

00721
a 649

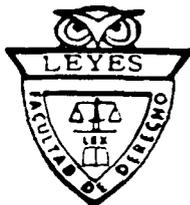


**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

FACULTAD DE DERECHO

ANALISIS DE LAS UNIONES DE HECHO ENTRE
PERSONAS DEL MISMO SEXO.

TESIS PROFESIONAL
PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADA EN DERECHO
P R E S E N T A :
INDRA ORTEGA SILVA



ASESOR DE TESIS:
LIC. ALEJANDRO TORRES ESTRADA

MEXICO, D. F.

2003

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

PAGINACION DISCONTINUA

6

*Con amor, admiración y orgullo
a mi madre por dedicarme su
vida y porque todo lo que soy
es gracias a ella.*
SRA. JUANA SILVA ROJAS

*A mi padre por estar siempre a
mi lado y en mi corazón.*
SR. LUIS ORTEGA TREJO (+)

*A mis maravillosos hermanos
por su cariño, apoyo y
motivación.*
LUIS V. ORTEGA SILVA Y
SANDRA NÚÑEZ JIMÉNEZ

*A mi "abue" por todos los
momentos felices con los que
llena nuestras vidas.*
SRA. María Rojas Negrete

*Muy especialmente a quien
durante mucho tiempo ha sido
como un padre y un ejemplo.*
LIC. N. ERNESTO GARCÍA
ZAMUDIO

C

CON MUCHO CARIÑO A MI
ALMA MATER LA
UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO

A MI ASESOR EL
LICENCIADO ALEJANDRO
TORRES ESTRADA POR EL
TIEMPO DEDICADO A LA
REALIZACIÓN DEL ÉSTE
TRABAJO

d

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	I
CAPITULO 1.	
ASPECTOS GENERALES DE LAS UNIONES DE HECHO	
1.1. CONCEPTO DE UNIONES DE HECHO	1
1.1.1. Concepto gramatical	2
1.1.2. Concepto jurídico	2
1.2. LAS UNIONES DE HECHO COMO REALIDAD SOCIAL	4
1.3. REGULACIÓN DE LAS UNIONES DE HECHO EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL	8
1.3.1. Concepto de concubinato	8
1.3.2. Antecedentes históricos del concubinato	10
1.3.3. Requisitos exigidos para el reconocimiento de la eficacia jurídica del concubinato	22
1.3.4. Efectos jurídicos producidos por la relación concubinaria	30
1.4. ANÁLISIS COMPARADO DE LAS UNIONES DE HECHO Y OTRAS FIGURAS SIMILARES	37
1.4.1. Uniones de hecho y amasiato	37
1.4.2. Uniones de hecho y matrimonio	38
CAPÍTULO 2.	
HOMOSEXUALIDAD	
2.1. CONCEPTO	41
2.2. CLASIFICACIÓN	51
2.3. ANTECEDENTES HISTÓRICOS SOCIALES Y LEGALES	56
2.4. ANÁLISIS LEGAL Y SOCIAL DEL FENÓMENO HOMOSEXUAL EN MÉXICO	76

e

CAPITULO 3.

MARCO JURÍDICO ACTUAL DE LAS UNIONES DE HECHO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

3.1. INICIATIVA DE LEY PROPUESTA A LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL	87
3.2. CRÍTICA A LA INICIATIVA DE LEY PROPUESTA A LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL	94
3.3. NECESIDAD DE LA REGULACIÓN DE LAS UNIONES DE HECHO ENTRA PERSONAS DEL MISMO SEXO	98
3.4. CRITERIOS JURÍDICOS EMITIDOS ANTE LA POSIBLE REGULACIÓN DE LAS UNIONES DE HECHO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO	107

CAPÍTULO 4.

PROPUESTA PARA REGULAR LAS UNIONES DE HECHO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

4.1. LAS UNIONES DE HECHO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO COMO UN CONTRATO	118
4.2. PROPUESTA DE REFORMA AL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL	133

CONCLUSIONES **139**

BIBLIOGRAFÍA **142**

INTRODUCCIÓN

Las uniones de hecho se sustraen a una pluralidad jurídica, en todas las sociedades, junto a la relación jurídicamente establecida como cauce regular para la convivencia entre un hombre y una mujer —el matrimonio. Estas uniones de hecho se asientan sobre los mismos presupuestos que la familia y el matrimonio en cada sociedad y sólo pueden explicarse a través de las aproximaciones a las concepciones dominantes en cada grupo social y en cada momento histórico. Así, la variedad de posturas y la actitud adoptada por el Derecho, se encuentra íntimamente ligada con la valoración moral y social de las uniones de hecho en cada momento histórico y en cada ámbito territorial, pues el ordenamiento jurídico enjuicia los fenómenos sociales a la luz de una moral y una escala de valores predeterminadas.

La proliferación de colectividades y asociaciones en pro de los homosexuales, para reivindicar unos derechos concretos de igualdad tanto legales como sociales; ponen de manifiesto situaciones problemáticas dentro de nuestra sociedad, nuestro gobierno y nuestra legislación.

En algunas legislaciones del mundo se han establecido instituciones jurídicas para reconocer los derechos de igualdad que tienen las personas homosexuales y se ha discutido con gran amplitud el tema del reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo.

Sin embargo, existe una lucha que parece implacable, las personas con preferencias sexuales diferentes aspiran a ser incluidas en el ámbito jurídico del Derecho Familiar, argumentando, que no es su fin último que se amplíen sus libertades contractuales en el Derecho Civil, aunque ello signifique obtener beneficios económicos, patrimoniales o sucesorios.

La regulación jurídica de las uniones de hechos entre personas del mismo sexo depende, en gran medida, de factores ideológicos, mientras que para unos el aceptar la homosexualidad significa la evolución, para otros significa el declive de la sociedad.

Para muchos juristas lo que en este trabajo pudiera parecer una aberración es ya una realidad a la que las nuevas generaciones de juristas nos enfrentarnos y, para ello, tenemos que desprendernos de todos aquellos prejuicios morales que perjudican a millones de personas en el mundo, mismas que luchan por una igualdad social y jurídica dentro de la sociedad.

En busca de una solución estrictamente normativa, pretendemos conceder a estas uniones de hecho el mínimo de inferencia posible en la actual regulación de la institución del matrimonio, concediéndoles efectos personales y patrimoniales, mediante la celebración de un contrato de convivencia.

Hemos dividido la presente tesis en cuatro capítulos. En el primer capítulo "Aspectos Generales de las Uniones de Hecho", nos referimos, básicamente, al concepto y requisitos de éstas en el marco general del derecho, y el tratamiento que nuestra legislación hace de ellas, distinguiendo, además, las uniones de hecho de otras figuras similares.

Un segundo capítulo teórico denominado "Homosexualidad" nos proporciona una visión bastante amplia de la condición de la homosexualidad y del homosexual, asimismo, nos adentra a la trascendencia histórica y jurídica, no sólo en México sino en el mundo, de la misma.

Como tercer capítulo, nos resultó interesante analizar el "Marco Jurídico Actual de las Uniones de Hecho entre Personas del Mismo Sexo", tanto en México como en el mundo. Basados en los recursos del Derecho comparado, pretendemos descifrar las condiciones que dieron origen a regulaciones ya

vigentes y los efectos que en las sociedades mundiales han tenido tales leyes, que regulan la convivencia entre personas del mismo sexo. En cuanto la legislación mexicana, el análisis de la Iniciativa de Ley Sociedades de Convivencia y de la necesidad de la regulación que la problemática exige en nuestro país.

Finalmente, en el último y cuarto capítulo "Propuesta para Regular las Uniones de Hecho entre Personas del Mismo Sexo" bajo un estricto criterio jurídico, planteamos la posible regulación de las uniones de hecho entre personas del mismo sexo mediante un contrato de convivencia y la forma de otorgar derechos básicos a homosexuales, gays y lesbianas, dentro de una convivencia con rasgos diferentes a la institución del matrimonio.

Consideramos que el derecho tiene mucho que hacer en cuanto a libertad sexual y debe, con toda seriedad, abordar estos problemas desde ahora, con valentía, y sin falsas morales.

**ANÁLISIS DE LAS UNIONES DE HECHO
ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO**

**TESIS CON
FALLA DE
ORIGEN**

CAPITULO 1.

ASPECTOS GENERALES DE LAS UNIONES DE HECHO

1.1. CONCEPTO DE UNIONES DE HECHO

Junto al fenómeno jurídico que es el matrimonio aparecen otras uniones relativamente semejantes que tienden a sustraerse a la regulación oficial: las uniones de hecho.

Actualmente no existe una terminología universalmente aceptada para designar la situación en que se encuentran dos personas, de sexos diferentes, que viven como si fuesen marido y mujer, por lo que encontrar un concepto de dichas uniones de hecho resulta difícil. Existe una gran variedad de términos que intentan referirse a ellas, a lo largo de la historia y según el país a que hagamos referencia. Entre los calificativos que más destacan encontramos: concubinato, cohabitación, matrimonio de hecho, unión extramatrimonial, familias de hecho, unión, convivencia *more uxorio*¹ o pareja extramatrimonial, según el país y la legislación a la que hagamos mención.

En este trabajo, nos inclinamos a utilizar la expresión: unión de hecho para hacer referencia a la unión afectiva de una pareja que sin contraer matrimonio desarrolla de manera estable una vida en común. Y para referirnos a los miembros de estas relaciones de hecho, emplearemos los nombres conviviente o compañero, salvo a la referencia que de la unión de hecho se haga en el Código Civil para Distrito Federal, el cual denomina a las uniones de hecho *concubinato* y a los miembros de dicha relación *concubina* y *concubinario*.

¹ *More uxorio* o *More uxorius* son términos que aluden a las costumbres propias del matrimonio o a la apariencia del matrimonio. NICOLIELLO, Nelson. Diccionario de latín jurídico. Editorial B. De F. Ltda. Barcelona, 1999. Pág. 282.

1.1.1. Concepto gramatical

El término *unión*, a guisa de la Real Academia Española, significa "Acción y efecto de unir o unirse. Conformidad y concordia de los ánimos, voluntades o dictámenes"².

ENZO ENRÍQUEZ considera que un *hecho* es "cualquier transformación en la realidad"³. Otros juristas sostienen que un *hecho* es una transformación del mundo exterior. En estas definiciones se halla implícita la idea de que un hecho es un suceso temporal y espacialmente localizado, que se provoca al ocurrir un cambio en lo existente⁴.

Considerando la anterior, la unión de hecho, podría definirse como la concordancia de la voluntad para efectuar una transformación en el mundo exterior. Pero sería muy aventurado proporcionar una definición que en realidad no dice nada, pues si bien es cierto que los compañeros manifiestan su voluntad para unirse, también es cierto que no están conscientes que de la manifestación de su voluntad se van a producir determinados derechos y obligaciones, y de igual manera ignoran las consecuencias que van a surgir de dicha unión.

1.1.2. Concepto jurídico

Los doctrinarios del derecho nos proporcionan diversos conceptos de lo que es una unión de hecho debido a que, como ya mencionábamos anteriormente, no existe una terminología universalmente aceptada para designar este tipo de situaciones y, como consecuencia de ello, cada autor intenta definirla desde su perspectiva.

Algunos autores definen esta situación destacando la semejanza existente entre la unión de hecho y el matrimonio, pues se trata de hombre y mujer que conviven de forma estable, desarrollan su vida en común bajo un mismo techo como si de un matrimonio se tratara, distinguiéndose de éste por la ausencia de formalidad en su relación.

² DICCIONARIO DE TERMINOLOGÍA JURÍDICA. Visión Jurídica Profesional Copyright 1998 Casa Zepol, S. A. de C. V. Todos los Derechos Reservados. DTJ - 2349.

³ ENZO ENRÍQUEZ. La sentenza come fatto giuridico. Pág. 21. Op. Cit. por GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. Introducción al estudio del Derecho. 43ª edición. Editorial Porrúa. México 1992. Pág. 170.

⁴ IDEM.

Al respecto MESA MARRERO define la unión de hecho "como la relación afectiva de una pareja, con independencia de su sexualidad, que comparten un proyecto de vida en común con intención de permanencia y, que sin ningún tipo de formalidad en su constitución, desarrollan la convivencia en el mismo hogar de forma semejante a la conyugal"⁵.

Si bien es cierto que la unión de hecho presenta similitudes con la convivencia matrimonial es claro que la unión de hecho no es matrimonio, pues carece de la formalidad por la que el hombre y la mujer crean una unión legal en virtud de la cual se comprometen a convivir y a cumplir ciertos deberes que deriven del acto contraído.

Para referirse a las uniones de hecho hay quienes emplean el término "unión libre" por entenderse que refleja con claridad la situación de éstas parejas: libremente, es decir, la unión se crea sin formalidades ni impedimentos o prohibiciones, y libremente, sin trámites judiciales, se disuelve. Es decir, frente a la unión matrimonial, que conlleva restricciones de capacidad, solemnidad y publicidad, y que además, resulta más oneroso disolverla o anularla, la unión libre se contrae libremente y se anula libremente, precisamente porque es libre y porque no crea un vínculo que deba disolverse. Esta postura es criticable desde el punto de vista que aquellas personas que inician una vida en común libre de ataduras casi siempre terminan recurriendo al derecho mediante pretensiones jurídicas que muchas veces son justas.

Para HERRERÍAS SORDO las uniones de hecho "pueden catalogarse como un hecho jurídico del hombre, porque son un hecho originado por el ser humano que no pretende ir más allá de entablar una relación sin ataduras ni compromisos de ninguna especie"⁶, incluso en el campo del Derecho. La citada autora se refiere únicamente al *hecho jurídico en stricto sensu*, es decir, el acontecimiento puramente material o de la naturaleza o bien, aquel en que se da una intervención la voluntad del hombre que genera consecuencias de derecho, sin que exista la intención de crear estas consecuencias. Al respecto cabe aclarar, que se le denomina relación de hecho no porque nazca sólo de un hecho jurídico, sólo para señalar que se da aún cuando lo "normal" sea el matrimonio.

⁵ MESA MARRERO, Carolina. Las uniones de hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos. 2ª edición. Aranzadi Editorial, S. A. España. 2000. Pág. 46.

⁶ HERRERÍAS SORDO, María del Mar. El concubinato. Análisis histórico, jurídico y su problemática en la práctica. 2ª Ed. Editorial Porrúa, México. 2000. Pág. 50.

Además de lo ya mencionado, encontramos que dado que las uniones de hecho se refieren a uniones de personas, debe existir un vínculo entre ellas que sea la razón de la unión, al que se le llame de *ipso*, es decir, en razón de la situación que guarden estos sujetos y que dicha relación no se encuentre regulada por la ley.

Tomando en consideración lo que hemos expuesto en páginas anteriores, podemos entender que la unión de hecho es aquel hecho jurídico voluntario en el que dos personas no ligadas por vínculo matrimonial a ninguna otra persona manifiestan su voluntad para convivir de forma estable y desarrollar su vida en común bajo un mismo techo como si de un matrimonio se tratara, cuyo fin principal no es la intención de tener una familia, la procreación.

1.2. LAS UNIONES DE HECHO COMO REALIDAD SOCIAL

Hoy en día, hablar de las uniones de hecho es tratar de "un fenómeno de moda", en que toda la sociedad parece encontrarse interesada. Demógrafos y sociólogos de todo el mundo venían avisando, desde hace tiempo, de las transformaciones que se estaban produciendo en el seno de la familia tradicional y de la aparición de nuevas formas de convivencia no matrimoniales. Los juristas también se han ocupado de ellas, desde que la Ley reconoce el derecho a la pensión de viudez y a las prestaciones de Seguridad Social a quienes no hubieran contraído matrimonio, pero que hubieran convivido como marido y mujer, así como el derecho a participar en la sucesión legítima, ya sea del concubinario o de la concubina, y derechos de familia que emanan de nuestra legislación civil.

Las uniones de hecho, aunque han estado presentes en la sociedad en todo momento, poseen características que permiten calificarlas como una realidad de nuestros tiempos. Las transformaciones que ha sufrido la familia en el presente siglo ha dado lugar al desarrollo y aceptación social de nuevas formas de vida familiar, entre las que se encuentran las uniones de hecho.

La segunda mitad del siglo XX está marcada por una profunda transformación demográfica, económica y social, que ha organizado un proceso de cambio en las

estructuras familiares. La industrialización, la participación económica de la mujer, y con ella, su nueva condición social, la igualdad de los sexos, el incremento de los divorcios, la falta, caída o degeneración de valores y la falta de responsabilidad han tenido una indudable repercusión en la configuración de las familias. Todos estos hechos notorios en las estadísticas proporcionadas por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI):

Indicador	1970	1980	1990	2000
Matrimonios registrados	357 080	493 151	642 201	707 422
Edad mediana del contrayente	23.6	23.2	23.5	26.7
Edad mediana de la contrayente	20.3	20.5	21.2	23.9
Divorcios registrados	31 181	21 548	46 481	52 358
Edad mediana del divorciado a/	30.2	30.6	32.3	34.2
Edad mediana de la divorciada a/	26.9	27.3	29.3	31.5
Índice de divorcios por cada 100 matrimonios	8.7	4.4	7.2	7.4
Porcentaje de la población de 12 años y más:				
Casada o unida	53.6	53.9	53.5	54.8
Alguna vez unida (viudos, separados y divorciados)	6.0	5.8	5.6	7.9
a/ Para 1970, ya que los datos no están disponibles, éstos corresponden a 1976.				
FUENTE: INEGI. <i>Estadísticas de Matrimonios y Divorcios 1950-1992, 1994-1995 y 2000.</i>				
INEGI. <i>Estados Unidos Mexicanos. XI Censo General de Población y Vivienda, 1990. Resumen General.</i>				
INEGI. <i>Estados Unidos Mexicanos. XII Censo General de Población y Vivienda, 2000. Tabulados Básicos. Tomo II.</i>				

Entidad federativa	Hogares con jefatura femenina	Hogares unipersonales	Hogares familiares nucleares	Hogares con ingresos provenientes del trabajo hasta 2 s.m.	Hogares con algún tipo de subsidio	Hogares con algún miembro derechohabiente de servicio médico
Estados Unidos Mexicanos	17.8	5.9	73.8	42.1	20.2	51.5
Distrito Federal	21.0	7.4	73.7	27.5	36.1	68.5
s.m. Salario mínimo.						
FUENTE: INEGI. <i>Estados Unidos Mexicanos. Censo de Población y Vivienda, 1995. Resultados Definitivos. Tabulados Básicos.</i>						

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

INDICADORES SOBRE HOGARES Y FAMILIAS	1995
Total de hogares	19 848 319
Porcentaje de hogares con jefatura masculina	82.2
Porcentaje de hogares con jefatura femenina	17.8
Tamaño medio del hogar (integrantes)	4.6
Porcentaje de hogares unipersonales	5.9
Porcentaje de hogares con 2 a 4 integrantes	48.5
Porcentaje de hogares familiares	93.5
Porcentaje de hogares familiares que son nucleares	73.8
Promedio de niños por hogar	2.2
Promedio de ocupados por hogar	1.7
Promedio de ingresos mensuales por hogar	4.5 SMM
Ingreso promedio por persona en el hogar	1 SMM
Porcentaje de hogares con ingresos provenientes del trabajo hasta de 2 salarios mínimos a/	42.1
Porcentaje de hogares que reciben algún tipo de subsidio	20.2
Porcentaje de hogares con algún miembro derechohabiente de servicio médico	51.5
Edad mediana del jefe del hogar (años)	43.0
SMM: Salario mínimo mensual.	
NOTA: El salario mínimo vigente del 1° de abril al 31 de diciembre de 1995 era de 16.74 diarios o 502.20 pesos mensuales.	
a/ Incluye hogares sin ingresos y con ingresos hasta 2 salarios mínimos.	
FUENTE: INEGI. Cifras elaboradas con base en Censo de Población y Vivienda, 1995.	

Una de las características más relevantes de esta evolución de la familia ha sido el desarrollo paulatino de nuevas formas familiares, el rasgo novedoso y cada vez más destacado, en relación con la pluralidad familiar, es la reclamación del reconocimiento público de ciertas formas familiares que antes se desarrollaban en la clandestinidad o se toleraban en sectores marginales. En este proceso de legalización de los modelos familiares, las uniones de hecho –también llamadas concubinato, cohabitación, convivencia *more uxorio*, matrimonio de hecho, unión extramatrimonial, etc.- han ido cobrando importancia progresivamente. Su significación actual tiene mucho que ver con un proceso de privatización de la vida cotidiana de los individuos, que se agudiza desde los años setenta, en que se a puesto en tela de juicio las normas sociales que sujetaban

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

la vida privada de los individuos a un control social. Si durante siglos se había considerado que el individuo vivía para la familia, en la actualidad se admite el principio de que el individuo tiene derecho a ser feliz, ya sea dentro o fuera de la familia, con personas de diferente sexo o del mismo. Como resultado de esta evolución se han ido perdiendo los límites de lo lícito y lo ilícito.

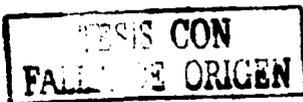
Desde el punto del vista del Derecho, el cambio se inicia desde el momento en que se equiparan los hijos matrimoniales a los extramatrimoniales, expresada claramente en la exposición de motivos del Código Civil del Distrito Federal y Territorios Federales de 1928:

"Por lo que toca a los hijos, se comenzó por borrar la odiosa diferencia entre los hijos legítimos y los nacidos fuera de matrimonio; se procuró que unos y otros gocen de los mismos derechos, pues es una irritante injusticia que los hijos sufran las consecuencias de las faltas de los padres, y que se vean privados de los más sagrados derechos únicamente porque no nacieron de matrimonio, de lo cual ninguna culpa tienen..."

Tal equiparación a desencadenado la supresión del estigma que acompañaba a la convivencia sin matrimonio, abriendo el camino a la tolerancia social y a la aceptación de este tipo de parejas. De igual forma, otro indicador de cambio, fue la admisión del divorcio que vino a distorsionar todo el sistema matrimonial civil, pues actualmente se considera que en el ámbito civil ya no existen dos instituciones perfectamente diferenciadas -el matrimonio y la unión libre-, sino dos formas de uniones conyugales, más o menos libres: el matrimonio disoluble y las uniones de hecho, más disolubles todavía.

La existencia y proliferación de las uniones de hecho es una realidad incuestionable en la sociedad de los últimos años, los factores que han podido influir en la proliferación de las uniones de hecho responde a distintas razones. Estas razones pueden ser impedimentos por los que la pareja no pueda contraer matrimonio, causas económicas o culturales, o religiosas, o, simplemente, porque los convivientes han decidido compartir una vida en común sin atenerse a las formalidades del matrimonio por el rechazo a la solemnidad que este supone.

En algunos países latinoamericanos las uniones no matrimoniales son el resultado del bajo nivel económico y cultural de algunos sectores de la población, estos



ordenamientos, en general, tienden a la equiparación entre el matrimonio y las uniones de hecho, y en particular, a lo que se refiere en los derechos sucesorios del compañero supérstite otorgan un trato equivalente, como es el caso de la legislación mexicana.

Analizar e interpretar a las uniones de hecho como realidad social, así como todas las realidades sociales, no es labor de los juristas sino de otros estudiosos de las ciencias sociales, pero los juristas no pueden prescindir de estos datos de la realidad, pues sólo desde un adecuado conocimiento de la misma, el Derecho podrá proporcionar respuestas apropiadas, entonces resulta necesario tomar de otras ciencias resultados que hayan obtenido para que éste pueda normar la conducta humana según los tiempos, en este caso, si debe regular las uniones de hecho si existen y proliferan.

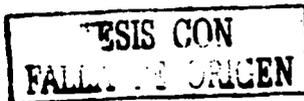
Cabe agregar que en la actualidad no pesa un juicio de inmoralidad sobre las uniones de hecho, sino que en el plano de las valoraciones, son toleradas como otra forma de vivir en pareja y por ello la mayoría de los ordenamientos reconocen efectos jurídicos positivos a las uniones no matrimoniales, mientras algunos ordenamientos tienden a la equiparación con el matrimonio, en otros el grado de eficacia es más limitado dependiendo de los perfiles que caracterizan a las uniones de hecho en cada sociedad; sin embargo, todavía recaen juicios de moralidad sobre las personas que no estas casado, como son los colegios que piden el acta de matrimonio de los padres para otorgara la inscripción a los hijos.

1.3. REGULACIÓN DE LAS UNIONES DE HECHO EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

1.3.1. Concepto de concubinatio

"Al lado de la unión matrimonial, que es el acto y estado jurídico reconocido por el derecho como generador de efectos no sólo respecto de la pareja y de sus hijos, sino también en relación con otros parientes, se han dado y existen otras uniones más o menos permanentes que se asemejan al matrimonio, pero a las cuales el derecho no les ha reconocido efectos, o bien se los ha otorgado en términos limitados. Una unión con estas características es el concubinatio".⁷

⁷ BAQUEIRO ROJAS, Edgard y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía. Derecho de familia y sucesiones. Ed. Harla, S. A. de C. V. México. 1990. Pág. 121.



La legislación positiva mexicana regula las uniones de hecho y las denomina *concubinato*.

Etimológicamente la palabra concubinato "proviene del latín *concubinatus*, comunión o trato de un hombre con su concubina. Se refiere a la cohabitación más o menos prolongada y permanente de un hombre con una mujer, solteros, que sugiere una modalidad de las relaciones sexuales mantenidas fuera del matrimonio, como una expresión de la costumbre"⁸. La palabra alude a la comunidad del lecho"⁹

El Código Civil del Distrito Federal alude a la figura del concubinato en el Título Quinto Capítulo XI, en su artículo 291BIS, que a la letra preceptúa:

"La concubina y el concubinario tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude este capítulo.

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

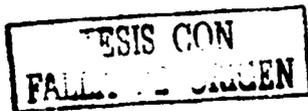
Si con una misma persona se establecen varias uniones del tipo antes descrito, en ninguna se reputará concubinato. Quien haya actuado de buena fe podrá demandar del otro, una indemnización por daños y perjuicios".

La unión de hecho regulada en nuestro sistema jurídico es, única y exclusivamente, el concubinato, descartando el amasiato o los encuentros esporádicos de la pareja.

El concubinato es considerado una relación de hecho existente entre un hombre y una mujer que han manifestado su voluntad de cohabitar como si fueran cónyuges, adquiriendo derechos y obligaciones de derecho, por el transcurso del tiempo, aunque su situación no se encuentre regulada estrictamente por el Derecho.

⁸ NUEVO DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Editorial Porrúa. México. 1998. Pág. 693.

⁹ DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. 4ª edición. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Editorial Porrúa. México. 1991. Pág. 616.



1.3.2. Antecedentes históricos del concubinato

En el presente trabajo consideramos como antecedentes relevantes los extraídos del Derecho romano, del Derecho europeo medieval (España y Francia, por la influencia que sobre la legislación mexicana) y, obviamente, la evolución histórica del concubinato en México, por derivar todos ellos en su regulación actual.

a. Roma

El Derecho romano reconoció y reguló otras uniones lícitas de carácter marital, pero con consecuencias jurídicas inferiores a aquellas que producía el *iustum matrimonium*, es decir, el matrimonio celebrado de conformidad con las reglas del derecho romano.

En el Derecho Romano Clásico (27 a. C.- 284 d. C.), las relaciones extraconyugales se conocían con el término de concubinato; éste se concebía como una unión autorizada, aunque ilegítima, entre hombre y mujer. Esta unión extramatrimonial no era reconocida por las leyes, pero tampoco se establecían obstáculos para su desarrollo. Durante esta etapa las uniones de hecho se convirtieron en otra forma de convivencia semejante a la matrimonial, creada por el consentimiento de las partes.

En la mayoría de los casos la desigualdad era la causa que originaba el concubinato, por el obstáculo jurídico que impedía la celebración del matrimonio entre determinadas personas del pueblo romano. El derecho a contraer matrimonio *ius connubium* –aptitud legal para contraer matrimonio, y del cual sólo gozaban los ciudadanos romanos-, sólo se les reconocía a aquellos que ostentaban la ciudadanía, por ello entre los esclavos y peregrinos, aun cuando un miembro de la pareja fuese ciudadano romano, no existía un verdadero matrimonio, puesto que no se les consideraba como romanos, además de que no podían manifestar el consentimiento matrimonial.

El concubinato se concibe como "una unión marital de orden inferior al *iustum matrimonium*, pero al igual que este es de carácter monogámico y duradero, de igual

modo reconocido por la ley, siendo totalmente diferente de cualquier relación de carácter pasajero, las cuales eran consideradas ilícitas".¹⁰

Tomando en cuenta la proliferación de estas relaciones, las uniones de hecho eran consideradas como un matrimonio de segundo grado, sólo se diferenciaban del matrimonio legítimo por la ausencia del *ius connubium* ya que ambas uniones se caracterizaban por ser monogámicas.

Su reglamentación data de la época de Augusto (27 a. C.-14 d. C.) y sólo se permitían entre personas púberes y solteras, quedando prohibidas entre personas con algún grado de parentesco, con en el matrimonio legítimo.

La legislación de Augusto mediante la *lex Iulia de adulteriis* castigaba como *adulterium* o *struprum* las relaciones extramatrimoniales aunque excluía a varias personas con las cuales no se cometía adulterio, y con la *lex Iulia et Papia Poppea* pretendió impedir los matrimonios entre diferentes clases sociales, circunstancias que provocaron que las relaciones concubinarias fueran en aumento. El matrimonio sólo podía celebrarse entre personas que tenían *connubium* y sólo podía celebrarse con mujeres ingenuas y honestas, pero se autorizó a las personas que carecían de los citados requisitos a unirse, sin que esta relación se considerara adulterina. Fueron la concepción y las prácticas sociales, así como las uniones entre personas de clase social inferior, las que distinguieron al matrimonio del concubinato. La legislación de Augusto consiguió aumentar el número de uniones concubinarias que se caracterizaban por ser duraderas.

De esta forma, el concubinato se convirtió en la única forma posible de convivencia con libertas o mujeres tachadas (libres o esclavas, respectivamente) sin infringir los preceptos de la *lex Iulia de adulteriis*.

En la época de Constantino (306-337d.C.) se prohíbe al hombre que está casado tener también una concubina. Sin embargo, esta prohibición no afectaba a los varones solteros a quienes se les permitió, hasta las *Novellae* de Justiniano, tener varias concubinas a la vez.

¹⁰ MORINEAU IDUARTE, Marta, IGLESIAS GONZÁLEZ, Román. *Derecho romano*. 3ª edición. Editorial Harla. México. 1993. Pág. 73.

Con el emperador Justiniano (527-565 d. C.), y después de la promulgación de las *Novellae*, se establecieron las condiciones necesarias para que el concubinato pudiera generar efectos jurídicos. Las condiciones necesarias para que las uniones no matrimoniales pudieran considerarse como concubinato eran que:

1. La concubina debía tener la edad necesaria para contraer matrimonio, más de doce años.
2. Se prohibía a la concubina de un hombre, ser al mismo tiempo la concubina del hijo de éste, o de su nieto.
3. Se exigía a la concubina el consentimiento de su patrono para abandonarle.
4. La concubina debía ser soltera.
5. El hombre casado no podía tener concubina y el soltero solamente debía tener una.
6. La expresión del consentimiento libre de constituir concubinato.
7. La cohabitación fuese duradera.

"Según Paulo, sólo se podía tener una concubina y siempre y cuando no existiese mujer legítima; es decir, que la unión es también monogámica, con la salvedad de que si un *filii* familias lleva a cabo una unión de este tipo, no era necesario el consentimiento del *pater*, ya que la mujer no entraba a formar parte de la familia agnática del marido, y los hijos nacidos de esta unión seguían la condición de la madre y no la del padre, no pudiendo éste, por tanto, ejercer la patria potestad. Consecuentemente los hijos nacían *sui iuris* - sin parentesco con el padre."¹¹

Después de Justiniano y con la influencia del cristianismo se consideró a estas uniones como ilegítimas y contrarias a la religión, reflejándose en la adopción de medidas encaminadas a convertir a la unión libre en matrimonio.

En el Derecho canónico se desconoce todo efecto al concubinato y se reconocen efectos sólo al matrimonio celebrado ante la iglesia, es declarado pecaminoso.

En general, el concubinato en Roma fue visto como una unión monogámica socialmente aceptada que no constituía ninguna deshonra, por el contrario, fue admitido a la par de la institución matrimonial, distinguiéndole únicamente de éste la intención.

¹¹ IDEM.



b. España

En la Edad Media¹² adquiere gran relevancia la institución jurídica denominada *barraganía* o *barraganería*, término con el que se le conoció al concubinato y que fue reglamentada por diversos Fueros Medievales, debido a la frecuencia con que se presentaban estas uniones, aun de personas casadas, o cuando las partes eran de condición social diferente.

En opinión de MARTÍNEZ MARINA, "la *barraganería* no constituía un enlace vago, indeterminado o arbitrario; se fundaba en un contrato de amistad y compañía, cuyas principales condiciones eran la permanencia y la fidelidad. Se trataba de relaciones no condenadas por el ordenamiento jurídico secular de la época. Se constituían mediante el libre consentimiento de los contrayentes, manifestado y regulado mediante la firma de un contrato denominado como *carta de compañía*, en el que se establecían los derechos y deberes de ambas partes"¹³.

Se cree que la *barraganería* surgió como la influencia ejercida por los musulmanes durante su dominación de siete siglos en la Península Ibérica.

Los Fueros que regulaban la *barraganía* concedían amplios derechos a la mujer *barragana*: el Fuero de Plasencia establecía que la *barragana* que probara haber sido buena y fiel para con su señor, tenía derecho a heredar la mitad de los gananciales; el Fuero de Cuenca concedía a la *barragana* en cinta el derecho de solicitar la prestación de alimentos a la muerte de su señor, elevándose a la categoría de una viuda en cinta, este mismo Fuero, prohibía a los casados legítimamente tener en público *barraganas*, y otros

¹² Se le denomina Edad Media al periodo de la historia europea que transcurrió desde la desintegración del Imperio romano de Occidente, en el siglo V, hasta el siglo XV. No obstante, las fechas anteriores no han de ser tomadas como referencias fijas: nunca ha existido una brusca ruptura en el desarrollo cultural del continente. Parece que el término lo empleó por vez primera el historiador Flavio Blondo de Forlì, en su obra *Historiarum ab inclinatione romanorum imperii decades* (*Décadas de historia desde la decadencia del Imperio romano*), publicada en 1438 aunque fue escrita treinta años antes. El término implicó en su origen una parálisis del progreso, considerando que la edad media fue un periodo de estancamiento cultural, ubicado cronológicamente entre la gloria de la antigüedad clásica y el renacimiento. La investigación actual tiende, no obstante, a reconocer este periodo como uno más de los que constituyen la evolución histórica europea, con sus propios procesos críticos y de desarrollo. Se divide generalmente la edad media en tres épocas. "Edad media", *Enciclopedia Microsoft® Encarta® 99*. © 1993-1998 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

¹³ MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo histórico crítico sobre la legislación de los reinos de León y Castilla especialmente sobre el código de las Siete Partidas de Don Alfonso el Sabio*. Op. Cit. por MESA MARRERO, Carolina. Op. Cit. Pág. 21.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Fueros como el de Soria o el de Burgos y Logroño concedían a los hijos de la barragana algunos derechos sucesorios¹⁴.

El Fuero de Zamora que concedía los máximos derechos a la barraganería, sirvió de modelo a un contrato de barraganería, denominado *Carta de Ávila* en 1361, también llamada *Carta de mancebia e compañería*.¹⁵

La *Carta de Ávila* constituyó una manifestación escrita del contrato de mancebia que reguló las relaciones no matrimoniales constituidas mediante un convenio celebrado entre el señor y la barragana en el cual se le concede a estas mujeres los derechos de percibir rentas de su señor y de compartir con él la mesa, el cuchillo y el pan.

Estas cartas eran el resultado de una estipulación conjunta en la que los sujetos que intervienen en ella convienen en convertir su convivencia en una unión duradera¹⁶.

Dentro de este género, también existían los contratos de barraganía sujetos a término, y una vez transcurrido el tiempo pactado, la relación finalizaba si es que no era prorrogado¹⁷.

Junto a estas constancias escritas de la barraganía, el Derecho reconoce algunos efectos a las uniones de hecho cuando hubiese transcurrido un año de la relación y se hacía el reconocimiento jurídico de estas uniones con la expresión *barraganía por uso* que se perfecciona por la convivencia de un año, a partir del cual del Derecho reconoce a la mujer barragana casi los mismos derechos que tiene la mujer legítima¹⁸.

En esta época la barraganía se desarrolló mayormente entre los clérigos por su impedimento para contraer matrimonio.

Posteriormente, Alfonso X "El Sabio" en las *Siete Partidas* regula detalladamente la *barraganía* o *barraganería*, por ser un tipo de relación muy común en España, pues no

¹⁴ HERRERÍAS SORDO, María del Mar. Op. Cit. Pp. 7-8.

¹⁵ MESA MARRERO, Carolina. Op. Cit. Pág. 22.

¹⁶ HERRERÍAS SORDO, María del Mar. Op. Cit. Pág. 8.

¹⁷ ÍDEM.

¹⁸ MESA MARRERO, Carolina. Op. Cit. Pág. 22.

representaba un vínculo indisoluble como el matrimonio y, además, permitía relacionarse con mujeres de condición social inferior.

Las Partidas consagran todo el título XIV de la *Partida 4ª* que se denomina: "de las otras mugeres que tienen los omes, que non son de bendiciones"¹⁹, este título regula la *barraganía*, cuyo significado era "sin gananciales" y los hijos que nacen de mujer barragana son llamados hijos de ganancia. Este título define la barraganía y establece los requisitos exigibles para considerarla constituida:

*"todo ome que non fueffe embargado de orden o de cafamiéto: pude auer barragana, fin miedo de pena téporal folamente q no la aya virgen nin fea menor de doze años: nin tal biuda, q biua honfeta: e q fueFFE de bué testimonio. E tal biuda como EFTA quenédo la algúo recibir por barragana: o a otra muger q fueffe libre de fu nalcencia, que non fueffe virgé(...) E fi de otra guita la recibieffe folpecha cierta feria contra ellos, que era fu muger legitima, e nó fu barragana (...) Pero fi fueffe otre biuda q no fueffe atal como fobre dicho es: mas que fueffe de muy vil linaje, o de mala fama: o fueffe judgada q auia fecho adulterio có ome q ouieffe muger legitima mager ella fueffe fueffa (...) Otrofi ninguno nó puede tenr por barragana ninguna muger que fea fu partiéta, nin fu cuñada falta el quarto grado (...)"*²⁰

Se fijaron los siguientes requisitos para que tales uniones fuesen calificadas de barraganería²¹:

- Sólo debía haber una barragana y un hombre.
- Ambos debían de estar libres de matrimonio y no tener impedimento alguno para contraerlo, ya que la barraganería estaba prohibida dentro de los mismos grados de parentesco que para aquellos que contrajeran matrimonio.
- La unión debía ser permanente
- Debían tratarse como marido y mujer.
- Debían ser considerados en su comunidad como si fuesen esposos.

Dependiendo el tiempo que durara la unión, las barraganas adquirían algunos derechos privilegiados como el de conservar su vestidura al separarse, así como algunos derechos sucesorios.

¹⁹ GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho civil. Parte general, personas y familia*. 12ª edición. Editorial Porrúa. México. 1993. Pág. 483.

²⁰ MESA MARRERO, Carolina. Op. Cit. Pág. 23.

²¹ Algunos autores como Edgard BAQUEIRO y Rosalia BUENROSTRO, consideran que las *Siete Partidas* fijaron los requisitos que hasta ahora se aceptan en el Derecho español, para que tales uniones sean calificadas de concubinato y produzcan efectos jurídicos. BAQUEIRO ROJAS, Edgard y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía. Op. Cit. Pág. 123.



La publicación de *Las Partidas* supuso la prohibición de la barraganía a los clérigos, bajo pena de la privación del oficio y beneficio.

Durante el siglo XII, la iglesia siempre manifestó abiertamente su oposición a las relaciones sexuales fuera del matrimonio con la promulgación del Concilio de Toledo en el que condenó las uniones no matrimoniales. El Concilio de Toledo ordenaba la excomunión del que tuviere simultáneamente mujer legítima y concubina; pero el que no estuviese casado y tuviera concubina no sería excomulgado.

Con el Concilio de Trento²² todo matrimonio no celebrado de acuerdo con la ceremonia eclesiástica era nulo, y se sancionaba a quienes estuviesen unidos en concubinato con la excomunión y otras penas. Este Concilio estableció la solemnidad necesaria para contraer matrimonio y rechazó con claridad cualquier institución contraria a éste. Se pretendía eliminar a las uniones extraconyugales que la Iglesia había tolerado en otras épocas y que hasta aquel momento constituyeron uniones de hecho con reconocidos efectos jurídicos y aceptación social.

Tras la desaparición de la institución de la barraganía, el legislador parece ignorar la existencia de las relaciones extramatrimoniales, que aunque fueron prohibidas y castigadas con dureza en el Concilio Trento, no por ello dejaron de existir²³.

La posición del legislador español hasta no hace demasiado tiempo, ha sido la de negar el reconocimiento de efectos jurídicos a las uniones creadas al margen del matrimonio basándose en que estas situaciones son contrarias a la moral y a los principios de orden público y buenas costumbres²⁴.

²² El Concilio de Trento fue el decimonoveno concilio ecuménico de la Iglesia católica apostólica romana, que tuvo lugar, a lo largo de tres etapas, entre 1545 y 1563. Convocado con la intención de responder a la Reforma protestante, supuso una reorientación general de la Iglesia y definió con precisión sus dogmas esenciales. Los decretos del Concilio, confirmados por el Papa Pío IV el 26 de enero de 1564, fijaron los modelos de fe y las prácticas de la Iglesia hasta mediados del siglo XX. "Edad media". *Enciclopedia Microsoft® Encarta® 99*. © 1993-1998 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

²³ MESA MARRERO, Carolina. Op. Cit. Pág. 23

²⁴ IBIDEM. Pp. 23-24.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

c. Francia

La Revolución francesa de 1789 no consideró a la familia como un ente orgánico. Este movimiento se ocupó principalmente del individuo. Las personas, individualmente consideradas, podían agruparse en una familia en virtud de un contrato de derecho común que podía ser rescindido por ambas partes o por una de ellas.

Como consecuencia, la Constitución francesa de 1791 consideró al matrimonio un mero contrato civil, dejando atrás el sacramento implantado por la Iglesia católica y, considerándose por tanto, una unión disoluble.

El 20 de septiembre de 1792 se decretó la Ley del Divorcio en la que el matrimonio podía ser disuelto igual que cualquier contrato civil, por voluntad de las partes o por voluntad de una de ellas.

El Código de Napoleón de 1804 no reguló la figura del concubinato, lo consideraba como un hecho material, que no producía ningún efecto o consecuencia de derecho. Este código responde a la idea de una frase pronunciada por Napoleón Bonaparte "*les concubines se passent de la loi; la loi se désintéresse d'eux*", esto es, los concubinos se pasan sin ley; la ley se desentiende de ellos²⁵.

La situación de las uniones de hecho en Francia durante el Código de Napoleón era la de que al situarse éstas fuera del derecho, la unión libre se beneficiaba de la ignorancia del legislador. Los concubinos no eran castigados con ninguna pena, pero su unión no les otorgaba derecho²⁶. Ésta ignorancia en del Código Napoleónico encubre la hostilidad hacia las uniones de hecho, prueba de ello es el tratamiento jurídico que recibían los hijos nacidos de estas uniones cuya filiación podía clasificarse en natural o ilegítima, es decir, jurídicamente no se reconocían hijos "bastardos".

Pero, si para los preceptos de la ley, el concubinato fue en Francia un hecho simplemente material, incapaz de producir efectos de derecho, las sentencias de los tribunales no pudieron cerrar los ojos ante la realidad que se impone a las prescripciones

²⁵ HERRERIAS SORDO, María del Mar. Op. Cit. Pág. 11.

²⁶ LAZARO GONZÁLEZ, Isabel. Las uniones de hecho en el Derecho Internacional Privado Español. Editorial Tecnos, S. A. España. 1999. Pág. 65.

del legislador y los jueces han tenido que reconocer algunos efectos de derecho, producidos por tal situación de hecho²⁷. Como consecuencia de lo anterior, los Tribunales fueron otorgando protección a la concubina y a los hijos nacidos de la relación concubinaria.

Actualmente, la actitud de desconocimiento se justifica en el respeto a la libertad de los compañeros, esto es, para contraer matrimonio, para que se produzcan los efectos propios del matrimonio, es necesario el consentimiento matrimonial por lo que no cabe atender contra la libertad de las partes imponiéndoles las consecuencias del matrimonio a quienes no tienen voluntad de contraerlo²⁸.

d. México

De acuerdo con los cronistas españoles de los siglos XV y XVI, entre los indígenas se acostumbraba la poligamia, aunque esta no se practicó por la totalidad de los pueblos, pues los indígenas también practicaron la monogamia.

Entre los Aztecas fue difícil diferenciar entre uniones legítimas e ilegítimas debido a que la poligamia era lícita y muy frecuente. El hombre casado o soltero podía tomar cuantas mancebas quisiera, con tal de que estuvieran libres de matrimonio.

El concubinato surgía cuando la pareja se unía mediante su consentimiento, sin observar ningún tipo de formalidad. En este caso la mujer tomaba el nombre de *temecauh* y el hombre el de *tepuchtlí*. El derecho sólo equiparaba el matrimonio al concubinato cuando los concubinos tenían tiempo de vivir juntos y con fama pública de casados. La concubina que duraba un lapso largo de tiempo como tal se convertía en esposa recibiendo el nombre de *tlacarcauilli*²⁹.

Para unirse en concubinato no era necesario el pedimento de mano de la doncella, ni la realización de un rito. El surgimiento de esta unión se debía casi siempre a la

²⁷ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op. Cit. Pág. 483.

²⁸ LAZARO GONZÁLEZ, Isabel. Op. Cit. Pág. 66.

²⁹ HERRERÍAS SORDO, María del Mar. Op. Cit. Pág. 12.

carencia de recursos económicos para poder solventar los gastos de la fiesta de un matrimonio definitivo, es decir, la celebración de la ceremonia nupcial.

Antes de la llegada de los españoles, los indígenas tenían una absoluta libertad premarital, existía una especie de matrimonio a prueba y el divorcio. Con la conquista, los españoles se encontraron varios inconvenientes al tratar de aplicar el derecho peninsular, pues en las nuevas tierras el tipo de vida era muy distinto a aquel que se llevaba en España lo que implicó que se presentaran situaciones totalmente nuevas que no estaban previstas por las leyes ibéricas.

Los misioneros españoles se encontraron con el fenómeno de la poligamia, pero con la cristianización de los indígenas los misioneros comenzaron a convencer a los indios para dejara sus múltiples esposas y conservar sólo a una: la esposa legítima; sin embargo, los misioneros se encontraron con una maraña de lazos familiares en los que intervenían las múltiples esposas, los hijos que cada una de ellas había engendrado de un varón, así como los parientes de ésta, además, resultó que muchos de estos matrimonios se había celebrado sin tomar en cuenta los impedimentos contemplados por las leyes españolas y por la Iglesia católica.

Aunado a lo anterior, se dieron situaciones como las de algunos conquistadores que, al vivir lejos de sus mujeres y de sus familias, se relacionaron de manera pasajera con mujeres indígenas, o las de aquellos que abandonaron a sus mujeres e hijos en España, o bien, aquellas situaciones en las que se dio la suplantación de la esposa radicada en la Península Ibérica por la amante o la unión de muchos peninsulares que vivieron amancebados con indias jóvenes sin casarse nunca con ellas a pesar de los hijos procreados. Como consecuencia de todas estas situaciones se hizo común el adulterio y la bigamia con mujeres indígenas o españolas residentes en América, por lo que hubo que reglamentarlas.

Dentro de esta nueva reglamentación la Junta Apostólica en 1524 decidió que cuando se presentaran matrimonios plurales entre indígenas el indio era libre de decidir cual de sus esposas quería conservar, para que lo fuera bajo el rito cristiano. Esta decisión no fue definitiva, por lo que no hubo uniformidad en la reglamentación y cada caso se resolvió distinto.

En 1537 con la Bula *Altitude Divini Consilii* el Papa Paulo III resolvió definitivamente lo que había de hacerse en estos casos: el matrimonio celebrado ante la iglesia católica debía de llevarse a cabo con la primera esposa con la que el indio hubiere contraído matrimonio. Todas las mujeres que había tomado el hombre dejaron de ser tratadas por igual y pasaron a ser ex-concubinas desprotegidas y despojadas, junto con sus hijos, de los derechos que gozaban anteriormente. Estos hechos contribuyeron a la desintegración paulatina de la familia prehispánica y pusieron las bases para la constitución de la familia fundada en el matrimonio católico monogámico.

Sin embargo, y pese a la labor de la Iglesia Católica y de la autoridad civil para evitar las conductas inmorales y ajenas a la institución de la familia cristiana peninsular, siguieron las uniones ilegítimas y el matrimonio cristiano no fue la única unión existente en la sociedad colonial, el concubinato continuó practicándose masivamente.

Ya en el México independiente, el Código Civil para el Distrito Federal y Territorios de Baja California de 1870 no regula la figura del concubinato, sin embargo, si toca el tema de los hijos naturales nacidos como fruto de las uniones fuera de matrimonio.

De igual forma, el Código Civil para el Distrito Federal y Territorios de Baja California promulgado el 31 de marzo de 1884 no regula esta figura ni demarca sus límites, sin embargo, la palabra concubinato se confunde con el concepto que actualmente tenemos del adulterio, al mencionar en su artículo 228 fracción II que el adulterio del marido lo es cuando haya habido concubinato entre los adúlteros, dentro o fuera de la casa conyugal³⁰.

En la Ley de Relaciones Familiares del 14 de abril de 1917 nuevamente el legislador confundió la figura del concubinato con la del adulterio consagrándolo como una causal de divorcio en su artículo 77 fracción II que haya habido concubinato entre los adúlteros, dentro o fuera de la casa conyugal³¹. Tal vez, el legislador quiso dar a entender que se trataba de relaciones sexuales extramaritales entre persona o personas casadas.

³⁰ IBIDEM. Pág. 20.

³¹ IBIDEM. Pág. 21.

El Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal de 1928 fue más abundante sobre los efectos que pueden producirse por esta unión a favor de los concubinos. En su exposición de motivos este Código señala que:

"Hay entre nosotros, sobre todo en las clases populares, una manera peculiar de formar la familia: el concubinato. Hasta ahora se habían quedado al margen de la ley los que en tal estado vivían; pero el legislador no debe de cerrar los ojos para darse cuenta de un modo de ser muy generalizado en algunas clases sociales, y por eso en el proyecto se reconoce que produce algunos efectos jurídicos el concubinato, ya en bien de los hijos, ya a favor de la concubina, que al mismo tiempo es madre, y que ha vivido mucho tiempo con el jefe de familia. Estos efectos se producen cuando ninguno de los que viven en concubinato es casado, pues se quiso rendir homenaje al matrimonio, que la Comisión considera la forma legal y moral de constituir la familia, y si se trata del concubinato, es, como se dijo antes, por que se encuentra generalizado, hecho que el legislador no debe ignorar"³².

Actualmente, el Código Civil para el Distrito Federal, publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 28 de abril del 2000, regula de manera específica al concubinato en el Libro Primero "de las Personas", Título Quinto "del matrimonio", Capítulo XI "del Concubinato", del artículo 291Bis al 291 Quintus.

En la legislación mexicana, el Código Civil para el Distrito Federal en vigor, reglamenta el concubinato como una situación de hecho, pero por primera vez en México se reconocen los efectos jurídicos que de esta unión se derivan, como son: el derecho de los concubinos a los alimentos; a participar en la sucesión hereditaria; la posibilidad de investigar la paternidad de los hijos habidos entre los concubenarios y, una vez establecida la filiación de los hijos habidos durante el concubinato, éstos tendrán derecho a los alimentos y a ser llamados a la sucesión del padre.

"Artículo 291Bis. La concubina y el concubinario tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude este capítulo.

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

Si con una misma persona se establecen varias uniones del tipo antes descrito, en ninguna se reputará concubinato. Quien haya actuado de buena fe podrá demandar del otro, una indemnización por daños y perjuicios."

"Artículo 291 Ter. Regirán al concubinato todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia, en lo que le fueren aplicables.

³² GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op. Cit. Pág. 483.



Artículo 291 Quáter. El concubinato genera entre los concubinos derechos alimentarios y sucesorios, independientemente de los demás derechos y obligaciones reconocidos en este código o en otras leyes.

Artículo 291 Quintus. Al cesar la convivencia, la concubina o el concubinario que carezca de ingresos o bienes suficientes para su sostenimiento, tiene derecho a una pensión alimenticia por un tiempo igual al que haya durado el concubinato. No podrá reclamar alimentos quien haya demostrado ingratitud, o viva en concubinato o contraiga matrimonio.

El derecho que otorga este artículo podrá ejercitarse solo durante el año siguiente a la cesación del concubinato."

1.3.3. Requisitos exigidos para el reconocimiento de la eficacia jurídica del concubinato

De acuerdo con el Código Civil para el Distrito Federal, artículo 291 Bis, para que el concubinato tenga efectos jurídicos debe cumplir con ciertos requisitos como la convivencia, la ausencia de impedimentos legales, la heterosexualidad, la estabilidad, la continuidad, un elemento de temporalidad, excepcionalmente un requisito de procreación, la monogamia y la fidelidad.

Junto a los mencionados requisitos existen otros que se desprenden de la doctrina, estos son la publicidad y notoriedad, la ausencia de formalidad, la capacidad jurídica de los compañeros y la relación sexual.

En el presente trabajo estudiaremos tanto los requisitos establecidos en la ley como los requisitos emanados de la doctrina, dada su relevancia.

a. Convivencia

El concubinato será considerado como tal si el concubino y la concubina han vivido en común. "La convivencia tiene como modelo la convivencia matrimonial, es decir, la coexistencia diaria desarrollada habitualmente por los matrimonios"³³.

De acuerdo con el artículo 291 Bis:

³³ IBIDEM, pág. 105.

"La concubina y el concubinario tienen derechos y obligaciones recíprocos... [si]... han vivido en común..."

La diferencia con el matrimonio consiste en que, en el caso de la institución matrimonial, la voluntad de convivir se presume a pesar de la separación física, mientras que en la unión de hecho debe probarse esa voluntad.

La convivencia aparece como un elemento básico que caracteriza a la unión no matrimonial, hasta el punto de ser, para un importante sector doctrinal, una nota esencial para que pueda hablarse propiamente de unión de hecho, pues se considera que si los compañeros no conviven sólo serán "amantes" si las relaciones sexuales entre ellos tienen una cierta permanencia pero que no les lleva a compartir la vida como marido y mujer.

b. Ausencia de impedimentos legales

Según el artículo 291Bis "La concubina y el concubinario tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común..."

Este requisito se refiere básicamente a dos cuestiones:

1. Los concubinos deben de permanecer libres de matrimonio durante el concubinato. Esta situación que resulta muy clara, pues no puede hablarse de una relación concubinaria si alguno de los concubinos contrajo matrimonio y este subsiste.
2. La relación concubinaria debe ser una relación no incestuosa, es decir, no formada por parientes consanguíneos en línea recta, sin límite de grado ascendente o descendiente, o por parientes colaterales por consanguinidad ya sean estos hermanos, medios hermanos, tíos y sobrinos. Asimismo, también se considera incestuosa la relación concubinaria establecido con el adoptado, prohibición de parentesco que se extiende hasta sus descendientes, como lo establece el Código Civil para el Distrito, entre los impedimentos para contraer matrimonio en artículo 156 fracciones III y XII.

c. Heterosexualidad

El Código Civil para el Distrito Federal habla del concubinario y la concubina, pues el concubinato es una unión que se forma por un hombre y una mujer por lo que será imposible hablar de concubinato entre personas del mismo sexo. Sólo a las relaciones entre hombre y mujer, dejando al margen la convivencia entre homosexuales.

"Artículo 291Bis. La concubina y el concubinario..."

La imposibilidad jurídica de admitir la relación creada entre personas del mismo sexo no radica en la imposibilidad de procrear, pues si bien es cierto que la procreación constituye un requisito para la constitución del concubinato, también es cierto que no es un requisito indispensable puesto que los derechos y obligaciones que genera la relación concubinaria se adquieren de manera alternativa por el paso del tiempo. La imposibilidad jurídica de admitir las uniones homosexuales se encuentra en que no son un modelo social establecido, por lo que permanecen en un nivel de relevancia individual. Aunque hay quien opina que lo importante es el nivel de vida conseguido por la convivencia de hecho, con independencia del sexo de los convivientes.

La necesidad de que la unión se desarrolle entre un hombre y una mujer se apoya en razonamientos distintos. Tradicionalmente se ha apelado a razones de orden moral para excluir las uniones homosexuales de hombres o mujeres, considerando estas relaciones como aberrantes, *contra naturam*, rechazando que el libre desarrollo de la personalidad permita atentar contra la propia naturaleza de las cosas. Aun no partiendo de este rechazo, se ha sostenido también la exclusión de las uniones entre personas del mismo sexo, por no tratarse de un modelo socialmente establecido y aceptado con normalidad. Por otra parte, al ser considerada en muchos casos la unión de hecho como un reflejo o sombra del matrimonio, se ha entendido que debe tratarse, igual que el matrimonio, de una relación entre un hombre y una mujer³⁴.

³⁴ LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel. Op. Cit., Pág. 110.

d. Estabilidad

Es común la exigencia de estabilidad en la convivencia no matrimonial para que esta sea tomada en consideración por el Derecho.

"Artículo 291Bis. La concubina y el concubinario tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude este capítulo."

No puede tratarse de una unión fugaz, pasajera o de un encuentro de fin de semana, sino que por el contrario, la unión de hecho presupone una manera de vivir en la que los compañeros comparten de forma duradera su existencia.

e. Continuidad

"Artículo 291Bis. La concubina y el concubinario tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude este capítulo".

La continuidad es la característica que da solidez y estabilidad a la figura del concubinato, ya que se requiere que los dos años de convivencia sean constantes, sin interrupción³⁵.

HERRERÍAS SORDO opina que "no podemos desconocer o ignorar una relación concubinaria que ha sido sólida, en la que se ha dado la convivencia entre los concubinos como si fueran marido y mujer sólo por el hecho de que se hayan separado esporádicamente por razones justificadas que son ajenas a su voluntad. Siempre que constante que la relación sea la vida juntos y las separaciones se den excepcionalmente sin que exista la voluntad de suspender o dar por terminada la relación concubinaria, podemos considerar que la relación concubinaria continúa y es voluntad de los concubinarios permanecer así unidos"³⁶.

³⁵ Cuando el tiempo de convivencia es mayor al tiempo que dura la separación podemos considerar que si existe concubinato... Es necesario resaltar que las causas de separación deben de ser ajenas a la voluntad de los concubinos y que no exista la posibilidad de que el que se separa lleve al otro consigo. HERRERIAS SORDO, María del Mar. Op. Cit. Pág. 35.

³⁶ ÍDEM.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

El término "sin interrupción", no se refiere a que los concubinos no puedan ni deban separarse nunca, alude más bien a que la continuidad del concubinato debe demostrarse, no tanto por la convivencia material, sino por la real y firme voluntad de estar juntos.

f. Temporalidad

El tiempo es entendido como un factor importante y decisivo que permite la generación de derechos, o bien, la adquisición de obligaciones, por ello, es necesario que los concubinos vivan juntos por los menos dos años, como si fueran marido y mujer. Lo anterior en función de que el tiempo de convivencia constituye un factor de medida de la estabilidad y de la permanencia que pueda llegar a tener la relación concubinaria.

"Artículo 291Bis. La concubina y el concubinario tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude este capítulo".

La fijación de plazos facilita la prueba de solidez y seriedad de la relación, pero el simple paso del tiempo puede no ser satisfactorio para determinar la eficacia de la relación, por ello existen otros índices para probar la estabilidad de la relación, como son el reconocimiento de hijos, la adquisición conjunta de inmuebles, la explotación común de una empresa, la interdependencia financiera, la apertura de cuentas bancarias comunes, etc.

En la legislación mexicana el Código Civil para el Distrito establece explícitamente que este requisito no es necesario si se procrean uno o más hijos.

g. Procreación

El concubinato puede constituirse al procrear uno o más hijos, insistiendo siempre en que el hombre y la mujer vivan juntos bajo el mismo techo como si fueran marido y mujer.

"Artículo 291Bis. La concubina y el concubinario tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude este capítulo.

No es necesario el transcurso del período mencionado cuando, reunidos los demás requisitos, tengan un hijo en común."

Algunos autores consideran que la presencia de hijos en el concubinato constituye una muestra de estabilidad de la pareja y que por ello cuando los concubinos tienen hijos en común no se exige la duración dos años de convivencia entre ellos.

La legislación mexicana, especialmente la legislación civil del Distrito Federal, considera la importancia del elemento de procreación en función de la trascendencia que esta tiene en las situaciones familiares, pero también consideran que no es necesaria la procreación de hijos para que una unión estable sea protegida jurídicamente, por ello establece que no es necesario el transcurso de un período de dos años si, reunidos los demás requisitos, los concubinos tienen un hijo en común.

h. Monogamia

El carácter monogámico del concubinato se deduce del citado artículo 291 BIS del Código Civil para el Distrito Federal:

"...Si con una misma persona se establecen varias uniones del tipo antes descrito, en ninguna se reputará concubinato..."

El concubinato debe entenderse como la relación entre un sólo hombre y una sola mujer, ya que no es posible la existencia de varias relaciones no matrimoniales o un matrimonio con una unión de hecho simultáneamente.

En la figura del concubinato los compañeros se comportan maritalmente, a grado tal que llegan a originar confusión en la sociedad que los rodea respecto a su estado civil, no podemos decir que un sujeto que sostiene relaciones con más de una persona se está comportando como si estuviera casado, por lo menos en el campo de los que el Derecho exige a quienes se unen en matrimonio.

i. Fidelidad

La fidelidad es un requisito que se desprende de la doctrina. Podría decirse que la fidelidad en el concubinato constituye un deber moral, porque carece de sanción en la ley, sin embargo el hombre y la mujer deben entregarse únicamente a su pareja. Esta condición como una consecuencia lógica de cualquier relación, en la que por razones de respeto hacia la pareja se debe propiciar el cuidado y la atención evitando incurrir en irresponsabilidades de infidelidad con otras personas que llevaría a la destrucción de la vida en común.

j. Notoriedad y publicidad

Para algunos doctrinarios la notoriedad y publicidad es otro requisito que se exige para que el concubinato tenga eficacia jurídica.

Los compañeros se comportan públicamente como tales, como marido y mujer, ante los ojos de la gente, quedando fuera de los conceptos de uniones de hecho las relaciones ocultas, secretas o aquellas en las que no exista una verdadera comunidad de vida.

Este requisito implica que quienes viven en concubinato deben ostentar públicamente su relación, es decir, deberán aparecer públicamente como marido y mujer.

k. Ausencia de toda formalidad

El concubinato carece de toda formalidad, se inicia con la simple manifestación de la voluntad de los concubinos.

Se puede equiparar la regulación de este tipo de uniones a un contrato, en donde la voluntad y el consentimiento son elementos esenciales a través de los cuales las personas van a poder manifestar su aceptación a esta nueva situación jurídica, la cual va a traer consecuencias de derecho para ambos sujetos.

I. Capacidad jurídica de los compañeros

Otro requisito que contempla la doctrina es: la capacidad jurídica, consistente en exigir a los concubinos la misma capacidad que se requiere para contraer matrimonio. Sólo las uniones entre personas capaces para contraer matrimonio producen efectos jurídicos, dada la equiparación de los efectos con el matrimonio.

m. Relación sexual

Algunos autores coinciden en la necesidad de que existan relaciones sexuales con carácter habitual entre la pareja. Esto debido a que si la relación concubinaria implica un comportamiento conyugal para quienes la integran, resulta obvio que para que esta cumpla con este requisito, es necesaria la unión carnal entre los concubinos, ya que de lo contrario los efectos jurídicos que se le reconocen al concubinato, se extenderían a todo tipo de convivencia que pudiera darse entre hombres y mujeres.

El requisito de heterosexualidad hace suponer la existencia de relaciones sexuales entre los compañeros. Pero no puede considerarse que las relaciones sexuales constituyan un requisito, son más bien un presupuesto.

Ciertamente, el acto carnal no es lo más importante en este tipo de relaciones de hecho, ya que si bien es cierto que esto constituye un elemento, también es cierto que otro factor que determina el concubinato es el comportamiento de los concubinos como si estuvieran casados, con todos los deberes y obligaciones que implica el matrimonio: asistencia mutua, respeto, procreación, deber alimentario, tener un hogar.

En realidad los ordenamientos jurídicos exigen que entre los compañeros se de una relación de afectividad similar a la conyugal ³⁷.

Consideramos que el requisito de relaciones sexuales que exigen algunos doctrinarios es un elemento aleatorio, puede o no presentarse, así como en el matrimonio un acta del registro civil no implica que los contrayentes necesariamente tengan

³⁷ LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel. Op. Cit., Pág. 112.

relaciones sexuales, menos en el concubinato, además suponiendo que son dos personas de edad avanzada las que decidan convivir, cumpliendo todos los requisitos exigidos por la ley, sería entendible que no puedan tener relaciones sexuales. Sería, también, el caso de las personas, hombres o mujeres, que por algún trastorno físico o mental no pudieran contemplar la relación sexual como parte de su convivencia, lo que, en ninguno de los casos, los alejaría del precepto que el Código Civil antes mencionado establece. Además de que su comprobación resultaría difícil, en caso de que no se hubieren procreado hijos, invadiendo incluso la intimidad de las personas, es tal vez por ello que la ley no lo exige como requisito para que el concubinato tenga efectos jurídicos, en lo que nos manifestamos totalmente de acuerdo.

1.3.4. Efectos jurídicos producidos por la relación concubinaria

1. Efectos jurídicos que se generan entre los concubinos

Según el artículo 291 Quáter del Código Civil para el Distrito Federal:

"El concubinato genera entre los concubinos derechos alimentarios y sucesorios, independientemente de los demás derechos y obligaciones reconocidos en este código o en otras leyes."

Con fundamento en el artículo anterior y en algunos otros del Código Civil para el Distrito Federal, que más adelante analizaremos, consideramos que los efectos jurídicos que se generan entre los concubinos son: derechos sucesorios, los derechos y obligaciones de dar y recibir alimentos, parentesco por afinidad y se origina un patrimonio de familia.

Derechos sucesorios.

Además del ya mencionado artículo 291 Quáter del Código Civil para el Distrito Federal, los derechos sucesorios en el concubinato se deriva de lo establecido en el Libro Tercero "De las Sucesiones", Título Cuarto "De la Sucesión Legítima", Capítulo VI "De la sucesión de los Concubinos", artículo 1635 del ordenamiento en cita y que a la letra preceptúa:

"La concubina y el concubino tienen derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión de los cónyuges, siempre que reúnan los requisitos a que se refiere el Capítulo XI del Título Quinto del Libro Primero de este Código".

Se creyó justo que la concubina que hacía vida marital con el autor de la herencia, al morir éste, y que tiene hijos de él o vivió en su compañía los últimos dos años que precedieron su muerte, tuviera alguna participación en la herencia legítima, pues en la mayoría de los casos, cuando se reúnen las expresadas circunstancias, la mujer es la verdadera compañera de la vida y ha contribuido a formar los bienes³⁶.

El derecho de los concubinos a participar recíprocamente en la sucesión hereditaria está sujeto a que se cumplan los requisitos precisados en el artículo 291 Bis del Código Civil para el Distrito Federal, requisitos que ya hemos comentado en el presente trabajo, y que dan derecho a los concubinos a heredar como cónyuges, es decir, se le reconoce el derecho a su herencia, o bien, en caso de sucesión testamentaria, el derecho a exigir alimentos cuando el testamento no le asigna alguna herencia.

Se desprende de lo anterior que en los casos de intestado el concubino sobreviviente tiene el derecho de un hijo cuando concurra con descendientes, cuando carezca de bienes o los que posea no igualen a la proporción que corresponda a los hijos. Cuando concurra el concubino con ascendientes, la herencia se divide en dos partes iguales, correspondiendo una de ellas al concubino supérstite. Cuando el concubino que sobreviva concurra con hermanos, la herencia se dividirá en tercios, correspondiéndole dos de ella.

Derechos y obligaciones de dar y recibir alimentos

Este derecho se desprende, también y de manera explícita, del ya citado artículo 291 Quater, así como de los artículos 291 Quintus y 302 del Código Civil para el Distrito Federal.

"Artículo 291 Quintus. Al cesar la convivencia, la concubina o el concubinario que carezca de ingresos o bienes suficientes para su sostenimiento, tiene derecho a una pensión alimenticia por un tiempo igual al que haya durado el concubinato. No podrá reclamar alimentos quien haya demostrado ingratitud, o viva en concubinato o contraiga matrimonio.

³⁶ IBIDEM. Pág. 72.

El derecho que otorga este artículo podrá ejercitarse solo durante el año siguiente a la cesación del concubinato."

Artículo 302. Los cónyuges están obligados a proporcionarse alimentos. La ley determinará cuándo queda subsistente esta obligación en los casos de separación, divorcio, nulidad de matrimonio y otros que la ley señale. Los concubinos están obligados en términos del artículo anterior".

Estos artículos otorgan el derecho a los concubinos a exigir una pensión alimenticia, cuando no se tengan los ingresos o estos no sean suficientes, del otro concubino que tiene la obligación de proporcionarlo por un tiempo igual al que haya durado el concubinato.

En cuanto al derecho del concubino superviviente para exigir alimentos, el artículo 1368 fracción V, del ordenamiento citado, señala que el testador debe dejar alimentos a la persona con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge durante los 5 años que precedieron inmediatamente a su muerte o con quien tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres del matrimonio durante el concubinato y que el superviviente esté impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Este derecho sólo subsistirá mientras la persona de que se trate no contraiga nupcias y observe buena conducta. Si fueren varias las personas con quien el testador vivió como si fueran su cónyuge, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos.

Como es de observarse, el artículo anterior no fue reformado ya que el término de convivencia que se exige para que sea obligación del testador dejar alimentos al concubino superviviente es de cinco años cuando se considera relación concubiniaria a aquella cuya duración ha sido de dos años, como lo dispone el artículo 291 bis.

El artículo 1373, del ordenamiento citado, señala las reglas para asignar alimentos cuando el caudal hereditario es suficiente para dar alimentos a todas las personas enumeradas en el artículo 1368, señalando en su fracción III a los hermanos y a la concubina. Nótese que se considera sólo a la concubina y casi al final de todos los parientes, lo que no es comprensible, pues se trata de la persona con quien el *de cujus* convivió como si fuera su cónyuge.

Se origina un patrimonio de familia.

Según el artículo 291 Ter del Código Civil para el Distrito Federal, regirán al concubinato todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia, en lo que le fueren aplicables, uno de los artículos aplicables al respecto es el artículo 724, del ordenamiento citado, el cual señala que:

"Pueden constituir el patrimonio familiar la madre, el padre o ambos, la concubina, el concubino o ambos, la madre soltera o el padre soltero, las abuelas, los abuelos, las hijas y los hijos o cualquier persona que quiera constituirlo, para proteger jurídica y económicamente a su familia".

Parentesco por afinidad

El artículo 292 del Código Civil para el Distrito Federal, establece que la ley solamente reconoce como parentesco los de consanguinidad, afinidad y civil, y el artículo 294, del mismo ordenamiento, señala que el parentesco de afinidad, es el que se adquiere por matrimonio o concubinato, entre el hombre y la mujer y sus respectivos parientes consanguíneos.

Actualmente se reconoce que los concubinos si generan entre ellos un parentesco por afinidad, lo que no ocurría hasta las reformas publicadas en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 28 de abril del año 2000

2. Efectos jurídicos que el concubinato genera respecto a los hijos

Filiación

El artículo 338 del Código Civil para el Distrito Federal señala que la filiación es la relación que existe entre padre o madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia y en cuanto a los hijos, según el artículo 383, del mismo ordenamiento, menciona que se presumen hijos del concubinario y de la concubina los nacidos dentro del concubinato y los nacidos dentro de los trescientos días siguientes en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina.

Parentesco

El parentesco que generan los concubinos con relación a los hijos es el de consanguinidad, establecido por el artículo 293, puesto que lo define como el vínculo entre personas que descienden de un tronco común. Cabe aclarar que si los concubinos engendran un hijo producto de reproducción asistida, consintiendo ambos en ello, también se da parentesco por consanguinidad.

Otros efectos

- a. Son considerados dentro del patrimonio de familia (artículo 724).
- b. Tienen derecho a heredar (artículo 1368).
- c. Tienen derecho de dar y recibir alimentos de los hijos (artículos 301, 302, 303 y 304).
- d. Se origina la patria potestad
- e. Tienen derecho a un nombre (artículo 389)

3. Efectos jurídicos de los concubinos frente a terceros

Derechos derivados de la Ley Federal del Trabajo

El artículo 501 fracción III señala que tiene derecho a recibir la indemnización en los casos de muerte del trabajador la persona con quien el trabajador vivió como si fuera su cónyuge durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte, o con la que tuvo hijos, siempre que ambos hubieran permanecido libres de matrimonio durante el concubinato.

Derechos derivados de la Ley del Seguro Social

La Ley del Seguro Social en su artículo 84 fracción III señala que queda amparada por el Seguro Social la mujer con quien el asegurado ha hecho vida marital durante los cinco años anteriores a la enfermedad, o con la que haya procreado hijos, siempre que ambos permanezcan libres de matrimonio y que si el asegurado tiene varias concubinas ninguna de ellas tendrá derecho a la protección. Señala, también, que del mismo derecho gozará el concubinario, siempre que hubiera dependido económicamente de la asegurada

que reúnan los mismos requisitos exigidos a la concubina, que tanto concubina como concubinario reúnan los requisitos: dependencia económicamente del asegurado o pensionado y que el asegurado tenga derecho a las prestaciones consignadas.

- Derecho a una pensión por incapacidad permanente total y derecho a asignaciones familiares. Las asignaciones familiares consisten en una ayuda por concepto de carga familiar y se concederá a los beneficiarios del pensionado por invalidez, y corresponde a la concubina del pensionado, el quince por ciento de la cuantía de la pensión (Artículo 138).
- Derecho a prestaciones en especie. En caso de enfermedad no profesional, el Instituto otorgará a la concubina o concubinario la asistencia médico quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria que sea necesaria, desde el comienzo de la enfermedad y durante el plazo de cincuenta y dos semanas para el mismo padecimiento, otorgándose esas prestaciones a los sujetos protegidos por el Seguro Social. (Artículos 84, 91 y 93).
- Derecho a prestaciones de maternidad. En caso de maternidad, el Instituto otorgará a la concubina durante el embarazo, el alumbramiento y el puerperio: asistencia obstétrica y una canastilla al nacer el hijo, cuyo importe será señalado por el Consejo Técnico (Artículos 84, 94 y 95).
- Derecho a una pensión de viudez. Tendrá derecho a la pensión de viudez la mujer con quien el asegurado o pensionado por invalidez vivió como si fuera su marido, durante los cinco años que precedieron inmediatamente a la muerte de aquél, o con la que hubiera tenido hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato. Asimismo, la pensión le corresponderá al concubinario que dependiera económicamente de la trabajadora asegurada o pensionada por invalidez. Lo anterior no aplica si al morir el asegurado o pensionado por invalidez tenía varias concubinas, ninguna de ellas tendrá derecho a recibir la pensión. (Artículo 130)
- Derecho a seguro de salud para familia. (Artículo 241)
- Derecho a ser beneficiarios del concubinario o concubina titular de una cuenta individual del seguro de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez (Artículos 84 y 193).

Derechos derivados de la ley de Seguridad y Servicios Sociales de los trabajadores del Estado

- **Derecho a seguro de enfermedad y maternidad.** En caso de enfermedad, el concubinario y la concubina tendrán derecho atención médica de diagnóstico, odontológica, quirúrgica, hospitalaria, farmacéutica y de rehabilitación que sea necesaria desde el comienzo de la enfermedad y durante el plazo máximo de 52 semanas para la misma enfermedad, si reúnen los requisitos de que el trabajador o el pensionista tengan derecho a las prestaciones y que el concubinario o la concubina no tengan por sí mismos derechos propios a las prestaciones señaladas. (Artículos 23 y 24 fracciones I y V). Asimismo, la concubina tendrá derecho: a asistencia obstétrica necesaria a partir del día en que el Instituto certifique el estado de embarazo; ayuda para la lactancia cuando, según dictamen médico, exista incapacidad física o laboral para amamantar al hijo; a una canastilla de maternidad, al nacer el hijo, cuyo costo será señalado periódicamente por el Instituto, mediante acuerdo de la Junta Directiva. (Artículo 28).
- **Derecho a medicina preventiva** (artículo 30)
- **Derecho a una pensión derivada del seguro de riesgo de trabajo y derecho a una pensión por causa de muerte.** La muerte del trabajador por causas ajenas al servicio, cualquiera que sea su edad, y siempre que hubiere cotizado al Instituto por más de quince años, o bien acaecida cuando haya cumplido 60 o más años de edad y mínimo de 10 años de cotización, así como la de un pensionado por jubilación, retiro por edad y tiempo de servicios, cesantía en edad avanzada o invalidez, dará origen a la pensión concubinato. (Artículo 73).

Derechos derivados de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas

- **Derecho a recibir haberes de retiro, pensiones y compensaciones, pagas de defunción y ayuda para gastos de sepelio.** Siempre que tanto el militar como ella hayan permanecido libres de matrimonio durante su unión y que haya habido vida marital durante los cinco años consecutivos anteriores a la muerte. (Artículo 37 fracción II).
- **Derecho a recibir los depósitos del Fondo de Vivienda y en caso de muerte del militar se entregará el total de los depósitos que tenga a su favor en el Fondo de la Vivienda al supérstite con quien el derechohabiente vivió como si fuera su cónyuge durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con el que tuvo hijos, siempre que el militar haya hecho designación del supérstite ante la Secretaría de la**

Defensa Nacional o de Marina, y además que ambos hubieran permanecido libres de matrimonio durante el concubinato. (Artículo 111 fracción IV).

- Derecho a atención médica-quirúrgica. (Artículo 152).

4. Efectos jurídicos del concubinato respecto a los bienes de los concubinos

- En el caso de que la relación concubinaria termine, cada uno de los concubinos conserva la propiedad de los bienes que tenía al momento de iniciarse la relación.
- Los bienes obtenidos durante el tiempo de relación se consideran adquiridos en copropiedad.
- Todos los concubinos tienen derecho a heredarse recíprocamente.

1.4. ANÁLISIS COMPARADO DE LAS UNIONES DE HECHO Y OTRAS FIGURAS SIMILARES

1.4.1. Uniones de hecho y amasiato

El amasiato "es la unión de hecho fundada en la relación sexual, y que no produce consecuencias jurídicas. Se da entre una persona casada y una soltera, o entre personas casadas, que tienen relaciones sexuales con otra persona distinta a la de su cónyuge"³⁹.

Aunque algunos autores, como GALINDO GARFÍAS, no distinguen precisamente entre la figura del concubinato y la figura del amasiato, señalan que "no son jurídicamente concubinato las uniones transitorias entre un hombre y una mujer. El Derecho sólo reconoce ciertos efectos a la vida en común *permanente* que de hecho, sin formalidad legal alguna, tiene lugar entre un hombre y una mujer"⁴⁰.

De la anterior definición de amasiato se desprenden las siguientes diferencias con el concubinato:

³⁹ GÜTRÓN FUENTEVEILLA, Julián. ¿Qué es el Derecho Familiar?. Promociones Jurídicas y Culturales, S. C., México, 1987, Pág. 22.

⁴⁰ GALINDO GARFÍAS, Ignacio. Op. Cit. Pág. 484.

1. En el concubinato tanto el hombre como la mujer deben de estar libres de todo impedimento para contraer matrimonio, mientras que en el amasiato siempre existe el impedimento del matrimonio anterior y subsistente de uno o de los dos.
2. En el concubinato debe de darse la temporalidad mínima de dos años o la procreación de cuando menos un hijo; el amasiato no exige un mínimo de temporalidad, sino que existe desde el momento en que se sostienen relaciones sexuales con persona distinta a la del cónyuge.
3. La relación concubinaria exige una fidelidad y una monogamia de ambos, mientras que el amasiato necesariamente implica una infidelidad hacia el cónyuge.
4. El amasiato no requiere de una vida en común, ni que los amantes se comporten como marido y mujer.
5. El amasiato es ilícito, el concubinato no lo es.

El amasiato como una figura jurídica ilícita si produce una consecuencia jurídica, la del adulterio, sancionado actualmente por el Código Civil del Distrito Federal como una causal de divorcio necesario, y hasta antes del 17 de septiembre de 1999 por el Código Penal del Distrito Federal, cuando fue reformado por decreto publicado en la Gaceta Oficial para el Distrito Federal.

1.4.2. Uniones de hecho y matrimonio

Según el artículo 146 del Código Civil par el Distrito Federal:

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

Al mencionar el término "unión libre", el artículo en cuestión, se refiere a la forma de manifestar la voluntad, voluntad que debe entenderse como "libre" de vicios, es decir, una unión que esta libre de vicios del consentimiento, y no libre de los efectos que el derecho pueda otorgar⁴¹.

⁴¹ BAQUEIRO ROJAS, Edgard y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalia. Op. Cit. Pág. 438.

El matrimonio es una unión legal, entre un hombre y una mujer que implica un acto y un estado jurídico, al que el derecho le reconoce amplios efectos sobre la pareja, los hijos y otros parientes⁴².

El concubinato es una unión libre entre un hombre y una mujer que implica una unión duradera en la que viven y cohabitan como casados, pero que produce efectos jurídicos muy limitados sobre la pareja y los hijos.

Existe la postura radical de que los convivientes no están ligados entre sí por relación jurídica alguna, porque la mera convivencia no es una relación jurídica; de lo cual sólo puede deducirse que los meros *convivientes* no constituyen una *familia*. Sin embargo, no existe uniformidad en cuanto a este aspecto, pero de guiarnos por lo establecido en el Código Civil par el Distrito Federal, concluiríamos que:

1. En cuanto al aspecto contractual el matrimonio esta considerado como un contrato, lo que no sucede con el concubinato, que constituye un hecho jurídico del hombre.
2. El estado civil de los cónyuges cambia del estado civil de solteros al estado civil de casados, el concubinato no produce ningún cambio en el estado civil de los concubinarios.
3. El matrimonio, además de originar el parentesco por consanguinidad respecto de los hijos y sus descendientes, crea el parentesco por afinidad, entre la familia de uno de los cónyuges y el otro cónyuge. Aunque si bien es cierto que con la relación concubinaria también se origina el parentesco por consanguinidad respecto de los hijos y sus descendientes, en ningún momento se crea un parentesco con la familia de la pareja.
4. Por el matrimonio se crea un régimen matrimonial de bienes. Este régimen matrimonial es un estatuto que regula los aspectos económicos entre los cónyuges, y entre estos y los terceros. En el concubinato no existe régimen alguno que regule los aspectos económicos de los concubinos entre sí ni con terceros y en caso de que se disolviera esta unión, cada uno de los concubinos retendría los bienes que le pertenecen y en caso de que hubieren adquirido bienes de manera conjunta se seguirían las reglas de la copropiedad, pues se entendería que la pareja adquirió el bien a partes iguales.

⁴² IDEM.

Concluimos que, aun cuando existen semejanzas entre el matrimonio y el concubinato como son la cohabitación, la procreación y la vida marital, es evidente que el matrimonio es un acto jurídico perfecto, reconocido por la sociedad y aceptado por las leyes, mientras que el concubinato es un hecho jurídico, una situación de hecho a la que el derecho se ha visto obligado a reconocerle ciertos efectos jurídicos en aras del bienestar de los hijos y de la pareja en algunos casos.

CAPÍTULO 2. HOMOSEXUALIDAD

2.1. Concepto

El estudio de la homosexualidad es muy reciente, aunque siempre han existido conductas homosexuales, no fue sino hasta el siglo XIX que se hizo una distinción entre personas homo y heterosexuales como seres esencialmente distintos⁴³, a partir del conocimiento de que hombre y la mujer pueden experimentar y sentir su sexualidad y sus impulsos eróticos de dos formas distintas: atracción hacia el sexo opuesto (heterosexualidad); o bien, atracción hacia individuos del mismo sexo (homosexualidad), como consecuencia, definir la condición de homosexual engloba cierta dificultad puesto que se han manejado una serie de conceptos diversos sin que se haya llegado a algo definitivo. Sin embargo, se puede empezar por afirmar que existe homosexualidad cada vez que la elección sexual se inclina hacia un individuo del sexo al que se pertenece.

Algunos diccionarios definen la homosexualidad como la "inclinación manifiesta u oculta hacia la relación erótica con personas del mismo sexo"⁴⁴ o como "la atracción erótica experimentada por un individuo hacia otro de su mismo sexo"⁴⁵. Otros consideran la homosexualidad una inversión del sentido genital y la definen como la satisfacción indiferenciada de la libidine, puesto que se verifica con individuos del mismo sexo⁴⁶.

Lo cierto es que la raíz etimológica de la palabra "homosexual" proviene del Griego *homós*, que significa mismo, semejante, igual, parecido⁴⁷ y no del latín *hommo*, que

⁴³ Durante mucho tiempo la palabra "sodomía" englobó no sólo la penetración anal sino todas las prácticas sexuales prohibidas por la iglesia como la masturbación, el sexo oral, el bestialismo y el homosexualismo.

⁴⁴ PALOMAR DE MIGUEL, Juan. *Diccionario para juristas*. Tomo I. Editorial Porrúa. México. 2000. Pp. 778-779.

⁴⁵ ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. Tomo XIV. Bibliográfica Omeba Aristill S. A. Buenos Aires. Argentina. 1982. Pág. 465.

⁴⁶ NUEVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA. Tomo VIII. Editorial Francisco Seix S. A. Barcelona. 1956. Pág. 699.

⁴⁷ PALOMAR DE MIGUEL, Juan. *Diccionario para juristas*. Tomo I (A-I). Editorial Porrúa. México. 2000. Pág. 778.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

significa hombre. El término significa, según la raíz *homos*, "mismo sexo", inclinación por el mismo sexo⁴⁸.

Cabe distinguir entre la homosexualidad que es la condición y el homosexual⁴⁹ que es el sujeto que se identifica con tal condición.

"Homosexual es cualquier persona que se entrega de manera repetida, después de los 18 años, a relaciones orgánicas con individuos de su mismo sexo y que reconoce su cualidad de homosexual. La homosexualidad se define por la práctica sexual preferida, por los sentimientos del sujeto, por el grado de excitación sexual, por su pertenencia a la comunidad homosexual, por su reconocimiento como tal por el medio social"⁴⁹.

La homosexualidad es una condición que implica la falta de equilibrio considerado natural, de las apetencias sexuales del individuo; de tal manera que éste es incapaz emocional y fisiológicamente de experimentar atracción por sujetos del sexo contrario, sintiéndola, en cambio, por individuos de su propio sexo.

Para los fines de este trabajo proponemos la siguiente definición: "la homosexualidad es aquella condición que implica la falta de equilibrio, considerado natural, de las apetencias sexuales del individuo; de tal forma que esta es incapaz emocional y fisiológicamente de experimentar atracción por sujetos del sexo contrario, sintiéndola en cambio por individuos de su propio sexo".

Es importante recalcar que la atracción no sólo se presenta en un nivel psíquico, sino que provoca una respuesta integral, orgánica, fisiológica; tal como ocurre en el caso de una relación heterosexual, existe, por tanto, una fuente única de atracción, en el auténtico homosexual, localizada en sujetos de su propio sexo⁵⁰.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

⁴⁸MARTÍNEZ, Ernesto A. Gula legal del homosexual urbano. Editorial Edamex. México. 1985. Pág. 7.

⁴⁹ La palabra homosexual fue utilizada por primera vez en 1869 por el médico húngaro Kertbeny. CORRAZE, Jacques. La homosexualidad. 3ª ed. Publicaciones Cruz O. S. A. 1992. Pág. 8.

⁴⁹ Se desprende que la homosexualidad es una tendencia amorosa de un hombre o una mujer hacia individuos su mismo sexo. IBIDEM. Pág. 7.

⁵⁰ OSCOS SAID, Grisela A. "Ética, Derechos Humanos y Homosexualidad" Revista de Investigaciones Jurídicas. Escuela Libre de Derecho. México. Año 13. Número 13. 1989. Pág. 378.

2.2. Justificación de la condición de homosexual

Muchas de las investigaciones encaminadas a resolver las interrogantes de por qué las personas son homosexuales o heterosexuales y qué determina la orientación sexual se han visto presionadas por los esfuerzos para explicar el patrón menos común, la homosexualidad, para lo cual se han lanzado una serie de hipótesis que buscan dar razón de ella.

Hacer un recorrido por los estudios serios o desprejuiciados sobre el tema nos enfrenta a una gran cantidad de opiniones que comenzaron a aparecer en el siglo XIX acerca y sobre la homosexualidad. Los juicios sobre el tema antes de esta fecha estuvieron signados en su mayoría por conceptos religiosos, y como resultado, su carácter moralista no dejaba espacio a otras posibles consideraciones.

De las investigaciones se desprende que los científicos han centrado su atención en: buscar la causa de la homosexualidad, encontrar las diferencias físicas y psicológicas entre homo y heterosexuales, lograr la cura de lo que hasta 1973 se consideró una enfermedad y establecer la incidencia de la homosexualidad.

Los investigadores se han dado a la tarea de buscar las raíces biológicas de la homosexualidad, algunos han encontrado genes que se relacionan con ella, pero también existen algunas teorías que señalan una causa psicosocial, lo cierto es que los estudios más recientes determinan que tanto la homosexualidad como la heterosexualidad son parte del repertorio biosocial del ser humano y que la causa de ambas orientaciones tiene perspectivas multifactoriales.

En términos generales, la opinión científica se ha planteando en dos grandes concepciones de la homosexualidad: la construccionista y la esencialista. La primera sostiene que el individuo adquiere y desarrolla la homosexualidad por la influencia de su entorno familiar y social. Los esencialista, en cambio, acuden a la biología para afirmar que se trata de una diferencia biológica congénita y natural. Esta oposición de criterios ha dado un primer paso, al reconocer que más que una preferencia sexual la

homosexualidad puede explicarse como una orientación en la que no participa la voluntad⁵¹.

Por lo anterior, creemos necesario exponer en el presente trabajo algunas de las teorías más aceptadas y que han tenido mayor trascendencia no sólo para la comunidad científica, también para la sociedad en general:

a) Construccionistas

Para los investigadores construccionistas, la búsqueda de una causa de la homosexualidad se ha centrado en la psicología, en particular en la infancia del homosexual y en su entorno familiar.

Encontramos entre las diversas teorías psicológicas la teoría psicoanalítica de Sigmund Freud, a principios del siglo pasado y quien formuló una serie de hipótesis al respecto. Freud afirmaba que la homosexualidad es la manifestación de una tendencia común a todos los seres humanos y que es consecuencia de una predisposición a la bisexualidad, marcada ya en la biología, es decir, una bisexualidad innata que explica las tendencias latentes hacia la homosexualidad que pueden activarse ante ciertas condiciones patológicas. Según este autor, todos los individuos sufren una fase homoerótica en el proceso de su maduración sexual, en el camino hacia la adquisición de las pautas de conducta heterosexuales. Considera que ciertos elementos psíquicos tales como el narcisismo o la fijación excesiva al amor materno ocasionado por una madre sobreprotectora y un padre distante y controlador pueden ser causas determinantes de la homosexualidad, un Edipo mal resuelto. Según esta teoría, los homosexuales se habrían quedado fijados en una fase temprana de la sexualidad mientras los demás evolucionarían normalmente hacia la heterosexualidad⁵².

⁵¹ Karl Heinrich Ulrichs activista y quien sin ser académico fue uno de los pioneros en utilizar los conceptos modernos de orientación sexual. Basado en sus propias experiencias y en la atracción que sentía por los hombres, Ulrichs concluyó que las preferencias sexuales eran inherentes y estables en los seres humanos por lo que la homosexualidad era una forma válida de expresión sexual. No existe el amor antinatural donde hay amor también hay naturaleza. GONZÁLEZ, Sergio. "Ni pecadores ni enfermos". Muy Interesante (Muy Especial). Editorial Televisa S. A. de C. V. México, D. F. No. 28. 15 de junio de 2002. Pp. 37-38.

⁵² Después de Freud se consolidó el mito del homosexual 'hombre y mujer narcisista obsesivo, neurótico, inestable, depresivo y cuyas principales motivaciones psicológicas son el miedo, el odio y la decepción, por desgracia este estereotipo sigue vigente hasta nuestros días. IBIDEM. Pág. 30

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Sin embargo, las explicaciones freudianas presentan diversas limitaciones, siendo tres las críticas más importantes: en primer lugar, el orden metodológico, ya que las observaciones de Freud se basaron en especulaciones teorías acerca de personas que jamás conoció en la realidad y no en la observación clínica de casos reales; en segundo lugar, el hecho de que sus teorías no se hayan demostrado en los hechos, pues no existe un patrón de conductas y circunstancias en las dinámicas familiares que siempre este presente en alguna etapa del desarrollo de la identidad sexual, además, la gran mayoría de los estudiosos sostienen que los homosexuales tuvieron no sólo una infancia normal sino imposible de distinguir entre la de los heterosexuales, y finalmente, las hipótesis freudianas resultan poco útiles para analizar el lesbianismo.

En esta misma línea, pero estudiando a las lesbianas, Wolf consideró que la homosexualidad femenina es consecuencia del desamor o del amor inadecuado de la madre, lo que la llevaría a buscar cariño en la persona de otras mujeres, todo ello conjugado con una relación insatisfactoria con el padre, que le impediría poder entablar relaciones con los hombres.

Esta teoría explicaría también el aparente incremento de la homosexualidad en la civilización occidental en lo que va del siglo debido a una doble causa: la sustitución de una familia extensa por una familia estrictamente mononuclear lo que conduciría a que se limitaran los referentes masculinos y femeninos a uno y el cambio del panorama laboral a partir de la revolución industrial que haría la labor paterna fuera exclusivamente de traer dinero a la casa lo que conduciría a su ausencia. La realidad es que, cuando se han analizado estos aspectos buscando la causa de la homosexualidad, se ha encontrado todo tipo de familias, niveles socioeconómico culturales y ambientales.

Otro investigador Alan Bell concluyó que en el proceso evolutivo de las personas existen elementos muy interesantes que contrastan para explicar la homosexualidad, ratificó la poca o nula importancia de la presencia de la madre castrante y el padre ausente, que la preferencia homosexual no se modifica sensiblemente después de la pubertad, ni que el conocido contagio o sea el contacto estrecho con una persona con esa preferencia sexual no transmite la homosexualidad -que parece una broma pero ha sido

una constante en nuestra sociedad-. Por otra parte, él señaló el origen de las preferencias sexuales en lo prenatal y específicamente en la genética del individuo⁵³.

Para los psicólogos y psiquiatras puede haber predisposiciones orgánicas y funcionales, pero, el origen más claro se remonta, generalmente, a una intrincada red de relaciones afectivas y sociales, y el que parece más influyente es el clima educativo familiar, especialmente en el periodo que va desde los 6 a los 12 años.

Una hipótesis basada en la incapacidad que tienen ciertas personas del género masculino para asumir la violencia innata, esto es, el varón es incapaz de asumir la violencia innata de su género, se siente acechado y al reaccionar ataca aquello por lo que se siente ofendido, desvía esa violencia y acaba sublimándola en amor, pues, se piensa que la violación anal sigue siendo la mayor violencia que se puede ejercer sobre un hombre. Según esta teoría, los homosexuales acabarían desarrollando fantasías de este tipo y eso les haría fijarse en este tipo de sexualidad.

La atracción a lo parejo, es una teoría que esta muy de moda entre los homosexuales. El homosexual sería una especie de Narciso que necesita contemplar constantemente su reflejo. Esta teoría pretende más analizar lo existente que explicar su origen.

Una teoría más tiene en cuenta una situación aprendida. El desarrollo de una preferencia por el mismo sexo después de haber sido seducido por un homosexual. Hasta ahora no existe un respaldo científico para la hipótesis de la conformación familiar ni la de aprendizaje en una situación.

Por último, encontramos la teoría que pretende justificar la condición de homosexual en un aislamiento, es decir, en algunos casos especiales, donde la privación de la figura femenina o masculina es por mucho tiempo, por ejemplo, prisiones, escuelas para hombres o mujeres, seminarios, monasterios, etc., donde pueden ocurrir experiencias homosexuales con más de alguno de los residentes. Algunos pueden participar de forma voluntaria, o bien tal vez se les obligue a tomar parte de ellas. Así

⁵³ IBIDEM. Pág.41.

pues, en la mayoría de los casos esta forma de conducta homosexual es facultativa. Algunas personas después de pasar esta etapa vuelven a su situación heterosexual normal.

Lo cierto es que en la actualidad existen otros enfoques más aceptados, estos encuentran que la homosexualidad es multideterminada por factores psicodinámicos, socioculturales, biológicos y situacionales, así que no se encuentra ninguna causalidad socio familiar universal para explicar la experiencia homosexual.

b) Esencialistas

Dentro de este enfoque se afirma que la homosexualidad es biológica, congénita y natural. En el orden biológico en los últimos 150 años se han buscado diferencias anatómicas, hormonales o genéticas entre personas homo y heterosexuales, sin obtener resultados concluyentes. hasta la fecha no se ha detectado ningún rasgo biológico que permita establecer dichas diferencias, sin embargo, existen fuertes indicios que apuntan hacia un componente genético de la homosexualidad. La herencia genética expresada como una predisposición que no necesariamente se cumplirá en la realidad, pues una persona no se volverá homosexual automáticamente sino que deben converger otros factores psicológicos, familiares y sociales para que desarrolle tal orientación.

Según este punto de vista la homosexualidad es un rasgo biológico que aparece en todas las sociedades y en todas las épocas; básicamente uno nace homosexual aunque las circunstancias de la vida puedan hacer que uno presente o no las conductas correspondientes. En consecuencia, uno no escoge ser homosexual, el individuo homosexual no es responsable de su orientación. Si la homosexualidad es un hecho biológico, entonces es natural, como el hecho de ser zurdo o nacer con cierto tipo sanguíneo, por lo tanto no es un fenómeno en contra de la naturaleza, como lo sostuvieron durante mucho tiempo la ciencia, el Estado y la Iglesia.

A partir del descubrimiento de la diferencia hormonal entre hombres y mujeres, surgió la idea de que era la proporción de hormonas entre ambos tipos de hormonas lo que determinaba la orientación sexual. Tal creencia llevó a pensar que los varones

homosexuales tenían un exceso de hormonas femeninas, mientras que las lesbianas presentaban una desproporción de hormonas masculinas.

En algunos estudios con animales se mostró que la administración de hormonas o modificaciones de sus cifras pueden producir variaciones en la conducta sexual adulta y posiblemente una conducta homosexual. Muchos investigadores han buscado combinaciones de hormonas masculinas y femeninas en los homosexuales tanto hombres como mujeres y si estos dos tipos determinan la orientación sexual así como rasgos de personalidad y conducta, y si un trastorno hormonal congénito puede ocasionar un síntoma sexual secundario deficiente, tal como la voz, la distribución del cabello, etc. También, de repulsión hacia el sexo contrario⁵⁴.

Según esta teoría hormonal la homosexualidad se podía curar, bastaba con ajustar los niveles hormonales. Esta teoría nunca se ha comprobado de manera convincente, así que se terminó por aceptar que los niveles hormonales, en adultos no tenían ningún papel en la orientación sexual y se trasladaron los esfuerzos hacia la búsqueda de resultados en la exposición a las hormonas en el período prenatal.

Ahora se sabe que todo bebe mamífero es en potencia femenino, en el momento de la concepción el producto recibe su cromosoma X o Y, que determinan el desarrollo hacia macho o hacia hembra del embrión humano, que en las primeras semanas de vida es sexualmente indiferenciada. El cromosoma sexual masculino (cromosoma "Y") es el que determina el sexo ("XY" = macho; "XX" = hembra), el cual comienza a concretarse alrededor de la 7ª semana de vida fetal, a partir de cuyo momento el sexo del futuro bebe puede ser detectado, las hormonas liberadas dentro del embrión dirigen el proceso para hacer niño o niña. En esta etapa, conocida como período crucial para bebe macho, su cerebro es influido por las hormonas para establecer la identidad sexual. Por el contrario, la diferencia sexual femenina no depende de la producción de hormonas femeninas y, por tanto, no hay influencia hormonal alguna. Por lo que se cree que los cromosomas sexuales influyen únicamente en la determinación del sexo del feto macho.

⁵⁴ DICCIONARIO JURÍDICO. Tomo III. 3ª edición. Ediciones Contabilidad Moderna. Buenos Aires, Argentina. 1972. Pág. 170.

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

49

Se sabe que todo ser humano tiene un potencial intersexual porque desde su vida intrauterina, desde las primeras semanas, el embrión tiene opción a ser macho o hembra; pero también, que una vez nacido, el ser humano sufrirá una serie de situaciones físicas, psíquicas y sociales que le influirán de forma imprevisible en la constitución y consolidación de su personalidad sexual y afectiva.

En otra perspectiva encontramos a las neurociencias. Se sabe desde hace varios años que los cerebros de hombres y mujeres no son iguales y que las funciones cerebrales resultan notoriamente disimilares entre ambos géneros a lo que se lo conoce como dimorfismo sexual. Basados en esto "los neurofísicos intentan encontrar las claves, que expliquen la orientación sexual. Algunos como Simón LeVay opinan que el cerebro de los varones homosexuales sería esencialmente parecido al de las mujeres heteros y otros, como el Doctor Fwaab que el cerebro gay sería único. El Dr. Mexicano José Alonso Fernández Guafti, ha aportado su investigación sobre receptores androgénicos en el cerebro gay y heteros en la cual descubrió que no había ninguna diferencia entre ellos, es decir, que los cerebros de los individuos homosexuales y heterosexuales tienen una distribución de receptores androgénicos muy similar y descarta que la homosexualidad se deba a un bajo nivel de hormonas esteroides masculinas"⁵⁵.

"Otra variación dentro de la concepción biológica respecto a la homosexualidad se encuentra en el campo de la genética. En los últimos treinta años se han estudiado posibles aspectos genéticos sobre este tema; y se ha comprobado que los individuos homosexuales tienen más posibilidades de tener un hermano homosexual que los heterosexuales, aunque todavía no se ha encontrado una correlación entre hermanos gay y sus hermanas lesbianas. El hecho de que dos hermanos compartan la misma orientación sexual no es prueba de un rasgo genético común. Pero, un informe reciente a relacionado la homosexualidad masculina con una pequeña región de un cromosoma y ahora los científicos dirigen su atención a los cromosomas de las homosexuales femeninas. Según una teoría, la orientación sexual está determinada por un complejo proceso prenatal que implica factores hormonales y neurológicos. Si el nivel de hormonas presentes en un feto de cualquier sexo esta dentro de lo normal femenino dentro del segundo y el quinto mes de gestación, la persona se sentirá atraída por los hombres después de la pubertad. Si el nivel de hormonas está en el rango masculino, la persona se sentirá atraída por las mujeres. Otro hallazgo, de diferencias en un área del cerebro que gobierna el comportamiento sexual, también apunta hacia un posible origen biológico de la homosexualidad. Si existe tal predisposición bien sea hacia la homosexualidad o a la heterosexualidad, las influencias ambientales y sociales tendrían que ser muy fuertes para que logran cambiar el programa biológico original"⁵⁶.

⁵⁵ GUERRERO MOTHELET, Verónica. "¿Innato o adquirido?". Muy Interesante (Muy Especial). Editorial Televisa S. A. de C. V. México, D. F. No. 28. 15 de junio de 2002. Pág. 18.

⁵⁶ PAPALIA, Diane E. y WENDKOS OLDS, Sally. Desarrollo humano. Con aportaciones para Iberoamérica. 6ª ed. Editorial Mac Graw Hill. México, 1997. Pág. 414

El Doctor Dean Hamer famosos por haber descubierto el primer vínculo genético para la homosexualidad masculina. Dedicado al estudio de las relaciones entre los genes y la conducta humana del Instituto de Cáncer de los estados Unidos, decidió que la mejor manera de entender la base genética de la orientación sexual era estudiando a los homosexuales. Con la combinación de enfoques de diversas ciencias como las neurociencias, la psicoendocrinología y la genética, buscó los fundamentos biológicos de la homosexualidad por ser éstas las que han abierto una nueva perspectiva para su comprensión.

El Dr. Dean Hamer encontró diferencias sustanciales entre la homosexualidad masculina y femenina que lo llevarían a concluir que la orientación masculina tiene muchas de las características de un rasgo de influencia genética: es consecuente, estable y dicotómica. La orientación femenina, por el contrario aparece menos definida, variable, cambiante y continua. Hamer observó que si promediaba todos los estudios efectuados hasta ese momento, la herencia de la orientación sexual masculina se aproximaba al 50% y que si bien el 50 % restante se adjudicaba con seguridad a otras influencias la del ambiente de crianza no era relevante. No obstante, entre las mujeres parecía suceder lo contrario ya que en su orientación sexual se observó una mayor influencia del entorno que de la herencia. Definida la influencia hereditaria, el camino a seguir era el siguiente, Hamer iría tras el rastro del cromosoma X que en los varones es asignado por la madre. Debía averiguar que genes eran, ubicarlos y aislarlos, para conocer su función en el organismo sabía que no encontraría un "gen gay", puesto que no existe tal cosa, pero si algún factor diferente que influyera en la orientación sexual, y encontró el vínculo en la región denominada Xq28.

Por el momento todos estos nuevos descubrimientos dan fuerza a la opinión científica de que la biología tiene mucha que decir en la cuestión de la orientación sexual. No obstante, los mismo investigadores advierten sobre todo en el humano es imposible separar lo innato de lo adquirido, los proceso psicológicos de los biológicos. Esta dualidad se hace patente cuando en ninguna faceta de la conducta humana se encuentran más fusionados y entrelazados nuestros aspectos biológicos y psicológicos como en la sexualidad.

"La búsqueda de una causa de la homosexualidad se ha topado, una y otra vez, con un hecho ineludible: no existe un factor biológico ni psicológico que pueda observarse en todos los casos.

Asimismo, ni las viejas teorías acerca del abuso sexual infantil como causante de la homosexualidad, ni de la "contaminación" por influencias externas se han comprobado. Antes bien, los pensadores contemporáneos han llegado a la conclusión de que existe una multiplicidad de causas posibles, que no siempre están presentes y que pueden coexistir, o no, en una infinidad de combinaciones. Lo único que podemos afirmar hoy es que no se ha encontrado una causa única de dicha orientación sexual⁵⁷.

En la actualidad predomina el punto de vista según el cual existen diversas razones para que una persona sea homosexual o heterosexual, y que la interacción de varios eventos biológicos o ambientales es crucial.



2.3. Clasificación

Dentro de la sexualidad humana existe un amplio repertorio de conductas posibles, más allá del sexo biológico mediante las cuales un hombre o una mujer se procura satisfacción sexual y emocional en el marco de una relación de pareja, entre las cuales podemos encontrar:

1. La *ambisexualidad* o *bisexualidad*. Es la atracción por ambos sexos sin que la inclinación hacia el sexo propio signifique repulsión hacia el sexo contrario.

"El término ambisexual fue empleado por Masters y Johnson para referirse a los hombres y mujeres que no tienen preferencia respecto al género de su pareja sexual, y que aceptan o rechazan las oportunidades sexuales basándose en sus propias necesidades físicas"⁵⁸.

Los bisexuales son persona que experimenta grados variables de atracción hacia ambos sexos, son personas que pueden llevar una vida normal con el sexo opuesto, sin que ello les impida tener en ocasiones relaciones de tipo homosexual, encontrando gran placer en ambas relaciones.

Los bisexuales son frecuentemente rechazados o considerados inferiores tanto por homosexuales como por los heterosexuales.

⁵⁷ CASTAÑEDA, Marina. "Lo que sabemos hoy". Muy Interesante (Muy Especial). Editorial Televisa S. A. de C. V. México, D. F. No. 28. 15 de junio de 2002. Pág. 12.

⁵⁸ MASTER, William H., JONSON Virginia E. y KOLODYN Robert C. La Sexualidad Humana. Vol. II. Traducción de Rafael Andreu y Diana Falcón. Editorial Grijalbo. Barcelona. 1995. Pág. 469.

2. El *travestismo*. Se refiere a hombres heterosexuales que se excitan sexualmente, repetida y persistentemente, vistiéndose con ropa de mujer.

El travestismo no implica necesariamente homosexualidad, incluso pocos travestís son homosexuales, aunque hay un pequeño porcentaje que se disfraza de mujer en busca de relaciones sexuales en bares o en clubes frecuentados por heterosexuales.

Algunos tipos de travestís son: el fetichista o travestófilo, en su mayoría hombres heterosexuales que tienen un problema de identidad y, los transformistas, que pertenecen al mundo del espectáculo.

Es curioso hacer notar que las mujeres cambian su atuendo por otro masculino y suelen conciliar la idea de que se visiten a la moda y nadie las tacha de travestidas. Aunque no es raro que las mujeres se pongan prendas del otro sexo, en general nadie considera lo que hacen por excitación sexual.

3. El *transexualismo* o *transgenerismo*. Que se refiere a un estado psicológico de desagrado en este caso hacia el cuerpo y hacia la identidad sexual, es la forma más extrema de lo que en medicina se conoce como disforma sexual.

Es generalmente masculino y se da cuando un hombre desea un cambio de sexo anatómico y vivir como una mujer. Por regla general los transexuales no se sienten excitados por el hecho de llevar ropas del sexo opuesto pero las usan. Este tipo de hombres llega a inyectarse hormonas femeninas para que le crezcan senos, es una homosexualidad llevada al extremo. A diferencia de los homosexuales los transexuales niegan su sexo real considerándose como víctimas de una sociedad que se niega a reparar el error cometido por la naturaleza.

4. El *hermafroditismo*. Se refiere a casos muy poco frecuentes en los que se observa la coexistencia de tejido testicular y ovárico en un mismo individuo, es decir, se les llama hermafroditas a las personas que poseen órganos sexuales masculinos y femeninos. Esta presencia simultánea es producida por algún problema durante el proceso de diferenciación sexual en el embrión. Cuando es posible comprobar el

hermafroditismo este no tiene ninguna relación con la bisexualidad y se resuelve mediante una reasignación de sexo.

5. El *homosexualismo*. Conducta resultante de la atracción sexual exclusiva hacia personas del mismo sexo, ya definida en el presente trabajo.

En primer lugar debemos distinguir entre homosexualidad masculina y homosexualidad femenina:

- a. Homosexualidad masculina (Gays). Es aquella condición que implica la falta de equilibrio, considerado natural, de las apetencias sexuales de un individuo varón, denominado gay; de tal forma que éste es incapaz emocional y fisiológicamente de experimentar atracción por mujeres, sintiéndola en cambio por individuos varones.
- b. La homosexualidad femenina, lesbianismo⁵⁹ o safismo⁶⁰. Es aquella condición que implica la falta de equilibrio, considerado natural, de las apetencias sexuales en las mujeres, denominadas lesbianas; de tal forma que éstas son incapaces emocional y fisiológicamente de experimentar atracción por varones, sintiéndola en cambio por otras mujeres.

Por lo general, las lesbianas son más discretas que los homosexuales, por lo que se ha escrito menos acerca de ellas, no se ha legislado en su contra ni se ha investigado tanto.

En segundo lugar, y ya como consideración aplicable tanto a los hombres como a mujeres homosexuales, se dice que la homosexualidad puede ser congénita o adquirida, como hemos expresado en páginas anteriores:

- a. La homosexualidad congénita. Se considera como una perversión de la naturaleza, por ejemplo una deficiencia hormonal o genética.

⁵⁹ Según los griegos, las mujeres que habitaban una isla llamada Lesbos en el mar Egeo, y que en consecuencia se llamaban lesbianas, tenían la costumbre de amarse entre ellas, repudiando a los varones MARTÍNEZ, Ernesto A. Op. Cit. Pág. 7.

⁶⁰ En esta isla vivió en el siglo V a. C., la poetisa griega Safo quien reunió en torno a sí un círculo de admiradoras, y escribió versos apasionados en homenaje a encantadoras doncellas. WEST, D.J., *Psicología y psicoanálisis de la homosexualidad*. Ediciones Hormé S. A. E. Buenos Aires, Argentina. 1967. Pág. 11.



- b. La homosexualidad adquirida. Se considera como un vicio provocado por factores determinantes o por un determinado tipo de vida, por ejemplo la convivencia prolongada y continua de personas del mismo sexo dentro de cualquier internado.

En tercer lugar encontramos la clasificación basada en los criterios que niegan que la bisexualidad exista en lo absoluto y que creen que los bisexuales son homosexuales clandestinos que se refugian en una fachada heterosexual. Al respecto De la Vega⁶¹, en una investigación sobre la homosexualidad en los países latinos, señala que dentro de muchas culturas latinas hay numerosos varones que se autodenominan heterosexuales y en privado tienen una conducta bisexual. Sostiene que hay cuatro tipos de bisexualidad que se identifican entre los varones latinos:

- a. Los latinos homosexuales autoidentificados clandestinos. Sólo mantienen relaciones sexuales con su mismo género en privado frecuentemente están casados a causa de las presiones ejercidas por sus familias o por la comunidad, pero generalmente prefieren las relaciones sexuales con otros hombres siempre que puedan hacerlo de forma privada y discreta.
- b. Los latinos homosexuales latentes y clandestinos. Se ven a sí mismos como heterosexuales, pero sienten atracción erótica persistente hacia otros hombres lo cual los hace sentirse humillados y furiosos. Estos hombres participan en actos bisexuales sólo en estado de embriaguez o drogados, lo cual les proporciona una excusa para comportarse de forma rara. Frecuentemente dichos hombres son poderosamente homofóbicos en sus declaraciones públicas y utilizan sus burlas contra la homosexualidad como una forma de protección psicológica.
- c. Los latinos heterosexuales supermachos. A veces practican el coito con homosexuales porque no los consideran auténticos hombres sino que los ven como "pseudomujeres".
- d. Conducta bisexual en los latinos inducida por la pobreza. Esta se produce cuando los varones heterosexuales se dedican a la prostitución bisexual.

Según este autor, la actividad bisexual de algunos hombres latinos sólo emerge cuando se haya bajo los efectos del alcohol o las drogas, pero en otros casos se ven forzados por las severas expectativas culturales del rol de género existente entre la población latina, que los obligan a llevar una vida pública de heterosexuales y mantener

⁶¹ MASTER, William H.; JONSON, Virginia E. y KOLODYN Robert C. Op. cit. Pág. 465.

en secreto los contactos de tipo homosexual/bisexual. Además, la fuerte corriente de machismo fomenta que los varones sean sexualmente dominantes con las personas de características más afeminadas, lo que a veces promueve la bisexualidad.

Una cuarta clasificación es la que nos proporciona Bell y Weinberg⁶², quienes estudiaron a 979 hombres y mujeres homosexuales y uno de los datos más interesantes que aportó dicho estudio fue la existencia de una tipología de experiencias sexuales que permitía establecer comparaciones entre grupos:

- a. Los homosexuales en pareja cerrada. Viven una relación de pareja muy similar a la unión matrimonial clásica de tipo heterosexual, tienen pocos problemas sexuales, pocos compañeros sexuales y raras veces salen en busca de un compañero distinto.
- b. Los homosexuales en pareja abierta. Viven una relación de pareja, pero suelen tener otros compañeros sexuales, en el exterior, dedicando un tiempo relativamente importante a las relaciones sexuales con otros hombres. Son más propensos a tener problemas sexuales y a deplorar su condición de homosexualidad.
- c. Los homosexuales funcionales, son los que no tienen pareja, pero tienen un gran número de compañeros sexuales. Por lo general se trata de individuos más jóvenes que los integrantes de las dos categorías anteriores, experimentan poca reticencia respecto de su condición y muestran grandes niveles de interés por lo sexual.
- d. Los homosexuales disfuncionales no tienen pareja y aunque tienen un gran número de compañeros sexuales o muestran una gran actividad sexual presentan un cúmulo de problemas sexuales.
- e. Los homosexuales asexuados. Muestran poco interés y poca actividad sexual y no tienen pareja. Tienden a ser todo menos exclusivamente homosexuales y más reservados sobre su condición que sus compañeros de grupo.

Y por último, desde el punto de vista médico penal, pueden distinguirse dos variedades de inversión: la inversión vicio o perversión y la inversión morbosa o inversión reversión llamada también inversión congénita.

- a. La inversión vicio o perversión constituye un auténtico vicio de incontinencia sexual producto de diversas causas de índole social o personal:

⁶² IBIDEM. Pág. 454.

- Por un temor más o menos fundado a las relaciones sexuales contrarias causa de enfermedades o incluso, la prevención de los embarazos.
 - Por necesidad fisiológica en caso de largas concentraciones con individuos del mismo sexo.
 - Por depravación o abuso de las relaciones normales.
 - Por inversión profesional, como las prostitutas.
- b. La inversión morbosa o congénita. Se refiere a individuos que desde su infancia muestran tendencias homosexuales, rebelándose a veces casos de indiferencia o incertidumbre sexual. La opinión médica llega a afirmar que incluso la inclinación desviada congénita puede contenerse y de hecho se contiene⁶³.

En cualquier caso tanto transexuales como travestidos, transformista y hermafroditas pueden ser hombres o mujeres heterosexuales, homosexuales o bisexuales lo que hace cada vez más evidente la distinción entre género, orientación y prácticas sexuales.

2.4. Antecedentes históricos sociales y legales

Suele resultar más fácil estudiar las costumbres de tribus primitivas y de civilizaciones del pasado que examinar la cultura contemporánea, pues sólo a costa de grandes esfuerzos puede el hombre considerar con amplitud y desapasionadamente sus propias creencias y costumbres.

La homosexualidad es tan vieja como la humanidad y existe tanto en las civilizaciones avanzadas como en las culturas primitivas.

"En el 'ensayo final' que acompaña a su traducción de las mil y una noches Sir Richard Burton enumera ejemplos de prácticas homosexuales del pasado y del presente menciona que estas practicas han sido crónica en varias regiones del globo terráqueo (el Mediterráneo, la India, China, Japón y las Islas del pacífico). Su vaga exposición abarca temas tan diversos como los burdeles de hombres tan antiguos como modernos, los escándalos en la sociedad francesa bajo el Segundo Imperio, etc. Después de leer todo esto es difícil no llegar a la conclusión que el comportamiento homosexual es una tendencia humana general que puede florecer en cualquier cultura y en cualquier época. Algunas veces se le encuentra ligada con creencias y ceremonias

⁶³ NUEVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA. Op. Cit. Pág. 699.

religiosas Burton dice que en Roma como en Egipto los templos de Isis fueron centros de sodomía, y tuvieron lugar practicas similares entre las grandes castas sacerdotales, desde la Mesopotamia hasta México y el Perú⁶⁴.

Las primeras manifestaciones de la homosexualidad comprobables, tanto histórica como arqueológicamente, se han presentado en Egipto. Recientemente se descubrió en Sakara una tumba correspondiente a la III Dinastía (3000 a.C. aprox.), que conserva magníficos relieves que representan a la pareja de manicuristas de la corte real abrazándose y besándose.

Del imperio nuevo existe mayor información histórica, principalmente proveniente de la XVIII Dinastía a la que perteneció el célebre Akenatón. Representado con ciertos atributos femeninos como anchas caderas, senos y vientre abultado, características que si bien se consideran deformaciones congénitas, que también heredaron sus hijas, se ha hecho referencia a la bisexualidad de este filosofo-gobernante, quien, hacia el final de su mandato repudió a su reina Nefertiti, y se unió sentimentalmente a Smenkara. En el museo egipcio de El Cairo se conserva una pequeña escultura del favorito y fugaz heredero que lo representa sentado en las piernas de Akenaton y besandolo. Ante esta bochornosa actitud la interpretación oficial ha sido que de esta forma el Faraón transmitía el espíritu divino a su sucesor.

Aunque los hebreos nunca fueron un pueblo poderoso como alguno de sus vecinos de ellos conservamos amplios registros temporales en la Biblia, libro que describe las peripecias de esta nación desde por lo menos tres mil años antes de Cristo y en el que a excepción de una breve etapa de poderío con Reyes como David y Salomón (1800 años a.C. aprox.). Del tiempo del rey David, precisamente como ejemplo de la homoerótica judía se ha citado comúnmente un pasaje de Samuel (1:26) en el cual el soberano se lamenta por la muerte de su favorito Yonatán, con estas palabras: "Angustia tengo por tí hermano mío Yonatán, que me fuiste muy dulce más maravilloso me fue tu amor que el amor de las mujeres".

En el Antiguo Testamento el mito de Sodoma y Gomorra (Génesis), constituyó uno de los episodios que más trascenderían sobre las conductas homosexuales, aunque hoy se discute que es lo que se condena si la homosexualidad o tan sólo la injusticia que

⁶⁴ WEST. D.J. Op. Cit. Pág. 23.

representa la falta de hospitalidad hacia los extranjeros. La tesis más aceptada sobre la destrucción de Sodoma y Gomorra es la de tratar con hospitalidad a los visitantes que enviara el Señor; sin embargo, se cree que fue Sodoma quien dio su nombre a las relaciones homosexuales en lengua latina, a lo largo de la Edad Media, tanto en latín como en cualquiera de las lenguas vernáculas la palabra más próxima a homosexual fue sodomita, la interpretación homosexual de aquel relato es relativamente reciente".

El Levítico es el único libro del Antiguo Testamento en que se mencionan actos homosexuales por sí mismos aunque se cree que esos pasajes no ejercieron gran influencia en la moral de los primeros cristianos. Levítico, 22, no te echarás con varón como con mujer porque es una abominación. Levítico 20:13, el que se ayuntare con varón como si este fuere hembra los dos hicieron cosas nefandas mueran sin remisión, caiga su sangre sobre ellos.

Como ejemplo perfecto de la civilización orientada a la homosexualidad, ninguna puede compararse con la Grecia Clásica. Cuando Platón escribía sobre las emociones y aspiraciones del amor estaba describiendo la homosexualidad. El sentimiento homosexual masculino se manifiesta en toda la estructura de la sociedad Griega. La homosexualidad significaba para los griegos algo más que una válvula de escape para el exceso de deseos; a sus ojos era la pasión más noble y más elevada. Para los Griegos idealizar el amor entre hombres significaba lo que hoy para la sociedad occidental idealizar el amor romántico entre hombres y mujeres.

Los antiguos Helenos aceptaron las prácticas homosexuales como un elemento importante en la formación del carácter del adolescente. En Grecia la homosexualidad se sustentaba por la religión, su mitología está llena de pasajes relacionados con esta orientación. Basta recordar, por ejemplo, el rapto del pastor Ganimedes por Zeus para que durante el día escanciara su copa de ambrosia y por las noches turnándose con Hera y los múltiples romances del padre de los dioses, gozara de los arrumacos divinos en el lecho del Dios.

Las uniones más comunes en Grecia consistían en la relación entre un hombre mayor y un joven con el fin de que un ciudadano respetado se hiciera cargo de la educación y manutención del muchacho, aunque tuviera familia. Sólo dos casos

molestaban profundamente: la homosexualidad pasiva en el hombre maduro y la pasión senil. Los griegos no alentaban los enamoramientos indiscriminados. La reputación de Sócrates no se vio en absoluto beneficiada por su afición a los jóvenes. Por otra parte, se desaprobaba enérgicamente el afeminamiento de los jóvenes, y también la compra o venta de favores sexuales. Sin embargo, en los estados griegos había diferencia de actitud, mientras que en algunos como Atenas, Elida y Beocia la homosexualidad era aceptada bajo ciertas reglas y las actividades homosexuales eran respetadas, en Jonia se le condenaba atribuyéndosela a influencias extranjeras.

El papel subordinado que desempeñaban las mujeres griegas probablemente contribuyó a fortalecer esta actitud, la civilización griega fue esencialmente un mundo masculino. Los hombres cultos se dirigían siempre a su propio sexo cuando buscaban compañías estimulantes, para los griegos era natural que los hombres se sintieran irresistiblemente atraídos por los jóvenes hermosos y habitual que los hombres maduros tomaran bajo su protección a algún joven favorito y actuaran como su amigo y mentor. El hombre que no se convertía en tutor de otro más joven para instruirlo en las virtudes viriles no cumplía con su deber, y el joven que no conseguía ganarse una amistad de ese tipo se sentía avergonzado.

En la Isla de Lesbos existía la homosexualidad femenina, alrededor del año 600 a. C. Safo, poetisa griega, escribió poesía expresiva y apasionada para las mujeres. Safo vivía en la isla de Lesbos de donde se deriva el término lesbiana.

El estudio de los hábitos sexuales en Grecia y Roma confirma según los estudios antropológicos que los instintos homosexuales se ponen de manifiesto tan pronto se le dé rienda suelta, y las consecuencias son buenas o malas según como la sociedad enfrente la situación, por ejemplo, en Grecia el amor homosexual fue puesto al servicio de los más altos ideales de la época. Para los romanos la pasión homosexual solo añadía variedad al libertinaje.

En tal sentido la homosexualidad, que en Grecia había sido hasta aceptada política y socialmente, en Roma devino, simplemente, en una perversión. A pesar de toda su grandeza, Roma el mayor imperio de la antigüedad, ha sido calificada como el final de la utópica edad de oro de la humanidad y lo mismo podría asegurarse con respecto a la

aceptación de las prácticas homosexuales, pues las que fueran gozosas fiestas del espíritu en los prados de Grecia se convirtieron en desenfrenos bestiales y desencadenados para la satisfacción de todo tipo de apetitos.

A lo largo de la historia de Roma la homosexualidad es ejemplar tanto por su forma y su evolución como por las restricciones de que fue objeto. Bastante tiempo antes de la Helenización progresivamente cobró gran importancia al grado de que muchos copiaron o se inspiraron en esta actitud, como algunos poetas que la alabaron de manera convencional siguiendo los modelos griegos.

**En la primera época del Imperio Romano, parece que estaba regulada por la ley y los hombres homosexuales eran cosa corriente en el seno de las clases altas el matrimonio entre hombres o mujeres era aceptado socialmente, y varios emperadores como Nerón consta que estuvieron casados con varones⁶⁵.*

Una vez disipado el contexto Helénico, una vez que la relación pederasta pierde todo significado pedagógico, el amado deja de ser un efebo, un adolescente libre sustituido por la relación esclavo-amor, el modelo admitido es la sodomización de un esclavo por un hombre libre adulto.

Bajo el Imperio los homosexuales de las clases ricas mantenían un harem de jóvenes de cabellos largos y rizados que se encargaban del servicio, se vestían de manera impúdica insolente y tenían que decir frases obscenas, eran buscados minuciosamente, los más famosos eran de Alejandría, asimismo, existía una clase de prostitutos de sexo masculino. Trabajaban en lugares públicos como era el caso en Ateas o en establecimientos especializados y se encontraban en los oficios, encargados del guardarropa, pero dispuestos a satisfacer los deseos de los clientes. Así, los poetas hicieron pasar los nombres de los amados para la posteridad, Lyciscus para Horacio, Juventus para Cátulo, Marathus para Tibulio, además, varios de los emperadores tuvieron relaciones con varones, Julio Cesar, Nerón, Helogábalo y Domiciano.

La mayor parte de la homofobia era censurable, las leyes romanas (la ley Scantinia, que data de 149 a. de C. y la ley Julia de *adulteris et stupro vel pudicitia* propuesta por Augusto en el 18 a. de C.), condenaban el acto homosexual perpetrado en hombre libre y la homosexualidad pasiva y el afeminamiento.

⁶⁵ MASTER, William H.; JOHNSON Virginia E. y, KOLODYN, Robert C. Op. Cit. Pp. 437-438.

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

61

Entre las posturas oficiales de los padres de la Iglesia Católica hacia los homosexuales encontramos dos concilios: el de Elvira, celebrado en el año 306 d. C., que excomulgó a los homosexuales, aunque se hallen en peligro de muerte, y el concilio de Ansyra de 314 d. C. que los excluía de recibir sacramento.

Hacia el fin del imperio Constantino el grande promulgador en el año 313 d. C. el Edicto de Milán que concedió el ejercicio del cristianismo, calificó la homosexualidad como delito y estableció crueles castigos contra sus prácticas, por primera vez en la historia de la humanidad. Sin embargo, esto no bastó para desaparecer las prácticas homosexuales, de la faz de la tierra.

Posteriormente, en el Nuevo Testamento y con el advenimiento del cristianismo se condena la conducta homosexual. Volvemos a encontrar referencias homofóbicas en cuatro pasajes de San Pablo (Romanos, 1Corintios y 1 Timoteo), condenando a la homosexualidad en cuanto a inmundicia difundida entre los paganos y de las que nos vino a redimir Cristo. Pero, es digno de resaltar que fuera de San Pablo no hay ninguna otra mención homofóbica ni en los mensajes de Jesús ni en los escritos de los demás apóstoles.

La condena de la homosexualidad encontraría su expresión en San Juan Crisóstomo, San Basilio de Nisa, y San Agustín, que por su propia experiencia libertina juvenil se convirtió en el técnico de los pecados carnales entre los padres de la iglesia.

San Agustín (354-430 d. C.) declaró la homosexualidad un crimen contra natura por lo que los homosexuales eran quemados en la hoguera.

Tiempo después Carlo Magno en el siglo VIII promulga leyes que prohíben y castigan en todo el sacro imperio romano germánico las conductas homosexuales.

"En los inicios de la civilización occidental -Grecia, Roma y los pueblos germánicos- la homosexualidad era considerada como una conducta sexualmente normal no faltando casos (p. e. Atenas) donde se llegaba a exaltar. La decadencia y el debilitamiento del Imperio Romano y la penetración cristiana hasta alcanzar su "cimat" político cultural y social en la Edad Media, variará aquella concepción sobre la homosexualidad. Con los emperadores cristianos Teodosio y Justiniano, la condena eclesiástica de la homosexualidad se convertiría en condena penal. A partir de la función meramente reproductora que la Iglesia Católica asignaría al sexo, las

relaciones homosexuales van a ser consideradas como una acción ímpra, abominable y justamente odiada por Dios. La identificación Iglesia-Estado, la confusión entre pecado y delito deparará que el homosexual sea perseguido y castigado, por ir en contra de la Ley Divina⁶⁶.

Iniciada la Edad Media y, ya cristianizados los pueblos germánicos e instalados en la República Germánica el rey visigodo Alarico II mandó que los homosexuales fueran quemados en la hoguera. Más tarde la ley Visigotyhorum o Liberjudisiorum, recoge dos leyes que castigan cruelmente la homosexualidad. Una ley del rey Egica titulada de los homosexuales que yacen con otros hombres, mandaba castrar a los sodomitas por la justicia civil y entregándolos a los obispos para que los encarcelasen o les obligasen a hacer penitencia. Si eran casados quedaba disuelto el vínculo matrimonial.

El XVI Concilio de Toledo (693) condeno a los homosexuales que fueran eclesiásticos a la degradación y siendo legos con la excomunión, la decalcación, la castración o el destierro perpetuo, después de recibir 100 azotes en la espalda.

En plena Edad Media de la mano de Santo Tomas de Aquino asistiremos al desarrollo de una elaborada ideología más acabada sobre las perversiones sexuales entre la que ocupa un lugar destacado la homosexualidad. La autoridad moral de Aquino quedo patente en el valor que adquirirían la suma teológica, pues se convirtió en norma de la opinión ortodoxa en todos los aspectos del dogma católico durante casi un milenio y estableció de manera permanente e irrevocable lo natural como punto de la educación sexual católica.

Tomas de Aquino sitúa la procreación dentro del matrimonio en la única razón justificable de cualquier actividad sexual. Atendiendo al fin de la procreación divide los pecados que considera contra el creador en cuanto a que son inmorales por lujuriosos en dos grupos los *secundum naturum*, cuando no queda excluida tal como el incesto, el estupro o el adulterio y los contranatura, que por el contrario, suponen en todo caso la exclusión tal como la masturbación o la homosexualidad. Y asoció la homosexualidad con una conducta que provocaba reacciones de horror y miedo. Comparó los actos homosexuales con el tipo más repugnante de actos violentos o desagradables como el canibalismo, o comer inmundicias. Tomas de Aquino, la transfería sutil pero

⁶⁶ PÉREZ CANOVAS, Nicolás. Homosexualidad. Homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español. Editorial Comares. Granada. 1996. Pág. 1.

definitivamente de su posición anterior entre los pecados de exceso o desenfreno a un grado nuevo y similar de pecados.

Los Tomistas discípulos y seguidores del pensamiento de Tomas de Aquino, siguiendo al maestro establecen una jerarquía de pecados lujuriosos graduados en una escala de leves a graves, los primeros los contra natura, por encima del incesto, ya que en estos casos el ofendido es Dios, porque es su imagen de la creación la que se altera. La homosexualidad, entonces denominada sodomía, no sólo era un pecado contra natura, era tal vez el más repugnante.

"En la Edad Media la acusación de homosexualidad fue una de las armas de la inquisición que rara vez dejaba de conseguir la confesión del sospechoso, culpable o no, esas confesiones se prestaban para presentar a los homosexuales como pervertidos, herejes y traidores"⁶⁷.

Para una mejor comprensión de la ideología homofóbica que iba tejiendo la Iglesia en la Edad Media es necesario ponerse en contacto con un género literario eclesiástico desarrollado entre los siglos VII a XI y que se conoció con el nombre de penitenciales, que constituyó un guía o ayuda para los sacerdotes o los fieles a quienes se instruíla mediante una penitencia realizada sobre la gravedad de los distintos pecados y fueron tres aspectos en el tratamiento que los penitenciales hacían de la homosexualidad: 1. Por primera vez se distingue entre diversas formas de actos homosexuales, tocamientos, afectos, masturbación mutua, conexión interfemoral y sodomía, algunos distinguen entre homosexualidad activa y la pasiva, habitual y ocasional; 2. Se considera a la homosexualidad siempre como un pecado grave, las penas eclesiásticas que se imponen oscilan entre 3 y 15 años, y 3. Por primera vez se cita la homosexualidad femenina, el lesbianismo, incluso un penitencial alude al uso de un falo artificial, las penas impuestas en casos de lesbianismo son inferiores a las vigentes en caso de homosexualidad masculina la Iglesia de la Edad Media prestaba más atención a la homosexualidad que a otros pecados y más bien la consideraba menos graves que actitudes tan comunes como la casa.

Así y todo los medievales no dejaron de seguir sus instintos. Existieron nobles que dieron rienda suelta a sus inclinaciones como Federico II el Rojo de Inglaterra (1056-1100), de quien es celebre su réplica, de que no alabaría jamás a Dios pues este le había

⁶⁷ MASTER, William H. Op. Cit. Pág. 438.

provocado un daño al hacerlo diferente. De él sabemos que a pesar de ser muy varonil gustaba rodearse de hombres de aspecto muy afeminado que era su debilidad. El más famoso de los reyes ingleses medievales, Ricardo I Corazón de León (1157-1199), la imagen misma de la masculinidad guerrera, prefirió la compañía del joven Blondel, su escudero y trovador particular y la de Felipe Rey de Francia su amante y compañero en la tercera cruzada.

La obra jurídica más importante dictada por la Iglesia en el ocaso de la Alta Edad Media el decreto de Graciano (1139- 1140), que rigió hasta principios del presente siglo en que se promulgó el Código de Derecho Canónico de 1917, le dedico escasa atención a la homosexualidad a la que no obstante consideró más grave que el adulterio y la fornicación.

Alfonso X "el Sabio", en el siglo XIII, inicia una labor de unificación legislativa en el Reino de Castilla a través del Fuero Real (1255) y las Siete Partida (1265) y castiga a la homosexualidad con una gran dosis de crueldad.

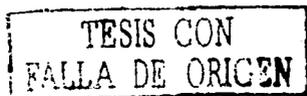
"Mandamos que cualesquiera que tal pecado fagan, que luego fuere sabido, que ambos sean castigados, ante todo el pueblo, e después a tercer día sean colgados por las piernas hasta que mueran y nunca donde sean tollidos"⁶⁸.

Ningún Derecho europeo anterior al siglo XIII habría prescrito la muerte ni habría relacionado su gravedad con la naturaleza.

A partir del siglo XVIII según testimonios parece ser que se atenuó el rigor de estas penas, la pena se empieza a ejecutar, después de muerto. Primero se le engarrotaba y después se le quema en el mismo calabozo por el verdugo. Los respetivos derechos de Aragón, Cataluña y Castilla condenaban a la homosexualidad con la pena capital.

"John Boswell, uno de los investigadores modernos más acuciosos sobre la historia de la homosexualidad ha causado polémica dentro de la iglesia católica al demostrar en los libros cristianismo, tolerancia social y homosexualidad y en las bodas de las semejanzas la infinidad de casos registrados que ha rescatado de archivos históricos de Europa entera, respecto a la aceptación de la homosexualidad en los países occidentales durante la alta edad media, y mostró incluso la existencia de un ceremonial de unión de parejas de un mismo sexo que la

⁶⁸ PÉREZ CANOVAS, Nicolás. Homosexualidad. Homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español. Editorial Comares. Granada. 1996. Pp. 9-10.



iglesia romana santificó cual si se tratara de una boda" heterosexual, uniones que el Vaticano y a pesar de las evidencias históricas ha negado sistemáticamente⁶⁹.

"La literatura isabelina contiene alusiones homosexuales. El mismo Shakaespeare escribió sonetos aparentemente dedicados a un joven, así como Christopher Marlowe, sólo escapó a la ejecución por delitos homosexuales por haber sido asesinado oportunamente en una riña de taberna. En 1631, el Conde de Castlehaven y dos de sus servidores fueron decapitados por actos de sodomía. En el Siglo XVIII las ejecuciones y condenas se hicieron frecuentes, pero en Londres esto no impidió que los clubes de homosexuales y burdeles de hombres siguieran prosperando. Fue hasta este Siglo cuando la homosexualidad se considera un problema social. En el Siglo XIX Oscar Wilde fue condenado y enviado a la cárcel por delitos homosexuales"⁷⁰.

En el renacimiento surgieron grandes personalidades homosexuales que dominaron la escena, entre ellos dos muy grandes: Leonardo Da Vinci y Miguel Ángel. Artistas y genios de ese momento. Decayó la autoridad absoluta de la Iglesia y se dejaron de prohibir muchas formas de sodomía. El hombre volvió a ser el centro de la atención aunque los castigos a la homosexualidad no se alteraron.

Sin embargo, la cultura occidental influenciada por la ideología judío-cristiana se convirtió en homofóbica dejándose sentir sobre las mujeres y los homosexuales a los que se les negara cualquier manifestación sexual mediante la elaboración de una abundante ideológica que legitime la desproporcionada violencia que el Estado empleara en su represión.

La asamblea francesa de 1771 abolió la pena capital para el delito de sodomía. A pesar de que en este amplio periodo no está considerada la homosexualidad como delito, hay que tener presente: el amplio y arbitrario criterio de escándalo público o las faltas a la moral y a las buenas costumbres penalizadas por los sucesivos Códigos Penales, relacionando constantemente la homosexualidad con actos inmorales y en el Código Penal Francés de 1810, Napoleón había acabado en Francia por legalizar la homosexual cuando se trataba de relaciones entre adultos.

En cuanto a los padres del marxismo, no se diferencian de la moral que pretendían destituir; Engels rechaza la homosexualidad por antinatural; sin embargo, otra actitud tomarían otros marxistas, algunos de ellos, significados dirigentes de partidos obreros tan

⁶⁹ MEZA, Jesús y GUARNEROS, Roberto M. "A través del tiempo y las culturas. Muy Interesante (Muy Especial), Editorial Televisa S. A. de C. V. México, D. F. No. 28. 15 de junio de 2002. Pág. 26.

⁷⁰ WEST, D. J. Op. Cit. Pág. 29.

representativos en la historia del Partido Social Demócrata y el Partido Social Demócrata Alemán.

"Edward Bernstein que defendió públicamente en 1865 a Oscar Wilde contra la represión y condena de la que fue víctima en el Reino Unido por su condición homosexual..... La actitud antihomofóbica de Lenin y los líderes que mayor peso tuvieron en los acontecimientos de 1917 no han dejado duda, pues a dos meses de la toma del poder el gobierno suprimió todas las leyes contra la homosexualidad, la revolución no sólo debía desembocar en la liberación del pueblo sino del individuo. Sin embargo, en el proceso de degeneración burocrática que seguiría a la muerte de Lenin en 1923 y la eliminación de la vieja guardia bolchevique, que conduciría en un primer momento a una intensa campaña de desintoxicación contra la homosexualidad, sobre la que se empezaría a difundir ideas que la catalogan de producto de la decadencia burguesa, de perversión fascista, etc. Stalin castigó con 5 años de prisión los actos homosexuales entre adultos, que dieran su consentimiento"⁷¹

En un primer momento sólo aparece la referencia a las conductas sexuales entre hombres, el lesbianismo cuya práctica es tan antigua como la homosexualidad masculina era casi ignorada, entre otras razones porque a las mujeres no se les reconoce una sexualidad propia. Las mujeres no son consideradas seres sexuados *per se*. Actitud que depara en una doble marginación de la homosexualidad femenina frente a la que sufre de carácter masculino, pues a la que ya padece por su condición de mujer habrá que añadirle la que se deriva de su condición lesbiana.

Una mayoría de las sociedades primitivas aceptaban la homosexualidad masculina.

"En los Siwanas, pequeña tribu del Norte de África, se espera que todos los hombres y muchachos practiquen la sodomía homosexual, y consideran raro al hombre que no tiene vínculos amorosos tanto masculinos como femeninos. Entre los Keraki de Nueva Guinea, los jóvenes son iniciados durante la pubertad en el coito anal por hombres mayores, tras lo cual se dedican a iniciar a otros jóvenes durante el resto de su vida de solteros. Antes de acceder a un status social pleno y de poder mantener relaciones con mujeres, tienen que pasar por estas dos etapas de la sodomía homosexual que primero es pasiva y luego activa"⁷²

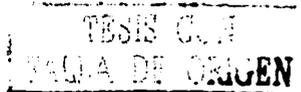
"En algunas comunidades existe una clase reconocible de hombres, denominados *berdaches*, *alyhas*, o *shamans*, que ocupan una situación social intermedia entre los hombres y las mujeres. Se visten como mujeres, ejecutan tareas femeninas y, hasta se casan con hombres. En la relación sexual asumen el papel pasivo en la sodomía. Antes de ser reconocidos como *berdache*, es necesario pasar por ceremonias especiales. En algunas tribus los *berdaches* llevan la afectación de la femineidad al extremo de imitar las funciones femeninas, rasguñarse para obtener la apariencia de la sangre menstrual, o rellenarse las ropas con trapos para simular el embarazo"⁷³

"George Devereux estudió el sistema homosexual de los indios Mohaves, un pueblo guerrero que habitaba en el Suroeste de América del Norte. Los jóvenes que no se habituaban a las

⁷¹ PÉREZ CANOVAS, Nicolás. Op. Cit. Pág. 15.

⁷² WEST, D.J. Op. Cit. Pág. 19.

⁷³ IBIDEM. Pág. 20.



actividades habituales de los miembros masculinos pasaban por una compleja ceremonia para cambiar su *status* sexual. En adelante se convertían en *alyhas*, vivían y se vestían como mujeres y se les permitía establecer un hogar con un esposo. Generalmente el *alyha* era una esposa industriosa, y disfrutaba de una posición muy respetable en la comunidad. El esposo, en cambio, tenía que sufrir algunas bromas, especialmente cuando su esposa insistía en hacerle observar arcaicos tabúes en homenaje a un embarazo totalmente imaginario. En esta comunidad existía también una clase reconocida de mujeres homosexuales, pero en general los antropólogos han observado rara vez la presencia del lesbianismo extendido⁷⁴.

En China durante la Dinastía Han (206-225 d. C.) los cortesanos tenían la costumbre de mantener en sus hogares además de la esposa tradicional varios jóvenes con los que compartían el lecho, algunos textos alaban esta costumbre por cuestiones culturales ya que consideran que un hombre y una mujer no podían conversar sobre nada trascendente. En el Japón en el siglo IX (época Heian) era costumbre entre los monjes Bonzo mantener relaciones con sus novicios o chigos, en ese mismo país hubo parejas homosexuales entre los samuráis. Y la homosexualidad estuvo menos reprimida que en el mundo occidental judéo-cristiano.

En la India siempre ha sido vista con relativa apertura o al menos tolerancia la homosexualidad, a excepción de las zonas donde impera el islamismo. Esto se debe a una particular cosmogonía, pues en el hinduismo, religión mayoritaria del país, se considera que el camino hacia la perfección pasa de la bisexualidad a homosexualidad porque no se puede ser perfecto en la forma de ser específica de cada uno sino se ha conocido antes la forma de ser total.

En el Perú los moches, que fueron una cultura pre-inca dejaron testimonio de su actividad sexual en diferentes piezas de cerámica, y al contrario de otras civilizaciones prehispánicas como los aztecas o los toltecas, no eran reacios a las prácticas homosexuales. Los moches practicaban el amor tanto con hombres como con mujeres, en las modernas investigaciones arqueológicas se han descubierto infinidad de representaciones homosexuales.

En el Altiplano Central Mexicano los huastecos practicaban el culto fálico en la persona de adolescentes a los que representaban como jóvenes sacerdotes de Quetzalcoatl. El gobernante de Cempoal era atendido en todo momento por jovencitos de quienes disfrutaba sexualmente.

⁷⁴ IBIDEM. Pp. 19-21.

En Australia, las prácticas homosexuales entre los aborígenes de la isla fueron restringidas hasta la llegada de los Europeos. Como ejemplo se encuentran los Aranda entre quienes eran comunes las reuniones de jóvenes de un mismo sexo, que socializaban masturbándose unos a otros y, entre los Nembutji, la homosexualidad fortalecía el vínculo familiar durante el ritual de la circuncisión, el suegro circuncidaba al yerno y disfrutaba del joven como su amante hasta que la operación cicatrizaba totalmente, sólo entonces podía iniciar su vida sexual con la hija.

El sociólogo Frederick Whitam tras haber trabajado entre comunidades homosexuales de países como Estados Unidos, Brasil y Filipinas sugiere seis conclusiones: 1. Hay personas homosexuales en todas las sociedades. 2. El Porcentaje de homosexuales parece ser el mismo en todas las sociedades y permanece estable con el paso del tiempo. Las normas sociales no impiden ni facilitan la aparición de la orientación sexual 4. En cualquier sociedad mínimamente numerosa aparecen subculturas homosexuales. 5. Los homosexuales de sociedades distintas tienen a parecerse en lo que respecta a su comportamiento y sus intereses. 6. Todas las sociedades producen un continuo similar entre homosexuales muy masculinos y otros muy femeninos, todo ello nos lleva a pensar que la homosexualidad no ha sido creada por una organización social particular sino que es más bien una forma fundamental de la sexualidad humana que se expresa en todas las culturas.

Alrededor de 1850 Henry Havelock Ellis, un médico inglés, se convertía en una de las grandes autoridades con sus investigaciones y su serie de libros, *Estudio sobre la Psicología del Sexo*. Dentro de esta serie fue considerada como excepcional la obra *Inversión Sexual* en la que Havelock se opuso a la teoría que consideraba la homosexualidad como una degeneración, defendió la idea de que esta era innata y rechazó la hipótesis de la adquisición. El Sexólogo también abogó por la despenalización de la homosexualidad de la que dijo no podía curarse y, sin reconocerlo explícitamente, se oponía radicalmente a su conceptualización como enfermedad. Opinaba que los matrimonios heterosexuales de los homosexuales curados eran un fraude que sólo atraía mayores desdichas tanto para el homosexual como para su esposa.

La homosexualidad como conducta específica realizada en forma libre y privada, sería grave pero ya no como un delito, va dejando de ser una conducta diabólica contra Dios y se convierte en enfermedad. Los médicos ocuparían el lugar dejado por los clérigos prestándole un gran servicio a la ideología dominante nombrándola como un estado vicioso. Hacia la mitad del siglo XIX esta ya bien caracterizada como enfermedad mental, por significar una depravación de la Ley Natural.

En el siglo XIX, durante el Imperio Prusiano, Alemania se puso a la cabeza en Europa con relación a la tolerancia como sociedad respecto a las prácticas homosexuales. En 1896 apareció en Berlín el primer periódico mundial destinado a ventilar la cuestión. En 1897 el psiquiatra Magnus Hirschfeld publicó un estudio que devino en la creación del Comité humanitario Científico el cual tuvo por objeto la emancipación y abolición de leyes discriminatorias como el párrafo 175 del Código Penal imperial que negaba garantías sociales a los homosexuales. El Instituto para la Ciencia Sexual de este médico se convirtió en centro internacionalmente famoso para el estudio de todos los aspectos de la sexualidad humana. Sin embargo, el llamamiento de Hirschfeld a la igualdad de trato para los homosexuales fue ignorado, debido en parte a que era judío, pero en gran parte a su propia y auto proclamada homosexualidad.

Aunque el término homosexual fue utilizado por primera vez en la carta que envió un médico húngaro de apellido Benkert al ministro de justicia Alemán en 1869, para exigir la derogación de las leyes que penalizaban las relaciones entre hombres, fue hasta 100 años después en la década de los 60 con el advenimiento de la revolución sexual y el avance imparable de la ciencia, que muchos especialistas hicieron un intento más serio y riguroso para la comprensión de este grupo humano.

Alfred Kinsey biólogo norteamericano graduado en Harvard, cuyo tema central en su investigación fueron las inclinaciones sexuales, en conjunto con Wardell B. Pomeroy y Clyde E. Martin, encabezaron en Estados Unidos, en 1938 a 1952 al equipo que realizó una de las primeras y más importantes encuestas que se hayan hecho sobre la sexualidad humana y a la que se le conoce como "Reporte Kinsey", el cual arrojó datos estadísticos que hicieron enmudecer a millones de personas, el 10% de los hombres era homosexual cifra que muchos manejan hasta la fecha, aunque estudios posteriores la sitúan entre un 3 y un 6%, las conclusiones de Kinsey mostraban que la homosexualidad

es mucho más frecuente de lo que se pensaban y no es antinatural ni patológica, además de que era y es practicada por una gran cantidad de personas, muchas de ellas de forma oculta. El científico calculó que de seguir el código penal existente en ese momento en los Estados Unidos unos 6.3 millones de norteamericanos deberían estar encerrados por sus prácticas eróticas aberrantes. Un resultado importante de la indagación de Kinsey fue la conclusión de que la homosexualidad no es una cuestión de todo o nada, y que no siempre es permanente e inalterable. Muchos hombres que fueron predominantemente homosexuales en su adolescencia y hasta después de los veinte años, se casaron luego y tuvieron relaciones sexuales normales. Por otro lado, una porción del 10% de los casados más jóvenes admitieron que tenían, además, experiencias homosexuales, y había también quienes pasaban de hábitos exclusivamente heterosexuales a la homosexualidad exclusiva. Sus testimonios no dieron evidencia de que se hubiera producido, de una generación a otra, cambio sustancial alguno en la difusión de la homosexualidad. Nadie ha podido refutar seriamente las comprobaciones de Kinsey.

Las críticas más frecuentes de este trabajo sostienen que Kinsey se limitó a estudiar el comportamiento manifiesto, sin hacer un examen profundo de las actitudes emotivas ni intentar el análisis psicológico de las mismas, pero Kinsey sí propuso una indagación estrictamente objetiva que dejó a otros la teoría y propició firmes bases para la investigación posterior.

Kinsey también se dedicó al comportamiento sexual de las mujeres estadounidenses. Mostró que si bien el lesbianismo activo está difundido, es menos común que la homosexualidad abierta. Comprobó que muchas de las mujeres que reconocían haber tenido experiencias homosexuales, las habían tenido durante un breve periodo de sus vidas. Eran relativamente pocas las mujeres que seguían siendo predominantemente homosexuales durante muchos años, y casi todas las que lo hacían eran solteras. La homosexualidad permanente y completa era claramente menos frecuente entre las mujeres. Una porción sustancial de los homosexuales hombres tienen experiencias sexuales con muchas personas distintas, mientras que las lesbianas se limitan con mayor frecuencia a una o dos. Parece ser una regla general, respecto de las personas heterosexuales y homosexuales, que los hombres son más promiscuos que las mujeres. Las relaciones homosexuales femeninas son generalmente duraderas y firmes, mientras que las masculinas son por lo común inconstantes e inestables. La mayoría de

las mujeres con inclinaciones homosexuales son afectuosas y fieles, pero padecen tanto como los homosexuales masculinos la sensación de soledad y la incompreensión por parte del prójimo, temen a sus propios impulsos degradantes y suelen encontrar alivio en el alcohol, las lesbianas son más escrupulosas por lo que existen menos prostitutas homosexuales que en los varones.

Tras los estudios de Kinsey es imposible ignorar la dimensión de la homosexualidad como problema social, mientras que Freud, denuncia lo que será la figura clásica de la homosexualidad de medio siglo, no un criminal, tarado o degenerado, sólo una víctima de una interrupción en el transcurso del desarrollo.

La Asociación de Psiquiatría Americana incluyó la homosexualidad en la primera calificación de enfermedades mentales en 1952. Pero una científica investigadora Evelyn Hooker que se dedicaba a escudriñar entre un grupo de homosexuales y heterosexuales, para sacar conclusiones que demolerían hasta sus cimientos las teorías existentes sobre homosexualidad. La doctora Hooker en 1958 aplicó una serie de tests psicológicos a un grupo de hombres homos y heterosexuales y envió los resultados a varios expertos para que detectaran cuales pertenecían a que orientación sexual. Sorpresivamente, ninguno de ellos logró diferenciar correctamente a los homosexuales de los heterosexuales. Su nivel de salud mental era casi idéntico. Hooker concluyó que la homosexualidad era tan normal como la heterosexualidad y que no constituía una patología mental. Desde entonces, una gran cantidad de estudios han llegado a la misma conclusión. Por ello, la American Psychiatric Association suprimió dicha orientación de su listado de patologías psicológicas en 1973 que llevó a la despenalización paulatina de la homosexualidad en los países industrializados. Esto a su vez permitió que los homosexuales pudieran vivir abiertamente su orientación, y que salieran poco a poco de la clandestinidad. Médicos, psicólogos y psiquiatras, e investigadores dejaron de intentar curar la homosexualidad.

En 1969 una redada en el Stone Way Inn, es seguida por tres días de tumultos que dan comienzo al movimiento pro derechos del homosexual, en los 70 se realizan manifestaciones del Gay Pride en New York y San Francisco en el aniversario de los tumultos lo que establece una tendencia a escala nacional.

En 1977 Harry Milk se convierte en el primer funcionario homosexual en San Francisco. En 1981 los U.S. Center of Disease Control (Centro Estadounidense para el Control de Enfermedades) informan de los casos de SIDA aun sin nombre. En 1982 a la misteriosa enfermedad se le llama con las siglas GRID (Gay Relative Immune Deficiency – Inmunodeficiencia Relacionada con los Gays). En 1983 el representante Gerry Studds anuncia su homosexualidad en medio del escándalo y se convierte en el primer miembro del congreso que hace publica su orientación sexual.

En 1986 el Tribunal Supremo de los Estados Unidos apoya los Derecho estatales con el fin de prescribir la sodomía homosexual. En 1987 trescientas mil personas marcan en Washington a favor del movimiento de los derechos homosexuales y comienza la campaña de ayuda contra el SIDA. En 1989 San Francisco aprueba una ordenanza que concede reconocimiento legal a las relaciones de convivencia entre homosexuales, la State Bar (Asociación Jurídica Estatal) insta al matrimonio entre homosexuales y en 1990 muchas ciudades y poblados habían aprobado ordenanzas que prohibían la discriminación de homosexuales en la obtención de vivienda y empleo. Por último, en 1993 gigantesca manifestación en New York un millón de personas a favor los Derecho homosexuales.

La normalización de la homosexualidad no se dio únicamente por razones académicas; coincidió con el surgimiento de la liberación Gay en los países industrializados y se convirtió en uno de sus argumentos principales. Fue partir de los años 70 que se dio un vasto movimiento social y cultural en contra de la discriminación y a favor de la igualdad de derechos, que culminaría en los noventa y los primeros años del siglo XXI en el reconocimiento jurídico de las uniones entre personas del mismo sexo en diversos países de la Unión Europea, así como Australia y Sudáfrica.

La iglesia católica en la actualidad tiene otra perspectiva un poco más abierta hacia la homosexualidad, manifiesta que los homosexuales deben ser acogidos con respeto, compasión y delicadeza, pero señala que las personas homosexuales están llamadas a la castidad, mediante virtudes de dominio de sí mismo; sin embargo, manifiesta que lo que no es moralmente admisible es la aprobación jurídica de la practica homosexual.

"Por otra parte el Doctor Barrios considera que todavía se mantienen entre la comunidad médica actitudes que contrastan con los logros alcanzados hasta la fecha y los conocimientos adquiridos. Lo grave es que entrado el siglo XXI aún existen concepciones de carácter neurológico, lo que se traduce en un diagnóstico clínico y un tratamiento y una rehabilitación y ciertas vertientes psiquiátricas actuales siguen tratando de curar la homosexualidad con el uso de diferentes intervenciones terapéuticas, desde psicoanálisis ortodoxo hasta técnicas conductuales, pasando por fármacos como andrógenos y, más recientemente, inhibidores de la recaptura de la serotonina y tras sustancias que no sólo pueden ser recursos erróneos sino una violación a los Derechos humanos fundamentales".

En nuestros tiempos el trabajo realizado por organizaciones nacionales e internacionales de homosexuales y lesbianas para lograr un trato justo y equitativo se ha extendido tanto a la investigación como a la inclusión de estos grupos en las actividades de orden social, político y legal.

Algunos organismos internacionales de derechos humanos que ya reconocen, defienden y protegen los derechos fundamentales de los homosexuales son:

- En 1983 la Subcomisión de Prevención de la Discriminación y Protección de Minorías cuando como resultado de un estudio que realizó sobre la prostitución recomendó a la ONU efectuara un estudio más profundo de la prostitución masculina, haciendo comentarios específicos sobre la homosexualidad. Asimismo, en 1993 propuso por uno de los miembros de la Subcomisión (Francia), que dentro del estudio que se estaba propagando respecto de los temas relacionados con las nuevas formas de racismo y xenofobia, se incluyera como objeto del estudio la discriminación basada en la orientación sexual. La propuesta fue aceptada hasta 1995.
- La Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos que se celebró en Viena en 1993 incluyó entre sus participantes a organismos no gubernamentales representantes de los homosexuales y lesbianas, lo que significó un mayor reconocimiento de estos grupos, no sólo al interior de esta organización, sino también en los países integrantes, así, algunos países como Canadá, Australia y Países Bajos, informaron sobre la situación de los derechos humanos de los homosexuales y lesbianas en sus respectivos países y se manifestaron positivamente respecto al reconocimiento de estos grupos. Sin embargo, países como Singapur manifestaron que muchos otros países no aceptaban la homosexualidad y el lesbianismo por lo que ellos no estaban de acuerdo con el reconocimiento social, y mucho menos jurídico por considerar que

⁷⁵ GONZÁLEZ, Sergio. "Ni pecadores ni enfermos". Op. Cit. Pág. 41.

el matrimonio se limita única y exclusivamente a personas de sexos opuestos y que, por lo tanto, sólo en ese sentido debería regularse la institución.

- El Comité de Derechos Humanos de la ONU ha conocido tres casos relativos a los temas de los Derechos humanos de los homosexuales, de los que resalta el Caso Toonen el 1994, en el que se encontraba involucrado el gobierno australiano, la provincia de Tasmania específicamente, el quejoso argumento la violación a sus derechos de privacidad e igualdad, pues en Tasmania se penalizaba la práctica de actividades homosexuales, a lo que Australia sostuvo que la moral social interna de dicha provincia justificaba la violación al tal derecho de privacidad. El Comité resolvió en el sentido de que las leyes de Tasmania violaban, definitivamente, el derecho de privacidad.
- La organización Internacional del Trabajo, por su parte, sostiene que no debe discriminarse a las personas en su ocupación y empleo a causa de su orientación sexual, sino que deben establecerse medidas específicas.
- Entre las organizaciones no gubernamentales (ONG's), la asociación de Lesbianas y Homosexuales (ILGA), fue la primera organización de defensa de los derechos de homosexuales y lesbianas que logró obtener, como organización no gubernamental el carácter y reconocimiento de órgano consultivo en la ONU. La primera intervención de la ILGA fue en 1993 y posteriormente en 1994 ante el comité de derechos humanos, en marzo de 1999, el comité declaró que los derechos a la privacidad de los homosexuales y lesbianas estaban protegidos por el pacto internacional de derechos civiles y políticos.
- La primera victoria para el reconocimiento internacional de los derechos homosexuales y de las lesbianas fue en 1981 cuando la Corte Europea de Derechos Humanos emitió su resolución en el caso Dudgeon, contra el Reino Unido. El Reino Unido, despenalizó las actividades homosexuales en 1967 en Inglaterra y Gales, pero la prohibición permanecía vigente en Irlanda del Norte. Dudgeon, era un activista de la asociación proderechos homosexuales de Irlanda del Norte, la Corte Europea de Derechos Humanos, resolvió que la ley en Irlanda del Norte violaba el derecho a la privacidad del señor Dudgeon. A partir de la resolución afirmativa las actividades homosexuales fueron despenalizadas en Irlanda del Norte y en otras áreas de la jurisdicción del parlamento en el Reino Unido. El caso Dudgeon fue un antecedente muy importante para la corte Europea de Derechos Humanos respecto al caso Norris

contra Irlanda en 1981 que tuvo como consecuencia que la corte resolviera a favor de Norris, provocando que Irlanda reformara sus leyes antihomosexuales en 1993.

- En el Parlamento Europeo el hecho más importante en materia de reconocimiento y protección de los derechos homosexuales y de lesbianas es el reporte Roth, en 1993. En el que el Parlamento Europeo expidió en febrero de 1994, una resolución confirmada el 17 de septiembre de 1996. Estableció el llamado a los Estados Parte a abolir toda legislación que penalizara o representara discriminación contra las actividades sexuales entre personas del mismo sexo; además, de establecer que debería ser considerada la misma edad para consentir en las relaciones sexuales tanto homosexuales como heterosexuales y, por último, terminar con la desigualdad en el trato contra personas de orientación sexual contenidas en las disposiciones jurídicas y administrativas de leyes como la de seguridad social (incluidos los beneficios en esta materia), de adopción, de sucesiones, en los Códigos Penales y en todas aquellas que contengan este tipo de discriminación.

A pesar de que en el siglo XX se dieron cambios que propiciaron la transformación de la perspectiva social y cultural de la homosexualidad en muchas naciones siguen siendo perseguidos los hombres y mujeres que prefieren como compañeros a otro hombre o a otra mujer. Según una lista de la asociación internacional de lesbianas y homosexuales (ILGA), los países en donde se le reconocen beneficios o derecho a las parejas homosexuales son: Dinamarca, Canadá, Países Bajos, Noruega, Israel, Hungría, Francia, Italia, Suecia, España, Bélgica y Australia.

En los últimos 40 años todos y todas fuimos testigos de fantásticas mutaciones de la sociedad moderna. Entre ellas, una de mayor significación e impacto es, muy seguramente, expresada por los encuentros entre hombres y mujeres en la intimidad, desde el cuerpo, el deseo y la palabra; en efecto, la revolución de la condición femenina por medio de su inaugural deseo de ser, de existir y de hablar, ha transformado hondamente la manera como hombres y mujeres se encuentran y ha provocado un cambio más radical a lo largo de estas cuatro últimas décadas, que durante los dos mil años que las precedieron. En relación con el amor y la sexualidad, las normas se trastocaron, muchos códigos se derrumbaron y nuevos códigos surgieron, cada vez más individuales, se multiplican a sabiendas de que todas pueden aspirar hoy a una misma

legitimidad y a un mismo reconocimiento social, aun si todavía estamos lejos de aceptarlo.

2.5. Análisis legal y social del fenómeno homosexual en México

Un análisis retrospectivo de lo que ha sido y es ahora el llamado "movimiento gay mexicano", no es otra cosa más que la manera en que se han dado las circunstancias a los homosexuales en el contexto de la realidad social de nuestro país y su lucha por alcanzar una convivencia.

Hasta muy recientemente -no más atrás de los 60s- la sociedad mexicana todavía veía como acontecimiento muy natural el rechazo hacia los homosexuales. Parte de esta mentalidad era consecuentar o de plano celebrar los actos de extrema brutalidad o bien de oponer ante la homosexualidad un silencio hermético, se deseaba apartar de la sociedad una conducta que se presumía insana e impropia del ser humano, pero sobre todo se trataba de combatirla activamente a través del combate de aquellos que se asociaban con ella escogiendo a los varones acompañados por una obviedad homosexual que no les permitía esconderse en una actitud heterosexual o aquellos descubiertos en el acto, el combate abarcaba el entorno del individuo, la escuela, su vida en familia, el barrio o el pueblo, con su itinerario de castigos, golpizas y linchamientos morales que desembocaban a menudo en la propia muerte. La guerra era auspiciada por muchos factores, entre ellos la animadversión hacia la homosexualidad que indudablemente compartían muchos ciudadanos y, también, por la carga antihomosexual que acompaña a la personalidad machista de los varones, que en realidad era la moral Iglesia católica, a través de su entendimiento medieval de la homosexualidad, así como el Estado a través de sus regulaciones escritas y no escritas dirigidas a salvaguardar la moral y las tradiciones nacionales en nombre de la llamada "idiosincrasia mexicana".

Después de los movimientos reivindicativos de los jóvenes en la década de los sesentas en diferentes latitudes del mundo (representado en México por el movimiento estudiantil de 1968 y el movimiento Hippie), así como resultado de la difusión de los planteamientos que abanderó la llamada Revolución Sexual, la década de los setentas trajo consigo inmediatas y notorias acciones protagonizadas por hombres y mujeres

homosexuales. En México se conoció relativamente de cerca al Gay Liberation iniciado por los homosexuales norteamericanos, especialmente por aquellos que protagonizaron los hechos de Castro Street⁷⁶, en San Francisco, al enfrentar violentamente a la policía cuando ésta pretendía hacer una redada en los semiclandestinos bares gays de la citada calle. Fue entonces cuando el mundo supo que los homosexuales en los Estados Unidos de Norteamérica se identificaban, ya a sí mismos, como una poderosa minoría capaz de actuar colectivamente y en favor de sus demandas y derechos, se detonó un movimiento en casi la totalidad de los países occidentales en el que lesbianas y homosexuales reclamaban dejar de ser ciudadanos marginados y discriminados.

A partir de los sesentas llega a México el término "gay" y se abre paso a dos tendencias con propósitos emparentados: el feminista, y la liberación homosexual. En la apreciación del segundo impacta la audacia con que un grupo de homosexuales y lesbiana se muestra abiertamente y denuncia la realidad de una marginación de dimensiones desconocidas, en las que se combina el aislamiento y represión física en contra de un sector de la población. Los efectos de estas acciones y de las sucesivas acciones de los nuevos activistas gays, abren horizontes hasta antes insospechados en la realidad nacional. Su presencia en marchas, plantones y demostraciones de solidaridad con otros grupos oprimidos del país, dan seriedad y legitimidad a su movimiento. La frescura con que se presentan a sí mismo como homosexuales y lesbianas y su sincera denuncia sobre las injusticias del grupo homosexual escala el apoyo de la izquierda, vence vicios amarillistas de la izquierda, gana la simpatía de los intelectuales, y conquista el apoyo de la sociedad civil. La mejor traducción de este es una mayor visibilidad pública para el sector homosexual, respaldo de la opinión pública contra la extorsión y sobre todo legitimación de la causa homosexual por el reconocimiento de sus derechos humanos y civiles. Este punto justifica y legitima la existencia de una lucha específica que se resume en el llamado movimiento de liberación homosexual.

⁷⁶ El Castro Street, se refiere a un grupo de homosexuales que se organizaron en San Francisco para elegir representantes simpatizantes con el movimiento de la comunidad gay en el gobierno local, y cuyo representante fue Harvey Milk "el alcalde de la calle Castro". LEYVA, Gabriela, CÁRDENAS GUZMÁN, Guillermo y GUARNEROS, Roberto M. "Galería de personajes gays". Muy Interesante (Muy Especial). Editorial Televisa S. A. de C. V. México, D. F. No. 28. 15 de junio de 2002. Pág. 63.

Los sitios de reunión para la "gente de ambiente"⁷⁷ fueron extendiéndose poco a poco en forma de fiestas, bares y discotecas. Sin embargo, asistir a un bar o discoteca gay era toda una aventura porque siempre existía el riesgo de que la policía irrumpiera violentamente y efectuara una redada. Por lo que los antros que resultaron ser más exitosos en la segunda mitad de la década de los setentas, fueron aquellos que podían ofrecer cierta seguridad a sus clientes y vender la relativa garantía de que no habría problemas con la policía. Sitios memorables como el Mío Mundo, el Pent-House, el 24 Horas, el D'Val, el L'Barón o el famosísimo Nueve. También se hizo costumbre realizar el concurso versión travesti de "Señorita México", al que venían guapas "vestidas" (transexuales o travestis) de toda la República.

Pero, no fue sino hasta el año de 1978 cuando las lesbianas y homosexuales de México reconocieron su capacidad de actuar colectivamente en defensa de sus derechos ciudadanos y en contra de la discriminación por motivo de sus preferencias sexuales. El creciente ánimo del Gay Liberation visto en los EE.UU. y la inercia de los postulados de liberación de la década de los sesentas, detonó finalmente la organización de la primera Marcha del Orgullo Lésbico Gay en el verano de aquel año. Diversas organizaciones ciudadanas de homosexuales y personajes como Xavier Lizárraga, Patria Jiménez y muchísimos otros mexicanos que se dedicaban al activismo comprometido, realizaron una eficaz convocatoria para la que hubo una amplia respuesta por parte de hombres y mujeres homosexuales. Aquel día el Paseo de la Reforma presenció, desde las rejas del Monumento a los Niños Héroe, a los pies del Castillo de Chapultepec, y hasta el Hemiciclo a Juárez (un recorrido de aproximadamente 5 kilómetros), y ante la incredulidad de los transeúntes, una espectacular marcha ciudadana en la que por primera vez más de 700 hombres y mujeres gritaban a los cuatro vientos su gran orgullo de ser y asumirse como homosexuales y lesbianas. Ningún partido político o agrupación gremial encabezaba aquella espontánea manifestación; solamente la convicción de un grupo de ciudadanos que sintieron la necesidad de romper con las molestas ataduras y las convenciones morales e hicieron su iniciativa patente en una colorida marcha. Desde entonces, las cosas cambiaron rotundamente y se dio inicio a una etapa de apertura y fortalecimiento para la comunidad gay mexicana.

⁷⁷ El término "de ambiente" se refiere a los homosexuales que han salido del closet, a la luz pública, y que conviven con homosexuales para divertirse en antros, bares y, en general, en lugares destinados para que ellos se reúnan y conozcan, así como los artistas son "del medio" -artístico- los gays son "de ambiente" -homosexual-.

Hay que decir que a pesar de esta naciente euforia, las personas que vivían fuera del closet y manifestaban abierta y cotidianamente su preferencia sexual y asistían a sitios de reunión, eran relativamente pocas en comparación con la población gay de las décadas subsecuentes. El "ambiente" de finales de los años setenta estaba conformado por diversos y nutridos grupos de amigos, prácticamente reconocibles entre ellos mismos y con sus modos de convivir muy particulares y el siempre acariciado sueño de vivir el amor sin tener que esconderse de nadie. La calle de Génova en la Zona Rosa y algunas otras calles de la colonia Roma, el Sanborns del Ángel o el de la calle de Aguascalientes, eran los puntos de reunión de la "gente de ambiente". También, en Acapulco nació la discoteca Gallery, que poco a poco se transformó en espacio de reunión para los vacacionistas gays. En la ciudad de Guadalajara comenzaron a abrirse lugares gay en 1978. También existen baños públicos, saunas y gimnasios. En fin, se vivía una época de apertura para muchos homosexuales y —en menor medida— lesbianas en este país.

La década de los ochentas en México fue testigo de la masificación del ambiente, ahora sí "ambiente gay", y junto a este vigoroso crecimiento en la afluencia de homosexuales y lesbianas a los sitios de reunión vino un notable cambio en los patrones de conducta. Los antros gays ya no vendían, como en la década pasada, seguridad y garantías de no ser atropellados por la policía, ahora lo que se ofertaba era la ilusión de vivir plenamente la Gay Liberation. Desgraciadamente, en México y en muchos otros países el medio para esta parcialmente entendida liberación fue la de la pornografía y libertad sexual se interpretó como promiscuidad.

En muy pocos años la afluencia de gays a los bares se incrementó de manera impresionante, comenzaron a ser insuficientes. Surgieron discotecas con mayor capacidad a las que se permitía el acceso de prácticamente cualquier tipo de gente, como El Taller, el Don o el New York. Había también fiestas apoteósicas en regias casonas, tanto en la Ciudad de México como en Acapulco y Cuernavaca, y desde ciudades como Guadalajara, Monterrey o Tijuana comenzaba a escucharse de la existencia de estupendos antros gays. Surgió la prostitución con las primeras agencias de "masajes", así como en calles de la colonia Roma y Cuahutemoc.

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

Pero, antes de concluir la primera mitad de los años ochenta irrumpió el SIDA. La sociedad estaba impactada ante el "cáncer de los homosexuales", y el resto del mundo asumía que era un castigo divino, una revancha de la naturaleza o un motivo más para rechazar a los homosexuales. El supuesto avance de una comunidad gay mexicana fue frenado.

Guste o no los cambios operados en la conciencia social del país (reflejados en la tolerancia a los gays y sus espacios) refleja un nivel de comprensión social que se circunscribe al apoyo homosexual en tanto que víctimas de excesos policíacos, pero no necesariamente en razón de su particular orientación personal y forma de vida. Esta realidad objetiva y los elementos arriba anotados reafirman que la pelea de los homosexuales por un largo periodo esta fincada en el eje de los derechos humanos y civiles. Si el primer esfuerzo del movimiento homosexual y lésbico fue convencer a la sociedad del carácter injusto de la represión sobre los gays y del no reconocimiento de sus derechos, en su segundo esfuerzo tiene que profundizar y persistir en la denuncia de cada atropello, de cada violación a sus derecho humanos, de cada acto de discriminación en sus derechos civiles.

A pesar de las tormentas que el SIDA a traído también a traído la posibilidad como ningún otro fenómeno de carácter social de sacar a flote una realidad social que siempre había estado ahí.

A lo largo de los años noventa, organizaciones conservadoras como Pro-Vida, la Asociación de Padres de Familia o el ala conservadora de la Iglesia Católica, invitadas a participar en el escenario de las decisiones políticas por Carlos Salinas de Gortari, bloquearon cualquier campaña gubernamental o civil en la que se fomentara la utilización del condón o se hablara abiertamente de la sexualidad y sus implicaciones. Así los esfuerzos gubernamentales por abordar estos temas fueron modestos, pálidos y ciertamente poco efectivos.

Posteriormente, la presencia del SIDA trajo el tema de la homosexualidad al reconocimiento y a la discusión abierta por parte de la sociedad, pero imprimió un nuevo estigma a los homosexuales, su libertad comenzaba a definirse por los criterios del resto de la sociedad, por lo que se consideraban debía ser la libertad para los gays. El ser gay

se interpreta al antojo de quienes han decidido juzgarlos. La esencia de la condición homosexual es ahora discutida en ofensivos talk-shows en donde la homofobia está presente, identificando al homosexual con un sujeto travesti o loca cuyos problemas psicológicos son atribuidos a todo homosexual.

A pesar de los avances que ganó el Partido Acción Nacional en los últimos años de la década de los noventa y a pesar de sus intentos moralistas en las entidades y ciudades que gobernó este partido no logró imponer sus propósitos. No pudo someter a los gays de Tijuana ni prohibir las minifaldas en Guadalajara ni desterrar los bares y discos gays en Monterrey, quizás sólo en Guanajuato, presentó un cuadro distinto. El PAN se ha topado con la conciencia crítica de las comunidades locales de gays y lesbianas, en lo que han quedado atrás los tiempos en que se consideraban a sí mismos como personas sin derechos. Y se han enfrentado a un tipo de protestas muy especial. Sus protagonistas son individuos intelectuales y grupos de defensores de los derechos humanos, activistas contra el SIDA y grupos de acción gay que se ubican en el campo de la cultura, por las redes y modalidades de estas acciones, sus efectos están a salvo de la marginidad y trascienden públicamente. En ocasiones, la aparición de una carta en los periódicos nacionales, con firma de destacados líderes intelectuales y sociales, pone en el escenario público un asunto de represión acontecida en la ciudad y lo frena. Las disposiciones moralistas del PAN en algunas entidades han provocado por ejemplo que intelectuales como Carlos Monsiváis y otras personalidades políticas debatan en programas de televisión de cobertura nacional los problemas de la sociedad referentes al prejuicio y la homofobia.

La iglesia considera que a los homosexuales no se les debe discriminar pastoralmente y que estas personas, como toda persona humana, son sujetos de derechos fundamentales, como derecho al trabajo, a una vivienda, etc.; pero, esos derechos no son absolutos ya que pueden ser limitados legítimamente por la ley a causa de comportamientos externos objetivamente desordenados que atenten contra el bien común o contra los más débiles (ya sea física o moralmente), así como esta reducción de derechos no absolutos se practican en muchos casos: en determinadas enfermedades contagiosas, enfermos mentales, individuos socialmente peligrosos, etc. De este modo, existe una discriminación justa: "existen ámbitos en los que no se da discriminación injusta cuando se tiene en cuenta la tendencia sexual, por ejemplo: en la adopción o

custodia de niños o en la contratación de profesores o instructores de educación física. Además, hay que tratar de convertirlos.

Durante mucho tiempo la homosexualidad fue condenada, rechazada o castigada, pero hoy en día las personas homosexuales han comenzado a "salir del clóset"⁷⁸ sin temor y para demostrar que no son monstruos, pecadores o perversos – como se les ha considerado en muchas épocas-, sino gente común y corriente con las mismas inquietudes, talentos que los heterosexuales, pero con una preferencia sexual distinta. Muchos homosexuales no sufren por su condición y consideran su comportamiento tan normal como el de los heterosexuales, con la única diferencia de que aquellos constituyen una minoría perseguida.

El panorama en los inicios del nuevo siglo XXI no es del todo alentador para quienes alguna vez soñaron con un esquema de convivencia equitativo, justo e inclusivo. Hoy por hoy, los esquemas de discriminación y exclusión contra individuos homosexuales están vigentes en México, a pesar de la existencia de un activismo más maduro y comprometido. El que la sociedad diga entender los estilos de vida homosexuales, no necesariamente implica que ésta les acepte y, sobre todo, les respete como legítimas opciones de convivencia. Por el contrario, se trata de un nuevo estereotipo adoptado ya por el conjunto social y cuya finalidad es la de institucionalizar la condición de seres marginales, la de asignarles un sitio en la periferia de lo "normal", de lo correcto o de lo bueno, asegurándose que de ahí no se puedan mover.

Hay que decir que actualmente se vive una apertura sin precedentes con relación a la aceptación e integración de los grupos homosexuales con el resto de la sociedad, aunque aún dista mucho de lo que gran parte de los homosexuales quisieran. Lo que más han alcanzado a lo largo de estos años, en mi opinión, ha sido sólo una coexistencia tolerante. Pero, las cosas no siempre han sido iguales, una amplia oferta de bares y discotecas para divertirse, revistas y literatura dirigida específicamente a los miembros de la comunidad gay, una creciente presencia del tema homosexual y lésbico en diferentes foros e incluso legisladores y políticos que abiertamente manifiestan sus preferencias sexuales, son hechos recientes, puesto que las libertades de los homosexuales son el

⁷⁸ El clóset es un término que se refiere a la homosexualidad oculta, salir del clóset implica la revelación del secreto de ser homosexual.

resultado de un camino transitado por los gays de México y del mundo, fundamentalmente durante los últimos 30 años.

Cuando el ser humano reconozca su diversidad emocional y de género, entonces será capaz de respetar y convivir con su entorno natural sin agredirlo ni deteriorarlo. Mientras más dispuestos estemos a deshacernos de la ideología social y religiosa, y a mirar a los hechos, se hará más evidente que los homosexuales viven de un modo que es natural para ellos. Y ni la religión, ni la ley, ni la medicina ni el escribir "hotos o maricones" en las paredes de los servicios sanitarios como calificativo peyorativo de homosexual, pueden alterar eso. Tal vez uno de los problemas de la comunidad gay mexicana es que hay pocos homosexuales prominentes (o muchos pero con miedo de hacer saber su preferencia sexual a la sociedad).

La labor de promoción de la cultura gay reviste especial interés en tanto que es espacio reivindicador de los derechos y de la orientación homosexual. Actividades como la semana cultura lesbica-gay organizada por el círculo cultural gay han logrado por distintos medios y enfoques mantener la fama de la causa de los derechos humanos y civiles de los grupos homosexuales.

Así, con una historia de luchas desde que homosexuales y lesbianas se unieron a las manifestaciones públicas para conmemorar la masacre en Tlatelolco, los movimientos a favor de los derechos de estos sectores han adquirido poco a poco mayor vigor, uno de los casos más sonados al respecto fue el evento realizado el pasado 14 de febrero del 2001 en el centro de la ciudad de México con motivo del día de la amistad para promover las denominadas sociedades de convivencia, ese día, el palacio de Bellas Artes se convirtió en el escenario para el registro público simbólico de diferentes uniones de parejas homosexuales, en lo que fue un acto de respaldo a la propuesta ciudadana de reformar el Código Civil capitalino, para garantizar los derechos de tutela y sucesión dentro de las familias formadas por Gays y lesbianas.

Esta iniciativa de ley fue presentada en abril de del 2001 por la Diputada Enoé Uranga ante la Asamblea Legislativa del Distrito Federal y precedida por una movilización ciudadana que reunió a más de 8 mil personas en la explanada del Palacio de Bellas Artes y en apoyo se llevaron acabo más de 800 registros de estas parejas.

La iniciativa pasó por varias revisiones para asegurar su viabilidad. Inicialmente consideradas como "bodas gay" las Sociedades de Convivencia han sufrido por la falta de información y por prejuicios, especulaciones y afirmaciones por lo que son y lo que no son.

Dicha iniciativa de ley para legalizar las uniones de personas del mismo sexo fue sometida a una moción suspensiva que por apenas un voto de diferencia -30 en contra de que se suspendiera el debate y aprobación de la ley y 31 a favor de la moción-, con dos rondas de votaciones nominales, y con significativas rupturas a la disciplina partidaria, se trasladó para otro momento. Algunos consideran que ya no se discutirá en esta legislatura y otros todavía creen en la promesa de que se vote en septiembre.

La minoría demostró que puede transformarse en mayoría y romper el veto eclesiástico, lo cual no fue poca cosa después de que la arquidiócesis encabezada por Norberto Rivera calificara como "posetivas, celosas y muy inestables emocionalmente" a las personas que apoyan esta iniciativa, y su grupo afín.

En los términos actuales, la iniciativa plantea que más de 30 por ciento de los hogares del país están integrados por diferentes formas de estructuras no nucleares y que la figura de la sociedad de convivencia busca simplemente atender realidades sociales y lograr que las leyes integren las diferentes formas de convivencia vía el reconocimiento de una institución autónoma que permita ejercer derechos elementales mínimos, en la que tengan cabida las parejas del mismo o distinto sexo y que no están en la estructura del matrimonio, así como otras formas de convivencia que se generen en torno a un hogar, y por no estar consideradas en la ley no tienen la posibilidad de tener igualdad de oportunidades y de trato dentro del marco jurídico vigente. La iniciativa reconoce, además, el carácter alimentario, sucesorio y regula la tutela en caso de que alguno de los integrantes de la unión no pueda gobernarse a sí mismo.

"Realizan bodas gays; buscan la legislación

Alrededor de 200 parejas, en su mayoría homosexuales, unieron sus vidas de manera simbólica durante el día del amor y la amistad en un evento en el Hemiciclo a Juárez Sara Velázquez y Fabiola Pech

Bajo el lema "El amor en los tiempos del cambio", alrededor de 200 parejas, en su mayoría

homosexuales, unieron sus vidas de manera simbólica durante el día del amor y la amistad, en apoyo a la propuesta de ley de Sociedades de Convivencia.

Durante el evento, la diputada por Democracia Social, Enoé Uranga, señaló que los asambleístas ya concluyeron el análisis técnico y jurídico, por lo que "sólo estamos esperando que la ley se apruebe en el próximo periodo de sesiones".

No habían dado las cinco cuando las esculturas de gloria y justicia del Hemiciclo a Juárez se revisitaron con los colores del arco iris de la diversidad.

Parejas homosexuales y curiosos desbordaban el lugar, algunos acudían por primera vez, otros, con la intención de refrendar el compromiso hecho el año pasado.

Las primeras en unirse fueron las activistas Beba Pecanis y Sara Rubalcaba, acompañadas de su amiga René Prudencio, quien encarna a una lesbiana en la telenovela "Agua y Aceite".

Adriana y Mónica, por su belleza, fueron una de las parejas que más llamaron la atención. Después de más de tres años de relación, decidieron "formalizar" su unión. "Es muy importante que esta ley se apruebe para protegernos", dijo Adriana mientras mostraba orgullosa su "certificado de unión".

De acuerdo con Enoé Uranga, esta ley contribuiría al reconocimiento del Estado en cuanto a su responsabilidad para luchar contra la discriminación, además de generar derechos como el alimentario y tutela legítima. "Es hora de que esta sociedad hable con verdades y plantee una política pública a partir de su realidad".

En el podium, Astrid Haddad arrancaba suspiros con su voz a los presentes, mientras más parejas declaraban "lo que hoy nos convoca aquí es el amor", según se aclaraba en la Epístola Libertaria.

De entre los curiosos, la señora Alvarado vela con su amiga desde la acera de enfrente, pues "se enteraron que al evento asistiría Héctor Bonilla". Sin embargo, a la señora Alvarado también le interesa saber "de qué se trata eso de las sociedades de convivencia. Porque tengo nietos y hay que apoyarlos, como quiera que sean".

Al evento asistieron además Regina Orozco, Sasha Sokol, Jesusa Rodríguez y Tito Vasconcelos, entre otros⁷⁹.

En cuanto a la legislación mexicana (incluido el Distrito Federal), la sodomía como tal no se encuentra tipificada. En la mayoría de los casos, el delito de sodomía se encuentra como una modalidad de la violación, es decir, como una variante en que se puede presentar en la violación más que como el delito de sodomía. Dentro de la jurisprudencia sólo se encontró en el caso de Tamaulipas una que trata a la sodomía como tal en donde se afirma que el art. 261 del Código Penal sanciona a quien habitualmente tenga ayuntamiento carnal con persona del mismo sexo. El castigo que se aplica es el correspondiente a la violación.

En México todavía existen numerosas situaciones de discriminación hacia las personas homosexuales, lo que no es ninguna novedad, aunque sea contradictorio al hecho de que en pleno siglo XXI y en el seno de una sociedad con aspiraciones

⁷⁹ El Universal. Viernes 15 de febrero de 2002. Ciudad de México, página 4. <http://www.eluniversal.com.mx>.

democráticas, en la que por disposiciones constitucionales todos los individuos sean tratados con igualdad sin importar su género u orientación sexual, sigan presentándose cotidianamente escenas de homofobia con víctimas hombres y mujeres.

CAPITULO 3.

MARCO JURÍDICO ACTUAL DE LAS UNIONES DE HECHO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

Actualmente, sólo existe una propuesta para que las relaciones entre parejas del mismo sexo se regule. La Iniciativa de Ley Sociedades de Convivencia fue presentada al Pleno de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal en sesión el día veintisiete de abril del año dos mil uno por la Diputada Enoè Margarita Uranga Muñoz, atendiendo las inquietudes de diversos grupos y ciudadanos integrantes de la sociedad civil.

Con fecha veintiséis de abril del dos mil uno la Iniciativa de Ley de Sociedad de Convivencia se turnó para su análisis y dictamen a Comisiones Unidas de Derechos Humanos y de Estudios Legislativos y Prácticas Parlamentarias.

En la décima Sesión Ordinaria de Trabajo de la Comisión de Derechos Humanos de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, celebrada el día quince de mayo del dos mil uno, se acordó, por unanimidad, reunirse con integrantes del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, a efectos de obtener de estos una opinión respecto de la iniciativa de ley, en cuanto a su viabilidad y solidez jurídica. El tres de octubre del año en cita, se llevó a cabo una primera reunión de trabajo con Magistrados integrantes de las Salas Familiar, Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y con diputados de las Comisiones Unidas de Derechos Humanos y de Estudios Legislativos y Prácticas Parlamentarias, que tuvo lugar en las instalaciones del Tribunal ubicadas en Río de la Plata No. 48 piso 15, en donde se comentó ampliamente dicha iniciativa. En esta reunión, los Magistrados manifestaron de manera unánime que la iniciativa constituye un gran avance necesario en el terreno social y que cuenta con solidez jurídica para lograr su aplicación, asimismo, aportaron una serie de elementos para enriquecer la iniciativa de ley, con la finalidad de garantizar una mayor protección a todas las personas que decidan optar por esta nueva figura jurídica. Fue el veintinueve de octubre del año dos mil uno cuando se celebró la última reunión de trabajo con Magistrados del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y miembros de las Comisiones de Derechos Humanos y de Estudios Legislativos y Prácticas Parlamentarias con relación a las modificaciones hechas

a la iniciativa. En dicha reunión, los Magistrados expresaron estar de acuerdo con las modificaciones planteadas en la versión analizada en dicha reunión, considerando que las mismas contemplaban en su totalidad las observaciones vertidas por éstos en la anterior reunión, y señalaron como viable y oportuno el escenario de registro de la Sociedad de Convivencia. Asimismo, realizaron algunas precisiones de forma y consideraron que con esto la iniciativa reunía los elementos necesarios para ser aprobada.

Posteriormente se elaboró el proyecto de dictamen de la iniciativa de Sociedad de Convivencia, resultado del trabajo colectivo de las Comisiones Unidas de Derechos Humanos y de Estudios Legislativos y Prácticas Parlamentarias. Así, Presidentes y Secretarios de ambas comisiones convocaron a cada uno de los Diputados integrantes de las Comisiones Unidas de Derechos Humanos y de Estudios Legislativos y Prácticas Parlamentarias, a la sesión de trabajo de Comisiones Unidas para el análisis y en su caso aprobación del dictamen en comento, anexando a la misma, el proyecto de dictamen.

El doce de noviembre del año en cita, se celebró sesión de trabajo de las Comisiones Unidas de Derechos Humanos y de Estudios Legislativos y Prácticas Parlamentarias para analizar, discutir y en su caso aprobar, el dictamen de la Iniciativa de Ley de Sociedad de Convivencia, la cual fue aprobada por los Diputados presentes.

Ya para ser discutida y probablemente aprobada la Iniciativa de Ley de Sociedades de Convivencia ante el pleno de la II Asamblea Legislativa en Sesión Extraordinaria el 4 de julio del 2002, el Diputado Francisco Fernando Solís Perón presentó una moción suspensiva, para evitar que tal iniciativa fuese discutida, moción que después de debatirse ampliamente fue aprobada por 31 votos a favor y 30 votos en contra, finalizando con la devolución del dictamen de dicha iniciativa a las comisiones de estudio, quedando en espera de que sea discutida en otra sesión de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

3.1. Iniciativa de ley propuesta a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal

Comisiones Unidas de Derechos Humanos y de Estudios Legislativos y Prácticas
Parlamentarias

LEY DE SOCIEDAD DE CONVIVENCIA PARA EL DISTRITO FEDERAL

Capítulo I

Disposiciones Generales

Artículo 1. Las disposiciones contenidas en la presente ley son de orden público e interés social, y tienen por objeto establecer las bases y regular las relaciones derivadas de la Sociedad de Convivencia en el Distrito Federal.

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

Artículo 3. La Sociedad de Convivencia sólo surte efectos entre los convivientes, en razón de la voluntad de permanencia, ayuda mutua y establecimiento del hogar común.

Artículo 4. Sólo podrán constituir Sociedad de Convivencia las personas libres de matrimonio y aquellas que no hayan suscrito otra Sociedad de Convivencia que se encuentre vigente.

Artículo 5. No podrán celebrar entre sí Sociedad de Convivencia los parientes consanguíneos en línea recta sin límite de grado o colaterales hasta el cuarto grado.

Artículo 6. Para los efectos de las demás leyes, la Sociedad de Convivencia se registrará en los mismos términos que el concubinato.

Capítulo II

Del Registro de la Sociedad de Convivencia

Artículo 7. La Sociedad de Convivencia deberá hacerse constar por escrito, mismo que será ratificado y registrado ante la Dirección General Jurídica y de Gobierno del Órgano Político Administrativo del domicilio donde se establezca el hogar común.

Sus modificaciones y adiciones se ratificarán y se registrarán en los mismos términos señalados en el párrafo anterior.

Artículo 8. El documento por el que se constituya la Sociedad de Convivencia deberá contener los siguientes requisitos:

- I. El nombre de cada conviviente, su edad, domicilio y estado civil, así como, los nombres y domicilios de dos testigos;
- II. El lugar donde se establecerá el hogar común;
- III. La manifestación expresa de los convivientes de vivir juntos en el hogar común, con voluntad de permanencia y ayuda mutua;
- IV. La forma en que los convivientes regularán la Sociedad de Convivencia y sus relaciones patrimoniales.

En defecto de pacto a este respecto, cada conviviente conservará el dominio, uso y disfrute de sus bienes, así como su administración.

V.- Las firmas de los convivientes y de los testigos.

Artículo 9. La ratificación y registro del documento a que se refiere el artículo 7 de esta ley, deberá de hacerse personalmente por sus integrantes acompañados por los testigos.

Las modificaciones y adiciones se harán por escrito y serán ratificadas y registradas sólo por los convivientes, en el mismo Órgano Político Administrativo en el que se realice el registro inicial.

La autoridad competente deberá cerciorarse fehacientemente de la identidad de los comparecientes.

Artículo 10. Durante la vigencia de la Sociedad de Convivencia se pueden hacer, de común acuerdo, las modificaciones y adiciones que así consideren los convivientes respecto a como regular la Sociedad de Convivencia y las relaciones patrimoniales.

Artículo 11. Los interesados presentaran para su ratificación y registro a la Dirección General jurídica y de Gobierno del Órgano Político Administrativo que corresponda, cuatro

tantos del escrito de constitución de la Sociedad de Convivencia, los cuales serán firmados en presencia de la autoridad registradora; quien expresará en cada uno de los ejemplares el lugar y fecha en que se efectúa el mismo. Hecho lo anterior, la autoridad estampará el sello de registro en cada una de las hojas de que conste la Sociedad.

Uno de los ejemplares será depositado en dicha Dirección; otro deberá ser enviado por la misma autoridad al Registro Público de la Propiedad y del Comercio para su registro, y los dos restantes serán entregados en el mismo acto a los convivientes.

La Autoridad registradora deberá contar con un sistema de control y archivo de Sociedades de Convivencia.

El mismo procedimiento se deberá seguir para la ratificación y registro de modificaciones y adiciones que se formulen al escrito de constitución de la Sociedad de Convivencia.

Cuando falte alguno de los requisitos señalados en el artículo 8 de esta ley, la autoridad registradora deberá orientar a los convivientes a efectos de que cumplan con los mismos, sin que ello sea motivo para negar el registro.

Por el registro de la Sociedad de Convivencia a que se refiere este artículo, se pagará a la Tesorería del Distrito Federal, el monto que por ese concepto especifique el Código Financiero del Distrito Federal.

Artículo 12. Cualquiera de los convivientes puede obtener de la autoridad registradora copia del documento registrado, de sus modificaciones, así como del aviso de terminación.

Artículo 13. En caso de que una de las partes pretenda formar una Sociedad de Convivencia y tenga una subsistente, se aplicará lo previsto por el artículo 4 de esta ley, negándole el registro de la nueva hasta en tanto no dé por terminada la existente, siguiendo los trámites para tal efecto.

Capítulo III

De los Derechos de los Convivientes

Artículo 14. En virtud de la Sociedad de Convivencia se generará el deber recíproco de proporcionarse alimentos, a partir de la suscripción de ésta en los términos del artículo 7 de esta ley, aplicándose al efecto lo relativo a las reglas de alimentos.

Artículo 15. Entre los convivientes se generarán derechos sucesorios, los cuales estarán vigentes a partir del registro de la Sociedad de Convivencia en términos de lo dispuesto por el artículo 7 de esta ley, aplicándose al efecto lo relativo a la sucesión legítima entre concubinos.

Artículo 16. Cuando uno de los integrantes de la Sociedad de Convivencia sea declarado en estado de interdicción, en términos de lo previsto por el Código Civil para el Distrito Federal, el otro conviviente será llamado a desempeñar la tutela, siempre que hayan vivido juntos por un período inmediato anterior a dos años a partir de que la Sociedad de Convivencia se haya otorgado, aplicándose al efecto las reglas en materia de tutela legítima entre cónyuges.

Artículo 17. En los supuestos de los artículos 14, 15 y 16 de esta ley se aplicarán, en lo relativo, las reglas previstas en el Código Civil para el Distrito Federal.

Artículo 18. Se tendrá por no puesta toda disposición pactada en la Sociedad de Convivencia que perjudique derechos de tercero. El tercero que sea acreedor alimentario sólo tendrá derecho a recibir la pensión alimenticia que en derecho le corresponda, subsistiendo la Sociedad de Convivencia en todo lo que no contravenga ese derecho.

Todo conviviente que actúe de buena fe, deberá ser resarcido de los daños y perjuicios que se le ocasionen.

Artículo 19. Las relaciones patrimoniales que surjan entre los convivientes, se regirán en los términos que para el acto señalen las leyes correspondientes.

Artículo 20. En caso de que alguno de los integrantes de la Sociedad de Convivencia haya actuado dolosamente al momento de suscribirla, perderá los derechos generados y deberá cubrir los daños y perjuicios que ocasione.

Capítulo IV

De la terminación de la Sociedad de Convivencia

Artículo 21. La Sociedad de Convivencia termina:

- I. Por la voluntad de ambos o de cualquiera de los convivientes.
- II. Por el abandono del hogar común de uno de los convivientes por más de tres meses, sin que haya causa justificada.
- III. Porque alguno de los convivientes contraiga matrimonio o establezca una relación de concubinato.
- IV. Porque alguno de los convivientes haya actuado dolosamente al suscribir la Sociedad de Convivencia.
- V. Por la defunción de alguno de los convivientes.

Artículo 22. En caso de la terminación de la Sociedad de Convivencia, sus integrantes se proporcionarán alimentos sólo por un período igual a la duración de ésta, contado a partir de su disolución.

Artículo 23. Si al término de la Sociedad de Convivencia el hogar común se encontraba ubicado en un inmueble cuyo titular de los derechos sea uno solo de los convivientes, el otro deberá desocuparlo en un término no mayor de tres meses.

Dicho término no aplicará en el caso de que medien situaciones que pongan en riesgo la integridad física o mental del titular. En este caso, la desocupación deberá realizarse de manera inmediata.

Artículo 24. Cuando fallezca un conviviente, y éste haya sido titular del contrato de arrendamiento del inmueble en el que se encuentra establecido el hogar común, el sobreviviente quedará subrogado en los derechos y obligaciones de dicho contrato.

Artículo 25. En caso de terminación de una Sociedad de Convivencia, cualquiera de sus integrantes deberá dar aviso por escrito de este hecho a la autoridad ante quien se hizo el registro correspondiente. La misma autoridad deberá notificar de esto al otro conviviente, excepto cuando la terminación se dé por la muerte de alguno de los convivientes.

Artículo 26. Es Juez competente para conocer y resolver cualquier controversia que se suscite con motivo de la aplicación de esta ley, el de primera instancia según la materia que corresponda.

TRANSITORIOS:

PRIMERO. El presente decreto entrará en vigor a partir del primero de febrero de 2002.

SEGUNDO. El Jefe de Gobierno del Distrito Federal, contará con un plazo de treinta días a partir de la publicación de la presente Ley, para realizar las adecuaciones a las disposiciones jurídico administrativas correspondientes.

TERCERO. Publíquese la presente ley en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, y para su mayor difusión, en el Diario Oficial de la Federación.

Dado en el recinto oficial de sesiones de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, a los días del mes de noviembre de dos mil uno.

3.2. Crítica a la iniciativa de ley propuesta a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal

En primer lugar, considero que el hecho de que exista una ley especial para personas con preferencias sexuales distintas resulta un acto de discriminación, pues los derechos que los homosexuales exigen para regular sus relaciones son civiles y estos derechos, por ende, deben incluirse en el Código Civil para el Distrito Federal, mediante las reformas correspondientes.

Dichas reformas deben ser específicamente para las uniones entre personas del mismo.

Evidentemente hablar de matrimonio o de concubinato implica modificaciones al Código Civil para Distrito Federal, en función de este argumento

va la segunda crítica, pues en la exposición de motivo de dicha iniciativa de ley se manifiesta que no debe modificarse dicho ordenamiento y para ello se pretende que se apruebe una ley especial, sin embargo, la iniciativa en mención pretende aplicar las reglas del concubinato a la figura de la sociedad de convivencia.

En principio se considera que la Sociedad de Convivencia no es un matrimonio ni un concubinato, porque estas dos últimas instituciones consideran el trato sexual que no es un requisito en la Sociedad de Convivencia. Sin embargo, siendo el concubinato una institución diferente a la Sociedad de Convivencia está se rige por las disposiciones de aquella contempladas en el Código Civil para el Distrito Federal y no por una normatividad propia, que en mi opinión, podría alcanzarse mediante reformas al propio Código Civil mencionado.

El artículo 6 de la iniciativa de la ley dice: Para los efectos de las demás leyes, la sociedad de convivencia se regirá por los mismos términos que el concubinato. Esto significa equiparar una figura que produce derechos y obligaciones y que atiende a una variante de la familia nuclear, por lo que debe encontrarse los medios para atender a los supuestos jurídicos que se presenten respecto a dicha institución.

En tercer lugar encontramos una contradicción puesto que los proponentes de dicha ley manifiestan que las sociedades de convivencia no generan efectos frente a terceros, según el artículo 3 que dispone:

"La Sociedad de Convivencia sólo surte efectos entre los convivientes, en razón de la voluntad de permanencia, ayuda mutua y establecimiento del hogar común.

Sin embargo, los artículos 15 y 24 de la misma que tocan los aspectos del arrendamiento y sucesiones, necesariamente surten efectos hacia personas distintas de los convivientes, lo cual es una contradicción de la ley y una incongruencia. Pues si bien es cierto que los causahabientes en la sucesión legítima no son propiamente terceros, también es cierto que éstos se verían afectados con la celebración de una sociedad de convivencia, por lo tanto la

iniciativa de ley no sólo surte efectos entre las partes, así nosotros consideramos que no debe ocultarse el verdadero objeto de la iniciativa en cuestión. En cuanto al arrendamiento sabemos de antemano que la causahabiente es afín a cualquier familiar, sin embargo la iniciativa no aclara que vínculos se generan por la celebración de la sociedad de convivencia y si estos son de parentesco, pues a nuestro parecer la relación jurídica sólo genera efectos entre las partes, como si de un contrato se tratara, y recordemos que las únicas fuentes de parentesco, según el artículo 292 de Código Civil para el Distrito Federal, son la consanguinidad, la afinidad y el civil, y la relación jurídica entre convivientes no encuadra en ninguno de ellos, pues el parentesco por afinidad que es el que debería, a nuestro juicio, generarse se define en el artículo 294, del código en cita, como el que se adquiere por matrimonio o concubinato, entre el hombre y la mujer y sus respectivos parientes consanguíneos, de lo que se desprende que los convivientes no son parientes, por ello la presente tesis pretende abrir una nueva posibilidad, ante las nuevas vertientes y transformaciones que se están dando en la sociedad, para lo que proponemos se reforme el Código Civil para el Distrito Federal a fin de que no existan disposiciones en contrario en leyes que tienen la misma jerarquía, y que si han de regularse las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo sea en la misma ley civil que rige para todos.

Consideramos acertada la creación de un órgano que de fe de la celebración de la sociedad de convivencia, aunque creemos que si ésta se entiende como una institución que ayudaría a las relaciones de pareja, entendiendo a la pareja como una familia, deberían llevarse a cabo ante el Juez del Registro Civil, obviamente sin que ello afecte la institución del matrimonio, pues es de mencionarse que las uniones de hecho surgen entre los heterosexuales como una decisión de no aplicar los supuestos jurídicos a su relación, en cambio, entre los homosexuales surgen no por la decisión de mantenerse al margen del derecho, por el contrario, ya que este no regula una institución necesaria para encuadrarlas en el marco legal. Sin embargo, una

autoridad que regule exclusivamente las relaciones de convivencia es una opción para dar la formalidad que se requiere.

Los artículos 14, 15 y 16 del dictamen, establece derechos y obligaciones de índole familiar que contravienen diversas disposiciones vigentes en el Código Civil. Por ejemplo, en los artículos 302 al 307 dicho ordenamiento legal se señala "entre quienes se genera la obligación alimentaria", sin embargo, el artículo 14 de la iniciativa de ley de Sociedades de Convivencia generaría esta obligación entre sujetos distintos a los previstos por el Código Civil. Por lo tanto, aprobar el artículo 14 de dicha iniciativa requeriría forzosamente modificaciones a las disposiciones legales del Código Civil, para evitar conflictos entre normas jurídicas de igual nivel jerárquico.

En el caso de la aprobación del artículo 15 requeriría modificar el Título IV del Código Civil para el Distrito Federal que dispone quienes son los sujetos con derecho a heredar en sucesión legítima o *ab intestato*.

En el artículo 8 que a la letra preceptúa los requisitos que debe contener el documento en que se convenga la sociedad de convivencia, encontramos que, según nuestro criterio que se debe establecer una edad mínima para los testigos que firmen en dicha sociedad de convivencia y que debe de ser de 18 años, que el domicilio de los convivientes se encuentre en el Distrito Federal con un año anterior a la fecha del establecimiento del contrato, y que el domicilio el hogar común se encuentre en el Distrito Federal, estos dos últimos puntos para evitar conflicto de legislaciones internas de los estado, pues sólo se pretende regular estas uniones de hecho en el ámbito local.

Como última crítica encontramos el artículo 21 fracción I que establece:

"Artículo 21. - La Sociedad de Convivencia termina:

II. Por el abandono del hogar común de uno de los convivientes por más de tres meses, sin que haya causa justificada".

Consideramos que el término de tres meses que debe transcurrir para dar por terminada una Sociedad de convivencia es muy corto y que debería ampliarse a fin de dar seriedad a un acto jurídico que -como ya se dijo- pretende regular a las parejas homosexuales, parejas a las que se pretende otorgar derechos de parejas heterosexuales. Estas uniones deben de dotarse de estabilidad en la relación, sobre todo para la adquisición de derechos alimentarios y sucesorios.

3.3. Necesidad de la regulación de las uniones de hecho entra personas del mismo sexo

Hoy es un hecho, en todo el mundo, que los modelos de convivencia están pasando por profundas transformaciones debidas a una combinación de factores que incluyen: la redefinición de las relaciones entre los géneros a partir de la conquista de los derechos civiles y sociales de las mujeres, el aumento de la cultura sexual, el descenso en el número de hijos por mujer, el aumento de la cantidad de mujeres profesionistas, el incremento del desempleo masculino a la par del aumento del empleo femenino, los desequilibrios internos en la responsabilidad del trabajo doméstico, así como la ausencia de políticas públicas para responder a estos cambios.

Las profundas transformaciones que los pueblos han experimentado y producido una crisis en todas las disciplinas sociales, y el derecho que es un fenómeno social, no puede dejar de sufrir la influencia de esa crisis.

Se estima que la legalización debe ser un reflejo de la realidad social y de sus transformaciones y de la necesidad que se genera de dichas realidades, debiéndose reconocer y respetar la diversidad, la voluntad y la forma de relacionarse de las personas. Es un derecho humano individual elegir la forma de vida, decidir libremente con quien compartir los afectos y, en consecuencia, el derecho a definir las relaciones con las demás personas, sin que por ello se excluya, limite o restrinja derecho alguno. Tan es así que el artículo 1º, párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que:

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

La norma de no discriminación es el principio de igualdad proclamado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada el 10 de diciembre de 1948, mismo que forma parte del orden jurídico de nuestro país, pues así lo exigen los acuerdos internacionales ratificados por el Estado Mexicano y la propia Constitución Política, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, que señala el compromiso de los pueblos americanos para promover la libertad personal, la justicia social y la igualdad de los hombres sobre la base del respeto a los derechos fundamentales de los hombres y, considera que, el desarrollo integral del ser humano sólo se logra con el reconocimiento y respeto de los derechos civiles, políticos, sociales, culturales, económicos y educacionales⁸⁰. Nuestra ley no ha hecho más que adecuarse al marco que existe desde hace varios años en el ámbito internacional, y del cual nuestro país forma parte.

Una de las funciones de las leyes es ser motor de cambios sociales, que contribuyan a la inclusión social y fomenten una cultura de respeto. Así, la Constitución y las legislaciones del país no deben discriminar o sancionar a un importante sector de la población por no entrar en la norma moral institucionalmente impuesta.

El cambio de las condiciones sociales de vida moderna impone la necesidad de renovar la legislación, y el derecho civil que forma parte de ella no puede permanecer ajeno al colosal movimiento de transformaciones que la sociedad experimenta. Más aún, en la legislación penal del Distrito Federal se propone reconocer otros tipos de familia en el Código Civil o bien en una Ley Adicional que incluya como sujetos de derechos a la diversidad sexual y familiar.

Dar un paso al reconocimiento de derechos humanos de los gays y lesbianas como seres humanos que nacen libres e iguales ante la Ley, tal y como se escribe en

⁸⁰ PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat. Derechos de los homosexuales. Cámara de Diputados, LVII Legislatura. UNAM. México. 2000. Pp. 5-6.

nuestra Constitución y las garantías individuales de todo país democrático. Debemos de empezar a asumir que todos somos por millones de razones diferentes; pero al mismo tiempo por nuestra propia humanidad somos iguales, lo cual supone igualdad ante la Ley.

México es, de manera natural, un país plural y diverso. Hoy, más que nunca, es imposible concebir un mundo de una sociedad homogénea, todos y cada uno de nosotros conformamos un mosaico de identidades diversas. En este contexto es inaplazable el construir una democracia congruente con nuestra realidad social, lo que implica la necesidad de reconocer la riqueza que aporta la diversidad. Sin embargo, en México, las causas de la discriminación son variadas, desde el ámbito étnico y cultural, las creencias religiosas, la condición social, el género y las preferencias sexuales.

El reto de México que transita al siglo XXI es sin duda la conquista por el derecho a ser y pensar de manera libre y/o diferente.

No se trata de lograr derechos específicos para aquellos que son diferentes a lo decretado por un poder hegemónico que dictamina lo que es normal, sino de reconocer plenamente y ampliar los derechos de todas y todos los ciudadanos, a partir de la eliminación de aquellos obstáculos institucionales y jurídicos que limitan la igualdad.

Se debe eliminar el incentivo que existe hoy para que quienes son diferentes se queden en la sombra ocultando su discapacidad, su religión o su preferencia sexual, dejando en claro que la gente no tiene que compartir esas creencias o formas de vida, pero sí respetarlas y darles sus derechos.

El Estado debe garantizar las condiciones para que la igualdad de las personas no sea solamente nominal, sino real, lo que implica asumir que las condiciones de igualdad no están dadas, que hay grupos vulnerables, que las oportunidades se distribuyen de manera desigual y que hay obstáculos que limitan el ejercicio de los derechos de todo tipo. Implica, también, que el Estado debe encontrar fórmulas justas para compensar y promover grupos vulnerables para que puedan ejercer plenamente sus derechos.

Por ello, legislar en torno a los derechos que tienen las parejas integradas por individuos del mismo sexo es facilitar un nuevo y mejor trato social vía el derecho positivo

para indicar a la ciudadanía que los homosexuales también pueden aspirar al ejercicio de derechos elementales derivados de la conformación de un hogar, más allá de sus preferencias sexuales.

Este reconocimiento a una realidad palpable en la vida del país no es un intento de legitimar un estilo de vida que de facto existe, es la imperiosa necesidad de actuar con justicia, es necesario que todos estos ciudadanos, que poseen las mismas obligaciones que los demás, accedan a los mismos derechos. Quienes pagan impuestos no deberían ver limitados sus derechos a registrar a su pareja en el seguro social, como tampoco deberían de ver limitadas sus posibilidades de obtener créditos para la vivienda ni reducido su derecho a la salud.

El regular las parejas del mismo sexo no implicaría vulnerar o transgredir instituciones ya existentes en la sociedad y en el marco jurídico vigente sino reglamentar una situación que ya existe, pues la legislación en torno a la diversidad sexual es un tema que atiende a una realidad que está sucediendo en todo el mundo y son los gobiernos más avanzados y modernos los que están respondiendo a esta necesidad de la población, como parte de los escenarios democráticos e incluyentes.

De las estadísticas del Consejo Nacional de Población⁶¹ se observa que más del treinta por ciento de los hogares del país están integrados por diferentes estructuras no nucleares, sean éstas extensas, compuestas o no familiares y que este hecho da cuenta inequívoca de la presencia de diversas formas de relación en torno al hogar que tiene como virtud estar constituido por lasos de solidaridad, la convivencia elegida del apoyo mutuo y el afecto de sus integrantes.

Respecto a la realidad irrefutable de las parejas del mismo sexo en la sociedad mexicana, hasta el momento no existe registro estadístico oficial. Ni las investigaciones sociodemográficas ni los Censos de Población y Vivienda tomaron en cuenta este tipo de relaciones sociales. No obstante la Sociedad Mexicana de Sexología Humanista Integral (SOMESH) coincide en afirmar, como lo hacen numerosos investigadores a escala

⁶¹FUENTE: INEGI. Cifras elaboradas con base en Censo de Población y Vivienda, 1995. <http://www.inegi.gob.mx/estadísticas>

internacional, (Kinsey, Masters y Jonson, Bell, Weinberg, Wolf, Jay y otros) que alrededor del veinte por ciento de la población a tenido parejas del mismo sexo.

Existe la necesidad de dotar de un marco jurídico a una actividad social real. Las parejas del mismo sexo son una realidad irrefutable que no va a desaparecer por decreto y el Estado debe de reconocerlas y abrir los espacios sociales y no determinarlos con juicios a priori. El primer paso es procurar la objetividad en le enfoque del problema, siendo ya el tiempo de modificar y ampliar el criterio con que se ha visto.

Si es cierto que hay valores inmodificables y universales, la visión que de ellos se tiene, evoluciona a la par de las transformaciones que experimenta la propia sociedad que aplica dichos valores, de esta forma, lo que en un tiempo y lugar puede ser reprochable usando argumentos realmente razonables, en otro momento y espacio deja de serlo o se suaviza su reprobabilidad.

Es tiempo ya de que se analice seriamente la homosexualidad, dado el problema social y moral que representa, pues sólo enfrentándola sin ambages ni prejuicios se llegará a soluciones científicas, jurídicas y éticas respecto a su tratamiento.

No hay que olvidar que gran parte de los actos que horrorizan, cometidos por homosexuales, son igualmente cometidos por heterosexuales. Pero la condición homosexual llega a tener la función de adjetivo, que califica todas las acciones u omisiones del sujeto, trátense de actos positivos o negativos. Tener tal condición resta dignidad y responsabilidad a la persona. Así, un sujeto puede tener una vida honesta, decente y ser una persona íntegra en cuanto a su desempeño individual, personal y público, pero si se trata de un homosexual, se le niega y descalifica el reconocimiento. Así, pese a que diversos criterios califican como anormales, antinaturales y aberrantes las prácticas homosexuales, éstas sólo podrán limitarse en el caso de que dañen valores de terceros, tal como ocurre en el caso de actividades heterosexuales que perturben igualmente la esfera de derechos de otros.

En cuanto el comportamiento homosexual tenga una vertiente externa, en la que se dañen o puedan dañarse valores de terceros, entraran en juego las consideraciones sociales, morales y jurídicas de la sociedad para evitarlo. Pero si la acción homosexual no

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

103

trasciende el campo de lo personal o privado, no supera la esfera del individuo, y por esta misma razón, no causa un daño objetivo ni lesiona la esfera de otros.

No todos los actos de los homosexuales son de incumbencia social, pese al desagrado que nos provoquen. Un buen número de actividades homosexuales se inician y agotan en un ámbito que no hiere ni toca esferas ajenas y que muchas veces pasan inadvertidas.

"Hay ciertamente actos sexuales antisociales que deben ser reprimidos; pero a lado de ellos, hay también un gran número de comportamientos eróticos no lesivos para otras personas que, sin embargo, son castigados... son esas disposiciones legales las verdaderamente nocivas, porque no distinguen los pecados privados y los delitos públicos... ellos no funcionan para salvaguardar a las personas y evitar los delitos, sino para imponer normas morales, que se suponen pedidas por el público; no obstante, el término "moral pública" es absolutamente engañoso porque representa el sentir del intérprete de la ley, quien lo proyecta a la comunidad"⁸².

De lo que se ha hablado aquí es del principio de autonomía de la persona, que junto con los principios de inviolabilidad y dignidad de la sustancia humana, son el fundamento moderno de los derechos humanos. La autonomía en este sentido, implica la posibilidad de imponerse fines de vida en virtud de la capacidad y racionalidad del individuo, siendo valiosa la libre elección de los planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos), no deben interferir con esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales que cada uno sustente.

"El Estado no debe entrometerse en el campo privado de la vida, sino actuar simplemente como el defensor del bien común. Actos moralmente malos, mientras no afecten el bien común, no deben preocupar al legislador humano. El pecado como tal, no importa al Estado, pero afectan las relaciones entre el alma humana y Dios... Cualquier intento del Estado de extender su autoridad e invadir la conciencia individual, por muy noble que sea su intención, siempre fracasará y frecuentemente ocasiona bastante daño"⁸³.

⁸² ALZATE, Heli. La sexualidad y la ley. En estudios de Derecho. Facultada de derecho y Ciencias Políticas de la U. Antioquia. Año XXXVIII. 2ª época. Mayo-septiembre 1976. núms. 89-90. Pp. 160 y 161. OSCOS SAID, Grisela A. Op. Cit. Pág. 400.

⁸³ INFORME WOLFENDEN citado por OSCOS SAID, Gisela A. IBIDEM. Pág. 405.

Queda claro que el principio es separar los actos consensuales practicados por sujetos adultos en forma privada que quedan sometidos a una moral interior, y sólo si trasciendan este ámbito pueden ser vistos como nocivos social y jurídicamente.

Es irrelevante que el homosexual ejerza una opción sexual diferente y que la sociedad sancione positiva o negativamente sus conductas. El homosexual es un ser humano en lo esencial, con igual derecho a la realización de un plan de vida, en cuanto no sea lesivo a los demás; que tienen derecho a un trato que no haga diferencia o distinción en lo referente a las cualidades primordiales de los seres humanos; que tiene derecho a ser tratado con igual dignidad y respeto; que tiene derecho y es acreedor de la sociedad, en lo que respecta a la ayuda y colaboración para gozar y lograr las mismas oportunidades que pretende el resto del género humano, incluyendo el deseo y la necesidad de compartir su vida junto a la de otra persona. Por lo que debe reconocérsele un marco de derechos y principios que emanen de su condición humana y no de sus preferencias sexuales. Pensar de otra forma implicaría dar por hecho, que los derechos se reconocen en función del mayor o menor apego a una normalidad predominante o a una moral social.

La firma de un contrato que genere derechos alimenticios tales como casa, vestido, gastos médicos; derecho a la sucesión, y a la tutela legítima. Además de que, quienes así lo decidan, puedan regular sus relaciones patrimoniales mediante un acuerdo previo. Pero, se requiere primero el reconocimiento del derecho a las preferencias sexuales como parte de la vida privada, y no debe mezclarse este derecho con la vida pública del país.

Una legislación que regule las relaciones entre las parejas del mismo sexo beneficiaría a la sociedad en el sentido de que identificaría a un homosexual verdadero de uno que no lo es, considerando el compromiso que implicaría unirse legalmente. Podríamos englobar en este caso a los heterosexuales que incidentalmente y por virtud de las circunstancias (reclusos, marinos, soldados, sujetos pertenecientes a comunidades cerradas y alejadas del medio heterosexual), practicasen actividades propias de los homosexuales, sin serlo en realidad; lo mismo podría decirse de quienes ejercitan estas prácticas por curiosidad o movidos por la lujuria extravagante o por dinero. Otro sería el caso del sujeto heterosexual que está experimentando la etapa de indefinición

considerada normal en la adolescencia y que recibe una serie de estímulos directos e indirectos que los inclinan hacia la homosexualidad en forma voluntaria o coaccionada. Por imitación, por curiosidad, por presiones de compañeros hetero y homosexuales que pueden iniciar al adolescente en las prácticas homosexuales de este tipo.

La homosexualidad y el lesbianismo ya no pueden ser concebidos como problema de unos cuantos o como un fenómeno aislado de determinadas sociedades; lo cierto es que el reconocimiento de estos grupos es necesario y ello nos obliga a enfrentar temas que en la actualidad se han vuelto cruciales y que a lo largo del tiempo han sido tratados como tabú o son estigmatizados. Los homosexuales forman parte de la estructura social, productiva, profesional, cultural y laboral de nuestras sociedades, querámoslo o no forman parte de nuestra realidad, no sólo como país, sino también, en el ámbito mundial. Además creo que hoy en día ninguna persona en el mundo moderno, puede estar alejado de los gays y de las lesbianas. Su misma visualización colectiva en la cultura urbana por medio de una estética, de un destape paulatino pero seguro en los espacios públicos, en los medios de comunicación, en las calles y en los bares, nos obliga a reflexionar sobre la cuestión homosexual porque ahí está, los homosexuales se encuentran hoy en todas partes. Ahí están, querámoslo o no, sin importar si podemos responder a la pregunta de si nacieron o se hicieron homosexuales.

No obstante, el camino está abierto; este camino hacia el derecho a ser y sentir lo que se quiere ser y sentir; el derecho a existir. Los gays y las lesbianas vuelven a cuestionar todos los ordenamientos históricos a lo largo de los siglos, vuelven a cuestionar, tal como lo hicieron los movimientos feministas, lo incuestionable. Están, y al igual que para los heterosexuales el protagonista de su relación es el amor, el mismísimo amor con todos sus goces y estragos, su sexualidad, exactamente como la heterosexual, se ha construido subjetiva, histórica y culturalmente. Hoy sabemos que no existe una ley natural y que exactamente de la misma manera como no hay naturaleza femenina o naturaleza masculina, tampoco existe una ley natural del amor o de la sexualidad. Ni la masculinidad, ni la feminidad, ni el amor, ni el erotismo son naturales; todos estos conceptos son construcciones culturales e históricas. Cada época pensó, moldeó y codificó la sexualidad según esquemas a veces profundamente distintos, cuando nos preguntamos sobre la legitimidad de la homosexualidad, nos podríamos preguntar la

legitimidad de la heterosexualidad, sobre su invención y sobre los discursos que la construyeron e instalaron en la realidad normativa.

Sin embargo, la mayoría de las leyes que han prohibido la homosexualidad, a lo largo de la historia demuestran que las actitudes severamente represivas jamás han logrado eliminar el problema de la homosexualidad y que, como ya hemos visto, ha existido en todas las épocas de la historia en diversas comunidades e incluso se ha aceptado en la mayoría de ellas. Por ello, nos queda claro que los homosexuales no van a desaparecer o se van a morir, la historia demuestra que no es un "mal" de nuestros tiempos sino que es una realidad que esta hoy y que va a estar mañana, una realidad que va a estar tocando la puerta de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal y de los Congresos Locales en todo el país, no va a ser hoy, pero tal vez en un futuro no muy lejano, los homosexuales tienen derechos que deben reconocérseles, la sociedad ya cambió y la inteligencia deben de ganar la partida al prejuicio.

Además debemos reconocer que la familia nuclear no es tan generalizada como suele pensarse, que las uniones entre personas del mismo sexo es una realidad irrefutable que no va a desaparecer por decreto, razonar que en la democratización de la vida social la esfera íntima de los individuos es inviolable, comprender que es tarea del Estado abrir los espacios sociales y no determinarlos con juicios a priori que no benefician a nadie. Queremos una sociedad con ciudadanos de primera y ciudadanos de segunda en función de la orientación sexual. La igualdad no admite medias tintas, y es claro que reconocer el derecho de gays y lesbianas a configurar su afinidad con plena libertad a constituirse como familias y a dotarse y utilizar todos los mecanismos jurídicos que nuestra legislación posibilita, pasa necesariamente por reconocer el derecho, de aquellos y aquellas que libremente deseen unirse.

Finalmente, la homosexualidad es, se le apruebe o no.

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

3.4. Criterios jurídicos emitidos ante la posible regulación de las uniones de hecho entre personas del mismo sexo

Uno de los argumentos en contra de dar reconocimiento a las parejas del mismo sexo, y tal vez el más recurrente, es de que nuestra sociedad aún no está lista para enfrentar una realidad como ésta; como si en realidad existiera quien pudiera decir cuales son los parámetros de lo que la sociedad puede digerir, sin importar que lo que tenemos en la mesa es una realidad cotidiana para miles de mexicanos.

Los mismo argumentos se presentan al momento de discutir leyes de esta naturaleza en diferentes países de Europa. Su experiencia demuestra que el reconocimiento legal de las parejas del mismo género no vulnera a las instituciones como el matrimonio y la familia, por el contrario, enriquece y fortalece el tejido social.

Antes de iniciar esta exposición, creo que es importante denotar la importancia que el tema tiene dentro de nuestra sociedad y en toda la del mundo occidental, dado el debate surgido en los últimos años. La proliferación de colectivos y asociaciones en pro de los homosexuales, para reivindicar unos derechos concretos de igualdad tanto legales como sociales; ponen de relieve situaciones problemáticas dentro de nuestros gobiernos de cómo hombres y mujeres no son reconocidos como tales y son discriminados por sus conductas sexuales.

Países como Holanda, Bélgica, Alemania y Dinamarca han logrado avances en el reconocimiento jurídico de las parejas del mismo sexo, permitiéndoles acceder a beneficios como el de seguridad social, vivienda, salud y a la posibilidad de restar o recibir manutención.

"La vanguardia en América Latina con relación a este tipo de leyes, está en manos de países como Colombia, Argentina, Ecuador y particularmente Brasil, donde gracias a las llamadas "uniones estables" las parejas homosexuales que demuestran estabilidad en su relación son tratadas por la seguridad social de la misma manera que un matrimonio heterosexual.

Ferrial Adam Secretaria Primera de la Embajada de Sudáfrica en los coloquios ciudadanos sobre Sociedades de convivencia expresó que el gobierno sudafricano promulgó leyes desde 1949 que prohibieron el matrimonio interracial, en 1950, se promulgó la ley de registro de la población que dividía el pueblo por razas y dividió en país territorialmente por grupos étnicos y restringía servicios a la población por su color. Esta legislación fue vigente hasta principios de la década de los noventa cuando se inició el proceso de democratización y comenzaron las

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

108

consultas para la creación de una nueva constitución que incluía la posibilidad de adopción de niños por parejas del mismo sexo.

Por su parte Joanne Doornwaard representante de la embajada de Países Bajos habló de las características de los tres marcos jurídicos (Contrato de Convivencia, matrimonio y pareja de hecho), con las que se cuenta en ese país y que están abiertas para que cualquier ciudadano holandés pueda hacer uso de cualquiera de ellas.

Guater Mignot, Primer Ministro de la Embajada de Francia, explicó que en el caso de ese país, el proceso de reconocimiento de parejas del mismo sexo fue a través de la llegada al poder en 1998 de un partido de centroizquierda que incluía esta propuesta dentro de sus estatutos de campaña. Como inicio de este proceso se presentaron tres propuestas las cuales se discutieron al interior del Parlamento Francés eligiendo la más adecuada y apoyada por la mayoría del congreso a pesar de la oposición de grupos de derecha y de la Iglesia⁶⁴.

A pesar del estatuto que reconocía el concubinato podía incluir a parejas del mismo sexo éste dejaba muchos huecos legales por lo que se dio puesta en marcha a la propuesta de contrato entre dos personas mayores de 18 años que pueden ser de diferente o del mismo sexo y que no pueden estar casadas o tener un contrato previo, no hay una ceremonia y a la firma se establece la propiedad de los bienes.

Al año se realizan alrededor de 30 mil contratos. Este cambio se ha visto al interior de la sociedad, ya que cuando se realizaron las consultas la opinión pública se dividía en porcentajes iguales a favor y en contra, actualmente el 70% de la población está a favor de las uniones entre personas del mismo sexo, además de que París se convirtió en la primer ciudad en el mundo en elegir a un alcalde abiertamente homosexual.

Esta última característica es compartida a partir del año 2001 con Alemania, ya que Berlín es la segunda ciudad con un alcalde abiertamente gay, a pesar del pasado alemán con una moderada tolerancia hacia la homosexualidad al finalizar la Primera Guerra Mundial, sufrió un revés con la persecución de los homosexuales durante el régimen nazi y la penalización de la homosexualidad hasta prácticamente entrados los años setenta.

⁶⁴En este caso Klemen Mörkkes Primer Secretario de la Embajada alemana en México, señaló que la propuesta de sociedades de convivencia fue impulsada por el Partido Verde Alemán, partido resultado de los movimientos estudiantiles de los años setentas y preocupado por la ecología y los problemas de las minorías.

En este caso, la sociedad de convivencia da prácticamente los mismos derechos que da el matrimonio, ya que es de carácter permanente y los convivientes son considerados como parientes e incluso hay opción para elegir el apellido que adoptarán. Los requisitos para

⁶⁴ COLOQUIOS CIUDADANOS POR LA SOCIEDAD DE CONVIVENCIA. Diputada Enóe Uranga. Asamblea Legislativa del Distrito Federal II Legislatura. México. Noviembre de 2001. CSDEU/BOL/002.

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

109

registrarse son ser soltero (a), mayores de 18 años, contribuir en conjunto al hogar y compartir derechos y obligaciones, además de hacer un registro de bienes, con opción a la separación de estos.

Por su parte el representante de Bélgica Frank Silkiens informó que el proyecto de las leyes de convivencia es muy similar al de Holanda⁸⁵.

Las resoluciones tomadas en cuanto a las solicitudes, en el mundo entero, para el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo, son diversas y varían de país en país, las más sobresalientes son:

- Acabar con el matrimonio como la única forma de constituir la familia y regular las relaciones de hecho diferentes de las otras e incluyendo sus efectos en otras leyes aplicables, distintas de la civil o la familiar.
- Activar reformas legales que modifiquen el criterio de sólo reconocer beneficios a las personas casadas, lo que para muchos implica un acto de discriminación para aquellas parejas de homosexuales y lesbianas, e incluso heterosexuales, que no lo estén, pero que viven como un matrimonio.
- Comenzar a establecer o reconocer jurídicamente beneficios a las parejas que cohabitan o que tienen una relación emocional estable, independientemente de que se hubiera hecho o no una regulación específica, lo que trae como consecuencia que obtengan —estén registradas o no— algunos derechos en materia de seguridad social y otros de naturaleza económica y jurídica.
- Crear un registro oficial de parejas de hecho o permitir que éstas se registren como tales, aunque fuese en forma diferente al matrimonio civil ante una autoridad estatal, obteniendo de esta manera reconocimiento social y legal, lo que les concede poder reclamar ciertos derechos de la misma naturaleza.
- Eliminar los términos "esposo y esposa", "concubinario y concubina" como parte de la especificación del matrimonio o el concubinato heterosexual para que ambas figuras puedan ser usadas tanto por homosexuales como por heterosexuales.

Entre los derechos más comunes de las parejas del mismo sexo reconocidos en algunas legislaciones en el ámbito mundial son:

- Pensión por viudez en Argentina en 1997

⁸⁵ IDEM.

- Beneficios médicos en Canadá y Argentina en 1996 y 1997-1998, respectivamente.
- Derechos de propiedad en Bélgica y Brasil en 1998.
- En Canadá derechos laborales (1996 y 1998), reconocimiento y trato legal de las parejas homosexuales semejante al matrimonio entre heterosexuales (1996), custodia de menores y adopción (1996 y 1997).
- En Estados Unidos beneficios médico (1997) y derechos hereditarios (1998).
- Derechos migratorios en Australia, Canadá, Francia, España, Colombia, Suecia, Alemania, Noruega y Países Bajos. Cabe mencionar que en los anteriores países las uniones de personas del mismo sexo tienen derechos iguales (Países Bajos) que los heterosexuales y relativamente se reconocen todos los derechos de una unión de hecho (excepto la adopción) en los demás países.

Los países del Norte de Europa como Dinamarca, Noruega y Suecia son pioneros en la introducción de esta fórmula jurídica, el número de las parejas homosexuales registradas es curiosamente muy bajo. En Dinamarca, donde fueron legalizadas en 1989, había en 1997 un total de 2000 registros. En Noruega, donde fueron introducidas en 1993, existían sólo 520. Situación, ésta, que deja claro que la homosexualidad no se incrementan con la regulación.

En Dinamarca en 1989 se estableció que las parejas del mismo sexo tienen todos los derechos reconocidos a los matrimonios compuestos por miembros de distinto sexo excepto el derecho de adoptar en aquellos casos en que el niño no tenga un vínculo sanguíneo con alguno de los miembros de la pareja. Tampoco pueden procrear familia por inseminación artificial ni hacer una ceremonia o boda oficial en las Iglesias existentes en el Estado. Para reconocer el registro de la pareja se requiere que por lo menos uno de los miembros sea danés.

En Noruega y Suecia en 1993 y 1995, respectivamente, se retomaron las disposiciones establecidas por la ley danesa. En Hungría en 1996 se estableció que las parejas del mismo sexo tienen prácticamente los mismos derechos que las parejas de heterosexuales, excepto el derecho de adopción.

Los Países Bajos en 1998 retomaron la legislación creada por Dinamarca, estableciendo como limitación el derecho de adoptar niños que no tuvieran un vínculo de

sangre con uno de los padres. En Holanda durante los primeros catorce meses de la promulgación de la ley, se realizaron 3.211 inscripciones en el registro de parejas homosexuales.

Sin embargo, y pese a los derechos ya reconocidos a las uniones homosexuales por el Gobierno holandés, a partir del 01 de abril de 2001 Holanda es el primer país en legalizar matrimonios entre homosexuales.

Las parejas homosexuales pueden ahora adoptar niños cuando tengan más de tres años de vida en común. La ley elimina también ambigüedades sobre herencia, derechos de pensión, impuestos y divorcio. La ley excluye la adopción de niños extranjeros para evitar la confrontación con naciones menos liberales.

Con ello Holanda se convierte en el segundo país del mundo, después de Camboya y el primero en occidente, en legalizar el matrimonio civil entre personas del mismo sexo ya que desde hace años los Países Bajos adoptaron una posición de vanguardia en lo que respecta a la igualdad de derechos para homosexuales.

La entrada en vigor de la ley que pondrá boca a bajo la actual estructura sobre la que se asienta la sociedad humana: el concepto tradicional de la familia formada por un hombre, una mujer y los hijos. Este concepto puede ser ampliado con otras dos formas de unión, oficialmente consagradas por el Estado: hombre-hombre y mujer-mujer y se estima que más del 85% de la población holandesa no ve problema alguno en este tipo de uniones.

Una insólita resolución aprobada por el Parlamento Europeo ha recomendado a los países miembros de la Unión, en el artículo 54 del Informe Anual sobre Derechos Humanos, que adecuen sus legislaciones para que se dé un reconocimiento jurídico a las parejas de hecho, incluidas las del mismo sexo. En el artículo se pide reconocer legalmente la convivencia fuera del matrimonio, independientemente del sexo y realizar rápidos progresos en el ámbito del reconocimiento recíproco de las diversas formas de convivencia legal con carácter no conyugal, y de los matrimonios legales entre personas del mismo sexo existentes en la Unión Europea. La medida no tiene fuerza legislativa, pero sí influencia política.

En el caso de Francia la Asamblea aprobó el 13 de octubre de 1999 la inclusión al Código Civil el Pacto Civil de Solidaridad (PACS), el cual se define como un contrato celebrado entre dos personas físicas mayores de edad, de igual o diferentes sexo, para organizar su vida en común. Este pacto garantiza a los firmantes, el derecho de salud, vivienda, herencia, inmigración, seguridad social, así como beneficios fiscales.

El Pacto Civil de Solidaridad tiene como objetivo regularizar la relación de muchas personas que han optado por no contraer matrimonio y vivir como pareja en lo que se conoce como uniones de hecho, sea que se trate del caso de heterosexuales (concubinato) o de homosexuales o lesbianas.

El Pacto reconoce legalmente las relaciones de hecho tanto homosexuales como heterosexuales y les concede efectos jurídicos, que podrían ser beneficios ante las autoridades de hacienda -estarían en posibilidades de presentar una declaración de impuestos conjunta-, como los beneficios de la seguridad social como la pensión por viudez, los beneficios en cuanto a los contratos civiles de arrendamiento, así como el reconocimiento de la responsabilidad solidaria de los miembros de la pareja sobre las deudas hechas durante la existencia de la relación. Pero las uniones de hecho, materia del Pacto, no cuentan con el derecho de adopción.

Al Pacto Civil de Solidaridad (PACS), que reconoce las parejas de hecho, recurren unas mil personas a la semana, los hechos desmienten esta afirmación: se calcula que el 70% de las personas que han recurrido a él son homosexuales, y el 30% restante heterosexuales.

Al igual que lo que ocurre en países como Holanda, Suecia o Dinamarca, el Gobierno de Lionel Jospin quería darle un estatuto a las poco más de cinco millones de personas que viven fuera de los lazos tradicionales del matrimonio. Al hacerlo, las autoridades no podían dejar de lado a las parejas homosexuales. Según el proyecto, cualquier pareja puede optar por sus beneficios. Las personas unidas por el contrato fijan libremente las modalidades de su vida en común. En caso de ruptura del PACS, basta que la pareja informe al juez y el contrato queda sin efecto. Salvo disposiciones contrarias, los bienes comprados por la pareja luego de la firma del PACS pertenecen por

ley a cada uno, es decir, mitad y mitad. En el campo de la vivienda, el pacto ofrece posibilidades que antes no existían: si uno de los miembros de la pareja fallece o abandona el domicilio, la otra persona podrá conservar la casa. También se regulan los derechos de sucesión.

En el caso de España, se han aprobado diversas leyes en distintas provincias éstas son: la Ley 10/1998 del 15 de julio, de uniones estables de pareja, en Cataluña; la Ley 6/1999 del 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas de Aragón; la Ley Foral 6/2000 del 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables de Navarra; en Valencia la Ley 1/2001 del 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho; la Ley 11/2001 del 19 de diciembre, de uniones de hecho de la Comunidad de Madrid., y la Ley 18/2001 del 19 de diciembre, de parejas estables en Balear.

En Cataluña y en Aragón se reconocen derecho similares a los de la legislación francesa. Estas leyes fueron los primeros textos en el Estado y en todo el Mediterráneo que reconocieron derechos a las parejas no casadas, tanto heterosexuales como homosexuales. Según la ley de Cataluña las uniones de parejas homosexuales son las formadas por personas del mismo sexo que conviven maritalmente y manifiestan su voluntad de acogerse conforme a las disposiciones de la ley. La ley de Aragón considera que hay parejas estables no casadas, sean heterosexuales u homosexuales, cuando se haya producido la convivencia marital durante un período ininterrumpido de dos años, como mínimo, o se haya manifestado la voluntad de constituirla mediante escritura pública.

Algunos de los beneficios y derechos que contemplan para las parejas de gays y de lesbianas son:

- Que se define una figura de derecho que se llama "unión estable homosexual" y que se define como *"unión estable de pareja formada por personas del mismo sexo que conviven maritalmente"* y que manifiestan su deseo de acogerse a la regulación de la Ley.
- En caso de que uno de los miembros de la pareja sea declarado incapaz, el conviviente ocupa el primer lugar en el orden de preferencia para tutelar a la persona con la que ha compartido su vida.

- En caso de fallecimiento del compañero (a), el conviviente queda con la propiedad de los muebles, el menaje del hogar, utensilios, etc. (excluidos objetos de valor artístico o histórico y joyas), superándose así situaciones dolorosísimas que llevaban a que tras la muerte, la familia del fallecido dejaba sin nada al compañero (a).
- Se tiene derecho a la herencia intestada, el derecho a recibir 1/4 de la herencia del compañero fallecido, en caso de que muera sin hacer testamento, cosa que no se permite a las parejas de distinto sexo. Esta diferencia la explican los legisladores debido a que las parejas heterosexuales tienen la posibilidad de casarse, posibilidad no disponible para las parejas homosexuales.
- El miembro de la pareja homosexual que haya quedado en una situación de desigualdad económica tras la ruptura tiene derecho a pensión periódica, pagada por el otro miembro, durante algún tiempo, para poder rehacer su vida.

El beneficio de adoptar es únicamente para de las uniones heterosexuales y vetado a las del mismo sexo.

En Navarra la legislación proporciona una mayor la cobertura legal a las parejas homosexuales para adoptar, siendo así la única norma que lo permite (junto con la holandesa). La legislación en Madrid y Valencia engloban las parejas heterosexuales y homosexuales igual que las anteriores legislaciones del país, así otorga los mismo derechos que da el matrimonio. Por último, la legislación en Balear, se aproxima más al Pacto de solidaridad francés que a los modelos jurídicos españoles.

El Parlamento finlandés legalizó las uniones de homosexuales, mediante la adopción de una ley que les concede derechos muy similares a los matrimonios heterosexuales el 28 Septiembre 2001. Las parejas homosexuales "tienen una vida común legal", por lo que podrán tener derecho a herencia y a diversos beneficios fiscales. Asimismo, podrán visitarse en el hospital, un derecho que hasta ahora estaba reservado a los matrimonios. No obstante, la nueva ley no permite a las parejas homosexuales adoptar hijos o utilizar el mismo apellido.

En los Estados Unidos la Cámara de Representantes de Vermont aprobó la unión de homosexuales mediante una ley que permite a los homosexuales formar "uniones civiles" que implican buena parte de los derechos y deberes propios del matrimonio. Así,

las parejas de homosexuales que formen uniones civiles podrían tener derecho a unos 300 beneficios o privilegios estatales que son igual a los matrimonios en aspectos como los de la herencia, la transferencia de propiedad, decisiones médicas, seguros e impuestos. Según el proyecto, podrían presentar conjuntamente, por ejemplo, la declaración de la renta.

La ley, sin embargo, no ofrecerá a las parejas homosexuales algunas de las ventajas propias del matrimonio, como son los derechos de inmigración en caso de que uno de los dos interesados sea extranjero, ayudas en materia de seguridad social o de impuestos federales.

Según el proyecto legislativo de Vermont las parejas de homosexuales certificarán su unión ante el Ayuntamiento, un juez o un ministro de culto religioso. Quienes se hayan registrado tendrán que asumir también algunos compromisos. Para separarse tendrán que pedir una especie de divorcio o disolución ante un tribunal familiar. Asimismo asumirán las deudas del compañero o compañera, como sucede en el caso de las parejas casadas.

La nueva ley responde a una decisión de la corte suprema de Vermont en la cual los jueces exigieron que las parejas del mismo sexo debían contar con los mismos derechos que los matrimonios heterosexuales. Los beneficios sólo son válidos para las parejas que viven en Vermont.

En la ciudad de New York, los residentes locales que viajen fuera del estado para casarse tendrán sus derechos reconocidos en la ciudad. Lo mismo que ocurrirá con cualquier pareja que se haya legalizado en cualquier jurisdicción y que se mude o visite New York. Afecta por ejemplo a los derechos de visita en hospitales, si uno de los dos es ingresado, su pareja podrá ejercer como cónyuge con todos los derechos.

En otra cuestión, el Tribunal Supremo de Canadá consideró que las leyes de Ontario violaban los derechos de los homosexuales a recibir el mismo trato que las parejas heterosexuales de la provincia, un derecho recogido en la Constitución canadiense, por lo que decidió recurrir a los Tribunales. A pesar de referirse sólo a Ontario, esta resolución puede tener repercusiones en otras provincias del país.

La provincia de Columbia Británica es la única que, a iniciativa propia, modificó su legislación sobre este asunto. El resto de las provincias canadienses podrían verse forzadas a hacer lo mismo próximamente, para evitar que los grupos defensores de los derechos de los homosexuales invadan los Tribunales con demandas judiciales en las que tienen todas las de ganar tras el pronunciamiento del Supremo.

En Québec los legisladores aprobaron un proyecto de ley que permite las uniones civiles entre parejas del mismo sexo y aprueba la adopción de hijos a los gays y lesbianas de ese Estado. Los miembros de una unión homosexual, la cual es considerada distinta al matrimonio, podrán disfrutar de la mayoría de los beneficios de las parejas casadas, como los relacionados con el seguro médico, los impuestos y las garantías de derechos después de la muerte o el divorcio.

Las parejas de Québec que opten por la unión podrán divorciarse mediante la firma de un acuerdo ante un notario público, siempre y cuando no haya niños involucrados, lo cual es un gran avance cultural si se considera que los matrimonios tradicionales todavía deben recurrir a un tribunal para anular su unión.

Finalmente, en México, la ya mencionada, Iniciativa de ley Sociedades de Convivencia fue presentada ante la Asamblea Legislativa del Distrito Federal el 4 de julio del 2002,

CAPÍTULO 4.
PROPUESTA PARA REGULAR LAS UNIONES DE HECHO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO.

Las uniones de hecho entre personas del mismo sexo no encuentran un marco jurídico en nuestra legislación positiva mexicana vigente, pues los requisitos que para las uniones de hecho constituyan concubinato, son diferentes.

El principal impedimento para que las uniones de hecho entre personas del mismo sexo sean consideradas concubinatos, se encuentra en el requisito de heterosexualidad que se exige para este último y, aunque los requisitos de procreación y de relaciones sexuales no son necesarios para constituirlo, si es necesario que lo constituyan un hombre y una mujer.

Por ello, creemos que resulta inminente y necesaria la creación de un marco jurídico en el que se puedan encuadrar dichas uniones de personas con una preferencia u orientación sexual diferente, es decir, homosexuales que sienten atracción por el mismo sexo, pues, como se determinó en el capítulo segundo, mientras no se determine el origen cierto de la homosexualidad las personas no puede permanecer fuera del ámbito jurídico, cuando por la naturaleza de sus uniones existen consecuencias de derecho, y mucho menos se puede pensar en una cura o en una sanción, más bien debe de orientarse de manera correcta la sexualidad y permitir que quien es verdaderamente homosexual tome la determinación de unir su vida a la de otra persona de su mismo sexo asumiendo obligaciones que se deriven de esa relación y, también los derechos, pues los verdaderos homosexuales serán los únicos que elijan esta opción y no aquellos que han convertido la homosexualidad en una moda.

Una legislación respecto a las uniones de personas del mismo sexo obligaría a tomar con responsabilidad la sexualidad de las personas, que para el derecho ya constituye una garantía de libertad sexual.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Un contrato que se incluya en el libro de las personas, con características que afecten y regulen la vida en común de dos personas físicas de igual o diferentes sexo y que otorguen ciertas características a éstas uniones de hecho como son la monogamia, la estabilidad, la permanencia, la convivencia en común, que ambos convivientes permanezcan libres de matrimonio, concubinato u otro contrato de convivencia; pero, sin que por ello tengan que incurrir en el terreno de la adopción, pues es obvio que si la naturaleza, en cuanto a biología se refiere, solamente otorga la capacidad procreativa a hombres y mujeres ese derecho deberá seguir reservado sólo para el matrimonio y el concubinato. Así, el Estado debe ofrecer seguridad jurídica a los particulares, y nuestra propuesta es lo que pretende, reformar la legislación para garantizar seguridad jurídica a una minoría de la población.

Resulta reiterativo, pero necesario mencionar, que las personas homosexuales (gays y lesbianas) que deciden unirse en pareja con una persona de su mismo sexo se encuentran fuera del derecho por un hecho ajeno a su voluntad, no propiamente porque ellos quieran estar fuera del marco jurídico, como sucede en el concubinato, es precisamente por la falta de una legislación.

Así, pese a que las uniones de hecho entre personas del mismo sexo pueden ser discutidas, nuestra valoración propone que se cree un "quasi-status" de conviviente, semejante al de casado.

4.1. Las uniones de hecho entre personas del mismo sexo como un contrato

Basados en la teoría que encuentra que la naturaleza jurídica del matrimonio no es la de ser un contrato ordinario, esto por la ausencia de autonomía en la voluntad de las partes en cuanto a sus efectos, disolución, consecuencias y modificación de los fines en el matrimonio, sino la de ser una institución, nuestra propuesta consiste en regular las uniones de hecho, que en la actualidad existen entre personas del mismo sexo, como un contrato de convivencia celebrado entre dos personas físicas mayores de edad, de igual o diverso sexo, para organizar su vida en común.

Con esta tesis pretendemos justificar que al celebrarse un contrato entre dos personas del mismo sexo para regular su vida en común el objeto del mismo es lícito, posible, que está dentro del comercio y que no va en contra de la moral y las buenas costumbres. No pretendemos entrar a un análisis de la naturaleza, requisitos y formalidades que se exigen para el matrimonio, por no ser esta la materia de la presente tesis, simplemente agregamos que las uniones de hecho entre personas del mismo sexo deben de regularse y, que no por ello deben encuadrarse en el marco jurídico de la institución matrimonial, sino debe y puede dotárseles de una normatividad propia.

El contrato de convivencia establecerá a la vez una situación jurídica permanente que registrará la vida de los convivientes y, será mediante un acto jurídico mixto desde el momento de su celebración, debido a que se constituirá no sólo por el consentimiento de los convivientes, sino también por la intervención que tenga la autoridad correspondiente. El contrato será inscrito en el libro de las personas ya que pretende regular los efectos jurídicos de vida en común de las mismas y sus bienes, más no ampliar su sus derechos contractuales.

Consideramos que el contrato de convivencia, como cualquier contrato u acto jurídico, según la teoría general del acto jurídico, tiene que cumplir con los elementos esenciales y de validez, por ello, entramos al análisis de los mismos; pero no sin antes agregar que el principal punto de debate se halla en los elementos esenciales de objeto y consentimiento, así como en los elementos de validez de objeto, fin o motivo lícito y forma, por lo que abundaremos a mayor detalle en éstos, por requerir una mayor justificación.

a) Elementos de existencia.

El artículo 1794 del Código Civil para el Distrito Federal dispone que "para la existencia del contrato se requiere consentimiento y objeto que pueda ser materia del contrato", sin embargo existen contratos y actos jurídicos que requieren de un elemento más: la solemnidad, como es el caso del contrato que proponemos.

1. Consentimiento.

"Artículo 1796 del Código Civil para el Distrito Federal. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley."

En el caso del Contrato Solidaridad por convivencia que proponemos el consentimiento atiende a la manifestación de la voluntad de ambos convivientes, que requiere una declaración conjunta de las partes ante una autoridad gubernamental, en este caso sería, como se ha manifestado en la Iniciativa de Ley Sociedades de Convivencia, la Dirección General Jurídica y de Gobierno del Órgano-Administrativo Político que corresponda. En tal supuesto, los convivientes deben manifestar su voluntad de llevar una vida en común para formar el consentimiento y, la voluntad del Estado, para declarar legal dicha convivencia, se manifestará a través del encargado de la Dirección General Jurídica y de Gobierno del Órgano Político correspondiente.

2. Objeto.

Consideramos objeto directo del contrato de convivencia el crear y transmitir derechos y obligaciones entre los convivientes y, objeto indirecto que la celebración del mismo imponga a los convivientes la obligación de la vida en común, la ayuda recíproca, el auxilio espiritual y la fidelidad mutua, es decir, debe existir la prestación de un hecho.

El artículo 1825 del Código Civil para el Distrito Federal, establece que:

"La cosa objeto del contrato debe: 1. Existir en la naturaleza. 2. Ser determinada o determinable en cuanto a su especie. 3. Estar en el comercio".

En un primer acercamiento encontramos que el objeto debe de existir en la naturaleza o que no existiendo pueda llegar a existir para que pueda ser materia de un contrato. Según el análisis realizado en las páginas anteriores ha quedado demostrado que las personas homosexuales manifiestan con mayor libertad sus preferencias sexuales distintas y que las uniones de hecho entre personas del mismo sexo se dan cada día con más frecuencia y que son hoy una realidad, por lo que el crear o transmitir derechos y obligaciones derivados de la convivencia de dos personas aún cuando estas pertenezcan

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

121

a un mismo sexo es un hecho que existe, si se toma en cuenta el apoyo, la ayuda mutua, tanto material como espiritual, y, en general, las vida en común que deciden llevar dos personas físicas.

En cuanto a que el objeto debe ser determinado o determinable, las prestaciones a que cada uno de los convivientes se obliguen y los derechos que de esta unión se generen como son la obligación de dar alimentos, el derecho del conviviente supérstite a participar en la sucesión legítima, el derecho del cónyuge capaz para ser tutor de aquél que ha quedado incapacitado, pero sobre todo la obligación de ambos convivientes para llevar una vida en común, llena de apoyo material y espiritual, respeto, fidelidad y ayuda mutua, más aquellas obligaciones y derechos que deseen pactar y que no queden establecidos por la ley que pretendemos reformar. De tal forma queda claro que las prestaciones si se pueden determinar.

Por último, el objeto debe estar dentro del comercio, al respecto el artículo 748 del Código en cita determina que:

"Las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley".

Y el artículo 749 del mismo dice:

"Están fuera del comercio por su naturaleza las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la ley, las que ella declara irreducibles a propiedad particular".

Al hablar de comercio el Código Civil no se refiere a la aptitud de compra o venta que puedan tener los objetos, se refiere a la aptitud que tienen las cosas para ser objeto de un contrato por no impedírselo ni su naturaleza ni la ley, como preceptúa el artículo 748 citado. Al respecto consideramos que sólo las cosas que no puedan ser poseídas exclusivamente por un ser humano como el aire, el agua, el mar, etc., y aquellas que la ley declare como susceptibles de propiedad particular, como los bienes del dominio público, no pueden ser objeto de un contrato. Así, entendemos que el objeto de un contrato que regule la vida en común de dos personas del mismo sexo, más no la relaciones sexuales de los convivientes, tiene un objeto que está dentro del comercio debido a que no se refiere a prestaciones, derechos y obligaciones puedan ser poseídas por una sola persona, es decir, su naturaleza lo permite, además de que no existe ley

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

122

alguna que prohíba puedan adquirir obligaciones y otorgárseles derechos las uniones entre personas del mismo sexo, y de existir ésta última sería violatoria de los artículos 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2º y 16 del Código Civil para el Distrito Federal.

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

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

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

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

Artículo 16 del Código Civil para el Distrito Federal. Los habitantes del Distrito Federal tienen obligación de ejercer sus actividades y de usar y disponer de sus bienes en forma que no perjudique a la colectividad, bajo las sanciones establecidas en este Código y en las leyes relativas".

Como prestación de un hecho, encontramos que el Código Civil para el Distrito Federal preceptúa:

" Artículo 1827. El hecho positivo o negativo, objeto del contrato, debe ser:
I.- Posible;
II.- Lícito.

Artículo 1828. Es imposible el hecho que no puede existir porque es incompatible con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización".

Justificamos la posibilidad jurídica en el hecho de que no existe precepto jurídico, en la legislación local y en la legislación federal aplicable en el Distrito Federal, expresamente en contra de la unión entre dos personas de igual sexo ni alguna que impida expresamente la regulación de dichas uniones como un contrato de solidaridad por convivencia, y la posibilidad física se explica considerando que el contrato que proponemos no se basa en el débito carnal de los convivientes, simplemente tratamos de regular su vida en común y su patrimonio.

Estamos consientes de la definición que el Código Civil para el Distrito Federal da respecto al matrimonio, asimismo entendemos la postura de aquellas personas que pretenden justificar lo natural en la capacidad de procreación.

3. Solemnidad.

"Artículo 1796 del Código Civil para el Distrito Federal. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley."

En éste caso, la solemnidad consistiría en la comparecencia que de los convivientes, al exteriorizar su voluntad, ante la Dirección General Jurídica y de Gobierno del Órgano Político-Administrativo que corresponda al domicilio de los convivientes.

Aclaremos que, según los siguientes artículos de la Ley de la Administración Pública del Distrito Federal, la Administración Pública del Distrito Federal puede crear un órgano ante quien se celebre y registré el contrato de convivencia:

"Artículo 36. Para un eficiente, ágil y oportuno estudio, planeación y despacho de los asuntos competencia de la Administración Pública Centralizada del Distrito Federal, se podrán crear órganos desconcentrados en los términos del artículo 2o. de esta Ley, mismos que estarán jerárquicamente subordinados al Jefe de Gobierno o a la dependencia que éste determine y que tendrán las facultades específicas que establezcan los instrumentos jurídicos de su creación.

En el establecimiento y la organización de los órganos desconcentrados, se deberán atender los principios de simplificación, transparencia, racionalidad, funcionalidad, eficacia y coordinación".

"Artículo 38. Los titulares de los Órganos Político-Administrativo de cada demarcación territorial serán elegidos en forma universal, libre, secreta y directa en los términos establecidos en la legislación aplicable y se auxiliarán para el despacho de los asuntos de su competencia de los Directores Generales, Directores de Área, Subdirectores y Jefes de Unidad Departamental, que establezca el Reglamento Interior."

Asimismo, para que el contrato de convivencia surta efectos frente a terceros será inscrito ante esa misma autoridad.

b) Elementos de validez

"Artículo 1795 del Código Civil Para el Distrito Federal. El contrato puede ser invalidado:
I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas;

- II. Por vicios del consentimiento;
- III. Porque su objeto, o su motivo o fin sea ilícito;
- IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece".

Interpretando en sentido contrario el artículo anterior, estudiamos los elementos de validez que, en general, requieren los contratos y su aplicación en el caso particular que proponemos.

1. Capacidad jurídica

"Artículo 450. Código Civil Para el Distrito Federal. Tienen incapacidad natural y legal:

I. Los menores de edad;

II.- Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla".

Citamos el anterior artículo, porque nos referimos a la capacidad de goce, pues consideramos que para que los convivientes puedan celebrar el contrato de convivencia que proponemos no deben tener incapacidad natural o legal, esto es, las personas que pretendan contratar deben ser mayores de edad (de 18 años) y no deben estar afectados por una enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla, de tal forma que según los términos del artículo 1798 del código en cita serán hábiles para contratar por no estar exceptuadas por la ley.

2. Ausencia de vicios en el consentimiento.

"Artículo 1812. El consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo".

Al respecto consideramos vicios en el consentimiento aquellos que son comunes a los contratos, y que la teoría de los contratos señala: el error de hecho o de derecho, el dolo, la mala fe, la violencia, la reticencia y la lesión y que son aplicables de igual forma al presente contrato.

"Artículo 17. Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro; obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él

por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios.

El derecho concedido en este artículo dura un año.

Artículo 1813. El error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa.

Artículo 1814. El error de cálculo sólo da lugar a que se rectifique.

Artículo 1815. Se entiende por dolo en los contratos, cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; y por mala fe, la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido.

Artículo 1816. El dolo o mala fe de una de las partes y el dolo que proviene de un tercero, sabiéndolo aquélla, anulan el contrato si ha sido la causa determinante de este acto jurídico.

Artículo 1817. Si ambas partes proceden con dolo ninguna de ellas puede alegar la nulidad del acto o reclamarse indemnizaciones.

Artículo 1818. Es nulo el contrato celebrado por violencia, ya provenga ésta de alguno de los contratantes, ya de un tercero, interesado o no en el contrato.

Artículo 1819. Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado.

Artículo 1820. El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento.

Artículo 1823. Si habiendo cesado la violencia o siendo conocido el dolo, el que sufrió la violencia o padeció el engaño ratifica el contrato, no puede en lo sucesivo reclamar por semejantes vicios*.

3. Objeto motivo o fin lícito.

*Artículo 1830. Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

Artículo 1831. El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan, tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres*.

De los anteriores artículos se desprende que el objeto de un contrato es lícito si está conforme a las leyes de orden público y a las buenas costumbres. El contrato de convivencia que proponemos es lícito en canto al objeto debido a que jurídicamente no existe una norma o precepto legal en contra o que prohíba las uniones entre personas del mismo sexo, por el contrario existen disposiciones a favor, como las ya mencionadas en el capítulo tercero de la presente tesis.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En cuanto a las buenas costumbres el Doctor ERNESTO GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ se refiere a ellas como las que derivan de la moral media que en determinado pueblo y en determinado tiempo rigen y, propone el siguiente concepto:

"Son el conjunto de hábitos, prácticas o inclinaciones observadas por un grupo humano en un lugar y en un momento determinados y, a las cuales, deberá atender el juzgador para sancionar o no, un acto como ilícito"⁸⁶.

Lo que ayer era moralmente rechazado hoy es aceptado. De igual forma, la homosexualidad que a través de los tiempos ha sido censurada y atacada, sobre todo por la iglesia, hoy es aceptada por un gran número no sólo de la población mexicana, sino del mundo entero y, por lo menos, una vez al día nos encontramos a un homosexual en la calle (a veces más), ellos han salido del "closet" y los vemos en la tele, en revistas, periódicos y los oímos en la radio.

Somos abogados jóvenes a los que nos toca ya lidiar con una realidad social que no tiene el trasfondo "antinatural" que en otros tiempos se creyó, es físicamente posible enamorarse de alguien del mismo sexo y moralmente aceptado cada día más, pues la ciencia y la tecnología avanza y el tabú se cae -los mitos de la sexualidad y la homosexualidad. Son los homosexuales quienes no han escogido ser como son, pero son y están aquí. Los nuevos abogados, aquellos que crecemos a la par de la nueva moral, creemos que los homosexuales tienen derechos y es a nosotros a quienes toca cambiar el sistema jurídico para reconocérselos, independientemente de que hayan o no elegido ser homosexuales, como prueba de ellos citamos las reformas que se han realizado a los ya citados artículos 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el 14 de agosto del 2001, y 2º del Código Civil para el Distrito Federal, el 5 de mayo del 2000.

Se habla mucho de ellos pero poco se hace, están ahí han existido y existirán siempre dentro de todas nuestras culturas.

"En conclusión, el determinar que un hecho o una abstención que constituyen el objeto de un contrato, son ilícitos por ir en contra de las buenas costumbres, quedará sujeto a un recto criterio judicial, que variará de pueblo a pueblo y de época a época, y aún de región en región de un mismo país"⁸⁷.

⁸⁶GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. Derecho de las obligaciones. 9ª. Edición. Editorial Porrúa, México 1993. Pp. 320-321.

⁸⁷ IBIDEM, pág. 323

Así, resulta imposible definir lo natural por los efectos de la procreación. Por ello, proponemos, no sólo una figura diferente al del matrimonio, un contrato de convivencia fundamentado en un verdadero análisis jurídico de la situación de los homosexuales ante en derecho, desasida de todas las falsas morales, prejuicios que, en los tiempos en que nos ha tocado vivir a los abogados de las nuevas generaciones, ya no son aplicables. La sociedad, que no esta estática, evoluciona y, por tanto, el derecho debe evolucionar también, para atender a las nuevas necesidades y realidades que en ésta se presentan.

En cuanto al motivo o fin el Doctor GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, considera que:

"El motivo o fin, es la razón contingente, subjetiva, y por lo mismo, variable de individuo a individuo, que lo induce a la celebración del acto jurídico"⁶⁹.

En este caso la ley tomará en cuenta la finalidad que se persigue con la conducta a realizar, es decir, el contrato de sociedad de convivencia se celebrará, como es el objeto, para que los contratantes regulen su vida en común, así como sus bienes, pero la licitud del fin o motivo dependerá de las partes.

4. Forma.

"Artículo 1832. En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley.

Artículo 1833. Cuando la ley exija determinada forma para un contrato, mientras que éste no revista esa forma no será válido, salvo disposición en contrario; pero si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se dé al contrato la forma legal".

Proponemos que el contrato de convivencia sea un contrato solemne, que requiera una declaración conjunta de las partes ante la Dirección General Jurídica y de Gobierno del Órgano Político-Administrativo, y cuya oposición a terceros se subordina a su inscripción en el mismo órgano.

⁶⁹ IDEM

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Asimismo, que para su validez, el contrato se haga por escrito y que contenga los requisitos de mayoría de edad de ambos contratantes, el consentimiento expreso de las partes, así como sus nombres, apellidos, edad, ocupación, ausencia de impedimentos legales para celebrar el contrato de convivencia, la manera de regular los bienes de ambos contratantes, presentes y los que se adquieran durante la convivencia, las firmas de los contratantes, la firma del encargado que corresponda en la Dirección General Jurídica y de Gobierno del Órgano Político-Administrativo y las firmas de dos testigos mayores de edad.

Al contrato se acompañaran las actas de nacimiento de los contratantes, para efecto de verificar la mayoría de edad de los contratantes y comprobante de domicilio, debido a que la convivencia surtirá sus efectos sólo en el Distrito Federal y aplicará sólo para los residentes en él.

c) Efectos del contrato de convivencia

El contrato que proponemos surtirá sus efectos en el ámbito del Derecho Privado, en cuanto a que las partes ligadas por este contrato se aportarán ayuda mutua y material, asimismo, responderán solidariamente frente a los gastos relativos a la vivienda común y, a falta de estipulación en contrario, se presumirá que los bienes, muebles o inmuebles, adquiridos por cualquiera de los convivientes con posterioridad a la celebración del contrato de convivencia, pertenecen a ambos, en los términos de la copropiedad.

En cuanto a los efectos del contrato en el ámbito del Derecho Público a la celebración del mismo los convivientes obtendrán beneficios en materia de sucesión legítima, alimentos y tutela. Por ello, analizamos otros aspectos que, no son propiamente materia de la presente tesis, pero que se refieren a aspectos que nos resultan de vital importancia para fundamentar las posibles reformas al Código Civil para el Distrito Federal, nos referimos a continuación a la familia, la sucesión legítima, los alimentos y la tutela legítima.

1. Sucesión.

En cuanto al fundamento del derecho de sucesión intestada que tienen las personas que deciden unirse con otra persona de su mismo sexo para formar una vida en común citamos al catedrático BAQUEIRO ROJAS:

"Entre los fundamentos del derecho sucesorio se tienen varias tendencias:

1. Este derecho encuentra su justificación en la característica de perpetuidad del derecho de propiedad, ya que a la muerte de una persona el derecho se halla en la disyuntiva de disponer lo conducente al patrimonio del muerto, a fin de que el patrimonio privado no quede desprovisto de su titular. Para ello, es de vital importancia saber que destino debe darse, al faltar el titular del patrimonio, a sus derechos reales, derechos de crédito, obligaciones, etc. Tres son las posibilidades teóricas:

Reconocer que los bienes ya no tienen propietario y, por lo tanto, son res nullius abiertos a que cualquiera pueda apoderarse de ellos.

Declararlos bienes del Estado.

Conceder al titular la posibilidad de disponer de sus bienes después de la muerte, prolongando su voluntad más allá de su propia existencia.

Aunque teóricamente la tercera de las posibilidades es la más débil, ha sido la que ha prevalecido en los sistemas jurídicos occidentales. El derecho a disponer de los bienes después de la muerte del titular, ya por voluntad expresa, ya por voluntad presunta, ha inspirado la tradición de nuestro sistema jurídico desde sus inicios.

El fundamento teórico en el que se ha apoyado esta tendencia se basa especialmente en dos conceptos:

En el concepto de propiedad de origen romano, el cual considera que la propiedad es un derecho perpetuo.

En la facultad de la voluntad del titular, ya que si en vida puede disponer libremente de sus bienes también puede hacerlo en lo futuro, surtiendo efectos esta disposición aun cuando él hubiera fallecido.

Ambos conceptos son la base de la sucesión testamentaria y, corolario de ella, es en la sucesión intestada que, al no existir testamento, se presume la voluntad del difunto, suponiendo que en relación con la cercanía del parentesco se genera una mayor afinidad afectiva y que, de haber hecho testamento el titular, hubiera designado a determinadas personas como sus herederos. De aquí se infiere, como sustento de la sucesión, el principio de que los parientes cercanos excluyen a los más lejanos.

2. Consideraciones de tipo afectivo, sociológico y aún económico esbozan una concepción personalista de la riqueza y se han esgrimido para apoyar al sistema sucesorio. Así se dice:

Que el padre trabaja en vida para asegurar la asistencia de sus descendientes, y que sería ilógico que después de su muerte no se preocupara por ellos.

Que las fortunas, aunque aparecen a nombre del padre, siempre implican en su creación la participación de los demás miembros de la familia, que de alguna manera cooperan, constituyendo sistemas de propiedad familiar más o menos acentuados, ya sea por el trabajo de los miembros o mediante la acumulación de los bienes adquiridos de los antecesores.

3. También se pretende fundamentar el derecho sucesorio sobre algunas otras especulaciones. Por ejemplo, se cuestiona si los hombres trabajarían o ahorrarían de igual manera sabiendo que a su muerte sus bienes no pertenecerían a sus seres queridos⁹⁹.

⁹⁹ BAQUEIRO ROJAS, Edgard y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía, Op. Cit. Pp. 252 y 254



De los anterior se infiere que la sucesión intestada se basa en una presunción de la voluntad del muerto y son las relaciones afectivas las que determinan esa presunción de que los miembros de la familia contribuyen de alguna u otra manera a construir el patrimonio del muerto.

Ahora bien, si tratamos de referir lo anterior a nuestro tema en estudio encontramos, en primer lugar, que si bien es cierto y atinado que la sucesión intestada se basa en una presunción de la voluntad del muerto suponiendo que la cercanía de parentesco genera una mayor afinidad afectiva, también es cierto que cuando se trata de personas con preferencias sexuales distintas u homosexuales resulta difícil creer que son los padres, hermanos, abuelos y tíos con quienes se desarrolla una mayor cercanía afectiva, pues en muchas ocasiones el rechazo es evidente, y aunque no fuera así, resulta palpable que la presunción de la voluntad del muerto no debe excluir a la persona con quien convivió y seguramente tenía una relación afectiva más estrecha y más afin, que para el derecho como para la sociedad debería ser considerada como cualquiera de los parentescos ya mencionados e incluso en determinadas circunstancias de rechazo, desinterés por la persona del homosexual, etc., debería de ser excluyente de dichos parentescos.

En cuanto a la ayuda o participación de la familia en la construcción del patrimonio de la persona muerta, se abre la interrogante de que si existe una verdadera ayuda para construir un patrimonio de una familia que siempre rechazó al homosexual y que tanto apoyo ha recibido de su pareja para constituirlo. En este punto no pretendemos que los padres, abuelos, hermanos, etc., puedan no verse beneficiados por una parte alícuota de los bienes del difunto, solamente pretendemos que la persona con que contribuyó y convivió con el homosexual muerto pueda verse beneficiada con una parte del patrimonio que contribuyó a formar, aunque no necesariamente con una aportación económica, también con el auxilio moral y emocional hacia el muerto quien trabajó para procurar la subsistencia de ambos convivientes.

Así, el conviviente homosexual supérstite debería ser considerado dentro de la sucesión legítima, por haber sido la voluntad del muerto compartir su vida con la de su conviviente, precisamente por una situación afectiva.

2. Tutela

En cuanto a la tutela cabe mencionar que el objeto principal de la misma es la guardia, cuidado y representación interna en casos especiales, en este caso, de los mayores de edad incapacitados natural y legalmente.

Al igual que en la sucesión legítima, la tutela legítima tiene su fundamento en el principio de que los parientes cercanos excluyen a los más lejanos, ésto debido a cuestiones de mayor afinidad afectiva. Encontramos, pues, que en este caso como en el de la sucesión legítima, la presunción de que los parientes cercanos por ser aquellos que más afecto sienten por la persona son los legalmente capaces de ejercer la guardia, cuidado y representación sobre la persona del incapacitado, por lo tanto, la tutela legítima también debería considerarse para aquellas parejas de homosexuales, es decir, que si la tutela legítima se basa en una presunción de afecto quien puede tener mayor afinidad afectiva que la persona con la que se ha decidido compartir la vida independientemente de si se trata de una persona del mismo sexo o de diferente.

Por ello es el conviviente a quien correspondería la guarda, cuidado y representación en asuntos específicos del conviviente incapaz, pues ha sido la voluntad de este último vivir una vida en común con el primero, precisamente por razones afectivas.

3. Alimentos

Uno de los temas más controvertidos en cuanto a las situación de las parejas homosexuales es la obligación que tienen de darse alimentos recíprocamente, situación que ha sido atacada por los juristas, pues a juicio de ellos dicha obligación sólo corresponde a los parientes y a los cónyuges, para ello vuelvo a citar textualmente al catedrático BAQUEIRO ROJAS:

"Uno de los efectos del parentesco es la ayuda mutua que se deben los cónyuges y parientes, y la forma normal de cumplir esa obligación es la de darse alimentos en caso de necesidad. En este sentido, diversos autores consideran a la obligación de dar alimentos como una obligación natural, fundada en un principio elemental de solidaridad familiar.

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

132

Actualmente, al considerar las Naciones Unidas el derecho de todo ser humano a los alimentos como uno de los derechos inherentes a la persona humana, la obligación de proporcionarlos no es sólo de los parientes, sino del Estado a falta de éstos, y aun de la comunidad internacional en caso de desastre en los que el propio Estado se encuentre imposibilitado de auxiliar a sus nacionales.⁹⁰

Ahora bien, GALINDO GARFIAS se refiere a la obligación de dar alimentos de la siguiente manera:

" El grupo social, por razones de solidaridad humana, acude en ayuda de aquellos que por alguna razón necesitan que se les asista, que se les socorra en diversas formas... Respecto de los alimentos, el derecho sólo ha reforzado ese deber de mutua ayuda entre los miembros del grupo familiar, imponiendo una sanción jurídica (coacción) a la falta de cumplimiento de tal deber. Así la regla moral es transformada en precepto jurídico: la ayuda recíproca entre los miembros del núcleo social primario, que es la familia... La obligación alimentista nace desde el punto de vista moral, del concepto de caridad; desde el punto de vista jurídico, de la sólo pertenencia al grupo familiar.⁹¹

Asimismo, GALINDO GARFIAS encuentra que el fundamento de la obligación alimenticia es social, moral y jurídico.

"Es social, porque la subsistencia de los individuos del grupo familiar, interesa a la sociedad misma, y puesto que la familia forma el núcleo social primario, es a los miembros de este grupo social a los que corresponde en primer lugar, velar porque los parientes próximos no carezcan de lo necesario para subsistir.

Es una obligación de orden moral, porque de los lazos de sangre, derivan vínculos de afecto que impiden a quienes por ellos están ligados, abandonar el desamparo a los parientes que necesiten ayuda y socorro, a fin de no dejarlos perecer por abandono.

Es, finalmente, una obligación de orden jurídico, porque incube al derecho hacer coercible el cumplimiento de esa obligación; el interés público (el interés social) demanda que el cumplimiento de ese deber de orden afectivo y de verdadera caridad, se halle garantizado en tal forma, que el acreedor que necesita alimentos pueda recurrir en caso necesario al poder del Estado para que realice la finalidad y se satisfaga el interés del grupo social en la manera que el derecho la establece.⁹²

De lo anterior podemos concluir, que el hecho que el Código Civil asemeje, únicamente, la afinidad en el caso del matrimonio al parentesco para efectos de la obligación alimenticia no necesariamente excluye que cualquier persona del grupo social pueda proporcionarlos, ya que como señalan los autores citados, la obligación de dar alimentos contiene un carácter moral fundado en la solidaridad humana.

⁹⁰ BAQUEIRO ROJAS, Edgard y BUENOSTRO BÁEZ, Rosalía. Op. Cit. Pp. 27 y 29.

⁹¹ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op. Cit. Pp. 458 y 459.

⁹² IBIDEM. Pp. 460 y 461.

Así, como regla moral antes que jurídica la obligación para dar y recibir alimentos no tiene porque negarse a las personas que han decidido iniciar una vida en común con otra persona de su mismo sexo, ya que sería tanto como negar la posibilidad de proporcionar alimentos a una persona que está necesitada de ellos, lo que va en contra de la norma moral en la que la obligación de dar alimentos tiene su fundamento y, jurídicamente en contra del principio de supremacía de la voluntad de las partes en un contrato, ya que los convivientes piden a gritos ser ellos quienes cumplan ésta obligación, porque negarles se puedan obligar a lo que ellos decidan y porque agregar una carga más al Estado, en caso de que nadie (ascendientes, descendientes o colaterales) pueda cumplir la obligación de proporcionar alimentos a una persona homosexual necesitada, cuando la persona con la que convive o convivió puede hacerlo.

4.2. Propuesta de reforma al Código Civil para el Distrito Federal

Consecuencia de las conclusiones acaecidas por la presente tesis, proponemos una serie de adiciones al Código Civil para el Distrito Federal, para que en el se incluya el contrato de convivencia necesario para regular las uniones de hecho entre personas del mismo sexo.

Proponemos que la denominación del contrato sea "Solidaridad por Convivencia". La palabra solidaridad se refiere a la adhesión circunstancial a la cusa de otro, circunstancia que en este caso sería la convivencia, y que genera obligaciones mutuas que cada conviviente debe cumplir enteramente, al adquirir el compromiso de ser solidario..

LIBRO PRIMERO

De las personas

TÍTULO QUINTO

Del matrimonio

CAPÍTULO XII

Solidaridad por convivencia

Artículo 291 Sextus. El contrato de convivencia es aquel contrato celebrado entre dos personas físicas mayores de edad, de igual o diverso sexo, para organizar su vida en común.

Son impedimentos no dispensables para la celebración del contrato de convivencia:

- I. La falta de edad requerida por la ley, así como padecer algunos de los estados de incapacidad a que se refiere la fracción II del artículo 450;
- II. El parentesco por consanguinidad, en línea recta sin límite de grados ascendiente y descendiente. En la línea colateral igual es impedimento será hasta los hermanos y medios hermanos. En la colateral desigual es impedimento celebrar contrato de convivencia con los tíos y sobrinos, siempre que estén en tercer grado y no habrá dispensa;
- III. El parentesco de afinidad en línea recta, sin limitación alguna;
- IV. El matrimonio o contrato de convivencia subsistente con persona distinta de aquella con quien se pretenda celebrar contrato de convivencia; y
- V. El parentesco civil extendido hasta los descendientes del adoptado, en los términos señalados por el artículo 410-D.

Las partes ligadas por tal contrato se aportan ayuda mutua y material y responderán solidariamente atender a las necesidades de la vida corriente y los gastos relativos a la vivienda común. Asimismo, a falta de estipulación en contrario, se presume que los bienes, muebles o inmuebles, adquiridos por cualquiera de los convivientes con posterioridad a la celebración del contrato de convivencia, pertenecen a ambos, pro indiviso y por partes iguales, y se regirán por las reglas de la copropiedad.

Los convivientes gozarán de los beneficios establecidos a su favor en materia de alimentos, sucesión legítima, tutela y arrendamiento.

Artículo 291 Séptimus. Para celebrar contrato de convivencia es necesario cumplir con los siguientes requisitos:

- I. Capacidad jurídica de ambas partes.
- II. El contrato de convivencia debe constar por escrito que contenga:

- a) Nombre de cada conviviente, su edad, su domicilio, estado civil, así como los nombres, edades, domicilios y firmas de dos testigos mayores de edad testigos.
- b) Lugar donde se establecerá el hogar común, dentro del Distrito Federal.
- c) La manifestación de la voluntad de cada conviviente de realizar una vida en común.
- d) La regulación del patrimonio de los convivientes, tanto presente y futuro a la celebración del contrato. A falta de este requisito, se entenderá que los bienes que se rigen por las reglas de la copropiedad.

III. La celebración y registro del contrato de convivencia se hará ante el encargado de la Dirección General Jurídica y de Gobierno del órgano Político- Administrativo que corresponda a las partes, y sólo surtirá efectos frente a terceros si se lleva a cabo dicho registro.

Artículo 291 Octavus. El contrato de convivencia se extingue:

- I. Por voluntad de ambas partes o de una de ellas, exteriorizada en declaración dirigida al encargado de la Dirección General Jurídica y de Gobierno del Órgano Político-Administrativo ante quien se celebró;
- II. Por el matrimonio de uno de los convivientes o la existencia de concubinato;
- III. Por el abandono del hogar común de uno de los convivientes por más de un año, sin que haya causa justificada, o
- IV. Por la muerte de cualquiera de ellos.

Asimismo, con base en el análisis realizado en la presente tesis de la existencia real e inminente del fenómeno homosexual y las uniones de hechos que entre personas del mismo sexo han acontecido, proponemos que el Código Civil para el Distrito Federal se reforme a fin de garantizar derechos a las personas que decidan celebrar una contrato de convivencia, para efectos de no enfrentar disposiciones con el mismo rango jerárquico o enfrentar disposiciones en contrario contenidas en el Código en cuestión:

PRIMERA:

TITULO SEXTO

Del parentesco, de los alimentos y de la violencia familiar

CAPITULO II

De los alimentos

Artículo 302. Los cónyuges están obligados a proporcionarse alimentos. La ley determinará cuándo queda subsistente esta obligación en los casos de separación, divorcio, nulidad de matrimonio y otros que la ley señale. Los concubinos están obligados en términos del artículo anterior.

Propuesta de reforma. Artículo 302. Los cónyuges están obligados a proporcionarse alimentos. La ley determinará cuándo queda subsistente esta obligación en los casos de separación, divorcio, nulidad de matrimonio y otros que la ley señale. Los concubinos y **los convivientes** están obligados en términos del artículo anterior.

SEGUNDA:

TITULO NOVENO

De la tutela

CAPITULO IV

De la tutela legítima de los mayores de edad incapacitados

Artículo 486. La tutela del cónyuge declarado en estado de interdicción, corresponde legítima y forzosamente al otro cónyuge.

Propuesta de reforma. Artículo 486. La tutela del cónyuge o **conviviente** declarado en estado de interdicción, corresponde legítima y forzosamente al otro cónyuge u otro conviviente.

TERCERA:

TITULO DUODÉCIMO

Del patrimonio de la familia

CAPITULO ÚNICO

Artículo 724. Pueden constituir el patrimonio familiar la madre, el padre o ambos, la concubina, el concubino o ambos, la madre soltera o el padre soltero, las abuelas, los abuelos, las hijas y los hijos o cualquier persona que quiera constituirlo, para proteger jurídica y económicamente a su familia.

Propuesta de reforma. Artículo 724. Pueden constituir el patrimonio familiar la madre, el padre o ambos, la concubina, el concubino o ambos, **uno o ambos convivientes**, la

madre soltera o el padre soltero, las abuelas, los abuelos, las hijas y los hijos o cualquier persona que quiera constituirlo, para proteger jurídica y económicamente a su familia.

CUARTA:

LIBRO SEGUNDO

De los bienes

TITULO CUARTO

De la sucesión legítima

CAPITULO I

Disposiciones generales

Artículo 1602. Tienen derecho a heredar por sucesión legítima:

I. Los descendientes, cónyuges, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado y la concubina o el concubinario, si se satisfacen en este caso los requisitos señalados por el artículo 1635.

II. A falta de los anteriores, la beneficencia pública.

Propuesta de reforma. Artículo 1602. Tienen derecho a heredar por sucesión legítima:

I. Los descendientes, cónyuges, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado, la concubina o el concubinario **y ambos convivientes**, si se satisfacen en este caso los requisitos señalados por el artículo 1635.

II. A falta de los anteriores, la beneficencia pública.

QUINTA:

TITULO CUARTO

De la sucesión legítima

CAPITULO VI

De la Sucesión de los Concubinos

Artículo 1635. La concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge, siempre que reúnan los requisitos a que se refiere el Capítulo XI del Título Quinto del Libro Primero de este Código.

Propuesta de reforma.

CAPITULO VI

De la Sucesión de los Concubinos y de los Convivientes

Artículo 1635. La concubina, el concubinario y los convivientes tienen derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge, siempre que reúnan los requisitos a que se refiere el Capítulo XI y el Capítulo XII, respectivamente, del Título Quinto del Libro Primero de este Código.

CONCLUSIONES

1. Las uniones de hecho deben ser entendidas como un hecho jurídico voluntario en el que dos personas no ligadas por vínculo matrimonial a ninguna otra persona manifiestan su voluntad para convivir de forma estable y desarrollar su vida en común bajo un mismo techo como si de un matrimonio se tratara, cuyo fin principal no es la procreación.
2. La existencia y proliferación de las uniones de hecho heterosexuales y homosexuales es una realidad incuestionable en la sociedad de los últimos años, que se da por impedimentos para contraer matrimonio, por causas económicas o culturales, o religiosas, o, simplemente, porque los convivientes han decidido compartir una vida en común sin atenerse a las formalidades del matrimonio.
3. La legislación positiva mexicana regula las uniones de hecho y las denomina concubinato, tratándose éste de una relación de hecho existente entre un solo hombre y una sola mujer que han vivido en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años o que han tenido un hijo en común.
4. Para que el concubinato tenga efectos jurídicos debe cumplir con los requisitos de convivencia, ausencia de impedimentos legales, heterosexualidad, monogamia, estabilidad y, excepcionalmente, un requisito de procreación.
5. Entre los concubinos se generan derechos sucesorio, el parentesco por afinidad, la constitución un patrimonio de familia, la obligación de dar y recibir alimentos, frente a terceros se adquieren derechos derivados de la Seguridad Social, y en cuanto a los bienes, éstos se consideran adquiridos en copropiedad.
6. La homosexualidad es una condición que implica la falta de equilibrio, considerado natural, de las apetencias sexuales del individuo; de tal forma que éste es incapaz emocional y fisiológicamente de experimentar atracción por sujetos del sexo contrario, sintiéndola en cambio por individuos de su propio sexo.

7. No existe una teoría científica que explique cual es la raíz de las preferencias sexuales, tanto homosexuales como heterosexuales.
8. La homosexualidad ha existido siempre a través de la historia en Egipto, Grecia, Roma, durante la Edad Media, el Renacimiento, la Época Moderna, así como en diferentes culturas de África, Asia y América, y ha llegado hasta nuestros días como una realidad social en la que ya no sólo se exige el reconocimiento de los derechos de la persona homosexual, exige, también, el reconocimiento de los derechos de las uniones de hechos entre personas del mismo sexo, en la mayoría de los países del mundo.
9. Las uniones de hecho entre personas del mismo sexo existen en todo el mundo y países como Dinamarca, Canadá, Países Bajos, Noruega, Israel, Hungría, Francia, Italia, Suecia, España, Bélgica, Estados Unidos de América y Australia han reconocido derechos a homosexuales en cuanto a garantías individuales y derechos derivados de su relación en pareja.
10. En México, existen múltiples y variadas formas de convivencia como el concubinato, los hogares unipersonales, ya sea con jefatura masculina o femenina, e incluso la que se genera entre personas de edad avanzada que deciden vivir juntas sus últimos años, trátase de personas del mismo o diferente sexo y sin que las relaciones sexuales tengan que verse implícitas en dicha unión.
11. La homosexualidad existe, se le pruebe o no, los homosexuales son ciudadanos que no deben estar excluidos en la protección de sus derechos como los establece el artículo 1º de nuestra Constitución Política.
12. Las uniones de hecho homosexuales, no pueden ser encuadradas en el marco jurídico vigente en México porque no existe una regulación específica o un supuesto jurídico en el que puedan encuadrarse, ya que el concubinato exige para su constitución los requisitos de heterosexualidad y procreación, de los cuales carecen dichas uniones.

13. La existencia de una ley "especial" que regule las uniones de hecho entre personas del mismo sexo como propone la Iniciativa de ley "Sociedades de Convivencia", es discriminatoria y violatoria del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, además de que podría genera conflictos de leyes.
14. Se podría alcanzar el reconocimiento de las uniones entre personas del mismo sexo mediante reformas al Código Civil para el Distrito Federal.
15. El fundamento de la obligación de proporcionar alimentos se encuentra en un deber de humanidad, otorgándolos aquel que los posee, deber que el Derecho hace suyo para obligar a los parientes consanguíneos en línea recta, a los colaterales hasta el tercer grado y a los cónyuges a proporcionarlos.
16. Tanto la Sucesión legítima como la tutela encuentran su fundamento en la presunción de que a mayor cercanía de parentesco mayor afecto. En la sucesión legítima se presume que el muerto dejaría sus bienes a sus padres, hijos, cónyuge o concubina, hermanos y abuelos, por la mayor relación afectiva. En cuanto a la tutela, se presume que los parientes más cercanos velarán mejor por los intereses del incapaz. Por lo que tanto, la cercanía afectiva que se produce por una convivencia entre personas del mismo sexo es generadora del derecho de sucesión legítima y del derecho de tutela.
17. Proponemos la inclusión de un contrato de "Solidaridad por convivencia" en el Código Civil para el Distrito Federal en el que dos personas físicas decidan organizar su vida en común y mediante el cual se garanticen derechos de sucesión legítima, alimentos, parentesco por afinidad y tutela, mediante reformas al mismo, agregando tres artículos a un Capítulo XII del Título Quinto y la reforma de los artículos 302, 486, 724, 1602 y 1635.

BIBLIOGRAFÍA

1. BAQUEIRO ROJAS, Edgard y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía. Derecho de familia y sucesiones. Ed. Harla, S. A. de C. V. México. 1990.
2. BEJARANO SÁNCHEZ, Miguel. Obligaciones Civiles. 3ª edición. Editorial Harla. México. 1984.
3. BERMAN, J. Harold. La formación de la tradición jurídica de Occidente. Fondo de cultura económica, México, 1996.
4. BIEBER Irving, DAIN Harvy V., et. al. Homosexualidad un estudio psicoanalítico. Editorial Pax-México, Librería Carlos Cesarman, S. A. Asociación Psicoanalítica Mexicana. México. 1967.
5. CAULDWELL, David. O. Trasvestismo. Hombres vestidos de mujer. Tr. Luis F. Rodríguez Molina. Ed. Srvce Company. EE.UU. 1966.
6. CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales. Editorial Porrúa. México. 1990.
7. COHEN, Jean. Patología Sexual. Ediciones Guadarrama. Madrid. 1972.
8. CORRAZE, Jacques. La homosexualidad. 3ª edición. Publicaciones Cruz O. S. A. 1992.
9. FROMM Erich, HORKHEIMER Max, PARSON Talcott Y OTROS. La Familia. Traducción Jordi Solé-Tura. 8ª edición. Editorial Península. España. 1998.
10. GALIARDO, Mariano. Sociedad de familia y cuestiones patrimoniales. Editorial Abeledo- Perrot. Argentina. 1999.
11. GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho civil. Parte general, personas y familia. 12ª edición. Editorial Porrúa. México. 1993.
12. GARCÍA MÁYNEZ Eduardo. Introducción al estudio del Derecho. 43ª edición. Editorial Porrúa. México 1992.
13. GUITRÓN FUENTEVILLA, Julián. ¿Qué es el Derecho Familiar?. Promociones Jurídicas y Culturales, S. C. México. 1987.
14. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. Derecho de las obligaciones. 9ª edición. Editorial Porrúa. México. 1993.
15. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. El patrimonio 6ª edición. Editorial Porrúa. México. 1998.
16. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. Derecho sucesorio, Mortis causa e Intervivos. 2ª edición. Editorial Porrúa, S. A. México. 1999.

17. HERRERÍAS SORDO, María del Mar. El concubinato. Análisis histórico, jurídico y su problemática en la práctica. 2ª edición. Editorial Porrúa. México. 2000.
18. IBARROLA, Antonio De. Cosas y Sucesiones. 7ª edición. Editorial Porrúa. México. 1991.
19. LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel. Las uniones de hecho en el Derecho Internacional Privado Español. Editorial Tecnos, S. A. España. 1999.
20. MARTÍNEZ, Ernesto A. Guía legal del homosexual urbano. Editorial Edamex. México. 1985.
21. MARTÍNEZ ROARO, Marcela. Delitos sexuales, sexualidad y derecho. 4ª edición. Editorial Porrúa S. A. México. 1991.
22. MASTER, William H., JONSON Virginia E. y KOLODYN Robert C. La Sexualidad Humana. Vol. II. Traducción de Rafael Andreu y Diana Falcón. Editorial Grijalbo. Barcelona. 1995.
23. MEJÍA Max, et. al. Diez y va un siglo. Libro conmemorativo de los diez años de la semana cultural lesbica-gay. Editorial FONACA. México. 1997.
24. MESA MARRERO, Carolina. Las uniones de hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos. 2ª edición. Aranzadi Editorial, S. A. España. 2000.
25. MORINEAU IDUARTE, Marta, IGLESIAS GONZÁLEZ, Román. Derecho romano. 3ª edición. Editorial Harla. México. 1993.
26. NICOLIELLO, Nelson. Diccionario de latín jurídico. Editorial B. De F. Ltda. Barcelona. 1999.
27. OSCOS SAID, Grisela A. "Ética, Derechos Humanos y Homosexualidad". Revista de Investigaciones Jurídicas. Escuela Libre de Derecho. México. Año 13. Número 13. 1989.
28. PALOMAR DE MIGUEL, Juan. Diccionario para juristas. Tomo I. Editorial Porrúa. México. 2000.
29. PAPALIA, Diane E. y WENDKOS OLDS, Sally. Desarrollo humano. Con aportaciones para Iberoamérica. 6ª edición. Editorial Mac Graw Hill. México, 1997.
30. PÉREZ CANOVAS, Nicolás. Homosexualidad. Homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español. Editorial Comares. Granada. 1996.
31. PÉREZ CONTRERAS, María de Monserrat. Derechos de los homosexuales. Cámara de Diputados, LVII Legislatura. UNAM. México. 2000.
32. Revista Muy Interesante (Muy Especial). Editorial Televisa S. A. de C. V. México, D. F. No. 28. 15 de junio de 2002. Pp. 37-38.

33. ROBLUO, Miguel Ángel. Lo obsoleto del matrimonio civil en México. Editorial Edamex. México. 1987.
34. ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Tomo I. Introducción, personas y familia. 20ª edición. Editorial Porrúa. México, 1990.
35. ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Tomo II. Bienes, derechos Reales y Sucesiones. Editorial Porrúa. México, 1972.
36. ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Tomo III. Teoría General de las Obligaciones. Editorial Porrúa. México, 1974.
37. ROMER, Andrés. Sexualidad y política pública. Ed. Porrúa, ISSSTE. México. 1998.
38. RUSE, Michael. La homosexualidad. Tr. Carlos Laguna. Ediciones cátedra, S. A. Madrid. 1989.
39. TALAVERA FERNÁNDEZ, Pedro A. Fundamento para el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales. Propuesta de regulación en España. Editorial Dykinson, S. L. Madrid, España. 1999.
40. TUIRÁN Rodolfo. Relación de pareja. Cuadernos de población. Consejo Nacional de Población. México 1999.
41. VILLAGOMÉZ RODIL, Alfonso. Aportación al estudio de la transexualidad. Editorial Tecnos. España. 1994.
42. WEST. D.J., Psicología y psicoanálisis de la homosexualidad. Ediciones Hormé S. A. E. Buenos Aires, Argentina. 1967.
43. ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel. Contratos Civiles. 5ª edición. Editorial Porrúa, S. A. México. 1994.

Diccionarios

1. ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. Tomo XIV. Bibliográfica Omeba Aristill S. A. Buenos Aires, Argentina. 1982.
2. *Enciclopedia Microsoft® Encarta® 99*. © 1993-1998 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.
3. DE PINA, Rafael, DE PINA VARA, Rafael. Diccionario de Derecho. 13ª edición. Editorial Porrúa. México. 1985.
4. Diccionario de Terminología Jurídica. Visión Jurídica Profesional Copyright 1998 Casa Zepol, S. A. de C. V. Todos los Derechos Reservados. DTJ – 2349.
5. Diccionario Jurídico. Tomo III. 3ª edición. Ediciones Contabilidad Moderna. Buenos Aires, Argentina. 1972.

6. Diccionario jurídico mexicano. 4ª edición. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Editorial Porrúa. México. 1991.
7. Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo VIII. Editorial Francisco Seix S. A. Barcelona. 1956.
8. Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Editorial Porrúa. México. 1998.

Legislación

- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS
- CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL
- LEY FEDERAL DEL TRABAJO
- LEY DEL INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL
- LEY DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD Y SERVICIOS SOCIALES DE LOS TRABAJADORES DEL ESTADO
- LEY DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL LAS FUERZAS ARMADAS MEXICANAS

Páginas de Web

<http://www.eluniversal.com.mx>

<http://www.inegi.gob.mx/estadisticas>