

## INTRODUCCIÓN

En la doctrina jurídica mexicana solía considerarse el matrimonio como un contrato. Su constitución y regulación era, y sigue siendo, regida por los códigos civiles, por lo que los estudiosos del derecho civil lo consideraban uno de los temas propios de su materia, en la cual también estaba el tema de los contratos.<sup>1</sup> No se ponía en duda que el matrimonio era un contrato civil. Esta concepción tenía como antecedente, e incluso como fundamento indiscutible para un jurista positivista, la Ley de Matrimonio Civil de 1859, expedida por el presidente Juárez, cuyo primer artículo afirmaba<sup>2</sup> que “el

<sup>1</sup> Hay algunos códigos de familia que han separado el matrimonio del derecho civil, regulándolo en códigos específicos de familia, como en los estados de Hidalgo, Zacatecas y otros, pero en la mayoría de los estados de la República, el matrimonio lo regulan los códigos civiles.

<sup>2</sup> El 27 de enero de 1857 se expidió la Ley del Registro Civil, en la que se afirmó que el matrimonio era un acto del estado civil de las personas, sujeto a la jurisdicción del Estado. Posteriormente se expidió en 1859 la Ley del Matrimonio Civil. Puede verse en *Derechos del pueblo mexicano*, 4a. ed., México, 1994, t. XII, p. 1090.

matrimonio es un contrato civil”. Esa afirmación luego se introdujo en el texto de la Constitución de 1857, por la reforma de 1873, en la cual se agregó a esa definición que el matrimonio tendría la “fuerza y validez” que le confirieran las leyes civiles.<sup>3</sup> De ahí pasó al artículo 130 de la Constitución de 1917 que repetía que el matrimonio es un contrato civil, que tendrá la fuerza y validez que le reconocieran las leyes civiles.

A pesar del precepto constitucional, hubo juristas que afirmaban que el matrimonio era, en vez de un contrato, o además de, una institución natural, cuyo régimen dependía de la propia naturaleza de la relación conyugal, no de las disposiciones legales.<sup>4</sup>

La noción del matrimonio como contrato civil se va paulatinamente oscureciendo. Primero, cuando el Código Civil para el Distrito Federal, expedido después de entrar en vigor la nueva Constitución, omitió la definición del matrimonio como un contrato, aunque en sus disposiciones estaba implícita.<sup>5</sup> Luego, con la

<sup>3</sup> Véase el artículo 2o. del Decreto de Adiciones y Reformas a la Constitución Política de la República Mexicana. Puede verse en Dublán y Lozano, *Legislación mexicana*, México, 1882, t. XII, pp. 502 y 503.

<sup>4</sup> Véase, por ejemplo, Magallón Ibarra, Jorge Mario, *El matrimonio. Sacramento. Contrato. Institución*, México, 1965, pp. 196 y ss.

<sup>5</sup> Dos artículos dicen, sin definirlo, que el matrimonio es un contrato: artículos 178 y 267.

## INTRODUCCIÓN

3

reforma del artículo 130 constitucional en 1992,<sup>6</sup> se quitó la afirmación de que el matrimonio es un contrato, con lo que los legisladores de cada estado de la federación quedaron en libertad de definir el matrimonio como mejor les pareciera. En varios de los diferentes códigos civiles locales se dan definiciones del matrimonio que abandonan el concepto de contrato y lo definen como “unión” o “institución”.<sup>7</sup>

En 2015, la Suprema Corte de Justicia emitió varias tesis de jurisprudencia obligatoria que afectan directamente la noción o concepto de matrimonio. Una afirma, en contra de lo que asentaban casi todos los códigos civiles de la República, que el matrimonio puede darse entre personas del mismo sexo, y no necesariamente entre varón y mujer.<sup>8</sup> Otra establece

<sup>6</sup> Publicada en el *Diario Oficial* el 28 de enero de 1992.

<sup>7</sup> Por ejemplo, definen el matrimonio como una unión: el código civil de Baja California (artículo 143) “unión de un hombre y una mujer”; el de Baja California Sur (artículo 150), “unión legítima de un solo hombre y una sola mujer”; el de la Ciudad de México (artículo 146), “unión libre”; el de Morelos (artículo 122), “unión voluntaria”. Y definen el matrimonio como institución los códigos del Estado de México (artículo 4.1) “institución de carácter público e interés social”; el de Jalisco (artículo 258), “institución de carácter público e interés social, o el de Querétaro (artículo 137), “institución idónea para constituir una familia”.

<sup>8</sup> El 3 de junio de 2015 se aprobó, por la Primera Sala, la tesis de jurisprudencia 43/2015, que fue publicada el 19 de junio en el *Semanario Judicial de la Federación*. Textualmente dice su rubro:

que cualquiera de los contrayentes puede declarar, en cualquier momento y sin necesidad de expresar un motivo, su decisión de terminar el matrimonio, con lo cual el juez debe decretar el divorcio, aunque la otra parte quiera continuarlo.<sup>9</sup>

Estos cambios hacen necesario reflexionar qué es el matrimonio.<sup>10</sup> Si es simplemente una figura que el legislador puede crear, modificar o suprimir a su libre albedrío, como puede hacerlo, por ejemplo, respecto de los impuestos, que los crea, modifica o suprime cuando quiera, y que las personas tienen simplemente que ajustarse a lo previsto por el legislador en materia fiscal. O si, por el contrario, es una relación que las

“Matrimonio. La ley de cualquier entidad federativa que, por un lado, considere que la finalidad de aquél es la procreación y/o lo defina como el que se celebra entre un hombre y una mujer, es inconstitucional”.

<sup>9</sup> La Primera Sala aprobó una tesis de jurisprudencia obligatoria (tesis 1ª./J. 28/2015) publicada en el *Semanario Judicial de la Federación* el 10 de julio de 2015, que dice textualmente: “Divorcio necesario. El régimen de disolución del matrimonio que exige la acreditación de causales, vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad (códigos de Morelos, Veracruz y legislaciones análogas).”

<sup>10</sup> He escrito una primera reflexión sobre los cambios que implican las tesis jurisprudenciales en la noción del matrimonio, en “La transformación del matrimonio civil”, trabajo por publicarse en el volumen de estudios de homenaje a Raúl González Schmall, preparado por la Universidad Iberoamericana de México.

## INTRODUCCIÓN

5

personas contraen libremente, con los deberes y consecuencias que se derivan del fin para el cual se unen, que ellas mismas eligen, y que puede ser regulada por el legislador. Pero regular una realidad no significa alterar su naturaleza, y así como el legislador puede regular las tortugas o el maíz, sin que por eso dejen de ser tortugas o maíz, puede regular el matrimonio sin que el matrimonio cambie su naturaleza.

En mi opinión, el matrimonio es una realidad que tiene su propio modo de ser, que puede y debe ser regulada por el ordenamiento jurídico, pero no es creada ni definida por las leyes. Desde esta perspectiva hago esta reflexión sobre el matrimonio, por la que pretendo explicar qué es el matrimonio, es decir cuál es su naturaleza, qué tipo de deberes genera entre los contrayentes y en qué sentido se afirma que es la base o fundamento de la familia.

Partiré de lo más elemental, de la noción del matrimonio como una relación personal o de amistad (I), después reflexionaré sobre la naturaleza del amor y la amistad y sus diferencias (II), sobre la amistad propiamente matrimonial (III), que puede dar lugar a un convenio de convivir (IV), del cual resulta una unión personal (V). Finalmente propongo una respuesta a la pregunta qué es el matrimonio (VI).