

EL MATRIMONIO COMO NEGOCIO JURIDICO

Salvador MIER Y TERÁN

SUMARIO: I. *Concepto de matrimonio.* II. *Protección a la familia.* III. *El concepto de familia.* IV. *Conexión entre familia y matrimonio.* V. *Defensa del matrimonio indisoluble.*

I. CONCEPTO DEL MATRIMONIO

La clasificación más importante de los hechos jurídicos voluntarios (actos jurídicos) es aquella que distingue los *actos jurídicos en sentido estricto* —cuyo efecto jurídico se produce *ex lege*, esto es, porque se hizo el acto—, de las *declaraciones de voluntad* —cuyo efecto se produce *ex voluntate*, esto es, porque se quiso el efecto—.

Estas son exteriorizaciones de un querer, conducta que el agente observa exactamente con la mira de que se produzca el efecto.

Es sabido que el Derecho común recibió de los textos romanos la idea de que el particular puede establecer reglas de valor jurídico análogas a las leyes porque conserva, por decirlo de alguna manera, una *parcela* de soberanía capaz de crear Derecho: cuando hace testamento su voluntad es ley (arts. 1295, 1297 y 1344 del Código Civil para el D. F.) y cuando contrata, lo convenido es la ley del contrato: *pacta dant legem contratibus* (arts. 1796 y 1839 del Código Civil para el D. F.).

El instrumento creador de Derecho —fuente formal secundaria y subsidiaria del Derecho —a que nos referimos ahora es el *Negocio Jurídico* que es la manifestación de voluntad —como el testamento y el contrato— dirigida a obtener un fin práctico consistente en la constitución, modificación o extinción de una situación jurídicamente relevante. El negocio jurídico se puede definir, en palabras de Federico de Castro, como “la declaración o acuerdo de voluntades en que los particulares se proponen conseguir un resultado que el Derecho estima digno de especial tutela o situaciones que el Derecho valora como creada y reglamentada por la voluntad declarada de las personas”.

Asumiendo —también *ex arts.* 102 y ss. del Código Civil para el D. F.— que el matrimonio es un negocio jurídico, podemos formular el siguiente planteamiento para enfocar el objeto de lo que hoy nos ocupa:

Si bien es verdad que nuestro ordenamiento exige que “el matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la ley y con las formalidades que ella exige” (art. 146 C. C. para el D. F.), es igualmente cierto que en nuestro medio muchas parejas concurren al Registro Civil pero con el deseo de contraer posteriormente matrimonio no sólo ante el ministro de su religión, sino, además, sujetándose a la normativa matrimonial de ésta.

Se hace necesario discernir con claridad cuál de los dos actos —aunque podría ocurrir que ninguno de los dos fuera— es realmente matrimonial, ya que, evidentemente, no pueden serlo ambos, porque nadie puede casarse con quien ya está casado.

Por mi parte entiendo que sólo será eficaz aquel consentimiento que produzca, entre ambos contrayentes, efectos *vinculantes*. Esto es, aquel pacto (causa) cuyo efecto (matrimonio) es una alianza o vínculo matrimonial cuestión que —a diferencia de otro tipo de uniones no matrimoniales—, comporta necesariamente ser fruto de una decisión *voluntaria*, libre; conlleva una *recíproca entrega real y plena* del uno al otro en todo lo que son en cuanto varón (su persona y su virilidad) y mujer (su persona y feminidad), de tal suerte que se convierten en coposeedores mutuos o esposos y, finalmente, porque esa entrega real y plena es comprometida de modo *exclusivo* (“uno con una”), *perpetuo* (“para siempre”) y abierta constitutivamente a la *fecundidad* y al *hogar necesario para ella* (procreación, educación de la prole, ayuda mutua y complemento de vida).

Este es el *verdadero* pacto matrimonial que, a su vez, es el único que produce el auténtico matrimonio.

Ahora bien, los contrayentes son libres de pactar o no de este modo pleno y completo, y puede ocurrir —y ocurre con cierta frecuencia— que no quieran asumir un pleno *compromiso* pleno, ya porque excluyan positivamente el ser uno del otro de modo *real*, queriendo, por ejemplo, vivir juntos pero sin darse y obligarse como esposos, ya porque excluyan expresamente *partes* de la entrega: la perpetuidad, la exclusividad, la fecundidad y la educación de la prole, o aquella dimensión de la mutua ayuda y de la comunidad de vida necesarias para la procreación y educación humana de los hijos y que están contenidas en el pleno

sentido de la indisolubilidad y de la unidad matrimoniales. En tal caso, esos contrayentes no hacen *el pacto matrimonial*. Pactan entre sí “algo” (un convivir juntos sin compromiso alguno de perpetuidad o de exclusividad; una unión sin apertura a ningún tipo de fecundidad, hogar o comunidad de vida y ayuda; una relación sexual con “cobertura legal”, etc.), pero ese “algo” no es, en sentido estricto, el matrimonio. Ese pacto podrá haberse realizado bajo la apariencia de “casamiento” legal: se habrá formulado quizás ante la ley civil o eclesiástica. Pero ese pacto, al tener como contenido otra clase de unión que la matrimonial, no origina el auténtico matrimonio. Habrá, sí, una *apariencia* de matrimonio, pero faltará la *realidad* del matrimonio.

Por ello, la exclusión expresa en el consentimiento matrimonial de cualquiera de los fines matrimoniales, de tal manera excluye la posibilidad de formar el vínculo, que el matrimonio debe de tenerse por inexistente. No se comprende, por tanto, la disposición del artículo 182 del Código Civil para el Distrito Federal que señala que “son nulos los pactos que los esposos hicieran contra las leyes o los naturales fines del matrimonio”, ya que, más bien sería de considerarse que son válidos esos pactos y nulo el matrimonio cuando es entendido en su auténtica significación.

Es, por tanto, profundamente equivocada la muy extendida convicción de que lo único que diferencia la simple unión de hecho entre hombre y mujer del matrimonio, reside en que éste último se ha celebrado con los requisitos de forma y formalidades prescritos por la legislación vigente y se ha inscrito en los registros oficiales, mientras que toda esa ceremonia legal ha faltado en el primer caso. En uno y otro supuesto, sin embargo, no habría diferencias substanciales. La única diferencia estaría en la celebración legal y en la correspondiente inscripción registral. El primer caso —la unión de hecho— quedaría fuera del Derecho por falta de su legal celebración; mientras el segundo sería “matrimonio” precisamente porque su celebración formal lo constituiría en realidad legal y oficial. El matrimonio, pues, sería la forma legal de “hacer las cosas” entre un hombre y una mujer; y las otras serían formas extralegales.

Formalismo y legalidad son hoy dos espesas cortinas de humo que dificultan extraordinariamente la percepción de la verdadera naturaleza de la alianza matrimonial o pacto conyugal. Importa mucho, pues, centrar el auténtico núcleo de lo que ahora nos interesa: el *sí* de los

contrayentes y olvidar por un instante el envoltorio de solemnidades, formas, ritos, costumbres o requisitos legales que "envuelven" ese "sí".

La cuestión es de capital importancia, porque en ella se juega la distinción entre realidad natural del matrimonio y apariencias legales, entre el ser matrimonio verdadero y el parecerlo con la ayuda de la legalidad.

Las formalidades burocráticas previas a la celebración del matrimonio; la forma estricta y las solemnidades que acompañan el momento preciso en que se contrae; la sensación de que al casarse y para casarse hay que "toparse" con el Derecho y pasar por lo que éste prescribe obligatoriamente, contribuyen poderosamente a crear la convicción —bastante extendida— de que el matrimonio es, *ante todo*, una realidad legal, una estructura prevista por la ley para legalizar las relaciones sexuales, un producto jurídico; algo, en suma, que se superpone, artificialmente, sobre la historia sentimental de los contrayentes convirtiéndola, por obra y gracia de la legislación, en "matrimonio".

El matrimonio, entonces, tiende a oscurecerse como realidad interpersonal y natural entre los contrayentes, para asimilarse a una realidad legal, formalista y burocrática. Cuando esto ocurre, se ha perdido el sentido más real y más natural del verdadero matrimonio. Se confunde al "matrimonio" con la "burocracia matrimonial". (Viladrich).

Antes que realidad legal positiva, el matrimonio y el derecho natural a casarse son realidades naturales, consustanciales con la propia naturaleza humana, cuya esencia y línea maestras son fijadas por esa misma naturaleza humana. El legislador, en un *segundo momento*, puede regular ordenadamente el ejercicio de este derecho a casarse. Ello explica la conveniencia de una normativa o "derecho matrimonial". Pero es claro que el matrimonio, como unión conyugal, no es un fenómeno legal *primariamente*, sino una realidad natural y previa a la legalidad. Cuando el legislador la regula, para garantizar su ordenado ejercicio, no debe desvirtuar esa realidad natural, sustituyéndola por un artificio legal, como tampoco debiera cambiar, con las leyes, las líneas maestras de lo que el matrimonio es por exigencia de la naturaleza.

Claro está que un determinado sistema matrimonial —ejemplos los ha habido en la historia y los hay en el presente— puede extralimitarse llamando *legalmente* matrimonio a una unión de un varón y una mujer que en verdad lo único que desean es utilizar la ceremonia como vía para obtener la nacionalidad de un país o la posibilidad de emigrar (negocio indirecto); puede obtener calificación "legal" de matrimonio

una unión prevista por los contrayentes sólo para fines hereditarios, excluyendo todos los fines objetivos del matrimonio; o una unión para unas vacaciones o para dos años; o una unión en la que se rechaza toda apertura a los hijos; o una unión contraída por fuertes coacciones familiares contra la legítima libertad de los contrayentes; o, por señalar un ejemplo extremo, una unión de homosexuales.

Si tenemos clara la distinción entre realidad natural y legal, así como la primacía de lo natural sobre lo legal, en tal caso todos estos ejemplos no son más que supuestos de "matrimonios legales" en los que no existe el *matrimonio natural*. Por mucho que, por ejemplo, dos homosexuales tengan en su poder un acta matrimonial, entre ambos no existe la *realidad natural del matrimonio*, ni podrá existir jamás.

Cuando esta extralimitación de las normas jurídicas se produce, en cualquiera de sus formas, pero en especial en aquellas adulteraciones que desvirtúan lo natural ("uno con una") y la indisolubilidad ("para siempre"), la realidad natural del matrimonio tiende a ser sustituida por una simple situación legal. En tales sistemas matrimoniales, el "matrimonio" acaba siendo un término amplio y ambiguo, que engloba relaciones muy diferentes las unas de las otras con contenidos "maritales" tan diversos y contradictorios, de suerte que el único punto en común viene a ser el hecho de las iguales formalidades legales de su celebración. En este sentido, el "matrimonio", entendido como pura situación legal, acaba confundiendo con unas formas de celebración y con el estado de legalidad que de ellas se obtiene.

Este fenómeno de "vaciamiento" del matrimonio, muy generalizado en el panorama jurídico actual, se presenta con extraordinario vigor en los sistemas jurídicos divorcistas. En efecto, cuanto más divorcista es un sistema legal, menos interés tendrá para los contrayentes y para el legislador asegurarse de que el "sí" o consentimiento ha sido auténticamente pleno y total. La razón está en que, haya sido auténtico o haya tenido defectos, el "sí" no produce un efecto indisoluble desde el momento en que se admite la disolución del matrimonio mediante el divorcio.

Esto comporta para un sistema divorcista tres grandes dificultades: De un lado, este sistema propala una progresiva *trivialización* o *banalización* del "sí" o consentimiento, pues deja de ser importante un "sí" del que uno puede desdecirse.

De otro lado, aumenta la creencia de que "casarse" es un acto de conformismo social, un "pasar por la ventanilla burocrática de la ley"

para obtener el permiso o documento según el cual ya se pueden tener relaciones sexuales o hijos con "honorabilidad social" dentro de la legalidad.

Finalmente, la equívocidad: un sistema así acaba otorgando indiscriminadamente el calificativo de "matrimonio" a un conjunto de uniones, extraordinariamente diversas y contradictorias, que tienen poco que ver con el estricto sentido natural de la *unión conyugal*.

Como resultado, se difumina el sentido natural y estricto del matrimonio, y se termina integrando bajo el nombre puramente *legal* de matrimonio, toda una serie de fórmulas sexuales cuyo único denominador común reside en que las partes han "pasado ante el juez" y tienen un certificado legal. Dado que el contenido real de esas uniones es diversísimo y contradictorio, y su único punto común es la formalidad de "haber pasado frente a la ventanilla de la ley", el matrimonio queda convertido en una palabra que no significa otra cosa que "una formalidad legal y social convencional" carente de contenido preciso, concreto y estricto. (Viladrich).

La reacción de muchos jóvenes que no quieren adulterar la autenticidad de sus historias sentimentales pasándolas "por la formalidad social, legal y convencional" del matrimonio, encuentra, desde esta perspectiva, una honda y seria justificación. En efecto, si "matrimonio" no significa otra cosa que un mero documento legal o una formalidad social, cualquiera que guarde un residuo de autenticidad, de sensibilidad y de gallardía frente a los convencionalismos hipócritas y vacíos, ha de pensar —sobre todo si, encima, de ese "matrimonio" siempre puede uno echarse atrás con el divorcio— que ¿para qué hay que casarse? ¿quién le ha dado al legislador, al juez y al poder la autoridad para —supuesta esa concepción formalista y divorcista del "matrimonio"— decir que sólo son "honorable socialmente" las uniones que acepten pasar por su "trámite burocrático"? ¿Qué diferencia de fondo existe entre una relación sexual pactada "hasta que nos cansemos", que pasa por el despacho del juez para su "legalización", y otra exactamente igual, "pactada mientras no nos cansemos", cuyos sujetos consideran superfluo pedirle permiso al juez para fundar ese tipo de relación? Cuando, desde el punto de vista del contenido, ambas relaciones sexuales son idénticas: "hasta que nos cansemos", ¿no es una muestra de conformismo, superficialidad e hipocresía, solicitar una "legalización" y pensar que, con ésta en la mano, la relación sexual ya ha quedado transformada en algo sustantivamente distinto de aquella

otra relación sexual, cuyos sujetos, sin embargo, la fundaron y la viven al margen del juez?

En la práctica, los matrimonios contraídos ante el juez del Registro Civil por personas que posterior o anteriormente han acudido o acudirán ante un ministro de su religión, para vincularse matrimonialmente son, en nuestro concepto, *negocios jurídicos simulados*, ya que los contrayentes manifiestan su deseo de contraer matrimonio *sin que su voluntad interna lo quiera*, porque o *ya lo han contraído* —si han acudido al ministro de su religión con anterioridad— en cuyo caso no se puede *volver a contraer*, o porque *lo van a contraer* —si acudirán al ministro posteriormente— en cuyo caso *no quieren contraerlo ahora*. Ocurre, en síntesis, que sólo desean los *efectos civiles* del matrimonio, pero no desean, en *ese momento*, el matrimonio mismo; desean, sí, pactar la sociedad conyugal o la separación de bienes, o un régimen mixto; desean que a su matrimonio se le reconozca ante la ley civil para que el Estado los tenga por casados, pero no le dan eficacia creadora del vínculo matrimonial a esa manifestación de voluntad, ya que de otra forma no habrían concurrido con anterioridad ni concurrirían posteriormente al ministro de su religión para expresar el consentimiento matrimonial.

De lo anterior se desprende que el negocio jurídico matrimonial está, por tal causa, drásticamente segmentado, ya que, de una parte, el Derecho positivo sólo otorga categoría jurídica al acto que se realiza ante funcionarios del Registro Civil y conforme a específica y meticulosa reglamentación; y de otra, las partes sólo suelen conceder *efectos vinculantes* a la declaración de voluntad que realizan ante un ministro de su religión, también conforme a específica y rigurosa normativa.

Tal disfuncionalidad y drástica separación —cuando hay voluntad *vinculante* suele no haber *reconocimiento jurídico-positivo*— nos sirve también como punto de partida para intentar hacer algunas precisiones sobre la institución familiar y, principalmente, del negocio matrimonial del que suele traer causa.

II. PROTECCIÓN A LA FAMILIA

Una característica común a los ordenamientos jurídicos de nuestro tiempo, es la proclamación de la especial protección que merece la familia y ello porque ésta constituye un elemento fundamental de la sociedad. Se ha dicho, no sin razón, que la familia es el núcleo de la

sociedad; y si el Estado, por medio de un ordenamiento jurídico, pretende conservar y regular la sociedad por la cual vive, habrá de proteger a la familia —se dice— so pena de desaparecer.

En efecto, es posible observar una cada vez mayor conciencia de la importancia de la familia y sin embargo, en paralelo, por virtud de una inquietante paradoja, ésta es objeto hoy de constantes y gravísimas violaciones.

Quizás no se pueda hallar otro periodo, como el que va desde las grandes revoluciones del siglo XVIII hasta nuestros días, en el que tantas energías se hayan entregado en el campo del pensamiento y de las ciencias sociales, en los textos jurídico-políticos constitucionales e internacionales, en la doctrina jurídica y en los más variados campos de la especulación en relación a la temática de la sexualidad humana, para obsequiar a la familia de una efectiva tutela. ¿En qué otra época ha habido la actual sobreabundancia de bibliografía de las diversas ciencias sobre alternativas familiares, propuestas de las grandes ideologías filosófico-políticas, literatura de ensayo y divulgación, políticas demográficas de los Estados y Organismos Internacionales, movimientos asociativos y reivindicativos en materia sexual, matrimonial y familiar, cambios legislativos del Derecho de Familia, etc.? No obstante —he aquí la extraña paradoja— toda esa imponente dedicación de energías en busca de una mejor fórmula familiar coincide en nuestra época con una degradación —no menos imponente— de la institución misma. Allí donde se han puesto notables esfuerzos parecen recogerse pésimos resultados: el descenso de la tasa de matrimonios contraídos, el incremento del aborto clandestino y legalizado, las rupturas matrimoniales de hecho y de derecho, el número de niños abandonados y maltratados, el suicidio infantil y juvenil; las psicopatologías de niños y adolescentes de origen familiar, el índice de delitos sexuales, etcétera, dan cuenta de ello.

Resultan muy ilustrativos, sólo por referirme a algunos, los siguientes ejemplos: el artículo 16, apartado 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU (10 de diciembre de 1948) que dice:

“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

La IX Conferencia Interamericana, en el artículo 6 de su declaración establece:

“Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y recibir protección para ella”.

Tal es el caso también del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, del 16 de diciembre de 1966, que en su artículo 10, apartado 1, dice:

“Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges”.

Los textos internacionales señalados y otros muchos no se limitan al reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, sino, además, exigen su protección por parte del Estado.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU (16 de diciembre de 1966), en su artículo 23, apartado 1, dice:

“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

En la misma dirección la Convención Americana de Derechos Humanos, de la CEA (22 de noviembre de 1969), en su artículo 17, apartado 1, dice:

“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y medio natural para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros, especialmente de los niños y los jóvenes, debe ser ayudada y protegida para que pueda asumir plenamente sus responsabilidades en la comunidad”.

Un problema inicial, en el que abundaremos, reside en que la noción familiar se ha ido desdibujando al punto de que es difícil encontrar un concepto unívoco de la misma. Si se carece del concepto será más problemático aún obtener un consenso para determinar cuáles son los derechos fundamentales de la familia que el Estado debe proteger y el alcance de los mismos.

Debe hacerse patente —dice Fuenmayor— que respecto a la familia, asistimos a un proceso de *diferenciación progresiva* entre derechos fundamentales y valores fundamentales. Por ello los derechos familiares se nos presentan profundamente ambiguos por admitir contenidos muy variados e incluso contradictorios. Es aquí donde surge un grave problema ya que, como es obvio, los derechos fundamentales han de ser, *en su contenido concreto*, valores fundamentales; y los “valores” fundamentales sufren un proceso por el cual dejan de tener un fundamento universal al dar cada quien el carácter de “valor fundamental” a lo que quiere. Así los derechos fundamentales se convierten

necesariamente en recipientes y continentes vacíos, que han de llenarse, según los diferentes vientos que corran, con los más diversos contenidos o valores que, por lo mismo, suelen ser contradictorios.

Por ejemplo, el artículo 6 de la Constitución alemana proclama solemnemente que:

"El matrimonio y la familia están bajo la protección especial del orden estatal".

Este derecho fundamental —estar bajo la protección del Estado— no incluye ninguna garantía de concepciones, de convicciones, de actitudes en relación con valores determinados, y así, cada cual vertirá en estos derechos —porque esta posibilidad se la ofrece la misma Constitución— valores éticos del más diverso significado. Para ilustrar lo anterior, baste citar por ejemplo, las paradigmáticas conclusiones a que sobre política familiar se llegó en el Congreso de los social-demócratas (Hamburgo, 1977) en ese país. En efecto, este sector político entiende que:

"Las familias son comunidades de vida duradera de uno o varios adultos con uno o varios hijos" y que:

"De la unión de los adultos e hijos de una familia resultan derechos y obligaciones mutuas".

En estas conclusiones no se considera como elemento constitutivo de la familia ni que los adultos sean de distinto sexo, ni tampoco que sean como máximo dos personas; de este modo cualquier comunidad de adultos con hijos es una familia, sin importar, quizás, que los adultos sean del mismo sexo.

Este concepto de familia —comunidad de vida duradera de uno o varios adultos con uno o varios hijos— sobrepasa, al menos, los límites del concepto familiar con el que, salvo excepciones como ésta, muchos hemos denominado en Occidente —por lo menos hasta ahora— a esta célula de la sociedad, expresión ésta tan socorrida que es difícil localizar su autoría.

III. EL CONCEPTO DE FAMILIA

La proclividad de algunos por liberar el concepto *familiar* del necesario acotamiento que le corresponde según naturaleza es, a nuestro juicio, causa y efecto del devaluado tratamiento jurídico con que el ordenamiento dispensa, en la práctica, a la familia y al matrimonio; y ello a pesar de esa pretendida tutela de la que hablábamos y que nos

sigue resultando profundamente paradójica. Entiendo que suponer que la familia carece de una mínima estructura esencial permanente, como si se tratara de una plastilina infinitamente elástica y dúctil, es aniquilar, por deletéreo, el concepto mismo. La familia no es algo equiparable a una pequeña nube de gas de nula densidad, como parecen entenderla los social-demócratas alemanes, que pueda expandirse o comprimirse a placer para ser susceptible de caber en cualquier recipiente o modelo. Con un tipo de materia así se podría hacer lo que nos viniera en gana: todo lo admitiría, todo le convendría, porque no poseería nada esencial propio.

Pero, ¿qué debemos entender por familia? En una muy sumaria aproximación, y a los efectos de lo que aquí exponemos, cabe distinguir a la familia por el diverso soporte socio-jurídico en que descansa: la familia denominada por algunos como "legítima" que es, al decir de Sánchez Agesta, "el grupo constituido por un hombre y una mujer que han contraído matrimonio para vivir en comunidad conyugal duradera bajo un mismo techo, en unión de sus hijos y eventualmente de sus ascendientes, para satisfacer en común ciertas necesidades y asistir a los hijos y dirigirles su educación". A su lado, podemos observar que la convivencia *more uxorio* consigue, día con día, más adeptos y hace una serie competencia a la institución conyugal para constituirse también en origen de relaciones familiares.

Encontramos así, enfrentados, dos tipos o modelos de comunidades familiares: aquellas que tienen su origen en el matrimonio y otras —fundadas como aquél también en la libertad— originados por quienes han decidido prescindir del matrimonio para organizar su vida afectiva y sexual.

Algunas relaciones extramatrimoniales, que sólo son estables *de hecho*, pueden dar lugar, sin duda, a relaciones familiares. Tal es el caso de las paterno-materno-filiales originadas en las uniones concubinarias. En efecto, por causa de la libertad de que gozamos, podemos unirnos matrimonialmente o extramatrimonialmente y en este rubro caben, evidentemente, las más diversas fórmulas y alternativas de comunicación sexual: desde el concubinato, el amor libre, la poligamia, la poliandria, hasta en el otro extremo, el homosexualismo y el lesbianismo.

Pero ¿esto significa que deben admitirse desde ahora como familias a cualquier grupo que pretenda ese nombre, desde la "familia Manson" al "matrimonio" de homosexuales?

Algunas de las fórmulas mencionadas pueden dar lugar, en efecto, a grupúsculos, cuya nociva influencia en la sociedad y eventual penalización, en su caso, debería a nuestro juicio, estudiarse cautelosamente.

Otros modelos familiares más comunes, que recogemos sintéticamente son:

a) Las familias que sólo son "de hecho", cuyo soporte es sociológico y no jurídico, porque no hay vínculo; tal es el caso del concubinato. Aquí se incluyen la llamada "cohabitación juvenil", el "matrimonio a prueba" y la "unión libre" de parejas de edad más avanzada.

b) Casas con una sola cabeza de familia, el padre o la madre. El aumento de los hijos habidos extramatrimonialmente y el apogeo del divorcio han fomentado multitud de relaciones familiares de este tipo.

c) Familias "mezcladas" que, de hecho, vienen a agrupar en su seno los restos del divorcio.

El amplio espectro de significados coadyuva a que la ambigüedad señoree en el panorama del gracioso otorgamiento de derechos fundamentales a la familia, pues es evidente que al admitirse como familiares a los más diversos grupos, esos derechos son susceptibles de aceptar los más diversos y contradictorios contenidos. Se garantizan y desgarantizan, por tanto, valores éticos de muy diferente significación, y al garantizar unos se desgarantizan otros. De aquí que los derechos fundamentales se hayan transformado en simples coberturas, en meros vehículos y en cáscaras vacías que serán llenadas con un contenido del más variopinto significado ofrecido por los principios que inspiran a los diversos ordenamientos jurídicos, que harán su opción en consonancia con los valores éticos en que cada uno quiera inspirarse. Hay en el Derecho alemán un autor que ha propuesto el siguiente concepto de *familia*: aquel que es vigente en la legislación al momento de promulgarse.

Una explicación de este fenómeno —los diversos significados, en ocasiones contradictorios, y la ambigüedad de los derechos fundamentales en relación a la familia— se obtiene después de considerar que el Derecho Positivo no es más que una obra humana —del legislador— encaminada a la *realización* de unos valores. El Derecho encierra siempre en su seno la aspiración de encarnar unos valores, ya que, como afirma un sector de la doctrina, la técnica no existe en Derecho en estado puro.

IV. CONEXIÓN ENTRE FAMILIA Y MATRIMONIO

La permanente conexión entre la familia y el matrimonio se nos presenta como evidente: ésta es la raíz y fundamento natural de aquélla.

Toda lesión de los caracteres esenciales que configuran al matrimonio según naturaleza —la unidad y la indisolubilidad— por obra de los ordenamientos jurídicos provocará una crisis de la institución matrimonial con su correspondiente reflejo en la configuración de la familia. Hoy podemos observar que los nuevos derechos matrimoniales coadyuvan eficazmente a la producción de los diversos modelos de familia, a que ya hemos aludido.

El Derecho matrimonial de los ordenamientos occidentales de hoy tiene en común, y como nota característica, su inspiración en lo que Fuenmayor califica el "principio de neutralidad" o "ideología del permisivismo" que colocan al matrimonio y la familia en tesitura de perder su entidad objetiva. Es entonces cuando se hace patente el retroceso colosal que está sufriendo el Derecho, especialmente en las disciplinas que durante siglos procuraron la tutela de ambas instituciones: el Derecho Civil y el Derecho Penal que merced al influjo del individualismo —incapaz éste de reconocer la idea del mutuo compromiso y de la fidelidad permanente— consigue desconectar la institución matrimonial de la familia reservando la tutela jurídica en favor de la individualidad de los cónyuges que prevalece así, en caso de conflicto, sobre la defensa de los intereses del otro cónyuge y aún de los valores familiares.

Ejemplo de ello es la cada vez más creciente legalización de situaciones que anteriormente eran situaciones de hecho sin relevancia jurídica y la despenalización de conductas lesivas de los valores que, con anterioridad, querían protegerse jurídicamente en el matrimonio.

Somos testigos de un verdadero desmoronamiento del Derecho Penal en lo que atañe a las relaciones conyugales, mediante la despenalización de la bigamia, del adulterio, etcétera. Se trata de un fenómeno que, me parece, tenía que producirse como consecuencia del retroceso que ha protagonizado el Derecho Civil en sus cada vez más benevolentes retrocesos divorcistas. Tal es el caso, por ejemplo, del Código Civil para el Distrito Federal, en el que sólo resta añadir, como causa del divorcio, el repudio unilateral (art. 267).

Esta regresión del Derecho está constituida no sólo porque el Derecho Penal ha desprovisto al matrimonio de la defensa que antes le dis-

pensaba frente a los ataques procedentes de determinadas conductas contrarias a los más graves deberes conyugales, sino porque el nuevo Derecho Civil ha propalado que el matrimonio y el concubinato se haya aproximado el uno al otro, al recorrer ambos buena parte del camino que les separaba. Ahora se reconoce a la "unión libre" o "concubinato" que ha adquirido, poco a poco, derecho de ciudadanía y rango equiparable al matrimonio. "De inmoral o ilícito —escribe Benabent— ha llegado a ser lícita, y aún legal en diversos aspectos, en el sentido de ser ahora una situación "regida por la ley", "incorporada al campo jurídico". Progresivamente, se le han reconocido idénticos o análogos efectos que al matrimonio.

El fenómeno puede sintetizarse así: en el núcleo del nuevo Derecho de Familia la voluntad de los contrayentes es el único árbitro: se vinculan en los términos que convienen, sin limitaciones legales, y se desvinculan, también como quieren, por el divorcio. Así, se arranca al matrimonio uno de sus caracteres esenciales que le distingue del concubinato —la indisolubilidad— y se tiende a permitir el matrimonio aún en el caso de existir impedimentos que antes se consideraban insuperables.

El diverso soporte socio-jurídico de la familia —que tenga o no como fundamento el matrimonio— da lugar, decíamos, a diversos modelos de familia: los fundados sobre el verdadero matrimonio que conserva sus caracteres naturales de monogamia e indisolubilidad, y las que se fundan en otro tipo de uniones provisionales o concubinarias (aunque estén legalizadas) que son estables sólo de hecho.

Podemos afirmar, al menos para las primeras, que su mejor defensa consistirá en la tutela eficaz del matrimonio del que trae origen y esto por la estrecha conexión entre la familia y el propio matrimonio que le sirve de fundamento.

¿Qué contribución del Derecho y del Estado podemos esperar aquellos que creemos en el matrimonio —institución natural, indisoluble y monogámica— como fundamento de la familia que sirva, no ya para evitar negocios simulados como el ya aludido, sino para otorgar una cabal protección a la familia matrimonial? En línea de principio entendemos que en una sociedad pluralista, esa tutela puede y debe consistir, primordialmente, en el reconocimiento de efectos civiles del matrimonio contraído por aquel ciudadano que —como el otro que decide no vincularse jurídicamente y prescindir de las instituciones que el Derecho ofrece— en ejercicio de su legítima libertad, —que también es

esgrimida por los concubinos— y en conformidad con su recta conciencia, lo celebra de acuerdo a normativa que preserva sus caracteres esenciales. Concretamente, en el caso de los católicos, no veo razones por las cuales no puedan celebrar el matrimonio de acuerdo con las normas de la Iglesia, por ser el vínculo que mejor satisface sus exigencias espirituales; toda vez que, en virtud del ordenamiento canónico, el bautizado está obligado en conciencia —si quiere contraer el vínculo matrimonial— a la celebración del matrimonio religioso.

Lo anterior por cauce de la *libertad religiosa* —derecho fundamentalísimo proclamado por todas las Constituciones— que, al decir de Spinelli, no viene salvaguardada obligando a todos a casarse civilmente, contra conciencia, sino *permitiendo* a todos casarse según conciencia y, por tanto, también según el propio credo religioso.

El sistema de matrimonio civil obligatorio vigente en México no se aviene con el pluralismo de la sociedad actual. Admitir como único tipo de matrimonio el regido exclusivamente por el Estado, significa tomar partido en favor de una confesionalidad monocolor de inspiración laicista.

Un sistema matrimonial pluralista no contradice, por lo demás, el principio de igualdad. Antes bien, este derecho exige —cuando el Estado acentúa su propia laicidad con respeto para la libertad religiosa— que la disciplina de los fenómenos sociales de inspiración religiosa (y, entre ellos, el matrimonio) no quede monopolizada por el Derecho común del Estado, ya que este Derecho es insuficiente para satisfacer las exigencias legítimas de orden espiritual de los diversos grupos".

El reconocimiento del matrimonio religioso satisface ampliamente, creemos, el principio de libertad: no se trata de *imponer* a nadie el matrimonio canónico, sino de ofrecerlo como opción a quienes lo prefieran por razones religiosas.

Afirmamos que el Estado debe reconocer también a los ciudadanos católicos el derecho subjetivo a contraer matrimonio católico con efectos civiles, y creemos necesario distinguir —a propósito del reconocimiento de efectos civiles al llamado "matrimonio religioso"— dos sistemas o versiones que existen en los ordenamientos civiles y que son muy diferentes entre sí. Ambos coinciden en ser sistemas facultativos, en cuanto dan opción a los contrayentes para celebrar su matrimonio en forma civil o en forma religiosa, es decir, ante el funcionario civil o ante un ministro religioso y según el rito de éste. Aquí la ceremonia religiosa cumple, ante el ordenamiento del Estado, la función propia

de la forma *ad validitatem* y no es algo externo o ajeno al acto jurídico, como ocurre en aquellas otras legislaciones que, como la nuestra —sin perjuicio de establecer en toda su pureza el sistema de matrimonio civil obligatorio— permiten a los contrayentes (en cuanto, al menos, no lo prohíben) que asistan a una ceremonia religiosa con ocasión de su matrimonio antes o después del acto civil. La ceremonia religiosa es, en este último supuesto, jurídicamente irrelevante para el ordenamiento secular.

Con el fin de distinguir las versiones de los dos sistemas facultativos, se utilizan en su denominación apelativos que hacen referencia al área geográfica de su aplicación o a su congruencia con la doctrina teológica que, acerca del matrimonio, profesan las respectivas confesiones religiosas a cuyas aspiraciones tratan de corresponder.

Se denomina sistema facultativo de tipo protestantes —o sistema anglosajón— a la versión de alcance más reducido, por cuanto la facultad electiva de los contrayentes queda limitada a la forma de celebración. Este sistema responde satisfactoriamente a las aspiraciones de las comunidades cristianas protestantes, que niegan al matrimonio su naturaleza sacramental, pero conservan, sin embargo, el carácter sacro de su celebración. El matrimonio es, en la teología protestante, un asunto meramente civil, por lo que compete al Estado su completa regulación jurídica. Esto explica que, en el mundo anglosajón, el Estado concediese a sus ciudadanos la posibilidad de elegir entre la celebración del matrimonio en forma religiosa —modalidad a la que se ha llamado "matrimonio religioso"— o en forma civil. Se trata de una terminología que puede inducir a confusión. En este sistema de matrimonio facultativo de tipo protestante, el término "matrimonio religioso" sirve tan sólo para designar una forma peculiar de celebrar el matrimonio civil. Por eso, en estos países el matrimonio canónico no es reconocido como tal, pues a los católicos se les trata como a los miembros de las restantes comunidades religiosas: pueden contraer matrimonio civil, bien en forma civil, o en forma religiosa.

Muy diferente en su estructura y características es el sistema de matrimonio facultativo de tipo latino, llamado también de tipo católico, que corresponde a las aspiraciones de la Iglesia Católica, que no quedan satisfechas en el sistema facultativo de tipo protestante. En el sistema de tipo latino, que debería, a nuestro juicio ser vigente en México, la ley civil ofrece la alternativa entre dos regímenes matrimoniales diferentes: el régimen civil y el régimen canónico: los contrayentes

pueden elegir entre el "matrimonio civil" y el "matrimonio canónico". Lo que se reconoce por parte de la ley civil es la existencia del matrimonio canónico, es decir, de unas normas del ordenamiento de la Iglesia Católica reguladoras del matrimonio, no sólo en cuanto a sus requisitos de validez (condiciones de capacidad, impedimentos, consentimientos, etcétera), y en cuanto a la resolución de los conflictos conyugales. El Estado reconoce, en su integridad, o con algunas cortapisas —si estima que así lo exige la tutela de su orden público— el régimen jurídico de la Iglesia, es decir, el "matrimonio canónico". En este sistema, el Estado no impone el matrimonio canónico a ningún ciudadano, pero el que —haciendo uso de la opción que le reconoce la ley civil— se coge al régimen jurídico del matrimonio canónico, queda en lo sucesivo vinculado a este régimen, por el doble imperativo del ordenamiento canónico y del ordenamiento secular.

Las dos versiones del sistema facultativo constituyen fórmulas satisfactorias en relación con las pretensiones a las que tratan de responder respectivamente. Ambas se atienen de modo congruente a las demandas de quienes les dieron origen históricamente. Las confesiones protestantes pidieron a los Estados solamente el reconocimiento del rito de celebración, y se conformaron gustosamente con el Derecho del Estado sobre el matrimonio: pidieron y obtuvieron un matrimonio civil en forma religiosa. La Iglesia Católica siempre ha solicitado el reconocimiento de su régimen matrimonial, y ha combatido el matrimonio civil en cuanto que esta nueva institución —nacida como réplica al matrimonio canónico— constituía un arma del Estado para desconocer la competencia, legislativa y judicial, de la Iglesia en materia matrimonial.

En suma, en el sistema facultativo de tipo protestante o anglosajón existe una sólo *clase* de matrimonio, con dos *formas* de celebración: matrimonio civil en forma civil y matrimonio civil en forma religiosa. En el sistema facultativo de tipo católico o latino, el Estado reconoce dos *clases* de matrimonio: el civil y el canónico, regidos por dos ordenamientos diferentes, aunque —sin mengua del sistema— cabe aplicar a ambos algunas reglas que, por eso, se denominan "reglas comunes".

V. DEFENSA DEL MATRIMONIO INDISOLUBLE

Una de las manifestaciones más claras de la actual crisis de la familia es el rechazo frecuente de la fidelidad conyugal que está legalmente consagrada —y, de modo implícito estimulada— mediante el

régimen jurídico del divorcio vincular, que se ha enseñoreado en los más diversos meridianos jurídicos. Su difusión significa un salto atrás, un retroceso en el logro del perfeccionamiento moral que representa el matrimonio monogámico, estable, arraigado durante siglos en los ordenamientos seculares.

Aunque por fuerza de la brevedad no podemos abundar, entendemos, por nuestra parte, que las propiedades esenciales de matrimonio —su unidad e indisolubilidad— no son ideales exclusivos del mensaje cristiano; no son una cuestión católica. Se trata de notas esenciales, íncitas en la naturaleza del matrimonio y no susceptibles de transacción en aras al consenso. Ingredientes son, por tanto, de toda legítima *unión conyugal* y no sólo del matrimonio canónico. Ciertamente la libertad del hombre le permite prescindir del matrimonio y buscar una fórmula que mejor satisfaga sus intereses para organizar su vida sentimental y sexual, y, en esta línea, puede optar, ya lo dijimos, por otras fórmulas de comunicación sexual: el concubinato, por ejemplo, es figura claramente diferenciada del matrimonio, en tanto que sólo éste es la unión indisoluble de uno con una y para siempre, para cumplir con los fines que le son propios.

Por la libertad, decía, el hombre puede hacer con su vida lo que quiera, pero ello no significa, de ninguna manera, que cualquier tipo de unión o fórmula de comunicación sexual se *constituya en matrimonial* por la simple fuerza del querer mismo, por intenso que éste sea. Sólo es matrimonial aquella unión que contempla las piezas fundamentales de la institución —la distinción de sexos complementarios, la unidad e indisolubilidad, la fecundidad, la sociabilidad como entrega estable, la libertad y el amor personales, la ayuda mutua— como *datos naturales* y no como hojas en blanco en las que cualquier cosa se puede escribir. No son éstas, piezas sin contornos, blandas y moldeables como la plastilina de la que hablábamos, con las que cabrían mil combinaciones válidas todas por igual.

Son, por el contrario, piezas con un contenido dado, que ya está escrito en lo esencial y básico. Por ser naturales no permiten ser sustituidas por sucedáneos artificiales. Tienen —en palabras de Viladrich— vigorosos y exigentes contornos —como las piezas de una figura de rompecabeza— que sólo admiten una combinación verdadera y plena. Por ser naturales, son piezas que tienen unos concretos *límites de tolerancia*, de manera que si se traspasan esos límites la pieza se degrada, se deteriora en ocasiones de forma irreparable y queda inservible.

Lo explicaré con un fácil ejemplo. Uno de los aspectos positivos de la mentalidad de los últimos años es, sin duda, el extraordinario grado de sensibilidad con que todos valoramos la conservación de la naturaleza y la tutela decidida del equilibrio ecológico. El hombre moderno posee la profunda convicción —tras amargas experiencias que todos sufrimos— de que no podemos manipular la naturaleza como mejor nos venga en gana o como mejor plazca a ciertos intereses económicos. El equilibrio ecológico es muy delicado y de su mantenimiento depende la supervivencia de la humanidad. Los vertidos industriales indiscriminados e incontrolados, por ejemplo, destruyen la vida en los ríos y nos impiden calificar de ríos a ciertas corrientes viscosas, espumeantes y turbias que discurren por donde existía un río vivo. Las mareas negras de ciertas catástrofes de buques petroleros, los escapes de gases altamente tóxicos, la contaminación atmosférica, la polución, el ruido, etcétera, nos han demostrado hasta la saciedad que la naturaleza tiene unos *límites de tolerancia*, que esos límites no se pueden cambiar a placer, y que no pueden traspasarse impunemente, porque de hacerlo el equilibrio ecológico se rompe, la naturaleza se degrada, a veces de manera irreversible, y la vida se hace imposible.

Exactamente lo mismo ocurre con todas aquellas piezas naturales, también de la sexualidad humana, que se ordenan al matrimonio. Son piezas con unos naturales límites de tolerancia. Si estas piezas se manipulan arbitrariamente, según los más variados intereses y apetencias de cualquiera —ya se ha sugerido en algún foro jurídico, por ejemplo, el matrimonio de homosexuales— si se traspasan sistemáticamente los límites de su tolerancia, esas piezas se degradan. Pero esas piezas no son las aguas, los árboles o la simple naturaleza física. Esas piezas son aspectos del hombre. Por eso, cuando se manipulan más allá de sus límites de tolerancia, quien se degrada es el propio hombre, hasta convertirse en un ser despersonalizado y diluido, en una sombra y sucedáneo de la verdadera persona.

Tengo la esperanza de que podremos extraer con cierta facilidad cuáles son las consecuencias de la ley de los límites de tolerancia. Debemos percatarnos no sólo de que la sexualidad humana —como la naturaleza que nos circunda— tiene unos límites naturales de tolerancia, sino descubrir que cuando se traspasan caprichosamente, el hombre —como un río sometido al vertido de detritus— se degrada, se deshumaniza, se desnaturaliza.

Los límites naturales de tolerancia, pues, se pueden traspasar, pero no impunemente. El resultado es la degradación. Por eso, de la misma manera que la conservación del equilibrio ecológico es una cuestión de supervivencia para una humanidad que quiera seguir viviendo como hombres dignos, y es, por tal causa, una cuestión en la que todos somos responsables, también la conservación de la sexualidad en sus más depurados límites naturales de tolerancia es una cuestión que afecta a la responsabilidad de todos, pues es claro que de una sexualidad sana y natural depende en importante medida el grado de dignidad y humanismo de las nuevas generaciones que procreamos y educamos. Por eso, la cuestión matrimonial como la cuestión sexual no son cosa trivial —como la moda que nos gusta— ni tampoco cosa del capricho individual y privado —como la elección de nuestro club favorito—, sino una cuestión personal, social y pública de extraordinaria trascendencia, en la que la conducta de uno afecta a toda la comunidad social, y para la que es necesaria la cuidada y seria atención de la Ética, el Derecho y la Política.

¿Es plausible la defensa del matrimonio indisoluble garantizado por la ley civil?

El retorno del divorcio por influjo del iusnaturalismo racionalista, que poco tiene que ver con el genuino Derecho Natural, y el protestantismo, produce una incongruencia entre los sistemas matrimoniales civiles y las exigencias mínimas de orden jurídico propias del matrimonio como institución natural.

Se trataría de reconocer al matrimonio una serie de garantías jurídicas protectoras de la estabilidad para fortalecer la institución. Por ello habrían de adoptarse cautelas jurídicas con la *precisa* finalidad de que el *vínculo* del contrato matrimonial que es, por *naturaleza*, perpetuo y exclusivo, no quede sometido al evento posterior del fraude a la ley, del cambio de voluntad de los contrayentes, de los deseos del egoísmo humano que pretenden destruir un acto humano que fue en su momento realizado a través de unas decisiones de voluntad *libres*, sí, y también de naturaleza irrevocable.

Hemos dicho ya que la indisolubilidad del matrimonio no es un bien específico de la Iglesia, exigencia exclusiva de carácter religioso. La indisolubilidad es característica institucional de todo *verdadero* matrimonio y no importa que algunos llamen matrimoniales a uniones que

no lo son. Nos parece que, en estos casos, se trata de un problema de semántica, de suerte que las palabras —por ejemplo matrimonio— no significan ya algo real sino lo que dice, paladinamente, el personajillo de Lewis Carroll en "Trough the Looking-glass": "cuando uso una palabra, significa lo que yo he decidido que signifique: ni más, ni menos.

Por ello el amparo y defensa de la indisolubilidad matrimonial por parte de las leyes puede fundarse en razones no confesionales.

¿Es posible dejar de imponer el régimen divorcista legal, a quienes, al contraer matrimonio, desean que la *irrevocabilidad* de su pacto conyugal quede garantizada por la ley del Estado? El legítimo pluralismo ideológico —si quiere ser congruente— permite defender que se reconozca, en línea de mínimo a todo ciudadano la opción de contraer un matrimonio indisoluble garantizado por la ley civil.

Desde un punto de vista jurídico, la tesis del divorcio vincular y la que sostiene la indisolubilidad del matrimonio hunden sus raíces en dos concepciones distintas de la libertad, que conducen, respectivamente, a negar o a justificar la posibilidad de que el negocio jurídico matrimonial sea un pacto irrevocable. La discrepancia entre ambas posturas estriba en considerar que la libertad impide o, por el contrario, justifica la exigencia y la correspondiente sanción jurídica de la recíproca fidelidad de los contrayentes.

Por eso, cuando una ley civil *implanta* o *rechaza* el divorcio vincular, hace una opción porque elige —como criterio inspirador— una de esas dos concepciones de la libertad que son antagónicas.

Recordemos la tesis de los revolucionarios franceses, al proclamar en 1792 que la indisolubilidad del matrimonio es incompatible con la libertad humana. Esta idea es la que late en el fondo de los ordenamientos jurídicos que aplican el régimen del divorcio vincular a todo matrimonio, independientemente de cuál sea la voluntad de los contrayentes. Azevedo ha observado con agudeza que la característica fundamental de la ley de divorcio consiste en consagrar una prohibición. El Estado prohíbe a los ciudadanos contraer un matrimonio perpetuo. Considera imprudente y antisocial —por tanto, inmoral— un contrato de tal tipo. Por eso lo hace ilegítimo, en el sentido de rehusar darle cualquier relevancia jurídica. No le parece razonable que alguien se obligue por toda la vida a ser fiel a otra persona.

Según esta concepción, el vínculo nacido del pacto conyugal es un vínculo claudicante, que se asemeja en su eficacia a la función que cumplía la *affectio maritalis* en el Derecho romano.

Frente a ese pretendido derecho al divorcio, se ha hablado, no sin razón, de un derecho fundamental a la indisolubilidad del matrimonio, que debe amparar la ley civil para tutelar a quienes optan por un matrimonio indisoluble, al tiempo de contraerlo. Y como fundamento de tal derecho se ha invocado también la libertad. Se ha dicho que "la defensa de la indisolubilidad del matrimonio se apoya en este principio esencial: la libertad humana". (Cotta).

De aquí esta importante y elemental conclusión: cuando el legislador civil establece un régimen de divorcio vincular aplicable a todo matrimonio con criterio igualitario, no está sirviendo al principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, aunque esto pudiera parecer en un examen superficial. Lo que hace es tomar partido —en un tema de máxima importancia— en favor de uno de los términos de la alternativa a que antes me he referido. Y lo hace en obsequio a quienes tienen una determinada concepción de la libertad; al propio tiempo que rechaza toda tutela jurídica a los contrayentes que tienen un concepto diferente del uso de la libertad en relación con su vida conyugal.

Vamos a ocuparnos, finalmente, de la hipótesis, que es nuestro caso, en que el ordenamiento civil admite el divorcio con referencia a todo matrimonio con criterio uniformista. Se trata de explicar cuál sería el fundamento de una posible excepción a ese régimen uniformista, para admitir —frente al supuesto de un matrimonio *disoluble*, al que, por voluntad de los contrayentes se aplicarían las disposiciones divorcistas de la ley— el supuesto, igualmente protegido por la ley, de un matrimonio indisoluble.

Lo primero que es necesario explicar es la inconsistencia de un argumento —frecuentemente invocado— según el cual el régimen divorcista no afecta para nada a los cónyuges que desean que su vida matrimonial se desarrolle conforme al modelo del matrimonio indisoluble. Suele decirse que si esos cónyuges no quieren el divorcio, la ley no les obliga, pues basta que no ejerciten la acción legal. En este sentido —se añade— el divorcio es optativo.

El argumento no convence. No puede decirse que el régimen de divorcio entraña en sí una opción. Esto sería cierto en el sistema legal que únicamente admitiera el divorcio por mutuo consentimiento, evitando con ello su aplicación en el caso de oponerse uno de los cónyuges. Pero no es éste el verdadero nudo de la cuestión. Se trata de algo muy diferente. Se trata de dotar de tutela legal al compromiso matri-

monial de quienes han rechazado para toda su vida la sombra del divorcio.

Se ha escrito que "el solo hecho de saber el compromiso que van a contraer es irrevocable, incita a la pareja a no aventurarse a la ligera en el matrimonio y constituye una fuente de energía para superar la crisis que pondrá en peligro su unión. Por el contrario, la sola idea del posible divorcio queda agazapada en el fondo de su compromiso y condiciona sus reacciones ante las dificultades matrimoniales. Evidentemente, nadie se casa con la perspectiva de divorciarse, sino con la de consolidar esa unión. Pero quien tiene a mano la posibilidad de una retirada, no lucha con tanto empeño como quien ha quemado las naves" (Aréchaga).

La defensa de la indisolubilidad del matrimonio ha sido tarea encomiable de muchos. Ahora se trata de defender la indisolubilidad pero *con tutela de la ley civil*, de dar protección legal a todos aquellos que, al tiempo de contraer matrimonio, desean afianzar su unión con un horizonte sin sombra; a quienes, en legítimo ejercicio de un derecho, quieren ver tutelada civilmente la irrevocabilidad de su pacto conyugal.

Esta tesis —defender la indisolubilidad del matrimonio *con tutela de la ley civil*— fue defendida, hace más de 40 años, por León Mazeaud, que escribió:

"Unos quieren un matrimonio que sea disuelto por el divorcio; los otros, un matrimonio indisoluble". Entonces que cada cual elija. ¡Nuestras leyes han decretado sucesivamente el matrimonio indisoluble, luego disoluble. Que lo decreten disoluble o indisoluble a elección los futuros esposos!

Ciertamente, hay futuros esposos que no tienen confianza en el porvenir. Demasiado constantes o demasiado cautos, prevén un acuerdo sin un mañana. Carecen del heroísmo de atar una vida por algunos días de felicidad. ¿No hay que ofrecerles, sino una cadena sin llave, excluirles del matrimonio, empujarlos al concubinato?

Pero los otros. . . Todos aquellos que ponen en su promesa el don de la vida entera. Aquellos que tienen fe en el mañana. Aquellos que quieren edificar sobre una roca que no socavarán las posibles tempestades. . . A todos aquellos es traicionarlos el concederles el derecho de traicionar. Han querido un matrimonio perpetuo. Han prometido una indisoluble unión. Se han unido. Ni el legislador, ni el juez, ni la culpa del cónyuge les pueden desunir; porque han consentido en un matri-

monio que el divorcio no puede atacar. No se han reservado ningún medio de separarse. No tienen ninguno, y tienen el derecho absoluto de exigir de su cónyuge que éste mantenga su promesa.

Así pues, ¡que cada cual elija! Dos matrimonios se ofrecen: uno de ellos, que podrá romper el divorcio; el otro que sólo romperá la muerte. El matrimonio deja de ser una superchería en que uno se obliga, pero guardándose el derecho de romper. . .

Tal es la solución del problema del divorcio: el matrimonio facultativamente indisoluble. Nadie puede protestar, porque cada cual continúa siendo libre para unirse hasta la muerte o tan sólo hasta el divorcio. Nadie protestará, salvo los hipócritas, que querrían, a la vez, prometer su vida y conservar la disposición de la misma". (Mazeaud, *Solution au probleme du divorce*, Dijon, 1945).

Sánchez Medal ha defendido esta tesis para el Derecho mexicano; Portero Sánchez, de modo análogo, para España; Dupuis, en Italia; Tapia en Chile. Al de ellos sumamos nuestro modesto parecer.

Si quienes contraen matrimonio como disoluble hacen el verdadero matrimonio o un acto meramente legal, es cuestión a la que ya nos hemos referido.