio sobre sí mismos, bien que constituye un derecho humano para los hijos y por lo tanto una obligación jurídica para los padres adoptivos, anulando la deuda correlativa a su derecho.

No obrar así equivaldría, en el ejemplo de la pluma propuesto, a determinar que es un derecho para la persona manifiestamente incapaz de controlar sus deseos de venganza, por las razones que sean, el solicitar y obtener una licencia que le permita utilizar la pluma para ocasionar un daño a la integridad física de quienes no le simpaticen; equivaldría, asimismo, a determinar que el incapaz por alcoholismo, por citar un ejemplo, de no agredir física o moralmente a las personas con las que convive es titular del derecho de adopción por el simple hecho de desearlo.

La misma causa se da cuando los interesados acuden a medios artificiales, como la fecundación *in vitro*, para pretender subsanar su arbitrariedad. En dicho caso, como en el anterior de la adopción, la arbitrariedad se comete no sólo respecto de los propios interesados sino respecto de las personas así engendradas.

Aun en el caso de matrimonio, lo anterior constituye igualmente una arbitrariedad por implicar el ejercicio de una facultad, que constituye un derecho humano, fuera del ámbito natural de las relaciones conyugales que no sólo le es propio sino naturalmente requerido, y que, no obstante darse, se encuentra naturalmente impedido en sus consecuencias. Este caso de disfunción, al que ya nos hemos referido, atribuye como derecho el mejor tratamiento médico que, dadas las condiciones históricas y de lugar del titular —dimensión de la historicidad en el derecho, a la que también nos hemos referido—, sea posible dar al titular para corregir dicha disfunción. De subsistir ésta a pesar de lo anterior, da derecho al titular al derecho de adopción.

La libertad es un derecho humano primario y fundamental del hombre, cuya titularidad nunca se pierde si bien su eficacia puede verse suspendida en el caso de agresión injusta o de intención de liberada y exclusiva de lesión de un derecho ajeno. Por tanto, el

ordenamiento jurídico, como lo indica el maestro Hervada,¹⁷ ha de reconocer un estatuto de libertad respecto de determinadas esferas de actuación con la consecuencia jurídica de dar lugar al deber —deuda— de no impedir u obstaculizar lo permitido con el señalamiento expreso en la norma correspondiente de que se trata de conductas antijurídicas e incorrectas a cuya erradicación no se tiende mediante prohibiciones sino por otros medios —v. gr. educativos.

Tales normas reciben el nombre de tolerantes, y requieren, adicionalmente, como continúa diciendo el maestro Hervada, la inclusión en la propia norma de la prohibición de cuanto suponga apología, propaganda o fomento de las conductas toleradas, todo lo cual puede ser tipificado como delito.

La tolerancia, acción y efecto de tolerar que consiste, según el Diccionario de la Lengua Española, en “permitir algo que no se tiene por lícito, sin aprobarlo expresamente”, es una virtud moral que trata de conjugar el respeto debido a la verdad con el respeto debido a la libertad, realidades que se reclaman mutuamente.

Creemos conveniente terminar diciendo, con el maestro Preciado Hernández, que si todo lo que el hombre puede hacer es derecho o tiene derecho a hacerlo, las acciones más opuestas en cuanto a su contenido y finalidad, aun cuando emanen del mismo sujeto, merecen igualmente el calificativo de jurídicas y justas, de donde se seguiría que no es necesario pensar en el derecho ni preocuparse por él, puesto que el hombre únicamente tendría que preocuparse de lo que le es posible físicamente.

¹⁷ HERVADA, Javier. *Lecciones propedéuticas de filosofía del Derecho*, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona.