

CONSIDERACIONES JURÍDICAS SOBRE LA INICIATIVA DE LEY DE SOCIEDAD DE CONVIVENCIA DE 26 DE ABRIL DE 2001, QUE PRESENTA LA H. ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL, II LEGISLATURA

María Antonieta MAGALLÓN GÓMEZ*

RESUMEN: La autora examina la Iniciativa de Ley de Sociedad de Convivencia de 26 de abril de 2001, que presenta la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, II Legislatura, partiendo del planteamiento sociológico y teológico de las diversas formas de socialización sexual del ser humano. A la vez, desarrolla un análisis comparativo sobre la naturaleza, principios, fuentes y consecuencias jurídicas, tanto de la familia como de la sociedad de convivencia. Aborda las diferencias entre la institución familiar y la figura jurídica de la sociedad de convivencia; particularizando las categorías jurídicas que corresponden a cada una. Sustenta diversas consideraciones referentes a la discriminación de grupos y aporta argumentos para evidenciar que la sociedad de convivencia no contiene los elementos mínimos para fundarse como institución. De ahí que se manifiesta en contra de la inserción de la ley propuesta en la legislación familiar.

ABSTRACT: *The author studies the proposed "living together society law" dated april 26th 2001, introduced by the Federal District II Legislative Assembly. The article begins with a sociological and teological explanation of the differrent sexual relations that take place between human beings. It analyses the legal nature, principles, sources and consequences of a family and for the living together society. Also reviews the differences between the family as an institution and the new figure of the living together society. Further, details the legal categories in which each one belongs. Finally, it gives arguments sustaining that the living together society does not have the required elements to be consider as an institution, concluding that the proposed law should not be adopted by congress legislation.*

* Profesora de derecho de familia en la Facultad de Derecho de la UNAM.

I. CONSIDERACIONES DEL ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL HOMBRE Y DE LA FAMILIA A PARTIR DE DIVERSAS FORMAS DE SOCIALIZACIÓN SEXUAL

Existen diversas corrientes doctrinales que intentan explicar el origen y evolución del hombre y de la familia a partir de las diversas conductas y formas de socialización sexual que ha practicado el ser humano en el transcurso de su existencia, destacando —entre otras— la sociológica y la teológica o deísta.

La corriente doctrinal teológica o deísta explica el origen de la existencia humana y de la familia a partir de la práctica de un dogma de fe, el cual le atribuye a un ser superior o a varios dioses (dependiendo de la época y de la religión) la formación de todo cuanto existe. Una de las más influyentes en nuestra cultura es la contenida en el libro sagrado de judíos y cristianos: *Génesis*, cuya visión se plasma en el capítulo 2, versos 7, 18, 21-24:

Entonces Jehová Dios formó al hombre del polvo de la tierra, y sopló en su nariz aliento de vida, y fue el hombre un ser viviente.

*Y dijo Dios: No es bueno que el hombre esté solo; le haré ayuda idónea para él. Entonces Jehová Dios hizo caer sueño profundo sobre Adán y mientras éste dormía, tomó una de sus costillas, y cerró la carne en su lugar. Y de la costilla que Jehová Dios tomó del hombre, hizo una mujer, y la trajo al hombre. Dijo entonces Adán: Esto es ahora hueso de mis huesos y carne de mi carne; ésta será llamada Varona, porque del varón fue tomada. Por tanto, dejará el hombre a su padre y a su madre, y se unirá a su mujer, y serán una sola carne.*¹

El primer versículo transcrito explica que Dios o Jehová formó al hombre del polvo de la tierra o barro también llamado *humus*, nombre científico del mantillo o tierra vegetal;² y en el segundo versículo se aprecia la visión monogámica con la que se funda la familia hebrea y la cual posteriormente se afianza con el cristianismo.

1 *Thompson* (Biblia de referencia), 13a. ed., trad. de Reina Valera, Florida, EUA, Ed. Vida, 1987, revisión de 1960, p. 2.

2 *García-Pelayo y Gross, Ramón* (dir.), *Diccionario pequeño Larousse en color*, México, Larousse, 1972, p. 477.

Es importante destacar que la palabra *adam* en hebreo, es la traducción de hombre u *homo* del latín; expresión semejante al concepto que queremos comunicar con la voz humanidad;³ a la cual los romanos le atribuyeron el valor de dignidad como dimensión de una condición sublime del mismo ser humano; derivándose el concepto de lo *humanus*, cualidad de ser sensible y respetuoso hacia los demás. Asimismo, la raíz latina *humus* denomina al suelo, a la tierra; punto de partida de las palabras *humane*, *humanitas*, *humaniter*, *humanitatus*, *humanus*; como expresiones de lo que es conforme a la naturaleza humana; cualidad del ser humano, amable, agradable y con dulzura, que es lo que le concierne al hombre; de la cual se deriva también el vocablo *humatio*, que entraña el sentido de inhumación, o sea el destino final de volver a la tierra.⁴

La inducción que produce la consideración del significado de las palabras que examinamos, nos dirigen a confirmar que el concepto de la naturaleza humana resulta del índice de un ideal cultural que reconoce el fundamento de la vida del hombre y de la familia en el matrimonio monogámico, en razón de la condición de su dignidad humana.

Por otra parte, la corriente doctrinal sociológica que surge a partir de la observación de las leyes generales de la selección y de la evolución; explica el origen y evolución del hombre y la familia; a partir de estudiar la psique del hombre primitivo y las diversas formas de relación sexual y colectiva que practicaba.

Al respecto, explican Juan Jacobo Bachofen, en su libro *Derecho o gobierno de la mujer*, y Lewis Henry Morgan que el hombre primitivo vivía en estado de promiscuidad sexual; referida especulativamente a una periodo llamado “hetairismo afrodisíaco”. A la vez, Federico Engels —quien sistematiza la obra de Lewis H. Morgan— en el *Origen de la familia, la propiedad privada y el Estado* señala a Morgan como el “descubridor” de la teoría materialista de la historia; la cual se fundamenta en la producción y reproducción de la vida; es decir, en el comercio sexual orientado a producir y reproducir vida humana,⁵ ya que para el

³ Cfr. Asimov, Issac, *Guía de la Biblia, antiguo testamento*, Ed. Plaza & Janés, España, 1989, p. 19.

⁴ Magallón Ibarra, Jorge Mario, *La senda de la jurisprudencia romana*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, serie: Doctrina Jurídica, núm. 32, pp. 196 y 197.

⁵ Cfr. Engels, Federico, *Origen de la familia, la propiedad y el Estado*, 5a. reimpr., México, Editores Unidos, 2000, pp. 5, 6, 9, 35.

hombre primitivo, éste era un elemento de sobrevivencia para la colectividad originaria de la que se aprecia surge la organización familiar.

II. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO FAMILIAR EN MÉXICO

Debido a que la unión de sexos deviene en procreación y perpetuación de la especie humana, lo cual es origen de relaciones familiares consideradas en sí mismas como de interés público, es necesario proteger al ser humano y a la familia, en primer lugar del mismo ser humano, y en segundo lugar de todo aquello que pueda perturbar su normal desarrollo; ya que puede observarse cómo, en el entorno del hábitat humano, éste sostiene un predominante comportamiento depredador, el cual provoca, sin consideración alguna, constantes crisis en infinidad de ámbitos —ecológico, geográfico, económico, etcétera—, así como en el que ahora nos ocupa: el familiar, en donde las estadísticas demuestran que la familia en México se encuentra en crisis, motivo por el cual debe ser protegida con esmero.

Ahora bien, para brindar una debida protección y seguridad jurídica a la familia mexicana y evitarle nuevas crisis, resulta necesario legislar sobre todos y cada uno de los fenómenos a los que la familia debe enfrentarse, y en particular se debe examinar con cuidado la figura de la sociedad de convivencia que se pretende legislar e insertar en el derecho familiar mexicano; procurando determinar si ésta figura jurídica propuesta comparte con la familia la misma naturaleza y principios jurídicos, fuentes creadoras, consecuencias jurídicas, etcétera, como premisas fundantes para legitimar dicha inserción.

Para esto brevemente trataremos de desarrollar un análisis comparativo sobre los diferentes aspectos que presentan la familia y la sociedad de convivencia, antes anotados.

1. *Naturaleza jurídica de la familia en México*

En primer término, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone en su artículo 4o. que: “...Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia”.

A la vez el artículo 138 *ter* del Código Civil para el Distrito Federal preceptúa: “Las disposiciones que se refieran a la familia son de *orden público*”.

e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad”.

Se aprecia que en ambos numerales se da protección a la familia tanto en lo particular como en lo general, pues hay que reconocer que es la organización primaria y nodal que funciona como cimiento de la estructura social y estatal. Por tanto, el orden jurídico le otorga un tratamiento de carácter tutelar, y la califica de orden público e interés social. Los conceptos de orden público e interés (u orden) social los define el doctor Jorge Mario Magallón Ibarra como: “Un conjunto de normas jurídicas que combinadas con los principios supremos en materia política y económica, integran la moral social de un Estado”.⁶

De ahí que se deba considerar que el orden público se encuentra ligado a la idea de interés, orden o moral social, la cual está conformada por un conjunto de acciones ejercidas por un todo social que resultan de la evaluación y jerarquización de principios supremos y valores sociales sostenidos por la conciencia social, la cual se constituye en su ley propia y en la característica que determina y moldea la vida del ser humano, otorgándole una identidad. Por lo cual corresponde a la colectividad aprobar o no la conducta individual, ya que ella misma es trascendida en el actuar de los individuos, y por esto debe responder a una jerarquía de valores que se deben expresar y conformar dentro del orden público e interés moral o social que la rigen. De lo anterior se puede apreciar que la moral es sedimento del orden social. Al respecto expresa Maurice Hauriou:

El orden social de los pueblos civilizados es un individualismo ligado a la ley moral, porque es individualismo desfalleciente. La ley moral, apoyada en un conjunto de ideas religiosas y filosóficas, es un factor integrante del orden social, con los mismos títulos que la conciencia individual y que el instinto gregario. El orden social civilizado es un equilibrio de tres elementos. Si no fuese más que un equilibrio de dos elementos —la conciencia individual y el instinto gregario— podría vacilarse al determinar cuál de ellos predomina sobre el otro. Pero el tercer elemento —la ley moral— arroja su peso en la balanza, a favor de la civilización, en el platillo del individualismo. El orden social de los pueblos civilizados será, pues, individualista, con la reserva de un freno moral reforzado con un freno jurídico.⁷

6 Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Instituciones de derecho civil*, México, Porrúa, 1987, t. I, p. 155.

7 Hauriou, Maurice, *Principios de derecho público y constitucional*, 2a. ed., Madrid, Reus, p. III.

Dentro del estilo del autor en cita, encontramos que el tercer elemento antes considerado se determina o define a sí mismo como “ley moral o como institución”, en virtud de que él mismo le designa a la institución como: “todo elemento de la sociedad cuya duración no depende de la voluntad subjetiva de individuos determinados...”⁸

El mismo Hauriou agrega que la teoría de la institución se aplica tanto a una regla de derecho consuetudinario como a una organización corporativa, lo que explica que la corona inglesa sea una institución, tanto como lo es el Estado francés. Asimismo advierte que su concepción resulta aplicable a las instituciones más abstractas como la familia o la propiedad; al igual que a las más concretas, como resulta la del soldado desconocido, cuyos restos reposan en París, bajo el Arco del Triunfo. El mismo autor añade que el carácter común de las instituciones reside en el hecho de que su duración no depende de la voluntad subjetiva de determinados individuos; apreciando que destruir una institución resulta imposible, dado que es un cuerpo espontáneo que surge y renace como la hidra mitológica del Lago de Lerna; ejemplificando lo anterior con las congregaciones religiosas o los sindicatos profesionales.⁹ De ahí que se infiere, que el orden moral institucionalizado también llamado institución moral o moral social no reside en la voluntad subjetiva de los individuos ni en la de los legisladores o en la de determinados individuos conformados en grupos minoritarios, ya que una institución lo es porque es aceptada voluntariamente por la mayor parte de los individuos que integran una sociedad; mediante el sometimiento y convencimiento propios; razón por la cual la ley moral o institución se manifiesta jurídicamente en un medio social.

De lo antes considerado, resulta que las normas de orden público tienen como fundamento un factor moral de interés general (de una mayoría), y por esto comprenden —entre otras— la limitación al régimen de la autonomía de la voluntad en materia de contratos, la determinación del bien común y de las buenas costumbres, etcétera. Una vez reconocida la naturaleza jurídica de la familia, podemos concluir que ella responde a la noción de institución de orden público e interés social, porque ésta conforma la célula básica de la sociedad y la moral social del Estado, la cual a la vez, participa en la legislación y en la jurisprudencia como bien

⁸ *Ibidem*, p. 83.

⁹ *Cfr. ibidem*, p. 84.

jurídico e interés superior a tutelar. Por ende la eficacia normativa antes considerada no debe estar sometida al arbitrio de los particulares, ya que es —a la vez— una institución que genera derechos y deberes inalienables, irrenunciables, imprescriptibles, indisponibles y sancionables.

2. *Naturaleza jurídica de la sociedad de convivencia en su proyecto legislativo*

El análisis que se realiza a la exposición de motivos de la Iniciativa de la Ley de Sociedad de Convivencia, permite inferir que su naturaleza jurídica estaría conceptualizada dentro de la teoría general de los contratos privados —sea de las asociaciones o de las sociedades—, ya que partiendo de su objetivo principal, explica que éste es el de crear o transmitir derechos y obligaciones de contenido patrimonial entre los individuos sujetos a esta ley; así como —de manera secundaria— permitirles buscar el sentido de la felicidad a través de la libre elección de sus parejas amorosas y del ¿libre compromiso? amoroso o ¿compromiso libre? amoroso, así como la satisfacción de “afectos”. Sin embargo, estimamos que resulta contradictorio lo dispuesto en el artículo 1o. de la citada iniciativa de ley que afirma aventuradamente: “Las disposiciones contenidas en la presente ley (*sic*) son de orden público e interés social y tienen por objeto establecer las bases y regular las relaciones derivadas de la Sociedad de Convivencia (*sic*)”.

En líneas anteriores, hemos reconocido que el orden público y el interés social son características esenciales de un derecho eminentemente tutelar, cuyo ejercicio no está sometido al arbitrio de los particulares; en razón de que tales normas limitan la autonomía de la voluntad, preferentemente en la concertación de contratos; de manera que no puedan afectar la subsistencia de la familia ni de la sociedad civil, y por consecuencia del Estado.

Debe quedar claro que el interés tutelado en la “sociedad de convivencia” es eminentemente particular y privado; difiriendo abiertamente del interés social.

III. FUENTES JURÍDICAS DE LA FAMILIA Y DE LA SOCIEDAD DE CONVIVENCIA

La familia reconoce su origen en determinados hechos o actos jurídicos (*sui generis*), de los cuales derivan derechos y deberes inherentes a la situación familiar de la persona, y los cuales no se suspenden o extinguen automáticamente cuando se rompe la comunicación, convivencia, amor, afecto, respeto, etcétera, entre los cónyuges, concubinos, padres, hijos, hermanos, tíos, etcétera. En la doctrina se ensayan diversas clasificaciones de las fuentes formales de la familia; de las cuales mencionamos:

- El matrimonio o concubinato.
- El parentesco.
- La adopción.

Por su parte, la sociedad de convivencia tendría como fuente formal:

- Un contrato (acto jurídico plurisubjetivo).

Lo último se establece en el Proyecto de Iniciativa, en su artículo 2o., que dispone que ésta se constituye:

Cuando dos personas físicas, con capacidad jurídica plena deciden establecer relaciones de convivencia en un hogar común, con voluntad de permanencia y ayuda mutua.

También podrán formar Sociedad de Convivencia más de dos personas que sin constituir una familia nuclear, tuvieran entre sí relaciones de convivencia y cumplan con los demás requisitos señalados en el párrafo anterior.

El artículo 18 de la ley propuesta dispone que “Las relaciones familiares derivadas de la sociedad de convivencia dejarán de existir cuando ésta termine”; provocando con esta determinación una inseguridad total en dichas personas; dejando al arbitrio y voluntad de cada uno de sus integrantes el cumplimiento de los derechos y deberes inherentes a dichas relaciones, por lo cual nuevamente se deduce que las relaciones que surjan de una sociedad de convivencia no se identifican ni encuadran dentro del marco de las llamadas “relaciones familiares”, que no pueden desaparecer por la voluntad de los particulares.

De ahí que, se puede afirmar categóricamente, la familia y la sociedad de convivencia tienen fuentes jurídicas diversas, y por lo tanto distintas formas de extinción; consecuentemente debe impedirse su identificación, asimilación y regulación bajo una misma normatividad.

IV. DIVERSIDAD DE CONSECUENCIAS JURÍDICAS GENERADAS POR VÍNCULOS FAMILIARES Y POR VÍNCULOS DE LA SOCIEDAD DE CONVIVENCIA

El matrimonio, el concubinato y el parentesco generan consecuencias en diferentes ámbitos legales, como efecto del reconocimiento del vínculo familiar, que es valorado por la sociedad precisamente como jurídico; por lo cual los derechos y deberes resultantes de esos vínculos se extienden (por lo general) hasta el cuarto grado en línea colateral, de manera que la cercanía o lejanía del parentesco determina la intensidad de sus expresiones. Mencionar todas y cada una de las consecuencias generadas por los vínculos familiares, rebasa las posibilidades de tratamiento del tema en este artículo, solamente mencionaremos —entre muchas otras— la siguiente: La creación de un estado jurídico civil o familiar.

Al respecto, el autor Daniel Hugo D'Antonio conceptualiza al estado de familia como: “Un atributo de la persona natural que individualiza a ésta por su emplazamiento en la familia parentesco o en el matrimonio”.¹⁰

Las que derivan del estado familiar y que generan situaciones jurídicas permanentes que se extienden y afectan a terceros, se pueden clasificar de manera sintética en la siguiente forma:

- 1) Personales de asistencia, las cuales generan derechos y deberes respecto a los alimentos, patria potestad, tutela, etcétera.
- 2) Matrimoniales, las cuales establecen impedimentos para celebrar matrimonio.
- 3) Pecuniarias, las cuales producen derechos y deberes hereditarios referentes a la sucesión legítima.

¹⁰ Méndez, C. y D'Antonio, Hugo, *Derecho de familia*, Argentina, E. Rubinzal-Culzoni, 1994, t. I, p. 41.

4) Civiles: las cuales propician derechos y deberes respecto de la legitimación para oponerse a la ejecución de diversos actos jurídicos; así como la comunicación del apellido, la transferencia de la patria potestad, el reconocimiento al derecho de los alimentos y la creación de la obligación correlativa; así como la generación del derecho de visita y convivencia; el reconocimiento a ser beneficiario del bien de familia; también impone deberes jurídicos como el de registrar el nacimiento de un menor, crea incapacidades de derecho como la del oficial público para que intervenga en todo acto en que sus parientes dentro del cuarto grado estén interesados, así como la incapacidad del escribano, etcétera.

5) Penales: éstas se manifiestan como constitutivos y agravantes de delitos como homicidio, lesiones, violación, estupro, corrupción y prostitución; así como son eximentes de responsabilidad de parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo grado de afinidad, por los delitos de hurtos, defraudaciones y encubrimiento; así también se contempla como elemento constitutivo del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, etcétera.

6) Procesales: que son causa de inhabilitación en el ejercicio de la función notarial y jurisdiccional; así como en materia probatoria, se exenta a los parientes para testificar, etcétera.

Se desprende del análisis anterior que el parentesco es fuente de derechos, deberes y obligaciones, así como de prohibiciones e incompatibilidades entre los integrantes de una familia nuclear y extensa. *A contrario sensu*, los integrantes de una sociedad de convivencia no quedan sujetos a esta normatividad, dado que en cualquier momento y por simple voluntad particular, pueden romper sus vínculos societarios o comunitarios y así evitan comprometerse u obligarse frente a las probables consecuencias legales en los diferentes ámbitos jurídicos mencionados y en los no enumerados; así como también podrán refugiarse en la legislación familiar para beneficiarse en las eximentes y exenciones que la misma brinda a los familiares. Las excepciones antes consideradas se corroboran con el alcance jurídico que la iniciativa de ley en consulta otorga a la sociedad de convivencia —a diferencia con el que se tiene en el ámbito familiar—, y se desprende de la simple lectura del segundo párrafo del artículo 6o. del mencionado proyecto, que dispone que las consecuencias jurídicas sólo se generan entre quienes suscriban dicha sociedad.

Por lo analizado en este punto se concluye que los principios rectores de la normatividad jurídica han otorgado a la familia gran importancia, al reconocer especial relieve a las consecuencias jurídicas resultantes de sus vínculos; pues aceptan que el fundamento e importancia de los vínculos familiares son trascendentes jurídica y socialmente, puesto que constituyen el entramado jurídico y social más estrecho que posee el ser humano, y que es precisamente en el seno de la familia donde se produce la más intensa solidaridad social, que a la vez beneficia a la sociedad en su conjunto, y por ende al Estado. Por el contrario, a los vínculos derivados de las sociedades de convivencia, su proyecto de ley no les concede ninguna importancia, puesto que preceptúa que éstos no trascienden las personas de los propios suscriptores, es decir, no benefician a la sociedad ni mucho menos al Estado.

V. CONCEPTUALIZACIÓN DE AMBAS FIGURAS JURÍDICAS

Para continuar con el análisis de las probables coincidencias y de las abismales diferencias entre la institución de la familia y la figura de la sociedad de convivencia, resulta indispensable intentar conocer la realidad jurídica y social de ambas, para lo cual se mencionan los conceptos jurídicos que les corresponden:

1. *El concepto jurídico de familia*

a) Como realidad social: La familia es una institución natural integrada por el padre, la madre y los hijos no emancipados por matrimonio, que conviven en el hogar común bajo la autoridad de los padres.

b) Como realidad jurídica: La familia es el conjunto de personas unidas por un vínculo de parentesco legítimo, sin convivencia ni sujeción a autoridad familiar.

2. *El concepto jurídico de sociedad de convivencia*

a) Como realidad social: Sería una pseudo institución artificial, integrada por un conjunto de personas que conviven en un “hogar” común, —de corte netamente “individualista” por no existir limitación a la autonomía de la voluntad— en el cual sin freno moral ni jurídico se buscará mediante un “libre compromiso” dar satisfacción a los “afectos”.

b) Como realidad jurídica: Será el producto de un acuerdo de voluntades signado por un conjunto de personas que convivirían en un domicilio común, sin sujeción a norma jurídica contractual o moral; con plenitud de facultades para discriminar a cualquier otra persona o grupo de personas que desearan incorporarse o sustraerse de la sociedad de convivencia, sin ninguna consideración o respeto a la diversidad social que ellos minoritariamente representan; implantándose internamente valores excluyentes a partir de frivolidades referentes a los “contenidos y significados de sus experiencias sexuales”; violándose la esfera de intimidad humana; facultándoseles a demandar todos los beneficios que otorga la ley de lo familiar para ellos, sin comprometerse a cumplir las obligaciones correlativas, como por ejemplo —entre otras— la de fidelidad.

VI. CATEGORÍAS JURÍDICAS DE LA FAMILIA Y DE LA SOCIEDAD DE CONVIVENCIA

Para complementar el análisis de la naturaleza jurídica de la familia y de la sociedad de convivencia, existen otras cuestiones que se pueden plantear en cuanto a la categoría jurídica de las mismas; por lo que debemos saber si estamos en presencia de un verdadero derecho subjetivo, o sólo de una posición jurídico-política; o si se trata de proteger derechos individuales propios, o de limitar derechos de la sociedad, e incluso reconocer qué derechos y/o deberes transferirían estas relaciones, y qué posición guardaría en su situación jurídica familiar real. Por esto se particularizan estas interrogantes dentro de los caracteres jurídicos que dicha sociedad de convivencia tendría en comparación con los que tiene el grupo familiar.

De ninguna manera es nuestra intención entrar al controvertido terreno de distinguir entre facultad jurídica y derecho subjetivo, y sólo para los efectos que aquí interesan se puede aceptar la idea de trasladar el problema a la naturaleza de los derechos y relaciones jurídicas familiares, de las cuales sabemos ya que en ellas es prevalente el interés superior de los menores y de la familia en sí; ya que éstos son a la vez límite y punto de partida en referencia a los derechos y al régimen que les resultan inherentes.

En efecto, se puede constatar que el interés jurídicamente protegido en el régimen familiar no es el del titular del mismo, y que su ejercicio

no está sujeto al arbitrio de su titular sino que se encuentra subordinado al interés preferente de los menores o de la familia en sí; por tanto, estos derechos son inalienables, irrenunciables e imprescriptibles. De lo anterior se colige que los supuestos derechos subjetivos familiares son de índole muy particular, es decir, son de una categoría jurídica distinta del ámbito meramente civil y privatista. Al respecto, Francisco Rivero Hernández señala:

El Derecho de Familia (donde quiebran, por sus muchas particularidades y excepciones, casi todos los conceptos y categorías jurídicas elaborados por el Derecho Civil patrimonial) tiene un equivalente o asimilado al derecho subjetivo patrimonial: el llamado derecho —deber, o derecho— función, o simplemente función, derivado del concepto potestad... Es en ese terreno donde se sitúa la doctrina moderna...¹¹

De lo anterior se desprende que la categoría jurídica del derecho de familia deriva de la índole muy particular o categoría jurídica equivalente al derecho subjetivo patrimonial llamado: derecho-deber o derecho-función, o función.

La anterior concepción obliga verificar mediante el análisis de la categoría jurídica de ambas, si en la familia —como en la sociedad de convivencia— se cumplen las finalidades concretas de favorecer las relaciones humanas, y la corriente afectiva entre el titular de los derechos y entre quienes recae el interés superior a tutelar.

1. *Categoría jurídica de la familia*

a) Ostenta derechos que no sirven al interés exclusivo del titular, sino al de terceros, y su ejercicio no se sujeta al arbitrio del mismo, sino que se convierte en un deber ético frente a las personas que con él se encuentren vinculadas jurídicamente, y su ejercicio es funcional; es decir, se concede para la realización y cumplimiento del fin que fundamenta su concesión.

b) Si el propósito del titular se aparta de la finalidad por realizar, se le suspenden, modifican o suprimen los derechos; prohibiéndosele la libre disposición de derechos familiares.

¹¹ Rivero Hernández, Francisco, *El derecho de visita. Teoría y praxis, y otros autores*, 2a. ed., Pamplona, Ed. Universidad de Navarra, 1982, p. 230.

c) La orientación de la función familiar constituye un derecho-deber o un derecho-función, o función, la cual debe beneficiar el desarrollo individual y colectivo de la familia y de la sociedad en general.

2. Categoría jurídica de la Ley de Sociedad de Convivencia

a) Los derechos sirven al interés exclusivo del titular y no al de los otros convivientes o societarios, por lo que su ejercicio queda a su arbitrio, sin que su cumplimiento se convierta en un deber ético frente a las personas que con él se encuentren vinculadas afectiva y sexualmente; no siendo su ejercicio funcional para la realización del fin comunitario que estaría en el vértice de su concesión.

b) Si el propósito del titular se aparta del fin primordial, se suspenderían, modificarían o suprimirían dentro del mismo grupo sus derechos afectivos y sexuales; permitiéndosele —como consecuencia de lo anterior— la libre disposición de derechos de índole familiar.

Habida consideración de lo que hasta aquí se ha analizado, se puede decir que la categoría jurídica de la ley en consulta será la de un derecho privado, subjetivo, afectivo y sexual, con consecuencias patrimoniales.

La orientación de su función servirá para codificar los “*actos sexuales, en función de identificar mecánicamente de qué formas y entre qué convivientes suceden las relaciones sexuales*” (*sic*), para con ello beneficiarse al crear una seguridad (pecuniaria) “patrimonial”, así como propiciar el desarrollo de la discriminación heterosexual, del morbo de la familia y de la sociedad en general.

Con lo hasta aquí señalado, se puede constatar que la sociedad de convivencia otorgaría derechos a homosexuales que no se conceden dentro del marco jurídico familiar al grupo heterosexual mayoritario; restringiéndoseles a éstos últimos el ejercicio de sus derechos por razón de su orientación sexual, sin considerar que como refiere la misma Iniciativa de Ley: “...la norma de *no-discriminación* es básicamente la reformulación negativa del principio de igualdad, proclamado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y traducido a todas las normas constitucionales mexicanas, cuyo recuento se hace antes, ya que la igualdad formal necesita su referente en la realidad”.

Para finalizar, es necesaria la exposición de otras consideraciones con referencia especialmente a la discriminación de grupos, las cuales se enumeran como sigue:

a) La sociedad de convivencia no contiene los elementos mínimos para constituirse como institución, dado que ésta debe ser aceptada voluntariamente y por convencimiento propio por la mayoría de los individuos que conforman una sociedad; independientemente de lo que sea su orientación sexual; ya que en la propia exposición de motivos de la iniciativa de ley en consulta, pretende fundarse en la satisfacción de “afectos” personales de una minoría calculada en “*estimaciones*”, de las cuales aceptan que con: “*respecto a la realidad irrefutable de las parejas del mismo sexo en la sociedad mexicana, hasta el momento no existe registro estadístico oficial*”; pretendiendo además que ésta sea del tenor del interés social y además de orden público.

b) El estudio de las fuentes jurídicas de la familia ha permitido la sistematización de la teoría evolucionista, materialista e histórica, que demuestra que la evolución de todas las probabilidades de modelos de convivencia se han manifestado desde el origen de la vida humana, y que éstas han evolucionando hasta llegar al modelo de familia nuclear que existe ahora; por lo que no puede aceptarse que el retomar a esos modelos de convivencia prehistórica responda a la evolución cultural.

c) El reconocer que la sociedad de convivencia pueda integrarse por dos personas de diferente sexo, claramente se opone, interfiere y vulnera al matrimonio, ya que una pareja heterosexual podrá unirse bajo éste esquema jurídico, y no bajo la institución matrimonial, so pretexto de codificar nuevos *contenidos y significados sexuales, en función de identificar mecánicamente sus experiencias sexuales*, y en el caso de procrear o adoptar hijos (quienes también vivirán en el mismo hogar común), podrán también éstos participar en dichas prácticas, *para también identificar entre qué personas suceden las relaciones sexuales*; interfiriendo así con los derechos humanos de la prole, ya que su esfera íntima e inviolable de protección quedaría supeditada a un “*status personal ampliado*”; orientándoseles a vivir sus afectos y a ejercer su sexualidad bajo los esquemas del hogar común; induciéndolos a la discriminación temprana del modelo familiar tradicional, así como a la corrupción y a la promiscuidad.

d) Al permitir la suscripción de un contrato de sociedad de convivencia entre dos personas de diferente sexo, ante notario público (el cual carece de facultades legales para tal acto), se vulneraría además los derechos de los concubinos a quienes no se les otorga este derecho.

e) Con relación al señalamiento que se incluye como exposición de motivos en la ley en consulta, con respecto al sentido que debe tener el espíritu del ciudadano, sus redactores transcriben el pensamiento de Fernando Savater: el espíritu “*reside no sólo en la capacidad de razonar, sino en la capacidad de escuchar las razones de los demás*”, es decir, que la Honorable Asamblea Legislativa del Distrito Federal, como los grupos minoritarios constituidos por parejas del mismo sexo, deben ejercitar su capacidad de escuchar a los ciudadanos que viven de acuerdo con arreglos de convivencia familiar nuclear tradicional; reconociendo que el deber jurídico y moral obliga a establecer una jerarquía de valores y un orden jurídico entre sus aspiraciones y deberes como entre sus afectos y motivaciones, así como entre sus impulsos y las normas de valor que la sociedad impone; con el fin de que la vida en sociedad, adquiera ante sí misma, congruencia, autenticidad y plenitud.

De las anteriores observaciones se desprende que el orden jurídico y el moral tienen como fin la vida humana plena, obligada tanto en su individualidad e intimidad como en sociedad; porque sólo en ambos contextos se podrán evaluar la coherencia de sus valores y la plenitud de su vida. De ahí que resulte indiscutible que el orden moral trasciende del individuo al exterior, tanto en las relaciones como en el comportamiento que éste tenga con otros seres humanos, y que es en este trascender en el cual —con la moral social— la moral individual adquiere su real proporción y utilidad.

La evaluación de los principios antes considerados es la que nos permite comprender que el verdadero sentido de la moralidad opera por el conocimiento y aceptación de la jerarquía de valores absolutos o supremos reconocidos por un grupo social; de tal manera que algunos de ellos (se podría afirmar que los más) han sido incorporados a normas jurídicas; coincidiendo —con lo que afirma Durkheim—, en cuanto a que “*El derecho es un fenómeno social cuya alma son las ideas morales y que representan los fenómenos sociales*”.

Por tanto, queda claro que los deberes jurídicos tienen como fundamento un orden moral, y que los principios de su validez y obligatoriedad están fundamentados en la concordancia del orden moral imperante, así como en la naturaleza humana, que es la que determina la justicia del contenido del deber jurídico, vinculándose con el deber moral, como principio jurídico del derecho humano fundamental, ya que el concepto

del deber jurídico y la vinculación moral del ser humano a un orden universal y cosmogónico pleno de sentido, son los que permiten entender que el derecho sólo puede derivar de las normas éticamente valiosas, si se ha de buscar respeto a la dignidad humana; ya que ésta debe ser el dato objetivo de valoración moral, como derecho primario que debe tutelar los bienes fundamentales de la naturaleza humana; la cual debe proyectarse a las normas que sustentan los principios de justicia, seguridad y bienestar común, como derechos derivados.