

LA INCIDENCIA DEL DIVORCIO SOBRE LA DOGMÁTICA JURÍDICA DEL MATRIMONIO

Alberto PACHECO ESCOBEDO

SUMARIO: I. *El matrimonio secularizado*. II. *El matrimonio en el derecho civil y el divorcio*. III. *Las nuevas formas de unión*. IV. *El consentimiento matrimonial*. V. *El divorcio como fenómeno social*. VI. *El concubinato*. VII. *La legislación mexicana*. VIII. *La práctica procesal ante el divorcio*.

I. EL MATRIMONIO SECULARIZADO

Es sabido que la legislación civil de los Estados modernos comienza en el siglo XVI al separarse de la tradición jurídica seguida hasta ese entonces desde los primeros siglos del cristianismo; es el momento en que Lutero afirma que el matrimonio no es un sacramento de la religión cristiana y con eso, quita al vínculo matrimonial su carácter de unión sagrada, dejándola sujeta a la legislación del Estado, sin atreverse en un principio a negar un cierto carácter religioso al matrimonio. Sin embargo, el mismo Lutero en vida se doblega ante la autoridad estatal y reconoce la legitimidad de un segundo matrimonio de Federico el Sabio, que era uno de sus grandes protectores, no obstante vivir su primera esposa, pues reconoce que hay ocasiones en que el vínculo matrimonial de los príncipes puede disolverse y el propio reformador es el que decreta la disolución del vínculo de su protector. Llegado ese momento, Lutero acepta explícitamente la potestad de los poderes civiles sobre el matrimonio y así escribe en el *Ritual del matrimonio para los párrocos*: “el casamiento y el estado matrimonial es un asunto mundano, no compete a los pastores y ministros de la iglesia el ordenar ni organizar nada en este punto” (WA 30/III, 74). El párroco debe concretarse a dar la bendición.

Roto ya el principio de la sacramentalidad, el matrimonio queda bajo la jurisdicción de la iglesia reformada, la cual, en poco tiempo, lo traslada a los poderes civiles. Es la autoridad estatal la que va conquistando posiciones cada vez más amplias en la institución matrimonial hasta que termina por hacer del matrimonio una institución totalmente secular, negando toda injerencia en el mismo a cualquier otro grupo social o religioso de cualquier tipo.

En los países que aceptan la reforma protestante bajo sus diversas formas, el matrimonio pasa a ser jurisdicción del Estado de inmediato. Así lo admiten los “39 artículos” de 1562 de la Iglesia anglicana. En 1580, en Holanda, ya bajo la confesión calvinista, el matrimonio debe celebrarse obligatoriamente ante el ministro calvinista, y como una concesión a los no calvinistas, se admite que se celebre ante el magistrado civil; en otra forma, la ley no reconoce efectos matrimoniales a ninguna otra unión. Es quizá la primera legislación que vuelve obligatoria, al menos para una parte de la población, el matrimonio ante un funcionario del Estado.

El matrimonio civil se vuelve también obligatorio en Inglaterra, Escocia e Irlanda por la Ley del 24 de agosto de 1653.

En los países europeos que conservaron una gran mayoría católica, la introducción del matrimonio civil es consecuencia del regalismo, aquella doctrina política que sostiene la superioridad de la ley civil sobre la eclesiástica en todas las materias y, especialmente, en las relativas al matrimonio. Son los años en que el poder estatal interviene en la vida interna de la Iglesia pretendiendo organizarla según criterios del gobierno estatal, sin contar con las autoridades eclesiásticas, con claro detrimento de la libertad religiosa de sus súbditos.

La filosofía de la Ilustración y las ideas liberales son las que completan la evolución, y en las leyes emanadas de la Revolución Francesa el matrimonio ya es claramente un contrato civil exclusivamente. El Código de Napoleón de 1804 impone el matrimonio civil como obligatorio y legisla sobre el divorcio, extendiendo la posibilidad de éste a todo matrimonio. Por influencia francesa, el matrimonio civil y el divorcio que siempre le acompaña, se extenderán a toda Europa y a América.

La breve reseña anterior importa para nuestro tema, porque antes de la secularización, el derecho civil seguía de cerca al derecho canónico, único que legislaba sobre el matrimonio. El Estado otorgaba reconocimiento al matrimonio eclesiástico reconociendo como cónyuges a los que se ha-

bían casado ante la Iglesia y otorgando efectos civiles a esas uniones. Antes de la secularización del matrimonio, se puede afirmar en términos generales que el derecho civil, como derecho del Estado no se interesaba en el matrimonio como institución, pues eso era materia del derecho canónico. La doctrina del derecho civil, entendiéndolo éste como el derecho del Estado, comienza a interesarse en el matrimonio, y por tanto, comienza a aparecer una doctrina sobre el matrimonio cuando éste se vuelve una institución del Estado. Sin embargo, es necesario reconocer que nunca se ha separado del todo del antecedente canónico, tanto en la forma de legislar como en los comentarios de los autores. Éstos no dudan que la institución que el Estado ha hecho caer bajo su jurisdicción, es la misma que la legislada en el derecho canónico. Sin embargo, la separación entre ambas instituciones va a ser cada vez más grande, conforme el divorcio va ganando terreno en las legislaciones civiles, porque entonces es necesario plantearse si se trata de la misma institución, o de dos diferentes fenómenos jurídicos que han seguido amparados por el mismo nombre pero que no corresponden a los mismos principios básicos, ni tienen las mismas propiedades ni persiguen los mismos fines.

Es un fenómeno muy propio de la idiosincrasia de cada pueblo el hecho de que en los países europeos y americanos con más tradición católica sean aquellos en los cuales la separación entre la legislación civil y la canónica es más profunda, cuando en cambio, en los países de cultura protestante, que fue donde se inició la separación, la legislación estatal, reconoce por lo general, efectos civiles al matrimonio religioso, aunque sea necesario pedir una licencia al juez estatal para poder contraer ante el ministro de su religión.

Puede decirse que en el momento actual, no hay país, de los que siguen la tradición del derecho romano, que no admita el divorcio vincular. Esta denominación, como es sabido, se utilizó en las legislaciones y la doctrina de los primeros años del siglo XIX para distinguirlo del simple divorcio, siendo el divorcio vincular el que da por terminado el vínculo del matrimonio dejando a los cónyuges en aptitud legal de contraer una nueva unión legítima.

Sin embargo, en la actualidad ya universalmente se entiende por divorcio el que antes se denominaba divorcio vincular, o sea, el que da por terminado el vínculo conyugal existente, y deja a los cónyuges en posibilidad de contraer un nuevo matrimonio, que ante la ley civil, es un nuevo matrimonio legítimo.

Cuando el Estado reivindica para sí la plena competencia sobre el matrimonio, con exclusión de cualquier otra potestad, no reconociendo por tanto, como matrimonio sino al que el propio derecho estatal organiza, vuelve a éste una mera institución secular, despojándolo de todo carácter religioso o sagrado, que había tenido en los siglos anteriores. Rompe así no sólo una tradición cristiana, sino una ley no escrita que en todas las culturas había unido siempre el matrimonio con un algo sagrado. Esto responde a profundas leyes sociológicas, vinculadas con lo más íntimo de la manera de ser del hombre pues en todas las culturas antiguas y modernas, cristianas o no, el matrimonio siempre ha tenido un carácter sagrado. Fundar una nueva familia, aceptar dentro de la familia consanguínea a alguien que no pertenece a ella por ese título, y que va a introducir en ella a nuevos miembros a través de la prole, ha sido siempre en la cultura de los pueblos, un acto religioso o al menos en el que se invoca la ayuda de la divinidad sobre los esposos.

II. EL MATRIMONIO EN EL DERECHO CIVIL Y EL DIVORCIO

Ahora bien, el matrimonio que organiza el derecho civil a partir de la secularización del mismo, lleva consigo el reconocimiento de la posibilidad del divorcio y con un interés tan grande por parte del legislador en reconocer éste y dar la oportunidad de que se ejercite, que las leyes que lo autorizan son declaradas, desde muy temprano en casi todas las naciones, como leyes de interés y de orden público, por tanto, irrenunciables y se imponen a la voluntad de los contrayentes de manera que éstos no pueden, en la mayoría de las legislaciones divorcistas, contraer un vínculo que no incluya la posibilidad del divorcio. O sea, de acuerdo a la más radical de las doctrinas liberales, el hombre no puede contraer un vínculo indisoluble ni compromisos que le ligen por toda la vida; sería ir en contra de su libertad el no poder romper lo que prometió. Según esto, la ley civil parece tener por misión, en este campo, proteger al hombre de sí mismo, prohibiéndole que ejerza su libertad comprometiéndose de por vida con algo que quizás en el futuro le resulte demasiado pesado de cumplir, o simplemente, no quiera cumplir.

Es conveniente, por tanto, señalar que cuando la ley autoriza el divorcio, lo que disuelve el vínculo, es un acto de la autoridad estatal, ya sea ésta una sentencia de un órgano judicial o una resolución administrativa,

sin que obste el hecho de que el órgano estatal, para actuar, debe proceder a instancia de ambas partes, o de alguna de ellas, y comprobar que se han dado los supuestos que la ley determina para autorizar la disolución del vínculo. Es el Estado el que divorcia, no son los cónyuges los que se divorcian, pues mientras no exista una sentencia o resolución administrativa, según los casos, el matrimonio subsiste. Y en los supuestos de ley, el Estado procede a disolver el vínculo del matrimonio, porque considera que el divorcio es un bien para los cónyuges, para los hijos o para la sociedad, pues en otra forma, no se entendería que una ley tuviera como finalidad el mal de la sociedad o de los particulares. Esta es la razón por la cual las leyes relativas al divorcio se consideran de orden público, y por tanto, como irrenunciables sin que puedan ser modificadas por acuerdo entre particulares. Esa característica de irrenunciabilidad de las leyes relativas al divorcio, parece confirmar que para el Estado, el divorcio es una institución conveniente para el bien común, cuando se ha llegado por parte de los cónyuges o al menos por uno de ellos, a colocarse en alguno de los supuestos en los cuales se puede obtener de la autoridad la resolución que termine con el vínculo matrimonial. Según esto, se debe afirmar, que todo casado tiene derecho a divorciarse si llegan a darse en su matrimonio algunos de los supuestos que la ley establece, aunque la situación lamentable que da origen al divorcio haya sido provocada por él mismo, y este derecho no es renunciable.

Ahora bien, ese derecho al divorcio contradice los más elementales principios jurídicos, pues es un derecho a no cumplir con lo que se obligó en el matrimonio. El *pacta sunt servanda*, que está en la base de todo el derecho de las obligaciones y los contratos, queda anulado con el derecho al divorcio.

Sin embargo, parece demasiado drástico opinar que la legislación civil, en materia de matrimonio y divorcio, contradice lo que la misma legislación afirma como un principio necesario en toda la materia de obligaciones y contratos, y en toda la legislación relativa al comercio y a la banca, en la cual nunca podría aceptarse que el cumplimiento de la obligación quedará a voluntad del deudor. Y parece ser que eso es lo que se afirma en el caso del divorcio.

Es necesario más bien pensar que lo que sucede con el divorcio es que la legislación civil no admite un vínculo perpetuo en materia de matrimonio y familia, aunque los contrayentes quieran casarse con un vínculo

indisoluble. Esa estipulación de la indisolubilidad es una cláusula prohibida en las legislaciones divorcistas y se tiene por no puesta, ya que no puede renunciarse a la posibilidad de pedir el divorcio en el futuro. Sólo así podríamos salvar a la legislación de la contradicción a que antes me he referido. La legislación prohíbe contraer un vínculo indisoluble, aunque esa sea la voluntad de los contrayentes. Pero entonces la pregunta es, ¿un vínculo matrimonial necesariamente disoluble al menos en los supuestos de ley, sigue siendo un vínculo matrimonial?, ¿no se trata más bien de otra institución esencialmente distinta del matrimonio indisoluble que, sin embargo, sigue denominándose equívocamente con el mismo término?

Y lo que sucede es que todo matrimonio que se celebra con base en la legislación divorcista, es un matrimonio en el cual las propiedades y los fines del mismo, han sido sustancialmente modificados de lo que normalmente se entiende por matrimonio.

El matrimonio lo forma el consentimiento libre de los contrayentes. Esto nadie ha pensado que deba modificarse, sino todo lo contrario; se entiende como una de las características necesarias del matrimonio en la civilización moderna, que ha superado etapas de sociedades anteriores en que el matrimonio era decidido por los padres o parientes, aun en la minoría de edad de los esposos y sin consultar con estos. Nada más contrario a la cultura moderna que pensar que el matrimonio no debe ser un acto libre de los contrayentes. Pero es necesario preguntarse, ¿cuál es el contenido necesario de ese consentimiento libre?, ¿en qué deben estar de acuerdo los esposos para que entre ellos se forme un vínculo matrimonial?

Para nuestro propósito basta, por ahora, considerar si el consentimiento matrimonial puede estar sujeto a término o a condición. O sea, si se puede considerar como sería la voluntad de uno o de ambos contrayentes, que sujeten su libre voluntad a un plazo o a una condición de futuro, como ejemplo podría ser en el primer supuesto el que se solicite que en el acta de matrimonio se señale que el mismo terminará transcurridos cinco años de la fecha actual, o en el supuesto de la condición de futuro, si se aceptara como voluntad matrimonial aquella del que quisiera hacer constar que el matrimonio durará mientras ambos contrayentes quieran seguir casados o aunque el matrimonio terminará, a voluntad de cualquiera de los contrayentes.

No es aventurado afirmar que ningún juez del Registro Civil admitiría esas estipulaciones al momento de contraer. El sentido común nos sigue diciendo que el consentimiento matrimonial no debe estar sujeto a término ni a condición de futuro, pues en otra forma no se quiere el matrimonio, sino otra situación diferente que no puede considerarse como matrimonial. Si se aceptara un matrimonio con un término resolutorio no se podría afirmar que el matrimonio es una institución para formar una familia, sino más bien se estaría buscando tener un comercio carnal seguro durante un tiempo y esa misma seguridad se lograría siempre y cuando se incluyera la fidelidad como obligación mutua de los cónyuges. Si en cambio, se admitiera que el matrimonio puede terminar a voluntad de ambos o de cualquiera de los contrayentes, no se puede pensar que ese matrimonio tenga por finalidad la ayuda mutua de los consortes, pues esta quedaría condicionada a que el otro siga queriendo prestarla, pues puede dejar de hacerlo en el momento en que quiera. Se trataría mas bien de un concubinato.

O sea, que el consentimiento matrimonial debe ser sin condiciones ni términos, y el admitirlos, desvirtúa de tal manera el matrimonio, que lo transforma en otra institución con finalidades y características diversas. Y sin embargo eso es lo que hace la legislación divorcista al considerar de orden público las leyes relativas al divorcio, al otorgar un verdadero derecho al divorcio y al considerar como inaceptable cualquier renuncia que quiera hacerse al respecto.

Las causas por las cuales se admite el divorcio en las legislaciones modernas, se han ampliado continuamente y se ha pasado en casi todos los países, con una rapidez más o menos acelerada, del divorcio remedio, admitido como una solución necesaria ante una familia ya desbaratada, al divorcio sanción, como un castigo al cónyuge que ha incumplido con sus obligaciones o que ha sido infiel a las promesas conyugales, al divorcio por mutuo consentimiento, cuando la única causa que debe demostrarse ante la autoridad es el disenso de los esposos que ya no quieren seguir unidos en matrimonio. Este último, en algunas legislaciones, ha dado un paso adelante admitiendo un verdadero repudio unilateral cuando el divorcio se concede por actos del cónyuge culpable, como es el caso del abandono del hogar por un plazo más o menos corto, lo cual legitima al cónyuge que abandonó, a solicitar el divorcio. Cuando la acción para pedir el divorcio se concede al cónyuge culpable, puede decirse que en realidad se ha admitido terminar el matrimonio por repudio unilateral.

III. LAS NUEVAS FORMAS DE UNIÓN

Se descubre en algunas legislaciones otra modificación importante en la institución familiar, cuando se reconocen efectos jurídicos similares a los del matrimonio, a las uniones concubinarias, que son uniones de hecho, para terminar con las cuales no es necesario ningún acto de la autoridad, sino sólo el retirarse del lugar donde se ha esta cohabitado durante el concubinato, el cual, como unión de hecho, deja de existir cuando dejen de cohabitar los concubinos y ninguno de ellos tiene obligación alguna de cohabitar, pues del concubinato sólo pueden nacer obligaciones de tipo patrimonial, ya sea autorizando la sucesión legítima entre ellos, en hipótesis difíciles de concretar en la realidad, o una reparación del daño a favor de la otra parte cuando se encuentre en estado de necesidad. Pero estas obligaciones nacen como reparación de la injusticia que mutuamente han cometido los concubinos al vivir en esa situación, pues no puede nacer entre ellos una obligación de vivir unidos o un deber de fidelidad.

Aún no es común en las legislaciones el reconocimiento de los matrimonios entre personas del mismo sexo, pero no faltan voces que propugnan su reconocimiento, para que se les dé estatus de matrimonio a estas uniones, lo cual prueba indirectamente que la palabra matrimonio sigue conservando en nuestra sociedad cierto prestigio, pues quieren acogerse bajo ese término situaciones que están muy lejos de lo que siempre se entendió como tal. Estamos en presencia de un término común, que se aplica equívocamente a situaciones totalmente diversas entre sí y que no tienen entre ellas más que una analogía muy lejana como puede ser la finalidad de establecer un comercio sexual entre las partes. Pero para estas situaciones, desde hace años, todas las lenguas tienen otros términos y denominaciones, que no son matrimonio.

El objeto del presente trabajo no es hacer una crítica del divorcio ni un análisis a fondo de la situación jurídica del matrimonio y la familia en las legislaciones actuales: sería inútil de mi parte pretenderlo cuando además, habrá en el presente Congreso trabajos y autores que abordarán estos temas con amplitud y competencia.

Mi propósito es más limitado y se ciñe a una serie de consideraciones sobre la incidencia del divorcio sobre la dogmática jurídica y sobre la doctrina referente al matrimonio en el derecho civil actual, pues no podemos ignorar que habiendo cambiado sustancialmente la institución, ha cambiado también la doctrina sobre la misma.

Al analizar la legislación positiva en los códigos civiles actuales, queda siempre la impresión de que los capítulos referentes al matrimonio, al señalar la definición del mismo, los legisladores que se atreven a hacerlo, cuando se señalan los requisitos necesarios para contraer, las incapacidades, impedimentos y causas de nulidad, no coinciden del todo con la legislación sobre el divorcio, pues ésta, casi en su totalidad, contradice a la institución matrimonial que define la propia legislación.

Se puede atribuir quizá esa disconformidad al hecho de que nuestras legislaciones civiles no pueden negar que al legislar sobre la institución matrimonial siguen pensando en el matrimonio tradicional, como no puede ser de otra manera, y ante ésta, el divorcio aparece como una institución mal amalgamada al contradecir una de las características fundamentales del matrimonio, como es la indisolubilidad. Un matrimonio indisoluble y un matrimonio que admite el divorcio, no son dos especies de una misma institución, son dos instituciones radicalmente distintas y en cierto sentido contradictorias. Querer comprender dentro del mismo género a ambas instituciones, da lugar a equívocos y crea una serie de dificultades de entendimiento y contradicciones, algunas de las cuales, me propongo hacer resaltar en las siguientes líneas. Desgraciadamente, el lenguaje no viene en nuestra ayuda en esta materia, pues se sigue llamando matrimonio a dos instituciones que tienen características esenciales radicalmente diversas. En cierto sentido es similar la situación que se crearía si siguiéramos llamando compraventa a instituciones jurídicas en las cuales ya no se transmite nunca la propiedad de la cosa vendida al comprador o a su causahabiente, sino que ésta queda siempre en el vendedor, o siguiéramos llamando arrendamiento a un negocio jurídico que transmitiera la propiedad de la cosa al arrendatario. Estaríamos equivocando el tipo y creando confusión: eso es lo que nos ha sucedido con el matrimonio.

Paso a explicarme: se sigue afirmando que el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer, para ayudarse mutuamente y para procrear y educar la prole. Con fórmulas más o menos cercanas a ésta, las legislaciones positivas admiten esas características del matrimonio, pero en los capítulos posteriores, esas características se contradicen al enumerar las causales de divorcio.

IV. EL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL

Es conveniente detenerse un momento a pensar en el hecho innegable reconocido en todas las legislaciones de que el matrimonio sólo lo puede formar el libre consentimiento de los contrayentes. Todos están de acuerdo en que no puede haber matrimonio si no hay libertad y plena conciencia de las partes. No hay duda en aceptar la nulidad de un matrimonio contraído bajo amenazas o engaño o por sujetos incapaces de expresar una voluntad vinculante ante el derecho. O sea, para contraer matrimonio se necesita ser capaz, con plena capacidad.

La voluntad de los contrayentes, es por tanto, el elemento esencial sin el cual no puede haber matrimonio y esto no hay legislación positiva que lo niegue, pues sería uno de los actos impositivos que con más claridad violarían uno de los derechos personales más íntimos y que se refiere a esa esfera de intimidad en la cual no se puede entrar sin violentar a toda la persona humana.

Pero ¿sobre qué debe versar el consentimiento matrimonial?, ¿en qué deben estar de acuerdo los contrayentes para que entre ellos se forme un verdadero vínculo matrimonial? Es lógico suponer que deben admitir el querer crear entre ellos una situación matrimonial, o sea, una situación en la cual se proponen ayudarse mutuamente, tener hijos y educarlos. La ayuda que se quiere lograr a través del matrimonio por los que lo contraen, no es una ayuda cualquiera, sino que es una asistencia mutua peculiar, la que sólo se logra mediante la complementariedad de los sexos y que incluye por necesidad las relaciones conyugales, pues en otra forma, la ayuda no podría calificarse de conyugal, sino que quedaría en el nivel de compañerismo o amistad. El consentimiento matrimonial requiere la conformidad mutua que permite al otro cónyuge penetrar en la esfera de mayor intimidad que puede tener un ser humano. No se piense solamente en las relaciones sexuales, sino que esa asistencia mutua incluye la ayuda en la convivencia diaria que comprende todas las relaciones personales, sociales, profesionales, etcétera. En efecto, mediante el matrimonio se modifica la situación social y jurídica de los contrayentes, lo cual se expresa correctamente al decir que mediante el matrimonio se cambia de estado. El estado civil de casado es un estado que modifica radicalmente el anterior estado civil de soltero o viudo. Para que el matrimonio sea válido es necesario que la voluntad de los contrayentes acepte

y quiera esa modificación radical de su estado civil anterior y acepte adquirir un nuevo estado peculiar de casado.

Por otra parte, puesto que la ayuda mutua conyugal incluye por necesidad la realización de actos conyugales, y estos, en su proceso natural tienden a la fecundación, o sea a la generación de la prole, ésta se encuentra, al menos en forma implícita, comprendida en el consentimiento conyugal. Las personas se casan, con el deseo de tener hijos, puesto que se casan con el deseo de ayudarse mutuamente en la complementariedad de los sexos.

En consecuencia, parece lógico pensar que aquel cónyuge que contraiga matrimonio con el deseo explícito de no realizar el acto conyugal y así evitar la prole, no está consintiendo en una unión matrimonial, pues habiendo cambiado el objeto de su consentimiento, ha modificado la institución jurídica que acepta. Tampoco se puede decir que hay un consentimiento matrimonial cuando se quiere evitar la prole sin renunciar al acto conyugal, pues al no querer la prole, sino querer solamente la relación sexual, excluyendo las consecuencias naturales de la misma, no quiere un matrimonio, ya que con esa exclusión busca solamente la satisfacción de sus deseos sexuales; no está buscando la ayuda mutua que debe prestar a su cónyuge, sino unas finalidades personales en relación con las cuales, su pareja es solamente el instrumento.

Dada la estructura misma del matrimonio, se entiende que todas las legislaciones pidan que el consentimiento matrimonial no esté sujeto a termino resolutorio. No se entiende que desee casarse una persona que solicita que en el acta respectiva que se levante al momento de contraer, se haga constar que sus compromisos quedan sujetos a un termino extintivo y en consecuencia, terminarán al vencerse ese plazo.

Repugna también a la naturaleza de la institución matrimonial la posibilidad de que el vínculo pueda terminar por decisión unilateral de alguno de los contrayentes, sin mediar una causa grave que justifique esa decisión. No se admitiría que en el acta alguno quisiera hacer constar que su voluntad es que el matrimonio que se está contrayendo terminará “cuando me dé la gana”. Esa condición anularía toda la seriedad del compromiso, no sólo en el matrimonio, sino en cualquier negocio jurídico de los que son fuentes de obligaciones jurídicas y se forman mediante el libre consentimiento de las partes.

El poder terminar con la situación jurídica que se crea mediante el consentimiento, por decisión unilateral de alguna de las partes, es de tal

manera incompatible con la doctrina general de las obligaciones, que es poco serio pensar que sería una verdadera obligación. Se habría perdido en este supuesto la esencia misma de toda obligación jurídica, la cual no es concebible sin el *necessitate adstringimr* de la definición romana de la obligación, o sea, el posible recurso a la coacción jurídica para el cumplimiento de lo prometido que no puede quedar a la voluntad del deudor. Una obligación que pretenda tener el carácter de jurídica, no puede sujetarse en su cumplimiento a la buena voluntad del deudor. Es de la misma esencia de la obligación que el deudor tiene que cumplir con aquello a lo que libremente se obligó aunque pasado el tiempo su voluntad se haya modificado y actualmente ya no quiera aquello a lo que se comprometió.

Es característica de todos los negocios jurídicos que se forman mediante el libre consentimiento de las partes, sin embargo, lo que caracteriza a cada negocio es el contenido del consentimiento. O sea, que el negocio se tipifica por lo que las partes quieren, de tal manera que si el contenido del consentimiento no es el requerido por la estructura misma del negocio, éste resulta ineficaz como tal negocio, pudiendo, sin embargo producir efectos como otro diverso. Esto es lo que sucede también en el matrimonio. Es muy diferente querer una unión indisoluble que una unión que pueda terminarse a voluntad de las partes. Son dos instituciones distintas, pues los fines y propiedades son muy diversas en uno u otro caso. Se trata de dos instituciones distintas, unidas solamente por una denominación común.

Con las consideraciones anteriores debemos cuestionarnos si en aquellas legislaciones que admiten el divorcio, el vínculo conyugal sigue siendo un vínculo de carácter jurídico o es solamente una apariencia de institución jurídica que ha perdido su fuerza de obligar.

Podría decirse que una obligación deja de obligar, cuando la materia de la misma se ha hecho imposible. En efecto, las obligaciones patrimoniales, no se cumplen ante la insolvencia del deudor, pero aun en ese caso, la obligación no se extingue, pues ante una renacida posibilidad de cumplir, debe pagar el que fue insolvente. Y también, no debe cumplirse con una obligación cuando su cumplimiento afecta al orden público de tal manera que este se vería seriamente perturbado si se exigiera esa conducta. Quizá la única manera de justificar la causal de divorcio por mutuo consentimiento o por repudio unilateral, es pensar que en estos casos el orden público está interesado en que los cónyuges se divorcien, lo cual me parece que es sacar las cosas de quicio.

Por todas las consideraciones anteriores, podemos afirmar que la mera posibilidad del divorcio modifica la especie del matrimonio de manera sustancial.

V. EL DIVORCIO COMO FENÓMENO SOCIAL

Hemos hablado en los párrafos anteriores y ejemplificado casi siempre con los supuestos de divorcio por mutuo consentimiento, que en realidad debería decirse por mutuo disentimiento, o por repudio unilateral, y podría objetarse que esas situaciones no se dan en todas las legislaciones actuales, pues hay algunas que no admiten el divorcio en esos supuestos. En efecto, existe una gran diversidad entre las causales de divorcio en las legislaciones civiles actuales, pero esa situación no afecta en nada los razonamientos anteriores.

La experiencia histórica ha demostrado que el divorcio posee una dinámica interior que le hace siempre ir a más, sin detenerse en los supuestos en los que el legislador originalmente quiso encuadrarlo. El divorcio limitado a ciertos casos de extrema gravedad es una utopía imposible de realizar en la práctica y eso se debe a que en el fondo de cualquier divorcio, es la voluntad de divorciarse la que opera la terminación del matrimonio. Si la ley sólo permite un pequeño resquicio para obtenerlo, los cónyuges o uno de ellos, se colocarán, aun fraudulentamente, en el supuesto previsto por la ley para lograr el divorcio.

No puede restringirse el divorcio a situaciones dramáticas o extremas, porque para los divorciantes, su situación es la dramática o extrema. Son multitud las sentencias de los tribunales que pueden servir de ejemplo para esto y es bien sabido que en los juicios de divorcio casi nunca se dice la verdad por parte de los cónyuges, sino que éstos, mal o bien asesorados por sus abogados, se colocan en la causal de divorcio que más les conviene para sus intereses en ese momento.

Sin embargo, nuestros códigos civiles siguen indicando los requisitos necesarios para contraer el matrimonio, se pide capacidad en los contratantes, se legisla sobre los impedimentos y se declara que algunos matrimonios son nulos según la ley.

Pero ante todo esto, ¿qué es verdaderamente el matrimonio en una legislación divorcista?, ¿subsiste entre los cónyuges el deber de fidelidad y la obligación de asistencia y ayuda mutua?, ¿puede hablarse en este tipo

de matrimonios de la existencia de un vínculo jurídico que incluya el débito conyugal como un derecho y una obligación tendientes a la procreación?, ¿puede decirse que existe la obligación jurídica de educar a la prole?

Todas estas interrogantes y otras por el estilo pueden y deben formularse ante el grado de evolución a la que han llegado los códigos civiles actuales en su carrera tras un divorcio cada vez más fácil y cada vez más favorecido por las mismas leyes procesales.

VI. EL CONCUBINATO

Otro factor que es necesario tener en cuenta para el correcto análisis de las cuestiones planteadas, son las recientes reformas sobre el reconocimiento y efectos jurídicos que las leyes atribuyen al concubinato. También en esta materia, las legislaciones actuales van por el mismo camino de un reconocimiento cada vez más amplio de los efectos que se atribuyen a esas uniones de hecho y que las asemejan cada vez más al matrimonio civil, ya que con frecuencia, al atribuir efectos al concubinato, se señala que en determinadas materias producen los mismos que el matrimonio en lo que les sea aplicable.

Es necesario, por tanto, detenernos también, aunque sea brevemente en este reconocimiento jurídico del concubinato para considerar hasta qué punto ha modificado las relaciones familiares.

La dificultad con la que se tropieza es, desde luego, el concepto mismo de concubinato, pues siendo una unión de hecho, sólo puede definirse por situaciones de hecho, que por lo tanto, dependen de que éstas sigan existiendo para que se produzcan los efectos jurídicos. Por su misma naturaleza, el concubinato no es una relación estable en la que obligue la convivencia ni la fidelidad, ni hace nacer obligación ninguna entre los concubinos, pues, la relación puede darse por terminada a voluntad de cualquiera de ellos en cualquier momento. Sólo produce efectos en relación con la sucesión legítima y la obligación de darse alimentos cuando el concubinato ha concluido y esto durante un breve tiempo y siempre y cuando no se caiga en un nuevo concubinato o la separación se deba a ingratitud de alguno de ellos. Concepto este último de difícil apreciación, pues puede dar a entender que entre los concubinos se deben gratitud, lo cual es contrario al concepto mismo de concubinato, pues éste se establece

entre personas que pueden contraer matrimonio y no han querido casarse, lo cual ya es de por sí una ingratitud patente. El concubinato está basado sobre la ingratitud mutua.

Lo que interesa resaltar es que en el concubinato no existe el deber de fidelidad, mucho menos se trata de un vínculo indisoluble, sino que la situación del concubinato termina a voluntad de cualquiera de ellos, sin necesidad de ningún trámite previo o causa que de motivo a la terminación, y sin ningún derecho de la contraparte a demandar nada, pues no existe una situación jurídica en la que pueda basarse la exigencia de alguna contraprestación. El derecho a la sucesión legítima, y a una pensión alimenticia se basa más bien en la injusticia que está en la base de todo concubinato, no en que éste sea una especie de “matrimonio de hecho”, pues no puede haber matrimonios de hecho: la esencia misma del matrimonio requiere la existencia de un vínculo jurídico entre los cónyuges.

Ahora bien, en las legislaciones divorcistas, no es el concubinato el que se ha acercado al matrimonio, es el matrimonio el que se acerca cada vez más al concubinato. Dar efectos jurídicos al concubinato en relación con la existencia del mismo sería un contrasentido pues se estaría pretendiendo hablar de obligaciones que terminan a voluntad del deudor, pues la fuente de la obligación termina cuando el deudor quiere sin que el supuesto acreedor pueda evitarlo.

En el caso de los matrimonios que la ley permite terminar por repudio unilateral, estamos en el mismo supuesto, pues las pretendidas obligaciones que nacen de este tipo de matrimonios, pueden terminar por voluntad del deudor, sin que la contraparte pueda oponerse. Es cierto que en las legislaciones divorcistas en las que se admite la disolución del vínculo por un verdadero repudio unilateral, éste, para que pueda operar, necesita sujetarse a ciertos plazos y realizar ciertos trámites administrativos o judiciales, según el caso, pero esos plazos y esos trámites están bajo la sola voluntad de uno de los cónyuges, sin que el otro, que en el caso sería el acreedor, pueda oponerse a ellos. La autoridad correspondiente sólo debe comprobar que esos plazos se han cumplido y que los trámites se han realizado.

VII. LA LEGISLACIÓN MEXICANA

Para no abordar solamente en el campo teórico de la doctrina, es conveniente a estas alturas, considerar el caso concreto de la legislación civil mexicana, concretamente en el Código Civil del Distrito Federal. Establece el artículo 267 de dicho Código: “Son causales de divorcio:...VIII. La separación injustificada de la casa conyugal por mas de seis meses; IX. La separación de los cónyuges por mas de un año, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos...”. En estos dos casos, la acción procesal para pedir el divorcio, como se deduce del texto legal, puede ejercitarla cualquiera de los dos, por tanto, también el que abandonó el hogar conyugal o el que provocó con sus infidelidades o mala conducta que el otro cónyuge se separara del domicilio conyugal. Al legitimar procesalmente al que abandona o al que provoca con su conducta reprobable para pedir la terminación del matrimonio da lugar a disolver el vínculo por una voluntad unilateral del que parecería culpable, pero que ya no puede denominarse así, pues su acción le otorga el derecho a lograr lo que se proponía.

El mismo Código en sus artículos 272 y 273 organiza el divorcio por mutuo consentimiento, ya sea por la vía administrativa cuando no hay hijos o estos ya son mayores de edad, o por vía judicial en cualquier otro supuesto sin más requisito que el acuerdo de ambos cónyuges de divorciarse.

Son otras muchas las causales de divorcio (las fracciones del artículo 273 son veintiuno), pero me parece que basta con las citadas en los párrafos anteriores para nuestro objeto.

¿Qué es en realidad el matrimonio en una legislación como la reseñada? El artículo 146 lo define como “la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada”. Podemos deducir de esta definición que el legislador ha mantenido con claridad el principio de la diversidad de sexos en el matrimonio, así como la monogamia. Sin embargo, no queda tan claro todo el resto de los fines y propiedades del matrimonio, pues “realizar la comunidad de vida” es un concepto tan vago al que difícilmente se le puede dar un contenido jurídico y “la posibilidad de procrear” debe ejercitarse de manera libre, o sea, que el consentimiento matrimonial no tiene

como contenido necesario el procrear, sino que la procreación debe ser materia de acuerdos posteriores entre los cónyuges, pues en otra forma el acto mismo de la procreación no sería libre, según el criterio del Código.

No se puede omitir el hecho de que el matrimonio, en el derecho civil actual, no es ya la única manera de formar una familia, sino que ésta también se forma por el concubinato.

En resumen: no puede afirmarse que un matrimonio indisoluble y un matrimonio que puede terminar por el divorcio, y más cuando éste se acerca al repudio unilateral, sea una misma institución: se trata de dos instituciones diferentes y que deben tener, por tanto, un tratamiento doctrinal diverso. La indisolubilidad caracteriza de tal manera todas las relaciones jurídicas que nacen del matrimonio, que deben tener en la doctrina jurídica un tratamiento totalmente distinto de aquellas relaciones jurídicas que nacen de un matrimonio que, aunque los contrayentes no lo quieran al momento de celebrar el matrimonio, está en el horizonte como posible terminación del vínculo y al cual pueden recurrir los esposos como solución a los problemas que se les pueden presentar en la vida conyugal.

VIII. LA PRÁCTICA PROCESAL ANTE EL DIVORCIO

Una demostración de que se trata de dos instituciones diversas, y estamos hablando exclusivamente desde el punto de vista de la doctrina jurídica, es la práctica forense en los tribunales de los países con legislación divorcista. En estos, la jurisprudencia sobre la existencia o nulidad del vínculo matrimonial, prácticamente no existe; la prueba y condiciones para que el consentimiento sea eficaz, no aparece, como están ausentes también de las resoluciones de los tribunales todos los posibles casos de incapacidad de alguna de las partes. En esta materia, el derecho civil se ha quedado anquilosado por culpa del divorcio. Se sigue hablando de incapacidades con la terminología antigua que no ha sabido admitir todos los avances de las ciencias psiquiátricas, para profundizar en toda una serie de incapacidades, adiciones, y matices de naturaleza psíquica que pueden invalidar un consentimiento matrimonial.

Exponíamos en párrafos anteriores que el consentimiento matrimonial es un consentimiento peculiar, que no es solamente la libre voluntad de realizar un negocio jurídico, como el que es necesario y suficiente para

testar o para contratar, por citar unos ejemplos comunes. El consentimiento conyugal va más allá; para contraer un matrimonio naturalmente válido se requiere una capacidad peculiar que incluye un conocimiento de la institución matrimonial y un equilibrio psíquico que no es solamente el requerido para el resto de los negocios consensuales que se celebran en el tráfico jurídico de tipo patrimonial, ni siquiera el que se necesita en otros negocios de derecho familiar, como puede ser la adopción.

El consentimiento matrimonial debe tener un contenido específicamente matrimonial que requiere en los contrayentes aptitud para entregarse en matrimonio y recibir la entrega del otro contrayente. No es nada más querer casarse, sino que se necesita, en los sujetos del negocio, las condiciones físicas y psíquicas para poder entregarse y recibirse mutuamente como marido y mujer. Entre esas condiciones físicas se encuentra, por ejemplo, la posibilidad de realizar el acto conyugal en forma humana, lo cual es necesario resaltar especialmente, pues hoy por hoy, con el desarrollo de la ciencia se puede engendrar sin que se realice ningún acto conyugal, no obstante lo cual, el impedimento de impotencia subsiste, aunque del matrimonio de un impotente nazca un hijo por medio de fecundación artificial o de un proceso de fecundación in vitro. La subsistencia del impedimento en este supuesto, hacer ver que la finalidad del matrimonio no es solamente engendrar la prole, que en el caso de la fecundación in vitro puede suceder sin la realización del acto conyugal, sino la ayuda mutua conyugal que incluye la realización de dicho acto en forma humana.

Mucho más se puede decir de las condiciones psíquicas necesarias para que la voluntad expresada tenga efectos matrimoniales. Partimos nuevamente de la ayuda mutua que deben prestarse los cónyuges y que comprende la totalidad de la vida transformada por la situación de conyugalidad, o sea, en la necesidad de establecer entre ellos una comunidad de vida satisfactoria para ambos que les ayude a realizarse no sólo como esposos, sino en la totalidad de su personalidad. Ante todo, es necesario reconocer que en nuestra sociedad actual han nacido y se han desarrollado unas incapacidades que no responden ya a los antiguos conceptos de incapacidades subsumidos en los conceptos genéricos que provocan en un mayor de edad el no poder “governarse, obligarse o manifestar voluntad por sí mismos o por algún medio que la supla”, como dice el artículo 450, fracción II, a la cual remite la fracción X del artículo 156 del Código Civil para el Distrito Federal al hablar de la capacidad para casarse.

La legislación civil, y tras ella la doctrina contemporánea, ignora todos los avances de la psiquiatría, ciencia en la cual se ha profundizado ampliamente en las diversas hipótesis de verdaderas incapacidades específicas ya no sólo en relación con el consentimiento matrimonial, sino para la convivencia social. Las adiciones de tipo lúdico, el alcoholismo, la drogadicción, y recientemente, las adicciones de tipo cibernético, difícilmente caben en el concepto de incapacidad que siguen manejando la mayoría de los códigos civiles y son todas ellas verdaderas incapacidades matrimoniales, pero que en muchos casos no incapacitan al sujeto para la vida de los negocios de tipo patrimonial, o para tener una actuación social o política destacada y hasta en ocasiones brillante. Toda una gama de situaciones depresivas que afectan profundamente la posibilidad de la convivencia conyugal, han quedado al margen del derecho civil y de la doctrina del mismo, pues en estas se sigue pensando en términos generales, en la incapacidad para obligarse patrimonialmente, que no es la misma que la capacidad para contraer matrimonio.

El fin principal de este trabajo es solamente constatar la pobreza de la doctrina civilística sobre el matrimonio en la actualidad. Debo confesar que para aquellos que ya hace años iniciamos nuestra vida profesional ilusionados por la armonía y la lógica de las instituciones del derecho civil, admirados por la profundidad de los análisis de los grandes autores del derecho civil extranjeros y nacionales, no deja de pesar en el ánimo ver la pobreza de esta disciplina en relación con esa institución que es la base de la familia y que, por tanto, es de la plena competencia del derecho privado pues quizá es la que más claramente le corresponde, como que incide totalmente en la *singulorum utilitate* que desde el derecho romano separó las jurisdicciones del derecho público y del derecho privado.

Y es que en una legislación divorcista, el matrimonio en sí ya no interesa. ¿Para qué investigar ante los tribunales si un matrimonio es nulo o válido?, ¿con qué objeto estudiar en un proceso judicial si en un matrimonio concreto el consentimiento fue libre y prestado por personas capaces, con esa capacidad peculiar que requiere el negocio matrimonial?

Como afirma un autor contemporáneo: “los procesos de divorcio tienen una vista atractiva, en cuya virtud los conflictos conyugales se resuelven mediante el remedio del divorcio vincular y son rarísimos los supuestos en que los jueces de familia se plantean la cuestión relativa a

la verdad del consentimiento y de su defecto, en este caso, por causas de naturaleza psíquica o afectiva” (Carreras, Joan).

Cuando el matrimonio llega a los tribunales es porque el matrimonio está en crisis y entonces la solución práctica es el divorcio. Se ejercita con amplitud, el principal argumento de los divorcistas: si ya no quieren estar casados, o al menos uno de ellos ya no lo quiere, ¿por qué mantenerlos unidos? La ley ofrece la solución fácil de divorcio y es ocioso investigar más.

Nada de esto interesa ya al derecho civil, porque la solución fácil y podemos decir, al mismo tiempo falsa, de cualquier conflicto matrimonial, es el divorcio. ¿Para qué estudiar incapacidades de difíciles matices, o impedimentos difíciles de comprobar, cuando está a la mano la solución de romper el vínculo por mutuo consentimiento o por repudio unilateral? Será ocioso tratar de profundizar en esos matices cuando lo que se quiere se consigue por un camino procesal más fácil. Pero el resultado es que el divorcio ha matado la ciencia jurídica sobre el matrimonio en el derecho civil moderno.