

MATRIMONIO Y DIVORCIO *

Ramón SÁNCHEZ MEDAL

A principios de este siglo el ilustre civilista italiano Antonio Cicu sostuvo la aproximación del Derecho de familia al Derecho público y su segregación del Derecho privado, basado en que la familia no es una persona jurídica, sino un organismo jurídico, en el que se generan vínculos jurídicos de carácter orgánico, cuyo sello distintivo es la interdependencia de los individuos que la componen y su subordinación a un fin superior, que es el interés familiar y que se distingue del interés individual o privado y del interés estatal o público, todo lo cual determina que en el Derecho de familia deba hablarse de "voluntad familiar", de "órganos" y de "funciones", y que a diferencia de lo que ocurre en el Derecho privado, el centro de gravedad en el Derecho de familia es el "deber" y no el "derecho".

Otro gran civilista italiano, Roberto de Ruggiero hace notar que el contenido ético del derecho de familia se manifiesta claramente como en ningún otro campo jurídico, porque en él influyen como en ningún otro la religión, la moral y las llamadas buenas costumbres.

Antes que jurídico la familia es un organismo ético, hasta el punto de que el Derecho se apropia muchas veces de preceptos éticos para convertirlos en preceptos jurídicos. Así se explica que haya en el Derecho de familia numerosos preceptos sin sanción o con sanción atenuada y aun obligaciones incoercibles, porque el derecho o es por sí mismo incapaz de provocar mediante la coacción la observancia de diversos preceptos, o cree más conveniente confiar su observancia al sentimiento ético, a la costumbre, a otras fuerzas que actúan en el ambiente social.

* Conferencia sustentada el 29 de febrero de 1996 en la Escuela Libre de Derecho de la ciudad de México.

La plena confirmación de ello aparece en varios artículos de nuestro Código Civil.

"Artículo 411. Los hijos, cualesquiera que sean su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes".

"Artículo 422. A las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad incumbe la obligación de educarlo convenientemente".

"Artículo 423. Para los efectos del artículo anterior los que ejerzan la patria potestad o tengan hijos bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo. . .".

El dominante contenido ético del derecho de familia se pone también de relieve porque no obstante la regulación jurídica de las relaciones de familia, los comportamientos reales de sus integrantes se producen generalmente al margen del Derecho y por otro tipo de impulsos y de motivaciones, que explican la aguda observación de Carbonnier: "En el matrimonio el "no derecho" es la esencia; el derecho, el accidente". Así, se ha podido decir con razón que el Derecho sólo entra a funcionar en las relaciones de familia, cuando existen graves crisis en la convivencia espontánea o cuando ésta se ha hecho imposible.

Por todas estas razones el proceso de "desacralización" o de "secularización" de la familia que se inició con la Ley sobre el Matrimonio Civil de 23 de julio de 1859 abrió la puerta a una lenta erosión y deterioro de la familia y del matrimonio.

Durante los tres siglos de la colonia en la Nueva España y las primeras décadas en el México independiente, fue el matrimonio un acto exclusivamente religioso, así reconocido expresamente por las autoridades civiles, las cuales sólo intervenían para derivar de él los efectos de carácter patrimonial entre los consortes y entre los padres y los hijos.

Mediante la mencionada Ley sobre el Matrimonio Civil se desconoció el carácter religioso que hasta entonces había tenido el matrimonio para la inmensa mayoría de la población de nuestro país para hacer de él en adelante sólo un contrato civil, al cual definió años después en su artículo 159 el primer Código civil de 1870 como "la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida".

Esta estructura del matrimonio civil fue elevada después al rango de precepto constitucional, cuando el 14 de diciembre de 1874 en la fracción IX del artículo 23 de las Adiciones a la Constitución Federal, se hizo la expresa declaración de que el matrimonio civil no se disuelve más que por la muerte de uno de los cónyuges, pero que las leyes pueden admitir la separación temporal por causas graves que se determinarán por el legislador, sin que por la separación quede hábil ninguno de los consortes para unirse con otra persona.

Cuando era todavía sólo el jefe de uno de los diversos bandos en plena guerra civil, Venustiano Carranza expidió desde Veracruz dos intempestivos Decretos, uno de 29 de diciembre de 1914 y otro de 19 de enero de 1915, para introducir de improviso el divorcio vincular, ya que por el primero modificó la mencionada Ley Orgánica de 1874 de las Adiciones y Reformas a la Constitución, que reconocía la indisolubilidad del matrimonio, y por el segundo decreto reformó a distancia, también desde Veracruz, el Código civil del Distrito Federal para "establecer que la palabra divorcio, que antes sólo significaba la separación de lecho y habitación y que no disolvía el vínculo, hoy debe entenderse en el sentido de que éste queda roto y deja a los consortes en aptitud de contraer una nueva unión legítima".

La sorpresiva precipitación para introducir el divorcio que ninguna relación tenía con el programa de reformas políticas y económicas que anunciaba el primitivo Plan de Guadalupe y que Carranza propuso en materia social en su discurso en Hermosillo de 24 de septiembre de 1913, fue que Carranza quería satisfacer el interés muy personal de dos de sus Ministros, el ingeniero Félix M. Palavicini y el licenciado Luis Cabrera, que planeaban ya desde entonces sus respectivos divorcios.

Pero no se conformó Carranza con haber introducido esta trascendental innovación, sino que el 9 de abril de 1917 expidió la Ley sobre Relaciones Familiares, usurpando funciones legislativas que no tenía y haciendo, por tanto, que tuviera un grave "vicio de origen por haber sido expedida y promulgada cuando ya existía un Congreso a quien correspondía darle vida", según se hizo notar entonces en el órgano de la Barra Mexicana de Abogados.

A través de esta ley, el concepto del matrimonio de las mencionadas leyes del siglo XIX fue cambiado por esta nueva fórmula en su artículo 13: "contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar la especie y ayudarse a

llevar el peso de la vida". De esta manera confirmó la introducción del divorcio vincular en nuestra legislación civil y enumeró las distintas causas para conseguirlo, incluyendo el mutuo consentimiento, cuyo procedimiento reguló además en su mismo texto dicha ley.

También a través de esta ley se igualó dentro del matrimonio al hombre y a la mujer, suprimiendo la potestad marital del esposo sobre su mujer y confiriendo a ambos consortes la patria potestad, si bien distribuyó en la ley las cargas del matrimonio, porque a manera de regla general impuso al marido el deber de "dar alimentos a la mujer y hacer todos los gastos necesarios para el sostenimiento del hogar" y a la vez atribuyó a la mujer "la obligación de atender a todos los asuntos domésticos; por lo que ella será la especialmente encargada de la dirección y cuidado de los hijos y del gobierno y dirección del servicio del hogar".

Asimismo, esta nueva ley en las relaciones patrimoniales de los cónyuges, sustituyó el régimen legal de gananciales, por el régimen legal de separación de bienes, y a tal extremo se adhirió a este último, que el artículo 4o. transitorio de la ley ordenó que la sociedad legal derivada de aquellos matrimonios celebrados antes bajo ese régimen, se liquidaría a petición de cualquiera de los consortes, y de lo contrario, continuaría tal sociedad como simple comunidad regida por las disposiciones de la propia ley.

Un desaparecido e ilustre maestro de esta Escuela Libre de Derecho, don Antonio Ramos Pedrueza, hizo notar entonces que el régimen de gananciales venía a establecer un equilibrio en favor de la mujer durante la vida del marido, en tanto que el régimen legal de separación de bienes hacía que la situación económica de la mujer decayera gravemente, ya que la regla general en nuestra sociedad mexicana era que la mujer se dedicara preferentemente a las ocupaciones del hogar y que aun en los casos, todavía excepcionales, de que ella trabajara, sus ingresos económicos por lo general eran notablemente inferiores a los que en términos generales podían adquirir los varones. Argumentó, además, que si esta situación prevalecía en vida del padre, al fallecer éste, con arreglo a la Ley sobre Relaciones Familiares era rebajada la viuda a la condición y al nivel de un simple hijo, de tal manera que la viuda en la sucesión de su marido contaba con un solo voto como cualquier hijo, por muy indigno que éste fuera, en tanto que con el régimen legal de gananciales la viuda conservaba un lugar decoroso y respetable, porque no sólo participaba en la mitad

de los bienes dejados por el marido, sino que continuaba provisionalmente con la administración de la totalidad de los bienes dejados en la herencia.

Fueron tan falaces e inanes los razonamientos aducidos por esta Ley de Carranza para abolir el régimen legal de gananciales, y aún para suprimir éste de los matrimonios celebrados con anterioridad, que llegó a circular en esa época, como única explicación para este cambio, el propósito personalísimo de Venustiano Carranza de impedir que el general Cándido Aguilar que se había casado con una hija de aquél, llegara a participar un día de la fortuna de ésta a través de dicho régimen legal de gananciales.

Al entrar a regir en 1932 el vigente Código civil, continuaron sustancialmente los mismos lineamientos anteriores de la Ley sobre Relaciones Familiares, si bien introdujo el Código civil el divorcio administrativo, que prácticamente convirtió al matrimonio en una especie de arrendamiento voluntario, por virtud del cual los cónyuges podían darlo por terminado a su placer en el momento en que lo decidieran.

Por otra parte, con el actual Código civil se inauguró en nuestro país el sistema de atenerse únicamente a los pactos conyugales expresos para regular las relaciones entre los consortes, pero sólo en lo tocante a los bienes de los cónyuges, al suprimir todo régimen legal de bienes en el matrimonio y al obligar, aunque sólo en teoría, a los contrayentes a que en el acto mismo de celebrar su matrimonio eligieran expresamente y hasta reglamentaran, o la sociedad conyugal o la separación de bienes.

Posteriormente, con ocasión del Año Internacional de la Mujer, se reformó en 1975 el Código civil para continuar y completar el *sistema de pactos conyugales expresos*, y hacer desaparecer así el carácter *estatutario e institucional* a las normas jurídicas en materia de matrimonio, particularmente en lo referente al sostenimiento económico del hogar, a la dirección y cuidado del hogar, a la atención y educación de los hijos, a la administración de los bienes de éstos, al régimen conyugal de bienes y hasta a la duración del matrimonio, todo lo cual se dejó a los acuerdos expresos que al efecto convinieran los consortes.

Aparece así en nuestra legislación el concepto desenfrenadamente individualista del matrimonio, en el que la ley nada impone, ni siquiera sule, todo lo hace depender del específico acuerdo de los consortes, con la preocupación primordial de salvaguardar ante todo la

igualdad y la libertad de los consortes, con preferencia a la estabilidad y armonía de la familia y al mayor bien de los hijos.

De esta manera también la familia perdió el carácter *patriarcal, jerárquico y funcional* que tuvo anteriormente, para sustituir las relaciones de autoridad única del marido en el pasado, y convertirse ahora en una agrupación de signo *igualitario y asociativo*, con normas de naturaleza optativa y no de carácter imperativo.

En el fondo lo que sucede es que la familia, según ha hecho notar Savatier, es el único grupo que persiste sustraído como un islote a ese movimiento general de retorno a lo social, que rectificó en el mundo, los errores individualistas de la Revolución francesa, e hizo posible, entre otras manifestaciones, la aparición de los sindicatos, de las cámaras, de las asociaciones y de la intervención del Estado en la actividad económica.

Aunque nuestra legislación es de línea divorcista porque ofrece un menú de dieciocho causas de divorcio, es decir, una especie de divorcio a la carta en el artículo 267 del Código civil, que permite el *divorcio-sanción*, en los casos de abandono injustificado del hogar o de injurias graves o de sevicias; el *divorcio-remedio*, en los casos de enfermedades o de vicios; el *divorcio-capricho*, en los casos del divorcio voluntario, y aún el *divorcio-repudio*, urdido a través de una separación por más de dos años; contiene, sin embargo, ciertas restricciones tendientes a la conservación y subsistencia del matrimonio al establecer el perdón expreso o tácito para purgar cualquier causa de divorcio, al permitir la reconciliación en todo momento del juicio para conjurar la sentencia de divorcio, al fijar breves plazos para pedir el divorcio, y en la tramitación del divorcio por mutuo consentimiento, al exigir la presencia personalísima de los dos cónyuges a las dos juntas de avenencia con intervalos inmodificables y obligados en cada una de ellas para que el juez exhorte a la reconciliación de los consortes. Es, por tanto, del todo incorrecta la aplicación del nombre de *divorcio necesario* al divorcio contencioso, ya que la ley nunca lo impone. No sólo en el divorcio por mutuo consentimiento existe la voluntad de ambos cónyuges de disolver el vínculo matrimonial, sino también en todos los demás casos hay por lo menos la voluntad del actor que promueve la acción de divorcio, y a las veces también inclusive la voluntad del mismo demandado que, por algún motivo, no hace valer las excepciones o las pruebas que pudiera tener para oponerse a la procedencia de la acción.

En esta misma dirección la jurisprudencia de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sustentada en reiteradas ejecutorias ha sido muy explícita y firme en defensa del matrimonio y de la familia, estableciendo a manera de postulado fundamental que por ser una cuestión de orden público, el Estado se encuentra interesado en que subsista, más bien que en que se disuelva el vínculo matrimonial, origen de la familia, y añadiendo que cada una de las de dieciocho causas de divorcio es autónoma, y no pueden involucrarse las unas y las otras, ni pueden ser objeto de interpretación extensiva ni por analogía ni por mayoría de razón, ni puede tampoco el mismo hecho aceptarse como causa polivalente de divorcio.

A todas estas cortapisas, hay que agregar una frase muy significativa que aparece al final del artículo 288 del Código civil en el sentido de que "cuando por el divorcio se originen daños o perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito".

Resulta así, que la legislación mexicana sobre el matrimonio civil está inspirada en dos principios, al parecer contradictorios, pero que en la realidad pueden combinarse y complementarse entre sí: el principio de *la libertad contractual* y el principio de *la conservación del matrimonio*.

La libertad en el matrimonio civil tiene en el Código civil múltiples manifestaciones, tanto para celebrar el matrimonio como para vivir en el matrimonio y aun para disolver o mantener el matrimonio.

La libertad para contraer matrimonio, porque los esponsales no producen la obligación de contraer matrimonio, ni en ellos puede estipularse pena alguna por no cumplir la promesa.

La libertad para fijar y modelar el contenido del matrimonio civil, porque son ahora los pactos concretos de los consortes y no las disposiciones de la ley, los que distribuyen entre los cónyuges las cargas del hogar, los que arreglan todo lo relativo al cogobierno de los hijos por dos titulares iguales de la patria potestad y los que eligen y reglamentan un determinado régimen de bienes.

Libertad para disolver o no el matrimonio civil, porque aún en los matrimonios en que exista una causa legal de divorcio, la ley no impone éste a los cónyuges desavenidos, ni como solución única, ni siquiera como solución preferente, sino que se atiene siempre a la voluntad de los consortes, sea a la voluntad conjunta de ambos en el divorcio por mutuo consentimiento, sea a la voluntad del cónyuge

inocente o afectado que decida promover el divorcio contencioso o mal llamado divorcio necesario. No existe, por consiguiente, una ley imperativa que lo imponga necesariamente a los dos cónyuges, sino que en todo caso depende su existencia de la voluntad de uno o de ambos consortes.

Por otra parte, el principio de la conservación del matrimonio ha inspirado a la legislación en México y a la jurisprudencia, según se hizo notar anteriormente, ya que una y otra obstaculizan la disolución del matrimonio y en esa forma tratan de salvaguardar las buenas costumbres en bien del matrimonio y de la familia que gracias a él se ha formado.

Las buenas costumbres son mencionadas en varios preceptos del Código civil y son principalmente las buenas costumbres de la moral sexual, mismas que según las certeras observaciones de Ripert en su obra "La Regla Moral en las Obligaciones Civiles" están regidas por estos tres principios fundamentales:

1º El legislador ha comprendido que es preciso acudir a la ley moral para completar sus textos que apelan a las buenas costumbres.

2º Subsiste la vieja ley moral que condena la obra de la carne fuera del matrimonio, es decir en el concubinato y en los prostíbulos.

3º Los tribunales tienen confiada la elevada función de reconocer y de asegurar en las relaciones jurídicas, la observancia de esa vieja regla moral.

Esta importantísima función comparable a la de los censores que custodiaban en Roma las buenas costumbres públicas, ha quedado confiada ahora a casi 200 Tribunales Colegiados de Circuito dispersos en todo el territorio nacional, que por lo general han seguido la misma orientación de la citada jurisprudencia anterior de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de que por ser cuestión de orden público, el Estado se encuentra interesado en que subsista más bien que en que se disuelva el vínculo matrimonial. Hay que agregar, además, otras tesis de jurisprudencia aplicables a los matrimonios en conflicto y con base en ellas apoyar una solución que puede llamarse el *divorcio opcional*, para permitir una salida distinta que no sea forzosamente el remedio del divorcio vincular, sino sólo la separación extrajudicial o judicial de los cónyuges desavenidos.

Ejemplos de estas últimas tesis pueden citarse como las más interesantes las siguientes:

1. No toda separación del hogar conyugal constituye causa de divorcio, pues debe considerarse que la separación es justificada, cuando obedece a la necesidad de salvaguardar la integridad personal, la salud o la dignidad del cónyuge que realice la separación, a pesar de que no ejercite la acción de divorcio, ni promueva providencia alguna, cautelar o prejudicial, a fin de que se autorice la separación.

2. La separación de los cónyuges como medida provisional no requiere resolución judicial, ya que aunque al admitir el juez la demanda de divorcio ordena desde luego mientras dure el procedimiento, la separación provisional de los cónyuges, esto no significa que sea la determinación del juez la que venga a crear la posibilidad de separación de los cónyuges y que si el acuerdo del juez no existe, les sea jurídicamente imposible separarse, pues el acuerdo del juez no crea un derecho de separación a favor de los esposos, sino sólo reconoce la situación que se presenta cuando la desavenencia entre los cónyuges ha llegado a tal extremo de incompatibilidad que los ha llevado a buscar una separación definitiva mediante el divorcio que lógicamente tiende a agravarse cuando uno de ellos ha presentado su demanda, pues lo que pretendió el legislador fue evitar los mayores males que pueden ocasionarse los cónyuges con motivo del trato diario que los ha predispuesto, impidiendo que uno de ellos pretenda retener a su lado al otro o que contra su voluntad pretenda permanecer a su lado.

3. Sin acudir para nada a la autoridad judicial puede una pareja celebrar un convenio privado para acordar que los cónyuges se separen por un cierto plazo o por tiempo indefinido y al mismo tiempo reglamenten sus relaciones personales y patrimoniales, así como todo lo concerniente a sus menores hijos.

4. Tanto la separación unilateral, como la separación convencional antes indicadas, son separaciones de hecho, en virtud de que en ninguna de ellas interviene un juez, ni están expresamente previstas en la ley y debido a ello aunque no se esté en el caso de los padecimientos físicos o enfermedades contempladas en dos fracciones del artículo 267 del Código civil, siempre que la cohabitación de los cónyuges se haya vuelto imposible por causas muy graves, podrá uno de los consortes demandar ante la autoridad judicial la separación de cuerpos sin tener que acudir por fuerza al juicio de divorcio.

5. No sólo en las causas de divorcio, sino también para promover cualquier juicio de otra índole, se faculta a los tribunales para autorizar la separación provisional de aquél cónyuge que intente demandar o acusar al otro consorte.

Sobre estos dos principios cardinales, el de la *libertad contractual* y el de la *conservación del matrimonio*, se fundan la posibilidad y la validez de un *pacto de indisolubilidad del matrimonio* que convengan los esposos al momento mismo que su casamiento, y por virtud de cuyo pacto acuerden ambos de antemano eliminar el divorcio como recurso para solucionar las eventuales dificultades que pudieran surgir más tarde en su matrimonio y como medio para disolver éste, de la misma manera que, después de contraído el matrimonio, podrían ambos consortes eliminar el divorcio a través del perdón o la reconciliación o la separación, aun estando ya frente a una causa concreta de divorcio. En otras palabras, si es válido el pacto para eliminar el divorcio cuando ya surgieron las causas para pedirlo, con mayor razón es válido el pacto para eliminarlo antes de que surjan dichas causas.

Como el matrimonio civil es un contrato bilateral que genera obligaciones a cargo de uno y otro cónyuge, le es aplicable la posible resolución por grave incumplimiento de una de las partes de acuerdo al artículo 1949 del Código civil, si bien restringe este último ordenamiento a una serie limitativa, las causas de esa resolución del matrimonio en la mayor parte de las causales de divorcio enumeradas en el artículo 267.

Ahora bien, según lo confirma la más autorizada doctrina, al comentar preceptos similares al citado artículo 1949, este precepto en lo referente a la resolución del contrato por incumplimiento, es una norma supletoria e interpretativa de la voluntad de las partes, que por fundarse en una cláusula tácita o implícita, puede suprimirse por un pacto expreso en contrario.

“A mayor abundamiento —dice Giorgi— semejante condición (la llamada condición resolutoria tácita) es simplemente sobreentendida y no ya impuesta por la ley; presume, esto es, la voluntad de las partes, pero, no siendo requerida por motivos de orden público, cede ante la voluntad contraria que las partes hayan manifestado abiertamente. Ellas son libres de pactar que el contrato no se resolverá en caso de incumplimiento”.

La resolución del contrato —dice Josserand— aun cuando constituye una sanción inherente a la libertad contractual, no es en modo alguno de orden público, sino interpretativa de la voluntad de las partes. . . Desde el momento en que el pacto comisorio no existe más que en función de la voluntad presunta de las partes, depende de éstas, o el descartarlo totalmente, por una cláusula que se puede redactar en cualquier momento en el contrato mismo, o a su continuación, o bien el modificar su alcance con ayuda de una cláusula expresa”.

“La resolución —dice Mazeaud— constituye la reparación de un daño. Pues bien, las convenciones que agravan o que limitan la responsabilidad son válidas en materia contractual. Hace falta admitir, pues, la validez de las cláusulas contemplando la resolución como puramente supletorias. Es posible a las partes decidir que el acreedor no pedirá la resolución”.

Con base en estos razonamientos, aun dentro del marco legal actualmente en vigor, sin necesidad de una reforma a nuestro Código Civil, son perfectamente aplicables al pacto de indisolubilidad las vigorosas consideraciones de Mazeaud:

“Se ha dicho todo para defender y combatir el divorcio. Irritante debate porque en él chocan conciencias, intransigencias, egoísmos, sectarismos. Nadie quiere ceder. Nacido de la lucha contra la iglesia, el divorcio se ha arraigado en nuestras leyes. El debate debe cesar. Es posible entenderse en la libertad. Unos quieren un matrimonio que sea disuelto por el divorcio; los otros, un matrimonio indisoluble. Entonces, ¡que lo decreten disoluble o indisoluble a elección de los futuros esposos. . . !

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

“Pero quien desee el recurso del divorcio, no tendrá tal vez siempre el valor de afirmarlo. No hay que obligar; no hay que forzar a reclamar aquel recurso. El silencio observado por los contrayentes acerca de la indisolubilidad equivaldrá al matrimonio disoluble. A los que quieran indisolubilidad corresponde pedirla ante el encargado del Registro Civil.

"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.

"Si es verdad que los franceses desean, en su mayoría, contraer matrimonio disoluble por el divorcio, ¿por qué ha de imponérsele tal matrimonio a aquellos esposos que quieren contraer un matrimonio indisoluble? La solución del problema está en un respeto mutuo de opiniones y de la libertad de cada cual: dejar a los esposos la libre elección; que aquellos que crean prepararse la posibilidad de una ruptura, contraigan un matrimonio disoluble por divorcio; que los que crean unirse para toda la vida, contraigan un matrimonio indisoluble".

Después de la Segunda Guerra Mundial, hubo en Francia una ponencia de León Mazeaud, apasionadamente defendida por Henri Mazeaud, ante la Comisión de Reforma del Código Civil, que proponía se permitiera a los futuros cónyuges optar o por el matrimonio disoluble, conforme al Derecho común, o por una unión no susceptible de disolución, en cuyo caso sería preciso una declaración especial de voluntad emitida ante el funcionario del servicio del estado civil. La iniciativa no fue aceptada, porque se argumentó que la Iglesia Católica denegaría el matrimonio religioso a quienes civilmente hubiesen contraído un matrimonio disoluble, de todo lo cual se seguiría como conclusión que en definitiva la unión civil indisoluble no sería otra cosa sino la faceta secular del matrimonio católico.

Sobre este mismo particular, es oportuno recordar la secuencia legal que tuvo el divorcio en Portugal.

En el concordato de 25 de julio de 1940, se dispuso en el artículo 24, que en armonía con las propiedades esenciales del matrimonio canónico se entiende que por la celebración de éste los cónyuges renuncian implícitamente a la facultad civil de solicitar el divorcio.

En consecuencia, siendo facultativa la celebración del matrimonio civil, sólo aquellos contrayentes que habían elegido esta clase de matrimonio, estaban autorizados para solicitar el divorcio vincular.

Este sistema se respetó sustancialmente al promulgarse el último Código Civil de 1966, cuyo artículo 1790 disponía que "no pueden disolverse por divorcio los matrimonios católicos celebrados a partir

del 1º de agosto de 1940, ni tampoco los matrimonios civiles cuando, desde la misma fecha, se ha celebrado el matrimonio católico entre los mismos cónyuges".

Pero por acuerdo de 15 de febrero de 1975 entre Portugal y la Santa Sede, se firmó un protocolo adicional al concordato de 1940, con la siguiente redacción: "Celebrado el matrimonio católico, los cónyuges asumen por ello mismo, frente a la Iglesia el compromiso de atenerse a las normas canónicas que lo regulan, y en particular de respetar sus cualidades esenciales. La Santa Sede, mientras reafirma la doctrina de la Iglesia católica sobre la indisolubilidad del vínculo matrimonial, recuerda a los cónyuges que han contraído matrimonio canónicamente el grave deber que les incumbe de no valerse de la facultad civil de pedir el divorcio", razón por la cual la ordenanza portuguesa de 22 de mayo de 1975 derogó el citado artículo 1790 del Código Civil, pero con esa nueva norma concordataria se abrió prácticamente el libre acceso a la disolución del vínculo por el divorcio, cualquiera que sea la clase de celebración del mismo.

Esta evolución demuestra o confirma la posibilidad del pacto de indisolubilidad en el matrimonio civil de México, pues lo que es de orden público en nuestro Derecho no es la ruptura de los matrimonios, sino la conservación y estabilidad de los mismos, según la mencionada jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de tal manera que no puede impugnarse la validez de semejante pacto aduciendo que la ley de divorcio en México es de orden público en el sentido de que no puede excluirse por un pacto la disolución del vínculo matrimonial, máxime que esta disolución tampoco se impone en ningún caso, porque siempre queda a voluntad del cónyuge inocente solicitar o no el divorcio.

Por esta razón, no puede sostenerse en México que el derecho al divorcio sea un derecho irrenunciable, porque el divorcio sea supuestamente una institución de orden o de interés público, como se ha pretendido equivocadamente en otros países.

Es más, en Portugal antes de la mencionada reforma de 1975, solamente el sesenta por ciento de los católicos celebraba el matrimonio religioso, en virtud de no querer renunciar a la facultad que concedía la ley civil de pedir el divorcio, lo que confirma la validez del pacto de indisolubilidad en cuestión.

Asimismo en la República Dominicana, por aplicación del concordato de 1954, se entiende que por el hecho de la celebración del matrimonio en forma canónica, los cónyuges renuncian a la facultad civil de pedir el divorcio.

En las legislaciones de aquellos países donde, como en México, existe el divorcio vincular desde hace tiempo y ha ido arraigando él en las costumbres, no es de esperar una reforma a corto plazo para abolirlo. Sucede en estos países, según observa Rippert, que se crea una verdadera mística del divorcio, ya que "nadie discute los males que engendra; nadie se permitiría, sin embargo, pedir una modificación de las leyes existentes, o una restricción de la práctica. Sería dar pruebas de un espíritu antidemocrático".