

## MATRIMONIO, PROCREACION Y EL ARTICULO CUARTO CONSTITUCIONAL

LIC CARLOS TRASLOSHEROS PERALTA

La reforma al artículo cuarto de nuestra Constitución Federal motivó y sigue siendo fuente de innumerables polémicas.

Por un lado resulta absurdo el dejar de reconocer que la creciente explosión demográfica en un país como el nuestro, —tan escaso de soluciones, por su ya perpetuada carencia de una atinada dirección social efectiva, ante un fracaso agrícola indiscutible y por consiguiente sin tener un nivel adecuado de producción de alimentos, ante un desempleo creciente y su atávico subdesarrollo—, hacía necesario el buscar una solución ante tan grave problema; pero la propuesta por la enmienda constitucional sólo significó un intento para descartar del poder público su responsabilidad, arrojándola “a la libertad responsable e informada” de cada quien.

Por otro lado, buscando un equilibrio ideológico que a nadie satisfizo, so pretexto de respetar las conciencias, se responsabiliza a toda persona de decidir sobre el número y el espaciamento de sus hijos, otorgándose una garantía constitucional que resulta muy lejos de serlo, pues si por garantía constitucional debe entenderse una autolimitación estatal, una limitación jurídica a la actuación de las autoridades en beneficio del gobernado, ésta tendría sentido si la autoridad estatal obligara a procrear, lo que jamás se ha presentado en nuestro medio.

Evidentemente fue demagogia y no solución social el llevar a nuestra ley fundamental una norma que compete principalmente al Derecho Civil y de manera coordinada al Derecho Administrativo, para crear el ambiente propicio a efecto de que tuviera realidad fáctica un plan congruentemente trazado.

Las soluciones socialistas, tanto las que tienden a limitar la explosión demográfica, como las que tratan de lograr el aumento de la población, son soluciones congruentes, pues el Estado proporciona los medios para realizarlas, independientemente de que nuestra ideología personal las apruebe o no, como también tienen congruencia las prohibiciones contundentes a evitar la concepción y el establecimiento de la procreación como un fin primordial del matrimonio, por muy dogmáticas que nos parezcan.

Esta Reforma Constitucional repercutió de manera inmediata sobre el Código Civil, haciéndose necesaria la reforma al artículo 162 que por estar inserto dentro de la temática del matrimonio hubo que agregarle “por lo que toca al matrimonio, este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges”,

disposición que entra en conflicto con el dispositivo del 147 que se dejó vigente, no obstante resultar inconstitucional, pues contradice al Cuarto de la Carta Magna al no derogarse su precepto en el sentido de que, "cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie... se tendrá por no puesta".

En otras palabras, o existe la libertad para procrear y en el matrimonio los cónyuges deberán ponerse de acuerdo al respecto, o se les prohíbe a los consortes que condicionen la perpetuación de la especie. Como la jerarquía constitucional debe prevalecer, resulta necesario derogar el referido artículo 147 del Código Civil en la parte que examinamos, pues constitucionalmente hablando ha desaparecido la procreación como finalidad primordial del matrimonio, ya que es totalmente lícito el que los cónyuges convengan en no procrear o en condicionar su procreación.

Cuando en mi inquietud de aprendiz de jurista he analizado las definiciones del derecho, debo confesar que en su mayoría las he encontrado hermosas, pero demasiado abstractas, como la de Celso que consideraba al derecho como "Art Boni et equi". Otras me han parecido simplemente descriptivas de la función o actividad del estado como las de Baudry, Lacantinerie, Duguit, Stammler o Kelsen; otras demasiado idealistas como las de Del Vecchio o Goldschmidt; pero hay dos que despiertan en mí un especial interés: la primera de ellas es la de Timasheff que considera que el derecho es o debe ser "una armonía entre el poder y la ética" y la segunda, la que nos da la corriente sociológica norteamericana que se encumbra con Roscoe Pound y que ve en el derecho "una ingeniería social que persigue ciertos resultados" ("un instrumento para la mejoría del orden social y económico, por medio de un esfuerzo consciente e inteligente". Efectivamente, nadie podrá negar que los marcos jurídicos, dotados de coercibilidad, ordenan conducta humana, ni que el derecho es un producto cultural y si queremos "la decisión libre, responsable e informada" sobre la procreación, necesita el estado, en su labor de ingeniería social, crear el ambiente propicio para que quien tome esa decisión haya recibido el acervo cultural suficiente para ejercerla con la información y responsabilidad adecuadas.

Considerar que nuestro pueblo reúne la cultura y la ética suficientes es hacer demagogia, apartándose el legislador "irresponsable y carente de toda información" de nuestra realidad nacional.

Quienes consideramos que es necesario frenar la tremenda explosión demográfica que padecemos y sin prejuicios de ninguna clase observamos esa realidad nacional, consideramos que sólo a base de planes sociales, congruentemente dirigidos, puede lograrse el freno sociológico que se impone. Estamos conscientes que en un país civilizado la libertad individual debe respetarse, pero esa libertad supone la base cultural indispensable para que sea racional. Se dirá que existen campañas de convencimiento en el sentido de que "La Familia Pequeña Vive Mejor"; pero por un lado se abren campañas contradictorias más intensas que la gubernamental y por otro lado la campaña oficial es tan raquítica que no alcanza la educación elemental.

Con cierta razón, se sostiene en la actualidad, que el Derecho de Familia debe

desligarse del Derecho Civil, e incluso ubicarse dentro del Derecho Público, y así se ha hecho en muchos países, lográndose una programación efectiva, al controlar de manera más concreta al núcleo social fundamental. En México se ha dado un primer paso al intentar el establecimiento de la justicia familiar de manera independiente.

Ubicado el problema dentro de un marco jurídico adecuado, que en la especie sería dentro del Derecho de Familia, la finalidad social buscada se destaca de manera congruente, y la Administración Pública debe entrar en funcionamiento creando ese ambiente propicio para facilitar su conclusión.

En el año de 1977 se celebró en nuestro país un Congreso sobre Derecho Familiar en el cual llegó a proponerse un Proyecto de Código Familiar para el Distrito Federal. En este proyecto, procurando respetar el hoy aislado artículo Cuarto Constitucional, en el artículo 20 se proponía que el control de la natalidad debía ubicarse dentro de una demografía planificada, pero sin que tal planificación llegase a atacar la libertad de cada quien y se establecían en su Capítulo Séptimo las Técnicas y Métodos para la Planificación Familiar y el Control de la Natalidad, llegándose incluso a tocar el tema del aborto. En otros capítulos se abordaban análisis, "De Los Derechos Humanos Para La Planificación Familiar y el Control de la Natalidad", "De Los Centros de Planificación Familiar y Control de la Natalidad" y "De la Educación Para La Planificación Familiar y el Control de la Natalidad"; pero... nada se realizó. El Congreso sirvió para lucimiento y promoción de políticos para hacer demagogia. Ninguna solución práctica trajo consigo, no obstante lo en él gastado y sus propósitos que, desde luego, merecen la continuación de los estudios ahí iniciados, por su indiscutible trascendencia nacional. No pretendo que el Proyecto se apruebe, pretendo que se discuta, se mejore y se haga derecho positivo.

No es correcto razonar en el sentido de que hay instituciones intocables, pues la experiencia histórica nos revela lo contrario, en nuestro medio se ha llegado a considerar el matrimonio, en especial, como un "Tabú", como algo estático, imposible ya de encontrar mejoría.

El matrimonio, históricamente hablando, ha sido una institución en continua evolución, al grado de que Westermarch lo considera "como la historia de una relación en la cual la mujer ha venido triunfando gradualmente sobre las pasiones, los prejuicios y los intereses egoístas del hombre". Resulta difícil precisar en que momento se pasa de una promiscuidad a un contrato natural con un pacto de fidelidad que en un principio se impone al menos a la mujer. El Mahabarata, nos muestra en la India una promiscuidad inicial y posteriormente una poligamia en su época teocrática, en la que un Brahman podía tener varias mujeres y en escala descendente disminuía el número hasta el esclavo o Sudra cuya pobreza lo obligaba a la monogamia.

También entre los egipcios y los hebreos existió la poligamia inicial y los vínculos siempre disolubles, aun por el simple repudio del varón a la mujer, imponiéndose entre los hebreos la institución del Khetuba, garantía económica a favor de la mujer en el sentido de que si llegare a ser repudiada por el varón la hacía efectiva en su beneficio. En Grecia la libre unión sustituye al matri-

monio, interviniendo el estado en la regulación de la procreación, limitando la natalidad para contener la explosión demográfica. En Roma La Confarreatio, La Coemptio y El Usus, tres formas del matrimonio para los ciudadanos dotados del Jus Connuvi, permiten su disolución mediante ceremonias inversas o la Trinocti Usurpacio, que libera a la mujer de La Manus del marido. Cuando los Bárbaros invaden Europa el matrimonio es un simple pacto consensual y ante la cristianización se hace necesario el Concilio para regular su funcionamiento. Entre 1545 y 1563, es tema principal de las discusiones y conclusiones del Concilio de Trento el regular esa unión consensual que caracterizaba al matrimonio, pues aunque en el siglo XII el Concilio de Letrán había tratado de regularlo como sacramento, su propósito no fue logrado y aun se sostiene que por lo que atañe a países donde las disposiciones disciplinarias del Concilio Tridentino no fueron puestas en vigor, se hizo necesario el decreto Ne Temore del 2 de agosto de 1907 para introducir en su absoluta plenitud el principio de que no puede haber matrimonio sin su celebración.

El matrimonio canónico es resultado de la preponderancia que en el curso de la edad media tuvo la Iglesia Católica, en él es considerado como sacramento y como vínculo indisoluble. Es considerado como un contrato natural entre un hombre y una mujer, por el cual se entregan el derecho perpetuo y exclusivo sobre sus cuerpos, en orden a los actos que por su naturaleza son aptos para engendrar hijos. Los Ministros en el Sacramento son los propios contrayentes y no el sacerdote que es sólo un testigo de calidad. Se distinguen en la concepción canónica del matrimonio sus fines primarios que son la procreación y la educación cristiana de la prole y sus fines secundarios consistentes en la mutua ayuda y el remedio de la concupiscencia.

La reforma protestante entendió el matrimonio no como un sacramento con vínculo indisoluble, sino como un contrato cuya regulación era exclusiva de la sociedad civil. (Hay excepciones en algunas sectas como la Anglicana.)

La revolución francesa secularizó plenamente el matrimonio aun cuando existen en la actualidad diversas concepciones.

En México entendemos el matrimonio, indebidamente definido por la Constitución como un contrato, —pues tal definición es sólo una transportación del concepto canónico que perduró antes de la Guerra de Reforma a la secularización de éste como consecuencia de su resultado y de las Leyes de 27 de enero de 1857 de Comonfort y las de julio de 1859 de Juárez, derivadas de la Constitución de 1857—, entendemos el matrimonio en México, digo, como un acto solemne que nace a la vida jurídica necesariamente por la declaración de voluntad de los contrayentes ante un fedatario, también mal llamado "Juez" del Registro Civil, que hace constar esa manifestación en un acta, de modo que de no existir estas solemnidades no hay matrimonio; pero internacionalmente la situación es diversa con la excepción de algunos países como Francia, Bélgica, Holanda, Alemania, Suiza, y las Repúblicas de Centro y Sudamérica que coinciden en este aspecto sustancial con nuestro matrimonio solemne.

Puede decirse que el matrimonio confesional de hecho ha desaparecido, sin que esto signifique, de ninguna manera, que la conciencia religiosa de cada

quien deje de aceptar el dogma de su convicción. Puede hablarse en algunos países de un matrimonio confesional preferente y de un matrimonio civil subsidiario por un respeto coordinado a la religión dominante y a la legislación estatal, como es el caso de España, Italia o Portugal; también puede hablarse de un matrimonio facultativo en el que los contrayentes pueden celebrarlo ante un fedatario de estado o un ministro eclesiástico, pero tomando siempre razón del acto en los registros del estado, tal es el caso de Inglaterra, Suecia, Dinamarca, Irlanda y en muchos de los Estados de la Unión Americana. En otros lugares se considera el matrimonio como un acto estrictamente civil y consensual, pero no solemne, en el que la prueba de la voluntad que formó el consentimiento determina la unión matrimonial, como es el caso de la Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas, de los Estados Unidos de Norteamérica y de Escocia en su sistema del "Gretna Green".

La necesidad de proteger a la mujer, ante la irresponsabilidad del varón que tiende a hacerse desentendido frente a las obligaciones inherentes a la procreación, ha determinado en algunos países la necesidad de reconocer como matrimonio ciertas uniones de hecho. Tal es el caso de Cuba donde los Tribunales están facultados para determinar cuando las uniones entre personas, con capacidad legal para contraer matrimonio y que no lo han celebrado, serán equiparadas por su estabilidad y singularidad al matrimonio civil. El Código Civil Guatemalteco también establece una equiparación entre este tipo de uniones concubinarias con sólo el transcurso de dos años de vida en común. Inspira a estas legislaciones, repito, la necesidad de preservar los derechos de la mujer y de la prole frente a la irresponsabilidad del marido. En México tuvimos en el Código de Tamaulipas el llamado "matrimonio por comportamiento", institución que lamentablemente desapareció y que jamás fue comprendida, pudiendo más los prejuicios que la razón ética y social que lo inspiraba.

Este breve análisis nos revela la tendencia evolutiva a considerar, fuera de todo concepto religioso, al matrimonio, como fuente de obligaciones, y aún más, el derecho positivo, en algunos lugares, asimila al matrimonio ciertas uniones de hecho, como fuente de responsabilidad para los contrayentes y muy en especial para el marido.

Las situaciones sociales cambiantes imponen nuevas necesidades, cuando factores o coeficientes de la evolución social así lo requieren, necesidades que, si así se quiere llamar, como en el caso del divorcio, son males necesarios, pero que se imponen a la estructura social, tal es el problema de la limitación a la natalidad cuando como en México, la explosión demográfica hace necesario tomar tal medida.

Aparece aquí la ética que el estado debe armonizar en su funcionamiento. Que no se argumente, por favor, con un criterio intocable. El estado está, y ésta es su función esencial, para resolver los problemas que se presenten en el continuo variar de los factores o coeficientes sociales y la limitación a la natalidad se impone en las condiciones actuales del país.

Surge el conflicto entre respetar la libertad de cada quien, —que debe ser respetada—, y la necesidad de frenar una irresponsable procreación a todas luces