

III. El régimen postmoderno (1974-2000)	83
1. La reforma de 1974 y reformas posteriores	83
2. La doctrina civilística posterior a 1974	89
3. El nuevo Código Civil del Distrito Federal	105
4. Conclusiones sobre este periodo	112

III. EL RÉGIMEN POSTMODERNO (1974-2000)

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 o comunidad de vida ordenada principalmente a la ayuda mutua de los cónyuges.

1. *La reforma de 1974 y reformas posteriores*

A. La reforma 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 así como el Código Civil para el Distrito Federal.¹⁴⁰

La reforma del artículo 4o. constitucional introdujo el actual párrafo tercero, que establece “el varón y la mujer son iguales ante la ley”, y también el cuarto que dicta 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, afectó 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 Mel-

¹⁴⁰ Las reformas fueron publicadas en el *Diario Oficial de la Federación*, el 31 de diciembre de 1974.

chor Ocampo, “la única forma moral de fundar una familia”, puesto que cualquier “persona”, independientemente de que sea 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 4o. 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 1928, a diferencia de la legislación anterior, una disposición que señala que la procreación es un fin esencial del matrimonio.

La declaración hecha en el nuevo párrafo tercero del artículo 4o. constitucional que dice que “el varón y la mujer son iguales ante la ley”, es una clara manifestación de la tendencia igualitaria que se promovía entonces, la cual ya se había iniciado en México y que ahora fue nuevamente acogida en las reformas al Código Civil del Distrito Federal.¹⁴¹ 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 fue también el motivo de la reforma de 1953, de modo que la reforma

141 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*.

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 1928 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 dictaban 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 decía 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.

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 tenía 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.

B. 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 ahora 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.

C. 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. Se conserva así el principio introducido en la Reforma, de que el matrimonio es esencialmente un asunto que define el legislador, pero sin tener ahora ni siquiera la limitación de considerarlo un contrato civil.

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, que en un mismo país convivan concepciones y regímenes jurídicos diversos y aun contradictorios en esta materia tan importante.

D. Reformas de 1994

Once años después se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* del 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 la autorización judicial para que los esposos 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.

E. Reformas de 1997

Bajo la óptica de prevenir la violencia dentro de las familias o violencia familiar, se volvió a reformar el Código en 1997.¹⁴² La reforma se ocupa principalmente de lo relativo al ejercicio de la patria potestad y custodia de los hijos, pero respecto de la rela-

142 *Diario oficial de la Federación* del 30 de diciembre de 1997.

ción 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, aún 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 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 periodo 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 que se mencionarán posteriormente, en este periodo se publicaron otras dos obras generales de derecho civil, una de Raúl Ortiz Urquidi y otra de Guillermo Martínez Domínguez, pero no tratan el tema matrimonial.¹⁴³

A. *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*¹⁴⁴ en el que la critica fuerte y pormenorizadamente.

143 Ortiz Urquidi, Raúl, *Derecho civil*, México, 1977; Domínguez Martínez, G., *Derecho civil*, México, 1990.

144 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 periodo 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”.¹⁴⁵

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 procrear.¹⁴⁶ 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.¹⁴⁷ Critica también que se haya dado al concubino el mismo derecho a la pensión alimenticia en la sucesión testamentaria que tenía la concubina; observa en ello un paso adelante para la equiparación entre matrimonio y concubinato.¹⁴⁸

B. Congreso Mundial sobre Derecho Familiar

Un evento importante para conocer el estado de la doctrina mexicana, o de cierta parte de ella en torno al matrimonio, fue el

145 *Ibidem*, p. 10.

146 *Ibidem*, pp. 27 y ss.

147 *Ibidem*, pp. 29-40.

148 *Ibidem*, p. 52.

Primer Congreso Mundial sobre Derecho Familiar y Derecho Civil,¹⁴⁹ que tuvo lugar en Acapulco, del 23 al 29 de octubre de 1977, organizado por el 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 Fuentevilla. 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 Familiar¹⁵⁰ 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, de 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 haría la declaración de quedar unidos en matrimonio y leería la Carta familiar, que estipula que el matrimonio

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

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

es lo que dice 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).

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, estas son fantasías, frases hechas, formalidades absurdas, existentes, inventadas por juristas...”,¹⁵¹ 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.

C. Antonio de Ibarrola

Tres años después de la reforma constitucional, Antonio de Ibarrola publica su libro *Derecho de familia*¹⁵² 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”.¹⁵³ Ahí refiere 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 cónyugos”.

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

152 Ibarrola, Antonio de, *Derecho de familia*, México, 1978.

153 *Ibidem*, p. 105.

ges”.¹⁵⁴ 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 sociedad.¹⁵⁵ No trata el tema de los deberes entre los cónyuges.

D. Sara Montero Duhalt

En 1984 aparece el primer libro sobre el tema escrito por una mujer: *Derecho de familia*¹⁵⁶ de Sara Montero Duhalt, con el cual irá 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; esto 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”.¹⁵⁷ En este concepto, como dirá más adelante, lo esencial es “establecer una comunidad de vida total y permanente entre dos personas de distinto sexo”.¹⁵⁸

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 ade-

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 115.

¹⁵⁵ *Ibidem*, pp. 233 y ss.

¹⁵⁶ Montero Duhalt, Sara, *Derecho de familia*, México, 1984. Citaré en lo sucesivo 4a. reimp., 1990.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 98.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 122.

más, 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”.¹⁵⁹ 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”.¹⁶⁰ 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 mutua.¹⁶¹

En su opinión las consecuencias jurídicas (derechos y deberes) que surgen del matrimonio son, 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 inferior.¹⁶²

159 *Ibidem*, p. 112.

160 *Ibidem*, p. 123.

161 *Ibidem*, p. 123.

162 *Ibidem*, p. 143.

Cuando trata sobre 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”.¹⁶³ 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 jurídicas.¹⁶⁴

En su opinión no hay una diferencia esencial entre matrimonio y concubinato. Los dos son “las únicas formas de entablar relaciones sexuales lícitas”.¹⁶⁵ Analiza los efectos jurídicos que se han reconocido a los concubinos, considerando las reformas de 1974 y 1983, 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. 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”.¹⁶⁶ 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 romperse.¹⁶⁷ Esta conclusión es congruente con la posición de que el matrimonio

163 *Ibidem*, p. 162.

164 *Ibidem*, pp. 162 y 163.

165 *Ibidem*, p. 163.

166 *Ibidem*, p. 199.

167 *Ibidem*, p. 201.

consiste esencialmente en la convivencia afectuosa y armónica entre los esposos.

E. Alberto Pacheco

En su obra *La familia en el derecho civil mexicano*,¹⁶⁸ 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 hace 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”.¹⁶⁹

Explica el matrimonio natural dividiendo su estudio en estos aspectos: los fines, las propiedades, los elementos y los efectos del matrimonio. Considera que el matrimonio tiende naturalmente a ciertos fines, que son la 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 matrimonio.¹⁷⁰

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,

168 Pacheco, Alberto, *La familia en el derecho civil mexicano*, México, 1984, p. 210.

169 *Ibidem*, pp. 60 y 61.

170 *Ibidem*, pp. 67-70.

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 excluyen expresamente alguna de las propiedades esenciales (unidad, indisolubilidad), por ejemplo, declarando expresamente la posibilidad de disolverlo.¹⁷¹

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 jurídico.¹⁷² 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); este 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 el correlativo derecho al cuerpo le parecen “con seguridad, el principal y más importante efecto del matrimonio”¹⁷³ 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.

171 *Ibidem*, pp. 73-76.

172 *Ibidem*, p. 74.

173 *Ibidem*, p. 84.

Al analizar la legislación civil mexicana, sostiene¹⁷⁴ 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. Critica el artículo 182 que dice 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 así.¹⁷⁵

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 simulado.¹⁷⁶

En cuanto a los deberes que resultan del matrimonio, considera que el Código reconoce implícitamente el débito conyugal en el artículo 162 que dice 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”.¹⁷⁷ El deber 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 difí-

174 *Ibidem*, p. 104.

175 *Ibidem*, p. 105.

176 *Ibidem*, p. 108.

177 *Ibidem*, p. 118.

cil 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 desacuerdo.¹⁷⁸ 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”.¹⁷⁹

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, que son las siguientes: que el consentimiento dado por los cónyuges crea un vínculo jurídico que no puede deshacerse por la voluntad contraria, que sólo la indisolubilidad permite el cabal cumplimiento de los fines matrimoniales y que 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”.¹⁸⁰

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 nue-

178 *Ibidem*, p. 119.

179 *Ibidem*, p. 121.

180 *Ibidem*, p. 153.

vos supuestos (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 divorcio.¹⁸¹

F. Manuel Chávez Asencio

El mismo año (1984) que los de Montero Duhalt y Pacheco, este autor, publica otro libro sobre derecho de familia titulado *La familia en el derecho*.¹⁸² Chávez Asencio procura hacer 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.

Adopta¹⁸³ 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”. 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 ma-

181 *Ibidem*, p. 161.

182 Chávez Asencio, Manuel, *La familia en el derecho. Derecho de familia y relaciones jurídicas familiares*, México, 1984.

183 *Ibidem*, pp. 215 y 216.

dre soltera con su hijo, o la de hermanos que viven juntos, lo mismo que la que resulta del matrimonio o del concubinato.¹⁸⁴

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 por su celebración es un acto solemne. Su efecto es “crear un estado familiar” que comprende un conjunto de deberes y derechos de carácter patrimonial.¹⁸⁵

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 concubinos.¹⁸⁶

En el capítulo titulado “El deber jurídico familiar” trata los deberes que resultan del matrimonio, que en su opinión son: 1) 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 su artículo 147, que prohíbe establecer una condición contraria a la procreación, y en el artículo 162 que dice que los cónyuges decidirán de común acuerdo sobre la procreación. Afirma que el fin primordial del

184 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).

185 *Ibidem*, p. 320.

186 *Ibidem*, p. 327.

matrimonio, que incluye la procreación, es “el amor conyugal en toda su plenitud”.¹⁸⁷

Los otros deberes derivados del matrimonio son: 2) la fidelidad, 3) la vida en común, es decir en el domicilio conyugal; 4) 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; 5) el deber de los esposos de dialogar entre sí; 6) el de respetarse como personas, y 7) el de ejercer conjuntamente la potestad sobre los hijos.¹⁸⁸

G. Jorge Mario Magallón Ibarra

Había publicado en 1965 una monografía sobre el matrimonio, de la que se dio cuenta arriba, en la que lo consideraba como sacramento, institución y contrato. En 1988 publica su tercer tomo de las *Instituciones de derecho civil*¹⁸⁹ en el que trata nuevamente del matrimonio, así como del concubinato y el divorcio. Lo que dice 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 segunda.¹⁹⁰ 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 podrido.¹⁹¹

H. Alicia E. Pérez Duarte

Publica en 1990 un pequeño libro (73 páginas) titulado *Derecho de familia*,¹⁹² que tiene la peculiaridad, en comparación con

187 *Ibidem*, pp. 351 y 352.

188 *Ibidem*, pp. 352-362.

189 Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Instituciones de derecho civil III*, México, 1988.

190 *Ibidem*, p. 337.

191 *Ibidem*, p. 428.

192 Pérez Duarte, Alicia Elena, *Derecho de familia*, México, 1990.

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. A pesar de que considera el concubinato como una forma ordinaria de fundar la familia, lo distingue del matrimonio al juzgar el primero, no como un acto jurídico, sino como un “hecho con consecuencias jurídicas”.¹⁹³

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”.¹⁹⁴ Quizá, pues no lo dice 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; 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 jurídi-

193 *Ibidem*, p. 31.

194 *Ibidem*, p. 20.

ca, por tanto, creada por una sociedad”.¹⁹⁵ 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”.¹⁹⁶

La autora esperaría una evolución hacia una igualdad del varón y la mujer “dentro de marcos de mayor libertad”. Lamenta que todavía 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 adulterio.¹⁹⁷

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 que ella los 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 con-

195 *Ibidem*, p. 25.

196 *Ibidem*, p. 29.

197 *Ibidem*, p. 30.

flictos 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 edad.¹⁹⁸

3. *El nuevo Código Civil del Distrito Federal*

En 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.

A. *Concepto de matrimonio*

El Código nuevo propone una definición del matrimonio en su artículo 146, que estipula 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 analizando cada uno de sus diversos elementos y relacionándolos con otros artículos de la reforma que implican un concepto de matrimonio.

La primera frase dice 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 dice

198 *Ibidem*, pp. 51 y 52.

que debe celebrarse ante el juez y con las formalidades de ley. Con esto se relaciona el nuevo artículo 35 que dice 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”.

Así entendido, en el matrimonio se da la posibilidad de la procreación pero no es un fin esencial. 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 autoras arriba referidas. Es también una unión “libre”, como dice el artículo citado, pues no se entiende que exista un deber permanente de los cónyuges, pues basta con que uno se separe 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.

B. *Derechos y obligaciones entre los esposos*

Se continúa en el presupuesto, establecido previamente en el Código de 1928 con las reformas de 1974, de la plena igualdad entre varón y mujer, sin diferenciación de derechos y deberes ni de papeles o roles familiares.

Los derechos y deberes se definen en relación al concepto de matrimonio como una “comunidad de vida”. Esta comunidad de vida parece significar una vida en el mismo domicilio, ya que es obligación de los cónyuges (artículo 163) vivir en el mismo domicilio pues 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 (artículo 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 *sexтус* señala para los familiares en general: “observar entre ellos 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. El acuerdo que al respecto puedan hacer los cónyuges llega ahora a plantearse como si fuera un acuerdo contractual de intercambio de bienes y servicios

(semejante a un contrato de prestación de servicios), ya que el 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”, de modo que podría plantearse que la aportación económica de uno ha de ser equitativa en relación al trabajo doméstico del otro, casi como si fuera un pago de servicios.

Se repite, con el espíritu de la reforma de 1974, que los cónyuges decidirán de común acuerdo lo relativo al número y esparcimiento de sus hijos, pero ahora se agrega que tienen derecho, estando ambos de acuerdo, a emplear “cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia” (artículo 162).

C. *Divorcio*

Se introducen (artículo 267) nuevas causas de divorcio. Aparte de la ya citada de la separación del domicilio, con o sin causa justificada por más de un año, ahora se contemplan estas otras: el uso no terapéutico de sustancias, lícitas o ilícitas, que produzcan efectos psicotrópicos, si amenazan arruinar la familia o son motivo de continua desaveniencia entre los esposos (fracción XIX); el empleo de métodos de fecundación asistida sin consentimiento del otro cónyuge (fracción XX), o el que un cónyuge le impida al otro practicar cualquier actividad lícita (fracción XXI), lo cual está redactado en términos tan amplios, que podría ser hasta la oposición a que el marido practique un deporte o que la esposa se reúna periódicamente con sus amigas para jugar barajas.

El procedimiento para el divorcio contencioso se facilita, al señalar el artículo 271 que los jueces, respecto de todas las causas de divorcio, “están obligados a suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho”.

D. *Concubinatio*

Ante el debilitamiento del matrimonio como vínculo jurídico, el concubinato gana terreno. El nuevo Código introduce un capí-

tulo 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 estipula (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 periodo 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 reformas solo reduce el plazo de convivencia de cinco años, que preveía el anterior artículo 1635, a sólo dos.

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 *sexтус*). Si se interpretara que el artículo 291 *ter se 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 desarrollado alguna 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.

Estas dos diferencias pueden, en muchos casos, ser sentidas por la mentalidad individualista hoy predominante como desventajas del matrimonio: la formalidad del matrimonio no da apreciables ventajas respecto del concubinato pero sí dificulta y encarece su disolución y el régimen matrimonial de separación de bienes resulta confuso en comparación con la nítida separación de bienes entre los concubinos.

E. El régimen de bienes

Respecto de los bienes, el nuevo Código mantiene la posibilidad de optar por el régimen de separación de bienes o el de sociedad conyugal, pero parece considerar, sin establecerlo claramente, que el régimen preferente es el de la sociedad conyugal. El artículo 179, en el capítulo de disposiciones generales sobre el régimen de bienes, dice que la administración de los bienes (sin precisar cuáles) “deberá recaer en ambos cónyuges salvo pacto en contrario”. De aquí puede inferirse que el legislador prefiere el régimen de sociedad conyugal, pero la inferencia no es segura.

Hay además otra disposición que viene a hacer en ciertos casos nugatorio el régimen de separación de bienes y a establecer una especie de sociedad de gananciales, semejante a la sociedad legal de los primeros Códigos. Dice el artículo 289 bis que en caso de divorcio, el cónyuge que se haya dedicado durante el matrimonio “preponderantemente al cuidado del hogar y, en su caso, al de los hijos” podrá demandar del otro una “indemnización de hasta el 50% del valor de los bienes que hubiera adquirido durante el matrimonio”. Esto es casi como considerarlo socio hasta en un 50% de las utilidades pero sin tener responsabilidad por las deudas. Ciertamente que la disposición no establece que siempre habrá de darse tal “indemnización”, pero sí deja al juez la facultad de decidir caso por caso el monto de la misma.

4. Conclusiones sobre este periodo

El régimen matrimonial de esta etapa que he llamado post-moderno se caracteriza por considerar el matrimonio como una mera comunidad de vida entre un varón y una mujer, sin más obligación que la de proporcionarse alimentos y vivir en un mismo domicilio. El matrimonio prácticamente es considerado como una situación de hecho que termina en cuanto la convivencia se interrumpe por más de un año.

La discusión doctrinaria sobre la naturaleza jurídica del matrimonio (contrato, institución, estado civil, etcétera) terminaba en este periodo, dando por aceptado que el matrimonio participa de esos tres caracteres que no son contradictorios entre sí, sino complementarios. Pero nuevamente la intervención legislativa trastocará el concepto de matrimonio para llevarlo a la sola comunidad de vida.

La reforma de 1974, al proponer el derecho de cada persona a decidir sobre la procreación vino a poner en crisis el concepto del matrimonio civil. La doctrina asume dos posiciones bien diferentes. Por una parte, Sánchez Medal, De Ibarrola, Pacheco y, moderadamente, Chávez Ascencio, 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 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 otra parte, las dos autoras citadas (Montero Duhalt y Pérez Duarte) 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 un elemento esencial sino accesorio. 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 posteriormente, la introducción de la causal de divorcio por separación (1983) y la tipificación de la violación conyugal (1997) van en este último sentido.

Vale la pena notar que la doctrina mexicana nunca se expresó en contra de la emancipación de la mujer de la potestad marital, ni de su equiparación de derechos con el marido, pero sí se muestra en contra de la eliminación de los roles diferenciados que se dio en las reformas de 1974. Sánchez Medal, De Ibarrola y Pa-

checo la criticaron, considerando que se perjudica la educación de los hijos. Montero Duhalt y Pérez Duarte, en cambio, 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, como finalmente sucederá en el nuevo Código del Distrito Federal.

La diferencia del matrimonio con el concubinato se va difuminando gracias a un doble movimiento: uno aligera progresivamente el contenido de las obligaciones y derechos derivados del matrimonio y el otro incrementa los del concubinato. Si bien todos los autores reconocían una diferencia entre el matrimonio como “acto jurídico” y el concubinato como “hecho”, ahora, en el nuevo Código del Distrito Federal, el concubinato ya no puede verse como una mera “situación de hecho”, pues ya supone un estado civil, que genera parentesco, derechos y obligaciones alimentarias y derechos sucesorios. Hay incluso ventajas prácticas (informalidad, seguridad patrimonial, etcétera) del concubinato respecto del matrimonio civil.

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.