

308909

UNIVERSIDAD PANAMERICANA

42  
2ej.

FACULTAD DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA  
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



**EL MATRIMONIO COMO INSTITUCION JURIDICA  
Y LA INDISOLUBILIDAD DEL VINCULO, DESDE  
LA PERSPECTIVA DEL DERECHO NATURAL.**

**T E S I S**  
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
**LICENCIADO EN DERECHO**  
**P R E S E N T A :**  
**RODRIGO MINAKATA CHAMBON**

DIRECTOR DE TESIS: LIC. ENRIQUE LOZANO GUJARDO.

MEXICO, D. F.

1998.

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

1998



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

*A mis padres a quienes quiero y admiro.*

*A mis hermanos.*

*A mis profesores y amigos.*

## Indice

INDICE.....	2
INTRODUCCIÓN.....	4
<b>CAPÍTULO I. MATRIMONIO COMO INSTITUCIÓN NATURAL.....</b>	<b>8</b>
<u>1.1 Elementos naturales de la institución del Matrimonio.....</u>	<u>8</u>
1.1.1 La persona humana.....	8
1.1.2 Masculinidad y feminidad, como dimensiones de la persona humana.....	14
1.1.3 La complementariedad entre el varón y la mujer.....	17
1.1.4 La sociabilidad natural de la persona humana.....	19
1.1.5 La libertad y el amor.....	23
1.1.6 El papel de los elementos naturales del Matrimonio.....	28
<u>1.2 ¿Qué es el Matrimonio?.....</u>	<u>29</u>
1.2.1 Matrimonio como pacto y como estado de vida.....	29
1.2.2 Elementos de la definición.....	34
1.2.3 Naturaleza jurídica de la unión conyugal.....	39
<u>1.3. Los fines del Matrimonio.....</u>	<u>42</u>
1.3.1 Fines objetivos primarios del Matrimonio.....	45
1.3.2 Los fines objetivos secundarios.....	48
1.3.3 Distinción entre fin- meta y fin-ordenación interna.....	49
<u>1.4 Propiedades del Matrimonio.....</u>	<u>51</u>
1.4.1 Unidad.....	51
1.4.2 Indisolubilidad.....	55
<b>CAPÍTULO II. COMPROMISO INDISOLUBLE.....</b>	<b>60</b>
<u>2.1 El compromiso libre.....</u>	<u>60</u>
<u>2.2 El compromiso indisoluble y el consentimiento.....</u>	<u>62</u>
<u>2.3 Querer quererse a título de deuda.....</u>	<u>67</u>
<u>2.4 El compromiso indisoluble y el amor.....</u>	<u>69</u>
<b>CAPÍTULO III EL DIVORCIO.....</b>	<b>76</b>
<u>3.1 ¿Qué es el divorcio?.....</u>	<u>76</u>

<u>3.2 Las causas "ideológicas" del divorcio</u> .....	77
3.2.1 El positivismo sociológico.....	81
3.2.2 El subjetivismo individualista.....	85
3.2.3 Permisivismo moral y jurídico.....	89
<u>3.3 Causas de la expansión del divorcio en la sociedad</u> .....	92
3.3.1 Las normas divorcistas afectan a la conciencia social.....	92
3.3.2 El incremento de las causales de divorcio.....	96
3.3.3 El divorcio provoca el divorcio.....	102
3.3.4 Los argumentos divorcistas.....	104
<u>3.4 Consecuencias de aceptar el divorcio</u> .....	116
3.4.1 Decisión jurídica de largo alcance.....	116
3.4.2 Breve referencia a la introducción del divorcio en México.....	117
3.4.3 El Divorcio afecta a la sociedad.....	120
<b>CAPÍTULO IV. LA OPCIÓN POR LA INDISOLUBILIDAD</b> .....	<b>124</b>
<u>4.1 La libertad y el sistema de matrimonio indisoluble</u> .....	124
<u>4.2 El pacto de indisolubilidad del Matrimonio</u> .....	134
4.2.1 Iniciativa para la legislación mexicana.....	134
<u>4.3 Medios para dar protección a este pacto de indisolubilidad del Matrimonio</u> .....	146
4.3.1 La separación de cuerpos.....	146
4.3.2 Nulidad del Matrimonio.....	151
4.3.3 Formación prematrimonial institucionalizada.....	154
<b>CONCLUSIONES</b> .....	<b>156</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>159</b>

## Introducción

Escuchamos frecuentemente que nuestra sociedad atraviesa por una profunda crisis de valores, los hechos nos lo demuestran. Esta ausencia de valores provoca serios daños: aumento de la corrupción, la irresponsabilidad ciudadana, el permisivismo, la ausencia de respeto a la autoridad, por mencionar sólo algunos de los padecimientos que nos desbordan.

Como la práctica de los valores se logra sobre todo en una familia y quien mejor garantiza su buen desempeño y estabilidad es el Matrimonio, necesitamos recuperar el sentido y lugar de éste dentro de la sociedad. Si la ley, guiada por el individualismo, el positivismo jurídico y el permisivismo, no respeta la naturaleza del Matrimonio y como una de sus propiedades esenciales su indisolubilidad, la familia continuará debilitándose hasta serle imposible subsistir.

Si en cambio, protegemos la indisolubilidad matrimonial, estemos seguros que con ello se garantiza el desarrollo integral de la familia y con este el de las personas que la integran.

Desgraciadamente, no es la tendencia de nuestra legislación. Poco a poco se

ha ido minando y desmantelando la institución del Matrimonio, se ha preferido proteger los intereses de unos cuantos en lugar de favorecer a la sociedad entera. Nadie se atreve a decir que la indisolubilidad es un daño para la sociedad, y por el contrario, estamos convencidos que el divorcio es uno de los principales males que nos aquejan.

Nuestra intención es elaborar una tesis bajo el enfoque de la filosofía del derecho cuyo objetivo específico es el matrimonio como institución natural, así como centro de la vida familiar y social. Estamos ciertos de que la tarea del legislador no se debe limitar a legislar sobre los hechos, sino que debe respetar la naturaleza de las cosas, del mismo modo debe estar consciente que el bien de la institución está por encima del individuo y que, ver exclusivamente el bien individual termina dañando la institución matrimonial. En el Matrimonio se compromete la vida entera, se forma un compromiso con una totalidad esencial y existencial, así lo reclama la naturaleza humana. No respetar este compromiso significa no respetar la dignidad de la persona.

El estado de la cuestión resulta revelador sin duda, pues en nuestros días son pocos los trabajos dedicados específicamente a la relación entre los principios de la filosofía y el matrimonio. Destacan desde luego las aportaciones de Pedro Juan Viladrich, Javier Hervada, Rafael Navarro Valls y Amadeo de Fuenmayor; los

cuatro, acuosos investigadores de la Universidad de Navarra. Desde luego los escritos de Juan Pablo II han resultado altamente aportativos. En México algunos trabajos sueltos de Jorge Adame y sin duda el libro “La familia en el Derecho Civil” de Alberto Pacheco, así como los estudios del distinguido jurista Ramón Sánchez Medal, a mi entender no son sino el principio de un necesario replanteamiento en la materia.

Hemos preferido profundizar en las fuentes que considero fundamentales, más que elaborar un estudio erudito que nos llevaría quizá, a sacrificar las tesis fundamentales por el “dato”. Nos hemos basado para ello en la bibliografía antes citada además de otros estudios que sirven de contexto a nuestra línea de investigación.

Lo que hemos dicho de la bibliografía publicada sobre nuestro tema, no se puede aplicar del mismo modo a los estudios actuales sobre derecho natural y antropología filosófica. Estos campos de la investigación científica se han desarrollado a mi modo de ver mucho más que el tema específico del matrimonio. Por ello en el presente trabajo no nos detendremos en el análisis de los presupuestos iusnaturalistas. Haciendo a un lado las corrientes contemporáneas de la jurisprudencia de intereses, el formalismo alemán, y el positivismo de impronta francesa, nos atendremos a los conceptos de naturaleza y persona contenidos en la



rica tradición jurídica de raíces romano-germano-canónicas.

Aún cuando pudiera parecer un requisito indispensable la remisión a los orígenes remotos de las instituciones, nos parece que en un trabajo de esta índole resulta superfluo elaborar un elenco histórico de nuestro tema, pues además de que incurriríamos en una síntesis reduccionista, lo más probable es que distrajéramos nuestra atención hacia asuntos que no constituyen el objeto material de nuestra investigación.

## Capítulo I. Matrimonio como institución natural

### 1.1 Elementos naturales de la institución del Matrimonio.

#### 1.1.1 La persona humana.

El Matrimonio es una institución natural que reclama unos elementos naturales, básicos, esenciales y constantes. El primero de estos, es la persona humana, de hecho, la institución natural del Matrimonio es una institución requerida por la propia naturaleza del hombre y de esta se deducen las características esenciales del Matrimonio. Así lo dice el Dr. Alberto Pacheco:

"De la naturaleza espiritual y material del hombre, deducimos una serie de caracteres fundamentales en la institución matrimonial, que precisamente por derivar de la naturaleza humana ha estado presente siempre en todos los tiempos de la historia y en todos los pueblos de la tierra como ideal a alcanzar.

Pero no debemos olvidar que el hombre siendo libre, tiene también la tremenda posibilidad de ir contra sí mismo haciendo cosas que le perjudican y afectan a la sociedad en la que vive.”<sup>1</sup>

Cuando el hombre va contra sí mismo está desconociendo su dignidad como persona humana y la de los demás, esta es la causa principal de la crisis de la institución natural del Matrimonio. Por el contrario, cuando el hombre respeta su dignidad, cuando descubre el verdadero sentido de su naturaleza humana, encuentra en el Matrimonio, la única institución que le puede servir para constituir y defender los valores elementales de su naturaleza. Por esto dice Viladrich:

“ Si queremos saber cual es la raíz de la crisis del Matrimonio, debemos decir que es, la pérdida por el hombre del sentido de su naturaleza y de su persona. Desorientado acerca de las exigencias dimanantes de su condición de persona, al hombre de hoy se le oscurece su comprensión de la realidad natural del Matrimonio. Del mismo modo el reencuentro con las exigencias naturales de su dignidad de persona es el camino adecuado al reencuentro de la sociedad personalizada. En el Matrimonio se juega hoy la dimensión o el rescate de la naturaleza de la persona humana y de allí, la humanización o la despersonalización de la entera sociedad.”<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup>PACHECO E. Alberto: *La Familia en el Derecho Civil*. Panorama. México. 1985. p. 61.

<sup>2</sup>VILADRICH, Pedro Juan: *Agonía del Matrimonio legal*. Eunsa. Pamplona, 1989. p. 28.

Si las características y fines de la institución natural del Matrimonio se derivan de la naturaleza humana, es conveniente hacer un breve enunciado de algunas características de la persona, ya que entendiendo y conociendo con más precisión lo que es el hombre podremos comprender mejor lo que es el Matrimonio. Para ello nos referimos al esquema de Joseph Höffner quien expone una serie de notas esenciales que distinguen radicalmente al hombre de los demás seres:

a) Unicidad: El hombre es él mismo, con ese cuerpo y esa alma, distinto y separado de cualquiera otro ser, jamás repetido, jamás repetible.

b) Independencia: No constituimos parte de otro, como la mano es parte del cuerpo. Existimos en nosotros mismos, aunque haya en nosotros diversos estrados, formamos una unidad substancial.

c) Es portador de su pensar, obrar y omitir: Todas nuestras acciones son actos nuestros, aunque se repartan en muchos decenios de nuestra vida. Podemos arrepentirnos de algunas decisiones y superarlos interiormente; pero jamás podremos hacer que dejen de ser actos nuestros.

d) Libertad: Que procede del esencial núcleo espiritual de la persona

humana, es la capacidad de decidirse autónomamente de una u otra forma frente a posibilidades diversas, sin ser forzado unívocamente por el determinismo psicológico en una determinada dirección. En virtud del libre poder configurador, el hombre es señor de sí mismo.

e) Responsabilidad: Al hombre le está vedado el refugio en la responsabilidad ajena. A la responsabilidad por la propia decisión va íntimamente vinculado el tener que atenerse a las consecuencias.

f) Conciencia Moral: Cierto que el hombre lleva en sí el origen de sus libres decisiones; pero en él vive también la norma, que le ha sido dada por naturaleza, por lo que vive personalmente, sobre todo en caso de conflicto, el obligatorio “debes” o “no debes”. Precisamente en la llamada de la conciencia moral, el hombre se hace consciente de su personalidad.<sup>3</sup>

Estas características de la persona son las que lo distinguen como tal, entendiéndolas comprendemos el por qué de su dignidad. Al entender su dignidad nos damos cuenta de que las instituciones, en este caso el Matrimonio, deben respetar esa naturaleza del hombre. Por tanto, el Matrimonio debe asumir estas notas esenciales del hombre, solo así se comprende que esta institución esté al

---

<sup>3</sup>HÖFNER, Joseph; *Manual de Doctrina Social cristiana*. pp. 34-38.

servicio de la persona.

Hay una característica de la persona, que es indispensable mencionarla para entender mejor su naturaleza, entendiendo ésta comprenderemos mejor el Matrimonio, nos referimos a la capacidad que tiene el hombre de relacionarse con los demás, pues necesita de ellos y ellos necesitan de él. Así la explica Luz María Cruz:

"La persona se encuentra abierta a la trascendencia del mundo. El hombre necesita de otros y tiende a relacionarse necesariamente, gracias a su capacidad de apertura. La propia interioridad de la persona exige la expansión de la inteligencia y de la libertad. Por la comunicación, el hombre puede establecer con sus semejantes, vínculos. Estos vínculos -considerados como recíproca donación- solo se da entre seres libres. Es la persona, por poseerse a sí misma, el ser que más y mejor puede dar e incluso darse y a este darse se le llama amor. Esta es la mayor donación posible. Por medio del amor como manifestación propia del espíritu, podemos conocer la esencia de la persona."<sup>4</sup>

Por su parte Viladrich dice que el amor es una realidad tan inmediata y

---

<sup>4</sup>CRUZ. Luz María; *La educación familiar como actividad promotora del desarrollo socio-cultural*. Tesis de Maestría en educación familiar, Universidad Panamericana, p. 17.

última a nosotros mismos que nos resulta insondable a simple vista, de hecho el amor en su sentido más rigorista hace referencia a un movimiento unitivo que surge de la intimidad misma del ser persona y pone en acción a las potencias más específicas de lo que llamamos persona.<sup>5</sup>

El Matrimonio no es otra cosa sino el compromiso de darse uno al otro, este compromiso es bueno que tenga su fundamento en el amor. Aún cuando este aspecto pareciera rebasar los límites de este trabajo no quisiera dejar de mencionarlo por ser una realidad fundamental en nuestro tema.

El hombre es naturalmente un ser dotado de capacidad para amar. Esta cualidad es derivación de su naturaleza, y por ello podríamos afirmar que el amor es un movimiento radical del ser personal, un movimiento típico de una potencia exclusiva de la persona, la voluntad. Por otra parte el objeto del amor, el amado, lo es por ser un bien. Persona y bien, son los términos entre los que salta el amor, y el amor salta para unirlos desde el modo más pleno que permite la naturaleza de las personas. Tomás de Aquino dice que el amor es “el más radical movimiento unitivo del ser hacia el bien”. Es decir el más profundo abrirse y converger de un ser personal a la entrega y a la posesión del bien apetecido. Esto es, la dinámica de apertura -autodonación- comunión más propia y definitoria, la más radical, entre los

---

<sup>5</sup>Cfr. VILADRICH. *op.cit.*, p. 63.

seres personales. El amor humano es el movimiento unitivo personal por excelencia. Sorprendentemente este olvido de sí en favor del otro, en vez de acarrear nuestra pérdida, produce el crecimiento del ser, cuanto más se abre el amor hacia otro, más se engrandece. Cuanto más se cierra, en la solitaria preferencia de sí, más se empequeñece. Por lo mismo el diálogo y no el monólogo y la comunicación son necesarias para el amor. A su vez, la persona, amando se personaliza y odiando se degrada, ya que amando actúa conforme a su naturaleza y se perfecciona como hombre.

Dependiendo del ser amado será distinto el amor, esto es lógico, el ser amado puede tener diferentes categorías, cada uno presenta rasgos específicos. Por lo mismo el hombre amará de un modo un objeto material o un amigo o un hijo o a sus padres, cada uno de ellos exigirá distinto tipo de amor. De la misma manera hay algo específico, algo particular en el amor que existe entre varón y mujer, en el que cada uno de ellos es igualmente persona humana, su naturaleza humana es completa, pero en cada uno se ha especificado en un sexo.

#### 1.1.2 Masculinidad y feminidad, como dimensiones de la persona humana.

Otro elemento esencial para poder hablar de matrimonio es hablar de la



distinción de los sexos. Esto es algo natural en el género humano, es importante hacer notar que esta distinción de sexos no da lugar a dos naturalezas humanas distintas; sino que en la misma naturaleza humana hay dos modos distintos de manifestarse. Así lo explica claramente Viladrich, a quien venimos siguiendo muy de cerca en esta parte de nuestra tesis:

"Hay que entender claramente el sentido exacto de la distinción de los sexos. Tal distinción es natural y primaria. Ahora bien, tal distinción no atañe radicalmente al constitutivo sustancial que llamamos persona humana, sino solo a una dimensión de la persona, a saber, su dimensión sexual."<sup>6</sup>

De lo anterior se desprenden dos importantes consecuencias:

En primer lugar, que la distinción de sexos no dispone una distinción radical de persona. Y así, mientras en el plano personal varón y mujer son igualmente personas y deben gozar de igual dignidad, consideración y derecho; en el plano sexual, en cambio, ser varón y ser mujer no significa ser superior, ni inferior, ni igual, sino ser distintos.

En segundo lugar, que tanto el varón como la mujer son naturalezas humanas

---

<sup>6</sup>Ibid., p. 49.

completas, de suerte que para desarrollarse plenamente como personas no es requisito imprescindible la unión con el otro sexo o el reunir los dos sexos en una sola persona. Se es persona humana completa y se puede realizar totalmente la condición de ser persona siendo varón o siendo mujer, sin necesidad de ser las dos a un tiempo.<sup>7</sup>

Como puede verse, la dignidad es propia de la persona humana y por lo tanto es tan digno el varón como la mujer, ya que la distinción de sexos no supone la distinción de la naturaleza humana. Cada uno tiene su naturaleza humana completa con su sexualidad propia. Desgraciadamente no todos aceptan esta igualdad de la dignidad de la persona humana. Las teorías que sostienen la superioridad de un sexo sobre otro, contienen una patente miopía que impide, de un lado, advertir la igualdad en el plano personal y, de otro, captar la profunda armonía que existe entre diversidad sexual y complementariedad.

En resumen podemos decir que: el varón y la mujer tienen la misma naturaleza, con la misma dignidad por ser personas; que su distinción no es en cuanto naturaleza pero sí en cuanto al modo de ser, es decir a su sexualidad; que esa diversidad sexual entre varón y mujer se complementan mutuamente, sin decir por esto que para ser totalmente persona tenga que complementarse con otro sexo.

---

<sup>7</sup>Cfr. *Ibid.*, p. 51.

### 1.1.3 La complementariedad entre el varón y la mujer.

Varón y mujer no están ahí, en el paisaje, como una piedra y un árbol, en una completa indiferencia recíproca. Por el contrario, virilidad y feminidad se explican la una en relación con la otra, en el contexto de una mutua atracción a la unión y a la perfecta complementariedad. Este es otro de los elementos esenciales que debemos mencionar para hablar de matrimonio.

El sexo conlleva diferencias psicológicas de aptitudes, distintos modos de contemplar la vida y enfrentar los problemas.

Javier Hervada menciona lo siguiente sobre la complementariedad:

“La diferenciación de sexos, no solo orgánica sino principalmente psicológica y afectiva, ha hecho que normalmente sea conveniente la existencia de un principio completivo para que el hombre pueda alcanzar la plenitud y perfección de su desarrollo y de los fines naturales a los que ha sido destinado. Este principio completivo es, en el plano natural, la unión de personas de distinto sexo.”<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup>HERVADA, Javier: *Los fines del Matrimonio. Su relevancia en la estructura jurídica matrimonial*,

El varón y la mujer se complementan, es decir se ayudan el uno al otro, pero la finalidad básica de la complementariedad sexual, es la fecundidad, así ocurre en todas las especies vivas. Por medio de esta distinción y colaboración de los sexos, cada generación asegura la continuidad de la vida humana, procreando y educando nuevas generaciones. No es la procreación el único sentido y fin de la complementariedad pero sí el más básico y necesario sentido.

Esta complementariedad del varón y la mujer no puede ser algo pasajero, lo veremos al hablar de la sociabilidad natural del hombre. Pero si esto es verdad, ¿cómo se logra esa estabilidad, en qué se fundamenta?. Viladrich contesta: En el amor conyugal, este se basa en la diferencia sexual entre varón y mujer, de suerte que el objeto que lo tipifica como conyugal es el amor a la persona del varón, precisamente en cuanto que es varón (masculinidad o virilidad) y porque lo es, y es el amor a la persona de la mujer, precisamente en cuanto que es mujer (feminidad) y porque lo es. Este amor se distingue de cualquier otro amor en su específico carácter sexual, y por lo tanto, procreador. Varón y mujer se unen como dos personas, pero en cuanto que son distintas y complementarias sexualmente, lo cual nos ocupará más adelante.<sup>9</sup>

---

Pamplona, 1960, p. 61.

<sup>9</sup>Cfr. VILADRICH, P: op. cit., p. 70.

El bien específico que hace peculiar y único al amor conyugal, es amar a la persona del otro, en cuanto sexualmente distintas y complementarias.

#### 1.1.4 La sociabilidad natural de la persona humana.

Otro de los elementos naturales que es necesario tomar en cuenta para hablar de matrimonio es la sociabilidad natural de la persona, así lo indica Alberto Pacheco, cuando dice que:

"El hombre necesita forzosamente abrirse hacia otra persona; no puede lograr nunca su perfección espiritual sin la concurrencia de otros individuos. La sociedad existe por exigencia de la naturaleza espiritual del hombre. Efectivamente, si el hombre fuera exclusivamente material como los animales, no habría necesidad de sociedad.

Son totalmente faltas de fundamento científico las tesis que nos hablan de una sociedad entre las abejas y las hormigas, cuando lo único que se observa en estos animales es un instinto como el de cualquier otra especie animal.

Tampoco existiría la sociedad si el hombre fuera meramente espiritual, necesita desarrollarse físicamente, aprender y educarse, y necesita de otros

individuos de la especie humana que le orienten en la vida con los cuales pueda conversar, con los cuales pueda entenderse y de los cuales pueda recibir física y espiritualmente todo aquello de lo que carece cuando viene a este mundo.

El hombre por naturaleza, puede hablar y por tanto necesita hablar. Es conocida la frase de un científico alemán: “Los animales no hablan porque no tienen nada que decir”. El hombre en cambio, no habla por especiales aptitudes físicas en su lengua, o en los aparatos emisores de sonido sino porque tiene algo que decir, o sea tienen ideas, y esto, por su naturaleza espiritual y material, que le hace necesitar de otros hombres para lograr su realización como tal hombre”<sup>10</sup>

Hemos querido transcribir esta larga cita de Alberto Pacheco dado que aporta las razones suficientes para poder afirmar que el hombre es un ser sociable por naturaleza y que esta misma sociabilidad le llevan a buscar como primer manifestación de sociabilidad la complementariedad entre feminidad y masculinidad.

Así continúa diciendo el Doctor Pacheco que:

---

<sup>10</sup>PACHECO. A; op.cit., p. 63.

"El Matrimonio satisface en gran parte la necesidad que al hombre plantea su sociabilidad y su sexualidad, pues establece una comunidad de vida en la esfera más íntima no solo con su cónyuge, sino con los hijos. No hay para los hombres mayor intimidad que la que se establece en el plano humano entre marido y mujer, y de esta intimidad se puede partir para desarrollar plenamente todos los otros aspectos de la sociabilidad."<sup>11</sup>

El Matrimonio en esta forma se nos presenta como una sociedad, la más simple de todas las sociedades en su formación, pero quizá la más compleja en sus relaciones mutuas, porque ninguna otra llega al primer círculo de la intimidad como el Matrimonio.

Por otra parte ; si seguimos el esquema del profesor Viladrich podemos hablar de tres vertientes principales en que actúa esta sociabilidad de la persona humana, en la dinámica matrimonial.

- 1) Relación varón y mujer.
- 2) Comunidad familiar.
- 3) Familia como célula de la sociedad.

---

<sup>11</sup>Ibid., p. 64.

La primera se fundamenta en aquella atracción natural entre los sexos. La natural tendencia a la complementariedad entre varón y mujer hace que sea un modo primario de sociabilidad de la persona. Fundar una unión -propia de la complementariedad de los sexos- no es un mero y ocasional encuentro, sino el establecimiento de una comunidad (comunidad conyugal).

En segundo lugar tenemos la fecundidad, es decir el varón y la mujer que son complementarios en cuanto a la sexualidad, abren paso a los terceros, fruto del amor conyugal y surge así una nueva dimensión social denominada comunidad familiar.

Esta sociabilidad natural de la persona es algo constitutivo de su naturaleza y por lo tanto una manera constante y estable de ser y de realizarse.

Por lo mismo no podemos hablar de una verdadera realización de la sociabilidad de la persona, tampoco en el orden sexual, si no existe estabilidad fundada en comunidad conyugal.

Lo mismo sucede en la comunidad familiar, los padres no se pueden limitar a traer hijos al mundo, sino que por esa estabilidad que debe existir en la sociedad, los padres están obligados a cuidarlos y educarlos.



### 1.1.5 La libertad y el amor.

Para hablar del Matrimonio resulta también indispensable hablar de dos conceptos: libertad y amor.

La relación del varón y la mujer no podría ser digna si no se fundamentara en la libertad; es decir, en esa capacidad que tiene el hombre a autodeterminarse al fin propio de su naturaleza. No se puede pensar en una verdadera comunidad conyugal en la que la libertad no se respeta. Ahora bien, aun cuando no es este el lugar para hacer un análisis de la libertad, nos parece necesario detenernos si quiera sea de modo breve para entender qué es esta. En primer término nos resulta necesario afirmar que la libertad no es un bien absoluto, sino que es un medio del que el hombre goza para poder elegir, y al hacerlo necesariamente se reducen sus posibilidades de elección.

Carlos Llano en "*Las formas actuales de la libertad*" afirma:

"El hombre desearía; en este mundo, una libertad sin compromisos subsecuentes; una libertad sin riesgos, una libertad protegida; el hombre

desearía ser libre, pero teme a su propia responsabilidad en la que está entrañado el riesgo; pues humanamente hablando, toda decisión libre admite la posibilidad de equivocación, como lo expresa un poeta contemporáneo, el hombre maduro buscaría un “triste amor”, un “amor pactado”, sin peligro, sin venda ni aventura, cuando “en amor locura es lo sensato”<sup>12</sup>

El hombre actual se da cuenta de la grieta insondable que existe en esta aparente sutileza: una cosa es poder ser libre y otra cosa muy distinta tener que serlo. De ahí que el precioso don de la libertad se haya trastocado en una pesada carga. La libertad como posible es algo que, en cuanto proyecto, se anhela: desearía ser libre; la libertad como actual, en cuanto realidad presente, es algo que se padece: “tengo que decidir” y aún en la misma negativa a la decisión hay algo que aplasta al hombre, porque como bien dice Carlos Llano “no decidir implica también una decisión.”

Resulta claro que la complementariedad de los sexos que lleva al amor conyugal exige el uso de la libertad, y en ese uso de la libertad el hombre reduce sus posibilidades de elección, se ata libremente a alguien, se compromete. Desgraciadamente en la actualidad en muchos casos se entiende por libertad el no tener nada que ate, nada que comprometa, nada que obligue.

---

<sup>12</sup>LLANO CIFUENTES. Carlos; *Formas actuales de la libertad*. Trillas, México, 1983, p. 17.

Refirámonos nuevamente al filósofo mexicano Carlos Llano:

"Es evidente que si la libertad se concibe como libre de ataduras, los conceptos de libertad e independencia se intercomunican al grado de identificarse: el hombre será más libre en tanto sea más independiente. De este modo, la libertad humana y el hombre mismo se absolutizan: el hombre libre será aquel que no depende de nadie ni de nada, será el hombre absoluto, vale decir, absuelto, desligado. Por este camino se llega a la idolatría de la libertad, maximizándola a tal extremo que se convierte en utópica. El hombre absolutamente libre, en este sentido, es un imposible, y justo por lanzarse al logro de esta libertad utópica e inexistente, va perdiendo en el camino la libertad concreta y real."<sup>13</sup>

La libertad identificada con la máxima independencia no constituye tan solo un error en el concepto mismo de libertad, sino especialmente en el concepto de hombre. El hombre es un ser constitutivamente dependiente. Le ha sido dado el poder escoger entre un infinito abanico de dependencias, pero le resulta imposible prescindir de todas. La libertad de querer es omnimoda, y en este contexto lo sigue siendo: El hombre puede querer lo que quiera, pero tiene que querer algo. Y en el

---

<sup>13</sup>Ibid., p. 30.

mismo momento en que ejercita y actualiza la posibilidad de su querencia, en ese mismo momento queda vinculado a aquello que quiere. Entonces la libertad deja de identificarse con la independencia; y se instala en su antípoda, porque la libertad ejercitada no es ya independencia, sino vinculación.

"El estado del hombre que ejercita su libertad no es de desarraigo, sino de compromiso; esto quiere decir que el estado normal del hombre es de vinculación. El hombre que quiere vivir como tal es un hombre comprometido; aquel que rehuse toda decisión, toda vinculación, para no verse comprometido con nada, es un hombre libre solo en potencia. La libertad en acto se lleva a cabo solo en la decisión que compromete."<sup>14</sup>

Del texto del doctor Llano resulta evidente que la libertad entendida como independencia, ausencia de compromiso y vinculación; no solo origina desarraigo, sino también, y sobre todo, el desamor.

Un hombre que busca la independencia como fin absoluto, es un hombre caído en el desamor, que nada quiere. De ahí que nuestras posibilidades de libertad se identifiquen con nuestras posibilidades de vinculación al otro. Los incapaces de vincularse por amor ven en todas parte, en torno suyo, multiplicadas posibilidades

---

<sup>14</sup>Ibid., p. 31.

de vínculos, es decir, amenazas de esclavitud.

Es por esto que decimos que la libertad y el amor son elementos naturales imprescindibles en el tema que nos ocupa. No se puede entender una complementariedad entre un hombre y una mujer que carezcan del soporte de esa libertad y ese amor; que no entiendan de compromisos y vínculos.

Un hombre por naturaleza es sociable, y por lo mismo es dependiente, esa dependencia es algo natural que implica un vínculo. La forma más natural de sociedad, ya se ha dicho, es la que se da entre un hombre y una mujer y en esto existe una dependencia y un vínculo. No puede darse esa relación sin compromiso alguno y para comprometerse el hombre debe elegir entre un sin fin de opciones que se le presentan. La misma libertad del hombre lo lleva a decidir por algo y al decidir se arraiga a aquello por lo que optó y queda comprometido. Por último citemos nuevamente a Carlos Llano, quien elabora de modo conciso una conclusión que por su claridad transcribimos:

"El hombre al decidir, es decir al ejercer la libertad, se cierra a un número infinito de posibilidades para comprometerse con una de ellas y solo con una, que nos abre otro abanico de posibilidades distintas de aquellas que con nuestra decisión primaria quedaron cerradas. Al decidir por algo, incrementa

su relación con eso que ha decidido y esa relación se fortalece ya que se adquiere un compromiso."<sup>15</sup>

#### 1.1.6 El papel de los elementos naturales del Matrimonio.

La persona humana, la distinción de los sexos, su complementariedad, la sociabilidad natural del hombre, así como la libertad y el amor son elementos naturales que deben intervenir en el Matrimonio. No son piezas artificiales que hoy son estas y mañana se sustituyen por otras totalmente distintas. Estos elementos son piezas con un contenido dado, que ya están escritos en lo esencial y básico. Son naturales, y no permiten ser sustituidas por sucedáneos artificiales. Tienen rigurosos y exigentes contornos -como las piezas de un rompecabezas- que solo admiten una combinación verdadera y plena. Por ser naturales, son piezas que tienen unos concretos límites de tolerancia de manera que si traspasan esos límites, la pieza se degrada, deteriora, en ocasiones de modo irreparable quedando inservible.

El hombre debe saber respetar y no manipular a su gusto. Los límites naturales de tolerancia, se pueden traspasar, mas no impunemente pues el resultado es la degradación.

---

<sup>15</sup>Ibid., p. 32.

Como puede verse, de acuerdo a lo hasta aquí dicho, la cuestión del Matrimonio no es una cosa trivial -como la moda que nos gusta-, ni tampoco cosa del capricho individual y privado -como la elección del equipo de fútbol- sino una cuestión social y pública de extraordinaria trascendencia, - porque la conducta de uno afecta a toda la comunidad- y que necesita de la atención, cuidada y seria de la ética, el derecho y la política.

## 1.2 ¿Qué es el Matrimonio?.

### 1.2.1 Matrimonio como pacto y como estado de vida.

Después de estudiar algunas de las características de la persona humana y los elementos naturales del Matrimonio, explicaremos con más detenimiento lo que se entiende propiamente por matrimonio. Para Castán Tobeñas:

"Es de opinión corriente derivar la palabra castellana matrimonio, por conducto de la latina *matrimonium*, de las voces *matris monium*, carga,

gravamen o cuidado de la madre.

Las Decretales de Graciano decían, comentando esta derivación que “para la madre, el niño es antes del parto oneroso, doloroso en el parto, después del parto gravoso, por cuya razón el legítimo enlace del varón y la mujer se ha denominado matrimonio, más bien que patrimonio.”<sup>16</sup>

Si seguimos profundizando en el concepto matrimonio como institución natural, es importante aclarar que esta palabra tiene genéricamente dos acepciones, pues puede significar ya el pacto o acto por el que se origina y constituye la relación por medio de un acuerdo libre de voluntad. O bien se puede entender como el estado conyugal o estado de vida, por el que surge una institución de convivencia matrimonial permanente.

El primer momento, es decir en el acto constitutivo del Matrimonio, el hombre puede decidir libremente si se vincula o no, ya no tan solo a una persona, sino a aquellas normas que rigen la institución del Matrimonio y hacen que el vínculo que se genera con aquella persona no sea de cualquier modo, sino un vínculo exclusivo y permanente.

---

<sup>16</sup>TOBEÑAS, Castán; *Derecho Civil español*. Reus, Madrid, 1960. p. 47.



El segundo momento se caracteriza por el arraigo a una realidad ya hecha, establecida, con una naturaleza; por lo tanto, con unas leyes específicas, las cuales ya no pueden ser modificadas al arbitrio de la persona o en demanda de su libertad. No olvidemos que ya en el primer momento ha elegido y con esa elección se ha comprometido. En otros términos, podemos decir que ya ha hecho uso de su libertad y ahora es libre de otro modo, libre con compromisos adquiridos.

Aún cuando hemos señalado que el Matrimonio tiene normas, leyes que no pueden ser modificadas, sucede en nuestra legislación que la institución está sin contenido, es decir, que se deje a la elección de las personas el decidir como quieren que sea su matrimonio, con lo cual se desmantela la institución natural para no dejar de ella sino la forma. Es por ello que el hombre, en el segundo momento que hemos destacado como “estado de vida”, se compromete con una persona, con una institución y con la sociedad misma, ya que deberá hacer lo posible por conservar el Matrimonio.

Sigamos penetrando en el sentido de la institución del Matrimonio. Para ello tomaremos algunas definiciones a partir de la distinción ya hecha entre pacto y estado de vida.

En el primer caso podemos decir siguiendo a Viladrich que Matrimonio es:

"El acto de voluntad por el que los contrayentes deciden de una vez por todas darse recíprocamente como esposo y esposa: deciden producir el vínculo conyugal entre ellos. Por su propia naturaleza, ese pacto es un momento transitorio; es decir, dura el tiempo que dure decir -sí, te tomo por esposa o esposo."<sup>17</sup>

En el segundo caso, es decir matrimonio como estado o institución de convivencia matrimonial, podemos citar las siguientes definiciones. En la primera de ellas notamos tendencia a enfatizar la finalidad estrictamente sexual del Matrimonio. Dice Kant "El Matrimonio es la unión de dos personas de diferente sexo para la recíproca posesión de por vida de sus cualidades sexuales."

Ahora bien, podemos encontrar otras definiciones que a nuestro parecer pueden resultar más aceptables pues atienden a su finalidad físico-espiritual. En este sentido, las definiciones de los juristas romanos señalaron la constitución de una plena comunidad de vida como finalidad jurídicamente reconocida del Matrimonio.

Modestino nos dejó una definición del Matrimonio, que resulta a la vez

---

<sup>17</sup>VILADRICH. P; op. cit., p. 148.

sintética y acertada:

"Es la unión de varón y mujer, consorcio para toda la vida y comunión de derecho divino y humano."<sup>18</sup>

Justiniano por su parte escribió que;

"Nupcias o matrimonio es la unión del varón y de la mujer que contienen el propósito de vivir en comunidad indisoluble."<sup>19</sup>

Modernamente podemos encontrar otras definiciones de Matrimonio, por ejemplo la de Sara Montero Duhalt:

:

"El Matrimonio es la forma legal de constituir la familia a través de la unión de personas de distinto sexo que establecen entre ellas una comunidad de vida regulada por el Derecho."<sup>20</sup>

La Lic. Rebeca Reynaud Morales nos dice que el Matrimonio es:

---

<sup>18</sup>MAGALLON IBARRA, *Instituciones de Derecho Civil*, V. III. México. Porrúa. 1987. p. 103.

<sup>19</sup>PACHECO, A; *op.cit.*, p. 59.

<sup>20</sup>MONTERO DUHALT. Sara; *Derecho de Familia*. Porrúa, México, 1992. p. 98.

"Un pacto de amor conyugal o elección libre por la que el hombre y la mujer aceptan la comunidad íntima de vida y amor que exige su naturaleza."<sup>21</sup>

Como pueden verse estas, definiciones recogen la idea moral del Matrimonio, propia de la civilización cristiana y moderna y que en algunos países todavía inspira a la legislación positiva.

Pero, creemos con Viladrich que quizá la definición de mayor solera y rigor en la historia del derecho sea la de Pedro Lombardo. Este autor, a mediados del siglo XII en la época del nacimiento de la Universidad de Bolonia, perfecciona la fórmula romana que aparecía en Las Instituciones de Justiniano y la definición quedó así:

"El Matrimonio es la unión marital de un varón y mujer entre personas legítimas que retienen una comunidad indivisible de vida."<sup>22</sup>

### 1.2.2 Elementos de la definición.

---

<sup>21</sup>REYNAUD MORALES, Rebeca; *Concepto de Matrimonio*. Diplomado en orientación Familiar. Enlace, p.10.

<sup>22</sup>VILADRICH, P; op.cit., p. 153.

De todo lo anterior se desprende que el Matrimonio, de acuerdo con la definición de Lombardo, es la unión conyugal debida entre varón y mujer. Es decir, se llama conyugal a aquella unión fruto de la decisión libre, en cuya virtud el varón puede de verdad decir que la mujer es suya (no en sentido de la propiedad sobre la cosa, sino con el significado de un vínculo de justicia interconyugal), y la mujer puede decir del varón que es suyo, de manera que ya no son dos, sino una común unidad en lo conyugal. Al ser el uno del otro, se deben en justicia el uno al otro, por eso les une un vínculo de justicia.

La unión en lo conyugal es extraordinariamente profunda, porque lo conyugal del varón y de la mujer hace referencia a la totalidad y plenitud de la doble modalización sexual, la cual, por naturaleza, contiene una radical complementariedad e inclina a una unidad generativa básica.

Esta unión conyugal no es una unión cualquiera, sino que es la unidad por la que varón y mujer vienen a ser una sola carne. Esta expresión aparece por primera vez en la Biblia, en el relato del Génesis sobre la creación del hombre, donde leemos.

*“Dijo Dios: no es bueno que el hombre esté solo;  
hagámosle una ayuda que sea semejante a él...”*

*la cual puso delante de Adán. Y dijo el hombre:  
Esto es huesos de mis huesos y carne de mi carne...  
Por eso dejará el hombre a su padre y a su madre,  
y estará unido a su mujer, y los dos vendrán a  
ser una sola carne”*

Pero detengámonos brevemente para precisar las transformaciones unitivas del vínculo.

Por el vínculo, varón y mujer, en lo conyugal, son una única unidad debida y de por vida. De ahí que el varón, por el vínculo conyugal, ya no es solo varón sino además esposo; y lo mismo sucede con la mujer que se convierte en esposa. Por el vínculo ya no tiene sentido hablar de persona y virilidad (varón) y de persona y feminidad (mujer), sino que son dos personas en la única unidad de los cónyuges.

Ahora bien, no podemos pensar que esta unión es una fusión. Los esposos, como es obvio, siguen siendo dos personas partícipes de una misma naturaleza. Sería un error pensar que los esposos, pierden su natural individualización, y pasan a ser un único núcleo individualizado.

La unidad de naturaleza se refiere a que, los cónyuges son una comunidad -

unidad social- y son el uno del otro, -coposores en justicia- . Por eso, la esencia de esa unidad es el vínculo de justicia interconyugal. No es un vínculo visible o palpable sino vínculo social y jurídico.

Continuaremos desarticulando la definición de Lombardo, para una mayor comprensión del concepto. La definición dice que el Matrimonio es:

\* La unión de varón y mujer: lo que significa la necesaria heterosexualidad del Matrimonio. No son, pues, matrimonio las uniones de personas del mismo sexo.

\* Entre personas legítimas: serán válidas las uniones contraídas por quienes son capaces, esto es quienes no tienen impedimentos (impotencia, edad, estar ya casado, etc.) y prestan su consentimiento en la debida forma. En ello se distingue el Matrimonio de la unión de hecho, el concubinato y las uniones ilegítimas.

\* Que retiene una comunidad indivisible de vida: se refiere a la exclusividad de la unión, -uno con una- y a su indisolubilidad. La palabra retiene es para señalar que no son un añadido, sino que son propiedades inherentes a la verdadera unión conyugal, son elementos esenciales, de todo matrimonio.

Pues bien, quien contrae matrimonio se debe someter a su naturaleza intrínseca, expresada en la definición anterior ya que desde el punto de vista jurídico, lo mismo sucede con otras muchas instituciones jurídicas cuyas características esenciales no pueden ser modificadas libremente por las partes que con su libre voluntad dan origen a esos negocios jurídicos.

En relación con el Matrimonio, estas características tienen una especial importancia, es una institución que no puede ser modificada por las partes en sus notas esenciales, porque si estas se derivan de la naturaleza humana, el pretender modificarlas por pacto de los contrayentes, sería tanto como negarse a alcanzar los fines que la misma naturaleza busca a través del Matrimonio, ya que solo se alcanzan los fines cuando se respetan las notas esenciales.

De aquí que, como lo ha visto Alberto Pacheco: "Querer contraer matrimonio en contra de las características esenciales o naturales del mismo, no sería estar creando otra institución jurídica sino estar contradiciendo a la propia naturaleza.

Si el Matrimonio no consistiera en una unión íntima conyugal entre seres racionales, la más íntima que puede existir entre seres humanos y si esa unión íntima no tuviera como consecuencia el nacimiento de otros seres humanos, se podría admitir que el Matrimonio fuera un simple contrato entre los contrayentes y



que estos pudieran modificarlo a voluntad y aún terminarlo de común acuerdo o por voluntad de uno; pero como en el Matrimonio necesariamente, se establece esa íntima unión entre cónyuges que no puede terminar sin causar graves perjuicios psicológicos a los mismos, se nos presenta como una institución que no puede ser modificada en sus fines y en sus características esenciales por la voluntad de los contrayentes."<sup>23</sup>

### 1.2.3 Naturaleza jurídica de la unión conyugal.

Por su contenido aclaratorio nos ha parecido conveniente detenernos en esta parte del trabajo para explicar la naturaleza jurídica de la unión conyugal siguiendo las distintas posturas que se han sostenido en la doctrina.

Los juristas han discutido a lo largo de la historia cuál es la naturaleza jurídica de la unión conyugal y con qué figura jurídica se podría comparar.

Empecemos por la corriente doctrinal que sostiene que el Matrimonio es una sociedad:

---

<sup>23</sup>PACHECO, A; op. cit., p. 65.

Para estos autores las partes aparecen como socios de una comunidad de vida y obras comunes.

El decir que el Matrimonio es una sociedad tiene algunos inconvenientes, por ejemplo afirmar que une a las partes “sólo para la consecución de fines”, justificaría sólo la sociedad en función de obtener efectivamente los fines, de suerte que se disolvería cuando estos estuvieran satisfechos o fueran imposibles. Por lo general esta postura es punto de partida del concepto liberal del Matrimonio sustentado en el individualismo que pretende dejar “a salvo” la prerrogativa de la libertad incondicional.

Nos parece que la teoría del divorcio como veremos más adelante parte de este reduccionismo conceptual.

“El Matrimonio es otra cosa substancialmente distinta. Las partes, como personas, son en el Matrimonio fines plenos en sí mismos y no son nunca medios o instrumentos para la obtención efectiva de fines. Por ejemplo, la paternidad o la maternidad son dimensiones de la virilidad o la feminidad. Ahora bien, se toma esposo o esposa no exclusiva y excluyentemente para que sean de hecho padre y madre, como si la persona del otro fuera un mero instrumento para obtener el

hijo.”<sup>24</sup>

Para otros autores el Matrimonio se podría asociar a la noción jurídica de institución:

Esta corriente considera que hay dos instancias: Por una parte los contrayentes aportan al matrimonio su consentimiento. Por otra, el conjunto de deberes y derechos que comporta la unión viene dado por el derecho, al cual se adhieren los contrayentes.

Aquí encontraríamos un inconveniente, que dado el uso formalista de la palabra institución se podría suponer erróneamente que ésta deriva del consenso y no de una naturaleza previa a toda ley positiva.

Una tercera corriente la podríamos englobar dentro del uso del concepto contrato. Proviene esta tesis de atender a la causa que origina el vínculo, a saber, el mutuo consentimiento (pacto) de los contrayentes. Quizá en la raíz de esta tesis contractualista podríamos encontrar el mismo individualismo liberal del siglo XIX, al que nos hemos referido anteriormente.

---

<sup>24</sup>Cfr. VILADRICH, P: *op.cit.*, p. 159.

El término contrato sin embargo, no es válido para aludir al matrimonio propiamente dicho, al vínculo conyugal, a la comunidad de vida entre los esposos: Esta última es un estado de vida permanentemente vinculada; en cambio, el contrato es un momento fundacional transeúnte.<sup>25</sup> Así pues, la definición del Matrimonio como contrato es incompleta, porque sólo contempla la causa de su constitución que resulta ser el Matrimonio en su sentido más propio. Capta el pacto, pero no define el vínculo matrimonial.

De todo lo anterior podríamos afirmar que el Matrimonio es una realidad *sui generis*. Ya volveremos sobre este punto.

### 1.3. Los fines del Matrimonio.

Una vez que hemos visto en el epígrafe anterior la naturaleza del Matrimonio, pasemos ahora a explicar sus fines. Todo matrimonio tiene unos fines en sentido genérico, esto no quiere decir que no se pueda plantear cada matrimonio sus fines particulares siempre y cuando no vaya en contra de los genéricos.

"Lo importante es saber la relación entre fines genéricos u objetivos del Matrimonio y fines privados o subjetivos de los contrayentes: cada pareja

---

<sup>25</sup>Cfr. *ibid.*, p. 161.

puede perseguir los fines subjetivos que sean, con tal de que esos fines subjetivos no sean contradictorios con los objetivos, no excluya a estos últimos o los hagan imposibles."<sup>26</sup>

Los fines objetivos o genéricos del Matrimonio son la procreación y educación de los hijos (a estos también se les llama fines primarios) y la mutua ayuda y ordenada realización de la sexualidad conyugal (a estos les llamamos fines secundarios).

Estos fines del Matrimonio tienen entre sí una jerarquía que no puede ser desconocida. Los fines primarios son más importantes que los secundarios, de tal modo que si se invirtieran los términos, se pervertiría el Matrimonio y no se lograrían ni siquiera los secundarios.

Los fines primarios, según lo dicho en el primer apartado de esta tesis, son los que hacen que los cónyuges se abran a los demás y no se cierren egoístamente sobre ellos mismos. Cuando los fines secundarios se colocan en primer lugar, el Matrimonio se centra sobre los propios cónyuges, y antes que la apertura a la procreación, se busca la satisfacción de las pasiones como fin primordial manipulando la naturaleza, qué ha unido la generación a la satisfacción sexual.

---

<sup>26</sup>Ibid., p. 163.

Así lo recuerda la Encíclica *Humanae Vitae*:

“En la misión de transmitir la vida, los esposos no quedan por tanto libres para proceder arbitrariamente, como si ellos pudieran determinar de manera completamente autónoma los caminos lícitos a seguir, sino que deben conformar su conducta a la intención creadora de Dios, manifestada en la misma naturaleza del Matrimonio y de sus actos y constantemente enseñada por la Iglesia.”<sup>27</sup>

Juan Pablo II en la exhortación apostólica *Familiaris Consortio* dice:

“El Matrimonio es el fundamento de la comunidad más amplia de la familia, ya que la institución misma del Matrimonio y el amor conyugal están ordenadas a la procreación y educación de la prole, en la que encuentran su coronación.”<sup>28</sup>

Lo anterior no quiere decir que los fines secundarios no sean buenos, son buenos siempre y cuando sean secundarios y no intenten desbancar a los fines primarios.

---

<sup>27</sup>PAULO VI; *Humanae Vitae*, Ediciones Paulinas, 1968. p. 10.

<sup>28</sup>JUAN PABLO II; *Familiaris Consortio*, Ediciones Paulinas, México, 1979, p. 25.

La aparente radicalidad de estos postulados se verá matizada en los siguientes párrafos.

### 1.3.1 Fines objetivos primarios del Matrimonio.

Ya hemos dicho que estos fines son la procreación de los hijos y su educación.

La apertura a los hijos no es un añadido al matrimonio, sino que resulta algo constitutivo de él. El amor conyugal se da entre varón y mujer, esto ya lo hemos explicado anteriormente, esa virilidad y esa femineidad del varón y la mujer tienen, de forma inherente, la potencial paternidad y maternidad. De manera que una entrega total entre varón y mujer implica en sí misma -nunca como añadido opcional- la entrega de la paternidad y la maternidad potenciales. Por lo mismo el amor conyugal por ser conyugal es procreador.

Pero tampoco debemos caer en el otro extremo al concebir la unión conyugal, no como unión de esposos, sino como unión de padres.

El amor a la paternidad o a la maternidad son consecuencias del amor al esposo como esposo y del amor a la esposa como esposa (es decir como personas completas). Es en el otro, como cónyuge, donde se halla su potencial paternidad o maternidad, las cuales son dimensiones consecuenciales de ser varón o mujer. Por lo mismo no es ordenado buscar en el otro su paternidad o su maternidad al margen de su primaria condición de cónyuge, esto equivaldría a instrumentalizar al cónyuge en función de la paternidad o la maternidad.

Aclarado este punto, nos damos cuenta de que la procreación de los hijos no puede quedar como algo añadido al matrimonio, que la procreación es un fin constitutivo de toda unión matrimonial. El Papa Juan Pablo II, en la exhortación apostólica *Familiaris Consortio* dice:

"En su realidad más profunda, el amor es esencialmente don y el amor conyugal, a la vez que conduce a los esposos al recíproco conocimiento que les hace "una sola carne", no se agota dentro de la pareja, ya que los hace capaces de la máxima donación posible, por la cual se convierten en cooperadores de Dios en el don de la vida a una nueva persona humana. De este modo los cónyuges a la vez que se dan entre sí, dan más allá de sí mismos la realidad del hijo, reflejo viviente de su amor, signo permanente de la unidad conyugal y síntesis viva e inseparable del padre y de la madre.



Al hacerse padres, los esposos reciben de Dios, el don de una nueva responsabilidad su amor paterno está llamado a ser para los hijos el signo visible del mismo amor de Dios, del que proviene toda paternidad en el cielo y la tierra.”<sup>29</sup>

Otro fin objetivo primario del Matrimonio es la educación de los hijos. De hecho la procreación y la educación son fines que no se pueden separar. Los esposos al procrear un hijo, deben preocuparse por darle un medio ambiente -hogar- adecuado para recibirlo y educarlo, como persona. El hogar, no solo son los padres, sino comprende elementos materiales y espirituales que exigen una entrega mutua y constante de los esposos hacia los hijos. Es allí donde el niño crecerá seguro, con ayuda espiritual, afectiva y material, que difícilmente encontraría en otro lugar. Conforme el niño crece, la educación seguirá siendo fin primordial del Matrimonio, que lo llevará a independizarse con el tiempo. Basta con ver el relajamiento social que se verifica en los países en donde por ignorancia o por hedonismo, la familia deja de cumplir estos fines que le dan el carácter de “hogar”.

---

<sup>29</sup>Ibid., p. 21.

### 1.3.2 Los fines objetivos secundarios.

Los fines secundarios del Matrimonio son la ayuda mutua y la ordenada realización de la sexualidad conyugal.

La complementariedad entre el varón y la mujer, además de ordenarse a la generación, también se ordena a la relación interpersonal entre los cónyuges en cuya virtud la unión conyugal tiene como fin el bien personal del otro.

La mutua ayuda, comprende infinidad de aspectos de mutua interrelación, comunidad y compañía -unidad de afectos, de servicio recíproco, de consejo, de amparo, de convivencia, etc.- Uno de sus aspectos más evidentes es lo que podríamos llamar “comunidad hogareña” o “núcleo de vida privada” en la que se plasma esa comunidad personal que realizan marido y mujer.

Por último, encontramos el fin de “remedio de las pasiones”, que podemos expresar sencillamente diciendo que el Matrimonio, como unión conyugal, además de ordenarse hacia la procreación y educación, así como a la ayuda mutua, también se ordena, a la realización ordenada de las fuerzas instintivas, emocionales y

racionales que se encuentran presentes en la dimensión sexual de los esposos.

En el Matrimonio la sexualidad queda ordenada cuando se realiza según las características propias de la unión conyugal; de uno con una “para siempre” (indisolubilidad) abierta a la fecundidad.

Cuando hemos afirmado que uno de los fines del Matrimonio es la ordenada realización de la sexualidad, queremos decir que mediante el amor conyugal los esposos remedian su inclinación sexual respetando la dignidad de su persona y liberándose de cualquier deformación sexual. El amor conyugal tiene que ordenar ese instinto sexual para que se realice conforme a las exigencias propias del Matrimonio.

### 1.3.3 Distinción entre fin- meta y fin-ordenación interna.

Es importante hacer notar una última distinción entre los fines del Matrimonio. Nos referimos ahora al “Fin-meta” y al “Fin-ordenación interna”. En el primer caso, el Matrimonio se puede proponer unas metas a conseguir. Como metas están fuera de la esencia del Matrimonio. Así, el hijo es “fin-meta” del Matrimonio, al igual que su educación, pero ninguno de los dos se puede confundir con la unión conyugal que sus padres forman.

En el segundo caso, del “Fin-ordenación interna”, los fines ya no son las metas como tendencia, ahora los fines están dentro de la esencia del Matrimonio. En este caso el fin como ordenación interna, es la ordenación interna que debe tener el Matrimonio para la consecución del “Fin-meta” pero no por no conseguirlo deja de existir el Matrimonio, siempre y cuando sí se dé aquel.

“La consecuencia de esta distinción es decisiva. El fin como meta puede no obtenerse efectivamente y puede por tanto faltar en el Matrimonio; por ejemplo: un matrimonio que no logra tener hijos; pero el Matrimonio subsiste, porque el fin-meta no es el Matrimonio. En cambio los fines como ordenación interna no pueden faltar en un matrimonio, porque no son otra cosa que esa unión conyugal en tanto tiene esos fines.”<sup>30</sup>

La ordenación o tendencia hacia, no puede faltar en la entraña de la unión conyugal y la tendencia a fines es algo que se asume y compromete en el pacto matrimonial. Si los contrayentes pactaron un tipo de unión en la que faltara por completo, se excluyera radicalmente o se desordenaran substancialmente la tendencia a los hijos, la mutua ayuda, etc., faltaría el propio matrimonio, pues esta unión carecería de ordenación interna hacia los fines. Por lo tanto la tendencia a los

---

<sup>30</sup>Cfr. VILADRICH. P: op. cit., p. 167.

fines objetivos es una ordenación interna y esencial de la propia unión conyugal, sin la cual esa unión no es matrimonio y esa tendencia viene a ser como una constitutiva apertura del Matrimonio hacia la posibilidad de sus metas objetivas.

#### 1.4 Propiedades del Matrimonio.

Para que el Matrimonio pueda cumplir con sus fines, es necesario hablar de las propiedades del Matrimonio.

Las propiedades del Matrimonio son esencialmente dos: **la unidad y la indisolubilidad**. Explicaremos estas propiedades con la expresión que utiliza Viladrich : “Totalidad y exclusividad del amor conyugal”.

##### 1.4.1 Unidad

Los conceptos de totalidad y exclusividad del amor conyugal nos ayudarán a entender la unidad e indisolubilidad. Empecemos por lo que significa la totalidad del amor conyugal. Viladrich afirma:

“La palabra todo se puede entender en dos sentidos. El todo de una cosa es todo lo que esa cosa contiene. Pero también, el todo de una cosa es todo lo que esa cosa dura. La totalidad, por consiguiente, es una noción que incluye dentro de sí a otras dos, a saber, la totalidad esencial y la totalidad existencial.”<sup>31</sup>

La totalidad esencial, es decir todo lo que esa cosa contiene, se refiere a que en el amor conyugal se entrega a la persona amada todas y cada una de las facetas de la virilidad y la feminidad, sin exclusión de ninguna en su más mínimo aspecto. Amar conyugalmente es amar a la persona del otro en toda su dimensión de varón o de mujer, en todo lo que es sexualmente distinta y, en consecuencia, complementaria. Les falta esa totalidad a los matrimonios que no entregan aspectos de la virilidad o de la feminidad. Por ejemplo: el amor opaco; el que excluye la dimensión de paternidad o de maternidad, que es natural a la virilidad y a la feminidad. Ese amor no se le puede llamar ni total ni plenamente conyugal.

Por otro lado está la totalidad existencial, es decir, todo lo que esa cosa dura, en este sentido de totalidad nos referimos propiamente a la indisolubilidad del Matrimonio; de esto hablaremos en el siguiente epígrafe.

---

<sup>31</sup> Ibid., p. 89.

Por otro lado está la **exclusividad** del amor conyugal. Esta exclusividad va desde su exigencia biológica, hasta la exigencia de unidad substancial de la persona humana, ya que: “La virilidad y la feminidad son recíprocamente complementarias. La virilidad y la feminidad, no son cosas que podemos guardar en un armario... virilidad y feminidad son dimensiones inseparables de cada singular e irreplicable persona, el yo protagonista, no se puede partir en varios yos, como un pastel en partes...”<sup>32</sup>

La persona -que es una unidad indivisible con su masculinidad o su feminidad- solo puede hacer una entrega total de su virilidad o de su feminidad cuando esa entrega es indivisa, única y exclusivamente referida a otra única, indivisa y exclusiva persona, la del amado.

Entonces la complementariedad entre virilidad y feminidad es total, en el plano biológico y, lo que es más importante, en el plano total... Cuando una persona entrega a varios amantes “toda” su feminidad o su virilidad no les da a todos y cada uno de ellos toda su virilidad o feminidad, porque toda comporta la única mismidad personal inherente a su masculinidad o feminidad. De ahí, que solo entregue partes de su masculinidad o de su feminidad, justamente las más partibles

---

<sup>32</sup>Ibid., p. 91.

de su modalización sexual que son los aspectos más físicos y exteriores y no los más personales que son los menos partibles o escindibles. Nadie se entrega en exclusiva porque no se puede entregar totalmente a todos y cada uno y claro está: o la persona masculina o femenina se parte, esto es, se disgrega en sus aspectos escindibles y compartibles y en tal caso se diluye en relaciones parciales y por ello superficiales.(en lo menos personal y en lo más extrínseco y accidental de su sexualidad); o, por el contrario, la persona se entrega totalmente y entonces, solo puede darse en exclusiva en uno con una.

Cuando no se da esta totalidad esencial ni esta exclusividad se cae en la poliandria y en la poligamia, así lo explica Alberto Pacheco:

“Rompería con la unidad la poligamia, o sea la posibilidad de contraer sucesivos matrimonios sin haberse disuelto el anterior. La poligamia en efecto, al permitir matrimonios sucesivos de un hombre con varias mujeres, ataca directamente a los fines y propiedades del Matrimonio. La procreación biológica no se perjudicaría, pues el hombre por su propia naturaleza podría efectivamente procrear muchos más hijos teniendo muchas mujeres, pero la educación de la prole se vería claramente trastocada y esta situación además es indigna para la mujer la cual se ve necesariamente rebajada. También la ayuda mutua se trastocaría pues un solo marido no podría prestar la ayuda



que necesitarían todas sus mujeres en la forma como se presta en el Matrimonio monogámico. Probablemente el remedio de las pasiones para el hombre en esta situación fuera completo y total pero no es así para la mujer.

En la poliandria, es decir varios hombres con una mujer, no sólo se trastornan los fines y propiedades del Matrimonio, sino que la paternidad se vuelve incierta por la misma naturaleza, con lo cual estaría pervirtiendo todos los fines del Matrimonio. Por tanto concluimos: la única manera eficaz que tienen los hombres para lograr los fines del Matrimonio es un matrimonio en el cual se respete la unidad, o sea un solo hombre con una sola mujer.”<sup>33</sup>

#### 1.4.2 Indisolubilidad.

Existe otra propiedad no de menor importancia que la anterior, pero que sin embargo es menos aceptada en nuestra cultura actual, me refiero a la indisolubilidad del Matrimonio, propiedad que ha sido atacada a lo largo de la historia y que solo cuando ésta ha sido respetada se ha notado su beneficio inmediato en las sociedades. Es por ello importante profundizar en esta propiedad y darnos cuenta que de su violación se desprenden el incumplimiento de los fines matrimoniales y

---

<sup>33</sup>PACHECO, A: op.cit.. p. 69.

muchos otros daños a la persona y la sociedad.

Hemos mencionado, la “totalidad esencial” o en cuanto al contenido y por otra parte la “totalidad existencial” en cuanto duración o existencia. En este segundo caso estamos en la presencia de la propiedad de la indisolubilidad que trataremos a continuación.

El amor conyugal es total cuando, además de suponer la entrega recíproca de todo lo que está contenido en la virilidad y la femineidad, este entero contenido se da en toda su duración en el tiempo, en toda su posible relación vital.

La vida, en su totalidad, forma parte esencial de la unicidad personal del varón y la mujer y, por lo tanto, de la exclusividad de su comunidad conyugal.

¿Cuales son las consecuencias de esa totalidad existencial de que habla Viladrich?. Trataremos de explicarlo. No podemos confundir virilidad y femineidad de la persona con una fase de todo el desarrollo vital de la persona.

La virilidad y la femineidad -como dimensión sexual de la persona humana- no es solo la capacidad afectiva de procrear, ni tampoco aquella fase de la vida que iría desde la pubertad hasta la menopausia. La persona es varón y mujer toda su

vida. Es más, a lo largo de la vida esas modalizaciones sexuales se manifiestan a través de actitudes, obras, dimensiones y valores diferentes.

Si el amor conyugal ha de ser total, la recíproca entrega de los amantes ha de ser de todo el despliegue vital de la virilidad y la feminidad. La entrega es para siempre, por lo que solo así se han entregado todos aquellos valores y manifestaciones de la virilidad y de la feminidad que se realizan a lo largo de toda la vida, de manera típica en cada fase de la vida, y de manera total y completa a lo largo de toda la existencia.

Por eso nos dice Javier Hervada que el vínculo jurídico del Matrimonio es de justicia que sea indisoluble, ya que este exige la totalidad del otro cónyuge no solo por un tiempo sino siempre.

“La razón de que la perpetuidad del Matrimonio sea una exigencia de justicia, radica en que virilidad y feminidad son valores personales y, al tiempo, iguales. Si son iguales y permanentes, el vínculo jurídico es obviamente perpetuo, pues la razón de justicia que sustentó la unión permanece siempre igual.

Para que hubiera razón suficiente de decaimiento del vínculo haría falta

una desvalorización del varón o de la mujer en cuanto tales en cuanto personas, lo que evidentemente nunca ocurre. Sucede, sí, un cambio de circunstancias parciales a la persona -enfermedad, alteración moral, pérdida de cualidades- pero esto no justifica la disolución. Y no lo justifica precisamente porque el Matrimonio es unión entre personas, personas que tienen una específica naturaleza inmutable.”<sup>34</sup>

De la “totalidad existencial” se deriva la nota de la perpetuidad: “el para siempre” es decir, la propiedad de la indisolubilidad. Entre estas dos propiedades existe una perfecta relación, por lo mismo podemos decir que: “la plenitud vital de el “uno con una” es el “para siempre”; y la plenitud vital del “para siempre” solo es posible entre “uno y una”. La rotura de la perpetuidad es a costa de la exclusividad, como la quiebra de la exclusividad repercute sobre la perpetuidad.

Para terminar este capítulo debemos hacer notar que tanto la exclusividad (unidad) como la perpetuidad (indisolubilidad) son propiedades que se dan en el Matrimonio desde su inicio, ya que es esencial a la naturaleza del mismo, pero que se deben actualizar constantemente por los cónyuges, es decir, el hecho de contraer matrimonio no lleva mágicamente a respetar esas propiedades, sino que son el resultado de un compromiso mutuo de los cónyuges, el cual se formaliza en el acto

---

<sup>34</sup>HERVADA, J; op.cit., p. 73.

de contraer el Matrimonio, pero se debe actualizar a cada momento.

La exclusividad y la perpetuidad del amor conyugal, en toda su plenitud, no es algo que está regalado desde el primer momento. Es el resultado de una conquista perseverante e irrevocablemente voluntaria de los cónyuges. Convertir en plenitud actual toda la potencial exclusividad y perpetuidad del amor conyugal, es el reto que se les presenta a los nuevos cónyuges, es el proyecto conyugal pleno que llama a las puertas de la voluntad, para que ésta diga sí quiero. Esa plenitud no se regala, se conquista. Esa plenitud exige una decisión de la voluntad, un comprometerse.

Por esto cuando un matrimonio fracasa no podemos pensar que es problema de la institución y que debemos modificar a la misma, debemos darnos cuenta que el Matrimonio son ellos mismos, y por lo tanto son ellos los que por un esfuerzo constante, con un verdadero compromiso, deben actualizar esa exclusividad y perpetuidad cada día, cada momento, y no esperar que la exclusividad y perpetuidad les sea regalada por la mera estructura jurídica del Matrimonio.

Ciertamente el que la ley custodie estas propiedades ayuda a que se respete la institución, pero está claro que sólo se respetan y viven estas propiedades del Matrimonio cuando varón y mujer se comprometen.

## Capítulo II. Compromiso indisoluble

### 2.1 El compromiso libre.

Ya hemos visto que el Matrimonio se fundamenta entre personas libres de distinto sexo, mediante un consentimiento que los lleva a entregarse uno a otro formando un vínculo jurídico indisoluble. Este es el tema principal de nuestra tesis. Ahora cabría preguntarse ¿Por qué podemos asegurar que este vínculo jurídico es indisoluble, en qué se fundamenta esa indisolubilidad?. Hemos dicho que el hombre es libre para comprometerse en el amor matrimonial, pero una vez que se ha comprometido ya no es libre para retraerlo sino que debe encontrar en la conservación de su matrimonio un nuevo campo de libertad y felicidad. Solo en esta lucha por respetar el compromiso, por conservar el Matrimonio, se garantiza que se ama a una persona como persona, aunque muchas veces el amor no será en lo más mínimo algo afectivo, sino un esfuerzo de la voluntad por aprobar la existencia del otro, a costa de la renuncia del yo personal.

En el Matrimonio, la indisolubilidad es una defensa contra la inestabilidad afectiva del hombre, si todo lo dejáramos al sentimiento, a la primera que un

cónyuge no se sintiera bien en su matrimonio se justificaría la disolución del vínculo; que desgraciadamente es lo que está sucediendo cada vez más en nuestra sociedad. El sistema legal legitima la disolución del Matrimonio en un sinnúmero de supuestos, dejando ver con claridad que el compromiso adquirido tiene poco valor y solidez. A este respecto Santiago Martínez ha señalado que:

“Saberme vinculado de manera definitiva a alguien a quien debo amar me obliga a educarme en el amor, a aprender a querer de modo que, supuesta la atracción inicial, la voluntad es entrenada para orientar la afectividad y la sexualidad a dirección exclusiva del otro, de manera que la elección primera se convierte en un compromiso actual perseverante y perdurable.”<sup>35</sup>

El hombre y la mujer tienen libertad para decidir si se comprometen a contraer un matrimonio pero una vez que han tomado esa decisión se deben ajustar a las normas internas que rigen dicha institución, por lo mismo no son libres para cambiar a su antojo los principios naturales del Matrimonio contraído (elementos, propiedades, efectos). El Matrimonio como institución natural, implica un convenio que se especifica por la absoluta unidad del vínculo, contraído por libre voluntad, de modo indisoluble y ordenado a la procreación, cualquier otra unión, sin estos caracteres no es matrimonio.

---

<sup>35</sup>MARTÍNEZ. Santiago; *!Divorcio*, Noj, México, 1990, p. 19.

## 2.2 El compromiso indisoluble y el consentimiento.

Por lo anterior podemos entender la importancia del consentimiento, ya que lo único que puede comprometer la voluntad del varón y la mujer es la decisión libre, el consentimiento sin vicios a unirse en matrimonio, adquiriendo desde ese momento un vínculo jurídico. Por lo mismo sólo la propia y personal decisión del varón y la mujer es la única fuerza capaz de formar ese vínculo jurídico indisoluble.

Hemos dicho que la indisolubilidad del Matrimonio radica en el compromiso libre que hace el varón y la mujer de entregarse el uno al otro. Esto origina un vínculo jurídico, indisoluble que tiene su origen en un consentimiento de las partes, totalmente libre y con ausencia de vicios.

Podemos seguir profundizando en esta idea del consentimiento, para lo cual veamos la autorizada opinión de Alberto Pacheco:

“Los contrayentes deben tener la capacidad mental necesaria para saber y aceptar que están haciendo un don perpetuo, recíproco y exclusivo de sí mismos, para establecer un vínculo jurídico y por lo tanto relaciones jurídicas entre sí, es decir para otorgar y adquirir derechos y obligaciones en



relación con el otro, relaciones que no sean ya de mero afecto, sino que se desenvolverán en el plano de la justicia y por lo tanto del Derecho.

Para el Derecho Natural lo relevante es que los sujetos puedan realizar el acto volitivo conciente y vinculante en el momento de contraer el Matrimonio. El problema de la forma en que esas voluntades deben expresarse queda al Derecho Positivo el cual debe tomar las medidas necesarias para que nunca el cumplimiento de las solas formalidades constituyan matrimonio, pues si no hay pacto conyugal otorgado libremente por personas capaces, no hay matrimonio, aunque se hayan cumplido las formalidades externas.”<sup>36</sup>

Este mismo autor cita las *Siete Partidas* de Alfonso X en dónde se lee lo siguiente:

“Consentimiento solo, con voluntad de casar, matrimonio entre el varón e la mujer. Esto es por esta razón: porque aunque sean dichos las palabras, según deben, para el casamiento, si la voluntad de aquellos que las dicen non consiente con las palabras, non vale el Matrimonio.”<sup>37</sup>

---

<sup>36</sup>PACHECO. A; op. cit., p. 71.

<sup>37</sup>Ibid., p. 72.

Está claro que lo único que puede generar el vínculo jurídico es la libertad de las partes a consentir entregarse al otro, por eso el consentimiento es la causa eficiente del vínculo matrimonial.

Es importante recordar que existe un derecho natural a contraer matrimonio y el derecho a elegir libremente el cónyuge, por lo tanto serían injustas las disposiciones que prohibieran estos derechos y más aún, si se pretendiera a obligar a una persona a contraer matrimonio con otra que no ha elegido libremente se estaría yendo en contra del consentimiento de la persona, y aunque se realizara el Matrimonio formalmente, no existiría el consentimiento y, por lo tanto no habría causa eficiente con lo cual no habría matrimonio.

“También este derecho natural a contraer matrimonio se reconoce como uno de los derechos humanos.”<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup>ADAME GODDARD, Jorge; *Ponencia presentada en el Foro Estatal del Derecho de Familia.*, organizada por el Estado de Guanajuato, Univ. de Celaya, 1993, p.1. “Uno de los Derechos humanos más importantes es el Derecho que tiene el hombre y la mujer a contraer un matrimonio y fundar una familia, este Derecho lo reconoce expresamente el artículo 23, 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el artículo 17, 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ambos tratados internacionales fueron aprobados y ratificados por el gobierno mexicano y están en vigor en nuestro país desde el año 1982. La Constitución Mexicana no reconoce expresamente este Derecho, pero no hay nada en ella que se le oponga, por lo que debe considerarse que ese derecho se reconoce a los mexicanos por estar previsto en tratados internacionales ratificados en el Senado que son, de acuerdo con el artículo 133 constitucional, ley suprema de la unión en tanto no contradiga las normas constitucionales.

En ambos instrumentos de Derechos humanos se reconoce este derecho tanto del varón como de la mujer pero con dos limitaciones. Una, que tenga la edad suficiente, es decir la edad prevista por los ordenamientos civiles como límite para contraer matrimonio. La segunda es que el Matrimonio se contraiga sólo mediante el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

Los tratados de derechos humanos señalan que el Matrimonio sólo puede celebrarse con el libre y

Y como ya antes habíamos mencionado, cuando el consentimiento no es libre, no solamente no puede conservarse el Matrimonio, sino que este no existe, ya que nunca se generó el vínculo jurídico: que solamente se puede originar con un consentimiento libre. Es importante hacer notar que no solo nos referimos con libre a que no esté coaccionado por una fuerza externa que le impida decidir con libertad, sino que también debe ser un consentimiento pleno es decir, querer mediante esa libre decisión sujetarse a la naturaleza del Matrimonio (Propiedades, fines, efectos) ya que de lo contrario, se originará algo que no podrá llamarse matrimonio como tal.

En los tratados internacionales a que nos hemos referido anteriormente, no se precisa el objeto del consentimiento, por ello Jorge Adame ha dicho que:

“Quizá porque se entiende que esto es algo obvio cuando se trata de matrimonio. Pero hoy las cosas desgraciadamente ya no son tan claras, pues se oye hablar de matrimonios constituidos sin las finalidades propias del Matrimonio o matrimonios constituidos entre personas del mismo sexo.”<sup>39</sup>

---

pleno consentimiento de los contrayentes. Esto constituye una primera garantía para el buen funcionamiento del Matrimonio, pues si falta tal concurso de voluntades no puede esperarse que la unión sea duradera ni que pueda alcanzar los fines del Matrimonio.

<sup>39</sup>Ibid., p. 3.

Es importante aclarar cuál es la materia misma del consentimiento, sobre qué cosas deben estar de acuerdo los contrayentes. Por ello Alberto Pacheco señala que en primer lugar debemos afirmar que la voluntad de cada uno de los contrayentes, coincidiendo con la del otro, forman el consentimiento matrimonial:

“El consentimiento debe versar también sobre la materia misma del Matrimonio, o sea los cónyuges deben querer la unión matrimonial recíproca. Esa unión tiene por objeto el varón y la mujer, en su conyugalidad, o sea, en las potencias naturales del sexo en cuanto se relacionan con los fines del Matrimonio.

...Sólo es necesario para que el Matrimonio sea válido que ambos contrayentes no ignoren que el Matrimonio es una sociedad permanente entre hombre y mujer para engendrar hijos y ayudarse entre sí. Este conocimiento, se presupone en todas las personas naturalmente capaces, después de la pubertad.”<sup>40</sup>

---

<sup>40</sup>PACHECO E, A; op.cit., p. 73.

### 2.3 Querer quererse a título de deuda.

¿Por qué si estamos hablando de amor, al mismo tiempo hablo de obligación, deber, vínculo jurídico? Parecería una contradicción, al parecer el amor está por encima de los deberes y obligaciones. Para responder a esta aparente contradicción me parece oportuno regresar a lo que nos dice Viladrich: el carácter jurídico del Matrimonio proviene esencialmente de la gratitud.<sup>41</sup>

En efecto, varón y mujer se convierten en esposo y esposa cuando, a través de un tipo de alianza, se entregan realmente el uno al otro la entera virilidad y la entera feminidad, constituyéndose ambas en una única unidad en lo conyugable de sus personas.

Es así que el varón ya no posee su virilidad, sino que se la ha entregado a la mujer y la mujer ya no posee su feminidad sino que se la ha entregado al varón, de suerte que “ya no sean dos sino una sola carne”, una única carne en lo conyugable de sí mismos.

Por eso la entrega en su origen es decir la fundación del amor conyugal es un regalo gratuito. Más a partir del instante en que se da recíprocamente como

---

<sup>41</sup>Cfr. VILADRICH, P: *op.cit.*, p. 135.

varón de una mujer y como mujer de un varón, quedan perteneciéndose el uno al otro como esposos.

Al hacerse donación de la masculinidad y de la feminidad, varón y mujer recrean realmente la unidad originaria del hombre como primera y más natural unión y solidaridad posible a la humanidad de suerte que “el varón es varón de esta mujer, y la mujer es mujer de este varón”.<sup>42</sup>

La gratuidad original de ese amor se ha transformado en exigencia de justicia, en deuda de amor. Podemos decir entonces que varón y mujer se aman porque les da la gana, en cambio, esposa y esposo son el varón y la mujer que por amarse y mediante un acto de su voluntad han decidido ser coposeros mutuos, han querido deberse el amor conyugal han comprometido su unión como exigencia de justicia. De aquí se desprende que la entrega genere deuda y por ello calidad jurídica.

Es por ello necesario hacer notar la importancia de la libertad y el profundo contenido de la entrega del uno al otro que hay en la alianza matrimonial. Amarse hasta el extremo de deberse ese amor es la máxima expresión del amor posible en la pareja humana. Por eso, comprometerse a título de deuda el amor es, además de un

---

<sup>42</sup>Cfr. *Ibid.*, p. 138.

inédito y máximo acto de amor, la expresión fundacional del Matrimonio.

#### 2.4 El compromiso indisoluble y el amor.

El hombre y la mujer tienen la capacidad de amarse y ese amor puede llegar a ser tan fuerte que se pueden comprometer a deberse ese amor, por ese compromiso surge el Matrimonio como una institución natural que guarda y custodia ese compromiso de amor que han hecho varón y mujer.

Un verdadero amor conyugal, que exige la plenitud del otro sólo se puede hacer efectivo en el Matrimonio, ya que sólo en esa institución se custodian estos valores de unidad e indisolubilidad que son notas esenciales de un verdadero amor conyugal, también por esto podemos entender que el verdadero amor conyugal surge de un compromiso libre en el que el varón y la mujer están dispuestos a unirse conyugalmente con la nota de la indisolubilidad a través de la institución del Matrimonio.

Es importante aclarar que al hablar de amor estamos hablando de una palabra que ha sido muy manipulada. Hervada nos habla de dos tipos de amor que pueden existir.<sup>43</sup>

---

<sup>43</sup>HERVADA. JAVIER: *Diálogos sobre el amor y el Matrimonio*. Eunsa, Pamplona, 1974. p. 37.

El amor espontaneo o pasivo y el amor de elección o reflexivo. En términos latinos al primero suele llamársele amor (en sentido restringido) y al segundo *dilectio* . Llamamos amor pasivo a aquel amor que se origina espontáneamente en el que padece el amor. Al entrar en contacto con el posible objeto de amor, surge de modo espontaneo el movimiento amoroso. Unas veces se origina súbitamente en el primer o primeros instantes del conocimiento (en el lenguaje coloquial y en relación al amor entre varón y mujer, se llama flechazo) ; otras veces el amor nace poco a poco más sosegadamente a través del trato continuo, en cualquier caso en el sujeto pasivo el amor es algo que nace en él y no producido por él . Incluso es posible que quien siente surgir en sí el amor así nacido intente luchar contra él y, entonces vencerá la voluntad contraria o el amor según el que sea mas fuerte. Este es un amor que se padece por eso se le llama amor de pasión, en el sentido de que se padece el amor.

Por otro lado está la dilección o *dilectio* que es un amor distinto . No es un amor que nazca espontáneamente, sino un acto completamente original de la persona que se orienta al otro reflexivamente mediante un juicio de razón, advirtiendo que el posible ser amado es verdaderamente digno de amarse, la persona se abre voluntariamente a él. El movimiento amoroso no es por tanto un movimiento espontaneo, sino producido por la voluntad misma. Es característico de



la *dilectio* llevar consigo una elección -una decisión libre- consiste en un acto electivo y de ahí le viene el nombre.

El amor pasivo reside principalmente en el sentimiento y algo en la voluntad; la *dilectio* como puede verse reside sólo en la voluntad. De todas formas amor espontáneo y amor de *dilectio* no deben entenderse como dos categorías totalmente separadas. Todo amor humano, requiere como se ha dicho antes, ser asumido por la voluntad, ese acto de la voluntad no es un acto ciego, sino racional; comporta una decisión libre. Por ello, todo amor humano aunque nazca espontáneamente y sea de suyo pasivo tiene los rasgos de la *dilectio*.

Sin embargo tratando de amor conyugal y de matrimonio es muy importante saber distinguir el amor pasivo de la *dilectio*, por ser frecuente que en esta materia se llama corrientemente como amor sólo al amor pasivo como si la dilección o amor reflexivo no lo fuese. Siendo así que es tan amor como el pasivo.

No cabe la menor duda de que el amor conyugal puede ser amor pasivo, amor que nace espontáneamente. Pero nunca es sólo ese amor pasivo. Siempre es *dilectio*. Por eso, el amor conyugal, pertenece propiamente al tipo de amor así llamado, es decir al amor de elección.

En efecto, el amor conyugal, aunque nazca espontáneamente, tiene siempre un momento electivo, aquel en el que manifestándose las personas mutuamente el amor, ese amor es aceptado o rechazado, lo que supone una decisión y una elección.

Como consecuencia podemos afirmar, siguiendo a Hervada, que el amor conyugal, aunque puede ir acompañado del amor espontaneo, es radicalmente un acto de la voluntad y, por consiguiente, allí donde hay decisión o voluntad libre sería de ser conyugal, allí hay amor conyugal, basado en el amor de *dilectio*. Sólo en los contados casos en los que la elección no es libre, puede decirse que no hay amor ni siquiera de *dilectio*, con tal de que la voluntad esté verdaderamente forzada. Mientras no haya una voluntad violentada, habrá dilección, aunque a veces se trate de un amor muy pobre.

Desde luego, lo ideal sería que al casarse existiera el amor espontaneo y el lógico amor de dilección que implica el Matrimonio. Aunque puede suceder que se dé el segundo sin mediar el primero, si bien esto no es lo mejor.

Aunque es bueno que exista el amor espontaneo para contraer matrimonio, no podemos olvidar que ese amor espontaneo, estar enamorados, no es la esencia del Matrimonio y del amor conyugal. Por ello, la intensidad y fortaleza del amor conyugal no reside en el amor pasivo, sino en el acto de la voluntad. El amor

espontaneo, pasivo, perfecciona el amor conyugal pero no le da su propiedad esencial.

Por ello podemos decir con Hervada que:

“El éxito o fracaso de la vida conyugal depende, en consecuencia y como muestra la experiencia de tantos matrimonios, de la decisión de la voluntad, que sabe superar tantas dificultades del camino.”<sup>44</sup>

El Matrimonio surge de un compromiso libre porque deviene en un vínculo jurídico en el cual los contrayentes se obligan a deberse el uno al otro en lo conyugal. Puede ser que ese compromiso se haya originado por un amor espontaneo, pero esto no quiere decir que si ese amor se deteriora se rompe el vínculo jurídico, pues como ya hemos dicho, son realidades distintas. En este caso deberá el cónyuge buscar ese amor de *dilectio* aunque no sienta nada ni sufra el amor. Por lo tanto si hay amor pasivo, como cuando no lo hay, la existencia del Matrimonio sigue siendo una realidad. El amor conyugal nace perpetuo, pero la indisolubilidad no depende de la perpetuidad o subsistencia del amor sino del compromiso libre, del consentimiento exento de vicios que han hecho ambos cónyuges de unirse como esposos.

---

<sup>44</sup>Ibid., p. 44.

Por eso no es correcto decir que la indisolubilidad del Matrimonio es consecuencia de la indisolubilidad del amor, sino precisamente lo contrario.

En síntesis, podríamos decir que la indisolubilidad del vínculo conyugal no es exigencia del amor sino exigencia del compromiso libre de deberse ese amor. A veces se dice que cuando no hay amor, el Matrimonio solo vive por la obligación, el Matrimonio vive del contrato. No se quieren pero viven unidos por el cumplimiento del deber. Pues precisamente eso puede ser dilección. Aunque la dilección no es solo eso, en eso puede persistir lo esencial de la *dilectio*. Y sobre todo es lo esencial del compromiso de amor en que consiste la obligación.

“Decir que en esas horas sólo la obligación les mantiene, es tanto como decir que solo la dilección y el compromiso de amor les mantiene. El amor espontáneo desapareció pero no puede decirse, sin distingos ni aclaraciones, que el amor ha desaparecido totalmente. Queda su último reducto, que es el más fuerte, la voluntad.”<sup>45</sup>

No debe confundirse, por tanto, la dilección con la mera voluntad de cumplir con el deber, porque entonces se confundiría la justicia con el amor. Hay casos en

---

<sup>45</sup>Ibid., p. 63.

que la dilección también desaparece y sólo queda la obligación jurídica.

“Si esto ocurre, es verdad que el Matrimonio solo vive de la obligación o del contrato. Aún en estos casos debemos decir que desaparecida la dilección, no por esos casos desaparece totalmente el amor, en el sentido de que permanece el compromiso de amor, ya que la obligación de justicia -el deber- comprende dicho compromiso.”<sup>46</sup>

Por lo anterior debemos decir que tomar la decisión (amor de dilección) para comprometerse el amor y para deberse el amor, debe ser una decisión bien pensada, ya que ese compromiso generará un vínculo indisoluble independientemente de que perdure el amor como realidad psicológica. Es de justicia que ese vínculo siendo válido permanezca por el bien de la institución matrimonial, por el cumplimiento de los fines del Matrimonio, y por el respeto a la dignidad de la persona.

---

<sup>46</sup>Ibid., p. 64.

## Capítulo III El Divorcio

### 3.1 ¿Qué es el divorcio?

“El divorcio es un acto jurisdiccional o administrativo por virtud del cual se disuelve el vínculo conyugal y el contrato del Matrimonio concluye, tanto con relación a los cónyuges como con relación a terceros.

Produce, en consecuencia, dos efectos: el de la ruptura del vínculo, y el de otorgar a los cónyuges la facultad de poder contraer nuevo matrimonio.”<sup>47</sup>

Lo anterior lo podemos encontrar en el Código Civil del Distrito Federal. Sin embargo, después de lo mencionado en los capítulos anteriores podemos ver con objetividad que el Matrimonio tiene una naturaleza específica que debe ser respetada por el hombre y que esta no puede estarse modificando al gusto de las personas sin causar graves consecuencias a la misma institución. Lamentablemente los hechos nos demuestran que el hombre no ha sabido y no ha querido respetar la esencia del Matrimonio y paulatinamente se dejan ver sus consecuencias: desintegración familiar; la pérdida del sentido de la fidelidad; un individualismo

---

<sup>47</sup>PALLARES, Eduardo; *El divorcio en México*. Porrúa, México, 1984, p. 36.

exagerado que busca la revocabilidad de compromisos; la falta de educación en la niñez; el aumento de la ignorancia, inmoralidad, delincuencia, etc. No es difícil darse cuenta de que en buena medida todo está provocado por la pérdida del sentido del compromiso matrimonial y el aumento de la búsqueda del beneficio individualista.

Si no se entiende lo que implica el compromiso matrimonial como lo hemos explicado en el capítulo anterior, es fácil que se piense que no hay por qué estar atado y que el divorcio es la mejor opción para solucionar ese tipo de problemas. El divorcio es una realidad que no podemos ignorar, un hecho cada vez más frecuente. Pero, ¿a caso por el hecho de ser cada vez más común debemos asumirlo sin más? Si hacemos un análisis de las causas ideológicas que han dado fuerza al divorcio y por otro lado vemos sus efectos, será más fácil que podamos hacer un juicio y determinar si es conveniente o no su permanencia en la sociedad.

### 3.2 Las causas "ideológicas" del divorcio.

La aplicación estricta de los presupuestos de la ideología liberal en el siglo XIX, llevaba implícita la sanción del divorcio. El liberalismo que se desarrolló junto al cientificismo progresista, a la economía del gran capitalismo y a la

universalización del sufragio<sup>48</sup>, nos lleva a la configuración de una ideología que propició sin lugar a dudas el divorcio. Para una mayor comprensión esbozaremos de modo breve el ideario liberal.

En torno a 1870 tanto en Europa como en América surgió una “visión del mundo” llamada liberalismo.

La ideología liberal introduce un cambio de importancia al negar la dependencia actual del hombre y del mundo respecto de Dios, a fin de salvaguardar la integridad de la libertad humana. Se entiende al hombre como sujeto histórico único frente al mundo inerte, material, al que domina por la superioridad de su espíritu. La manera de vivir este protagonismo planteado en la teoría se fue radicalizando a lo largo de los siglos XVIII y XIX.

La teoría liberal como es bien sabido hunde sus raíces en el pensamiento preilustrado e individualista de John Locke y Juan Jacobo Rousseau. No es este el lugar propicio para desarrollar el pensamiento de estos autores, nos basta con señalarlo para después tratar de entender sus repercusiones en el tema que nos ocupa.

---

<sup>48</sup>Véase: REDONDO, Gonzalo; *La consolidación de las libertades: Historia Universal*. t. XII, Eunsa, Pamplona, 1977, p. 48.



Habíamos dicho que la ideología liberal se fue radicalizando en su acción, de tal modo que lo que no eran sino principios ambiguos se fue materializando en la vida política y social hasta quedar plasmado en sus leyes.

El profesor Navarro Valls ha señalado con acierto que:

“Lo característico del divorcio es que tiende a proteger los intereses de una minoría al precio de abrir una brecha legal en el sistema matrimonial que acaba lesionando elementales derechos de la mayoría”.<sup>49</sup>

En efecto, el divorcio prescindiendo ahora de sus antecedentes en la sociedad occidental precristiana, es una institución que se introdujo en los ordenamientos jurídicos europeos a través de la reforma protestante, acelerándose su recepción a impulso de la revolución francesa en aras de intereses típicamente burgueses.<sup>50</sup>

La burguesía, en efecto, emerge como clase social reconocida en los siglos XVIII y XIX y su pensamiento (burgués) obedece más a un pragmatismo individual que a un idealismo social. Este pragmatismo consiste esencialmente en satisfacer necesidades personales e individuales anteponiéndolas al bien común.

---

<sup>49</sup> NAVARRO VALLS, Rafael: *Divorcio y Derecho*. Eunsa, Pamplona, 1977. p. 48.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 49.

El Matrimonio bajo esta óptica queda reducido a una institución meramente contractual en la que siempre queda a salvo la libertad individual. De aquí que podamos hacernos una pregunta, siguiendo las tesis del profesor Navarro Valls:

¿Cómo tiende a comportarse el hombre individualista?

“Ante todo -dice Navarro- potenciando al máximo esa idea de derecho subjetivo descontrolada e incontrolable, y como necesaria consecuencia de la misma, replegándose sobre sí e ignorando todo aquello que suponga aparente deterioro de su asidua individualidad.”<sup>51</sup>

Una sociedad que se deja llevar por el interés de unos cuantos, una sociedad que no mantiene un ordenamiento jurídico basado en el ser de las cosas sino en los hechos, es decir en un positivismo sociológico, una sociedad que pretende custodiar por encima de todo el interés individualista por defender la libertad que se persigue más como fin que como medio, es una sociedad que necesariamente termina dañando la naturaleza de sus instituciones para dar paso a un permisivismo ético y jurídico que termina en una crisis de valores.

Para poder entender con más claridad lo antes mencionado intentaremos

---

<sup>51</sup>Ibidem.

profundizar en estas corrientes filosófico-jurídicas, de esta manera se entenderá porqué el divorcio se ha extendido con tanta fuerza en nuestra sociedad.

### 3.2.1 El positivismo sociológico.

“El positivismo, del inglés positivism, del francés positivisme, es un término que fue adoptado por primera vez por Saint-Simon para designar el método exacto de las ciencias y su extensión a la filosofía. Augusto Comte tituló así su filosofía y por obra suya pasó a designar una dirección filosófica que, en la segunda mitad del siglo XIX tuvo muy numerosas y variadas manifestaciones en todos los países del mundo occidental”<sup>52</sup>

En esta corriente filosófico-jurídica se interpretan las instituciones en función de como las viven los hombres, en vez de enjuiciarlas a la luz de lo que son en su esencia.

Se opera entonces una peligrosa inversión metodológica en el saber jurídico que inexorablemente se ve arrastrado a fijar su atención en el nivel sociológico -el de los hechos- para abandonar el nivel filosófico, el ser de la institución.<sup>53</sup>

---

<sup>52</sup> ABBAGNANO, Nicola: *Diccionario de filosofía*. F.C.E. México, 1961 pp. 912-913. sub voce.

<sup>53</sup> Cfr. NAVARRO VALLS, R; op.cit., p. 39.

La sociología solo protocoliza hechos y determina leyes tendenciales del comportamiento humano, sin proponer normas, supone por tanto, solamente uno de los niveles de atención del jurista, ya que debería enjuiciar los datos sociales desde la más amplia perspectiva de quien sabe que el derecho no es un simple precipitado de realidades humanas, sino también y antes, una realidad en sí que se comporta formalmente frente a los hechos, intentando encauzarlos y, a veces, dando una respuesta negativa a lo que el análisis meramente social y estadístico pretendidamente plantea como afirmativa jurídica.<sup>54</sup>

Para el tema que nos ocupa, esta advertencia tiene una singular importancia. Pretender regular la institución del Matrimonio sin hacer caso a su naturaleza jurídica, a su ser, y por el contrario dejarse llevar tan solo por los datos sociales, por la línea de los hechos, es un despropósito.

Cuando se pretende estudiar la esencia del Matrimonio con exclusiva técnica sociológica, fácilmente se puede confundir lo que el Matrimonio es, con el hecho de cómo lo viven los titulares de la relación jurídica matrimonial, condicionados por su entorno.

---

<sup>54</sup>Cfr. CARPINTERO, Francisco; *Derecho y Ontología Jurídica*. Actas, Madrid, 1993, p. 248 y sigs.

Con esta inversión metódica no nos debe resultar extraño que el “deber ser” en este caso la indisolubilidad del Matrimonio- se transmute, por la presión del dato sociológico, en un ser jurídico relativo dependiente de la evolución del entorno matrimonial. Por ello ha señalado Navarro Valls que:

“Al sociologizarse el dato previo -del que solo el más profundo nivel jurídico de atención de las instituciones puede dar razón cabal, esto es, el filosófico- se desjuridifica, se empobrece, la dimensión jurídica de la propia relación conyugal, que inmediatamente queda reducida a un hecho social más, cuya regularización jurídica no dependerá ya de la naturaleza de las cosas, sino de lo que dicte la estadística sociológica, o lo que es más anómalo, de lo que dicte una ética situacional, más atenta al fenómeno de la situación límite que no a los límites del arbitrio humano en cada situación”.<sup>55</sup>

Precisamente para no caer en esta corriente sociológica, en la que la norma se da según los hechos y no según el deber ser hemos hecho un análisis detallado de la naturaleza de la institución matrimonial y de las razones de su indisolubilidad.

Más adelante el mismo Navarro Valls como conclusión de un trabajo sobre el fundamento jurídico de la indisolubilidad nos hace notar que, en definitiva la

---

<sup>55</sup>Ibid., p. 40.

cuestión del divorcio se reconduce a la tensión iusnaturalismo-positivismo, y aclara el porqué de su afirmación:

“Es bien sabido que la metafísica que subyace en el iusnaturalismo aparece soportando, en primera línea, los vientos de fronda de otra metafísica de signo contrario que, lejos de fijar su atención en la clásica categoría de la esencia, supone una tal revalorización de la existencia que, en realidad, la convierte en una metafísica personalizada y temporalizada puesta al servicio de un hombre concreto y angustiado que se debate entre los forcejeos de la libertad y la necesidad.

Esta nueva metafísica ha producido en el plano jurídico un nuevo positivismo en parte idéntico y en parte distinto del clásico positivismo formalista. Para este último, el derecho tan solo es una manifestación de la imperatividad estatal; lo importante son las normas en sí, abstraídas de su contenido. Para el nuevo positivismo también lo dado es lo importante, pero, al determinarlo, se les sitúa en los hechos, de modo que el derecho no será ya el reflejo de un omnimodo poder estatal, sino un reflejo de la espontaneidad social. De ahí su calificación de positivismo sociológico.”<sup>56</sup>

---

<sup>56</sup>Ibid., p. 40.

### 3.2.2 El subjetivismo individualista.

Se entiende por “subjetivismo”, según N. Abbagano un término moderno que designa a la doctrina que reduce a estados o actos del sujeto la realidad o los valores.<sup>57</sup>

Esta es otra corriente filosófica que ha afectado al derecho. En la actualidad el derecho subjetivo ya no es aquel que se basa en la doctrina clásica del derecho natural, ahora este derecho es un derecho subjetivista que surge de la naturaleza del hombre individual y fundado esencialmente en su libertad.

Dos trazos van a caracterizar a este Derecho Subjetivo: primero su concepto de cualidad moral del individuo, de poder de la voluntad individual; el segundo, su tendencia a la ilimitación, es decir, su resistencia a ser limitado por la ley positiva, ya que el ser indefinido es su estado puro, difícilmente puede ser recortado en el tránsito del hombre a esa situación impura que es el estado social.

Para los antiguos, el derecho representaba un orden de justicia que atribuye a cada uno lo suyo, lo que es digno, lo que merece en relación a los otros miembros del orden social. Parece evidente que la moderna noción de Derecho Subjetivo,

---

<sup>57</sup> Cfr. ABBAGANO, N; op. cit., p. 1070, véase también J.M. de la Torre: *Compendio de Filosofía*. Minos. México. 1970, pp. 46-47.

significa el abandono de una forma de pensamiento jurídico (la fundada sobre la realidad de un orden natural) y su sustitución por otra basada en la idea de poderes.

“Un nuevo orden social nace -dice Navarro Valls- donde el individualismo será la célula elemental y que enteramente se construirá sobre la noción de *potestas* elevada a la dignidad de derecho y así como derecho natural era la palabra clave de la ciencia jurídica clásica, la de derecho subjetivo es la palabra clave del pensamiento jurídico moderno. Si esto es así, fácilmente se entiende que, para la línea del pensamiento aludido, toda norma que atente contra cualquier pretendido derecho subjetivo de la persona inmediatamente pasa a considerarse como ejemplo palpable de tiranía de la ley positivizada sobre la libertad.”<sup>58</sup>

Esta corriente filosófico jurídica tiene en su raíz un profundo error y este es el querer exaltar al individuo sin considerar que este no se puede desarrollar plenamente como persona si negamos que tiene una naturaleza social, de tal modo que la dimensión de la persona no es única, sino doble: primero, el estricto núcleo subjetivo, que encierra la mas irreductible identidad individual: el yo, y segundo el inmediato contorno objetivo, el mundo exterior que rodea ese yo y que constituye, a pesar de ser objetividad externa y no simple subjetividad un complemento

---

<sup>58</sup> NAVARRO VALLS, R; op. cit., p. 45.



indispensable sin el cual el yo podría ser pensado, pero no podría tener operaciones reales de ninguna clase. Ese yo y ese mundo exterior, profundamente entrelazados entre sí, son los que determinan en realidad que cada individuo sea persona. Lo que significa que lo social, es decir la interacción a la que la persona está abocada, esto es, el derecho, es parte de la esencia misma de la persona, de su dimensión social jurídica.

De ahí que el verdadero humanismo jurídico, no sea nunca individualista, precisamente porque la gran aporía del individualismo jurídico radica en querer fundar el derecho (relaciones entre hombres) sobre el individuo aislado o, si se quiere, fundar el derecho sobre la negación del derecho mismo.<sup>59</sup>

De aquí que el Derecho no sea una forma para proteger derechos aislados, sino además, es normatividad, proposición de conducta.

Por lo mencionado anteriormente podemos darnos cuenta que esta filosofía jurídica hace un profundo daño en la institución del Matrimonio, si las normas se centran en dar gusto al individuo aislado, sin tomar en cuenta el bien de la institución o el bien de la sociedad, fácilmente caemos en un sistema jurídico individualista que no protege en realidad a la persona. Ahora con más claridad

---

<sup>59</sup>Cfr. BALLESTEROS, Jesús; *El sentido del Derecho*. civitas, Barcelona, 1994 cap III passim.

podemos entender las palabras de Ramón Sánchez Medal sobre nuestro sistema jurídico en relación con el derecho de familia y en concreto con la institución del Matrimonio:

“La radical concepción individualista del contrato del Matrimonio civil está inspirada ahora en una preocupación obsesiva por garantizar la libertad y la igualdad de los cónyuges, antes que y por encima de la estabilidad y la armonía de la familia, antes también que el mayor bien de los hijos.”<sup>60</sup>

Y por esto se entiende el que no se defienda la indisolubilidad del Matrimonio, defender esto es contrario a esta corriente del pensamiento jurídico, lo importante es no limitar al individuo, no ponerle obstáculos a su desarrollo individual.

Por esto se entiende también el que sea aceptado el divorcio con tanta facilidad ya que así se confirma la primacía del individuo sobre el bien común de la sociedad, sobre el bien de las instituciones que dan vida a la sociedad.

Está claro que mientras no se entiendan estas corrientes del pensamiento, mientras no se estudien a fondo las razones que contrarrestan estas ideologías y se

---

<sup>60</sup>SÁNCHEZ MEDAL, Ramón; *Grandes cambios del derecho de familia en México*. Porrúa, México, 1991, p.109.

les presente batalla, nuestro ordenamiento jurídico seguirá viéndose influido por ellas.

De hecho la sociedad permisiva aparece como última fase de la mentalidad individualista, liberal.

### 3.2.3 Permisivismo moral y jurídico.

Si quisiéramos detectar el origen de todas estas corrientes del pensamiento que terminan dañando a la sociedad y provocando el permisivismo, me atrevería a decir, con Amadeo de Fuenmayor, que la verdadera crisis que padece nuestra época es una crisis moral que ha influido eficazmente en las leyes civiles, comunicándoles la inspiración ética del permisivismo.<sup>61</sup>

En efecto, en nuestros días en buena parte de los países occidentales, incluso de larga tradición cristiana, el Derecho es permisivista por haber acogido la ideología en ellos dominante. Por ello dice Fuenmayor:

---

<sup>61</sup>Cfr. FUENMAYOR, Amadeo; *Legalidad, moralidad y cambio social.*, Eunsa, Pamplona. 1981. p. 69.

“En el permisivismo la delimitación del deber ser, en el orden individual y en el orden social tiene como fundamento último la estimación de la libertad como valor supremo, la afirmación de la pura autonomía personal entendida como ausencia de límites y no, como es lo auténtico, para el amor y realización del bien. De ahí que desembogue en un planteamiento egocéntrico y egoísta, en el que no hay cabida para una verdadera relación de entrega y para la ley natural.”<sup>62</sup>

En este esquema las normas morales -lo que estima como bien y como mal- dependen únicamente de la afirmación autónoma de la voluntad subjetiva por lo que esta ideología le niega su sentido a la moral objetiva. Es el hombre quién marca la pauta de su propia conducta. Cada hombre es dueño absoluto de su propio ser. Este individualismo elevado al principio de legitimidad encuentra fácil acomodo en el concepto de sociedad pluralista de nuestros días. Las normas jurídicas no proponen modelos de conducta, solo “describen” situaciones de coexistencia, por lo que nadie sino el individuo es el soberano y autor de la ley. Aquí los términos permisivo y represivo cobran un peculiar significado.

“Se entiende represivo todo cuanto comporta inhibición, todo cuanto represente un vínculo, todo cuanto venga impuesto al hombre desde fuera, es

---

<sup>62</sup>Ibid., p. 71.

decir, toda norma que no sea proyección de la propia subjetividad. Para este planteamiento todo lo que viene del exterior es visto como coacción o al menos como restricción.”<sup>63</sup>

Otro daño grave del permisivismo es, como lo ha visto el mismo Fuenmayor, que en los ordenamientos jurídicos de inspiración permisiva, moralidad y legalidad se identifican. Por eso se procura despenalizar y legalizar lo que antes estaba penado o prohibido por el derecho.

La ley civil acepta el uso generalizado contrario a las normas de la recta moral natural, con el único fundamento de ser una exigencia ineludible impuesta por el cambio social. Y así, en tiempos de pluralismo, por medio de las nuevas leyes civiles, el Estado viene a convertirse, en agente activo para la introducción de nuevos modelos de conducta, que afectan, en materias de suma importancia a la vida de la sociedad.<sup>64</sup>

El cauce de estas reformas y reduccionismos positivistas, como vimos en el epígrafe anterior, lo ofrece la sociología: se estima que lo que ha sido ya convalidado por el uso social tienen derecho a exigir una sanción legal.

---

<sup>63</sup>Ibid., p. 72.

<sup>64</sup>Véase. UTZ, Fritz; *La Sociedad abierta y sus ideologías*. Herder, Barcelona. 1989. cap. I. passim.

Queda claro que el permisivismo jurídico produce graves daños en la sociedad y el único medio de contrarrestarlo es aceptando que hay una ley objetiva, una ética objetiva que está en función no del individuo aislado sino en función del bien de toda la sociedad, es decir en función del bien común, y mientras esto no sea aceptado, difícilmente se podrá tener un ordenamiento jurídico que custodie a la institución del Matrimonio y reclame su indisolubilidad.

Las corrientes filosófico jurídicas antes mencionadas, han dado pie a la expansión del divorcio en nuestra sociedad. Es difícil no dejarse arrastrar por estas corrientes pero en una decisión prudente por parte del legislador se encuentra la clave del crecimiento armónico de una sociedad cuidando de raíz sus valores, sus tradiciones, sus costumbres. Por el contrario, cuando se toman decisiones a la ligera, la ley se convierte en ordenamiento jurídico individualista y permisivista.

### 3.3 Causas de la expansión del divorcio en la sociedad.

#### 3.3.1 Las normas divorcistas afectan a la conciencia social.

Cuando una legislación que acoge el principio de indisolubilidad en base a razones socialmente reconocidas por siglos, transmuta bruscamente el tipo de

matrimonio, proponiendo *sub ratione iuris* un tipo de modelo disoluble, es evidente que la conciencia social se ve inmediatamente influida, orientada, hacia tipos de comportamiento que aunque inicialmente acogidos con dubitación, acabarán convertidos en costumbre. Y esto, entre otras razones, porque la norma que atribuye poderes conexos con intereses individuales siempre encuentra mayor penetración que la dictada para proteger intereses de carácter social.

Precisamente el olvido de esta relación entre costumbre y ley fue, como ha observado Salvatier, la razón última que permitió en 1884 que fuera aprobado por el Congreso Francés, y por escaso margen de votos, una nueva ley de divorcio, ya que los relatores del proyecto afirmaron:

“La reintroducción del divorcio en Francia era necesaria para eliminar un cierto número de matrimonios infelices, cuya liquidación definitiva se imponía, pero que una vez disueltos estaban seguros que muy pocos casos de divorcio se presentarían en el futuro en los tribunales franceses”.<sup>65</sup>

La argumentación, vista en perspectiva, aparece desenfocada si se piensa que los 4000 divorcios contabilizados en Francia en el año 1885, se pasó en 1893 al doble; siendo en 1960 de 33,250 y en 1975 casi 70,000.<sup>66</sup> Por eso nos dice

---

<sup>65</sup>Citado por NAVARRO VALLS, R; op. cit., p. 77.

<sup>66</sup>Cfr. Ibid., p. 78.

Sánchez Medal que:

“La expansión progresiva del divorcio es incontenible en los países donde se ha establecido. Así lo reconocen juristas de la talla de Bonecase y Salvatier, quienes advierten que solo juristas teóricos y sin contacto con la experiencia de la vida, pueden pensar lo contrario. Es indudable el efecto multiplicador del divorcio, ya que el divorcio como idea fuerza que es engendra el divorcio.”<sup>67</sup>

A modo de ilustración, reproduzco el cuadro del Instituto Nacional de Geografía y Estadística, que resulta indicador de este fenómeno de “posicionamiento” social de la mentalidad divorcista, que comentaremos en sus variados aspectos en los siguientes apartados.

---

<sup>67</sup>SÁNCHEZ MEDAL, R; op. cit., p. 23.



Divorcios registrados por año  
Estados Unidos Mexicanos  
1926-1993

Año	Divorcios	Año	Divorcios	Año	Divorcios
1926	977	1949	6,777	1972	11,954
1927	1,141	1950	7,565	1973	13,135
1928	1,291	1951	7,803	1974	13,594
1929	1,409	1952	8,533	1975	16,791
1930	1,627	1953	8,914	1976	19,002
1931	1,606	1954	10,418	1977	20,675
1932	2,346	1955	12,208	1978	20,874
1933	3,472	1956	12,418	1979	21,988
1934	4,535	1957	13,420	1980	20,704
1935	4,752	1958	13,451	1981	22,021
1936	4,732	1959	14,803	1982	24,647
1937	4,472	1960	14,964	1983	28,013
1938	4,178	1961	16,528	1984	30,774
1939	4,539	1962	17,459	1985	34,114
1940	4,321	1963	19,277	1986	38,827
1941	5,199	1964	20,161	1987	45,323
1942	6,604	1965	24,705	1988	47,464
1943	7,972	1966	28,623	1989	46,039
1944	9,297	1967	32,907	1990	46,481
1945	9,602	1968	25,437	1991	50,001
1946	9,890	1969	30,504	1992 P/	49,148
1947	8,693	1970	31,181	1993 E/	49,575
1948	6,882	1971*	12,215		

Nota: Los divorcios comenzaron a registrarse a partir de 1926.

\* La disminución en el total nacional obedece a la disminución ocurrida en el registro de divorcios en Chihuahua, como consecuencia de la prohibición de divorcios de extranjeros.

P/ Datos preliminares

E/ Cifras estimadas.

Fuente: INEGI.  
Anuarios estadísticos.

### 3.3.2 El incremento de las causales de divorcio.

Cuando el legislador introduce el divorcio en un sistema jurídico, inicialmente suele tipificar como causas del mismo aquellas situaciones matrimoniales que aparecen en el contexto social como especialmente conflictivas. Esto puede parecer, en principio, una lógica medida de prudencia jurídica, pero, a su vez, denota también una cierta falta de previsión jurídica.

La imprevisión del legislador radica en no tener en cuenta que las situaciones dramáticas, no se pueden objetivar en la ley precisamente porque el dramatismo de las mismas es algo tan solo mensurable subjetivamente con variaciones estimativas de persona a persona.

Por lo anterior resulta lógico y entendible que, aunque el legislador tipifique el divorcio para unas concretas causas, aquellas personas que viven situaciones para ellas dramáticas -y por tanto, incluidas en la lógica de la institución, aunque objetivamente no las tipifique la ley- intenten lograr la disolución de su matrimonio presionando a través de dos vías: Una es la que supone forzar la jurisprudencia a una interpretación discutible del texto legal o la que implica adaptar artificiosamente

los hechos al caso previsto en la ley es decir, el fraude procesal. Por otro lado es lógico que un ordenamiento jurídico que acepta el divorcio al ver estos hechos debe tomar postura, o restringir el divorcio a casos sumamente excepcionales o cada vez aceptar más causales de divorcio; pues en nuestra sociedad lo que sucede es lo segundo, sin dejarnos de llamar la atención la incongruencia legal de los que favorecen el divorcio.

¿Por qué decimos que hay incongruencia? Lo explica claramente Santiago Martínez:

“Los divorcistas no quieren el Matrimonio con su lógica de puerta cerrada; quieren la puerta entreabierta. Y pasa como en las avalanchas de las gentes: se termina abriendo casi del todo, o completamente, la puerta que se quedaría entreabierta. El Matrimonio de puerta cerrada se quiere substituir por el de la puerta abierta.

Se comprenden perfectamente los esfuerzos de los legisladores por frenar la marea divorcista limitando los casos legales en que uno puede divorciarse, dándose así la paradoja advertida por P. Schlesinger, de que los países divorcistas son en realidad antidivorcistas en la medida en que admiten el divorcio en unos casos, pero no en otros, que no son aceptados por el

legislador, de donde se tiene que la diferencia entre los países con divorcio y sin divorcio no es cualitativa, sino cuantitativa. Países sin divorcio “aquí no se divorcia nadie”. Países con divorcio “aquí sólo se divorcian los que yo digo”; y en ese “los que yo digo” está la más grave, quizá de las incoherencias divorcistas. ¿Quién es el Estado o el legislador para determinar los casos en que alguien puede divorciarse?. El Estado divorcista sería coherente, partiendo de sus premisas, si abriera las puertas del todo y renunciara al matrimonio como institución base de la sociedad.

Las hipótesis o motivos del divorcio son casi arbitrarias al gusto del legislador, basta comparar las leyes de cada país, dando origen a un sistema legal de divorcio que no se puede calificar sino de incoherente y contradictorio.”<sup>68</sup>

Por su parte, el Dr. Alberto Pacheco dice:

“Los divorcistas comienzan por saber que existen casos extremos en los cuales el divorcio debe concederse. Es un mal necesario, al que hay que atender; no desea nadie que existan parejas desavenidas, pero de hecho existen y el legislador no puede ignorar este fenómeno social y debe acudir a

---

<sup>68</sup>MARTÍNEZ, S; Op.cit., p. 39.

solucionarlo. Estos son los partidarios de un divorcio limitado reducido a casos muy concretos, específicamente señalados en la ley. En muchos países, la evolución histórica de la introducción del divorcio ha comenzado por lo que se ha denominado con frecuencia el divorcio sanción, o sea que se admite el divorcio en aquellos casos límites en que la falta grave de alguno de los cónyuges, vuelve muy difícil la convivencia conyugal y esa falta grave da derecho al otro cónyuge a pedir el divorcio. De este divorcio sanción la legislación pasa casi de inmediato al divorcio remedio ya que no hay argumento sólido para limitar los casos de divorcio a la sanción.

El divorcio remedio se extiende a hipótesis de abandono de hogar, de malos tratos o de otros semejantes, en los cuales ya no es una falta grave la que está originando o causando el divorcio, sino son situaciones más o menos permanentes, que han vuelto difícil la vida conyugal o han disuelto de hecho la comunidad de vida armoniosa y feliz que debía existir en todo matrimonio.”<sup>69</sup>

Es así como llegamos a admitir el divorcio por mutuo consentimiento, en el que ya no se argumenta ninguna causa específica para solucionar el divorcio sino que este se realiza por el mutuo acuerdo de los divorciantes.

---

<sup>69</sup>PACHECO, A; Op.cit., p. 150.

Este argumento, sin embargo, como lo ha visto el mismo Dr. Pacheco, encierra un grave error jurídico, que implica el afirmar que un contrato civil puede terminarse cuando los contratantes lo deseen, pues esa afirmación ignora principios de equidad tales como los legítimos derechos de los terceros, los intereses públicos que pueden existir en torno a ciertos contratos y que en el Matrimonio siempre existen.

Al divorcio por mutuo consentimiento, se le suele llamar también “divorcio capricho”, ya que no es necesario exponer cual es la causa o razón del divorcio sino única y exclusivamente la voluntad, de los cónyuges, que no quieren seguir manteniendo la vida en común. La evolución, puede continuar hacia el repudio, es decir el divorcio unilateral en el cual una de las partes puede pedir el divorcio sin que la otra se entere<sup>70</sup>. Así se establece en la fracción XVIII del Art. 267 del Código Civil del Distrito Federal:

-Son causales de divorcio:

“La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por

---

<sup>70</sup>Cfr. *ibidem*.

cualquiera de las partes.”

Con esto resulta notorio cómo evoluciona este permisivismo jurídico al grado de que según esta última fracción del Art. 267, cualquier persona sea o no culpable podrá pedir el divorcio al otro cónyuge sin importar el motivo.

El divorcio sanción, en cambio, limitado a ciertos casos de extrema gravedad, se ha demostrado como una utopía imposible de realizar en la práctica.

“Es que en el fondo de cualquier divorcio, es la voluntad del divorcista la que opera la terminación del Matrimonio. Si la ley solo permite un pequeño resquicio para obtenerlo, los cónyuges o uno de ellos, se colocará, aún fraudulentamente, en el supuesto previsto por la ley para lograr el divorcio.

La práctica ha demostrado, que no puede restringirse a situaciones dramáticas, porque para los divorciantes, la suya es la situación más dramática y extrema y se colocarán aún mintiendo, en el supuesto de la ley para obtener lo que desean.”<sup>71</sup>

---

<sup>71</sup>Ibid., p. 151.

### 3.3.3 El divorcio provoca el divorcio.

Esta es la tesis que sostiene Navarro Valls para quien el divorcio se presenta como una figura que pretende solucionar los problemas matrimoniales, pero que ha traído efectos inversos:

“Aquellos ordenamientos jurídicos que han aceptado el divorcio con finalidad de solucionar los problemas del Matrimonio, lo que realmente han introducido es un potencial peligroso, para los matrimonios sin problemas. Es decir, se ha demostrado que la simple existencia del divorcio en un sistema jurídico narcotiza los esfuerzos hacia la deseable reconciliación de los cónyuges, acabado por convertir en intolerable el Matrimonio, precisamente, por la posibilidad de disolverlo. Es lo que años atrás advirtió agudamente Cicu: “El divorcio produce muchos efectos negativos, pero el más notable es el que dimana de su propia existencia, esto es, la provocación a intentarlo.”<sup>72</sup>

Por su parte, Amadeo de Fuenmayor comenta al respecto lo siguiente:

“Muchos argumentan que el régimen divorcista no afecta para nada a los

---

<sup>72</sup> NAVARRO VALLS, Op.cit., p. 91.



cónyuges que desean que su vida matrimonial se desarrolle conforme al modelo del Matrimonio indisoluble. Suele decirse que si estos cónyuges no quieren el divorcio, la ley no les obliga, pues basta que no ejerciten la acción legal. En este sentido -se añade- el divorcio es optativo.”<sup>73</sup>

El argumento no convence. No puede decirse que el régimen divorcista entraña en si una opción. Esto sería cierto en el sistema legal que únicamente admitiera el divorcio por mutuo disenso, evitando con ello su aplicación en el caso de oponerse uno de los cónyuges. Pero no es éste el verdadero nudo de la cuestión. Se trata de algo muy diferente. Se trata de dotar de tutela legal al compromiso matrimonial de quienes han rechazado para toda su vida la sombra del divorcio.

Se ha escrito que el solo hecho de saber que el compromiso que van a contraer es revocable, incita a la pareja a no aventurarse a la ligera en el Matrimonio y constituye una fuente de energía para superar la crisis que pondrá en peligro su unión. Por el contrario, la sola idea del posible divorcio queda agazapado en el fondo de su compromiso y condiciona sus reacciones ante las dificultades matrimoniales.

---

<sup>73</sup>FUENMAYOR, Amadeo; Op.cit., p. 127.

Evidentemente, nadie se casa con la perspectiva del divorcio, sino con la de consolidar esa unión. Pero quien tiene a mano la posibilidad de una retirada, no lucha con tanto empeño como quien ha quemado las naves.

#### 3.3.4 Los argumentos divorcistas.

Los argumentos utilizados por los divorcistas para implantar el divorcio son muchos y muy variados, no todos tienen la misma fuerza e impacto social pero, como hemos visto anteriormente, de una o de otra forma van creando una cultura divorcista que influye en la sociedad. Si por otro lado vemos que la educación en los valores, en las costumbres, en la ética, en el sentido del bien común es algo cada vez menos común, es lógico que estos argumentos tengan entrada en un gran porcentaje de la población.

Los argumentos que se suelen presentar son los siguientes.

a) El divorcio es el reconocimiento legal a una situación que ya fracasó.

Los divorcistas plantean que para salvar a los hijos o al cónyuge inocente,

la solución es el divorcio, el cuál evitará el seguir conviviendo con el cónyuge culpable, a los hijos le evitará seguir viviendo en un hogar desavenido por continuos conflictos o en presencia de malos ejemplos y les permitirá educarse en el hogar del cónyuge inocente. Pero, como lo ha visto Alberto Pacheco:

“Los que defienden este argumento no terminan de justificar la necesidad del divorcio, el porqué ante esta situación lamentable, no es suficiente la mera separación de los cónyuges conservando el vínculo matrimonial; y por tanto conservando al menos la esperanza de una posible regeneración del culpable, para restablecer lo que en otra forma, mediante el divorcio, se habrá roto definitivamente quitando todas las posibilidades de rehacer lo roto. Queda la impresión de que no se busca el bien del otro y de los hijos, sino primordialmente la “libertad” del culpable que quiere unirse en un nuevo matrimonio.”<sup>74</sup>

b) El divorcio evita males mayores.

Suele decirse que el divorcio evita el adulterio, de esta manera si uno de los cónyuges comete adulterio con un tercero, lo mejor es permitir el divorcio para

---

<sup>74</sup>PACHECO, A; op.cit.. p. 152.

evitar esta situación. El divorcio evita el adulterio, según este enfoque, a base de legalizarlo, y si continuamos con este tipo de argumentaciones también podríamos terminar con el homicidio a base de legalizar el matarnos uno al otro.

También se dice que el divorcio ayuda a eliminar las uniones ilegítimas. Se argumenta diciendo que, si no se autoriza el divorcio hay muchas personas que por temor instintivo de contraer un lazo de consecuencias irreparables no acceden al matrimonio

El Matrimonio tiene una naturaleza y se define de acuerdo a esta. Una unión transitoria no es matrimonio, se le puede llamar de otra manera. Luego, ¿Por qué querer seguir llamándolo matrimonio?

c) Existe el derecho al divorcio.

El divorcio es un derecho ya que el hombre tiene derecho a ser libre.

Lo cierto es que en los catálogos de derechos fundamentales de las declaraciones de nuestro tiempo no aparece ese derecho al divorcio de que hablan algunos, invocando el artículo 16, ap.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU ( 10-XII-1948 ), en la que se proclama que los hombres y las

mujeres...disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

Pero, como lo ha notado Amadeo de Fuenmayor, esta declaración no significa el reconocimiento de un derecho al divorcio, sino tan solo que allí donde existe el divorcio la conciencia jurídica exige que ambos cónyuges tengan, en el momento de la disolución del Matrimonio, idénticos derechos; significa simplemente un rechazo del repudio más que una alusión al divorcio como derecho de libertad.

Por otro lado podemos decir que si divorciarse fuera un derecho humano debería ser concedido ilimitadamente, sin ninguna restricción, pero ninguna legislación divorcista ha ido tan lejos.

Además los cónyuges han sido libres para contraer el Matrimonio, nadie los ha obligado, pero una vez hecho ese compromiso se debe respetar. No podemos olvidar que no se puede tener derecho a dañar a una institución natural, ya que el bien individual no está por encima del bien de la misma. Por lo tanto podemos decir, que no existe tal derecho, nadie puede reclamar como derecho lo que ya no es suyo, ha comprometido su amor y ahora lo debe y le es debido.

d) Vivimos en una sociedad Pluralista.

La mayoría de los hombres viven hoy en día en una sociedad pluralista y democrática. En dicha sociedad son muchos los que desean el divorcio legal. Entonces si la mayoría lo quiere, porqué no aceptarlo.

Debemos decir que el pluralismo, bien entendido, es bueno para la sociedad, pero tiene sus límites. El pluralismo es un modo de enfocar los problemas opinables. Son opinables algunas cosas, no todas. Sería absurdo acudir al pluralismo para decir que dos y dos son cinco, pues lo mismo podemos decir sobre la naturaleza del Matrimonio, el Matrimonio es uno, el Matrimonio es una institución natural que tiene las propiedades de unidad e indisolubilidad, y no se puede hacer cada uno su matrimonio al gusto, las normas naturales se deben respetar ya que está primero el bien común que el bien individual .

e) La terminación del amor.

Nos dice Alberto Pacheco. Este argumento tiene un error acerca de la naturaleza del Matrimonio y de las bases de esta institución.

Es muy conveniente que las personas que se casan, se casen por amor y que

este subsista durante toda la duración del Matrimonio, así lo hemos dicho en el capítulo segundo. La esencia del Matrimonio es el vínculo de contenido jurídico, que los cónyuges quisieron libremente aceptar cuando contrajeron matrimonio, y no puede disolverse a voluntad de éstos ya que hay intereses de terceros: Los hijos y la sociedad están interesados en la estabilidad de los matrimonios.

Si no hay amor, de todas maneras subsiste el vínculo, el cual no se contrajo como temporal o condicional sino como perpetuo y absoluto.<sup>75</sup>

Por otro lado, hemos de decir que la indisolubilidad del Matrimonio, lejos de oponerse al amor, más bien lo favorece. El solo hecho de saber que el compromiso que van a contraer es irrevocable, invita a los individuos a no aventurarse a la ligera. Inversamente, la idea del posible divorcio se instala definitivamente en el fondo de la persona. El divorcio deja al amor supeditado al capricho y a la incapacidad para vencer las dificultades. El pacto nupcial, al situar de una vez para siempre la sustancia del amor más allá de las contingencias, contribuye necesariamente a decantar y purificar este amor.

“La indisolubilidad no mata el amor -dice Santiago Martínez- al contrario, defiende su existencia de eternidad contra los caprichos del instante y la

---

<sup>75</sup>Cfr. *Ibid.*, p. 154.

tendencia a la temporalidad. El verdadero amor no es temporal, el verdadero amor pide y quiere eternidad. Jamás el amor sincero se ha expresado con frases de tipo: "Te amare por una temporada". por eso la verdadera donación matrimonial exige una perpetua estabilidad intencional, un deseo de mantener el Matrimonio indisoluble."<sup>76</sup>

f) La indisolubilidad del Matrimonio es una exigencia moral y religiosa, mas no jurídica

En esta argumentación hay algunas confusiones que se deben poner de manifiesto:

- 1.- La pretendida falta de relación entre el orden jurídico y el orden moral.
- 2.- La errónea identificación entre exigencias religiosas y morales.

Siguiendo las explicaciones de Amadeo de Fuenmayor podemos dar respuesta a estas objeciones.

- 1.- El orden jurídico y el orden moral.

---

<sup>76</sup>MARTÍNEZ, S; op. cit., p. 57.



En la doctrina común de los grandes pensadores católicos, se hace una adecuada distinción entre orden jurídico y orden moral. Estos pensadores afirman con energía la conexión de la moral con el Derecho, pues ambos órdenes coinciden en el destinatario de la norma, se distinguen esencialmente en el contenido de la relación y en la naturaleza de la norma que la regula.

Lo anterior no quiere decir que el derecho pueda prescindir de la moral, pues si lo hace, no logra el bien común, y paulatinamente la sociedad caerá en el permisivismo jurídico.

En el permisivismo, como bien lo ha visto Fuenmayor, el criterio legal define también lo que es correcto éticamente, después de aceptar la ley civil el uso generalizado contrario a las normas de la recta moral natural o moral objetiva.

“De tal modo, lo legal y lo usual discrepan de los criterios de la moral natural de la que se dice que su observancia no compete al legislador, sino a cada individuo en particular, según su autonomía moral, tan respetable como la de cualquier otro individuo.”<sup>77</sup>

Con esto no queremos decir que el legislador deba legislar todo lo que

---

<sup>77</sup>FUENMAYOR, A: op. cit., p. 73.

imponen las leyes morales objetivas, para eso ya están ellas. Entonces ¿cómo debe actuar el legislador que quiere respetar el ordenamiento moral?

No siempre el legislador puede lograr que las normas civiles alcancen lo que constituye su fin propio o inmediato -servir al bien común- y, al propio tiempo alcancen su fin mediato o último, que es conducir al hombre a Dios. Aquí se presenta, una de las más interesantes conexiones entre el Derecho y la moral.

“Aquí se comprueba -dice Fuenmayor-, cómo estando la ley jurídica positiva en relación de dependencia respecto de la moral, no existe, sin embargo, confusión entre uno y otro orden, pues, en determinadas circunstancias el derecho puede tolerar correctamente cosas que condena la moral. Y es que el bien común no puede justificar la imposición coactiva de cualquier exigencia del orden moral si tal orden puede ocasionar a la sociedad un mal mayor.

La tolerancia, no es otra cosa que la aplicación de la prudencia en la formulación de la norma jurídica. Por eso todos sus criterios son el producto de una tensión entre la concreta situación social a que el Derecho debe aplicarse y las exigencias de la ley natural. No pudiendo en ocasiones, eliminar todo lo que es contrario a la ley natural, las personas responsables

del bien común han de tolerar en algunos supuestos el mal.”<sup>78</sup>

De esta tensión derivan las principales características del régimen de la tolerancia en sus correctas aplicaciones.

Por el camino de la tolerancia, resultan no penalizados o no contemplados como relevantes para el legislador algunos comportamientos que constituyen un ilícito moral. Pero ha de entenderse que esta legalización -a diferencia de la que se inspira en criterios permisivos- significa que las leyes humanas solo permiten esas conductas en su propio campo, sin pretender legitimarlas en la esfera moral.

Por eso es importante distinguir entre la conducta del gobernante que, por exigencias del bien común, permite en la ley ciertos desórdenes morales (esta conducta es ilícita en el orden moral, y la del súbdito que trata de amparar su conducta en la ley civil).

La conducta del súbdito será correcta en el orden legal, pero incorrecta desde el punto de vista moral.

Debemos aclarar que otro de los caracteres de la tolerancia es que no debe

---

<sup>78</sup>Ibid., p. 74.

considerarse como un valor absoluto, pues nos llevaría al relativismo. Para que sea justa la tolerancia, ha de contenerse dentro de ciertos límites y fundarse en justas causas; de otro modo, también el legislador quebranta la ley moral, al propio tiempo que contraría el bien común. Por eso, hay ciertas conductas inmorales que no son susceptibles de la tolerancia legal en ningún tiempo y lugar. En el caso, por ejemplo, de las leyes civiles que admiten el divorcio; estas leyes no están nunca justificadas; porque no se limita a tolerar una desviación moral, sino que entrañan siempre la autorización positiva de un mal.

El divorcio no se puede tolerar en una legislación, ya que no es sólo una conducta inmoral, sino una injusticia, porque se priva de lo suyo al cónyuge inocente, a los hijos y a la sociedad.

2.- El divorcio no es un problema solo de la religión.

Los divorcistas advierten que seguidores de algunas religiones (sobre todo la Católica) por la confesión de su fe, están obligados a observar las leyes canónicas, pero dicen que aquellos que no tengan esa fe, o incluso los que pertenecen a esa religión pero no quieren obedecer esas leyes, no se les debe prohibir el divorcio.

Ya hemos dicho y lo repetimos que la indisolubilidad del Matrimonio no

deriva de la religión, sino de la misma naturaleza del hombre, la indisolubilidad del vínculo es esencial al matrimonio por las razones apuntadas en el segundo capítulo.

Además algunos juristas destacados, sin tener una religión concreta han defendido la indisolubilidad del Matrimonio, por el interés de la sociedad como base sobre la cual descansa la estabilidad de la familia, la moralidad de los hogares, la correcta educación de los futuros ciudadanos.

Las leyes divorcistas, al atacar una de las propiedades naturales del Matrimonio, atacan la ley natural, o sea la norma jurídica que está en la naturaleza humana la cual obliga cualquiera que sean las creencias, religión, convicciones o ideas de los cónyuges.

En este sentido, un prestigiado jurista contemporáneo señala que:

“Cuando para evitar, por ejemplo, la implantación del divorcio o la legalización del aborto, invocamos el respeto a la ley natural, no nos referimos a una creencia religiosa, a algo que corresponde a la vida de la fe. Nos referimos a lo que en la sociedad es objetivamente justo según la naturaleza humana y, por ello, adecuada al bien común, único criterio al que debe acudir en todo caso el legislador civil. Nos referimos a la verdadera antropología, a la defensa de la dignidad

humana frente a las aberraciones que la degradan.”<sup>79</sup>

### 3.4 Consecuencias de aceptar el divorcio.

#### 3.4.1 Decisión jurídica de largo alcance.

La introducción del divorcio en un sistema legal supone una decisión jurídica de un gran alcance, pues sus repercusiones llegan hasta la familia y por ende, a la sociedad. En primer término, porque la introducción del divorcio inevitablemente cambia el tipo familiar en un medio social dado, que, de modo estable de convivencia, se transmuta en compromiso provisional sobre el plano jurídico, ya que a los cónyuges se les sustrae la libertad de contraer un matrimonio jurídico indisoluble. En segundo lugar, porque del tipo de familia que el ordenamiento jurídico diseñe depende medularmente el tipo de sociedad futura.

Además debemos recordar que la familia, independientemente de lo que se diga, es, ha sido y seguirá siendo la célula básica de la sociedad.

Navarro Valls ha visto la dinámica social afectada por el divorcio, en términos que reproduzco a continuación:

---

<sup>79</sup>Cit. en. PACHECO. A.; op.cit., p. 156.

“Es cierto que el *tempus* familiar resulta más lento que el de otras transformaciones sociales, y puede ocurrir que, en una mundana situación jurídica, exista un número relativamente elevado, de familias que operen todavía con los criterio jurídicos anteriores. Pero una vez que los nuevos esquemas de comportamiento han penetrado en muchas familias, estas se convierten en los más eficaces catalizadores para su activación y consolidación. Esto explica, el aumento de divorcios entre hijos de divorciados; educados en un ambiente en que la familia se considera como contrato a plazo indeterminado, los hijos de estos matrimonios empiezan a engrosar una serie de generaciones que, 15 o 20 años más tarde constituyen los principales militantes de una transformación social que tiende a ignorar los valores que el Matrimonio indisoluble defiende.”<sup>80</sup>

#### 3.4.2 Breve referencia a la introducción del divorcio en México.

Sin un afán exhaustivo, me detendré de modo breve, en las incidencias y vicisitudes que el divorcio ha producido en México. Mi intención es solo ilustrar lo que hasta aquí hemos venido diciendo.

---

<sup>80</sup> NAVARRO VALLS, R: op. cit., p. 67.

Fue Venustiano Carranza quien expidió desde Veracruz, dos intempestivos decretos, uno el 29 de diciembre de 1914 y el otro el 29 de Enero de 1915, para introducir -de imprevisto- el divorcio vincular, ya que el primero modificó la ley orgánica de 1874 de las adiciones y reformas a la Constitución que reconocía la indisolubilidad del matrimonio; y el segundo decreto reformó a distancia, el Código Civil del D.F. para “establecer que la palabra divorcio, que antes solo significaba la separación del lecho y habitación y que no disolvía el vínculo, hoy debe entenderse en el sentido de que este queda roto y deja a los consortes en aptitud de contraer una nueva unión legítima”.<sup>81</sup>

En la exposición de motivos de tales decretos se dieron razones como éstas:

“El divorcio que disuelve el vínculo es un poderosos factor de moralidad, porque facilita la formación de nuevas uniones legítimas, evita la multiplicidad de los concubinatos, y por lo tanto el pernicioso influjo que necesariamente ejerce en las costumbres públicas; da mayor estabilidad a los afectos y las relaciones conyugales; asegura la felicidad de mayor número de familias y no tiene el inconveniente grave de obligar a los que, por error o ligereza, fueron al matrimonio, a pagar su falta con la esclavitud de toda la vida.”<sup>82</sup>

---

<sup>81</sup>Cfr. por SÁNCHEZ MEDAL, R; op. cit., pp. 21-22.

<sup>82</sup>Cit. en ibídem.



Con estos argumentos se abrió la más ancha puerta al divorcio, se pretendía justificar un interés muy personal (individual) de dos ministros de Carranza, el Ingeniero Felix F. Palavicini y el Lic. Luis Cabrera, que planeaban ya desde entonces sus respectivos divorcios.

Después de los dos decretos divorcistas, vino la ley sobre relaciones familiares del 12 de abril de 1917 que expidió Carranza, usurpando funciones legislativas que le correspondían al Congreso ya existente.

Eduardo Pallares advirtió los daños que esta ley produciría con palabras acertadas y casi proféticas:

“La nueva ley sobre relaciones familiares es profundamente revolucionaria, silenciosa y sordamente destructora del núcleo familiar. Sacude al edificio social en sus cimientos...

La verdad es que lleva un virus destructor de primer orden... hay más revolución en dos o tres artículos de esta ley, que en multitud de hechos armados que parecían de primera importancia.”<sup>83</sup>

---

<sup>83</sup>Cit. en ibidem.

En esta nueva ley, el artículo 13 dice:

“El matrimonio es el contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida”.

A partir de entonces el divorcio se aceptó en México y pensamos que además de no ser el elemento moralizador del que se hablaba en la exposición de motivos antes citada, como expresó el Lic. Eduardo Pallares, resultó ser un virus destructor de la institución matrimonial.

#### 3.4.3 El Divorcio afecta a la sociedad.

Al margen del discurso divorcista, la realidad habla por sí misma, el divorcio no ha producido los efectos esperados. Todo lo contrario, ha desarticulado la sociedad y debilitado los nexos familiares.

En efecto, se decía que con el divorcio disminuiría el número de matrimonios en crisis la realidad nos dice lo contrario.

También se decía que aceptando el divorcio, se reduciría el porcentaje de

hijos ilegítimos y, a la vez, mejorar la posición de los hijos legítimos de los matrimonios en crisis.

No es esta la conclusión que se deriva de los datos estadísticos según el convenio demográfico de las Naciones Unidas, el número de hijos ilegítimos va en constante aumento en los países que reconocen el divorcio, mientras que sólo ligeramente aumenta, permanece estacionario o disminuye en los sistemas jurídicos que lo desconocen. Por ejemplo, en Noruega e Inglaterra el porcentaje de hijos ilegítimos entre 1963 y 1968 casi se duplicó.

Más preocupante es la situación de los hijos legítimos después de un divorcio de sus padres. La sociología, psiquiatría y criminología han demostrado la clara conexión del divorcio con la criminología juvenil, con el consumo de estupefacientes, y con los trastornos o perturbaciones psíquicas. En la Universidad de Iowa y Columbia se analizó el comportamiento de 425 mujeres divorciadas demostrándose que el 60% de ellas eran a su vez, hijas de divorciadas. Al mismo tiempo se detectó que entre las hijas de divorciadas las que aceptaban relaciones prematrimoniales eran 20% superior a la media.<sup>84</sup>

No parece, pues, que el divorcio haya frenado el crecimiento del número de

---

<sup>84</sup>Cfr. NAVARRO VALLS, R; op. cit., pp. 92-94.

hijos ilegítimos, ni haya mejorado la situación de los hijos de los matrimonios en crisis.

En resumen podemos decir que el divorcio cada vez se extiende más en nuestra sociedad, provocando daños incalculables. Es necesario por tanto regresar a lo que dicta la recta razón, a retomar a la institución del Matrimonio, como una institución con una naturaleza propia, digna de ser respetada, que a su vez cuidará de la sociedad. Por eso dice Santiago Martínez.

“Queremos la indisolubilidad del Matrimonio, porque no queremos la desaparición del Matrimonio. Y no queremos la desaparición del Matrimonio, porque no deseamos la desaparición de la familia. Y no queremos la desaparición de la familia, porque no queremos la destrucción de la sociedad.

Una ley que permita el divorcio va contra el derecho natural de los cónyuges a casarse indisolublemente, y señala la desaparición del Matrimonio, porque el disoluble no es verdadero matrimonio. El Matrimonio queda reducido a unión pasajera, y así, los jóvenes empiezan a no casarse porque solo ven un trámite burocrático innecesario.

El problema es serio. El cambio y daño originados por el divorcio a la familia y a la sociedad son incalculables. Por eso ha podido decir el Profesor Lombardi de la Universidad de Milán: De nuestra decisión sobre el divorcio depende la elección de civilización que queremos para el futuro.”<sup>85</sup>

---

<sup>85</sup>MARTÍNEZ, S; op. cit., pp. 75-76.

## Capítulo IV. La opción por la indisolubilidad

### 4.1 La libertad y el sistema de matrimonio indisoluble.

Hemos hecho ver la necesidad de respetar la naturaleza de la institución del Matrimonio, el Matrimonio es indisoluble ya que solo así se garantiza el cumplimiento de los fines, el respeto a la dignidad de la persona, el bien común de la sociedad. El Derecho debe facilitar protección a esta institución, pero desgraciadamente el legislador en la actualidad se abstiene de imponer unas normas que la custodien por temor de ser acusado de reaccionario o antidemocrático o bien de atentar contra la libertad o igualdad de los cónyuges.

Vivimos en una sociedad pluralista en donde está mal visto imponer criterios, creencias o dogmas, cada uno se siente con la facultad y libertad de opinar y creer lo que le de la gana. La libertad es un valor de primer orden y por eso no está bien visto el que se le imponga nada al individuo, que se ha erigido en soberano de sí mismo.

Pues bien, si ese es el criterio en nuestra sociedad individualista, liberal y pluralista, el Estado debe respetar estos valores tan apreciados. Es con sus mismos

argumentos, con los que encontramos una solución a la defensa del Matrimonio indisoluble. Con esto no queremos decir que nos conformemos con que algunos vivan el Matrimonio conforme a la naturaleza, lo mejor sería que todos aceptáramos este criterio y todos de ahora en adelante pidieran el Matrimonio indisoluble. Pienso que esto sería lo mejor, pero quizá sería tachado de poco plural y de antidemocrático y no podría ya defender el argumento que estoy intentando dar para la defensa del Matrimonio indisoluble. Lo trataré de exponer con dos argumentos.

1.- Si el Estado pretende defender este pluralismo y esta libertad individual, pienso que la mejor defensa que el Estado puede dar a estos principios es dando el reconocimiento de efectos civiles al matrimonio canónico. Y esto, por el cauce de la tutela del Derecho fundamental de la libertad religiosa.

Se trata, como bien ha visto Amadeo de Fuenmayor de que el Estado tutele jurídicamente la opción que haga el ciudadano -en ejercicio de su libertad- de celebrar el Matrimonio de acuerdo con su conciencia. Y, en el caso de los católicos, de celebrar el Matrimonio (único e indisoluble) de acuerdo con las normas de la Iglesia, por ser el vínculo que mejor satisface sus exigencias espirituales.<sup>86</sup>

---

<sup>86</sup>Vid. FUENMAYOR, Amadeo; op. cit., p.104.

El Matrimonio también puede situarse en el campo de Derecho de libertad religiosa, derecho que no puede ser entendido en sentido meramente formal, sino que debe ser entendido y aplicado en su integridad, es decir, en todas aquellas relaciones sociales que aparecen cualificadas por el acto religioso. En consecuencia en materia matrimonial -a diferencia de lo que entienden los liberales del siglo pasado- la libertad religiosa no viene salvaguardada obligando a todos a casarse civilmente, contra conciencia, sino permitiendo a todos casarse según conciencia y por tanto, según el propio credo religioso. Por lo cual pensamos que el sistema de matrimonio civil obligatorio no se aviene con el pluralismo de la sociedad actual.

El reconocimiento del Matrimonio canónico, satisface el principio de libertad, pluralismo, derecho subjetivo. No se trata de imponer a nadie el Matrimonio canónico como un imperativo de la ley del Estado, sino de ofrecerlo como opción a quienes lo prefieren por razones personales.

Es lógico que se tenga derecho a pedir este tipo de matrimonio cuando el Matrimonio civil no ofrece esa protección a lo que es el Matrimonio como institución natural. El Derecho Canónico, regula el Matrimonio según la naturaleza del mismo y según el pensamiento cristiano, que a su vez sabe que el Matrimonio es uno de los más eficaces instrumentos para la tutela de los valores humanos.



Es el mismo Don Amadeo de Fuenmayor quien lo ha visto de este modo cuando afirma que:

“Al producirse una incongruencia entre los sistemas matrimoniales civiles -con la introducción del divorcio- y las exigencias mínimas de orden jurídico propias del Matrimonio canónico, los cristianos lógicamente pretenden que se reconozca su Derecho a contraer matrimonio conforme a las normas del Derecho Canónico.”<sup>87</sup>

Ahora bien, ya hemos visto en otra parte de este trabajo que la indisolubilidad del Matrimonio no es idea exclusiva del Matrimonio cristiano, sino que es propio de la naturaleza del mismo. Si la indisolubilidad del Matrimonio fuera un bien específico del Matrimonio cristiano, es decir, exigencia exclusiva de carácter religioso, la defensa de esta indisolubilidad por la ley civil solo podría pretenderse -para el Matrimonio cristiano- al amparo del régimen civil tutelado de la libertad religiosa; solo podría pretenderse por el cauce y con el fundamento anterior sobre el reconocimiento del Matrimonio canónico por parte del Estado. Pero como la indisolubilidad es característica esencial de todo verdadero matrimonio, su amparo y defensa por la ley del Estado puede fundarse en razones no confesionales y en favor de toda unión conyugal, no solo del Matrimonio canónico.

---

<sup>87</sup>Ibid., p. 116.

2.- Aquí anoto el segundo argumento con el que el Estado puede respetar esta postura plural y liberal, es decir, permitiendo la elección a los cónyuges de un matrimonio disoluble o indisoluble. Dice Fuenmayor:

“El actual pluralismo ideológico facilita -por razón de congruencia interna- la revisión del régimen divorcista, en el sentido de dejar de imponerlo a quienes, al contraer matrimonio, deseen que la irrevocabilidad de su pacto conyugal quede garantizado por la ley del Estado. Este pluralismo e individualismo, permite defender que se reconozca a todo ciudadano la opción de contraer un matrimonio indisoluble garantizado por la ley civil.

La tesis del divorcio vincular y la que sostiene la indisolubilidad del Matrimonio hunden sus raíces en dos conceptos distintos de la libertad, que conducen respectivamente a negar o a justificar la posibilidad de un pacto revocable.”<sup>88</sup>

En el fondo, como lo ve Amadeo de Fuenmayor, la verdadera discrepancia estriba en considerar que la libertad impide o, por el contrario, justifica la exigencia

---

<sup>88</sup>Ibid., p. 121.

fidelidad.<sup>90</sup>

De aquí esta importante y elemental conclusión cuando el legislador civil establece un régimen de divorcio vincular aplicable a todo matrimonio con criterio igualitario, no está sirviendo al principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, aunque eso pudiera parecer en un examen superficial.

Lo que hace es tomar partido -en un tema de máxima importancia- en favor de uno de los términos de las alternativas antes mencionadas y lo hace en obsequio a quienes tienen una determinada concepción de la libertad; al propio tiempo que rechaza toda tutela jurídica a los contrayentes que tienen un concepto diferente del uso de la libertad en relación a la vida conyugal.

Para defender la indisolubilidad del Matrimonio con tutela de la ley civil, existe hoy en la doctrina científica una opinión bastante generalizada, en favor de un sistema denominado de “matrimonio facultativamente indisoluble” o “divorcio opcional” o también llamada en México por el Dr. Sánchez Medal “Cláusula de indisolubilidad del Matrimonio”.

---

<sup>90</sup>Ibid., p. 121. En cualquier caso, puede tomarse partido en favor de una o de otra de estas dos posturas enfrentadas - tan dispares por sus fundamentos y sus efectos- pero, en todo caso, habrá que reconocer que se trata de posturas diferentes.

Esta opinión la defendió el ilustre profesor de la Universidad de París, León Mazeaud, con un argumento que por su viveza reproducimos bajo el riesgo de ser prolijos pero que nos parece bien claro e ilustrativo:

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

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

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

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

Así pues, ¡Que cada cual elija!. Dos matrimonios se ofrecen uno de ellos, que podrá romper el divorcio; el otro que solo romperá la muerte. El matrimonio deja de ser una superchería, en que no se obliga, pero guardándose el derecho de romper....

Tal es la solución del problema del divorcio, el Matrimonio facultativamente indisoluble. Nadie puede protestar, porque cada cual continúa siendo libre para unirse hasta la muerte o tan solo hasta el divorcio. Nadie protestará, salvo los hipócritas, que querrían a la vez, prometer su vida y conservar la disposición de la misma.”<sup>91</sup>

Esta tesis es una opción para la defensa del Matrimonio indisoluble, sea esta forma u otra, lo importante es que el Estado reconozca ese Derecho que tienen los ciudadanos a que se custodie el Matrimonio indisoluble. Ya hemos dicho que no es verdad la postura de los divorcistas de que nadie está obligado al divorcio, y que la ley no obliga, solo da la opción, no es verdad porque otorga la posibilidad, además

---

<sup>91</sup>Cit. en SÁNCHEZ MEDAL, R. *Divorcio Opcional*. Porrúa, México, 1974. p. 73.

existe el divorcio unilateral y en el fondo no se otorga esa protección legal que piden los defensores de la indisolubilidad.

#### 4.2 El pacto de indisolubilidad del Matrimonio.

##### 4.2.1 Iniciativa para la legislación mexicana.

En México el Dr. Sánchez Medal<sup>92</sup> ha defendido esta tesis del Matrimonio facultativamente indisoluble o de divorcio opcional. Su estudio parte de los mismos principios mencionados anteriormente e involucra otras razones para hacer valer esta tesis, una de las principales razones que da en la defensa de su tesis es que en México el Matrimonio ha sido sometido a un sin fin de modificaciones a lo largo de la historia. Habla de tres etapas en la historia que han marcado un profundo cambio en la legislación familiar y en concreto en el tema del matrimonio.

1.- La etapa de la desacralización o secularización de la familia y del Matrimonio en la legislación del Presidente Benito Juárez.

2.- La etapa de la transformación esencial de la familia y del Matrimonio en

---

<sup>92</sup>Cfr. SÁNCHEZ MEDAL, R; op. cit., p. 3.

las leyes de la revolución por el Presidente Venustiano Carranza y Plutarco Elías Calles.

3.- La etapa de la desintegración de la familia y el Matrimonio a partir de la legislación del Presidente Luis Echeverría

Por esta modificación a la institución natural del Matrimonio, en la actualidad lo que queda de matrimonio no es, sino el cascarón de la institución, podríamos decir que como el legislador ha vaciado de contenido al matrimonio por miedo a que lo tachen de antiliberal, de alguna manera los contrayentes tienen ahora que hacerse su matrimonio al gusto.

Por eso se habla de una recomposición del Matrimonio mediante los pactos conyugales, fundamentados en el principio de la libertad contractual. La libertad contractual para fijar y modelar el contenido del Matrimonio civil, ya que son ahora los pactos concretos de los consortes, y no las disposiciones de la ley, los que distribuyen entre los cónyuges las cargas del hogar; los que arreglan todo lo relativo al cogobierno de los hijos, los que elijen y reglamentan un determinado régimen de bienes, etc. De la misma manera, se podría pactar en relación a la disolución o no disolución del Matrimonio civil; es decir, los cónyuges podrían pactar la indisolubilidad del matrimonio, obligándose mediante un pacto que de manera

deliberada y explícita asumen uno y otro cónyuge a eliminar el divorcio como recurso para solucionar las eventuales dificultades que pudieran surgir en el Matrimonio y como medio para disolver éste.

La aceptación de este pacto conyugal en nuestra legislación daría lugar a que se alcancen diversos objetivos que la legislación actual no consigue y evitaría que se causaran una serie de males que la legislación actual no evita. A continuación explico algunos de ellos.

a) Objetivos que se alcanzan:

a.1) Se respetaría la naturaleza del consentimiento matrimonial que tiene como objeto el realizar los fines del Matrimonio en forma permanente, ya que estos no se alcanzan en un tiempo determinado, sino que demandan la vida entera.

a.2) Se respetaría la libertad contractual dejando a elección de los contrayentes si quieren un matrimonio disoluble o indisoluble. No se violenta a los que quieren matrimonio disoluble y sí se custodia a los que quieren la indisolubilidad del mismo. Ya hemos dicho que el Matrimonio civil actual invita a la indisolubilidad.



a.3) Se guardaría la tendencia de la jurisprudencia y legislación en México de conservar el Matrimonio. Por la defensa de las buenas costumbres y la estabilidad familiar.

a.4) Serviría para adecuar la legislación civil a las costumbres sociales.

La mayoría de los jóvenes que se casan en México, se casan siguiendo las costumbres de sus antepasados, ante el juez civil y ante el sacerdote. Las familias suelen considerar que el Matrimonio que vale es el realizado ante la Iglesia, por lo que los esposos, por lo general, tienen su noche de bodas después del Matrimonio canónica. Éste se contrae exclusivamente cuando hay una voluntad de unión vitalicia, es decir que una gran parte de los jóvenes manifiestan su voluntad de unirse en matrimonio de por vida.

Si la legislación civil reconociera la efectividad de la voluntad matrimonial vitalicia se acercaría la ley a las costumbres, de lo cual, como lo ha señalado Jorge Adame, se derivan varias ventajas:

“La primera es que el Matrimonio civil se consideraría como algo socialmente aceptable y no como una especie de matrimonio de segunda categoría o, como despectivamente se dice de concubinato protegido por el

legislador.

Otra ventaja sería que evitaría la necesidad de realizar dos ceremonias, una civil del registro civil y otra religiosa, pues podrían habilitarse como oficiales del registro civil las personas encargadas de celebrar los matrimonios religiosos contraídos sobre una base de indisolubilidad.”<sup>93</sup>

a.5) Serviría para fortalecer a la institución familiar.

Se derivan de la permanencia del Matrimonio en buena parte, el bienestar y progreso de la familia, en cuestiones tan concretas como educación y salud de los hijos, equilibrio psíquico de los esposos, la atención de los ancianos, y un sinnúmero de valores que se aprenden en la familia unida.

Se dice que la familia es la célula básica de la sociedad, porque en ella se desarrolla la vida en comunidad, por medio de ella se aprenden los principios básicos de la vida y el respeto al prójimo, allí se educa a los miembros. ¿Qué sucede en cambio cuando la familia no puede desarrollar su función porque se ve interrumpida por problemas matrimoniales? Es lógico y normal que existan problemas, pero no lo es tanto cuando el modo de resolverlos es rompiendo con el

---

<sup>93</sup>ADAME. J; Op.cit., p. 4.

compromiso matrimonial y con ella desmembrando a la familia. Así nos lo hace ver el Profesor Fuenmayor:

“Porque la raíz natural de la familia es el Matrimonio, existe una permanente conexión entre ambas instituciones, tanto en un aspecto positivo como en lo que mira a los problemas surgidos en tiempos de crisis institucional. Así como existe una vinculación profunda entre los valores de la familia y las riquezas del Matrimonio que le sirve de fundamento, así es también fácil observar la concatenación de los diferentes problemas que sobre la familia y el Matrimonio se dan hoy en la sociedad.”<sup>94</sup>

Si la unidad y la indisolubilidad son los notas esenciales que configuran e identifican al matrimonio según naturaleza, toda lesión de esos caracteres provocará una crisis de la institución matrimonial con su correspondiente reflejo en la configuración de la familia.

El nuevo Derecho matrimonial de los ordenamientos occidentales tiene como nota característica la creciente privatización del Matrimonio y de la familia, que se inspira en la ideología del permisivismo. En el nuevo planteamiento, el subjetivismo es llevado a sus últimas consecuencias; el Matrimonio y la familia pierden su

---

<sup>94</sup>FUENMAYOR, A: op.cit., p. 93

entidad objetiva.

El derecho ha dejado de titular estas instituciones como un bien de tipo social y ha habido un influjo decisivo del individualismo, que desconoce la idea de mutuo compromiso o de indisolubilidad y desconecta las dos instituciones -matrimonio y familia- para reservar la tutela jurídica en favor de la libertad individual de los cónyuges, que -en caso de conflicto- prevalece sobre la defensa de los valores de la familia. En este sentido Sánchez Medal afirma que:

“La radical concepción individualista del contrato de matrimonio civil está inspirada en una preocupación obsesiva por garantizar la libertad y la igualdad de los cónyuges, entes que y por encima de la estabilidad y la armonía de la familia y antes que el bien de los hijos.”<sup>95</sup>

En definitiva, pensamos que por ser la familia la célula de la sociedad y patrimonio de la humanidad, no se puede atentar contra la indisolubilidad del Matrimonio por el hecho de custodiar los derechos individuales, dejando a un lado el bien de estas instituciones y un última instancia el bien de la salud pública.

Por eso está claro que la mejor defensa de la familia consistirá en

---

<sup>95</sup>SÁNCHEZ MEDAL, R; Op.cit., p. 109.

procurar una tutela eficaz del Matrimonio. Volvamos al texto de Viladrich para quien el refuerzo de estos vínculos repercute en beneficio de la persona humana que exige como propio de su naturaleza y dignidad ser amado radicalmente, incondicionalmente y a título de justicia... Sólo en la familia, además, importamos de modo incondicional, esto es no solo por ser yo, sino incluso por ser solo yo, con independencia de mi utilidad o rentabilidad social, política, económica, profesional, etc.”<sup>96</sup>

Por esto mismo podemos advertir lo que se daña a la persona cuando el núcleo familiar se ve afectado, cuando el Matrimonio se rompe, en este momento se desgaja a la familia y la atención personalizada que se le daba a los miembros se empieza a perder, además, si es en la familia en donde se aprenderá ser persona porque se le trata como tal, como ser único e irrepetible, sujeto de ser amado, como un ser que tiene dignidad y se le respeta, en donde a los demás les importa lo que a el le sucede, en donde se le toma en cuenta por el hecho de ser. Será importante recalcar que nos debe preocupar poder mantener la estabilidad familiar y esta no se mantendrá mientras no se respeten los elementos esenciales del Matrimonio.

La familia debe ser una verdadera escuela de valores, a lo que Viladrich añade:

---

<sup>96</sup>VILADRICH, P; Op.cit., p.196.

“La educación es aquel proceso de mejora de toda persona en la captación de la verdad, el bien y la belleza para -luego- vivir en consonancia con lo descubierto. La familia es el primer y más actual lugar del encuentro de todo nuevo ser que viene al mundo con la verdad, el bien, la belleza y la necesidad de realizarse en congruencia con ello. Los padres son los primeros maestros y educadores.

Para un hijo su padre le está educando desde la concepción hasta la muerte: todo acto familiar, educa o deforma. Educa un determinado modo de ser concebido y deforma esa misma concepción si está animalizada o egoístamente vivida, o incluso rechazada por los padres. Los psicólogos y psiquiatras especializados en la infancia saben hasta que punto la familia es la escuela para el amor, el Matrimonio y las futuras familias que fundarán los hijos y es escuela muy difícilmente reemplazable. Cuando ha faltado ha sido un cruel desastre.

Pero también el proceso educativo afecta a los padres. Estos educan y al educar también se educan a sí mismos. La interacción es recíproca. Es el hijo quien hace ser padre y son los padres quienes los hacen ser hijos. De allí que los padres hacen familia mucho antes de la concepción y nunca dejan de ser

testimonio educante para sus hijos.

Su función es de enseñar, la más de las veces con el ejemplo vivido y no con sermón teórico, a todo nuevo hijo a ser mejor persona, durante toda la vida y esta educación de por vida, le es debida al hijo.”<sup>97</sup>

Por último, quisiera que pensáramos en la importancia que tiene el cuidado de nuestra propia familia para poder decir que cooperamos en el cuidado de la sociedad.

Cualquier persona mirando la sociedad en la que vive -consciente de la delincuencia juvenil, del desamparo de la infancia abandonada o maltratada, del aborto, del divorcio, de la explotación económica de los niños y adolescentes, de la carestía y mínimo espacio de vivienda, de la alienación materialista de la jerarquía de valores, del abandono de los ancianos, de la eutanasia o de la soledad inhumana, de la muerte para muchos hombres de la tercera edad- puede darse cuenta hasta que punto extremo podemos vivir contrafamiliarmente, hasta dónde la política de los gobiernos es deprimente en materia familiar y hasta que punto todos descuidamos nuestras propias familias para que dejen de ser el hábitat natural donde cada irrepitible persona humana haya sido concebida, gestada, alumbrada, educada y

---

<sup>97</sup>Ibid., p. 199.

acompañada en su crecer hasta la misma muerte con el trato de solidaridad y amor que exige la dignidad de ser persona. Por eso, una mayor conciencia de la familia sobre sí misma convierte a la familia en terrible lente crítica de nuestra deshumanizada sociedad actual.

b) Males que evita.

b.1) Evita la imposición del divorcio al cónyuge que desea mantener el Matrimonio.

Con la actual legislación civil, se puede decir que cualquier cónyuge puede conseguir el divorcio, aunque el otro no lo quiera pues basta tan solo con ausentarse del domicilio conyugal durante dos años para constituir así una causal de divorcio que justifica que el juez disuelva el vínculo.

Esta causal de divorcio se agregó en 1983 durante el gobierno de Miguel de la Madrid. Así queda recogida en el artículo 267 F. XVIII que dice:

“Son causales del divorcio(...)

La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente



del motivo que haya originado la separación, la cual puede ser invocada por cualquiera de ellos”.

b.2) Evita la simulación.

En muchos casos el Matrimonio civil propicia que los jóvenes que se casan no cumplan con sus promesas al dejar las puertas abiertas a la disolución. El artículo 130 de la Constitución dice que. “La simple promesa de decir verdad y de cumplir las obligaciones que se contraen, sujeta al que la hace”.

En el Matrimonio religioso, en cambio, los contrayentes hacen la siguiente promesa:

“Ser fiel en lo próspero y en lo adverso, en la salud y en la enfermedad y amarse y respetarse todos los días de su vida.”

Esta promesa, debería ser obligatoria por lo dicho antes sobre el artículo 130 de la Constitución Federal, pero la legislación civil actual parece sugerir a los contrayentes que no importa lo que ellos hayan prometido de forma tan solemne, ante sus padres, familiares, amigos, ya que no tiene validez. No debe ser esta la función de la legislación, sino la de hacer que las personas respeten la palabra dada y la confianza entre los contrayentes.

### 4.3 Medios para dar protección a este pacto de indisolubilidad del Matrimonio.

En esta parte de nuestro trabajo, apuntamos algunas propuestas que pueden resultar útiles para la defensa y protección del vínculo y que de alguna manera salvarían el recurso simplista del divorcio. Es pues, parte de nuestro trabajo propositivo a partir de las premisas antes planteadas.

#### 4.3.1 La separación de cuerpos.

La elección del Matrimonio indisoluble no cura las debilidades humanas, es una realidad el hecho de que se puedan presentar problemas en los matrimonio unas veces más graves que otros, pero ante los problemas la solución no es dar vuelta atrás, no es romper con los compromisos, no es el divorcio vincular, sino intentar buscar las soluciones: perdonar, corregir, hablar, y en ocasiones llegar incluso a la separación conyugal.

Aún cuando esta tesis de licenciatura no es de derecho civil, no podemos dejar de mencionar algunos planteamientos doctrinales que están implícitos en el debate legislativo mexicano.

Rafael Preciado Hernández, siendo diputado propuso para México una importante iniciativa en 1969 ante el Congreso de la Unión, con el propósito de complementar nuestra legislación civil relativa al matrimonio que en los casos de hogares desunidos sólo ofrece como solución jurídica el divorcio que implica la disolución del vínculo, le parece conveniente establecer la institución conocida como separación de cuerpos.

Su propuesta legislativa consistió en que “sin perjuicio de que subsista el divorcio”, se reconozca y reglamente en nuestro Código Civil “la separación de cuerpos” para ofrecer otra alternativa a los consortes en conflicto que, sin destruir el vínculo conyugal, pueda conducirlo después de algún tiempo a una reconciliación o cuando menos a una vida que ofrezca un ambiente más favorable al desarrollo y educación de los hijos.<sup>98</sup>

El proyecto de referencia no llegó a rechazarse expresamente y solo quedó en someterlo a un estudio al parecer indefinido pero la jurisprudencia ha abierto una desembocadura en los matrimonios desavenidos que no sea forzosamente el divorcio y que permite la separación del hogar conyugal cuando hay causas graves y justificadas para no continuar la vida en común y aún cuando no exista de por

---

<sup>98</sup>Cfr. SÁNCHEZ MEDAL, R; op.cit., P. 70.

medio una determinada resolución judicial que la haya autorizado.

Es interesante seguir el proceso para la formación de esta jurisprudencia a lo largo de 20 años, de 1949 a 1969:

“Matrimonio, pactos nulos entre esposos, si son contrarios a los fines del Matrimonio”. Como la ley impone a los consortes la obligación de hacer vida común, contribuyendo cada uno a los fines del Matrimonio, según previene el artículo 162 del Código Civil, y, además, establece en el artículo 163 que la mujer debe vivir al lado de su marido, en el convenio en el cual pactan los esposos que hará vida separada de manera indefinida, es contrario a los fines del Matrimonio, y, por tanto, nulo, de acuerdo con los artículos 182 y 147 del Código Civil para el Distrito Federal.<sup>99</sup>

Años más tarde, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado con todo acierto el artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal en lo tocante a la separación de los cónyuges en estas dos direcciones que se complementan entre sí:

1.- No toda separación del hogar conyugal constituye causal de Divorcio.

---

<sup>99</sup> Amparo directo 90026/1946. Graciano Rodríguez. Resuelto el 18 de abril de 1949.

Debe considerarse que la separación es justificada, cuando obedece a las necesidades de salvaguardar la integridad personal, la salud o la dignidad del cónyuge que realiza la separación, a pesar de que no ejercite la acción de divorcio, ya sea que se derive de esas circunstancias o que no promueva providencia alguna, cautelar o prejudicial, a fin de que se autorice la separación; el silencio o inactividad al respecto, no hace que se pierdan los derechos de defensa, porque si no se cumple con las obligaciones inherentes al contrato de matrimonio, es por causa de fuerza mayor, habida cuenta que no está obligado a enfrentarse al peligro y además que la discreción para evitar el conocimiento de terceros, de los defectos del otro cónyuge, es también atendible para la justificación.<sup>100</sup>

2.- La separación de los cónyuges como medidas provisionales, no requieren resolución judicial.

Aún cuando es cierto que el artículo 282 del Código Civil, dispone que el juez del conocimiento al admitir la demanda de divorcio, dictará provisionalmente mientras dure el procedimiento, la separación provisional de los cónyuges en todo caso y el depósito de la mujer, -ello no quiere decir que sea la determinación judicial la que venga a crear la posibilidad de separación de los cónyuges y que si el acuerdo

---

<sup>100</sup> Sexta época, cuarta parte, volumen XX del semanario judicial de la Federación, p. 121, amparo directo 7877/57. Enrique Míñive de Cervantes, 5 votos.

del juez no existe, le sea jurídicamente imposible separarse, pues la finalidad de dicho precepto, no es crear un derecho de separación a favor de los esposos, que los faculte para vivir separados, sino reconocer la situación que se presenta, cuando el desacuerdo entre los esposos ha llegado a tal grado de incompatibilidad, que los ha llevado a buscar una separación definitiva mediante el divorcio, que lógicamente tiende a agravarse cuando uno de ellos ha presentado su demanda. Mediante esa medida provisional, en especial la separación que debe decretarse en todo caso, lo que pretendió el legislador fue evitar mayores males que pudieran ocasionar los cónyuges con motivo del trato diario que los ha predispuerto, impidiendo que uno de ellos pretenda retener a su lado al otro o que contra su voluntad pretenda permanecer a su lado.<sup>101</sup>

De acuerdo con esta jurisprudencia, puede sostenerse que, sin necesidad de una resolución judicial previa, puede uno de los cónyuges, aún sin presentar la demanda de divorcio, cuando exista causa grave y justificada, separarse unilateralmente del otro cónyuge, sin incurrir por ella en causa de divorcio; y así mismo, pueden también ambos cónyuges, aunque no exista resolución judicial previa, convenir en vivir separados por un tiempo indeterminado, cuando después del Matrimonio se ha hecho irremediabilmente imposible la vida en común, sin que

---

<sup>101</sup> Informe del presidente de la 3 Sala de la Suprema Corte de 1978, p5 y 6, amparo n. 3384/77 de María Elena Gómez de García y amparo n. 3311/56 de Beatriz Mery Biham, amparo 2357/65 de Felipe Welch Ramos, amparo n. 6776/ de Raúl Pous Rodríguez, y amparo n. 2664/68 de Beatriz Romo de Robles.

la ejecución del mismo pueda servir de pretexto para invocar por sí sola por uno de los cónyuges como causal de divorcio.<sup>102</sup>

#### 4.3.2 Nulidad del Matrimonio.

¿Por qué es tan importante el tema de la nulidad para aquellos que quisieron optar por el pacto de indisolubilidad del Matrimonio?

En el Matrimonio indisoluble los contrayentes están comprometidos de por vida, el consentimiento juega un papel sumamente importante, lo que no sucede en la actualidad en los matrimonios civiles, ya que se le da más importancia a un formalismo legal que a la sinceridad del sí de los contrayentes. Por esto podemos entender

“que el sistema legal que posee un reconocimiento más amplio de las posibles anomalías del consentimiento, con gran diferencia, respecto de otros sistemas, es el derecho matrimonial canónico.”<sup>103</sup>

La razón en líneas generales es la siguiente.

∴

---

<sup>102</sup> Semanario Judicial de la Federación, tomo VI, 6º época, 4 parte, p.49. amparo 4135/56 de María del Refugio Viramontes.

<sup>103</sup> VILADRICH, P; op.cit., p. 182.

“El sistema canónico sostiene el principio de la indisolubilidad de todo matrimonio válido rato y consumado. Esa indisolubilidad del Matrimonio válido es un principio de gran exigencia, pero al mismo tiempo solo actúa en caso de matrimonio válido, lo que obliga asegurarse con gran cuidado de que ese matrimonio haya sido real y totalmente válido. Cualquier anomalía de importancia, que haya tenido lugar en el consentimiento de los contrayentes, ha de ser atendida pues en caso contrario se exigirá un efecto total -la indisolubilidad- a un pacto no total, el que ha tenido vicios y defectos y ese efecto indisoluble solo es congruente, cuando el pacto es pleno, esto es, carece de coacción, miedo, error, engaño, simulación, exclusiones o reservas mentales y condiciones.”<sup>104</sup>

En cambio, cuanto más divorcista es un sistema matrimonial, menos interés acaba teniendo para las partes y para el legislador asegurarse de que el consentimiento ha sido auténtico, pleno y total. La razón está en que, haya sido auténtico o haya tenido defectos, el pacto no produce un efecto indisoluble desde el momento que se admite, -con independencia de lo patológico del pacto-, la disolución del Matrimonio mediante el divorcio.

---

<sup>104</sup>Ibid., p. 183.



Por lo mismo cada vez se extiende más en la sociedad la idea de que no es necesario el Matrimonio, de que es solo un formalismo legal y lo dicen con razón, ya que cuando este se entiende como lo entiende la legislación, es decir como una institución vacía de contenido en la que el consentimiento puede simularse, en el que nadie ni nada asegura y protege la permanencia del compromiso, mejor es no acudir a este tipo de matrimonio.

Pensamos que al introducir el pacto de indisolubilidad de matrimonio en nuestra legislación exigiría que se regulara tanto la “separación de cuerpos” siendo un medio que ayudaría a los cónyuges a solucionar sus problemas sin acudir al divorcio vincular, como por otro lado, darle más importancia al consentimiento matrimonial, es decir, velar porque ese consentimiento esté exento de vicios, que se quiera contraer matrimonio como lo indica la naturaleza del mismo, único e indisoluble, y si ese consentimiento estuvo viciado o hay otros elementos de nulidad del Matrimonio se haga una investigación a fondo con el fin de poder determinar si hay o no matrimonio y no imponerles cargas a los cónyuges que no tendrían porqué llevar.

Desde luego, el tema de la nulidad, tratado desde una óptica estrictamente jurídico y aún filosófico , nos llevaría muchas páginas. Nos basta con lo señalado, pues rebasaría los objetivos de esta tesis, un tratamiento más detenido de tan

compleja institución jurídica.

#### 4.3.3 Formación prematrimonial institucionalizada.

Por último queremos hacer notar que el problema de fondo de nuestra sociedad está en la falta de educación y de una verdadera formación para los jóvenes sobre la institución matrimonial; los compromisos que se adquieren, los efectos que produce, los elementos esenciales; tanto la unidad como la indisolubilidad, etc. Es necesario preparar a los jóvenes para poder tomar una decisión de tanta importancia que repercutirá no sólo en sus vidas.

Por lo mismo, el tomar la decisión de contraer un matrimonio con pacto de indisolubilidad exige, que no se decida a la ligera, sin saber a ciencia cierta a lo que se están comprometiendo.

El Estado debe tener esta preocupación y debe velar por el bien común de la sociedad, por la conservación de las buenas costumbres, ya hemos visto que no es el divorcio el medio adecuado para mantener estos valores y conseguir el bien de la comunidad. Si el Estado verdaderamente desea ofrecer una sociedad más justa, más organizada en donde se pueda confiar en sus ciudadanos debe hacer un esfuerzo por



## Conclusiones

### PRIMERA CONCLUSIÓN

El Matrimonio está formado por elementos naturales insustituibles que le hacen tener una naturaleza propia. Por lo mismo el legislador debe conocer la esencia de éste y el de los elementos que lo constituyen para poder encausarlo legalmente.

### SEGUNDA CONCLUSIÓN

Las propiedades del Matrimonio son la unidad y la indisolubilidad. Estas propiedades sólo se pueden entender a la luz de la dignidad de la persona. Los cónyuges se han comprometido a una entrega total, con una totalidad esencial y existencial y como la naturaleza humana no cambia, según las tendencias de los tiempos, tampoco puede cambiar la naturaleza del vínculo jurídico del Matrimonio.

### TERCERA CONCLUSIÓN

La indisolubilidad del Matrimonio no se puede entender si no se ha captado el

verdadero sentido del compromiso y la libertad. Por ello hemos afirmado de modo reiterativo en este trabajo, que el hombre no puede estar exento de compromisos, aquel que pretenda no tener nada que lo ate, difícilmente se comprometerá con un ideal o con una persona. La verdadera libertad exige la elección y consecuentemente el compromiso.

#### CUARTA CONCLUSIÓN

El divorcio afecta en sus fundamentos a la familia, este no puede ser una solución adecuada para los problemas matrimoniales, menos cuando nos percatamos que en su origen se encierra en profundo individualismo y permisivismo legal y moral. Los hechos demuestran que aquellas sociedades que han aceptado el divorcio, paulatinamente han sufrido la degradación familiar y la de los individuos que las integran.

#### QUINTA CONCLUSIÓN

El Estado, como promotor de la moralidad pública, debe custodiar y legislar a favor de la indisolubilidad. La anterior afirmación ha sido puesta en tela de juicio especialmente a partir de los postulados doctrinales del liberalismo y del positivismo sociológico, sin embargo en nuestros días, tratando de adecuar el orden jurídico al

pluralismo ideológico vigente se han propuesto ya algunas soluciones en nuestro Derecho, como es el pacto de indisolubilidad del Matrimonio que consiste en que los contrayentes elijan si quieren o no casarse de modo indisoluble, aceptando que se integre una cláusula que lo aclare y sabiendo que si se comprometen para siempre, seguramente tendrán más responsabilidad, pero su compromiso sólido repercutirá en beneficio de todos. Esta cláusula según hemos afirmado, resulta un medio preventivo que protege la institución matrimonial.

#### SEXTA CONCLUSIÓN

Conociendo la debilidad de la naturaleza humana, es sano que existan algunos medios para dar protección a los que se comprometen de modo indisoluble. Sostenemos que los medios que se pueden ofrecer son: 1. Que el Estado pida a las personas que pretenden contraer Matrimonio, que reciban un curso sobre la seriedad del compromiso y sus consecuencias. 2. Regular la separación de cuerpos, para que en aquellos casos graves que lo exijan; se tenga la ventaja de no romper el vínculo sino dejar las puertas abiertas para solucionar el conflicto respetando el matrimonio y la familia. 3. Que se debe regular con más cuidado la nulidad matrimonial, ya que en el Matrimonio indisoluble juega un papel muy importante el consentimiento, por ser este la causa formal del vínculo. Si se encuentra viciado, el Matrimonio no existe.

## Bibliografía

1. ABBAGNANO, Nicola; *Diccionario de filosofía*. F.C.E. México, 1961.
2. ADAME GODDARD, Jorge; *Ponencia presentada en el Foro Estatal del Derecho de Familia.*, organizada por el Estado de Guanajuato, Univ. de Celaya, 1993.
3. BALLESTEROS, Jesús; *El sentido del Derecho*. civitas, Barcelona, 1994.
4. CARPINTERO, Francisco; *Derecho y Ontología Jurídica*. Actas, Madrid, 1993.
5. CRUZ, Luz María; *La educación familiar como actividad promotora del desarrollo socio-cultural*. Tesis de Maestría en educación familiar, Universidad Panamericana.
6. FUENMAYOR, Amadeo; *Legalidad, moralidad y cambio social.*, Eunsa, Pamplona, 1981.
7. HERVADA, Javier; *Los fines del Matrimonio. Su relevancia en la estructura jurídica matrimonial*, Pamplona, 1960.
8. HERVADA. JAVIER; *Diálogos sobre el amor y el Matrimonio*. Eunsa, Pamplona, 1974.
9. HÖFNER, Joseph; *Manual de Doctrina Social cristiana*.
10. DE LA TORRE; *Compendio de Filosofía*, Minos. México, 1970.
11. JUAN PABLO II; *Familiaris Consortio*, Ediciones Paulinas, México, 1979.
12. LLANO CIFUENTES, Carlos; *Formas actuales de la libertad*. Trillas, México, 1983.
13. MAGALLON IBARRA, *Instituciones de Derecho Civil*, V. III, México, Porrúa, 1987.
14. MARTÍNEZ, Santiago; *¡Divorcio, No!*, México, 1990.
15. MONTERO DUHALT, Sara; *Derecho de Familia*. Porrúa, México, 1992.
16. NAVARRO VALLS, Rafael; *Divorcio y Derecho*. Eunsa, Pamplona, 1977.
17. PACHECO E, Alberto; *La Familia en el Derecho Civil*. Panorama, México, 1985.
18. PALLARES, Eduardo; *El divorcio en México*. Porrúa, México, 1984.
19. PAULO VI. *Humanae Vitae*, Ediciones Paulinas, 1968.

20. REDONDO, Gonzalo; *La consolidación de las libertades en: Historia universal*. t XII, Eunsa, Pamplona, 1977.
21. REYNAUD MORALES, Rebeca; *Concepto de Matrimonio*. Diplomado en orientación Familiar. Enlace.
22. SÁNCHEZ MEDAL, R; *Divorcio Opcional*. Porrúa, México, 1974.
23. SÁNCHEZ MEDAL, Ramón; *Grandes cambios del derecho de familia en México*. Porrúa, México, 1991.
24. TOBEÑAS, Castán; *Derecho Civil español*. Reus, Madrid, 1960.
25. UTZ, Fritz ; *La Sociedad abierta y sus ideologías*. Herder, Barcelona, 1989.
26. VILADRICH, Pedro Juan; *Agonía del Matrimonio legal*. Eunsa, Pamplona, 1989.