

EL MATRIMONIO EN LA LEGISLACIÓN CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL (1917-2000)

Jorge Adame Goddard

SUMARIO. *Introducción. I. El matrimonio en el Código Civil de 1928: 1. La Ley de Relaciones Familiares; 2. El matrimonio en el Código Civil de 1928; 3. Las reformas al código civil de 1953; 4. La doctrina mexicana relacionada con el código civil de 1928; 5. Conclusiones sobre el régimen legal del matrimonio en el período de 1928 a 1974. II. El matrimonio legal posterior a la reforma de 1974: 1. La reforma de 1974 y reformas posteriores; 2. La doctrina civilística posterior a 1974; 3. Algunas conclusiones sobre este período. III. Epílogo: 1. El nuevo «Código Civil para el Distrito Federal»; 2. Una reflexión general.*

INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo es presentar cómo ha evolucionado la reglamentación del Código Civil del Distrito Federal de 1928, así como la doctrina civilística mexicana, en torno al concepto, naturaleza y efectos del matrimonio, hasta llegar al régimen del matrimonio en el nuevo código civil del Distrito Federal expedido el año 2000¹. Al ir estudiando las reformas legales y la doctrina correspondiente, me percaté que podían distinguirse dos etapas en esta evolución: la primera que va desde la publicación de la *Ley de Relaciones Familiares* de 1917, que es el antecedente del código de 1928, que comprende la publicación de este código, así como la reforma que se le hizo en 1953, que afecta el régimen matrimonial del código sin alterarlo sustancialmente. La segunda parte de la reforma constitucional de 1974, que modificó el artículo 4 de la constitución general para establecer la

¹ En otro trabajo, he analizado la evolución del concepto legal matrimonio en el período de 1821 a 1917, «Evolución del Concepto de Matrimonio en el Derecho Mexicano», en *Estudios en Homenaje a Don Manuel Gutiérrez de Velasco*, México, 2000, pp.1-35.

igualdad legal del varón y la mujer, así como el derecho de cada persona a decidir sobre la procreación, y que dio lugar a una profunda reforma del régimen matrimonial del código, con la consecuencia fundamental de eliminar la procreación como fin del matrimonio; comprende esta etapa también las reformas posteriores al código de 28, y me parece que también el régimen matrimonial definido en el actual código civil expedido el año 2000 que no es más que una consecuencia o desarrollo de la reforma de 1974.

En sendas partes de este trabajo, analizo estas dos etapas considerando, en cada una de ellas, primero los cambios legales y luego las obras doctrinales. Para seleccionar estas últimas he seguido el siguiente criterio: he procurado analizar todos los libros (excluyendo por consiguiente los artículos en revistas especializadas o en obras colectivas) publicados que sean de carácter monográfico sobre el matrimonio y también los que sean obras generales de derecho civil. Para encontrar tales libros utilicé el catálogo de la biblioteca del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (catálogo *Juslib*), así como la bibliografía de derecho civil de Manuel Borja Martínez². Es posible que no me refiera a todas las obras de las características anotadas que efectivamente se publicaron, pero me parece que las obras que contemplo son más que suficientes para conocer la posición de la doctrina mexicana. Con pena debo confesar que sólo hay una obra monográfica publicada en el período, lo cual demuestra el poco desarrollo que tiene todavía la investigación jurídica en México en un tema tan importante.

I. EL MATRIMONIO EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1928

El régimen matrimonial que definió el código estaba fuertemente influenciado por la *Ley de Relaciones Familiares* expedida por Carranza en 1917, por lo que esta parte debe iniciarse con la exposición del régimen matrimonial definido en esta ley. En cuanto a la doctrina contemporánea a la ley, remito al lector al trabajo previo que he realizado sobre este tema³.

² BORJA MARTÍNEZ, Manuel, *Bibliografía Tematizada de Derecho Civil Mexicano*, México, 1996.

³ Ver nota 1.

1. La Ley de Relaciones Familiares

La *Ley de Relaciones Familiares*, expedida por el presidente Venustiano Carranza en 1917⁴, en uso de facultades legislativas extraordinarias, inicia una nueva etapa en la legislación familiar en México. Si bien cuenta con algunos antecedentes en los decretos emitidos por el mismo Carranza en 1915 –por los que introducía en México el divorcio con disolución del vínculo⁵–, esta ley se propone programáticamente modificar la organización de la familia en México. Su exposición de motivos inicia con la declaración de que se necesitan leyes que establezcan la familia «sobre bases más racionales y justas, que eleven a los consortes a la alta misión que la sociedad y la naturaleza ponen a su cargo, de propagar la especie y fundar la familia». Prosigue señalando que una vez aceptado el divorcio vincular, es necesario «adaptar al nuevo estado de cosas, los derechos y obligaciones entre los consortes, así como las relaciones concernientes a la paternidad y filiación, reconocimiento de hijos, patria potestad, emancipación y tutela», es decir todo el derecho de familia. Y continúa la exposición de motivos diciendo, en el tercer párrafo, que «las ideas modernas sobre igualdad, ampliamente difundidas y aceptadas en casi todas las instituciones sociales, no han llegado a influir convenientemente en las instituciones familiares (...)».

En términos generales, las principales novedades introducidas por la ley, además del divorcio vincular y un concepto contractual del matrimonio, fueron el procurar una mayor igualdad entre los cónyuges, disminuyendo la potestad marital, aunque reconociendo diferentes funciones de cada uno; el eliminar la diferencia entre hijos naturales e hijos legítimos; y modificar profundamente el régimen patrimonial de los consortes y de los bienes comunes⁶.

⁴ La ley se publicó de manera fraccionada entre el 14 de abril y el 11 de mayo de 1917. Eduardo Pallares hizo una edición anotada y comentada: *Ley sobre Relaciones Familiares, Comentada y Concordada*, 2ª. ed., México 1923. Yo he consultado la versión incluida en *Código Civil Vigente del Distrito y Territorios Federales*, anotado y concordado por Manuel Andrade, México, 1931, pp.115 ss.

⁵ Decreto que reforma la fracción IX del artículo 23 de la *Ley Orgánica de las Adiciones y Reformas Constitucionales de 1874*, expedido el 29 de diciembre de 1914 y publicado en el periódico *El Constitucionalista*, núm. 4, 2 de enero de 1915, Veracruz (puede verse en *Leyes Complementarias del Código Civil*, edit. por E. Pallares, México, 1920, pp.412-416); y el decreto que modifica el código civil para el Distrito Federal, expedido el 29 de enero de 1915 y publicado (citado por SÁNCHEZ MEDAL, R. *Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia de México*, México, 1979, p.18).

⁶ Al respecto puede verse, SÁNCHEZ MEDAL, R. *Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia de México*, México, 1979.

1.1. Concepto del Matrimonio

En cuanto al concepto de matrimonio, la ley propuso una definición de matrimonio en su artículo 13 que dice: «El matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida». La definición tenía dos elementos novedosos respecto de la definición de los códigos civiles anteriores y la que aceptaba la doctrina mexicana antes de la codificación⁷. El primero es que, en vez de ver en el matrimonio una «sociedad legítima», como lo contemplaban los códigos anteriores, lo entiende como un «contrato civil»; y el segundo es que el vínculo ya no es «indisoluble» sino «soluble».

Los dos cambios están ligados entre sí, y el primero, la contractualización del matrimonio, es la causa del segundo. La idea de que el matrimonio es un «contrato» se había introducido en la ley de 3 de julio de 1859, una de las llamadas «leyes de Reforma» cuyo primer artículo decía que el matrimonio «es un contrato civil». Posteriormente, la idea pasó en 1873 al texto constitucional, cuando se reformó la constitución de 1857 para hacerle adiciones tomadas de las leyes de Reforma; el artículo 2 del *decreto de adiciones y reformas a la Constitución Política de la República Mexicana* repetía que el matrimonio es un «contrato civil». En la exposición de motivos de la *Ley de Relaciones Familiares* se dice (sexto párrafo) que las legislaciones anteriores no llegaron a sacar las consecuencias que tenía el concepto de matrimonio como contrato, porque seguían considerando el matrimonio bajo su aspecto religioso y aceptaron «la idea canónica» de la indisolubilidad del vínculo conyugal. El concepto de contrato civil no implica de ninguna manera la indisolubilidad de la relación, antes bien supone la posibilidad de disolución por mutuo consentimiento.

No obstante que se define el matrimonio como contrato, la ley sigue aceptando algo que es propio del matrimonio entendido como sociedad: el que tiene unos fines propios y esenciales a cuya consecución deben colaborar ambos cónyuges. Por eso, en la definición de

⁷ La definición provenía del proyecto del *Código Civil del Imperio Mexicano*, artículo 99 que decía: «El matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida», que era también la definición de matrimonio que sostenía la doctrina mexicana previa a la codificación.

matrimonio que da la ley se dice que los cónyuges «se unen (...) para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida». Y en consecuencia señala que las obligaciones de los cónyuges son (artículo 40): guardarse fidelidad (la fidelidad es esencial entre los aliados o socios) y «contribuir cada uno por su parte a los objetos del matrimonio», y además dispone que si los cónyuges pactaran «cualquiera condición contraria a los fines esenciales del matrimonio, se tendrá por no puesta» (artículo 16). No hay duda de que la *Ley de Relaciones Familiares* reconoce que el matrimonio se contrae «para» ciertos fines mencionados en la definición (artículo 13), que son llamados «fines esenciales» (artículo 16) u «objetos del matrimonio» (artículo 20); la misma exposición de motivos afirma (párrafo sexto) que «los objetos esenciales del matrimonio» son la perpetuación de la especie y la ayuda mutua.

2. La Relación Conyugal

La relación entre cónyuges se entiende, principalmente (artículo 40), como de colaboración para los fines esenciales del matrimonio, pero colaboración diferenciada. Al marido le corresponde (artículo 42) principalmente «dar alimentos a la mujer y hacer todos los gastos necesarios para el sostenimiento del hogar», aunque la mujer podrá contribuir si tiene bienes propios o desempeña algún trabajo o comercio hasta con un cincuenta por ciento de los gastos, o más si el marido estuviere imposibilitado para trabajar. A la mujer le compete (artículo 44): «la obligación de atender a todos los asuntos domésticos» y es ella la encargada de «la dirección y cuidado de los hijos y del gobierno y dirección del servicio del hogar».

Es una relación entre iguales, como lo declara el artículo 43 que dice que «ambos tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales», que de común acuerdo resolverán lo concerniente a la educación de los hijos y la administración de los bienes comunes y que, en caso de no ponerse de acuerdo, decidirá un juez cuidando ante todo el interés de los hijos. La igualdad también se reconoce en cuanto a la capacidad y administración de los bienes propios, ya que se reconoce (artículo 45) que ambos tienen «plena capacidad» y que pueden disponer de sus bienes sin consentimiento del otro cónyuge, y ejercer

las acciones que entre ellos hubiera, causadas antes o durante el matrimonio (artículo 50). No obstante, se mantiene alguna disposición protectora de la mujer, al prohibírsele contratar con su marido, respecto de bienes raíces o derechos reales, o salir fiadora de él, y así mismo se mantiene cierta primacía del marido, pues le corresponde a él fijar el domicilio conyugal, aunque con ciertas limitaciones (artículo 41), y dar licencia o permiso a la mujer para poder emplearse en servicio de otra persona, ejercer una profesión o establecer un comercio (artículo 44).

1.3. La Disolución del Vínculo por Divorcio

El decreto de Carranza, con fecha 29 de diciembre de 1914, que introdujo el divorcio en México, señalaba en su exposición de motivos que en principio el matrimonio se contraía «siempre en concepto de unión definitiva», pero que era necesario determinar los «casos excepcionales» en que se podía liberarse a los cónyuges «de la obligación de permanecer unidos durante toda su existencia». En el capítulo relativo al divorcio de la *Ley de Relaciones Familiares* (capítulo VI) se señalaban once causas de divorcio y además la posibilidad del divorcio por mutuo consentimiento. Éstas fueron definidas a partir de las causas de divorcio sin disolución del vínculo que preveía el Código Civil de 1884 en su artículo 227. Cabría suponer que, siendo la disolución del vínculo un efecto mayor que la mera separación de cuerpos, las causas de divorcio vincular serían más estrictas que las de la separación, pero no fue así.

La nueva ley (artículo 76), además de mantener casi todas⁸ las causas del divorcio no vincular –adulterio de uno de los cónyuges, nacimiento de un hijo en los primeros meses del matrimonio concebido fuera de él, la propuesta del marido para prostituir a su mujer, la incitación o coacción de un cónyuge a otro para que cometa un delito, el abandono injustificado del hogar, la sevicia o amenaza graves, la acusación judicial calumniosa de un cónyuge a otro, el vicio de la embriaguez, el tener uno de los cónyuges antes del matrimonio una enfermedad crónica incurable, contagiosa o hereditaria que el otro ig-

⁸ Sólo excluyó el vicio del juego que el código de 84 tenía como causa de divorcio no vincular.

norara, el conato para corromper a los hijos (artículo 78)—, introdujo nuevas causales: la incapacidad para cumplir los fines del matrimonio (en lo que cabría la esterilidad); el contraer durante el matrimonio una enfermedad crónica o incurable y contagiosa o hereditaria; el abandono injustificado del domicilio por seis meses (en vez de un año); el haber cometido uno de los cónyuges un delito que merezca pena de prisión de más de dos años; o el haber ejecutado un cónyuge contra el otro o sus bienes, un acto que merezca pena de un año; y, finalmente, el hecho de que un cónyuge hubiera demandado el divorcio o la nulidad del matrimonio y su denuncia no hubiera prosperado. Por estas nuevas causales, resultaba que el divorcio con disolución del vínculo se concedía más fácilmente que el anterior divorcio no vincular, no obstante que sus efectos eran más graves.

Aceptó también, como lo hacía la legislación anterior⁹, el divorcio por mutuo consentimiento, con lo cual se dejaba la subsistencia del matrimonio a la voluntad de las partes, de modo semejante al régimen de los contratos que permite su resolución por el consentimiento de las partes. Era una consecuencia lógica de concebir el matrimonio como contrato sometido a la «ley» de la voluntad de las partes.

2. El Matrimonio en el Código Civil de 1928

El código civil de 1928 siguió en materia familiar los lineamientos de la *Ley de Relaciones Familiares*, pero incluyó algunas novedades dependientes de su orientación general a reformar el derecho privado haciéndolo más solidario y menos individualista¹⁰, para lo cual se propuso especialmente proteger las partes más débiles en las relaciones jurídicas y en el matrimonio a la esposa.

⁹ El código civil de 1884, admitía el divorcio no vincular por mutuo consentimiento, artículo 227 fracción XIII.

¹⁰ El párrafo 9 de la exposición de motivos dice «Para transformar un Código Civil en que predomina el criterio individualista, en un Código Privado Social, es preciso reformarlo sustancialmente, derogando todo cuanto favorece exclusivamente el interés particular con perjuicio de la colectividad, e introduciendo nuevas disposiciones que se armonicen con el concepto de solidaridad».

2.1. El Concepto de Matrimonio

El código de 1928, a diferencia de los anteriores, no da una definición expresa del matrimonio, pero tiene un concepto de matrimonio que se puede inferir de su articulado sobre el matrimonio (Título V del Libro Primero, artículos 139 a 291) y en el capítulo sobre las actas de matrimonio (Capítulo VII del Título IV sobre el registro civil, artículos 97 a 113).

Dos artículos señalan expresamente que el matrimonio es un contrato: el artículo 178 afirma que «el contrato de matrimonio debe celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal, o bajo el de separación de bienes»; el artículo es el primero del capítulo IV del título sobre el matrimonio, capítulo que lleva la rúbrica «del contrato de matrimonio con relación a los bienes»; el otro es el artículo 267, que enumerando las causales de divorcio, señala que una de ellas es que la mujer casada tenga un hijo «concebido antes de celebrarse este contrato» (es decir, el matrimonio).

En comparación con el concepto de la *Ley de Relaciones Familiares*, se observa que el código elimina la mención de que el matrimonio es una «sociedad legítima» y por lo tanto también elimina la mención expresa de los fines del matrimonio. No obstante, el código señala en su artículo 162 que los cónyuges están obligados «a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente»¹¹, y en su artículo 182 hace referencia a los «naturales fines del matrimonio». Como su artículo 147 afirma que cualquier «condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta», se podía sostener que los fines del matrimonio a que alude el código son la procreación y la ayuda mutua, tal como lo consideraba toda la legislación anterior. Pero el hecho es que el código ya no dice expresamente cuáles son los fines del matrimonio.

¹¹ El artículo 40 de la *Ley de Relaciones Familiares* (igual al artículo 189 del código de 1884) decía que estaban obligados «a guardarse fidelidad, a contribuir cada uno por su parte a los objetos del matrimonio y a socorrerse mutuamente».

2.2. La Relación Conyugal

Se sigue considerando que la obligación principal de los cónyuges es colaborar con los fines del matrimonio y expresamente la ayuda mutua (artículo 162). Se eliminó la mención de la obligación de los cónyuges de «guardarse fidelidad» que tenía la legislación anterior, pero siguió considerándose el adulterio como causa de divorcio (artículo 267-I).

Continúa siendo una cooperación diferenciada, pero se inicia ya un proceso de igualación de los papeles de ambos, que se manifiesta en el debilitamiento de la primacía del marido sobre la mujer y la eliminación de las reglas proteccionistas a favor de la esposa.

Le corresponde al marido originalmente el sostenimiento económico de la familia (artículo 164), y a la mujer la dirección y cuidado del hogar (artículo 168). Para asegurar el cumplimiento de la obligación económica del esposo, se dispone ahora (artículo 165) que la mujer tiene siempre «derecho preferente sobre los productos de los bienes del marido y sobre sus sueldos, salarios o emolumentos» en el monto necesario para pagar los alimentos de ella y de los hijos; consecuentemente, cuando la mujer, por incapacidad del marido, debe hacerse cargo de la provisión económica, el marido tiene ese derecho preferencial (artículo 166).

Se acepta ahora, que en el caso excepcional en que la mujer deba proveer las necesidades económicas de la familia, el marido tiene, como la mujer en su caso, el derecho de pedir aseguramiento de bienes suficientes

La obligación de la esposa de cuidar el hogar, justificaba en la legislación anterior que no tuviera libertad para trabajar, sino que requería una «licencia» del marido; ahora se dice que la mujer tiene libertad de emplearse o desempeñar una profesión, industria, oficio o comercio, siempre que no descuide sus obligaciones domésticas (artículo 169), y el marido sólo tiene el derecho de oponerse a que la mujer trabaje (artículo 170), pero el juez de lo familiar será finalmente quien decida si la mujer puede o no trabajar, si el marido se opone (artículo 171).

La capacidad que tenía la esposa para administrar sus bienes propios se mantiene sin cambios, pero se van eliminando las reglas protectoras que impedían que la mujer contratara con su marido. Ahora ya se permite que pueda contratar con su marido y ser fiadora de él, siempre que el juez la autorice (artículos 174 y 175).

El marido conserva el derecho de fijar el domicilio con el consiguiente deber de la mujer de residir ahí, pero se da ahora intervención al juez para que pueda eximir a la mujer de vivir en el domicilio que fije el marido (artículo 163).

Se observa que al mismo tiempo que se merma la primacía del marido sobre la mujer, se aumenta la intervención del juez en la relación matrimonial. Él puede decidir si la mujer trabaja o no, si el domicilio es adecuado, y los contratos que pueden celebrar los esposos entre sí.

2.3. Otras Modificaciones que Implican un Cambio en el Concepto del Matrimonio

Las modificaciones que introdujo el código relativas al divorcio, filiación de hijos nacidos fuera de matrimonio y concubinato implicaban un cambio en cuanto al concepto y función del matrimonio.

a) La exposición de motivos del código ya no señala, como la de la *Ley de Relaciones Familiares*, que el matrimonio se contrae ordinariamente con la finalidad de que sea perpetuo y que el divorcio es una situación excepcional. Ahora habla del divorcio sólo para justificar una forma abreviada del mismo, el llamado posteriormente «divorcio administrativo», que procede cuando lo quieren ambos cónyuges, no hay hijos ni sociedad conyugal respecto de los bienes. Al respecto dice la exposición de motivos: «Es cierto que hay interés social en que los matrimonios no se disuelvan fácilmente, pero también está interesada la sociedad en que los hogares no sean focos constantes de disgustos y en que, cuando no están en juego los sagrados intereses de los hijos o de terceros, no se dificulte innecesariamente la disolución de los matrimonios (...)»¹². La perspectiva ya es diferente; el divorcio no es una excepción al matrimonio entendido ordinariamente como vitalicio, sino un acto en cuya realización puede estar interesada la sociedad, lo que equivale a decir que facilitar el divorcio cuando no hay hijos es materia de interés público.

Consecuentemente, también se amplían las causales de divorcio. El código, en su artículo 267, mantiene todas las causales previstas en la ley precedente, alguna las modifica levemente e introduce otras

¹² Exposición de motivos al *Libro Primero: de las personas*, párrafo 33.

nuevas. Las causales que modifica se vuelven más estrechas: la que preveía la ley de ser uno de los cónyuges «incapaz para llenar los fines del matrimonio», lo que significaba que la esterilidad era causa de divorcio, se modifica para decir que es la impotencia incurable (artículo 267-VI); la que se refería al delito cometido por el marido que amerite pena de dos años o más de prisión, se restringe diciendo que no sea «delito político» y sea delito «infamante» (fracción XIV). Las causales nuevas son la enajenación mental incurable (fracción VII), la declaración de ausencia o la presunción de muerte (fracción X) y la negativa de los cónyuges a darse alimentos (fracción XII). La exposición de motivos señala que se procuraron equiparar «en tanto sea posible» las causas de divorcio para el varón y la mujer¹³.

b) La *Ley de Relaciones Familiares* mantenía la distinción entre hijos legítimos, nacidos de matrimonio y los hijos «naturales», nacidos fuera de matrimonio (artículo 186), pero terminó con la categoría de hijos «espurios», es decir los que, según el código de 84, eran resultados de uniones de personas que no podían casarse entre sí, como los hijos de unión adúltera o incestuosa¹⁴; con esta perspectiva igualadora, la ley carrancista afirmaba enfáticamente (artículo 186) que «todo hijo nacido fuera de matrimonio es natural». Esta distinción era congruente con la idea, recogida en la llamada «epístola de Melchor Ocampo»¹⁵, de que el matrimonio era «el único medio moral de fundar la familia». Las otras uniones no podrían ser morales o legítimas, y por eso los hijos habidos de ellas no eran hijos legítimos, sino, como decía el código de 84 «hijos naturales». Pero en el código de 28 se suprime esa distinción, que la exposición de motivos califica de «odiosa diferencia entre hijos legítimos y los nacidos fuera de matrimonio»; la razón de la supresión es que es «una irritante injusticia que los hijos sufran las consecuencias de las faltas de sus padres»¹⁶. La igualación jurídica de los hijos, independientemente de su nacimiento

¹³ *Ibidem*, párrafo 31.

¹⁴ Ver artículos 328, 100 y 361 del código de 84.

¹⁵ Contendida en el artículo 15 de la ley del 3 de julio de 1859, una de las llamadas «Leyes de Reforma» que reguló el matrimonio civil.

¹⁶ Exposición de motivos al *Libro Primero, de las personas*, párrafo 28.

dentro o fuera de matrimonio, tiene relevancia especialmente respecto de su derecho a reclamar alimentos y de adquirir en la sucesión hereditaria, por lo que es congruente que el código de 28 admita (artículo 382) la investigación de la paternidad de los hijos fuera de matrimonio, lo cual en la *Ley de Relaciones Familiares* estaba en principio prohibido (artículo 187) y sólo se permitía en los casos en que el hijo tuviera la posesión de estado de hijo natural (artículo 197) o en los casos de raptó o violación (artículo 211); el código de 28, en vez de la prohibición general de investigar la paternidad, admite la investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio (artículo 382) en los casos mencionados en la ley anterior, pero también cuando el hijo fue concebido mientras la madre y el supuesto padre habitaban bajo el mismo techo, o simplemente cuando el hijo «tenga un principios de prueba», es decir en cualquier caso.

c) Otra novedad del código de 28 es el reconocimiento de efectos legales al concubinato. Éste se entiende (artículo 1635) como la unión de varón y mujer, que hacen vida marital, durante cinco años o menos si tienen hijos, y siempre que ninguno estuviera casado civilmente. La exposición de motivos justifica esta novedad diciendo que «Hay entre nosotros, sobre todo en las clases populares, una manera peculiar de formar la familia: el concubinato»; es un hecho que el legislador debe reconocer, y por eso admite que produce «algunos efectos jurídicos». No obstante, la misma exposición de motivos, declara que el matrimonio es «la forma legal y moral de constituir la familia»¹⁷. Los efectos que reconocía eran: el derecho de la concubina a heredar (artículo 1635) y la presunción de que los hijos de la concubina son del concubino (artículo 383). La admisión del concubinato implica la aceptación de dos formas de constituir la familia, una «legal y moral» que es el matrimonio, y la otra, el concubinato, que es «peculiar» de las «clases populares».

3. Las Reformas al Código Civil de 1953

El 31 de diciembre de 1953 se expidió un decreto de reformas¹⁸ al código civil que daba unos pasos más en el camino de la igualdad de los esposos.

¹⁷ *Ibidem*, párrafo 30.

¹⁸ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el 9 de enero de 1954.

En vez del deber de la esposa de habitar en el domicilio conyugal que fija el marido, el artículo 163 reformado establece la obligación de ambos cónyuges de vivir en el domicilio conyugal, pero omite decir quién lo fija¹⁹.

El derecho que tenía el marido para oponerse a que la mujer trabajase fuera del hogar, cuando descuidara sus deberes domésticos, se amplía, por una parte, al supuesto de que realice actividades que dañen la «moral o la estructura de la familia», aunque no descuide los deberes domésticos (artículo 169 reformado); pero, por otra parte, se equilibra ese derecho (artículo 172 reformado) con un derecho semejante de la mujer a oponerse a que el marido realice actividades que lesionen «la moral o la estructura de la familia».

4. La Doctrina Mexicana Relacionada con el Código Civil de 1928

4.1. *Rojina Villegas*

Rafael Rojina Villegas, quizá el autor más influyente en la doctrina civilista elaborada a partir del código de 1928, destina varios capítulos de su tratado titulado *Derecho Civil Mexicano*²⁰, al matrimonio. El capítulo titulado «Evolución y Concepto Actual del Matrimonio», comienza haciendo una contraposición entre la concepción del matrimonio antes de la ley revolucionaria de relaciones familiares, y la concepción «actual» derivada de ella y profundizada en el código. Antes, el matrimonio era «la base fundamental de todo el derecho de familia». Ahora, en «el derecho mexicano, a partir de la Ley de Relaciones Familiares (...) se sustenta el criterio perfectamente humano de que la familia está fundada en el parentesco de consanguinidad y, especialmente en las relaciones que origina la filiación, tanto legítima como natural. Por lo tanto, el matrimonio deja de ser el supuesto jurídico necesario para regular las relaciones de la paternidad, de la

¹⁹ La Suprema Corte interpreta que por domicilio conyugal se entiende «la casa habitación donde los esposos residen habitualmente, hacen vida en común, y cumplen con las finalidades del matrimonio», *Apéndice de Jurisprudencia*, 1955, vol. II, p. 13. De aquí se inferirá que el domicilio conyugal lo fijan los cónyuges de común acuerdo por el hecho de vivir en un lugar.

²⁰ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, 3 tomos, México, 1949. El matrimonio se encuentra en el tomo II, vol. 1, p.3.

paternidad y de la patria potestad (...)»²¹. Siguiendo con la equiparación de los hijos naturales con los legítimos, iniciada en la Ley, el código, señala Rojina, continuó «la obra iniciada» por la ley admitiendo nuevos casos para permitir la investigación de la paternidad, equiparó jurídicamente a los hijos naturales con los legítimos y facilitó la prueba de los hijos habidos en concubinato. Concluye su explicación manifestando: «por lo tanto, ya no podemos afirmar, como se hace todavía en el derecho europeo y en el americano, que el matrimonio es la institución fundamental del derecho familiar. Menos aún podemos decir que de él derivan todas las relaciones, derechos y potestades, pues nuestro régimen jurídico parte precisamente de una hipótesis distinta: ha considerado la filiación (legítima o natural) como la base y fuente de todas esas consecuencias jurídicas»²².

Minimizada así la importancia del matrimonio, pasa este autor a describir cómo ha evolucionado el concepto del mismo, para concluir que en México, «el artículo 130 de la Constitución de 1917 ha establecido que el matrimonio es un contrato civil y, por lo tanto, se regula exclusivamente por las leyes del Estado (...)»²³.

Tiene un capítulo destinado especialmente a discernir la «naturaleza jurídica del matrimonio». Ahí estudia diversos puntos de vista respecto del matrimonio. En primer lugar analiza la explicación del matrimonio como «institución», de acuerdo con la teoría de Hauriou, que considera que la institución es «un conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y persiguen una misma finalidad»; para alcanzar el fin perseguido se requiere constituir órganos con diferentes funciones, una potestad y procedimientos o reglas de acción. Bajo esta perspectiva, el matrimonio es una institución que responde a la finalidad que persiguen los consortes de constituir una familia y realizar un estado de vida permanente entre ellos. Al respecto, Rojina Villegas comenta que «La tesis de Haouriou aplicada al matrimonio tiene la importancia de comprender no sólo el aspecto inicial de la institución que existe por virtud de la celebración del

²¹ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, tomo II vol. 1, México, 1949, p.316.

²² *Ibidem*, pp.317-318.

²³ *Ibidem*, p.327.

acto, sino también el estado de vida que le da significación tanto social como jurídica y, finalmente, la estructuración normativa a través de la cual se establecen las finalidades, órganos y procedimientos de la institución misma»²⁴.

Luego explica la teoría de Duguit del «acto jurídico condición», que es el acto que tiene como objeto hacer aplicable, permanentemente, toda una sección del ordenamiento jurídico. Así, el matrimonio es el acto que hace aplicable a los cónyuges y sus hijos la legislación familiar vigente.

Señala que también puede considerarse como un «acto jurídico mixto», pues para existir requiere, por una parte, del consentimiento de los novios, pero también es necesaria la intervención del oficial del Registro Civil. Sin la declaración del oficial del Registro Civil, de que lo consortes están unidos en legítimo matrimonio, opina Rojina Villegas²⁵, «éste no existiría desde el punto de vista jurídico». Esta opinión parece ser la preferida del civilista mexicano, por lo que más adelante afirma.

En cuanto a la explicación de que el matrimonio es un contrato, que es a la que este autor le dedica más espacio, señala que ésa «ha sido la tesis tradicional desde que se separó el matrimonio civil del religioso». Luego transcribe párrafos de Bonecase y de Ruggiero que critican la tesis contractualista, afirmando que el matrimonio es claramente diferente de los contratos, porque las partes del matrimonio, a diferencia de las partes de un contrato, ni pueden modificar los derechos y obligaciones que surgen del consentimiento, ni pueden disolver el matrimonio por sólo el mutuo disenso. Rojina Villegas declara abiertamente «que debe desecharse totalmente la tesis contractual del matrimonio, pues además de las razones expuestas por Bonecase, debe reconocerse que en el derecho de familia ha venido ganando terreno la idea de que el matrimonio es un acto jurídico mixto en el cual participa, en forma constitutiva del mismo, el Oficial del Registro Civil»²⁶. Y en apoyo de esta tesis añade que de acuerdo con el código, el matrimonio requiere de la existencia del acta que elabora el mismo oficial.

²⁴ *Ibidem*, p.332.

²⁵ *Ibidem*, p.334.

²⁶ *Ibidem*, p.344.

Explica que las leyes mexicanas, e incluso la constitución, «han venido insistiendo en la naturaleza contractual del matrimonio», pero eso lo hacen sólo para «separar de manera radical el matrimonio civil del religioso, es decir, negar el principio consagrado por el derecho canónico que dio carácter de sacramento al matrimonio»²⁷. Cuando el artículo 130 constitucional afirma que el matrimonio es «un contrato», no fue la intención del legislador equipararlo a los demás contratos, «sino que su intención fue únicamente negar a la Iglesia toda ingerencia en la regulación jurídica del matrimonio (...)»²⁸.

Una variante de la tesis contractualista es la que afirma que el matrimonio es un «contrato de adhesión», pero Rojina Villegas sólo la menciona sin hacer comentarios.

El matrimonio como «estado jurídico» es otra explicación que le parece interesante. Según ella, el matrimonio es un acto jurídico, pero a la vez constitutivo de un estado jurídico, pues crea entre los consortes «una situación jurídica permanente». La diferencia entre matrimonio y concubinato la explica desde este punto de vista: el matrimonio es «un estado de derecho en oposición al concubinato que es un simple estado de hecho»²⁹.

Finalmente, propone lo que él llama la «tesis» de Antonio Cicu³⁰ de que el matrimonio, más que un contrato privado es un acto público, y que favorece la posición de Rojina de que es un acto mixto, es «un acto de poder estatal». No comenta la tesis, sino que simplemente transcribe literalmente algunos párrafos, sin citar la fuente.

Se puede concluir que, en la opinión de Rojina, el matrimonio no es un contrato sino un acto mixto, que se perfecciona por la declaración formal del oficial del Registro Civil. La mención en el artículo 130 constitucional de que el matrimonio es un «contrato», la interpreta en el sentido de que sólo declara que es un acto que se sujeta a la ley civil y no a la ley canónica.

En cuanto al contenido de la relación conyugal, Rojina opina que el matrimonio da lugar a cuatro conjuntos de derechos y obligaciones³¹.

²⁷ *Ibidem*, p.345.

²⁸ *Loc. cit.*

²⁹ *Ibidem*, p.350.

³⁰ *Ibidem*, p.353.

³¹ *Ibidem*, p.434 y ss.

El primero es el derecho y obligación de tener una vida en común y habitar bajo un mismo techo, lo cual le parece que «indiscutiblemente» es el derecho y deber principal que deriva del matrimonio, ya que sólo habiendo vida en común se pueden cumplir «los fines del matrimonio». Llega a afirmar que la obligación de vivir en común «constituye la relación jurídica fundante de la cual dependen un conjunto de relaciones jurídicas que podemos denominar fundadas o accesorias. La vida en común implica la relación jurídica fundante, porque si no se realiza, no podrán cumplirse las relaciones jurídicas fundadas»³².

El segundo es el derecho «a exigir el cumplimiento del débito carnal. Este derecho lo funda en el deber que tienen los cónyuges (artículo 162 del código civil) de contribuir a los fines del matrimonio. La negativa reiterada de uno de los cónyuges constituiría, según él, una injuria grave que sería causa de divorcio. Se advierte aquí que Rojina, sin decirlo expresamente, admite que la procreación es uno de los fines naturales del matrimonio.

El tercero es el derecho y deber de fidelidad, cuyo contenido no lo limita a la simple abstención del adulterio, sino a la abstención de cualquier comportamiento que pueda considerarse contrario a las «buenas costumbres».

Y el cuarto, el derecho y deber de ayuda mutua, que en su opinión comprende el de darse alimentos, y además el de darse socorro o asistencia recíproca. Opina que esto último es también un deber jurídico, porque su incumplimiento configuraría una ofensa grave que sería causal de divorcio.

Respecto del divorcio vincular, Rojina destina un capítulo entero a analizar su conveniencia desde el punto de vista político, ético, sociológico y religioso³³. Ahí precisa su concepto personal del matrimonio. Dice que desde el punto de vista moral «el matrimonio debe constituir una comunidad espiritual entre los consortes»; esa *affectio*, unidad o concordia es lo que permite realizar los fines del matrimonio, uno de los cuales, «sin ser precisamente el esencial, el básico, el único» es la procreación. Si el matrimonio es esencialmente esa comunidad de afecto o comunidad «espiritual», como la llama Rojina,

³² *Ibidem*, p.435.

³³ ROJINA VILLEGAS, R., *Derecho civil mexicano*, tomo II vol. 2, México, 1962, p.241 y ss.

«evidentemente que será inmoral mantener una unión» en la que no hay afecto sino una «repulsión continua»³⁴. Con esta visión justifica el divorcio necesario, aunque critica que se haga sin causa grave, pero también justifica el divorcio voluntario aun en su forma abreviada de divorcio administrativo.

Con esta concepción del matrimonio, se va introduciendo la idea de que su esencia es ser una comunidad de afectos, que depende de la convivencia en un domicilio común. Es congruente con la idea que apuntaba el mismo autor de que la relación «fundante» en el matrimonio era la convivencia común.

4.2. Rafael de Pina

En sus *Elementos de Derecho Civil Mexicano* (México 1956-1958)³⁵, Rafael de Pina se ocupa del matrimonio en el primer volumen. Ahí, antes de iniciar su tratamiento, hace la observación de que el matrimonio puede ser visto «desde el punto de vista religioso y desde el punto de vista meramente civil», y aclara que desde la perspectiva de la Iglesia Católica es un sacramento, pero que «de acuerdo con una concepción, civil el matrimonio es una realidad del mundo jurídico»³⁶. En el análisis que hace de la naturaleza jurídica del matrimonio, defiende la posición contractualista, especialmente de las objeciones hechas por Rojina Villegas y los autores que él cita; su argumento principal es que el vínculo matrimonial se establece siempre «sobre una doble y recíproca manifestación de voluntad de los contrayentes (...), y ello basta para nosotros para que se recurra a la figura del contrato»³⁷.

A diferencia de Rojina, no considera que el matrimonio pueda ser considerado como acto mixto, porque la intervención del Estado aunque es «esencial» «para el perfeccionamiento del matrimonio», lo es «únicamente como elemento de reconocimiento de la voluntad de los esposos», por lo que «no puede colocarse en el mismo plano que la voluntad de las partes de unirse en matrimonio». En apoyo de su postura, cita a Agustín Verdugo, donde afirma que el matrimonio es un

³⁴ *Ibidem*, p.251.

³⁵ Se citará la 15a. ed., México, Porrúa, 1986.

³⁶ DE PINA, Rafael, *Elementos de Derecho Civil Mexicano*, I, 15a. Ed., México, 1986, p.314.

³⁷ *Ibidem*, p.318.

contrato, que se forma por la voluntad de los contrayentes, tiene sin embargo características y alcances distintos y más amplios que los demás contratos³⁸.

Menciona también, al igual que Rojina, las tesis de Duguit del matrimonio como acto condición, y de Cicu como acto de poder estatal, sin hacer comentarios. La tesis institucional la explica siguiendo a Bonecasse y comenta que ha sido bien aceptada por los filósofos del derecho; sobre esta teoría opina que es «más conforme con la significación» del matrimonio que la tesis contractualista, pero que tampoco lo explica «satisfactoriamente».

Él opina que el matrimonio es «una institución natural susceptible de ser objeto de una doble regulación "canónica o civil" sin que ello afecte su unidad esencial»³⁹ y propone una definición, que dice tomar de Ahrens, pero sin indicar la fuente, según la cual el matrimonio es «una comunidad de vida, fundada en el amor y constituida con arreglo a normas legales, dirigida al cumplimiento de los fines que se desprenden naturalmente de la relación permanente entre dos personas de distinto sexo»⁴⁰.

En cuanto a la relación conyugal, sólo repite, sin comentario, las disposiciones del código respecto de la igual consideración del varón y la mujer, de la atribución general a la mujer del trabajo doméstico y al varón del sostenimiento económico, de la obligación de vivir en el domicilio conyugal. Es notable que, no obstante haberse publicado el libro después de la reforma de 1954 que quitó al marido el derecho de fijar el domicilio, no haga un comentario al respecto⁴¹.

El autor llega a llamar al concubinato «matrimonio de hecho», que se distingue del matrimonio civil que es el «matrimonio de derecho». Con esto, y quizá sin proponérselo, da un paso adelante en la equiparación de ambas figuras; Rojina afirmaba que el matrimonio daba lugar a un «estado de derecho» y el concubinato a un «estado de hecho», pero no llamó matrimonio al concubinato.

³⁸ *Ibidem*, p.319-320.

³⁹ *Ibidem*, p.320.

⁴⁰ *Ibidem*, p.322.

⁴¹ *Ibidem*, p.331-332.

Sobre el divorcio vincular, tiene una postura semejante a la de Rojina Villegas: es un mal necesario y visto como «remedio heroico para situaciones conyugales incompatibles con la naturaleza y los fines del matrimonio, no tiene nada de inmoral»⁴². Aunque lamenta, igual que Rojina «el abuso del divorcio» y señala que existe «un verdadero y pavoroso "problema 'social' del divorcio"»⁴³.

4.3. Magallón Ibarra

En 1965, aparece publicado el único libro monográfico mexicano que he conocido sobre el tema del matrimonio, obra de Jorge Mario Magallón Ibarra⁴⁴. El título de la obra, *El matrimonio. Sacramento. Contrato. Institución*, anuncia el tratamiento plural que da al tema. Ya desde el prefacio de su obra, este autor afirma que «el matrimonio es un hecho social común a todos los pueblos, pues reside en la conciencia de todos los hombres; siendo por lo tanto anterior a las formas jurídicas que han tratado de regularlo y de ajustarse a su naturaleza misma»⁴⁵. Esta idea se repite a lo largo del trabajo: el matrimonio no es una creación del derecho sino una realidad anterior, que el Derecho puede regular respetando su naturaleza⁴⁶.

Sin entrar en el análisis que el autor realiza de la doctrina canónica del matrimonio, basta mencionar que de ella toma la idea de que el matrimonio requiere un «contrato», en el cual se manifiesta el libre consentimiento de los contrayentes.

En el análisis del matrimonio como contrato, el autor afirma que es correcto considerar al matrimonio como un contrato, porque el libre acuerdo de voluntades de los contrayentes es indispensable para constituirlo⁴⁷. Pero no es un contrato equiparable a los contratos

⁴² *Ibidem*, p.339.

⁴³ *Ibidem*, p.340.

⁴⁴ MAGALLÓN IBARRA, Jorge, *El matrimonio. Sacramento. Contrato. Institución*, México, 1965, 296 pp.

⁴⁵ *Ibidem*, p.1.

⁴⁶ Ver por ejemplo, p.235: «(...) como ha quedado asentado en el cuerpo de este estudio, la unión matrimonial es anterior a las formas jurídicas y a cualquier ley escrita (...), no es pues una ficción que el derecho ha tenido que elaborar, sino que es anterior a la norma jurídica misma, la cual ha tenido necesidad de encontrar su verdadera adaptación, dentro de los límites que la técnica le permite, al matrimonio en sí».

⁴⁷ *Ibidem*, p.198: «(...) estamos de acuerdo que legalmente hablando se pueda y se deba definir el matrimonio como un contrato (...); p. 237: «(...) el matrimonio es y seguirá siendo un acuerdo de voluntades y por lo tanto, en su forma preliminar, un contrato mismo».

patrimoniales, y por eso considera que son justas las críticas que ha hecho Bonecasse a la teoría contractualista del matrimonio, señalando las grandes diferencias que existen entre el régimen contractual y el régimen matrimonial⁴⁸. El matrimonio, dice este autor, si bien es un contrato, es también algo más que un contrato, es «una forma de vida; una vida en forma; y una forma que nace de la vida»⁴⁹. El contrato matrimonial, opina el autor, se asemeja más a los contratos modernos en que las partes no tienen libertad para discutir las reglas que lo regirán y simplemente se someten voluntariamente, mediante su consentimiento, a un conjunto de reglas legales y obligatorias que no pueden cambiar⁵⁰. En apoyo de esta tesis, cita a Alvaro d'Ors, donde señala que el matrimonio es un contrato porque hay acuerdo de voluntades, pero que no pertenece al derecho privado, sino al derecho público, ya que la voluntad de las partes lo único que hace es colocar a las partes en una situación legalmente tipificada y no crear una relación de contenido variable⁵¹.

Como conclusión del capítulo, el autor afirma que dado el carácter *sui generis* del matrimonio, no es posible «adecuarlo a ninguna de las clasificaciones o sub-clasificaciones que los autores han elaborado en relación con los contratos en general, pues si lo hiciéramos, incidiríamos en el error de estimar que las formas de ellas son exactas al contenido matrimonial», y por eso rechaza que el contrato pueda ser concebido únicamente como «acto jurídico condición; acto jurídico mixto; contrato de adhesión; estado jurídico; acto de poder estatal, acto unión o convención en sentido técnico»⁵².

La consideración del matrimonio como institución, examinando principalmente a Bonecasse y la teoría de Hauriou, lleva a Magallón Ibarra a considerar el matrimonio ya no desde el punto de vista de su

⁴⁸ *Ibidem*, p.198 y ss, 235: «Es claro que el matrimonio-contrato no resiste un análisis técnico comparativo como lo hace Bonecasse y como lo hemos hecho nosotros».

⁴⁹ *Ibidem*, p.198. La frase arriba transcrita trasluce claramente la influencia del vitalismo de Recaséns Siches que concibe, como Ortega y Gasset, la cultura como «vida humana objetivada».

⁵⁰ *Ibidem*, p.197.

⁵¹ *Ibidem*, p.236, donde cita a D'ORS, Alvaro, *Una Introducción al Estudio del Derecho*, Madrid, 1963, p.50.

⁵² *Ibidem*, p.237.

constitución, sino desde la perspectiva del conjunto de deberes y derechos que engendra entre los cónyuges, es decir del estado o situación matrimonial. Considera que las disposiciones, contractualista e institucionalista, no se contradicen entre sí, sino que se complementan. Para explicar su postura, se sirve de la distinción, que recoge de la doctrina canónica, entre matrimonio *in fieri* y matrimonio *in facto esse*. Matrimonio *in fieri* (para realizar) indica la perspectiva que contempla cómo se contrae el matrimonio, que corresponde a la teoría contractualista que afirma que el matrimonio se constituye, como los contratos, por el consentimiento; mientras que matrimonio *in facto esse* (realizado) es lo que observa la perspectiva institucional, el conjunto de derechos y deberes entre los cónyuges⁵³.

La posición de este autor, más elaborada que la de cualquier otro de los comentaristas del código vigente, es la de afirmar principalmente el carácter institucional del matrimonio: «nosotros diremos institución de orden público, de la que deriva un estado matrimonial y a la vez una situación conyugal». Pero añade, que así como el derecho canónico «acepta y hasta subsume la noción del contrato en la forma sacramental. Igualmente en el derecho civil, el contrato debe ser un presupuesto de la institución matrimonial»⁵⁴.

No hace comentarios sobre los deberes que surgen entre los cónyuges por razón del contrato, ni del concubinato ni del divorcio.

4.4. Luis Muñoz

Este autor publica en 1971 su *Derecho Civil Mexicano*⁵⁵, en cuyo primer tomo trata el tema del matrimonio. Comienza su exposición dando diversas nociones del matrimonio, tomadas de otros tantos autores (sin citar la fuente), a las que califica de alguna manera. La concepción «legalista» es la de Baudry Lacantinerie: «el estado de dos personas de sexo diferente, cuya unión ha sido consagrada por la ley»; concepción «histórico-sociológica» de Westermarck: «es el matrimonio una relación más o menos duradera, entre el hombre y la

⁵³ *Ibidem*, p.265.

⁵⁴ *Ibidem*, p.2.

⁵⁵ MUÑOZ, Luis. *Derecho Civil Mexicano*, I, México, 1971.

mujer, que se prolonga más allá del acto de la reproducción hasta después del nacimiento de la progenitura»; o la concepción «realista» de que es «unión de dos personas de diferente sexo para la recíproca posesión de por vida de sus cualidades sexuales»; o el concepto propio de quienes lo ven como una sociedad indisoluble: «sociedad civil libremente contraída entre dos personas de distinto sexo, para formar una unión plena y perfecta e indisoluble entre ellas, complemento y continuación de la especie y regulada por las leyes civiles». Cita otras nociones más, pero ninguna analiza⁵⁶.

En cuanto a la naturaleza jurídica del matrimonio, dice que puede ser contrato, convención jurídica, acto del Estado, institución o negocio jurídico bilateral. Tampoco analiza estas opiniones. Él afirma que el matrimonio en el código civil del Distrito Federal es un contrato porque el artículo 130 constitucional señala que el matrimonio es un contrato civil⁵⁷. Sin embargo, transcribe las objeciones de Rojina contra la naturaleza contractual del matrimonio. Advierte que, además de la regulación civil, existe la regulación canónica. Afirma, sin explicación, que «la generación, el mutuo auxilio y la educación de la prole, son los fines del matrimonio»⁵⁸.

No trata acerca de los deberes y derechos entre cónyuges; ni siquiera menciona lo que dice el código. Al concubinato lo llama, como Rafael de Pina, «matrimonio de hecho». Tampoco opina sobre el divorcio; simplemente enumera las causas previstas en el código y hace alguna explicación del procedimiento correspondiente.

4.5. Julián Güitrón Fuentesvilla

Publicó en 1972 un libro titulado *Derecho Familiar*⁵⁹, cuyo título indicaba la intención del autor de considerar un derecho de familia como rama autónoma, separada del Derecho Civil. Si bien la obra no trata específicamente el tema del matrimonio, sí hace algunos comentarios de las reglas sobre la materia establecidas en el código de 1928. Él alaba la tendencia igualitaria entre los esposos que se da en el

⁵⁶ *Ibidem*, p.397.

⁵⁷ *Ibidem*, p.398.

⁵⁸ *Loc. cit.*

⁵⁹ GÜITRÓN FUENTEVILLA, J. *Derecho Familiar*, México, 1972.

código así como la eliminación de la diferencia entre hijos legítimos y naturales⁶⁰. Critica la reglamentación que hizo el código del divorcio y especialmente la introducción del llamado divorcio administrativo, por considerar que son como las «bases para terminar con la unidad familiar»⁶¹. Comenta laudatoriamente las reformas de 1953 (bajo la presidencia de Ruiz Cortines) que dieron un paso más a favor de la igualdad de la mujer con el varón.

Uno de los puntos importantes de su obra es la llamada a tener una legislación federal sobre familia en toda la república. Por eso critica que, con la expedición del código civil de 1928, se hubiera derogado la *Ley de Relaciones Familiares*, la cual, en su opinión podría haber continuado como una ley federal sobre la materia con vigencia en todo el país⁶². Desde esta misma perspectiva propone, al final de su obra, las bases para un código familiar, en las que destaca la insistencia en que el legislador procure la «equiparación de ambos sexos» y anuncia que en un proyecto de código que ha preparado ha establecido «una igualdad absoluta entre ambos cónyuges»⁶³; en el mismo proyecto de código, señala, ha considerado el matrimonio como acto solemne, en cuanto requiere la presencia de un funcionario público; como contrato, en tanto que hay un acuerdo de los cónyuges respecto de los bienes, y como institución porque sitúa a los cónyuges en un estado de vida sujeto a un conjunto de reglas jurídicas. No deja de llamar la atención que reduzca el consentimiento conyugal exclusivamente al acuerdo sobre los bienes. El proyecto de código familiar de este autor, fue materia de un congreso que él mismo organizó posteriormente, y del cual se da cuenta más abajo. Su idea de lograr la absoluta igualdad entre varón y mujer, inspiró las reformas del código de 1974.

4.6. Galindo Garfias

Un año después (1973), Ignacio Galindo Garfias, publicaba su *Derecho Civil. Primer Curso*⁶⁴. Al hablar del concepto del matrimonio,

⁶⁰ *Ibidem*, p.127.

⁶¹ *Ibidem*, pp.127, 138.

⁶² *Ibidem*, p.128.

⁶³ *Ibidem*, pp.334 y 336.

⁶⁴ GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho Civil. Primer Curso*, México, 1973.

dice que éste puede verse desde dos puntos de vista «como acto jurídico y como estado permanente de vida de los cónyuges» que procede del acto jurídico⁶⁵. Como estado civil, el matrimonio supone un complejo de derechos y deberes organizados en relación a los «intereses superiores de la familia», que son la procreación de los hijos y la ayuda mutua entre los cónyuges. Estos fines, en su opinión, «exigen que la colaboración conyugal sea permanente, prolongada mientras subsiste el lazo conyugal».

La comunidad de vida entre el varón y la mujer la concibe como «un hecho natural que se impone al derecho» y que éste simplemente protege, regula y asegura⁶⁶. Con esto, implica la afirmación de que el matrimonio es una realidad natural independiente del orden jurídico.

Sobre la naturaleza jurídica del matrimonio afirma que para el derecho canónico el matrimonio es un sacramento, pero que también lo contempla como «un contrato de naturaleza indisoluble». Desde el punto de vista civil, cita las diversas opiniones que Rojina había mencionado (contrato, institución, acto mixto, acto del poder estatal), sin pronunciarse en favor o en contra de una ni expresar una postura propia⁶⁷.

Los deberes entre los cónyuges los trata en su capítulo titulado «El Estado del Matrimonio», en congruencia con su idea de distinguir el matrimonio como acto (consentimiento matrimonial) y el conjunto de deberes o estado de vida que genera. Afirma que los deberes entre cónyuges tienen «un contenido fundamentalmente *moral*» (en cursiva en el original), y que el derecho simplemente establece sanciones jurídicas para asegurar su cumplimiento⁶⁸. El conjunto de deberes que surgen del matrimonio constituye una «*comunidad de vida* [en cursivas en el original] permanente entre los cónyuges». Luego aclara que la permanencia de los deberes matrimoniales no se identifica plenamente con la indisolubilidad del matrimonio, pues considera que aunque «es de la naturaleza del matrimonio que el estado mismo sea duradero y no fugaz o transitorio» puede ser disuelto por divorcio, «cuando proceda»⁶⁹.

⁶⁵ *Ibidem*, p.441.

⁶⁶ *Ibidem*, p.441.

⁶⁷ *Ibidem*, pp.445-447.

⁶⁸ *Ibidem*, p.510.

⁶⁹ *Ibidem*, p.510.

Clasifica los deberes entre cónyuges en tres: deber de cohabitación, deber de fidelidad y deber de asistencia. Respecto del deber de cohabitación, señala que después de la reforma de 1953, es un deber de ambos cónyuges y que por domicilio conyugal se entiende el lugar donde los cónyuges viven juntos, «en donde han convenido en establecer su común morada»⁷⁰. El deber de fidelidad lo considera como un deber esencialmente moral, que sólo tiene una sanción jurídica en la sanción penal del adulterio y la bigamia, o en que constituye una causal de divorcio; considera que comprende el deber de los cónyuges de prestarse al acto conyugal o «débito conyugal», y el de abstenerse no sólo de relaciones sexuales extramatrimoniales sino también de cualquier acto que pudiera injuriar al otro cónyuge. El deber de asistencia recíproca considera que es «la síntesis y el resumen del concepto civil y canónico del matrimonio» porque incluye el deber de cohabitación y el de fidelidad, y el de darse todos los servicios que requieran entre sí. Por eso, opina que la violación de este deber carece de una sanción pecuniaria, y que la obligación de darse alimentos, que sí tiene sanción jurídica, es sólo un aspecto de este deber más amplio.

Explica que la igual consideración y autoridad que tienen los cónyuges, de conformidad con el artículo 167, se debe a la «reciprocidad de las relaciones jurídicas entre los consortes que nacen del matrimonio», por lo que acepta, sin comentario, que los cónyuges de común acuerdo decidan lo relativo a la educación de los hijos y administración de los bienes comunes. Acepta, también sin comentario, que corresponda a la mujer principalmente el cuidado de los hijos y administración del hogar, y que pueda trabajar cuando no perjudique aquella labor.

El divorcio vincular lo admite con muchas reservas. Por una parte afirma que el matrimonio «por su propia naturaleza debe ser permanente» y que «no puede aceptarse» que al contraer matrimonio la voluntad de los consortes «sea otra, distinta a la de mantener la subsistencia del vínculo conyugal, durante toda su vida, mediante el firme propósito de superar las contingencias que por azares de la vida, amenacen el mantenimiento de ese vínculo». Y añade que «el contenido de esa voluntad en el momento de la celebración del matrimonio,

⁷⁰ *Ibidem*, p.513.

constituye una verdadera promesa de llevar a cabo hasta el final de la vida, ese propósito»⁷¹. Pero más adelante afirma que cuando puede comprobarse que «ya no subsiste entre los consortes que pretenden divorciarse la situación socio familiar de un verdadero matrimonio», entonces «no puede pensarse que en este caso, la sociedad tenga interés en mantener el vínculo jurídico»⁷².

Respecto del concubinato, lo distingue claramente del matrimonio diciendo que «el matrimonio produce plenitud de efectos jurídicos, derechos y obligaciones, facultades y deberes, tanto entre los cónyuges y con relación a los hijos; da lugar al parentesco por afinidad y se proyecta sobre los bienes de ambos consortes; en tanto que los efectos del concubinato reconocidos por la ley, son limitados»⁷³.

5. Conclusiones sobre el Régimen Legal del Matrimonio en el Período de 1928 a 1974

En los autores de este período, puede observarse una preocupación por discutir la naturaleza jurídica del matrimonio, lo cual supone aceptar de antemano que el matrimonio es un acto o realidad jurídica. En este punto, la legislación liberal había logrado su principal propósito: el de secularizar el matrimonio y convertirle simplemente en un acto jurídico, cuyo efecto y validez depende de lo que digan las leyes. Contemplado el matrimonio como un «acto jurídico», era natural que la doctrina se debatiera acerca de qué tipo de acto jurídico era.

Rojina Villegas propone que el matrimonio, no obstante la afirmación constitucional de que es un «contrato», es un acto mixto y preferentemente un acto del poder público; le sigue Luis Muñoz.

Rafael de Pina sostiene que es un contrato y considera que lo esencial es el consentimiento de los cónyuges. Magallón Ibarra coincide en esto, y añade la consideración del contrato como institución o estado de vida, señalando que la consideración del matrimonio

⁷¹ *Ibidem*, p.543.

⁷² *Ibidem*, p.547.

⁷³ *Ibidem*, p.451.

como contrato y como institución no son contradictorias sino complementarias. También Galindo Garfias afirma la esencialidad del consentimiento conyugal y la complementariedad del régimen institucional⁷⁴.

Se puede ver que en este período los autores llegan más o menos a aceptar que, desde el punto de vista jurídico, el matrimonio es un contrato, en cuanto a la forma de contraerlo, un conjunto de deberes y derechos que constituyen un estado civil y una institución o conjunto de normas impuestas y orientadas hacia un fin público.

En cuanto a los deberes y derechos que surgen entre los cónyuges, ninguno de los autores discute la tendencia a igualar las posiciones del marido y la mujer que introdujo la *Ley de Relaciones Familiares* y continuó el código, ni que se haya quitado al marido, en la reforma de 1954, el derecho a fijar el domicilio conyugal. Tampoco critican la repartición entre los deberes domésticos, que tocan a la esposa, y los de mantenimiento económico de la familia que tocan al marido. Rojina Villegas asume la posición de que todos los deberes conyugales son jurídicos, pues de alguna manera están sancionados, al menos con la posibilidad de entablar la acción de divorcio; ninguno de los otros autores hace una afirmación semejante, y Galindo Garfias inicia una nueva posición al afirmar que buena parte de los deberes conyugales son de orden moral. Rafael de Pina y Magallón se acercan a esta posición cuando afirman que el matrimonio es una institución «natural», que tiene regulación jurídica civil y canónica.

⁷⁴ En este contexto de discusión acerca de la naturaleza contractual del matrimonio, conviene mencionar la obra (tesis doctoral) de Raúl Ortiz Urquidí, *Matrimonio por comportamiento* (México, 1955) en la que defendía la viabilidad, desde el punto de vista jurídico, del artículo 70 del código civil de Tamaulipas que aceptaba que el matrimonio se contraía por la convivencia y trato sexual continuado entre varón y mujer. Él argumentaba que tal matrimonio por comportamiento era realmente un contrato consensual y que, por lo tanto, era conforme con el artículo 130 constitucional, y que debía ser considerado válido conforme a la legislación de Tamaulipas. La Suprema Corte de Justicia, que conoció de un caso en que una mujer solicitaba alimentos con base en un matrimonio así, y resolvió por sentencia del 30 de abril de 1952 (citada en por el autor en el libro p.18 y ss.) que la petición no procedía porque para que hubiera matrimonio se requería de una «formulación expresa de voluntad». Un voto particular manifestaba su inconformidad porque la legislación de Tamaulipas no exigía la declaración expresa, por lo que en su opinión habiendo consentimiento por el hecho de la convivencia había contrato y matrimonio.

Los autores hablan de los fines naturales del matrimonio, como algo evidente, considerando que son la procreación y la ayuda mutua, principalmente.

Todos estos autores ya aceptan el divorcio vincular como una solución plausible, para ciertos casos. Rojina y Rafel de Pina todavía con reticencias, considerándolo un «mal necesario» y advirtiendo contra el «abuso» de los divorcios por causas insignificantes, pero, en todo caso, afirmando que el divorcio vincular es «moral». En sus consideraciones sobre el divorcio, despunta en Rojina la idea de que el matrimonio es esencialmente una convivencia afectuosa, que termina cuando el afecto se hace imposible, idea que es ciertamente incompatible con su posición de que el matrimonio es principalmente un acto del poder estatal. Galindo Garfias, no obstante que parte de la idea de que el matrimonio en la intención de los contrayentes debe contemplarse como un vínculo permanente, acepta que no hay interés en mantener el vínculo cuando la situación entre los cónyuges ya no es la de un «verdadero matrimonio», es decir en una posición semejante a la de Rojina: la falta de afecto matrimonial justifica la disolución del vínculo.

Respecto del concubinato, ninguno de los autores critica que el legislador le haya reconocido efectos, y aceptan la idea de que el matrimonio es otra forma posible de matrimonio, el matrimonio «de hecho». Rojina se anticipa a lo que los autores dirán posteriormente, que el matrimonio no es ya la única forma legal de fundar una familia.

II. EL MATRIMONIO LEGAL POSTERIOR A LA REFORMA DE 1974

La reforma constitucional del artículo 4º, aprobada a fines de 1974, marca el comienzo de una nueva manera de entender el matrimonio, en la que se le concibe primordialmente como una unión afectuosa ordenada principalmente a la ayuda mutua de los cónyuges. Hay posteriormente otras reformas que continúan en esa línea hasta llegar a introducirse el delito de «violación conyugal», tipo completamente impensable cuando se entiende que en el matrimonio los cónyuges se deben la entrega corporal en orden a la procreación.

1. La Reforma de 1974 y Reformas Posteriores

1.1. La Reforma de 1974 al Derecho de Familia

En sintonía con la celebración del Año Internacional de la Mujer (1975), proclamado por la Asamblea de las Naciones Unidas, el Congreso mexicano, durante la presidencia de Luis Echeverría, reformó el artículo 4º de la constitución general al igual que otras leyes federales y el Código Civil para el Distrito Federal⁷⁵.

La reforma del artículo 4º constitucional introdujo los párrafos tercero y cuarto actuales que establecen, el tercero, que «el varón y la mujer son iguales ante la ley», y el cuarto que «toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos».

Este último párrafo, sin decirlo expresamente, venía a afectar dos principios fundamentales en torno al matrimonio. Al admitir la constitución que toda «persona» puede decidir acerca de la procreación, sin ninguna referencia al matrimonio, admite implícitamente que el matrimonio no es, como decía la «epístola» de Melchor Ocampo, que se leía a los novios en la ceremonia de matrimonio civil, «la única formal moral de fundar una familia», puesto que cualquier «persona» –no cónyuge o concubino–, tiene derecho a decidir sobre la procreación. La disposición fue reproducida también en el código civil (artículo 162 reformado) con la aclaración de que «por lo que toca al matrimonio, este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges». Con esta frase, y especialmente con la cláusula restrictiva «por lo que toca al matrimonio», el código confirma que el matrimonio es sólo una, entre otras posibilidades de procrear.

El citado párrafo del nuevo artículo cuarto constitucional también vulneraba, sin decirlo, el principio de que la procreación es uno de los fines naturales del matrimonio y de que cualquier condición o pacto contra él sería nulo. Cuando se admite que los cónyuges deciden libremente acerca del número y espaciamiento de los hijos, parece admitirse que pueden decidir no tener hijos, máxime cuando no existe en el código de 28, a diferencia de la legislación anterior, una disposición que señale que la procreación es un fin esencial del matrimonio.

⁷⁵ Las reformas fueron publicadas en el *Diario Oficial de la Federación*, el 31 de diciembre de 1974.

La declaración hecha en el nuevo párrafo tercero del artículo 4º constitucional donde señala que «el varón y la mujer son iguales ante la ley» es una clara manifestación de la tendencia igualitaria que se promovía entonces y que fue acogida en las reformas al *Código Civil del Distrito Federal*⁷⁶. El contenido principal de esta reforma, en lo que al matrimonio concierne, fue la igualación de los papeles de los cónyuges en el matrimonio. La tendencia a la igualación entre los esposos no era nueva en México. Fue expresada abiertamente como razón de las modificaciones que hizo la *Ley de Relaciones Familiares* al código de 1884, de las que posteriormente se hicieron a esa ley al expedirse el código de 1928 y que fue también el motivo de la reforma de 1953, de modo que la reforma del código que entró en vigor en 1975 era simplemente continuación de un proceso ya incoado.

La reforma afectó el régimen de las obligaciones conyugales al suprimir el principio que conservaba el código de 28 de los papeles diferenciados del esposo y la esposa. El artículo 164 reformado señalaba que ambos cónyuges contribuirán al sostenimiento económico de la familia y a la educación de los hijos, pero que podrán distribuirse esta «carga en la forma y proporción que acuerden». En consecuencia, se modificaron o derogaron las disposiciones (particularmente los artículos 164 y 168 anteriores) que decían que al marido correspondía principalmente el sostenimiento económico y a la mujer el cuidado de los hijos. Con estas reglas, la ley renunciaba a definir el contenido de las obligaciones matrimoniales y dejaba a los cónyuges la libertad de determinarlo. No obstante la renuncia, el citado artículo señalaba que los derechos y obligaciones entre los cónyuges «serán siempre iguales (...) e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar». La frase no tiene más valor que el de una declaración, pues si los cónyuges acuerdan que se distribuyan la carga dejando a uno principalmente el sostenimiento económico y a otro el cuidado del hogar, como suele suceder en México, los derechos y obligaciones no son realmente iguales.

⁷⁶ El 31 de diciembre de 1974 fue publicado un decreto en el *Diario Oficial de la Federación* que reformó diversas leyes, entre ellas el *Código Civil para el Distrito y Territorios Federales*.

En congruencia con la reforma de 1953 que dio a la mujer un derecho a oponerse a la actividad del marido que lesionara la moral o la estructura de la familia, semejante al que tendía el marido respecto de la mujer, se derogaron los artículos 170 y 171, y se establecieron los derechos de uno y otra en un solo artículo, el 169. De conformidad con la no diferenciación de los papeles de marido y mujer, se quita la posibilidad de que el marido se oponga al trabajo de la mujer cuando descuida sus deberes domésticos.

Por otra parte, la reforma, siguiendo con la línea de la igualdad entre los esposos, modificó el artículo 1368 que se refería al derecho de la concubina para recibir una pensión alimenticia, con cargo a la herencia, a la muerte del concubino, para dar el mismo derecho también al concubino.

1.2. Reformas de 1983

El 27 de diciembre de 1983, durante la presidencia de Miguel de la Madrid, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* un decreto de reformas al código civil. La reforma complementó la de 1953 que había señalado el deber de ambos cónyuges de habitar en el domicilio conyugal precisando que el domicilio conyugal lo fijan ambos cónyuges de común acuerdo.

La relación conyugal se vuelve más frágil en tanto que se admite una nueva causal de divorcio en la nueva fracción XVIII agregada al artículo 267, que permite a cualquiera de los cónyuges solicitar el divorcio cuando han vivido separados por dos años o más. La causa del divorcio es la mera separación, independientemente de las razones o motivos que la hayan producido o si es justificada o injustificada, por lo que el divorcio lo puede pedir el cónyuge que permaneció en el domicilio o el que se separó. En el fondo de la admisión de esta nueva causal de divorcio, late ya la idea de que el matrimonio, más que relación jurídica, es una situación de hecho: la efectiva convivencia de los cónyuges, de modo que la falta de ésta hace insubsistente el matrimonio.

La admisión del concubinato como una forma de constituir una familia con efectos legales ganó terreno al reformarse el artículo 1635. Originariamente sólo la concubina tenía un derecho a la sucesión legítima del concubino. En la reforma de 1975 se admitió que la concubina y también el concubino tenían derecho a una porción

legítima en la sucesión hereditaria. En 1983 se admite que el concubino y la concubina tendrán en la sucesión legítima los mismos derechos que los esposos.

1.3. Reforma Constitucional de 1992

Al reformarse en 1992 el artículo 130 constitucional, se suprimió la afirmación de que el matrimonio es «un contrato civil» e incluso se eliminó la referencia expresa al matrimonio (sexto párrafo), y sólo se conserva la afirmación de que «los actos del estado civil» (sin precisar cuáles son) están bajo la «exclusiva competencia de las autoridades administrativas» y que tienen «la fuerza y validez» que las leyes les atribuyan.

Bajo esta disposición constitucional, puede concluirse que el matrimonio es un acto del estado civil que tiene la «fuerza y validez» que las leyes determinen, de modo que queda completamente a criterio del legislador, en particular de las legislaturas locales, determinar qué es el matrimonio, cuáles son sus requisitos y cuáles son sus efectos. Con esta perspectiva, el matrimonio se presenta como un producto o creación del legislador, que no responde a ninguna realidad objetiva de la vida social o de la naturaleza humana.

Como la materia familiar, y por lo tanto el matrimonio, se ha considerado de competencia local, el poder legislativo de cada estado de la federación tiene la facultad de legislar y definir sobre la naturaleza y efectos del matrimonio, sin ninguna limitación y sin ninguna orientación. Esto puede dar como resultado, si no es que ya lo ha dado, el que en un mismo país convivan concepciones y regímenes jurídicos diversos –y aun contradictorios- en esta materia tan importante.

1.4. Reformas de 1994

Once años después, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación*, el 6 de enero de 1994, un decreto de reformas al código civil que, respecto de las relaciones entre cónyuges, derogaba los artículos 174 y 175 que establecían limitaciones a la capacidad de contratar entre los esposos, especialmente el requisito de que se requería autorización judicial para que contrataran entre sí o para que la mujer fuera fiadora del marido. Ahora los esposos, en materia contractual, quedan en la misma situación que si no estuvieran casados.

1.5. Reformas de 1997

Bajo la óptica de prevenir la violencia dentro de las familias o violencia familiar, se volvió a reformar el código en 1997⁷⁷. La reforma se ocupa principalmente de lo relativo al ejercicio de la patria potestad y custodia de los hijos, pero en cuanto a la relación matrimonial introdujo dos nuevas causales de divorcio. Una es la conducta de «violencia familiar» practicada por cualquiera de los cónyuges contra el otro o contra los hijos, y la otra es que un cónyuge desobedezca las determinaciones que alguna autoridad administrativa o judicial haya ordenado para evitar que cometa actos de violencia familiar (fracciones XIX y XX del artículo 267). Las nuevas causales resultan muy amplias puesto que la definición de violencia familiar que introdujo el código es igualmente amplia. Se entiende por ella (artículo 323 *ter*) el «uso de la fuerza física o moral, así como las omisiones graves, que de manera reiterada ejerza un miembro de la familia en contra de otro integrante de la misma, que atente contra su integridad física, psíquica o ambas independientemente de que pueda producir lesiones». Cabe observar que en esta definición, la violencia familiar no requiere que haya un atentado «grave» a la integridad física o psíquica de un miembro de la familia, lo único que se requiere es que la conducta sea reiterada; esto contrasta con la causal XI prevista en la redacción original del código, y aun en vigor, que se refiere a un supuesto semejante, la «sevicia, amenazas o las injurias graves» entre cónyuges.

Vuelve a notarse en la reforma la tendencia a la equiparación del matrimonio civil con el concubinato, en el mismo artículo que define la violencia familiar al señalar que ésta es la que se da entre personas que tengan una relación de «parentesco, matrimonio o concubinato». Con lo cual se confirma la admisión implícita de que el concubinato es un medio legal para fundar una familia.

Relacionada con esta reforma, está la modificación que se hizo al Código Penal del Distrito Federal para tipificar el delito de violencia familiar y también la tipificación del delito de violación entre cónyuges. Independientemente de la consideración de que la violencia ejercida por un cónyuge sobre el otro para obtener una relación sexual sea

⁷⁷ *Diario Oficial de la Federación*, del 30 de diciembre de 1997.

una conducta reprobable, la tipificación de esta conducta como una «violación» (artículo 265 *bis* del Código Penal para el Distrito Federal) implica un cambio en la concepción de las obligaciones entre cónyuges. Anteriormente no se hablaba de violación entre cónyuges porque pesaba la idea de que los cónyuges, por mero efecto de la voluntad matrimonial, daban su consentimiento a los actos necesarios para la procreación, es decir a la relación conyugal, y que por lo tanto estaban obligados a prestarla cuando el otro lo solicitara (a lo cual se llamaba «débito conyugal», es decir deber conyugal), por lo que nunca la relación entre cónyuges era sin el consentimiento virtual o tácito de ambos, dado en el mismo momento de contraer matrimonio. Ahora, al no tenerse claramente la procreación como un fin natural del matrimonio, no se puede entender que los cónyuges tengan algún derecho sobre el cuerpo del otro ni que la relación conyugal sea un deber, y puede hablarse de «violación conyugal».

2. La Doctrina Civilística Posterior a 1974

En el período no hay una obra monográfica sobre el matrimonio; sólo obras generales. Pero aparecen cinco libros especializados sobre «Derecho de Familia», que reflejan la concepción de que esta rama jurídica debe independizarse del derecho civil y constituirse como una rama más cercana al derecho público. Aparte de las contempladas, se publicaron en este período otras dos obras generales de derecho civil, de Raúl Ortiz Urquidi y Guillermo Martínez Domínguez, pero no tratan el tema matrimonial⁷⁸.

2.1. Ramón Sánchez Medal

El mismo año de la reforma, con motivo del año internacional de la mujer, Ramón Sánchez Medal publicó un folleto titulado *La reforma de 1975 al derecho de familia*⁷⁹, en el que la crítica fuerte y pormenorizadamente.

⁷⁸ ORTIZ URQUIDI, Raúl, *Derecho Civil*, México, 1977; DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, G., *Derecho Civil*, México 1990.

⁷⁹ SÁNCHEZ MEDAL, R., *La Reforma de 1975 al Derecho de Familia*, México, 1975.

En primer lugar, denuncia el modo ligero de legislar en una materia tan importante. El decreto de reformas se presenta al congreso al final del período ordinario de sesiones, de modo que se aprueba sin discusión y rápidamente, no obstante que se reforman, además del código civil, muchas otras leyes, y que en los objetivos de la iniciativa se mencionaba el de «promover mediante la eficacia transformadora del derecho, profundas modificaciones en las estructuras mentales y sociales»⁸⁰.

En cuanto a los aspectos del matrimonio que se han venido considerando en este trabajo, el autor critica que el legislador, al admitir que los cónyuges decidirán de común acuerdo acerca de la procreación, desconoce el débito conyugal, pues cualquiera de los cónyuges podría negarse a la relación corporal con el pretexto de no querer procrear⁸¹. Critica la eliminación del papel diferenciado de los esposos, señalando que, al quitarse a la mujer la responsabilidad primaria por los deberes domésticos, se perjudica la educación de los hijos y se da al juez –quien puede distribuir las cargas entre los cónyuges, si éstos no se ponen de acuerdo– una intervención excesiva en los asuntos domésticos; esta misma eliminación del papel diferenciado de los esposos hace que en caso de separación o divorcio, los hijos menores ya no se confíen primariamente a la madre y que el marido inocente, en caso de divorcio contencioso, tenga derecho a una pensión alimenticia ⁸². Critica también que se haya dado al concubino el mismo derecho a la pensión alimenticia en la sucesión testamentaria que tenía la concubina; ve en ello un paso adelante para la equiparación entre matrimonio y concubinato⁸³.

2.2. Congreso Mundial sobre Derecho Familiar

Un suceso importante para conocer el estado de la doctrina mexicana, o de cierta parte de ella, en torno al matrimonio, fue el Primer Congreso Mundial sobre Derecho Familiar y Derecho Civil⁸⁴, que tuvo lugar en Acapulco, del 23 al 29 de octubre de 1977, organizado por el

⁸⁰ *Ibidem*, p.110.

⁸¹ *Ibidem*, p.27 y ss.

⁸² *Ibidem*, pp.29 a 40.

⁸³ *Ibidem*, p.52.

⁸⁴ Los trabajos se publicaron en *Memoria del Primer Congreso Mundial sobre Derecho Familiar y Derecho Civil*, México, UNAM, 1978.

Centro de Estudios Económicos y Sociales del Tercer Mundo, A.C., que había fundado el presidente Luis Echeverría, y promovido en particular por Julián Güitrón Fuentesvilla. El evento tenía como finalidad comentar un proyecto de «código familiar para el Distrito Federal», es decir, algo así como una nueva Ley de Relaciones Familiares de carácter federal. El artículo 69 del proyecto de código familiar⁸⁵ definía así el matrimonio:

«El matrimonio es una institución social y permanente, por la que se establece la unión jurídica de un solo hombre y una sola mujer, que con igualdad de derechos y obligaciones, originarán el nacimiento y estabilidad de la familia; así como la realización de una comunidad de vida plena y responsable».

El concepto de matrimonio se precisaba en el artículo 70 que indicaba que el matrimonio es «un acto solemne, contractual e institucional»; solemne, por la presencia del juez del registro civil; contractual, «porque hay consentimiento de los futuros esposos en relación a un objeto: los bienes»; e institucional porque es una institución social «para crear la familia».

En cuanto a los deberes conyugales que resultan del matrimonio, el proyecto de código señalaba (artículo 104) los deberes recíprocos de «cohabitación, fidelidad, asistencia y comunidad de vida», pero no explicaba cada uno de ellos. Tenía en este aspecto las mismas reglas que el código en vigor: deber de vivir en el domicilio conyugal que se fija de común acuerdo, distribuirse entre sí las cargas del sostenimiento económico y cuidado de la familia. Conservaba la regla de que los cónyuges deciden sobre el número y espaciamiento de sus hijos. El artículo 86 señalaba que el juez hará la declaración de quedar unidos en matrimonio, y leerá la «Carta Familiar», en la que se afirma que el matrimonio es lo que señala el artículo 69, y que los esposos asumen la responsabilidad de alimentar y educar a los hijos (no hablaba de la responsabilidad de procrear), y que tendrán el «derecho, con garantía constitucional» para decidir sobre la procreación. Esta «carta» mantenía la afirmación, que venía de la «epístola» de Melchor Ocampo, de que el matrimonio es «el único medio moral (...) para fundar la familia» (artículo 86 del proyecto).

⁸⁵ El proyecto de Código se encuentra reproducido en la *Memoria*; el artículo 69 en la página 91 y el artículo 70 en la página 92.

En la idea del proyecto de código de familia se conservaba el matrimonio como fundamento de la familia pero no se hablaba expresamente de que el fin del matrimonio fuera la procreación. Uno de los participantes en el congreso, Fernando Siliceo Camacho, afirmó que era absurdo concebir el matrimonio como orientado a la procreación. «El matrimonio no se hizo para cohabitar y perpetuar la especie, éstas son fantasías, frases hechas, formalidades absurdas, existentes, inventadas por juristas (...)»⁸⁶, si bien, por el contexto, se infiere que la intención del autor era simplemente decir que el matrimonio no se agota en la procreación pues hay etapas en la vida en que ya no es posible procrear, debe destacarse el hecho de que se haya producido esta afirmación en la doctrina mexicana que posteriormente volverá a repetirse.

2.3. Antonio de Ibarrola

Tres años después de la reforma constitucional, Antonio de Ibarrola publica su libro *Derecho de Familia*⁸⁷, en el que aporta una visión del tema conforme con la moral cristiana. El capítulo en que inicia el tratamiento del matrimonio se titula «La sagrada institución del matrimonio»⁸⁸. Refiere ahí diversas concepciones del matrimonio y asume la posición de que el matrimonio «no fue instituido por obra de los hombres, sino por obra divina (...); y que, por lo tanto, sus leyes no pueden estar sujetas al arbitrio de ningún hombre, ni siquiera al acuerdo contrario de los mismos cónyuges»⁸⁹. En consonancia con esa posición, propone que la ley mexicana, asumiendo la fe católica de la mayoría de la población, reconozca que el matrimonio canónico produzca todos los efectos civiles. Hace suya la crítica de Sánchez Medal a las reformas de 1975, especialmente en lo relativo a que niegan el llamado débito conyugal, y dedica un capítulo a criticar el divorcio vincular por considerarlo un instrumento que disgrega la familia y la sociedad⁹⁰. No trata el tema de los deberes entre los cónyuges.

⁸⁶ *Memoria del Primer Congreso Mundial sobre Derecho Familiar y Derecho Civil*, México, UNAM, 1978, p.104.

⁸⁷ DE IBARROLA, Antonio, *Derecho de Familia*, México, 1978.

⁸⁸ *Ibidem*, p.105.

⁸⁹ *Ibidem*, p.115.

⁹⁰ *Ibidem*, p.233 y ss.

2.4. Sara Montero Duhalt

En 1984 aparece el primer libro sobre el tema escrito por una mujer: *Derecho de Familia*⁹¹ de Sara Montero Duhalt, con el cual va ir ganando terreno la idea del matrimonio como una comunidad de afecto.

Afirma que es «imposible» hallar una definición o concepto de matrimonio de validez universal. Hay tantos matrimonios como culturas. Y puede verse desde muy diversos enfoques: biológico, sociológico, ético, económico, religioso y «legal». Desde el punto de vista legal, considera que puede dar un concepto genérico del matrimonio: «Forma legal de constituir la familia a través de la unión de dos personas de distinto sexo que establecen entre ellas una comunidad de vida regulada por el derecho»⁹². En este concepto, como dirá más adelante, lo esencial es que el fin u objeto del matrimonio es «establecer una comunidad de vida total y permanente entre dos personas de distinto sexo»⁹³.

En cuanto a su naturaleza jurídica, reproduce las consideraciones de que es un acto jurídico, un estado de vida y una institución, pero señala que como acto jurídico es «plurilateral» porque se forma por el concurso de las voluntades de los contrayentes pero además, como requisito necesario, con la voluntad pública expresada por el oficial del registro civil, con lo cual se acerca a la tesis de Rojina Villegas del matrimonio como acto «mixto»⁹⁴. Acepta, sin embargo, llamarlo contrato advirtiendo que es un contrato peculiar o *sui generis*.

La perpetuación de la especie ya no es un fin necesario del matrimonio, «pues son perfectamente válidos los matrimonios de personas que por su edad, o particulares circunstancias, no pueden o no quieren procrear»⁹⁵. Por eso admite que los cónyuges puedan hacer pacto de no procrear, no obstante que el código (artículo 147) diga que son nulos los pactos contra los fines esenciales del matrimonio. En su opinión, el fin esencial es la comunidad de vida, en la cual puede entrar o no la procreación. Como consecuencia de esta posición, el deber primordial entre los cónyuges es la ayuda mutua⁹⁶.

⁹¹ MONTERO DUHALT, Sara, *Derecho de Familia*, México, 1984. Citaré en lo sucesivo la cuarta «edición» (e.d. reimpresión) de 1990.

⁹² *Ibidem*, p.98.

⁹³ *Ibidem*, p.122.

⁹⁴ *Ibidem*, p.112.

⁹⁵ *Ibidem*, p.123.

⁹⁶ *Ibidem*, p.123.

Las consecuencias jurídicas (derechos y deberes) que surgen del matrimonio son en su opinión, en primer lugar, el «derecho a la libre procreación», que debe ejercerse de común acuerdo pero que, advierte, puede dar lugar a graves problemas entre los cónyuges si no están de acuerdo en ello. Menciona también el deber de cohabitación en el domicilio conyugal, el deber de prestarse a la relación sexual «independientemente de la procreación», el deber de ayuda mutua que es «quizá» el de «mayor trascendencia»; la fidelidad y la igualdad jurídica entre los esposos.

Al considerar el deber de ayuda mutua, acepta que la ley mexicana haya eliminado los papeles diferenciados de los esposos, pero pide que se reconozca legalmente que el cónyuge que se dedica a los cuidados domésticos «está contribuyendo económicamente al sostenimiento del hogar», pues considera que la falta de este reconocimiento hace que el cónyuge que cuida de la casa tenga de hecho una posición inferior⁹⁷.

Al considerar el concubinato, hace una nueva reflexión acerca de lo que es el matrimonio, considerándolo ya no como acto jurídico libre, sino como «la forma peculiar de regulación jurídica de las relaciones sexuales»⁹⁸. Bajo este punto de vista, en que el matrimonio aparece como una forma de regulación externa –y quizá arbitraria– de un impulso natural, afirma que el matrimonio es «la representación por excelencia de la opresión femenina», pero también de la opresión del varón. La autora quisiera que el matrimonio se sustentara simplemente en la «persistencia en el tiempo del amor de una pareja» y no en una «obligatoriedad» (o, podría decirse, vínculo jurídico) impuesta por normas sociales, éticas o jurídicas⁹⁹.

En su opinión, no hay una diferencia esencial entre matrimonio y concubinato. Los dos son «las únicas formas de entablar relaciones "sexuales" lícitas»¹⁰⁰. Analiza los efectos jurídicos que se han reconocido a los concubinos, considerando las reformas de 1974 y 1983,

⁹⁷ *Ibidem*, p.143.

⁹⁸ *Ibidem*, p.162.

⁹⁹ *Ibidem*, pp.162-163.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p.163.

aceptando implícitamente como positivas, al no criticarlas, las reformas que incrementan los efectos jurídicos del concubinato.

Sobre el divorcio tiene una posición ambivalente, pero favorable al mismo. Señala, por una parte, las diversas objeciones que se hacen al mismo y llega a afirmar que «va contra la ética, y éste es un argumento irrefutable, porque lesiona gravemente los derechos de terceros: los hijos cuando los hay»¹⁰¹. Sin embargo sostiene que es un «mal necesario», y que el divorcio no es «en sí mismo inmoral», sino más bien la solución a una convivencia que se ha vuelto inmoral; cuando entre los cónyuges no existe el afecto, sino «indiferencia, desprecio, rencor o agresión», «de hecho ya no son matrimonio» y el «lazo legal» debe romperse¹⁰². Esta conclusión es congruente con la posición de que el matrimonio consiste esencialmente en la convivencia afectuosa y armónica entre los esposos.

2.5. Alberto Pacheco

En su obra *La familia en el Derecho Civil Mexicano*¹⁰³, publicada en 1984, este autor contempla el matrimonio desde una perspectiva diferente a la acostumbrada en la doctrina mexicana. En vez de partir del texto legal, para luego hacer su interpretación y crítica, Pacheco afirma que el matrimonio «es una institución natural, con fines propios, que no quedan a la voluntad de los contrayentes sino que aceptado el matrimonio se imponen a los mismos contrayentes». Desde esta perspectiva realiza su estudio dividiéndolo en dos apartados: en el primero estudia el matrimonio «como institución natural», es decir «como institución derivada de la naturaleza del hombre, haciendo abstracción de los aspectos religiosos del matrimonio», y en el segundo estudia el matrimonio en el derecho civil mexicano «para considerar si se ajusta o no al matrimonio natural»¹⁰⁴.

Explica el matrimonio natural dividiendo su estudio en los fines, las propiedades, los elementos y los efectos del matrimonio. Considera que el matrimonio tiende naturalmente a ciertos fines, que son la

¹⁰¹ *Ibidem*, p.199.

¹⁰² *Ibidem*, p.201.

¹⁰³ PACHECO, Alberto, *La Familia en el Derecho Civil Mexicano*, México, 1984, 210 pp.

¹⁰⁴ *Ibidem*, pp.60-61.

procreación y educación de los hijos (que son los fines «primarios» o principales) y la ayuda mutua y el remedio a las pasiones sexuales de los cónyuges (fines secundarios). La unión conyugal dirigida a esos fines tienen como características necesarias o «propiedades» la unidad y la indisolubilidad, sin las cuales no es posible que la unión entre varón y mujer cumpla los fines naturales del matrimonio¹⁰⁵.

Al referirse a los elementos del matrimonio, trata de la capacidad de los contrayentes, que en general depende de su aptitud para lograr los fines del matrimonio, y luego del consentimiento, que es la causa eficiente del matrimonio. El consentimiento debe versar sobre la persona de los cónyuges, pero también sobre «la materia misma del matrimonio», es decir, la unión para procrear y ayudarse mutuamente, por lo que no habría consentimiento matrimonial cuando se excluyeran explícitamente alguno de los fines naturales del matrimonio, por ejemplo la procreación o la educación de los hijos; tampoco lo habría cuando se excluyeran expresamente alguna de las propiedades esenciales (unidad, indisolubilidad), por ejemplo, declarando expresamente la posibilidad de disolverlo¹⁰⁶.

El efecto principal del matrimonio es «el vínculo que se forma entre los cónyuges cuyo contenido son derechos y deberes para ambos». Este vínculo o relación jurídica es aquello en que consiste el matrimonio. Por eso dice que la causa del matrimonio es el consentimiento, pero su esencia es el vínculo jurídico¹⁰⁷. Los derechos y deberes que comporta el vínculo matrimonial son iguales para ambos cónyuges y recíprocos, y se resumen en los siguientes deberes: a) deber de cohabitación, que implica el de vivir en el domicilio conyugal, pero también el deber de cada cónyuge (y derecho correlativo) de colaborar a los actos propios para procrear (o débito conyugal); éste deber otorga al otro cónyuge un «derecho al cuerpo», exclusivo, aunque limitado a los actos necesarios para la procreación, pero derecho efectivo que viene sancionado por el castigo del adulterio; la existencia de este derecho al cuerpo del cónyuge es lo que impide afirmar que pueda darse el delito de violación entre cónyuges. El débito conyugal, y

¹⁰⁵ *Ibidem*, pp.67-70.

¹⁰⁶ *Ibidem*, pp.73-76.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p.74.

el correlativo derecho al cuerpo, le parecen «con seguridad, el principal y más importante efecto del matrimonio»¹⁰⁸ y lo que distingue al matrimonio del concubinato; b) el deber de fidelidad que implica la abstención de relaciones sexuales extramatrimoniales, y c) el deber de asistencia recíproca, que implica el sostenimiento económico (ayuda material) y la ayuda espiritual.

Al analizar la legislación civil mexicana, sostiene¹⁰⁹ que, aunque la legislación mexicana no lo señale expresamente, es «de sentido común» que el consentimiento matrimonial implica que ambos cónyuges quieran, al menos implícitamente, los fines naturales del matrimonio: la procreación y la ayuda mutua. En consecuencia, opina que un consentimiento en el que se excluyera explícitamente la procreación no sería suficiente para constituir un matrimonio, y critica el artículo 182 donde se afirma que son nulos los «pactos» que hagan los cónyuges contra los fines naturales del matrimonio, porque debería decir que es nulo el matrimonio que se hiciera con un pacto así¹¹⁰.

La práctica que se usa en México de que las parejas celebran un matrimonio civil y luego un matrimonio religioso, le parece criticable al considerar que el consentimiento conyugal se otorga una sola vez, de modo que de esos dos «matrimonios» resulta que uno es verdadero y el otro, por lo general el matrimonio civil, un matrimonio simulado¹¹¹.

En cuanto a los deberes que resultan del matrimonio, considera que el código reconoce implícitamente el débito conyugal en el artículo 162, donde se afirma que los cónyuges deben colaborar a los fines del matrimonio, pues siendo la procreación uno de estos fines, los cónyuges han de colaborar para su logro. Pero critica la reforma de 1974 del mismo artículo que estableció que, en cuanto a la procreación, los cónyuges decidirán de común acuerdo, porque implica que si uno de los cónyuges no quiere procrear se puede negar a la unión corporal, es decir la reforma desconoce el débito conyugal. En consecuencia, afirma: «(...) esa infeliz reforma, prácticamente ha igualado el matrimonio en el Código Civil mexicano al concubinato»¹¹². El deber

¹⁰⁸ *Ibidem*, p.84.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p.104.

¹¹⁰ *Ibidem*, p.105.

¹¹¹ *Ibidem*, p.108.

¹¹² *Ibidem*, p.118.

de vivir en el mismo domicilio le parece que está insuficientemente regulado, porque es fácil que los cónyuges se pongan de acuerdo respecto del primer domicilio conyugal, pero difícil el hacerlo para los cambios posteriores, lo cual hace necesaria la intervención del juez; opina que sería mejor que el código dejara a uno de los cónyuges la facultad de señalar el domicilio en caso de desacuerdo¹¹³. El deber de fidelidad considera que lo contempla la legislación mexicana al sancionar penalmente el adulterio y la bigamia. De la ayuda mutua que se deben los cónyuges entre sí, señala que comprende la obligación de darse alimentos, que tiene sanción jurídica, y además toda la ayuda moral que puede ser muy variada en forma y contenidos, la cual excede el ámbito jurídico. Concentra su estudio en esa ayuda material que se deben los esposos y critica la reforma de 1974 que suprimió el papel diferenciado de los esposos para establecer que los cónyuges decidirán de común acuerdo sobre la carga económica, máxime que la mujer puede ya trabajar sin requerir la autorización de su marido. Esto, dice «lleva a la consecuencia, nada favorable por cierto para la mujer, de que ésta *puede* trabajar fuera del hogar, y *debe* también contribuir a los gastos del hogar»¹¹⁴.

Respecto del divorcio, este autor, congruente con la posición de que la indisolubilidad es propiedad esencial del matrimonio, lo critica abiertamente, pero explicando en primer término las razones que justifican que el matrimonio es indisoluble, porque el consentimiento dado por los cónyuges crea un vínculo jurídico que no puede deshacerse por la voluntad contraria, porque sólo la indisolubilidad permite el cabal cumplimiento de los fines matrimoniales, porque la sociedad y el bien común tienen interés en la estabilidad de las familias y el bien de los hijos. Si una pareja, afirma, se casa sin la intención de que la unión sea indisoluble, su acto no constituiría un verdadero matrimonio sino un «concubinato con acta del Registro Civil»¹¹⁵.

Hace ver la evolución que ha tenido en general el sistema de divorcio, que comienza siendo un régimen de excepción (el divorcio como sanción) que paulatinamente va otorgándose en nuevos supuestos

¹¹³ *Ibidem*, p.119.

¹¹⁴ *Ibidem*, p.121.

¹¹⁵ *Ibidem*, p.153.

(divorcio remedio), hasta llegar al divorcio por mutuo consentimiento y con facilidades de procedimiento. En esta evolución anticipa que el siguiente paso es el divorcio por decisión unilateral o repudio, lo cual, advierte, en cierto modo ya existe en la legislación mexicana que permite (artículo 267 fracción XVIII, introducida en 1984) el divorcio por la sola separación del domicilio conyugal, no importa si justificada o injustificada, por más de dos años, de suerte que el cónyuge que abandona el domicilio conyugal tiene pasado el tiempo el derecho a exigir el divorcio¹¹⁶.

2.6. Manuel F. Chávez Asencio

Publica otro libro sobre derecho de familia, titulado *La Familia en el Derecho*¹¹⁷, el mismo año (1984) que los de Montero Duhalt y Pacheco. El autor procura elaborar un libro que comprenda, explique y sistematice todos los derechos y deberes que surgen en la familia, de modo que sigue un orden que se separa totalmente del orden del código civil.

Adopta¹¹⁸ una definición de familia muy amplia: una «comunidad humana de vida que tiene una finalidad propia y supraindividual», que «se integra con los progenitores (o uno de ellos) y con los hijos (incluyendo los adoptados) a quienes se pueden incorporar otros parientes», que «viven en un domicilio común». Pero también acepta que la familia puede «constituirse con parientes», lo cual hace pensar que se trata de parientes que no son entre sí ascendientes y descendientes, como una «familia» en que vivan puros hermanos o hermanos con primos. En todo caso, concibe que las relaciones familiares se «originan de los estados jurídicos», que son el matrimonio, el concubinato, la filiación y el parentesco. Bajo esta idea, es familia: la comunidad de la madre soltera con su hijo, o la de hermanos que viven juntos, lo mismo que la que resulta del matrimonio o del concubinato¹¹⁹.

¹¹⁶ *Ibidem*, p.161.

¹¹⁷ CHÁVEZ ASENCIO, M.F., *La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares*. México, 1984.

¹¹⁸ *Ibidem*, pp.215-216.

¹¹⁹ A lo largo de la obra, el autor repite esta idea de las diversas fuentes de la familia: al hablar de las fuentes de las relaciones jurídicas familiares (p.233) menciona matrimonio, concubinato, madre soltera, parentesco y otras; al hablar de las fuentes del «estado de familia» (p.257) menciona otra vez matrimonio, concubinato, procreación y otras; las familias, dice «se constituyen no sólo por el matrimonio, sino también por el concubinato, el amor libre y con las madres solteras» (p.390).

No tiene un capítulo específico sobre el matrimonio, pero lo trata parcialmente en diversos lugares de la obra. En el capítulo donde trata de los «actos y hechos jurídicos familiares», afirma que el matrimonio es un acto jurídico «plurilateral y mixto» porque requiere el consentimiento de los cónyuges pero también necesariamente la declaración del juez, y que en cuanto a su celebración es un solemne. Su efecto es «crear un estado familiar» que comprende un conjunto de deberes y derechos de carácter patrimonial¹²⁰.

El concubinato, no obstante que lo considera una «fuente» del derecho familiar, lo separa del matrimonio al definirlo como «un hecho voluntario», mientras que el matrimonio es un acto jurídico; añade que es un hecho «ilícito», pero sólo desde el punto de vista de que carece de la forma legal por lo que, no obstante su ilicitud, genera una serie de derechos y deberes entre los concubinos¹²¹.

En el capítulo titulado «el deber jurídico familiar» trata los deberes que resultan del matrimonio, que en su opinión son: a) el débito conyugal, que aunque no está expresamente reconocido por el código, lo entiende implícito en el artículo que dice que los cónyuges han de cooperar a los fines del matrimonio; en consecuencia, piensa que, por el consentimiento, cada cónyuge da al otro un derecho sobre su cuerpo; opina que la procreación es un fin del matrimonio, al que alude el código en sus artículos 147, que prohíbe establecer una condición contraria a la procreación, y el artículo 162 que dice que los cónyuges decidirán de común acuerdo sobre la procreación. Afirma que el fin primordial del matrimonio, que incluye la procreación, es «el amor conyugal en toda su plenitud»¹²².

Los otros deberes derivados del matrimonio son: b) la fidelidad; c) la vida en común, es decir en el domicilio conyugal; d) la ayuda mutua; no critica la igualación de los papeles de varón y mujer, pero propone que se reconozca el trabajo doméstico como aportación económica; e) el deber de los esposos de dialogar entre sí; f) el de respetarse como personas; g) y el de ejercer conjuntamente la potestad sobre los hijos¹²³.

¹²⁰ *Ibidem*, p.320.

¹²¹ *Ibidem*, p.327.

¹²² *Ibidem*, p.351-352.

¹²³ *Ibidem*, pp.352 a 362.

2.7. Jorge Mario Magallón Ibarra

Había publicado en 1965 una monografía sobre el matrimonio, de la que se dio cuenta anteriormente, en la que lo consideraba como sacramento, institución y contrato. En 1988 publica su tercer tomo de las *Instituciones de Derecho Civil*¹²⁴ en el que trata nuevamente del matrimonio, así como del concubinato y el divorcio. Lo que afirma acerca del matrimonio es fundamentalmente lo mismo que expuso en la monografía precedente. Lo que hay de nuevo en esta obra, para los efectos de este trabajo, son sus consideraciones acerca del concubinato y el divorcio. Del primero opina que es una forma de convivencia semejante al matrimonio, aunque de rango inferior, algo así como un matrimonio de segunda¹²⁵. El divorcio lo aprueba como un medio para resolver una situación de discordia conyugal, una especie de bisturí que corta un lazo de por sí podrido¹²⁶.

2.8. Alicia E. Pérez Duarte

Publica en 1990 un pequeño libro (73 páginas) titulado *Derecho de Familia*¹²⁷, que tiene la peculiaridad, en comparación con las otras obras analizadas, de utilizar consideraciones y conceptos sociológicos para analizar la naturaleza del matrimonio.

Afirma que la familia se forma originalmente por la pareja de padres y los hijos, es decir a partir del matrimonio o del concubinato, pero que también deben considerarse familia la que se integra por un progenitor y sus hijos, como la de una madre soltera y sus descendientes. No obstante que considera el concubinato como forma de fundar la familia, lo distingue del matrimonio al considerar el primero, no como un acto jurídico, sino como un «hecho con consecuencias jurídicas»¹²⁸.

El análisis del matrimonio lo inicia citando una definición sociológica (de Salvador Giner), según la cual es «una relación estable de cohabitación sexual y domiciliar, entre un hombre y una mujer, la cual es reconocida por la sociedad como una institución domiciliar y educativa de la prole que pueda surgir»¹²⁹. Quizá, pues no lo dice

¹²⁴ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, *Instituciones de Derecho Civil*, III, México, 1988.

¹²⁵ *Ibidem*, p.337.

¹²⁶ *Ibidem*, p.428.

¹²⁷ PÉREZ DUARTE, Alicia Elena, *Derecho de Familia*, México, 1990.

¹²⁸ *Ibidem*, p.31.

¹²⁹ *Ibidem*, p.20.

expresamente, por considerar que lo esencial del matrimonio es el reconocimiento social, llega a afirmar que el matrimonio es simplemente una «estructura a través de la cual se pretende organizar la sexualidad de hombres y mujeres y la crianza de los hijos».

Considera también la discusión (contrato, institución, estado) sobre la naturaleza jurídica del matrimonio, adoptando una posición como la mayor parte de los autores: que en cuanto a la forma de constituirlo, puede decirse que el matrimonio es un contrato *sui generis*, porque depende del consentimiento de los cónyuges, y además solemne; que el efecto de tal acuerdo es crear un estado de vida, que está regulado por un conjunto de reglas social y jurídicamente establecidas, es decir por una institución.

La idea del matrimonio como estructura social o forma de control de la sexualidad la lleva a tomar una posición crítica, semejante a la de Sara Montero Duhalt, ante los fines y deberes que resultan del matrimonio. Los fines del matrimonio, opina, «no pueden ser naturales, pues corresponden a una institución jurídica, por tanto creada por una sociedad»¹³⁰. Según ella, los fines que ahora se atribuyen al matrimonio, procreación y ayuda mutua, son simplemente los fines que los grupos de poder han logrado establecer socialmente. Bajo esta perspectiva de que los fines se imponen a los contrayentes, concluye que el matrimonio (tanto el canónico como el civil) es una «institución (...) que crea una estructura de poder que somete a la mujer ofreciéndole una cierta seguridad económica en tanto dura la crianza, a cambio de cierta seguridad para el varón acerca de la procedencia de la prole, pero que no sólo no asegura la felicidad de ninguno de los involucrados en la relación conyugal, sino que cierra las posibilidades de que cada pareja busque sus propias vías para alcanzar su plenitud, pues es una institución en que, por decreto social, la pareja debe darse hijos(as) y además guardarse entre sí fidelidad (...) además de cohabitar y ayudarse mutuamente»¹³¹.

La autora esperaría una evolución hacia una igualdad del varón y la mujer «dentro de marcos de mayor libertad». Lamenta que todavía

¹³⁰ *Ibidem*, p.25.

¹³¹ *Ibidem*, p.29.

pese «sobre la pareja la expectativa social de la procreación» y el deber de fidelidad, pues aunque el código no lo señala expresamente, lo cual, dice la autora, «nos haría pensar en que el legislador de 1928 tenía en mente una institución abierta en lo que se refiere a las relaciones internas de la pareja», sin embargo castiga el adulterio¹³².

Se entiende que con la concepción del matrimonio como estructura de poder impuesta a la pareja, la autora sea proclive a facilitar el divorcio. Ella inicia el tratamiento del tema con una «discusión ética en torno al divorcio», pero no da argumentos éticos, sino los que ella toma de la psicología. Dice que el divorcio como institución «no puede ser calificado en términos de bueno o malo», y por consiguiente tampoco vale decir que es un mal necesario. La cuestión es si es útil a la sociedad. Ella dice que es útil porque aporta «un principio de solución» a los conflictos familiares. Desde esta perspectiva, afirma que es preferible el divorcio voluntario, que permite resolver el conflicto entre los esposos sin complicaciones afectivas, y opina que el divorcio voluntario de tramitación rápida, el llamado divorcio administrativo, que procede cuando no hay hijos, debería extenderse al supuesto de que los hijos ya fueran mayores de edad¹³³.

3. Algunas Conclusiones sobre este Período

La discusión sobre la naturaleza jurídica del matrimonio (contrato, institución, estado civil) termina en este período, dando por aceptado que el matrimonio participa de esos tres caracteres que no son contradictorios entre sí, sino complementarios.

La introducción con la reforma de 1974 del derecho de cada persona a decidir sobre la procreación, vino a poner en crisis el concepto del matrimonio legal. La doctrina asume dos posiciones bien diferentes. Por una parte, Sánchez Medal, De Ibarrola, Pacheco y, moderadamente, Chávez Asencio mantienen la idea de que el matrimonio está orientado a la procreación y que, por consiguiente, los cónyuges tienen un derecho recíproco al cuerpo del otro en orden

¹³² *Ibidem*, p.30.

¹³³ *Ibidem*, pp.51-52.

a realizar el acto conyugal, que es también un deber (débito conyugal). De ahí que critiquen la reforma y se esfuercen por demostrar que el matrimonio contemplado en el código civil incluye la procreación como uno de sus fines esenciales.

Por la otra parte, las dos autoras sostienen, a partir de una perspectiva sociologista, que el matrimonio legal es sólo una estructura social impuesta en orden a regular la sexualidad de las personas. La procreación les parece que puede ser o no un fin de la pareja, de modo que no es esencial sino accesoria. La reforma tampoco les satisface porque les parece corta, por el hecho de dejar implícita la procreación como un fin del matrimonio. Se pronuncian por entender el matrimonio simplemente como una comunidad afectiva.

Las reformas que se producen en el período, la introducción de la causal de divorcio por separación (1983) y la tipificación de la violación conyugal (1997) van en este último sentido.

En cuanto a la supresión del papel diferenciado del varón y la mujer, Sánchez Medal, De Ibarrola y Pacheco, adoptan una posición crítica, considerando que se perjudica la educación de los hijos. Montero Duhalt y Pérez Duarte la aceptan, y la primera propone, con el fin de proseguir en la equiparación de los sexos, que el trabajo doméstico, que por lo general lo desempeña la mujer, se considere como aportación económica al hogar.

La diferencia con el concubinato se va difuminando. Si bien todos los autores reconocen una diferencia entre el matrimonio como «acto jurídico» y el concubinato como «hecho», Chávez Asencio, Montero y Duhalt, y Pérez Duarte aceptan que la familia no se constituye exclusivamente por el matrimonio, pues también se forma por el concubinato o incluso por la mera filiación o parentesco. Las reformas legales van concediendo más derechos a los concubinos.

Una característica interesante en los autores de este período, es la de recurrir a perspectivas extrajurídicas para analizar el matrimonio. Pacheco es el más consistente al invocar una perspectiva ética, la del matrimonio como institución natural, y desarrollar un concepto y régimen matrimonial congruente. Pérez Duarte propone una perspectiva sociológica, pero de ella no deriva un régimen jurídico.

III. EPÍLOGO

Desde la perspectiva de la evolución legislativa y doctrinal arriba descrita, quiero concluir mostrando: 1) el régimen matrimonial definido en el nuevo *Código civil para el Distrito Federal*, publicado en el año 2000 como una consecuencia de algunas ideas doctrinales gestadas y difundidas en ese lapso, y 2) haciendo alguna reflexión sobre dicha evolución.

1. El Nuevo Código Civil para el Distrito Federal

El año 2000, la Asamblea de Representantes del Distrito Federal dominada por una mayoría de representantes del Partido de la Revolución Democrática, expidió un nuevo código civil, cuyo contenido en materia matrimonial me parece que es una consecuencia o desarrollo de haber excluido la procreación como fin del matrimonio.

El código define el matrimonio en su artículo 146, que dice literalmente:

«Matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige».

La noción o concepto de matrimonio expresada ahí se puede ir precisando al analizar pormenorizadamente sus diversos elementos y relacionándolos con otros artículos de la reforma que implican un concepto de matrimonio.

Dice la primera frase que el matrimonio es «unión libre». Esto se entiende en el sentido de unión voluntaria, mas no de unión informal, puesto que al final de la misma definición se afirma que debe celebrarse ante el juez y con las formalidades de ley. Con esto se relaciona el nuevo artículo 35 que señala que corresponde al juez del registro civil «autorizar los actos del estado civil», de modo que el matrimonio, siendo uno de los actos del estado civil, no se contrae válidamente sin la «autorización» del juez. Añade que es unión «de un hombre y una mujer», con lo cual mantiene como nota esencial del

matrimonio la unicidad de los cónyuges y la heterogeneidad sexual, de las cuales provienen la unidad del matrimonio.

El matrimonio consiste en una unión que tiene como fin «realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua». Y esto parece ser, en el concepto de los legisladores, la esencia del matrimonio: el realizar una «comunidad de vida», lo cual parece significar una vida en el mismo domicilio, ya que es obligación de los cónyuges (a. 163) vivir en el mismo domicilio, y que el mero hecho de que los cónyuges no vivan en el mismo domicilio (sin importar la causa de ello) por más de un año, es causa para que cualquiera de ellos demande el divorcio (a. 267-IX). Los objetivos específicos de esa comunidad de vida son por demás ligeros: sólo procurarse (ni siquiera darse) «respeto, igualdad y ayuda mutua». Son semejantes, aunque no iguales, a los deberes que el nuevo artículo 138 *sexto* señala para los familiares en general: «consideración, solidaridad y respeto». A la luz de estos artículos puede interpretarse el contenido del primer párrafo, no reformado, del artículo 162 que dice que los cónyuges «están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente»; los «fines del matrimonio» serían procurarse «respeto, igualdad y ayuda mutua».

No hay artículos que definan o den contenido a la obligación de «procurar respeto», y mucho menos a la de «procurar igualdad» (que parte implícitamente del supuesto de que los cónyuges no son iguales por lo que se entiende que deban procurar igualarse). En cambio, la obligación de ayudarse o socorrerse mutuamente, sí tiene contenido jurídico, determinado en el artículo 164, que señala que deben contribuir económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, distribuyéndose las cargas en la proporción que ellos acuerden; un nuevo artículo 164 *bis* aclara que el trabajo en el hogar o el cuidado de los hijos se estimará como «contribución económica al sostenimiento del hogar». Es jurídicamente exigible únicamente la obligación de darse alimentos, prevista en el artículo 302.

El matrimonio, entendido como comunidad de vida puede tener, de acuerdo con la nueva definición del legislador, aunque no es un fin esencial, la posibilidad de la procreación. Esto significa que puede haber matrimonio sin que los cónyuges tengan la intención de procrear,

lo cual coincide con ciertas políticas demográficas que estimulan las uniones sin hijos. Pero las reformas van todavía más lejos, pues establecen (artículo 156, penúltimo párrafo) que la impotencia no es un impedimento para contraer matrimonio si el otro cónyuge la conoce y acepta, lo cual implica que la unión sexual entre varón y mujer tampoco es un componente esencial del matrimonio.

En conclusión, el nuevo concepto de matrimonio se reduce a la unión voluntaria y formal entre un varón y mujer para vivir en el mismo domicilio y ayudarse económicamente, con o sin procreación, con o sin unión carnal. Es el matrimonio entendido como comunidad de afecto al que aspiraban las autores arriba referidas. Es también una unión «libre», como señala el artículo citado, pues no se entiende que exista un deber permanente de los cónyuges, pues basta con que uno se separa del domicilio conyugal por más de un año, para que cese el deber de convivir. Ya está muy cerca de la concepción pagana antigua en que el matrimonio era una simple situación de hecho. Lo único que queda de vínculo jurídico en el matrimonio del código actual es el deber de darse alimentos, que puede perpetuarse una vez disuelto el matrimonio.

Ante este debilitamiento del matrimonio, el concubinato gana terreno. El nuevo código introduce un capítulo especial sobre concubinato (capítulo XI) en el Título Quinto «Del matrimonio». Tal ubicación indica la intención del legislador de considerar el concubinato como una forma de matrimonio; de lo contrario, se podía haber hecho un título especial sobre el concubinato, con un capítulo único, a la manera que hizo el título «Cuarto *bis*» «De la familia» con un capítulo único. Esta interpretación la corrobora el que en dicho título «cuarto *bis*» sobre la familia, se dice (artículo 138-*quintus*) que las relaciones familiares surgen de parentesco, matrimonio o concubinato; de modo que es exactamente igual la familia fundada en un matrimonio que la fundada en un concubinato. En el mismo sentido, el artículo 294 afirma que el parentesco por afinidad se establece por matrimonio o por concubinato.

El concubinato se constituye por el hecho de que el varón y la mujer, sin impedimentos para contraer matrimonio, vivan «en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años», o sin tal plazo si tienen un hijo en común (artículo 291 *bis*). No hay

concubinato si existen dos o más uniones de este tipo. Aquí la reforma sólo reduce el plazo de convivencia de cinco, que preveía el anterior artículo 1635, a dos años.

El concubinato genera entre los concubinos «Derechos alimentarios y sucesorios», además de los que reconozcan otras leyes (artículo 291 *quater*). No se especifica qué derechos alimentarios, por lo que quizá haya que suponer que son los mismos que tienen los cónyuges entre sí (ver artículo 164). En cuanto a los derechos sucesorios, son los mismos que tienen los cónyuges entre sí (ver artículos 1602 y 1635). Estos mismos derechos ya los reconocía el código anterior, pero la reforma introduce una afirmación nueva, según la cual entre los concubinos regirán «todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia, en lo que le fueren aplicables» (artículo 291 *ter*). No se precisa cuáles sean esos derechos y obligaciones, pero como se refiere a la «familia» y las reformas introducen un nuevo título sobre la familia, cabría pensar que se refiere a los derechos y obligaciones que están previstos en ese título; pero ahí no habla de derechos y obligaciones, sino sólo del deber moral de los familiares de observar entre sí «consideración, solidaridad y respeto recíprocos» (artículo 138 *sexus*). Si se interpretara que el artículo 291 *ter* se refiere a los derechos y obligaciones de los cónyuges, entonces se aplicarían a los concubinos todo el régimen de los cónyuges, lo cual parece absurdo, pues sería eliminar toda diferencia entre ambas uniones.

Al terminar el concubinato (artículo 291 *quintus*), se da al concubinario que carezca de bienes suficientes para su sostenimiento, acción para exigir una pensión alimenticia al otro por el mismo tiempo que duró el concubinato, siempre que no entre en otro concubinato ni contraiga matrimonio. El requisito es simplemente la carencia de bienes suficientes, y que no haya conducta que demuestre «ingratitude».

No hay diferencia entre el contenido esencial de la relación matrimonial y el del concubinato. En ambos casos se trata de una relación entre varón y mujer, con o sin hijos, con o sin cópula, en un mismo domicilio y con la obligación de darse alimentos, y procurarse respeto. La obligación alimentaria, que al extinguirse el matrimonio se mantiene a favor del cónyuge que carece de bienes, ahora también se extiende a favor del concubino que está en el mismo caso. Los derechos

que derivan de ambas relaciones son en gran parte iguales: los hijos de matrimonio o de concubinato son hijos legítimos con los mismos derechos; el parentesco por afinidad se contrae tanto por matrimonio como por concubinato; los derechos hereditarios de los cónyuges y de los concubinarios son iguales. No hay tampoco ninguna diferencia entre la familia que surge del matrimonio y la que surge del concubinato. La diferencia que señalaban los autores referidos de que el matrimonio es un acto o estado jurídico y el concubinato un mero hecho, ya no puede sostenerse toda vez que los derechos y deberes entre los cónyuges, con relación a los hijos y respecto de la sociedad, son prácticamente los mismos. La diferencia principal es ya únicamente formal: hay unión con acta del registro civil (matrimonio) o sin acta (concubinato).

Hay sin embargo dos diferencias prácticas entre concubinato y matrimonio, que no son necesariamente ventajas para el matrimonio. La principal diferencia es que el matrimonio es un acto formal (no obstante que la definición de matrimonio dice que es «unión libre») y el concubinato es un acto que se cumple sin formalidad alguna, simplemente con la voluntad de ambos de vivir juntos en un mismo domicilio; pero tanto la unión matrimonial como la unión concubinaria producen los mismos efectos jurídicos entre los contrayentes (obligación de darse alimentos) y respecto de los hijos y los parientes; la disolución de la unión es posible en ambos casos, pero la disolución del vínculo conyugal requiere de un acto formal, el divorcio aprobado o dictado por el juez, mientras que la unión concubinaria se disuelve por la mera separación voluntaria; la situación, una vez disuelta la unión, del contrayente que carece de bienes o de medios para trabajar está más asegurada en el matrimonio, pues tiene derecho a una pensión alimenticia (y quizá a una compensación por el trabajo doméstico), mientras no contraiga nuevo matrimonio o adquiera bienes suficientes; mientras que en caso de concubinato, tiene derecho a la pensión sólo por un tiempo equivalente al que duró el concubinato.

La otra diferencia es que el matrimonio requiere un régimen sobre los bienes (sociedad conyugal o separación de bienes) y el concubinato no lo requiere, de modo que la situación patrimonial de cada concubino es exactamente igual que si no estuviera unido.

Éstas dos diferencias pueden, en muchos casos, ser sentidas como desventajas del matrimonio: qué caso tiene hacer el acto formal, cuando los derechos son casi los mismos, y además, de no hacerse el acto formal, la disolución se hace mucho más fácil, sin necesidad de juicio ni abogados. Y respecto del régimen de bienes, con las nuevas disposiciones, al eliminarse prácticamente el régimen de separación de bienes, el concubinato puede ser una alternativa práctica para tener un régimen efectivo de separación de bienes, y el concubino que no trabaje por dedicarse al hogar, tiene la protección de la acción por alimentos durante el concubinato y después del mismo por el mismo tiempo que duró, y las expectativas hereditarias. Con la tendencia actual de las parejas jóvenes de trabajar ambos y formar cada quien su propio patrimonio, de evitar tener hijos durante los primeros años del matrimonio, es previsible que prefieran simplemente unirse concubinariamente que formalizar un matrimonio que no les da ninguna ventaja apreciable.

2. Una Reflexión General

En esta evolución hacia el desvanecimiento del matrimonio como institución jurídica, me parece que los pasos decisivos son los siguientes: 1) La introducción del divorcio vincular con los decretos de Carranza en 1914 y luego en la *Ley de Relaciones Familiares*, con lo que se debilita la noción de los deberes conyugales (que constituyen el vínculo); 2) la supresión de la diferencia entre hijos legítimos y naturales, operada en el código civil de 1928, que suprime la idea de que el matrimonio es la única forma moral de crear una familia; 3) el reconocimiento de efectos jurídicos al concubinato, iniciado en el código de 1928 y proseguida en reformas posteriores, que hace que el matrimonio ya no tenga el carácter de institución única y peculiar; 4) la equiparación absoluta de los papeles de esposa y esposo, y la consiguiente supresión de la potestad marital, iniciada en la ley carrancista y proseguida en el código y reformas posteriores, que diluirá más el contenido de los deberes conyugales y hará que dependan del acuerdo entre los cónyuges; 5) la introducción del «derecho» a decidir sobre la procreación en la reforma de 1974, que lleva a la supresión

de la procreación como un fin esencial del matrimonio en el código de 2000.

Al término de esta evolución tenemos, en síntesis, el siguiente régimen matrimonial:

- El matrimonio es sólo una entre las varias formas legales de constituir una familia.
- La esencia del matrimonio es una convivencia afectiva y efectiva en un mismo domicilio, sin que esté abierta a la procreación.
- El deber primordial entre los esposos es el de contribuir económicamente al sostenimiento de la casa común.
- El matrimonio puede terminar por la sola separación por más de un año.

Sus diferencias con el concubinato son mínimas, y quizá el régimen jurídico del concubinato resulte más práctico en la mayoría de los casos.

El matrimonio legal actual no puede ser considerado ya una institución de interés público, pues en vez de estar orientado a la procreación y educación de los hijos, que son fines de interés social, se orienta definitivamente al mero provecho económico y afectivo de los cónyuges. No se justifica, por lo tanto, que tenga un régimen jurídico preferencial.

Esta evolución que cambia fundamentalmente el concepto legal del matrimonio y familia se da en un espacio de tiempo muy reducido, de apenas 83 años (1917-2000). Pudo ser posible gracias a que se introdujo la idea de que el matrimonio es, como dice el artículo 130 constitucional, un acto jurídico cuya naturaleza y efectos los definen las leyes. Éstas son expresión de la voluntad política, que es algo siempre cambiante de acuerdo con los intereses del momento y el equilibrio del poder.

Es importante notar cómo los cambios legislativos en esta materia se dan más por razones de preferencias ideológicas o equilibrio político, que como respuesta a opiniones de los expertos y las necesidades y tradiciones familiares. La ley de 1917 se expide en un momento de euforia revolucionaria, sin que puede localizarse en la doctrina precedente una tendencia para admitir el divorcio o para igualar los papeles de los esposos; más bien, lo que sucede es lo contrario, que el legislador «ilustrado» decide modificar la estructura conyugal de

acuerdo a una ideología que le parece debe imponer a toda la sociedad. El código de 28 suprime la distinción entre hijos legítimos y naturales, y admite el concubinato como forma de constituir la familia, cuando la opinión común, que se siguió expresando cuando se celebraba la ceremonia del matrimonio civil, era que el matrimonio era la «única forma moral» de fundar una familia. La supresión de los papeles diferenciados entre varón y mujer, operada en la reforma de 1974, no la pedía ninguno de los autores examinados, salvo Julián Güitrón Fuentesvilla que estaba estrechamente ligado con el presidente en turno, Luis Echeverría, a quien le dedica su libro llamándolo «líder de mi patria». Tampoco había precedentes para introducir el «derecho» a la procreación, pues nunca antes nadie había dudado que los cónyuges libremente decidían sobre sus hijos, pero entendían que se casaban para procrear, de modo que esto era un fin del matrimonio. La reforma de 1974 responde claramente a la opinión pública y presión internacionales, y no a iniciativas nacionales, y fue operada por un congreso totalmente sumiso al Poder Ejecutivo. Finalmente, el régimen matrimonial del código actual, contradice la opinión de la mayoría de los autores analizados y sólo responde a las posiciones menos elaboradas de dos autoras; fue operada por una asamblea legislativa dominada por la ideología partidista.

Los cambios legislativos tienen, entre otros, el efecto de ir modificando las opiniones de los autores cuando no tienen un fundamento sólido. Un ejemplo claro de esto es el divorcio, que habiendo sido introducido de manera revolucionaria y como una medida excepcional, termina siendo aceptado, primero como un mal necesario y luego como un remedio saludable, por casi toda la doctrina, salvo las honrosas excepciones.

Para recuperar el sentido propio del matrimonio –para valorarlo como un estado de vida que perfecciona a los esposos y que hace al bien común la aportación excelente que son los hijos, como un modo de vida por el que vale la pena sufrir, como un camino gozoso no obstante los muchos obstáculos, como un tipo de vida cuya contemplación entusiasme a los jóvenes y cuya realización dé paz a los ancianos–, es necesario superar la idea de que el matrimonio es un acto o institución jurídica-legal, y recuperarlo como un acto personal,

esencialmente ético, cuya naturaleza y efectos están determinados por la propia naturaleza espiritual y comunitaria del ser humano.

El matrimonio es el amor humano más perfecto que existe. Bajo esta perspectiva ética, que me parece la científicamente correcta, resulta absurdo decir que es un acto jurídico, una institución, un acto del poder estatal o una estructura social de control de la sexualidad. Bajo esta perspectiva, del amor pleno y recíproco entre los esposos que incluye necesariamente la apertura a los hijos, puede profundizarse sobre su naturaleza y sobre los deberes –casi todos morales– que surgen entre los esposos. Al derecho y a la legislación le corresponde sólo sancionar públicamente la existencia de los matrimonios y asegurar el cumplimiento de ciertos deberes entre los cónyuges. Es la misma sociedad, y especialmente las familias y las iglesias de cada nación, y no los políticos, quienes tienen la misión de definir la naturaleza y efectos del matrimonio.