

LA DIGNIDAD DEL MATRIMONIO EN EL SIGLO XXI

AMOR COMO PARADIGMA

María Antonieta Magallón Gómez



I. INTRODUCCIÓN

En el siglo XXI, las potencias que lideran la economía y política derivadas de la globalización han refrendado la existencia de los derechos humanos como fundamentales, en diversos instrumentos internacionales y en sus leyes nacionales; pronunciando el valor y dignidad del ser humano. Esto ha significado un cambio positivo en la perspectiva de la tutela que los Estados deben otorgar a la sociedad, mediante reformas legislativas y políticas públicas que incidan en la construcción de una mejor vida para cada ser humano; sin discriminación alguna.

En el tema del matrimonio veremos cómo es que éste ha sido reconocido como un derecho fundamental para todos los seres humanos, sin distinción alguna; a la vez, de la discusión de su naturaleza jurídica como institución y como contrato; siendo que ésta última —en concatenación con diversos factores surgidos de la globalización— ha legitimado prácticas matrimoniales deshonestas, como ocurre con los *matrimonios por complacencia*.

Tales factores discordantes a la naturaleza matrimonial, resultan a la vez, de posturas jurídicas subjetivas imprecisas que nos obligan a realizar un breve análisis y reflexión, sobre cuáles son los valores que sustentan y pueden permitir la permanencia del matrimonio y sus fines, en el siglo XXI.

II. AUTODETERMINACIÓN

En el campo de los derechos fundamentales, tenemos diversas declaraciones internacionales referentes a la dignidad de la persona como fundamento de los derechos humanos —reconocidos como tales— al término de la Segunda Guerra Mundial. En tal sentido, se destaca *La Declaración Universal de Derechos Humanos* de 1948, la cual, en el primer párrafo de su

Preámbulo invoca *la dignidad intrínseca y... los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana*, para luego afirmar en su artículo primero, que *todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos*.

Del mismo modo, los Pactos internacionales de 1966 y gran número de Constituciones modernas, hacen suyo el concepto de dignidad humana y la necesidad de respetarla; oponiéndose así a cualquier práctica que pueda ser contraria al valor esencial de la persona, como lo es la tortura, la esclavitud, las penas degradantes, las condiciones inhumanas o indignas de trabajo, a la vez de cualquier tipo de discriminación. Al efecto, vemos que en la Constitución alemana de 1949, se establece en su artículo primero: *La dignidad humana es intangible. Los poderes públicos tienen el deber de respetarla y protegerla*.

Sobre la dignidad de las personas, el Doctor Jorge Adame Goddard¹ investigador mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional de México y eminente catedrático romanista de la Facultad de Derecho de esa misma Máxima Casa de Estudios, explica que “Dignidad” del latín *digntitas*— *atis* significa, entre otras cosas, excelencia, realce. Añade que al hablarse de dignidad, se quiere significar la excelencia que se posee en razón de la propia naturaleza humana.

Con base en tal explicación, podemos afirmar que si el ser humano es excelso en razón de su propia naturaleza, es en razón que nace revestido de tal señorío o dignidad; es decir, que ésta le es intrínseca por su propia naturaleza, y por ello, ésta no puede fundamentarse en cualidad, condición o contexto alguno —ya sea permanente o transitorio— así como, tampoco ha de encasillarse en consensos o anuencias arbitrarios; puesto que si la sujetásemos a la racionalidad, a la autonomía de la voluntad o a la libertad (que nos es inmanente) como gérmenes de la dignidad; entonces tendríamos que dirimir si los niños, los adultos seniles y los interdictos la tienen o carecen de ella, y —en su caso— si nos es lícito privar de tal derecho fundamental, por ejemplo, a los reclusos sentenciados.

En cuanto a la autodeterminación personal y los actos de los ciudadanos, el mismo investigador Adame Goddard² en un encomiable estudio so-

¹ Cfr., ADAME GODDARD, Jorge, *Dignidad de la persona humana*, Enciclopedia jurídica mexicana, 2a. ed., México, Porrúa, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 74, t. III D-E, p. 528.

² Cfr. ADAME GODDARD, Jorge, *Naturaleza, persona y derechos humanos*, Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996, número 21, 1996, p. 120.

bre la *naturaleza, persona y derechos humanos* refiere, que aunque el ser humano sea autónomo, es responsable por las consecuencias de sus actos, y por ello, debe obrar siempre bajo el juicio de la razón y no así de la emoción.

Al efecto, el autor mexicano en cita, explica que la autodeterminación es obra de la voluntad, y que la emocionalización de la conciencia, puede aminsonar o incluso anular la responsabilidad personal de los propios actos —aunque subsiste la responsabilidad por el acto o actos por los que la persona se pone en tal situación— lo que considera, puede también hacerla incapaz de realizar aquellos actos que le fuesen necesarios para su propio bien, como refiere, le sucede a la persona que odia y se hace así incapaz de hacer el bien a la persona odiada, aun cuando sea un familiar con quien tenga deber de hacerlo, como al hijo, esposo, hermano o padre.³

A. DERECHO A UNIRSE EN MATRIMONIO

Con respecto al derecho de celebrar matrimonio, encontramos que en la *Convención Sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima Para Contraer Matrimonio y el Registro de los Matrimonios*,⁴ se señala en su preámbulo, que de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas se desea promover el respeto y la observancia universales de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales de todos, sin distinción de raza, sexo o religión y recuerda que el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos ordena:

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

Sólo mediante libre y pleno conocimiento de los futuros esposos podrá contraerse matrimonio.⁵

A la vez, recuerda que la *Asamblea General de las Naciones Unidas* en su resolución 843 (IX), de 17 de diciembre de 1954, declaró que ciertas costumbres, antiguas leyes y prácticas referentes al matrimonio y a la familia son incompatibles con los principios enunciados en la *Carta de las Naciones*

³ Cfr., *Ibidem*, pp. 120-138.

⁴ CÁRDENAS MIRANDA, Elva LEONOR, *Instrumentos internacionales en relación con la familia y sus miembros*, México, Editorial Porrúa, 2011, p. 28. Entrada en vigor para México: 23 de mayo de 1983.

⁵ *Idem*.

Unidas y en la Declaración Universal de Derechos; reafirmando que todos los Estados, incluso los que hubieren contraído o pudieren contraer la obligación de administrar territorios no autónomos o en fideicomiso hasta el momento en que éstos alcancen la independencia, deben adoptar todas las disposiciones adecuadas con objeto de abolir dichas costumbres, antiguas leyes y en especial se refiere a las prácticas de los esposales de las jóvenes antes de la edad núbil y al establecimiento de las penas que fueren del caso, además de la creación de un registro civil o de otra clase, para la inscripción de todos los matrimonios.⁶

De la Convención en cita, podemos extraer que el derecho a contraer matrimonio es un derecho humano, derivado de las libertades fundamentales de todas las personas, quienes *sin restricción alguna*; tienen derecho a contraerlo; es decir, que no debe negársele tal derecho a nadie, por motivos de raza, preferencias sexuales, religión, nacionalidad, costumbres, antiguas leyes, ni prácticas ancestrales; y debe permitirse su celebración, siempre y cuando medie el libre y pleno conocimiento de los futuros esposos, y que éstos hayan alcanzado ya sea la edad núbil o su capacidad de goce y ejercicio; claro, sin vulnerar los impedimentos matrimoniales legislados.

Al efecto de la celebración del matrimonio como derecho humano y la autodeterminación personal del individuo, destacamos que el romanista Adame Goddard en cita, medita sobre la capacidad de raciocinio del ser humano, y refiere que ésta le es inmanente y, que por tanto, éste tiene una “naturaleza social” la cual es una propiedad o atributo necesario, derivado de su naturaleza racional; que le significa la sociabilidad o capacidad de vivir y actuar junto con otros seres humanos y, el cual, se explica en la necesidad que tienen éstos de ayudarse recíprocamente para poder sobrevivir y desarrollarse. Por tanto, concluye que la dignidad es una propiedad de los seres humanos de alcance universal y, consecuentemente afirma, que todos tienen dignidad y, por tanto, forman parte o son miembros de una comunidad o de varias comunidades.⁷

De lo anterior se comprende que el matrimonio deriva de la naturaleza social y racional del ser humano, así como, de su necesidad universal de vivir en comunidad, para poder desarrollarse. Sobre ésta necesidad global de agrupación; el estudioso en consulta señala que la sociabilidad humana se presenta, no sólo como posibilidad o capacidad de realizarse; viviendo y actuando con otros, sino como la necesidad de vivir y actuar con otros para auto realizarse. Asimismo, agrega que en razón que la persona es el objeto y

⁶ Cfr., *Ibidem.*, pp. 28 y 29.

⁷ Cfr., *Ibidem.*, pp. 139-140.

sujeto de derecho, tiene derecho a fundar una familia y a educar a los hijos, ya que son derechos naturales anteriores a cualquier ordenamiento jurídico.⁸

El mismo Jorge Adame también afirma, que la dignidad de la persona no puede sujetarse a las desigualdades reales que hay entre personas, ya que no hay superioridad “absoluta” de unas respecto de otras, sino más bien (y partiendo del principio de la igual dignidad esencial de todas) debe existir respeto absoluto de unas por otras.⁹

Indica el autor en cita, que cada persona debe tener la posibilidad, de acuerdo con su desarrollo, a tomar sus propias decisiones, de ejercer su voluntad libremente y encaminar y vivir su vida conforme a los dictados de su conciencia. También expone que la persona —bajo el aspecto de la capacidad de autodominio, de su dignidad o superioridad— aunque pueda estar condicionada por causas externas de todo tipo, (físicas, biológicas, sociales) actúa finalmente por elección y decisión propia. En este sentido, afirma que la dignidad de la persona se muestra en que ella es autónoma, y es causa de su propio actuar.¹⁰

El escritor en consulta incursiona en un concepto aún más elevado al jurídico y se adentra en la espiritualidad de la persona; refiriendo que la dignidad de la persona se advierte con mayor claridad cuando se reconoce su naturaleza espiritual, la cual afirma, la hace portadora de un destino que trasciende la vida temporal. Apunta que la dignidad no acaba con la muerte de la persona, ya que aquélla y su jerarquía son mayores que la misma muerte; de ahí que la persona está destinada a la verdad, al bien y la belleza; objetos a los que explica, tiende su espíritu, y por último, dogmatiza que estos fines no se encuentran plenamente sino en Dios.¹¹

Con base en lo anterior, explica Adame Goddard que el carácter personal del ser humano, permite apreciar que su integridad no es sólo física o corporal, sino que incluye, lo que suele llamarse, integridad “moral”, que es el derecho a elegir un estado de vida, a fundar una familia y a reunirse y asociarse libremente con otros seres humanos; como una pretensión de libertad que implica el derecho de unirse libremente en matrimonio, y de decidir, sin coacción, acerca de la procreación o de la educación de los hijos.¹²

Por último, considera que el deber de todas las personas de respetar los derechos de los demás, (deber fundado en la solidaridad natural entre

⁸ Cfr., *Ibidem*, pp. 142-146.

⁹ Cfr., *Ibidem*, pp. 152-153.

¹⁰ Cfr., *Ibidem*, pp. 154-155.

¹¹ Cfr., *Ibidem*, pp. 155-156.

¹² Cfr. *Ibidem*, p. 164. Las comillas son del autor.

los hombres) deriva del derecho primordial que cada persona tiene, para asegurar el respeto de sus derechos fundamentales; lo cual explica, se comprende básicamente en dos referentes: a) *que el ordenamiento jurídico reconoce y tutele esos derechos, que tiene la persona por su propia dignidad y naturaleza; y b) que conceda a todas las personas los recursos necesarios para hacer cesar una violación a sus derechos, obtener la reparación del daño consiguiente y demandar el castigo del agresor.*¹³ Finalmente, el maestro señala tres limitaciones a los derechos universales: *la moral, el orden público y los derechos de terceros.*¹⁴

En este punto, y de conformidad con lo hasta aquí expresado, afirmamos nuestra concordancia con el pensamiento del investigador en cita, en cuanto a que la dignidad, a pesar de ser intangible, es el fundamento de los derechos humanos y por ello existe la necesidad de respetar a cada individuo y evitar cualquier tipo de discriminación del que pudiera ser objeto. Asentimos en que todo ser humano posee una categoría de excelencia, y que ésta, deriva de la dignidad que por naturaleza le es inherente y, la cual, lo hace responsable de actuar juiciosa y voluntariamente para hacer el bien, y fundar su familia en y por “Amor” (no así por simple emoción) para que en reciprocidad conyugal, la pareja se auto-impulse a su mejor desarrollo hacia la verdad y al bien común.

A la vez, debe destacarse que la dignidad humana ha sido reconocida como derecho fundamental en los textos legales tanto nacionales como internacionales, y que ha sido objeto de la política social, el imponer limitantes a la autodeterminación de las personas, derivada de su capacidad de razonar; por lo que resulta ineludible intentar realizar las reflexiones necesarias, a fin de precisar qué es y en dónde se enmarca tal límite a la voluntad de las personas para contraer matrimonio, sin vulnerar su dignidad.

B. LIMITANTE DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

En el Código Civil para el Distrito Federal, encontramos que su artículo 138 ter, visible en el *Título Cuarto Bis De la Familia, Capítulo Único*, dispone que toda normatividad referente a la familia tiene una naturaleza atinente al orden público y al interés social, a fin que ésta pueda ser protegida con base en el respeto a la “dignidad” de sus miembros. Para su cumplimiento, el legislador local redactó el siguiente numeral: “Artículo 138 Ter.—Las dis-

¹³ Cfr. *Ibidem*, pp. 164-170.

¹⁴ *Ibidem*, p. 172.

posiciones que se refieran a la familia son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad”.

Por su parte, encontramos en el artículo 124 fracción II de la Ley de Amparo que, con base en el mismo orden público, se establece la protección a la organización y desarrollo integral de los miembros de la familia, mediante la prohibición, a que la autoridad federal decrete la suspensión de un acto reclamado por un quejoso, si con la misma se contraviene una disposición que sea precisamente de orden público e interés social:

Artículo 124.—Fuera de los casos a que se refiere el artículo anterior, la suspensión se decretará cuando concurren los requisitos siguientes:

...

II Que no se siga perjuicio al interés social, ni se contravengan disposiciones de orden público...

A efecto de significar de mejor manera, el concepto y alcance del orden público, como limitante de la autodeterminación, se transcriben dos tesis aisladas en las que se considera precisamente tal tema, y las cuales se refieren por el número de su registro electrónico IUS¹⁵ correspondiente al portal electrónico de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

ORDEN PÚBLICO. ES UN CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO QUE SE ACTUALIZA EN CADA CASO CONCRETO, ATENDIENDO A LAS REGLAS MÍNIMAS DE CONVIVENCIA SOCIAL.—El orden público no constituye una noción que pueda configurarse a partir de la declaración formal contenida en una ley. Por el contrario, ha sido criterio constante de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que corresponde al juzgador examinar su presencia en cada caso concreto, de tal suerte que se perfila como un concepto jurídico indeterminado de imposible definición cuyo contenido sólo puede ser delineado por las circunstancias de modo, tiempo y lugar que prevalezcan en el momento en que se realice la valoración. En todo caso, para darle significado, el juzgador debe tener presentes las condiciones esenciales para el desarrollo armónico de la comunidad, es decir, las reglas mínimas de convivencia social; en la inteligencia de que la decisión que se tome en el caso específico no puede descansar en meras apreciaciones subjetivas, sino en elementos objetivos que traduzcan las *preocupaciones fundamentales de la sociedad*, siempre buscando no obstaculizar la eficacia de los derechos de tercero.

Registro No. 177560

¹⁵ Suprema Corte de Justicia [dhttp://www2.scjn.gob.mx/ius2006/ResIUS.asp](http://www2.scjn.gob.mx/ius2006/ResIUS.asp), 22 de diciembre de 2010.

NORMAS JURÍDICAS. SI LA LEY NO DETERMINA EXPRESAMENTE QUE SEAN DE ORDEN PÚBLICO E IRRENUNCIABLES, CORRESPONDE AL JUZGADOR RESOLVER SOBRE EL PARTICULAR DE ACUERDO AL ANÁLISIS DE CIERTAS PREMISAS.—El orden público ha sido entendido como el *conjunto de reglas en que reposa el bienestar común y ante las cuales ceden los derechos los particulares, porque interesan a la sociedad colectivamente más que a los ciudadanos aisladamente considerados*. Funciona, además, como un límite por medio del cual se restringe la facultad de los individuos sobre la realización de ciertos actos jurídicos válidos que tengan efectos dentro de un orden jurídico. El carácter de orden público de las normas adjetivas o sustantivas se determina de acuerdo al objeto de cada disposición y a su naturaleza. Así, el legislador puede declarar que una norma es de orden público y, en ese caso, el intérprete debe limitarse a aplicarla, a menos que se cuestione, desde el punto de vista constitucional, la facultad de hacer esa declaración. En defecto de una disposición expresa que establezca que una norma es de orden público e irrenunciable, la determinación de si tiene ese carácter queda librada al criterio judicial y para llegar a ello, el Juez debe tener en cuenta dos elementos de juicio: el primero, la intervención del Estado, que sólo es de carácter subsidiario en la composición de los conflictos privados, caso en el que las normas están dirigidas a proteger un interés privado, por lo que ante la duda debe considerarse que no afectan al orden público, debido a que es de suponer que si así fuese, el legislador lo habría previsto; y el segundo, que los principios que informan el concepto de orden público tienen su fuente en la Constitución General de la República y que, por consiguiente, se le viola cuando se desconocen algunas de las garantías que ella consagra. De ahí que para determinar cuándo es posible apartarse de las normas sustantivas o del procedimiento debe establecerse si se halla o no comprometido el orden público en cada caso, es decir, distinguir las normas de orden público de las que solamente afectan los intereses privados de los particulares.

Registro No. 183781

Ahora bien, en primer término puede afirmarse que el orden público es 1) la normatividad en la que reposan las preocupaciones fundamentales de la sociedad y el bien común; y que se expresan en los principios consagrados como derechos humanos protegidos en la Constitución General de la República; por lo que se convierte en límite de la autodeterminación humana. 2) condición esencial para el desarrollo armónico de la comunidad, por atender a las reglas mínimas de convivencia y 3) base de la política pública para proteger a la sociedad.

Con base en lo anterior, podemos aseverar que el orden público resulta ser el límite, el valor o fundamento que restringe la libertad personal del ser humano, y consecuentemente, que es el factor que auto regula la vida en sociedad. Por tanto, resulta ser un valor limitativo y de índole moral, ya que se constituye a sí mismo, como ente rector de la vida íntima de la persona y,

consecuentemente, en el factor tutelar de la vida social y familiar, a la vez, de ser el elemento sancionador de las consecuencias jurídicas que acontezcan o deriven de la misma vida social y familiar.

Es indiscutible, que este fundamento “moral” de la sociedad, contenido en el “orden público” debe ser la guía de la política pública y social del Estado, y por tanto, resulta ser el límite legal a la autodeterminación, por lo que únicamente con base en éste valor, es que se debe conducir la estimación legislativa y jurisdiccional en materia matrimonial.

En este último punto recordamos que ha quedado establecido que todo ser humano es digno por naturaleza, y consecuentemente, tiene derecho a tener una familia, a fin que pueda en ésta, encontrar los elementos que le permitan realizar sus fines y su pleno desarrollo. De ahí que, en la naturaleza jurídica de su familia habrá de encontrarse también la característica de dignidad, ya que estará conformada por seres humanos a quienes la dignidad les es inmanente.

Por ello, reiteramos que el derecho fundamental que tiene todo ser humano a pertenecer y, en su caso, a formar una familia, deberá estar sometido y regulado únicamente bajo los parámetros que fija el orden público e interés social del Estado; en razón que es en su familia, en la que éste habrá de aprender los límites y aprehender los valores que reconoce la propia sociedad. De ahí la veracidad de la concepción generalizada de la familia como célula básica de la sociedad y, como elemento esencial de la moral social, política y económica del Estado.

Por lo anterior, podemos constatar que en la legislación y en la jurisprudencia, se reconoce a la formación familiar como un bien jurídico e interés superior a tutelar. Esto nos explica, que la eficacia y limitante de la vida matrimonial, no debe estar sometida al arbitrio de los particulares, ni a concepciones personalistas, sino únicamente a los lineamientos que el orden público dicta.

III. MATRIMONIO

Una vez que se ha dejado establecido que el derecho a contraer matrimonio es un derecho humano de todas las personas núbiles y/o capaces de consentir libremente sobre su celebración, y sobre el cual no pesa restricción o preferencia alguna. A la vez, que hemos señalado un mínimo concepto de explicación sobre el orden público, ahora, nos abocamos al análisis de los principios o elementos fundantes del matrimonio, para desentrañar el valor que liga a las personas que lo contraen y su responsabilidad, ante ellos

mismos y ante la sociedad. Para determinar tal valor, hemos consultado primeramente la teoría de la institución desarrollada por tres juristas franceses y la contractual e institucional de un mexicano que aplica específicamente al matrimonio, las cuales exponemos a continuación de manera sucinta.

A. PRINCIPIOS O ELEMENTOS INSTITUCIONALES, EN GENERAL

En primer orden consultamos la teoría desarrollada por Maurice Hauriou, jurisconsulto francés, decano de la Facultad de Derecho de Toulouse, a quien se le ha atribuido la construcción de la doctrina de la institución, con la que pretendió enfrentar los problemas jurídicos y sociales emergentes de su época.

Encontramos que Arturo Enrique Sampay¹⁶ hizo la traducción y, consecuentemente refiere, en el prólogo de la obra *La teoría de la institución y de la fundación (Ensayo de vitalismo social)* que Maurice Hauriou señaló que las personas *humanas* para satisfacer las necesidades conducentes a su bien —necesidades corporales, intelectuales y espirituales— instituyen mancomuniones de esfuerzos con cierta duración, que pueden resultar en el Estado, en una comunidad laboral, en una sociedad comercial, en una fundación de beneficencia, en un servicio de asistencia social, en una asociación religiosa, cultural o deportiva. En el mismo texto se explica, que el cuerpo de la institución, está formada con seres humanos que se vinculan mediante una acción común estructurada que el espíritu de la institución es la *idea de obra o de empresa* a ejecutar.¹⁷ Es decir, podemos apreciar que para Hauriou el espíritu de la institución corresponde precisamente al fin que —a través de la misma— se pretende ejecutar.

El locutor de la misma obra de Hauriou afirma que el concepto de bien humano es el criterio para legitimar o descalificar la *idea de obra o de empresa* de una institución; porque sólo es legítima (en justicia) la idea concebida para satisfacer algún aspecto del bien humano.

Para Hauriou, las instituciones son seres que nacen, viven y mueren jurídicamente. Que éstas nacen por las operaciones de fundación que les suministran su fundamento jurídico y, que viven una vida objetiva y subjetiva a la vez; gracias a operaciones jurídicas de gobierno y de administra-

¹⁶ Cfr. HAURIUO, Maurice, *La teoría de la institución y de la fundación (ensayo de vitalismo social)* trad. fran., prólogo y bibliografía Arturo Enrique Sampay, Buenos Aires, Editorial Abeldo-Perrot, 1968, p. 7.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 17 y 18.

ción, repetidas y ligadas por procedimientos. Que mueren por operaciones jurídicas de disolución o de abrogación. De este modo, explica cómo es que se revela, que las instituciones representan jurídicamente: la duración, y por tanto, su urdimbre sólida, se cruza con la trama más floja de las relaciones jurídicas pasajeras.¹⁸ Es decir, nos presenta Hauriou a las instituciones como seres vivos, que tienen vida propia y, por tanto, se transforman, al ser “activas” y cuando dejan de serlo, mueren.

En mismo texto, encontramos al respecto una reflexión significativa, en cuanto a que —contrario a las instituciones— las reglas de derecho (en tanto que ideas directrices) no poseen vida suficiente para organizar en torno de sí, una corporación que les sea propia y en las que ellas logren expresarse. Por ello, del texto en cita se desprende que para Hauriou, la falta de “vida” de las reglas de derecho, es prueba suficiente que éstas, son inferiores a las ideas directrices que sí logran poseer vida bastante, como para incorporarse a las instituciones.¹⁹

Hauriou aporta relieve a las instituciones al señalar que éstas son las que determinan las reglas de derecho, y no las reglas de derecho, las que crean las instituciones. A la vez, que son los individuos los creadores de las instituciones, no así las reglas de derecho.²⁰

Para continuar con el estudio sobre la naturaleza de la institución, encontramos las tesis de los también galos Joseph Delos²¹ y Georges Renard²² las cuales explica el maestro guatemalteco Luis Recaséns Siches.²³ Respecto del segundo: Georges Renard²⁴ (1876), comenta que fue profesor de Derecho Público de la Universidad de Nancy, Francia; quien señala elaboró una teoría y una nueva filosofía de la institución; al sostener que el Derecho Natural no puede dar solución a los detalles de la convivencia, ni tampoco puede suministrar, por sí solo, una solución a los debates de gran envergadura; sencillamente porque lo planteado en tales debates se halla condicionado por muchas circunstancias de hecho.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 40 y 41.

¹⁹ *Ibidem*, p. 76.

²⁰ *Ibidem*, pp. 76-77.

²¹ Delos, E.P.J.T., *La Théorie de l'institution*, 1931, citado por Recaséns Siches, Luis, *op. cit.*, nota 24, p. 125.

²² RENARD, Georges, *La Théorie de l'institution*, 1930 y *La philosophie de l'institution*, 1939, citado por Recaséns Siches, Luis, *op. cit.*, nota 24, p. 123.

²³ *cfr.* RECASÉNS SICHES, Luis, *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, México, Editorial Porrúa, 1963, t. I, pp. 123 y 124.

²⁴ RENARD, Georges, *La Théorie de l'institution*, 1930 y *La philosophie de l'institution*, 1939, citado por Recaséns Siches, Luis, *op. cit.*, nota 24, p. 123.

Asimismo, refiere el jurista en cita, que Renard explicó que el Derecho Natural no es una máscara monótona, sino es *uno* y es *diverso* como la naturaleza humana y la sociedad; es uno como la humanidad y es diverso como la civilización. En suma, indica que el franco enseñó “un Derecho Natural en *perpetuo devenir*, un Derecho Natural con contenido progresivo; progresivo, por asimilación de los datos históricos variables a una sustancia racional inmutable”.²⁵

Por su parte, el mismo Luis Recaséns Siches²⁶ refiere que Joseph T. Delos fue profesor de la Facultad Libre de Derecho de Lille, que llevó a cabo una reelaboración de la teoría de la institución de Renard; y que propuso que ésta debe ampliar su base, para convertirse en una teoría general e institucional del Derecho, al considerar que la institución se ha venido aplicando tradicionalmente a todos los nexos sociales organizados: tradiciones, usos, costumbres, reglas morales, estructuras familiares, económicas, culturales, morales, jurídicas, etc.; es decir, a todas las formas organizadas que constituyen la sociedad; y en sentido jurídico se ha aplicado y debe aplicarse a todas las estructuras jurídicas.²⁷

Asimismo, refiere que para Delos, la teoría de la institución tiene por origen, el redescubrimiento de las realidades sociológicas subyacentes a las realidades jurídicas. En este punto Recaséns explica que, en su teoría, el galo refirió que la conexión del Derecho y la Sociología está inscrita en el corazón mismo de la idea de justicia, y que éste implica alteridad, dos sujetos, un objeto y una regla; concluyendo que la realización del reino de la justicia equivale a la creación de un orden social objetivo: *Orden de relaciones sociales (exteriores, extra-individuales) pero, a la vez, inmanente a los individuos*; y por lo tanto, consideró que un orden es justo, en la medida en que cada elemento ocupa el lugar que le corresponde.

Explica Recaséns, que la concepción del jurista francés implicó un realismo jurídico; ya que al haber estudiado la regla jurídica, no lo hizo atendiendo sólo a su forma y prescindiendo de su materia; sino que se extendió al estudio del Derecho Natural, el cual observó, se basa en la naturaleza humana, y afirmó que: *ésta es una realidad*.²⁸

De lo anterior, puede afirmarse que las instituciones son creaciones del ser humano, que utiliza para satisfacer la necesidad de realizar “su bien” en sociedad, y que éste es el fin o espíritu de tal empresa; por lo que la idea de

²⁵ *Ibidem*, p. 124.

²⁶ *Ibidem*, p. 125.

²⁷ *Idem*.

²⁸ *Ibidem*, p. 126.

tal bien, es el criterio que califica su naturaleza institucional. Asimismo, debe decirse, que como la idea del bien social es crítica y evolutiva, las instituciones —que de ella dependen— son transformadas al incorporarse en ésta, valores que la impactan.

Por ello, las instituciones son las que representan la realidad, la juridicidad y el poder, no así las reglas de derecho vigentes o no, pues es la institución la que dura o no en el tiempo. Permanecerá si evoluciona y se adapta a los nuevos hechos, valores, ideas o realidades que en ocasiones son subyacentes a las realidades jurídicas, y; si no se adapta, se considerará injusta y entonces desaparece.

B. PRINCIPIOS O ELEMENTOS INSTITUCIONALES Y CONTRACTUALES EN PARTICULAR

Consultamos ahora al maestro emérito de la Universidad Nacional Autónoma de México Jorge Mario Magallón Ibarra²⁹ quien analiza la naturaleza institucional, contractual y sacramental del matrimonio en su tesis de doctorado: *El matrimonio. Sacramento-Contrato-Institución*.

En cuanto a la evolución de las ideas sobre el matrimonio, Magallón Ibarra opina que está dividida en dos grandes teorías que corresponden a dos importantes escuelas del Derecho: la teoría de la Escuela de Bolonia y la teoría de la Escuela de París. De la primera de ellas, nos dice, se denomina en forma clásica la *copula-theoria*, que se dice fue iniciada por *Incmaro*, arzobispo de Reirás, quien estimó la unión sexual como el elemento fundamental y constitutivo del matrimonio; o también, como el elemento mediante el cual se completa y perfecciona. Agrega que al parecer, éste segundo aspecto es el que la Escuela de Bolonia, y su jefe Graciano, aceptaron.³⁰

El jurista en cita refiere que a la concepción anterior, se opuso la Escuela de París, representada por Pedro Lombardo y su predecesor san Pedro Damián, Ivon Carnutense y Hugo de San Víctor³¹ quienes dice, preconizaron la supremacía del consentimiento en la celebración del matrimonio, y que la cópula posterior solamente lo refuerza (*Nuptias Consensus Non*

²⁹ Cfr., MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, *El matrimonio. Sacramento-contrato-institución*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, Serie Doctrina Jurídica, Num. 280, p. 1.

³⁰ *Ibidem*, p. 142.

³¹ *Idem*, Nota, cita a Lanza-Palazzini, *Principios de teología moral*, Madrid, Editorial Rialp, 1958.

Concúbitos Facit). Explica que ellos parten de la idea romana en la que el consentimiento sirve *ad individuum vitae consuetudinem observandam* y, por esta razón, a la esencia del matrimonio la colocan *en el consentimiento libre, actual y legítimo*, y estiman que el *consensus coitus* no se requiere como forma esencial para el matrimonio, al referir que si se limitara a éste, quedaría sin efecto y no produciría ningún contrato. La contienda ideológica que expone el maestro en cita terminó, explica, al afirmar el Derecho Canónico el *ius in Corpus* sancionado por los pontífices; quienes combinaron los conceptos de las dos escuelas, aunque con un claro predominio del elemento consensual.³²

La disputa contemporánea sobre la determinación del hecho fundante del matrimonio se centra en realidades que, en momentos pretéritos, parecieran impensables; siendo una de éstas, la preferencia sexual de la pareja y otra, la derivada de la globalización que analizaremos más adelante. Esta afirmación se desprende de la explicación que *ut supra* se vierte del autor en cita; quien constata que tales divergencias solo trataron fundamentalmente, el aspecto sexual de los consortes, así como, su manifestación de voluntad. Es decir, no encontramos en tal polémica atribuida a las Escuelas de París y de Bolonia, que éstas consideraran la dignidad del ser humano, como eje central de sus argumentos.

De regreso con el maestro Magallón Ibarra, señalamos que éste también se refiere a la primera Constitución francesa de 1791, la cual —señala— concibe en su artículo 7o. al matrimonio como *un contrato civil*, y el cual consagra: *La ley sólo considera al matrimonio como un contrato civil*. A la vez, comenta, que al discutirse la constitución civil del clero, Robespierre clamaba que *la jurisdicción espiritual solamente debe intervenir en el dogma y en la fe; que la disciplina y la policía pertenecen a la potestad temporal*; invocando el consentimiento de las partes, o sea, el acuerdo de voluntades como elemento esencial en el contrato.³³

Observa el maestro Magallón Ibarra, que el Código Civil para el Distrito Federal, que entró en vigor el primero de octubre de 1932, bajo el amparo del artículo 130 Constitucional —texto que tenía vigencia— proyectó la ideología contractualista del matrimonio; aun cuando en su exposición de motivos consignaba la necesidad de reconocer al concubinato, al afirmar que *el cambio de las condiciones sociales de la vida moderna, impone la necesidad de renovar la legislación; y el derecho civil que forma parte de ella, no*

³² *Ibidem*, pp. 142 y 143.

³³ *Ibidem*, pp. 149-151.

*puede permanecer ajeno al colosal movimiento de transformación que las sociedades experimentan.*³⁴

Afirma en misma tesis el estudioso señalado, tener conciencia sobre la metamorfosis que ha sufrido el concepto tradicional del contrato y la crisis que ha derivado del intensivo desarrollo de la civilización material, de la revolución laboral e industrial, del intercambio gradual y explosivo del comercio, del cambio en la naturaleza de las riquezas, del “lamentable” aumento del poder del Estado en detrimento de la libertad humana; considerando que todo esto ha repercutido necesariamente en la reforma de la legislación.³⁵

En este terreno, añade que la autonomía de la voluntad ha sufrido los más grandes ataques; de ahí que, al haber considerado algunos autores clásicos al matrimonio como un contrato —porque en él había acuerdo de voluntades— y al advertir los riesgos que estaban propiciándose sobre el mismo; declararon entonces equivocadamente que el matrimonio no es un contrato, sino una institución civil; calculando con ello fortalecer supuestamente la aparente fragilidad que deriva de la posible ruptura del mismo por mutuo consentimiento, y, a la vez, intentando darle un carácter de estabilidad y permanencia, el cual estimaban que no quedaba garantizado con la autonomía de la voluntad.³⁶

De lo expuesto, él mismo deduce que la teoría del contrato ha sufrido una transformación profunda, que condujo a Ripet a atribuir todo ello a un reflejo del socialismo de Estado, que le impone a éste, la obligación de velar sobre todos los contratos privados, para que no trastornen la economía dirigida, que se manifiesta, como la sumisión de las partes a un conjunto de reglas legales obligatorias; y en ellas, la supuesta libertad y autonomía de la voluntad, se encuentra limitada en los estrechos cánones de cada contrato. Agrega que la persona puede o no contratar; pero si contrata, lo hace casi siempre dentro de las formas previstas en la ley y en el orden público. De ello deduce, que a éste sistema Ripert le llama —*apoyándose en el texto de Salle de la Manierre, “L’Evolution Technique Du Contrat”, Tesis, París, 1930*— forma semi-contractual, semi-legal, en la que la declaración de voluntad sólo es ya necesaria para reconocer la sumisión de una de las partes a la situación impuesta por la ley.³⁷

³⁴ *Ibidem*, pp. 194 y 195.

³⁵ *Ibidem*, p. 198.

³⁶ *Idem*.

³⁷ *Ibidem*, pp. 198 y 199.

Expone el catedrático, que a esta idea se adecua exactamente la concepción contractual del matrimonio, según la cual, el orden público no permite a la voluntad consignar formas variables, más que en los rígidos sistemas de los regímenes económicos del matrimonio.³⁸ Sin embargo, llama a tener presente, que si bien en el matrimonio hay en realidad un contrato, el propio matrimonio no se agota en éste, puesto que es más que un contrato, al expresar:

...la unión conyugal es en verdad una vida en forma y que por lo tanto, en ella coexiste, junto con el aspecto contractual, un índice que calificamos como extralegal. Esto es, la norma de derecho, no puede llegar a identificarse en su total integridad, con la vida humana de la que es producto. Ella la reglamenta y a veces nos induce a su explicación; pero no se confunde con su naturaleza, la cual, latente y dinámica, conserva —pudiéramos decir— reserva, fuera de las estructuras naturales o artificiales de las formas legales, un margen vital, que en ocasiones, no es posible llegar a consignar en las reglas legislativas.

En razón de lo expuesto, estamos de acuerdo que legalmente hablando se pueda y se deba definir al matrimonio como un contrato. Es verdad que hay un contrato en el matrimonio, pero éste no se agota totalmente en aquél, porque es a la vez algo más que un contrato. De la unión conyugal, podríamos decir —parafraseando a Hermann Heller al referirse a la Constitución del Estado— que es una forma de vida; una vida en forma; y una forma que nace de la vida.³⁹

Asimismo comenta el estudioso, que cuando se estructuró el matrimonio laico, desintegrándolo de su esencia espiritual, se encontró que podría apoyarse en la ley de leyes, o sea, en la Constitución, cuyo régimen no es la organización de una mecánica política perfecta; sino la reorganización de un orden político moral, base de la sociedad. Agrega que el matrimonio como contrato ha sido objeto de multitud de críticas, no sólo en el Derecho Civil, sino también en el Derecho Canónico, en el cual, dice, se aprovecha el concepto convencional para apoyar, a la vez, las bases del divorcio vincular; consignando que lo que la voluntad puede entrelazar, a la vez, también lo puede dirimir. En tal virtud, explica que los autores pretendieron buscar un concepto, a la vez más amplio y aparentemente menos falible que el término contrato; y encontraron el objeto de su inspiración en el ideario desarrollado en el Derecho Público de la “institución”.⁴⁰

³⁸ *Idem.*

³⁹ *Ibidem*, p. 200. Nota, cita a HELLER, *Teoría del Estado*, 4a. ed. versión española, Luis Tobió, México, Buenos Aires, Editorial FCE, 1961, p. 268.

⁴⁰ *Idem.* Nota. Las comillas son del autor.

Destaca que el verbo “instituir” se debe sustituir por “fundar”; establecer algo nuevo; dar principio a una cosa. Enseña el autor en cita que, al hablar de la famosa *instituta* de Justiniano, se hace referencia al compendio del Derecho Civil de los romanos, o sea, a una conjunción o congregación, y que sobre ella Ortolan⁴¹ nos explica que “*Institutas*” era el “*título que con mucha frecuencia daban los jurisconsultos romanos a sus tratados elementales de derecho; pero la denominación instituta formaba un título consagrado en jurisprudencia romana para indicar los tratados en que se explicaban de un modo fácil y metódico los principios y los elementos del derecho*” (sic.) y sostiene que el único sentido real y adecuado que puede tener el matrimonio en su aspecto de institución, es aquel que lo admite como “*colección metódica de los principios o elementos de una ciencia, arte, etcétera*”. Advierete que el matrimonio tiene un carácter institucional, en razón que en él se encuentran, precisamente:

...un conjunto de principios, una “colección metódica” de elementos sociales y jurídicos que se regulan dentro de la idea del propio matrimonio, y que mediante él —al celebrarse— se funda la base orgánica de una nueva familia, o sea, se establece una nueva célula social; se principia una nueva vida para ambos esposos. Pero por encima de ello, advertimos que existe un desarrollo equivocado y exagerado de la teoría de la institución en materia matrimonial, pues no nos cabe duda que sí hay una institución en el matrimonio, pero que el matrimonio no es sólo una institución y mucho menos de aquéllas a las que se refiere preferentemente la teoría del derecho público. En otros términos, el matrimonio dando cabida a una institución no se agota en ella, pues es algo anterior a la institución misma y ésta representa no su idea primaria sino en todo caso, su idea final. Si confundiéramos esos términos sería tanto como identificar un edificio con sus propios cimientos.⁴²

Corroboramos el académico en estudio como acertada la acepción del término institución y, el carácter institucional del matrimonio; al contemplar tanto los derechos y deberes personales que sobrevienen a los cónyuges, como la cohabitación, el débito carnal, la fidelidad, la asistencia y ayuda mutua; así como, al observar las relaciones patrimoniales de los esposos que dan lugar a sus regímenes económicos y, desde luego, también a las consecuencias naturales y biológicas, del matrimonio: la filiación y la patria potestad.⁴³

⁴¹ *Idem*. Nota, cita a Ortolan, J. *Explication Historiques des Instituts de L'Empereur Justinien*. Douzième édition par J. E. Labbé, t. II, libro 1o. Supl. p. 34-68, t. XV, Cuestiones 44 y 45, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1956. pp. 217-252.

⁴² *Cfr. Idem*.

⁴³ *Ibidem*, p. 266.

En el aspecto de conjunto, el autor en cita acepta que hay una institución en el matrimonio, no que el matrimonio sea una institución, y aclara que esto no quiere decir, que por la presencia de la institución, deje de existir el contrato, porque así como se estima que el matrimonio no se agota en el concepto de contrato, tampoco cree que sea exhaustivo, el concepto de institución. Esto es, explica que ambos conceptos no son recíprocamente excluyentes, porque el hecho que en él exista el contrato, no le impide que también concorra simultáneamente la institución, y viceversa.⁴⁴

En el contexto de nuestro estudio, consideramos de suma importancia recordar en este punto, que según la teoría de la institución clásica, el espíritu de la misma, es *la idea de obra o de empresa a ejecutar, bajo el concepto del bien humano*; que en la visión del Derecho Natural, se encuentra en *perpetuo devenir* al ser de contenido *progresivo*, por la *asimilación* de los *datos históricos variables*; lo que lo convierte en un *ser vivo*, que tiene *vida propia*, y que se *transforma* al ser *activo*, y cuando deja de serlo, *muere*.

A la vez, que la sumisión contractual que se nos revela en la legislación matrimonial, corresponde a los lineamientos dictados por el orden público y que éste es el que regula los principios y elementos fundacionales del matrimonio, como son *los derechos y deberes personales que sobrevienen a los cónyuges*, que generan las consecuencias jurídicas de las personas que pactan vivir como cónyuges. En segundo término, que la naturaleza institucional del mismo matrimonio, corresponde al establecimiento de sus *principios o elementos fundantes*, como *colección metódica* de los *elementos sociales y jurídicos que fundan la base orgánica de una nueva familia*, que se establece como *una nueva célula social*, y con la que se *principia una nueva vida para ambos esposos*; siendo que ésta representa no su idea primaria (la procreación, a la que no puede ni debe sujetarse), sino que tal vida comunitaria, constituye su idea final.

Dejamos sentado al inicio de esta labor, que la naturaleza excelsa del ser humano, surge de su dignidad intrínseca. De ahí que, ahora podemos afirmar, que la idea *final* de fundar y constituir una vida comunitaria —bajo los principios o elementos de orden público que rigen la vida marital— solo puede surgir en el ser humano, de su propia naturaleza excelsa; lo que deriva, en que el derecho a contraer matrimonio —de manera incontrovertible— es un derecho humano que debe respetarse, y que no puede ser objeto de discriminación alguna. Al mismo tiempo, ratificamos que tal categoría de excelencia, lo hace responsable de fundar su familia, en cumplimiento a los

⁴⁴ *Idem*.

principios o elementos integrantes de su vida comunitaria, que generan la *idea final* de excelencia trascendente, la cual no es otra cosa, que el verdadero Amor voluntario que se profesa la pareja, y que es y será el que les puede permitir socializar, desarrollarse y auto realizarse como matrimonio y familia en libertad, destinada a la verdad y al bien común.

Vistas las consideraciones jurídicas y metajurídicas que constriñen al ser humano y su derecho matrimonial, se considera como acertada la afirmación del maestro Magallón Ibarra, respecto a que el Derecho no puede llegar a identificarse, en su total integridad, con la vida humana de la que es producto.⁴⁵

En este punto nosotros agregamos al pensamiento anterior, que la característica limitativa del Derecho nos impide consignar reglas legislativas que encasillen la dignidad humana o pretendan detenerla en su búsqueda dinámica del bien propio y de su familia; discriminándola con una legislación matrimonial restrictiva, ya que es únicamente con base en el orden público, como se deben reconocer los *principios o elementos* constituyentes del matrimonio, y como se debe regular y sancionar las consecuencias jurídicas que se generan entre dos personas que pactan vivir como cónyuges.

Resulta asimismo en este punto de vital trascendencia, resaltar la reflexión oportuna del jurista Magallón Ibarra— respecto a que el cambio de las condiciones sociales de la vida moderna, imponen la necesidad de renovar la legislación; y que el Derecho Civil —que forma parte de ella— no puede permanecer ajeno al colosal movimiento de transformación que las sociedades experimentan. Por lo que estamos de acuerdo con la afirmación respecto a que *debe refrendarse la libertad incoercible del hombre, encarnada en la idea del contrato y en la rebeldía a someter o reducir la condición humana a un automatismo.*

IV. SIGLO XXI. AMOR COMO PARADIGMA

La vida posmoderna ha generado e impuesto cambios en las condiciones sociales, políticas y económicas de la vida en el orden mundial, los cuales generan paradigmas que nos obligan a no permanecer ajenos a tal transformación de la vida comunitaria y a la búsqueda de respuestas y soluciones a los mismos, no solo en el campo del Derecho Civil, sino también en la estimativa jurídica, que considera la realidad trascendente de la naturaleza humana y su perpetuo devenir.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 200.

De ahí que, en referencia a nuestro tema matrimonial, ahora resulta oportuno analizar un fenómeno matrimonial que presentan dos juristas españoles, y el cual, nos lleva a reflexionar —con base en las afirmaciones sobre la dignidad de las personas y su derecho fundamental a contraer matrimonio— que éste debe constituirse de manera indeclinable, tanto sobre la base jurídica del orden público que regula y define los *principios o elementos* que expresan sus derechos y obligaciones, como sobre la estimativa jurídica de la naturaleza, dignidad y razón humanas, a fin que podamos identificar de mejor manera, cuál es ese factor, que sí permite el cumplimiento de los *elementos o principios* que constituyen la esencia de la vida matrimonial, con y en dignidad.

A. MOTIVOS MATRIMONIALES

La globalización ha permitido que las ciencias estén planteando, por un lado, la redefinición de la condición humana y sus instituciones, y ha alterado la base social sobre la que han operado tanto el Derecho nacional privado como el internacional privado; postulando así paradigmas morales y sociales, como son los derivados de la internacionalización de la vida de las personas, que ha impulsado el fenómeno de la violencia familiar, y propiciado la constitución de familias a través de matrimonios realizados mediante fraude a la ley, a la vez de la reagrupación familiar de extranjeros, las crisis matrimoniales —tanto por el impacto de la multiculturalidad como por la dispersión del pleito— el secuestro y/o la sustracción internacional de menores, el repudio islámico y su prohibición a la adopción plena, el derecho humano a conocer su origen biológico y el consecuente derecho a establecer vínculos de filiación, las uniones de pareja en pactos civiles, entre muchos otros aspectos.

Tocante a la globalización, los catedráticos españoles de Derecho Internacional Privado, Alfonso Luis Calvo Carvaca⁴⁶ catedrático de la Universidad Carlos III de Madrid, y Javier Carrascosa González, profesor titular de la Universidad de Murcia, comentan primeramente que la “globalización” es un *fenómeno complejo* consistente en la libre circulación mundial de factores productivos de la información y de los modelos sociales y culturales. Explican que para M. S. M. Mahmoud, y para J. Chesneaux, la globalización

⁴⁶ Cfr., Calvo, Alfonso Luis y Carrascosa, Javier, “Globalización, secuestro internacional de menores y Convenios de Luxemburgo (1980) y La Haya (1980)”, *El siglo XXI: Aspectos internacionales*, España, Editorial COLEX, 2004, p. 159. Las comillas y cursivas son de los autores.

es “fenómeno de extensión al planeta de la *interdependencia* social y económica” (sic.) Citan también a J.C. Fernández Rozas, quien comenta que se trata de la “creación de un espacio único donde puedan circular, sin limitación alguna, bienes, servicios, y sobre todo el dinero”. Agregan los españoles en cita que para J. Basedow, se trata del hecho que “un creciente número de problemas sociales muestran una dimensión global que no puede ser abordada con soluciones nacionales”.⁴⁷

Asimismo, los catedráticos ibéricos consideran que la globalización es un fenómeno de *alcance general*, y señalan que tiene una *naturaleza plural* y repercute en multitud de ámbitos. Apuntan que no es, como algunos autores han entendido, un fenómeno *exclusivamente económico*. Aceptan como cierto que la globalización puede estudiarse desde un punto de vista estrictamente económico, como lo han hecho legítimamente algunos autores, pero aseveran que la globalización es un *fenómeno social*: sus causas o *elementos constitutivos* no son sólo económicos, y sus *efectos* tampoco son exclusivamente económicos.⁴⁸

Sobre la internacionalización de la vida, los mismos estudiosos españoles en cita explican en misma obra colectiva, pero en otro artículo: *Matrimonios de complacencia y derecho internacional privado*,⁴⁹ que estas uniones matrimoniales representan, un fenómeno en auge. Los catedráticos en consulta, agregan que los “matrimonios de complacencia” se celebran frecuentemente a cambio de un *precio*: un sujeto —con frecuencia extranjero— paga una cantidad a otro sujeto —normalmente, aunque no siempre, ciudadano español— para que este último acceda a contraer matrimonio con él, con el acuerdo, expreso o tácito, que nunca habrá “convivencia matrimonial auténtica” ni “voluntad de fundar y formar una familia”; y que, pasado un año u otro plazo convenido, se instará la separación conyugal para llegar posteriormente al divorcio.⁵⁰

Sobre el verdadero objetivo de estos “matrimonios” los catedráticos explican que se encamina sólo a obtener determinados “beneficios” en materia de *nacionalidad* y de *extranjería* (adquisición veloz y privilegiada de la nacionalidad española, obtención de un permiso de residencia en España, reagrupamiento familiar, etc.) Comentan que estos “matrimonios” no

⁴⁷ *Idem*.

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ CALVO, Alfonso Luis y CARRASCOSA, Javier, *Matrimonios de complacencia y derecho internacional privado, El siglo XXI: Aspectos internacionales*, España, Editorial COLEX, 2004, p. 119.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 120.

se celebran con la intención de constituir una “unión conyugal estable” en forma matrimonial, ni con la intención de fundar una familia basada en el matrimonio; ya que los contrayentes excluyen, desde el principio y en todo momento, asumir los “derechos y deberes que derivan del matrimonio”.⁵¹

Explican los juristas hispanos que la *terminología* a utilizar es importante en este caso, dado que todo matrimonio se celebra en razón de existir una “conveniencia” para los cónyuges: por amor, por dinero, por adquirir un *status* social, por asegurar el futuro, para obtener un puesto de trabajo, etc. Refieren que las causas son infinitas, y el Derecho matrimonial no tiene la más mínima intención de “indagar” acerca de los “motivos” que llevan a una persona a contraer matrimonio con otra. Por eso, consideran que los “matrimonios de conveniencia” existen y han existido siempre, y mientras tengan como finalidad la de “fundar una familia” no son, en absoluto, nulos desde un punto de vista jurídico. Añaden que cada quien contrae matrimonio por los *motivos* que desea; lo que sí es importante es que los cónyuges tengan intención de prestar un “consentimiento matrimonial”; esto es, un consentimiento para “formar una unión conyugal como comunidad de vida”, para formar una familia, y por eso, el Derecho matrimonial no exige un consentimiento cualquiera, ni un “consentimiento contractual” ni un mero “consentimiento”; sino que exige un consentimiento “matrimonial”, y aconsejan revisar su legislación: (*vid.* art. 45 y art. 73.1º Cc.) Concluyen que los *motivos* (por los que se presta el consentimiento matrimonial) no son relevantes para el Derecho matrimonial, ni para el Derecho civil, ni para el Derecho internacional privado.⁵²

Visto el problema planteado, los estudiosos afirman que no procede sancionar con la nulidad a todo matrimonio *sospechoso* de ser un “matrimonio de complacencia”: ello lesionaría el *jus connubil* de los contrayentes que tienen derecho a contraer matrimonio libremente. Pero, por otro lado, consideran que tampoco es conveniente “no actuar” contra los matrimonios *sospechosos* de ser “matrimonios de complacencia” y considerarlos válidos, por las razones antes apuntadas que aconsejan la erradicación de dichos matrimonios.⁵³

Además subrayan, al efecto, que una *distinción clave* en Derecho matrimonial es que, por un lado existen unos “motivos para contraer matrimonio”; por otro lado existen unas “finalidades” que se persiguen con la celebración del matrimonio. Esta distinción entre los “motivos” y las “fina-

⁵¹ *Idem.*

⁵² *Ibidem*, pp. 120 y 121.

⁵³ *Ibidem*, p. 123.

lidades” que se persiguen con la celebración del matrimonio, la consideran como especial.⁵⁴

En primer lugar, los españoles en cita refieren que los *motivos* por los que las personas contraen matrimonio no interesan al Derecho matrimonial, ni al Derecho Civil ni al DIPr (Derecho internacional privado). Añaden que ésta es una afirmación originaria del mismo Derecho romano. Citan al gran jurista Ulpiano, quien —dicen— afirmaba que “*cogitationis poeman nemo patitur*”: “nadie padece pena por sus pensamientos” o, con otras palabras, salvo que la ley disponga lo contrario, las “motivaciones” que incitan las personas a realizar ciertos actos —como el matrimonio— son *irrelevantes para el Derecho*. Cada individuo contrae matrimonio por los *motivos* que quiere: por amor, por dinero, por adquirir un *status* social, por asegurar el futuro, para obtener un puesto de trabajo, por la belleza de la persona amada y futuro cónyuge, por emparentar con familias de rancio abolengo, por presión social, etc. Los *motivos* pueden ser tantos, sin duda, como matrimonios se celebran y personas se casan. Pero los cónyuges desean contraer un *verdadero matrimonio*. Es decir: cualesquiera sean los *motivos* por los que contraen matrimonio, desean asumir, en todo caso, “*los fines propios y específicos de la unión en matrimonio*”, los cuales vienen establecidos en las Leyes. El matrimonio es, por supuesto, plenamente válido, pues existe un verdadero consentimiento matrimonial y los motivos por los que las personas contraen matrimonio no interesan a la Ley.⁵⁵

En segundo lugar, comentan que algo muy diferente es la *finalidad* que los contrayentes persiguen al celebrar su matrimonio. Este aspecto sí que es *fundamental* para el Derecho matrimonial, porque éste exige un consentimiento que es un consentimiento “matrimonial”. Explican que “consentimiento matrimonial” es el que se dirige a crear una comunidad de vida entre los esposos con la finalidad de asumir, como se ha dicho antes “*los fines propios y específicos de la unión en matrimonio*”. Con otras palabras, abundan en que el consentimiento matrimonial es tal (verdadero y auténtico consentimiento matrimonial) cuando los contrayentes no excluyen, sino que aceptan plenamente los “*efectos esenciales del matrimonio*”. Apuntan que a pesar que el Código Civil español no detalla cuál es la *finalidad del matrimonio*, sí contiene una “determinación legal” de los “derechos y deberes de los esposos”, de los cuales, infieren, se deduce que “*la finalidad del matrimonio es fundar una familia*”.⁵⁶

⁵⁴ *Ibidem*, p. 141.

⁵⁵ *Idem*.

⁵⁶ *Ibidem*, pp. 141 y 142.

Resuelven los juristas ibéricos, que cuando los contrayentes se unen en matrimonio excluyendo asumir las “finalidades” o “efectos esenciales del matrimonio” el consentimiento matrimonial es “simulado” y el matrimonio es nulo por falta de consentimiento matrimonial; y expresan que el caso es, por desgracia, muy frecuente.⁵⁷

Concluyen los catedráticos en consulta que es completamente errónea la tesis de los autores que defienden que no cabe “simulación” en el matrimonio civil; ya que —como afirma la doctrina citada en el párrafo anterior— naturalmente cabe “simulación” en relación con el matrimonio civil, y que mantener lo contrario carece de todo sustento jurídico, pues, según se ha visto, la categoría del “matrimonio simulado” es uno de los más claros ejemplos de “matrimonios nulos de pleno derecho”. Por otro lado, agregan, está la contundencia de la existencia de millares de matrimonios civiles “simulados”, como triste realidad.⁵⁸

Del estudio realizado por los catedráticos consultados no nos sorprende el antiguo tema de la nulidad matrimonial, sino su referencia a la creciente práctica de la celebración de matrimonios ilícitos por fraudulentos en España, para obtener la nacionalidad española, a la vez del ineficaz combate a dicha industria. Esta progresiva incidencia de simulación matrimonial puede vincularse fácilmente, tanto a los efectos indiscutibles del fenómeno de la globalización y sus requerimientos económicos y de mercado, como con las consecuentes alteraciones morales y sociales a las instituciones que están aconteciendo en nuestras sociedades; en este caso, nos referimos a la matrimonial.

Del mismo modo, del trabajo de mérito puede derivarse que es necesario distinguir y diferenciar la naturaleza de los *motivos* por los que las personas se casan, de la naturaleza de la *finalidad* que el matrimonio busca cumplir. Esto es así, dado que se ha afirmado que los *motivos* por los cuales las personas contraen matrimonio son o deben ser *irrelevantes para el Derecho*; indiferencia jurídica, que no opera en materia de los “*fines propios y específicos de la unión en matrimonio*”, visto que están establecidos en la ley familiar.

En esta tesis debe decirse que los *motivos* matrimoniales nos son irrelevantes, en razón que son meramente impulsos individualistas, y que por tanto, son diversos del *fin* y auténtico consentimiento matrimonial; ya que éste exige, que el esposo(a) tenga y actúe con integridad moral, respecto de la persona a quien pretende desposar o con la que ya hace vida conyugal,

⁵⁷ *Ibidem*, p. 142.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 143.

dado que ésta integridad moral se corresponde con los lineamientos del orden público.

Entre una infinidad de *motivos*, sin duda puede existir el del amor, como señalan los catedráticos ibéricos, sin que esto implique, que en realidad exista el “Amor” como *fin* matrimonial, ya que éste, con mayúscula, implica poseer una categoría de excelencia trascendente, que por su naturaleza incidirá en que se expanda de un “Amor” íntimo y fraterno, a un “Amor” digno, responsable y juicioso, que promueva el bien y el desarrollo del otro y el común, que busca la verdad; la cual es vital para lograr una vida comunitaria armoniosa; no así el amor efímero, individualista y fragmentado —amor con minúscula— producto de un mero apego, estimación, cariño, afecto, simpatía o atracción pasional.

B. FINES MATRIMONIALES

Recordamos primeramente que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consagra en su artículo 1o. el derecho humano a la no discriminación y en el numeral 4o. reconoce el derecho humano a tener una familia. Por su parte, el Código Civil para el Distrito Federal, explica en su artículo 146 al matrimonio, y lo define como la unión de dos personas, a las que les atribuye el deber de cumplir determinadas conductas o *finés*, atinentes a la dignidad de la naturaleza humana; a efecto, que ambos consortes estén en aptitud de desarrollarse en plenitud: Artículo 146.— Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente código.

Ahora bien, para que en el siglo XXI el matrimonio posmoderno se siga considerando como revestido de la dignidad, que deriva de la naturaleza de los cónyuges y, para que permanezca como institución; la sociedad debe pugnar por la implementación de políticas públicas que promuevan el cumplimiento de los *finés matrimoniales*, mediante el fomento del conocimiento y distinción del verdadero Amor de la pareja, que reconoce su unión como piedra angular y punto de partida de la vida armónica en comunidad; y el cual se propone sea expresado en la celebración matrimonial y realización de los votos, de la siguiente manera:

1. VOTOS MATRIMONIALES:

En la celebración de los votos matrimoniales debemos destacar, que entre todos los valores y bienes que podemos poseer los seres humanos, son preeminentes la dignidad, la libertad y el Amor, y que éste último es el prin-

cial ingrediente que constituye a un matrimonio; ya que es el motor de su íntimo actuar y de su proceder en sociedad, es el *fin* trascendente que le da vida, y que sin Amor, el matrimonio no tiene razón de ser.

Los consortes que se profesan palabras y juramentos de Amor, adquieren una responsabilidad —de honor y de vida— que trasciende en el cumplimiento del *fin matrimonial*, el cual resulta ser la única senda que los habrá de llevar a la plenitud del desarrollo de su universo interno y externo que, como cónyuges poseerán; así como, habrá de propagarse a la sociedad en general, como la luz que ilumine el camino de otras parejas y de la sociedad en general, que también confían en su Amor.

A los futuros cónyuges les podemos dar cuenta, que la actividad más noble de la que es capaz el ser humano —y en la que se siente feliz— es en el Amor.

El profesarse Amor de pareja para fundar su matrimonio, representa un acto de mutua confianza, que les permitirá construir su casa, crear su hogar y apoyarse como familia en el transcurso de sus vidas.

De ahí que, cuando dos personas se enamoran y, al efectuar sus votos matrimoniales, prometen “Amarse” y cuidar uno del otro, crean un espíritu único, el cual habrá de atarlos y unirlos con fuerza y solidez indestructibles, tanto en el tiempo, como en el espacio. Por ello, aunque existen “distintos tipos de amor” el que une a la pareja, es Amor que se escribe con mayúscula, es el Amor de mayor envergadura, ya que éste implica un mutuo regalo de vida totalizador, es decir, del todo y para siempre.

El cumplimiento de su pacto matrimonial hará que su Amor conyugal sea imperecedero, correspondiente a la naturaleza del Amor que intensifica y enriquecerá cada faceta de sus vidas, ya que su compromiso matrimonial implica responsabilidades recíprocas, que tienen que durar toda su vida y trascenderla.

El respeto mutuo a su Amor habrá de darles felicidad plena, y les permitirá entenderse y perdonar los errores que la vida no puede evitar; ya que en el Amor se aprende a Amar; Amando, con delicadeza y generosidad. Y si podemos Amar a otro, es —sobre todo— porque estamos revestidos de dignidad, de voluntad e inteligencia.

El ser humano que Ama, lo hace en comunión y unidad con su alma, su espíritu y su cuerpo. El prodigio de la creación fue, es, ha sido y sigue siendo un acto de Amor y por ello, el señorío del universo pertenece al Amor conyugal. Debemos indicar a quienes se aman, que solo el Amor verdadero logrará poner sus almas en sintonía y que —para mantenerlo— requieren invertirle: tiempo, constancia, confianza y fidelidad.

Los consortes deben saber que el *matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua*; por ello, el matrimonio solo es válido y cumple su destino, si en éste hay precisamente, comunidad de vida con respeto, igualdad y ayuda mutua.

El matrimonio también es comunidad de proyectos y objetivos; el matrimonio es compromiso mutuo y deber ante la sociedad; el matrimonio es trabajo en comunión y, comunidad de esfuerzos para lograr el *fin* común; el matrimonio es sostenerse en un mismo espíritu, es Amarse mutuamente; el matrimonio es compartir los valores que elevan la capacidad de comunicarse, de comprenderse y de considerarse en igual dignidad; surgiendo así —de manera natural— la solidaridad y respeto recíprocos entre los cónyuges que realmente se Aman; siendo su dignidad, la fuente última de la justicia que, en su hogar y en su vida, habrá de prevalecer.

En el matrimonio, el Amor es concreto, es exacto y muy delicado: es una obra de arte que se construye minuciosamente con fundamentos muy precisos y preciosos, y requiere de una adecuada tarea de mantenimiento.

En el matrimonio, el Amor es una total auto-donación, es una entrega total e incondicional; requiere de olvidarse de uno mismo para convertirse en un nosotros en libertad.

En el matrimonio, el Amor es para siempre, ya que el Amor en sí mismo tiene vocación de perennidad: los enamorados saben que en su Amor, está el honor y la inmortalidad.

El Amor conyugal es producto de la dignidad y de la naturaleza humana que razona y que busca la verdad; no así, de un amor con minúscula, por ser emocional, efímero, percedero y fugaz.

El Amor conyugal es una inclinación natural del ser que razona; ya que el Amor da vida y, es para poseerlo, que todos los seres humanos vivimos, es decir, vivimos para Amar y/o Amamos para vivir. La prueba de esto es, que el ser humano, no es feliz sino cuando Ama, y es cuando decide unir su vida a aquella vida de quien Ama y quien le corresponde. Solo en ese contexto, es capaz de mantenerse vivo y presente un Amor mutuo; es decir, un matrimonio.

El Amor conyugal es el que otorga a la pareja, la fuerza y los nutrientes necesarios para tener en sí mismos, una nueva existencia, así como, nuevas experiencias y nuevas formas de expresión, a través de sus diferentes etapas. De ahí que, los esposos, son y deberán seguir siendo mejores amigos, confidentes, amantes, maestros, oyentes y críticos.

El Amor conyugal genuino es el que alcanza al corazón, como lo más sublime y profundo de la persona amada y, eleva a las almas entrelazadas,

en un vuelo hacia el infinito. La belleza del corazón que Ama, descansa en los valores supremos y en los fundamentos morales que practica.

Por ello, el Amor también es una realidad espiritual e infinita que contribuye a la progresiva integridad de la pareja; porque podemos Amar con inteligencia y voluntad. Como el Amor también discurre en la instancia contemplativa; por ello, el Amor es toda una aventura, pues no termina nunca, en él siempre hay algo nuevo.

El Amor puede ser tan inmenso, fuerte y profundo como el mar y tan tranquilo, apacible y vivificante como la playa en que reposa.

El Amor no se debe ignorar, ni se puede imponer. El Amor es el respeto exquisito por el otro. El Amor genera una nueva realidad cuando se fusiona la pareja en una sola unidad, para cumplir el *fin de su mutua existencia*.

El reino del Amor imperecedero, es el reino de la dignidad en plenitud y de la libertad trascendente que vivifica e ilumina al ser humano, a la familia y a la sociedad, que se enriquecen y nutren al contemplar el resplandor de la verdad perenne del Amor conyugal.