

IV. EL CONVENIO MATRIMONIAL

Es evidente que el secuestro o rapto de una persona no es un medio adecuado para constituir una asociación afectiva, porque falta el asentimiento de una de las personas. Para poder hablar de matrimonio es necesario que los amigos hagan un acuerdo o convenio de convivir.

La posibilidad de que dos o más personas se reúnan para convivir temporal o establemente está actualmente contemplada en dos de los derechos humanos universalmente reconocidos: el derecho de reunión y el derecho de asociación.

1. *Derecho de reunión y derecho de asociación*

El derecho de reunión es la posibilidad que tienen dos o más personas de reunirse temporalmente, en forma pacífica, sin más limitaciones que las que las leyes puedan establecer por razones de orden público.³⁹ Éste es el derecho que ejercen los amigos cuando

³⁹ La Convención Americana de Derechos Humanos dice

convienen en asistir a un evento, o salir de vacaciones, o comer en algún restaurante, etcétera.

El derecho de asociación es el derecho de reunirse dos o más personas para procurar entre todas, y en beneficio de todas, un fin lícito, de manera estable.⁴⁰ La diferencia con el derecho de reunión es la estabilidad de la asociación. La reunión se disuelve rápidamente; la asociación permanece por tiempo indefinido o por un determinado plazo y genera un vínculo jurídico entre los asociados.

Aunque el derecho de asociación es único, hay muchos tipos de asociaciones, cuyas características y reglas de constitución y funcionamiento dependen del fin para el cual se constituyen. Hay asociaciones civiles, mercantiles, políticas, religiosas, culturales, etcéte-

(artículo 15) que “reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas”, y que este derecho sólo puede restringirse por disposiciones previstas en alguna ley y que “sean necesarias en una sociedad democrática” por razones de seguridad, orden público, la salud o la moral públicos, y los derechos y libertades de los demás. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos tiene un artículo (artículo 21) casi idéntico; la única diferencia es que no exige que la reunión sea sin armas.

⁴⁰ La Convención Americana de Derecho Humanos dice (artículo 16) que todas las personas “tienen derecho a asociarse libremente” para cualquier fin lícito. El Pacto (artículo 22) tiene una disposición semejante; afirma que “toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras”, sin señalar fines, por lo que cabe entender que puede ser cualquier fin lícito.

ra, y dentro de cada género de asociación hay diversos tipos; por ejemplo, puede haber sociedades civiles y asociaciones civiles, y sociedades mercantiles por acciones (sociedades anónimas, y dentro de éstas, de capital fijo o de capital variable) o sociedades mercantiles de personas, y así hay variedad de tipos en cada género de sociedades.

Dos amigos pueden hacer un convenio para convivir en un mismo domicilio y constituir una asociación que, por ser entre amigos, puede denominarse asociación afectiva. Y puede haber varios tipos de asociación afectiva, según sean los fines que quieran alcanzar sus integrantes.

2. *El convenio de convivir*

El matrimonio puede verse desde la perspectiva del derecho de reunión o del derecho de asociación.

Desde el punto de vista del derecho de reunión, se puede comprender como el acuerdo que hacen dos personas de convivir en un mismo domicilio, pero sin perseguir establemente algún fin común ni generar obligaciones o deberes entre ellas. Es lo que suele llamarse “unión libre”.⁴¹ Por mutua voluntad con-

⁴¹ El Código Civil del Distrito Federal (artículo 146) define el matrimonio como “unión libre”, pero en realidad es una asociación, porque genera un vínculo jurídico entre los contrayentes.

viven, y en cuanto una quiera dejar la convivencia, lo puede hacer sin ninguna responsabilidad, pues no hay entre ellas obligaciones incumplidas. En este caso, el “matrimonio” es simplemente una situación de hecho: mientras las personas convivan, hay matrimonio; en cuanto termine la convivencia, se extingue. Así era el matrimonio romano en tiempos de la República y del Principado.⁴² Puede hoy corresponder al llamado “matrimonio a prueba” o “sin compromiso”. En todo caso, es una unión temporal y limitada. Eventualmente podría consolidarse si los contrayentes hacen una nueva decisión de convivir de manera estable para alcanzar ciertos fines.

Desde la perspectiva del derecho de asociación, el matrimonio puede verse como el resultado de un convenio por el que dos personas deciden convivir en un mismo domicilio, de modo estable y con objeto de cumplir ciertos fines, al menos el de ayudarse mutuamente. El fin común es la razón de ser de la asociación

⁴² Sin embargo, se distinguía entre un matrimonio lícito, es decir que cumplía ciertos requisitos, de modo que era una convivencia honorable, aceptada y promovida socialmente, pero sin vínculo jurídico, y otras uniones, también de hecho, que, por no cumplir esos requisitos eran denominadas de diversa manera: concubinato, matrimonio injusto, contubernio y otras. En todo tipo de matrimonio se hablaba siempre de unión entre varón y mujer. Véase Fiori, R., “La struttura del matrimonio romano”, *Bulletino del Istituto di Diritto Romano*, vol. CV, 2011, pp. 197 y ss.

y de las obligaciones que las partes asumen para colaborar y alcanzar el fin que ambas quieren. Este convenio, a diferencia del de “unión libre”, genera obligaciones entre las partes, es decir, produce un “vínculo” que contiene obligaciones jurídicamente sancionadas, pero también deberes éticos sin sanción judicial.

Como el fin general de semejante convenio es compartir las vidas y ayudarse mutuamente, cabe afirmar que es un convenio de asociación afectiva, es decir, una asociación para vivir amistosamente.

Bajo la perspectiva asociativa, se entiende que el matrimonio haya sido visto como un “contrato”, es decir, un acuerdo de voluntades o consentimiento.⁴³ Pero la definición del matrimonio como “contrato” es totalmente insuficiente, como lo sería definir una sociedad mercantil o una asociación política como otro tipo de “contrato”. La asociación se especifica por el fin que pretende. Si se quiere saber qué es una asociación y, en consecuencia, qué es el matrimonio, es necesario indagar el fin o fines para los cuales se constituye.

La asociación de convivir amistosamente la hemos llamado asociación afectiva, pero puede haber muchos tipos de ella, como de cualquier otra asociación, dependiendo de los fines que pretendan los contrayentes. Los fines que buscan al convivir son consecuencia

⁴³ Véase arriba pp. 1 y ss.

de la amistad que haya entre ellos y de la amistad que quieran desarrollar.

3. *El convenio de vivir en amistad placentera*

El tipo de asociación depende del tipo de amistad que haya entre las personas, de la cual deriva la voluntad de asociarse establemente y los fines que persigan. No es probable que dos personas con una amistad meramente útil quieran vivir juntas, pues para ello se requiere que, cuando menos, se agraden. Podrían, por ejemplo, convenir en vivir juntas para compartir los gastos del alquiler de un departamento, pero se trata de una asociación meramente patrimonial, pues no existe el fin de compartir la vida, de convivir, y menos el de unirse corporalmente.

La amistad placentera puede efectivamente dar lugar al convenio de convivir. Movidas por esta amistad, dos o más personas pueden acordar hacer su vida en común, vivir en un mismo domicilio y ayudarse recíprocamente, sin pretender la unión corporal entre ellas, como suele suceder entre dos o varios hermanos o hermanas, o dos amigos que prefieren vivir juntos. Este convenio da lugar a una asociación afectiva, por tiempo indefinido, ya que el fundamento de su amistad es el placer y ayuda que recíprocamente experimentan, y puede terminar por la decisión unilateral

de cualquiera de las partes, cuando advierta que ya no hay placer ni utilidad en su convivencia, ni parezca posible esperarlo en el futuro. Parecería rudo que el convenio se fijara por un plazo determinado, tres años, por ejemplo, pero nada impide, desde el punto de vista jurídico, que el convenio se hiciera así. En la generalidad de los casos, tal convenio de convivir sería por tiempo indeterminado, es decir, mientras no se disuelva. La asociación afectiva que resulta de este convenio es una asociación de interés privado, pues beneficia únicamente a los contrayentes. Genera las obligaciones jurídicas que las partes hayan expresamente convenido, y además los deberes éticos propios de la convivencia entre amigos. Sin embargo, no es un matrimonio, porque no se contempla la unión corporal.

La amistad placentera puede también dar lugar a un convenio de convivir que, además de los fines de convivencia y ayuda mutua, incluya la unión corporal. Actualmente, por la mentalidad hedonista que se ha ido difundiendo en la cultura y en las costumbres, los amigos que se asocian en amistad placentera pueden rechazar la posibilidad de procrear, de modo que la generación y educación de los hijos no sea uno de los fines que persiguen al asociarse. Es también el caso de personas del mismo sexo que hacen un convenio de convivir, que incluye la unión corporal. En cualquier caso, el convenio genera una asociación afectiva, de duración indefinida, que puede terminar por la decla-

ración unilateral de cualquiera de las partes, y de naturaleza eminentemente privada. Esta asociación no tiene ninguna trascendencia social. Es simplemente un medio para beneficio exclusivo de los contrayentes.⁴⁴ Como asociación privada, puede estar reconocida y regulada por las leyes, como lo están otro tipo de asociaciones privadas, pero se registrará, principalmente, por la voluntad de los contrayentes, quienes pueden libremente determinar todas las condiciones y reglas que rijan su asociación, entre ellas la de si se obligan o no a la exclusividad en su unión corporal.

Si quienes deciden convivir en amistad placentera incluyen en los fines de su asociación la generación y educación de los hijos, conforman una asociación afectiva de interés público, que será regulada por el poder público para tutelar el bien de los hijos.⁴⁵ Sigue siendo una asociación de duración indefinida, que

⁴⁴ Puede alegarse, en contra, que el beneficio de cada contratante es de interés social, porque preserva y desarrolla a un integrante de la comunidad. Pero el cuidado y desarrollo de personas adultas es principalmente materia de su propia responsabilidad individual y no de la responsabilidad común. Es diferente el caso de menores o incapacitados, cuyo cuidado y desarrollo atañe a sus familias y, subsidiariamente, a la comunidad.

⁴⁵ Actualmente, en lugar de bien del hijo, se suele hablar del “interés superior” del menor. Es un reflejo de una cultura que no distingue entre el bien inmediato del niño, o interés, por ejemplo inscribirlo en una escuela cercana a su casa, y el bien a largo plazo o bien personal, que sería, por ejemplo, el inscribirlo en una mejor escuela, aunque tarde un poco más en llegar a ella.

puede terminar por convenio de ambas partes, o por la iniciativa de una, aprobada por una autoridad administrativa o judicial. Debe notarse que el vínculo asociativo se genera por la voluntad de los contrayentes, no por el poder público, el cual sólo sanciona algunas de las obligaciones que libremente asumieron los contrayentes, especialmente aquellas que tienen que ver con el bien de los hijos, lo cual incluye la estabilidad de la unión y la exclusividad de la unión corporal. Por eso, el vínculo asociativo puede terminar, dada la naturaleza de la amistad que lo generó, cuando cualquiera de los contrayentes no quiere continuar la asociación, pero, por la presencia de los hijos y el carácter público de la asociación, el poder público interviene para autorizar o aprobar la disolución y garantizar el cuidado y educación de los hijos.

Esa asociación afectiva, de duración indefinida, abierta a la procreación y educación de los hijos y, por ello, de naturaleza pública, ya puede llamarse matrimonio. No es, como las anteriores, una asociación meramente privada, sin trascendencia social, porque entre sus fines incluye la procreación y educación de los hijos, lo cual es de interés de la comunidad. Ésta ha sido la razón por la que, en todas las sociedades, de todos los tiempos, la comunidad ha intervenido en la celebración y regulación de los matrimonios.⁴⁶

⁴⁶ Respecto de las sociedades prehispánicas en México, puede

Por esta misma razón, y para evitar los riesgos de una descendencia enferma, las leyes suelen prohibir el matrimonio entre ascendientes y descendientes,⁴⁷ o entre parientes cercanos en línea colateral.

Actualmente, las leyes, incluidos los códigos civiles mexicanos, suelen reconocer como matrimonios esas asociaciones afectivas, derivadas del convenio de convivir en amistad placentera, abierto a la procreación y educación de los hijos, contraído entre varón y mujer. Cabe señalar que el convenio lo hacen los contrayentes, y, por lo tanto, también el vínculo jurídico que los une. El poder público sanciona ese convenio y el vínculo jurídico resultante, pero no lo genera. La ce-

verse la puntual obra de Kohler, *El Derecho de los aztecas*, en la que se refiere a las reglas que regían el matrimonio en diversos pueblos del centro del país, §§ 25 a 29. Las reglas que regían el matrimonio consideran implícitamente que está ordenado a la generación y educación de los hijos, por lo que se prohíbe el matrimonio entre ascendientes y descendientes o aún entre hermanos; reconocen un matrimonio temporal, que se puede resolver unilateralmente por decisión del varón, pero si tienen un hijo, la esposa o los parientes pueden exigir que el matrimonio sea definitivo.

⁴⁷ En el derecho romano se consideraba que el matrimonio entre ascendientes y descendientes, denominado *incestum*, era nulo por el derecho común a todos los pueblos (*iure gentium*), mientras que el matrimonio entre parientes colaterales era nulo por derecho civil (*iure civile*). Consideraban que ni siquiera el emperador podía validar un incesto entre ascendiente y descendiente. Véase Fori, R., “La struttura del matrimonio romano”, *Bulletino dell’ Istituto di Diritto Romano (BIDR)*, Roma, 2011, vol. CV, pp. 209 y ss.

lebración pública del convenio matrimonial sirve para fortalecer la decisión de los cónyuges, comprometerlos públicamente y sancionar públicamente algunas de las obligaciones que genera.

Por la protección que las leyes han dado al concubinato y otras uniones que son fruto de un convenio meramente privado, a las que les reconocen casi los mismos derechos que a los contrayentes de un convenio matrimonial públicamente celebrado, se ha mermado la importancia de la celebración pública, que suele verse entre los jóvenes como una formalidad innecesaria.

Ese convenio de vivir en amistad placentera abierto a la procreación, que las leyes reconocen como matrimonio civil, no es la forma de asociación afectiva plenamente conforme con la dignidad humana, porque las personas que constituyen una asociación afectiva que puede disolverse en cualquier momento no se quieren por sí mismas, no están unidas en amistad honesta.

4. *El convenio de convivir en amistad honesta*

Puede hacerse entre personas que no tengan interés en la unión corporal entre ellas, pero que quieren convivir de manera estable y ayudarse mutuamente. Es lo que sucede, por ejemplo, entre hermanos solteros que

viven juntos, o entre amigos que deciden permanecer solteros y vivir en comunidad y amistad honesta, como es el caso de las comunidades de religiosos o religiosas.

Si se hace un convenio de vivir en amistad honesta, entre varón y mujer, que quieren la unión corporal entre ellos, se produce un tipo especial de asociación afectiva, que se distingue de todas las demás, por ser exclusiva (un solo varón y una sola mujer) y permanente (por toda la vida). En efecto, la amistad honesta que incluye el impulso erótico genera la entrega total o plena entre las dos personas; por ser entrega plena, está abierta a la procreación, y es necesariamente entrega exclusiva y permanente.

A veces sucede que las parejas, por causas ajenas a su voluntad, no pueden procrear hijos. Eso, que puede ser una fuerte contrariedad, no impide la trascendencia de su amor, que puede dirigirse a hijos adoptados, o a otras personas necesitadas de sus mismas familias, o bien al servicio de la comunidad, por medio de obras de asistencia social, o de otra naturaleza, es decir, su amor no se encierra en las dos personas, sino que trasciende en beneficio de la comunidad, aunque no tengan hijos.

El convenio entre varón y mujer de vivir en amistad honesta y de procrear y educar hijos es propiamente el convenio matrimonial, y la asociación que resulta del mismo es el matrimonio plenamente conforme con la

dignidad de la persona humana. El vínculo, o relación jurídica, que une a los contrayentes, como ya se ha dicho, lo crean ellos, no el poder político. Si ellos libremente han decidido unirse por toda la vida, el poder político debería, al menos, respetar esa decisión, en vez de entrometerse para aparentar⁴⁸ que la anula mediante un decreto judicial que declare la disolución del vínculo o divorcio. Es esa una intromisión que pretende expropiar el vínculo matrimonial, como si fuera obra de la potestad política, que lo hace o deshace a su gusto, y no obra de la libre voluntad de los contrayentes.⁴⁹

Quienes convienen el matrimonio por toda la vida renuncian a la disolución del vínculo matrimonial. Ellos lo han querido libremente así, y así lo han expresado al convenir su matrimonio. El convenio matrimonial, como se refiere a las personas, no puede tratarse de la misma manera que los convenios que se refieren a cosas. Una compraventa, o cualquier otro contrato, puede disolverse por el consentimiento de quienes lo formaron, porque su objeto son simplemente cosas o servicios patrimoniales. No sucede así en el convenio matrimonial, porque están en juego personas, que se

⁴⁸ El poder político no puede anular lo que no ha creado.

⁴⁹ El Código de Derecho Canónico al respecto afirma, canon 1057§1 “El matrimonio lo produce el consentimiento de las partes”.

han obligado, por el convenio, a amarse en amistad honesta, por sí mismas, por toda la vida, de modo que la disolución del convenio, aunque ambas estén de acuerdo en ello, es indebida, contraria a la palabra que ellos mismos se dieron de amarse por toda la vida. Admitir que ellas puedan lícitamente disolver lo convenido es admitir que puedan lícitamente mentirse y engañarse.

La mayoría de las leyes civiles vigentes sólo reconocen como matrimonio el convenio disoluble, porque se presupone que las personas no son capaces de mantener la palabra que mutuamente se dan de amarse por toda la vida. Es una pobre concepción de la capacidad humana, como si las personas no pudieran amar a los hijos, a los amigos, o al cónyuge, por toda la vida, ni de hacer un compromiso de amor por toda la vida. Es verdad que es difícil amar por toda la vida, porque nadie es perfecto, ni el que ama ni aquellos a quienes se ama, pero es posible perseverar en el amor que se promete, a pesar de las inevitables dificultades, como lo demuestran numerosos testimonios de esposos, padres y amigos. No hay mayor alegría humana que la de amar y saberse amado por toda la vida, pase lo que pase.

No obstante, puede suceder, por diferentes causas, por ejemplo, el alcoholismo de uno de los esposos, que la convivencia entre ellos resulte nociva, especialmen-

te para los hijos. Esto puede justificar que termine la convivencia entre ellos, pero no el deber que libremente asumieron de amarse por toda la vida. Podrán vivir cada uno en su domicilio, y seguirse amando, por ejemplo, perdonándose las ofensas, ayudándose en caso de alguna necesidad, apoyándose mutuamente para el cuidado y educación de los hijos y, eventualmente, conviviendo en ciertos momentos, por ejemplo, en las celebraciones familiares, y dejando abierta la posibilidad de reanudar la convivencia.

En síntesis, cabe afirmar que el convenio matrimonial es propiamente el convenio indisoluble, entre un varón y una mujer, de convivir en amistad honesta y procrear y educar hijos. Este es el matrimonio plenamente conforme con la dignidad humana, aunque la mayoría de las legislaciones civiles no lo reconoce. Es semejante, y cabe asimilarlo por analogía al matrimonio, el convenio por tiempo indeterminado, disoluble, entre varón y mujer para vivir en amistad placentera y procrear y educar hijos, que es el que actualmente reconocen las leyes como matrimonio civil. Cualquier convenio de convivencia que no incluya la unión corporal y la procreación y educación de los hijos no puede llamarse propiamente convenio matrimonial.