

2006

La naturaleza y la justicia del matrimonio

Jorge Adame Goddard

LA NATURALEZA Y LA JUSTICIA DEL MATRIMONIO¹

Jorge Adame Goddard

SUMARIO: Introducción. 1 El matrimonio como una forma de amistad. 2 El matrimonio como unión. 3 El matrimonio como alianza. 4 La justicia en el matrimonio. 5 El papel del legislador.

INTRODUCCIÓN.

En varios trabajos he venido presentado algunas reflexiones en torno al matrimonio. En un análisis histórico, publicado con el título de *La evolución del matrimonio civil en México* (México, UNAM, 2005), presentaba la insuficiencia de buscar una definición legal del matrimonio, que por la propia naturaleza potestativa de la ley, no puede dar una definición científica del matrimonio, esto es ajustada a la realidad de la naturaleza de las personas y de la relación conyugal, sino solo una noción convencional y provisional, útil para determinar cuál es el campo material de vigencia de la ley.

Ahí mismo, proponía la necesidad de reflexionar sobre esta materia a partir de lo que es el matrimonio como relación entre personas. En otro trabajo que preparé con ocasión del Seminario Internacional: Familia, inmigración y multiculturalidad avanzo en ese sentido proponiendo el matrimonio como una forma de amistad, la más perfecta, entre varón y mujer.² Siguiendo esa línea, considero ahora el matrimonio también como la unión resultante de esa amistad (epígrafe 2) y como alianza pública (epígrafe 3), para concluir (epígrafe 4) proponiendo los deberes que genera la unión matrimonial o justicia del matrimonio y (epígrafe 5) el papel que corresponde al legislador.

1. El matrimonio como una forma de amistad.

¹ Este artículo fue publicado originalmente en el volumen *Familia. Naturaleza, derechos y responsabilidades*, comp. por Virginia Aspe Armella, México, UP-Porrúa, 2006, pp. 95-114.

² “La superación del matrimonio legal”, publicado en *Familia, inmigración y multiculturalidad: una perspectiva jurídica comparada*, coord. por Nuria GONZÁLEZ MARTÍN (México, UNAM-Porrúa 2006) 1-21.

El matrimonio es una relación entre personas. Toda relación se compone de comportamientos recíprocamente referidos de las personas relacionadas, que son comportamientos voluntarios y libres.

La relación entre personas que se establece respecto de un beneficio o bien común es la amistad. La voluntad unilateral de una persona de hacer un bien a otra es benevolencia. La benevolencia correspondida, es decir la voluntad recíproca de procurarse un bien, es la amistad. Me parece que siguiendo esta idea de Aristóteles sobre la amistad se puede indagar cuál es la naturaleza o esencia del matrimonio o relación conyugal.³

La amistad, como bien señala Aristóteles, no es única, sino distinta en razón del tipo de bien que se busca. La amistad que se establece en relación a bienes instrumentales o útiles que facilitan la vida es la amistad útil. La que se establece en relación al placer común (incluida la afectividad) es la amistad placentera o afectiva. Y la que se constituye en relación al bien personal del amigo, de uno y otro pues la amistad implica siempre reciprocidad, es la amistad completa o perfecta. Dice Aristóteles que como difieren lo útil, lo deleitable y lo bueno, así difieren las amistades.

Estos tres tipos de amistad no son excluyentes, pues la amistad placentera puede incluir la útil, o viceversa, y la amistad completa incluye la placentera y la útil.

Distingue Aristóteles el acto amistoso, que es un acto aislado, de la amistad propiamente tal, que es una disposición estable o hábito. Por eso dice que los amigos hacen actos de amistad cuando conviven, pero cuando están separados, la amistad permanece entre ellos como un hábito.⁴

La amistad perfecta, dice Aristóteles, solo se da entre personas que tienen un grado de madurez que les permite discernir y procurar el verdadero bien personal, es decir la virtud. Por eso afirma que la amistad perfecta solo se da entre hombres de bien: “La amistad perfecta es la de los hombres de bien y semejantes en virtud.”⁵ Los que quieren para sí el bien mejor, lo pueden querer para los otros. Quienes no tienen esa madurez pueden ser y son amigos por provecho o por placer.

La amistad verdadera, como es un hábito y no una simple afección o emoción, supone elección. Sé es amigo de quien se elige, no de cualquiera. Por eso afirma que “cuando los hombres desean bien a las personas que

³ Aristóteles, *Ética Nicomaquea* 8,2 (p. 103) (En lo sucesivo *Ética*). Cito la traducción al Español hecha por Antonio Gómez Robledo (México, Porrúa, 1967; cito la 19ª edición –en realidad reimpresión- del año 2000) que, no obstante la desventaja de no tener los renglones numerados para poder citarla con más precisión, tiene el gran mérito de ser una traducción legible y que transmite el sentido del texto, además de ser fácilmente consultable. La parte de la *Ética* que trata de la amistad son los libros 8 y 9. En las citas haré referencias al libro y título correspondientes y añadiré entre paréntesis la página de la edición.

⁴ *Ética* 8,5 (p. 106)

⁵ *Ética* 8,2 (p.).

quieren por consideración a éstas, no es esto por emoción, sino por hábito”⁶. En efecto, la elección supone la intervención de la inteligencia y la voluntad, mientras que la emoción se produce sin su concurso.

Las amistades por provecho o por placer “parecen ser y no ser amistad”⁷. Parecen serlo por la semejanza que tienen con la amistad verdadera que comprende lo útil y lo agradable. Pero no parecen serlo porque cambian rápidamente: duran en tanto los amigos se proporcionen recíprocamente placeres o servicios útiles, y terminan al acabar éstos. La amistad por placer suele ser más duradera que la amistad útil, y en eso es más semejante a la amistad verdadera. En cambio, la amistad perfecta es estable porque ve en el amigo siempre un bien en sí mismo, independientemente de cuál sea su desarrollo o el provecho o placer que brinde a otros .

Los tres tipos de amistad perfecta puede darse entre personas que están en las mismas condiciones, como la que se da entre los que comúnmente se llaman solo amigos, o entre hermanos. Puede así mismo darse entre personas desiguales, como el padre y el hijo o el mayor y el más joven.

En toda amistad hay también cierta asociación. Por eso, pueden llamarse amigos a los que está temporalmente asociados haciendo la misma travesía en un barco, a los que combaten en un mismo ejército o a los que negocian conjuntamente. Y hay también cierta justicia, es decir ciertas conductas que son exigibles a los amigos. La definición de cómo debe comportarse el amigo con el amigo, dice Aristóteles, “es cuestión no distinta, al parecer, que indagar cómo debe ser la justicia entre todos ellos”, aunque aclara que es evidente que “no es la misma la justicia entre un amigo y su amigo que con un extraño”.⁸ La justicia entre amigos difiere según que sea la amistad: útil, placentera o perfecta; entre iguales o entre desiguales.

En la amistad perfecta no hay querellas por injusticia, pues “los que son amigos por la virtud... ponen su empeño en hacerse bien recíprocamente, pues esto es lo propio de la virtud y de la amistad; y entre los que en esto rivalizan no puede haber recriminaciones ni querellas. Nadie lleva a mal que se le estime ni que se le hagan favores, antes si es agradecido tomará el desquite haciendo bien al otro. Y el que en hacer bien al otro se aventaja, no por eso se quejará de su amigo, pues ha obtenido lo que deseaba, desde el momento que uno y otro desean el bien”.⁹

⁶ *Ética* 8,5 (p. 106).

⁷ *Ética* 8,6 (p. 107).

⁸ *Ética* 8,12 *i.f.* (p. 114). Sin embargo, en otro lugar (8,9[p. 110]), dice que “la justicia, por su naturaleza, crece a par de la amistad, como que ambas existen en los mismos sujetos y tienen igual extensión”, en lo que parece afirmar que la amistad y la justicia son paralelas, de suerte que la justicia con extrañas podría ser una forma mínima de amistad útil.

⁹ *Ética* 8,13 (p.114).

En las amistades por placer tampoco se suscitan querellas ordinariamente, pues si los amigos lo son por solo disfrutar de su compañía pasando el tiempo juntos, ambos reciben lo que pretenden, y “se pondría en ridículo el amigo que reprochara al otro no darle contento, toda vez que en su mano está no pasar los días en su compañía”.¹⁰

En cambio, la amistad utilitaria es “quejumbrosa”, porque los amigos se tratan solo por razón del interés propio, y fácilmente se imaginan que dan más de lo que reciben. Otro tanto sucede cuando la amistad se da por motivos diferentes, como cuando uno quiere placer y el otro lucro, en la cual fácilmente pueden suscitarse pleitos.

Después de considerar diversos criterios de justicia para resolver los problemas que se dan principalmente en la amistad utilitaria, entre iguales o entre desiguales, Aristóteles se plantea el problema¹¹ de “si deben o no romperse las amistades con quienes no permanecen los mismos que eran”. Nada de extraño, dice, “tiene romper con amigos que lo eran por utilidad o por placer cuando no tienen ya esos atributos, de los cuales en realidad no eran amigos los que decían serlo; así que faltando aquéllos, es lógico que los amigos no se quieran más.” Puede suceder, añade, que alguno crea ser tenido por amigo verdadero, cuando en realidad el otro lo tenía por interés o por placer. Si aquél se equivocó, sin que el otro lo indujera a engaño, “a nadie debe culpar sino a sí mismo”. Pero si fue inducido a error por hipocresía del otro, “con justicia puede quejarse contra el engañador, con tanto mayor justicia que si lo hiciera contra un monedero falso, cuando el fraude afecta a algo más precioso”.

En esos últimos casos es claro que la amistad termina una vez que se conoce el error que demuestra que en realidad no había amistad perfecta, sino solo útil o agradable. Pero subsiste el problema de si puede uno romper la amistad perfecta cuando el otro se ha vuelto un mal hombre. Aristóteles dice que lo más propio de la amistad sería ayudar al amigo en desgracia mientras haya esperanzas de salvarlo, pero afirma que no haría mal en dejarlo “porque no se hizo amigo de este hombre tal como ahora es”. Nótese que la respuesta es que mientras sea posible hacerle bien, el amigo no debe romper con el que se ha corrompido.

La relación entre varón y mujer la contempla Aristóteles como una relación natural, en el sentido de ser promovida por una inclinación de la naturaleza biológica del hombre, que incluso es más importante y urgente que la inclinación a vivir políticamente, por lo que “el hogar es primero y más necesario que la ciudad”.¹²

¹⁰ *Ética* 8,13 (p.114).

¹¹ *Ética* 9,3 (p.119).

¹² *Ética* 8,12 (p. 113).

Considera que es ordinariamente una amistad en el plano de lo útil y lo deleitable. Varón y mujer se unen para procrear hijos pero también para satisfacer las demás necesidades de la vida. Por eso, se dividen los trabajos, se ayudan mutuamente y ponen sus cosas en común. Por estas razones, dice “tanto la utilidad como el placer se encuentran, a lo que puede verse, en esta amistad”.¹³

Pero además afirma que entre varón y mujer puede haber una amistad perfecta “si los cónyuges son justos, porque cada sexo tiene su virtud peculiar, y de este contraste reciben ambos placer”. La diferencia entre varón y mujer, según la ve él, no es solo física o corpórea y emotiva, sino además diferencia espiritual, en la virtud, que es perfección de la inteligencia o de la voluntad. Esto supone que hay una riqueza mayor, por la diversidad, en la amistad perfecta entre personas de diferente sexo (y diferente virtud) que en la de personas del mismo sexo. Añade que para la unión conyugal en sentido de amistad perfecta los hijos son un vínculo adicional porque son “un bien común a ambos”.

Conforme a la doctrina de Aristóteles sobre la amistad se puede sostener que el matrimonio es, esencialmente, una amistad natural entre varón y mujer. Por supuesto que no todas las amistades entre varón y mujer son matrimonio, pero es cierto que todo matrimonio implica esa voluntad de benevolencia recíproca, de hacerse bien uno a otro, que constituye la esencia de la amistad. Hace falta entonces tratar de especificar qué tipo de amistad es el matrimonio.

Si, como se afirmó arriba, el matrimonio es una amistad entre varón y mujer, conviene ahora precisar que tipo de amistad es: útil, afectiva o plena o personal. Pudiera avanzarse en la distinción señalando que las relaciones por mera utilidad, por ejemplo la de dos jóvenes que se asocian para compartir una habitación y dividirse los gastos, no son relaciones en las que se requiera la diferencia de sexos, por lo que no es un tipo de amistad entre varón y mujer. La amistad entre varón y mujer es propiamente de dos tipos: o amistad afectiva, referida a lo útil y lo placentero, o amistad personal referida al bien de las personas.

Cabe notar que este último tipo de amistad, por la propia naturaleza de la persona, no se limita al cuidado y desarrollo de uno o varios bienes de sus bienes, como su salud o su desarrollo intelectual, sino que comprende el bien de toda la persona, su bien integral; si solo contemplara un bien parcial, como la salud o el desarrollo intelectual, no habría unión por el bien personal, sino por la utilidad y el placer del desarrollo de ese bien particular.

¹³ *Ética* 8,12 (p. 113).

Considerando estas dos formas de amistad entre varón y mujer pueden individualizarse tres tipos de amistades posibles entre ambos: *i)* la amistad afectiva que incluye la convivencia diaria, el placer de la compañía y la utilidad en la división del trabajo y gastos comunes; *ii)* la amistad afectiva que además de lo anterior incluye la posibilidad de tener hijos, considerados como un “derecho” de los contrayentes y *iii)* la amistad personal o plena, fundada en el bien integral de cada uno, que comprende lo útil y lo afectivo, y además incluye necesariamente, puesto que el desarrollo de la paternidad o maternidad es parte muy importante del bien personal, la posibilidad de procrear y educar a los hijos, considerados, no como un derecho de los padres, sino como personas a las que ambos se deben.

Estas tres amistades son todas posibles, pero no son todas iguales. Sería un error, por falta de precisión o claridad, llamarlas a todas con el nombre de matrimonio, pues si bien todas son especies o formas de amistad, cada una tiene fines propios y, como se verá más adelante, una justicia propia. Sería un error equivalente a llamar compraventa a cualquier contrato, pasando por alto que cada contrato, arrendamiento, sociedad, mandato, etcétera, tiene sus fines y reglas propias.

La amistad propiamente matrimonial es aquella en la que se procura el bien integral del otro. Es una forma de amistad superior que implica el reconocimiento de la otra persona con alguien que tiene la misma dignidad que yo, de modo que merece ser amado por sí mismo. La amistad afectiva, en cambio, es una amistad instrumental en la que se ama al otro en la medida que provea o rinda ciertos servicios y cause agrado, por lo que puede dejársele de amar en cuanto deje de darlos.

Solo la amistad personal es amistad entre iguales, solo en ella se cumple cabalmente la regla de oro de amar al prójimo como a uno mismo. En la amistad meramente afectiva, el amor propio está por encima de la amistad, ya que ésta se funda en que el amigo me resulte útil o placentero, por lo que se hace evidente que nunca se le ama como a uno mismo.

Si se denominaran matrimonio la amistad afectiva lo mismo que la amistad integral o plena se oscurecería la distinción entre esos dos tipos de amistad. Como la amistad plena es de más difícil realización, y por eso más escasa, al perderse la noción del matrimonio como amistad plena, se llegaría a la percepción y difusión generalizada de que el matrimonio es solo la amistad utilitaria y placentera. Esta percepción, hoy cada vez más generalizada, está en la base de eso que se ha dado en llamar la crisis del matrimonio.

2. El matrimonio como unión.

La amistad produce como fruto la unión entre los amigos. La amistad matrimonial, la unión de los esposos. Para continuar la reflexión sobre la naturaleza del matrimonio, conviene ahora considerarlo como la unión entre varón y mujer que resultad de la amistad plena entre ellos.

La amistad hace que los amigos constituyan, en un sentido limitado pero real, una unidad o unión. Esta es a la vez interna y externa. La unión interna es la coincidencia de sus afectos, inteligencias voluntades; la unión externa es la convivencia y, sobre todo, la armonía de sus obras. La unión se manifiesta en la convivencia (por eso se dice que la convivencia es el signo de la amistad), pero no solo en el hecho de estar juntos, sino en el actuar coordinado hacia los bienes queridos por ambos.

La unión puede ser más o menos profunda según sea, por una parte, la coincidencia de sus afectos, inteligencias y, sobre todo, voluntades: mientras más amen los mismos bienes, más profunda es; y, por otra parte, según sea la congruencia de sus obras con los bienes queridos, de modo que mientras más sean las obras en armonía con lo querido y menos las disonantes, más profunda es.

Puede ser más o menos duradera, según sea la naturaleza de los bienes que se procuran. Lo útil y placentero son bienes por su naturaleza reducidos en el tiempo: la utilidad o placer que da una persona puede terminar, por ejemplo, por una enfermedad. En consecuencia, las uniones fundadas en la amistad útil o afectiva son también, por su propia naturaleza, temporalmente limitadas. En cambio, el bien personal, o bien honesto, como se refiere a la totalidad de la persona, que es en sí misma un bien amable por sí mismo, dura tanto como ella. Por eso, las uniones personales, entre ellas el matrimonio, no tienen por su naturaleza limitación temporal.

La unión se disuelve cuando los amigos dejan de querer lo mismo. Esto sucede cuando uno de ellos, o los dos, dejan de considerar como un bien aquello que los unía. Pero más frecuentemente ocurre, no porque hayan cambiado su juicio acerca de lo bueno, sino porque dejando de actuar congruentemente con aquello que quieren, terminan por no quererlo.

La unión depende, por lo tanto, de que ambos quieran los mismos bienes y actúen coordinadamente para conseguirlos.

Desde la perspectiva de la unión, el matrimonio se distingue de otras uniones por los bienes que quieren los esposos y hacia los cuales dirigen su actuar. En la amistad matrimonial, cada uno de los esposos quiere el bien del otro como si fuera su propio bien, cada uno quiere al otro como a sí mismo. La persona de cada uno de los esposos, toda la persona con sus debilidades y capacidades, se convierte en bien para el otro. El fin o bien del matrimonio es el bien pleno del otro.

Este querer plenamente al otro incluye lógica y naturalmente el querer su capacidad procreadora, el querer por lo mismo la unión corporal con él, para así llegar a ser, uno y otra, padre y madre. Los hijos comunes constituyen para los esposos nuevos bienes, amables por sí mismos, que refuerzan el amor conyugal, enriqueciéndolo con el amor, también personal y pleno, aunque de distinto signo, a los hijos comunes. Los hijos potencian el desarrollo personal de cada uno de los esposos al convertirlos en padre o madre, lo que les hace experimentar, activa y pasivamente, otra forma de amistad plena, el amor paterno. Por eso, el amor conyugal no es pleno si falta la apertura a la procreación, y se entiende que la procreación, o la fundación de una familia, sea un fin o bien del matrimonio.

El matrimonio, desde esta perspectiva, es la unión entre varón y mujer, resultante de su amistad, orientada a procurar el bien personal pleno de cada uno, incluida la apertura a la procreación, y el bien pleno de los hijos.

Como unión, el matrimonio es unión corporal, convivencia, coincidencia de las inteligencias, de las emociones y, sobre todo, de las voluntades y de las acciones orientadas por un mismo querer el bien pleno de los cónyuges y de los hijos.

La perspectiva del matrimonio como unión fue la que prevaleció desde la Antigüedad romana hasta la Edad Moderna. Se daba entonces como definición del matrimonia aquella de Ulpiano recogida en el Digesto¹⁴ que dice que el matrimonio es la conjunción (unión) de varón y mujer. De ahí procede que a los casados se les llame cónyuges. Resumiendo la doctrina habida hasta su tiempo, Santo Tomás declaraba que la esencia del matrimonio es la unión.¹⁵

La perspectiva fue cambiando en la Edad Moderna, cuando se consideró el matrimonio en el Derecho Canónico principalmente como vínculo jurídico,¹⁶ y en los códigos civiles como contrato.

3. *El matrimonio como alianza.*

Hasta ahora se ha explicado el matrimonio como una unión entre varón y mujer orientada al bien pleno de los cónyuges y de los hijos, unión que es fruto de la amistad. Y la amistad es un hábito o perfección de la voluntad. Pero sucede que la voluntad humana no es capaz de fijarse definitivamente, por lo que puede cambiar y de hecho cambia continuamente. Alguien puede ser amigo de otro, querer realmente su bien, y luego cambiar, dejar

¹⁴ Ulpiano *1 Institutionum*, D 1,1,3: *maris atque feminae coniunctio*.

¹⁵ *Supplementum tertiae partis* q. 44.

¹⁶ Después del concilio de Trento, el canonista más reconocido en materia matrimonial fue Sánchez, quien insistía en el matrimonio como un vínculo jurídico (conjunto de derechos y deberes), al respecto ver MOLANO, Eduardo, *Contribución al estudio sobre la esencia del matrimonio*, Pamplona, 1977, Parte II.

de querer su bien o incluso querer su mal. Alguien puede prometer que hará o dará alguna cosa, y luego revocar su voluntad, desdecirse y no practicar lo que había prometido. Y como estos, pueden concebirse muchos otros casos más que demuestran que la voluntad humana cambia.

Esta volubilidad de la voluntad humana es un signo de debilidad. La voluntad cambia, o porque la razón encuentra que lo que fue elegido y querido no es realmente algo bueno, pues eligió por error, o porque se ha cansado o desilusionado respecto del bien elegido, que encuentra ahora de poco valor. Son el error o la flaqueza las causas del cambio, y por eso el cambio es signo de debilidad. Un acto de voluntad perfecto (elección, decisión y ejecución) sería la adhesión firme, definitiva, invariable, a un bien verdadero.

Ante esta mudanza de la voluntad humana, en la vida social, y especialmente en la vida jurídica de las comunidades, se tiende a formalizar ciertos actos de voluntad practicados respecto de otra persona, de manera que consten fehacientemente y se pueda exigir su cumplimiento, a veces con el apoyo de la fuerza pública. Así, por ejemplo, se exigen determinadas formalidades para la celebración de ciertos contratos, promesas de pago, testamentos y otros actos en que una persona manifiesta su voluntad de dar o hacer algo.

La amistad matrimonial genera, por la propia fuerza de la reciprocidad de las voluntades de los esposos de amarse plenamente, la unión matrimonial. No obstante, en todos los pueblos se ha practicado, y se practica hoy, una ceremonia por la cual el varón y la mujer manifiestan de modo formal su voluntad ante la propia comunidad, para que conste fehaciente y públicamente que han decidido unirse en matrimonio.

El rito nupcial no constituye el matrimonio. Es solo la manifestación pública de que los contrayentes han decidido unirse en matrimonio. La publicidad de su decisión tiene un doble sentido. Es, por una parte, una manera por la que los consortes se aseguran ante su propia debilidad, haciendo pública su voluntad de entregarse al otro, de modo que asumen un compromiso con el consorte y también con la comunidad ante la cual declaran su voluntad, y es así mismo una manera en que cada consorte se asegura de la voluntad recíproca del otro. Por otra parte, es un acto por el que ambos se comprometen con la comunidad a fundar una familia, de lo cual depende la subsistencia futura de la misma comunidad, y un acto por el cual la comunidad se compromete a cuidar de esa unión matrimonial.

Con cierta frecuencia, sobre todo en las explicaciones meramente jurídicas del matrimonio, se tiende a reducir el matrimonio a este acto formal o solemne de manifestación pública de la amistad matrimonial. Esta es una reducción indebida del concepto de matrimonio porque hace pensar que el

matrimonio es meramente la manifestación pública de la amistad conyugal y no la unión estable que deriva de esa amistad. Parece que el matrimonio es solo el acto formal, la ceremonia o, como se dice peyorativamente, el “papelito”, en el que se manifiesta el consentimiento conyugal. Se desvincula así el matrimonio de la amistad que lo genera y de la unión en la cual consiste, y se tiende a exagerar el papel de la formalidad, del rito, de la ley o de la intervención pública. Buena parte de la crítica actual del matrimonio proviene de este malentendido de considerarlo principalmente un acto formal en vez de una amistad y unión personal.

Sin embargo, la declaración pública de la amistad conyugal y la consiguiente constitución de una unión estable es una parte esencial del matrimonio, porque éste es algo que, por su propia naturaleza, interesa a la comunidad. Es un acto por el que se «sella» la amistad de los contrayentes ante la comunidad, generando un compromiso o vínculo jurídico de mantener la unión que libremente, por su sola amistad, han querido.

Desde la perspectiva de esta declaración pública, me parece que el matrimonio se presenta como una alianza. Alianza entre los esposos, pero también alianza entre la comunidad y el nuevo matrimonio, que es germen de una familia.

Toda alianza genera el deber de fidelidad, de lealtad a la palabra dada. La alianza matrimonial genera entre los esposos el deber de respetar su palabra, es decir de mantener su amistad, su recíproca voluntad de procurar el bien pleno del otro y de los hijos que pudieran procrear. La alianza, al «sellar» la amistad, la refuerza como un deber de justicia públicamente asumido; los esposos quedan comprometidos a no revocar su amistad, o, dicho en términos positivos, a procurar durante toda la vida el bien pleno del otro y de los hijos.

La alianza matrimonial también genera deberes de los esposos hacia la comunidad y de ésta hacia ellos. La pervivencia de la unión matrimonial es de interés de la comunidad por dos motivos. A ella le interesa la conservación del matrimonio, por ser éste fruto y manifestación de la forma humana de amistad más plena, modelo de toda armonía y solidaridad social. Y le interesa por la procreación y formación de los hijos, de lo cual depende el futuro de la comunidad. Por eso, los esposos tienen, ante la comunidad, no solo ante sí mismos, el deber de mantener la unión y de procrear y educar a los hijos. Y la comunidad tiene el deber de cuidar esa unión y ayudar en la educación de los hijos.

4. La justicia del matrimonio.

Todo lo expuesto hasta ahora puede resumirse diciendo que el matrimonio es la unión entre varón y mujer orientada al bien pleno de los esposos y de los hijos, causada por una amistad plena, sellada por una alianza, que genera deberes de justicia entre los esposos y entre ellos y la comunidad. En maleante se trata de analizar qué deberes, en términos generales, produce el matrimonio o, en otras palabras, cuál es la justicia del matrimonio.

La amistad matrimonial públicamente manifestada y sancionada como alianza, unión legítima o vínculo jurídico (son diferentes maneras de expresar lo mismo) genera un conjunto de deberes y derechos entre los cónyuges, que son en parte deberes de justicia natural y en parte deberes reconocidos por el ordenamiento jurídico y judicialmente exigibles.

La amistad da como fruto la unión, y ésta consiste principalmente en querer los mismos bienes y actuar coordinadamente para conseguirlos. Por eso, toda unión motiva a las personas a practicar las conductas adecuadas para alcanzar los bienes comúnmente queridos y evitar las que puedan contravenirlos. De entre todas las conductas posibles acordes con los bienes comúnmente queridos, hay algunas que, por su importancia para esos fines, constituyen deberes de justicia, esto es acciones que una persona puede exigir a la otra. Por eso, en toda unión hay una justicia.

Cabe distinguir entre las conductas que las personas se pueden exigir por vía de reproche y las que se pueden exigir judicialmente. De las primeras puede decirse que son conductas debidas por causa de la justicia natural o propia de su unión, y de las otras, que además de ser debidas por causa de esa justicia, son jurídicamente debidas porque están reconocidas por el ordenamiento jurídico y sancionadas por una acción judicial por la que puede exigirse, aun coactivamente, su cumplimiento. Por ejemplo, la comprensión entre los esposos es un deber de justicia natural, mientras que el pago de alimentos lo es de justicia jurídica.

Lo que el varón y la mujer se deben depende fundamentalmente de los bienes que comúnmente quieren. Es evidente que las conductas que pueden en justicia exigirse, o deberes, son diversos si su unión es útil o plena, si quieren procrear o no. Lo que los cónyuges comúnmente quieren se conoce con claridad cuando lo manifiestan públicamente. De ahí, la necesidad de que se registre públicamente el consentimiento de los cónyuges para que se pueda conocer sin duda lo que ambos quieren y pueda en consecuencia determinarse cuáles son los deberes que asumen entre sí.

Cuando en una determinada comunidad la palabra matrimonio es unívoca, de modo que expresa un solo significado comúnmente admitido, basta que expresen su voluntad de contraerlo para que se conozca claramente cuál es la unión que forman entre sí. Ese fue el caso del mundo occidental cristiano mientras privó el sentido del matrimonio como unión indisoluble, entre un

varón y una mujer para ayudarse mutuamente y procrear o fundar una familia.

Actualmente ya no es así, de modo que cuando las personas contraen matrimonio pueden estar pensando y queriendo contraer una unión útil (por ejemplo, para que uno adquiriera la ciudadanía del otro a cambio de ciertos servicios o bienes), o una unión afectiva sin intención de procrear, o una unión afectiva con intención de procrear, pero sin ser una unión plena, o bien una unión propiamente matrimonial. Como la palabra matrimonio ha pasado a significar más el acto formal que la unión, se piensa que hay matrimonio cuando hay ceremonia, sin considerar cuál sea el contenido de la unión. Cuando falta la ceremonia, se dice que no hay matrimonio, pero que puede haber una unión «libre», es decir sin ceremonia ni compromiso público.

Para poder averiguar cuál sea la justicia del matrimonio, es necesario analizar, no tanto si hubo o no ceremonia, sino cuál ha sido efectivamente la voluntad de los contrayentes, es decir cuáles son los bienes que comúnmente quieren. Desde este punto de vista, y haciendo a un lado las uniones meramente útiles a las que todavía no se les da el calificativo de matrimonio, pueden distinguirse, como ya se hizo arriba a propósito de la amistad, tres tipos de uniones entre varón y mujer: uniones afectivas sin intención de procrear, uniones afectivas con intención de procrear y uniones plenas o propiamente matrimoniales.

Para determinar la justicia propia del matrimonio, conviene ir analizando por separado cada una de estas uniones y precisando los deberes que cada una conlleva.

a) Uniones afectivas sin intención de procrear hijos. Si dos jóvenes decidan vivir juntos para compartir sus ingresos, convivir y disfrutar de su compañía hacen una unión afectiva que solo a ellos interesa, por lo que puede considerarse como una unión de carácter privado. En consecuencia si uno de los amigos no cumple con el otro y, por ejemplo, no aporta a los gastos comunes según la medida convenida, el incumplimiento le podrá ser reprochado como contrario a la justicia de la unión, pero no podrá serle demandado judicialmente, porque la unión no comporta ningún compromiso social. Si ellos quisieran tener una sanción judicial por incumplimiento de obligaciones de contenido patrimonial, podrían hacer un contrato y con esa base demandar judicialmente su incumplimiento, ya que es de interés social que los contratos se cumplan.

Por esa unión las partes tampoco contraen un compromiso temporal específico, pues no se hace la unión por tiempo determinado sino por tiempo indefinido, de modo que en cualquier momento puede terminar por decisión unilateral de cualquiera de los contrayentes, sin que por ello pueda

exigírsele responsabilidad alguna. Es lógico que la unión que se contrae para disfrutar de la convivencia termine cuando esa convivencia no es agradable, de modo que quienes se unen con ese fin implícitamente saben que en cualquier momento la pueden terminar. Nuevamente, si se quisiera hacer jurídicamente exigible alguna responsabilidad por incumplimiento, tendría que hacerse un contrato en el que se fijara un plazo a la unión o, al menos, se señalaran una serie de causas típicas solo por las cuales pudiera deshacerse la unión; pero evidentemente esto es impráctico para quienes quieren tener amor libre.

La fidelidad corporal al otro es exigible por justicia natural, ya que por el hecho de entrar a una unión estable cabe presumir una afectividad exclusiva, pero, obviamente, pueden unirse sin tener esa intención. Como la unión es de interés privado exclusivamente, las faltas de fidelidad, aunque pudieran reprocharse, no se castigan penalmente como adulterio.

b) Uniones afectivas con intención de procrear. Cuando el varón y mujer se unen con el fin de procrear y educar hijos, su unión adquiere carácter público, pues de la procreación y educación de los hijos depende la conservación y desarrollo del grupo social. Por eso, este tipo de uniones implica un compromiso de las personas entre sí, pero también una responsabilidad hacia la sociedad y de ésta hacia la pareja. Por eso, es lógico que la sociedad ayude a la pareja (este es el fin de los regalos, de la dote, o de los estímulos gubernamentales a la procreación, cada vez más frecuentes en países con tasas de natalidad bajas o decrecientes) y que la misma sociedad, mediante sus órganos judiciales, haga exigible, a petición de parte interesada, el cumplimiento de ciertas conductas, por ejemplo las relacionadas con la manutención de los contrayentes, o con la manutención y educación de los hijos.

Cabe observar que el propio Aristóteles señala que la unión entre varón y mujer para tener hijos, que es el tipo de unión que él tiene en mente cuando habla de amistad entre varón y mujer, se da ordinariamente, al menos en su tiempo, en el nivel de la amistad útil y placentera. Esta es la perspectiva propia de quienes se unen para tener una casa y tener hijos, es decir tener una familia, por el solo gusto de tenerla. Siendo el motivo de la unión, la utilidad y el placer, no hay un compromiso por el bien personal de los cónyuges ni de los hijos. En estas uniones predomina el punto de vista de los derechos de cada uno de los contrayentes, que esperan que el otro cumpla sus deberes y le proporcione el provecho o agrado debidos.

Los padres que tienen hijos de estas uniones no son necesariamente malos padres, aunque demuestran que no asumen una responsabilidad plena por los hijos al considerar que ellos son su derecho, no su deber. Las políticas

públicas que favorecen la intervención del Estado por la deficiente atención y cuidado de los padres respecto de sus hijos fortalecen esa mentalidad, pues parece que el Estado asume la responsabilidad primaria por los hijos, de modo que los padres son simplemente colaboradores del Estado, son todos, más o menos padres por encargo público (*foster fathers*).

La justicia que se pueda dar entre los unidos de esa manera es ciertamente mayor que cuando no hay intención de procrear, ya que ella da más estabilidad y amplitud a la unión. Varón y mujer se deben por justicia natural, además de los que les corresponda por su papel de contrayentes, lo que les corresponda por su papel de progenitores y padres de los hijos. Por ser de interés público, estas uniones requieren de la protección jurídica, orientada fundamentalmente a asegurar la manutención y educación de los hijos, así como la manutención de los padres. Los cónyuges tienen entre sí acciones para exigir judicialmente el pago de alimentos, o, en su carácter de padres, para exigir los que correspondan a los hijos.

La duración de estas uniones es por tiempo indefinido, pero como no hay un compromiso personal de los cónyuges, se pueden deshacer, por la voluntad de ambos contrayentes, o unilateralmente, mediante una acción judicial fundada en una causa específica que da como resultado que un juez dicte sentencia de divorcio. El interés público que hay en esta unión se defiende poniendo requisitos al convenio por el que se disuelve la unión, como el de que se provea sobre la manutención y cuidado de los hijos, y haciendo necesaria la intervención judicial cuando se quiere terminar unilateralmente la unión.

La presencia de los hijos, si bien ayuda a la estabilidad de la unión, no es causa suficiente para exigir su indisolubilidad, pues como no hay compromiso personal hacia ellos, la intención principal de los padres es “tener” hijos y no procurar su bien integral; para ese fin, es posible que los padres vivan separados y cada uno de ellos “tenga” a los hijos ciertos días.

La fidelidad corporal la exige la propia naturaleza de esta unión, ya que al haber intención de procrear se entiende que cada uno quiere ser padre de los hijos habidos con el otro, pero dados los actuales recursos anticonceptivos y de procreación artificial, pudiera ser que no tuvieran esa intención. En todo caso, la educación de los hijos parece justificar la represión penal, como adulterio, de la unión sexual con persona distinta del contrayente, o como bigamia, la unión estable con otra persona.

Una unión que comienza así puede con el tiempo consolidarse y asumirse como una unión personal plena.

c) Uniones personales de entrega plena o propiamente matrimonio. Hay amistad personal cuando varón y mujer se unen por el bien personal e integral del otro. En dicho bien va implícito el desarrollo de la respectiva paternidad o maternidad, pues el varón y la mujer se perfeccionan personalmente siendo padre o madre, de suerte que la unión personal implica la voluntad común de tener hijos entre sí y de ser padre y madre de los mismos hijos.

La justicia natural de esta unión es la más amplia y exigente. Ambos quedan obligados a procurar al otro todos los bienes y ayuda necesaria para su plena realización, durante toda la vida. La justicia respecto de los hijos es similar, pues el compromiso de los padres por su bien integral implica el compromiso por el bien integral de los hijos comunes, por lo que deben a los hijos todo lo que requieren para su pleno desarrollo. Esta responsabilidad plena por el bien del otro (el cónyuge o los hijos) se entiende que no solo no excluye el esfuerzo personal de cada quien (cónyuge o hijo) de procurar su propia conservación y desarrollo, sino que lo presupone y lo fortalece como condición indispensable del bien personal de cada uno.

Esta unión, abierta naturalmente a la procreación, es de interés público, no solo por el eventual engendramiento y educación de los hijos, también por el hecho de que en esta unión se mantiene viva y actuante la amistad humana más perfecta que puede haber. Ella demuestra fehacientemente la existencia de un amor superior al interés y al placer y lo propaga entre el grupo social. Si desapareciera totalmente esta amistad de un grupo social, la vida en común no sería más que competencia y predominio del más fuerte.

La responsabilidad jurídica que se puede exigir judicialmente a los que se unen de esta manera es la mayor que puede haber, porque resulta del mejor compromiso amistoso.

Además de serles judicialmente exigible la asistencia económica que los cónyuges deben darse entre sí, podrá exigírseles la ayuda económica para la manutención y educación de los hijos y, consecuentemente, podrá haber limitaciones de la libertad de hacer testamento para proteger la manutención del cónyuge y de los hijos.

La duración de esta unión es vitalicia, por la misma naturaleza de la entrega plena realizada por la libre voluntad de los contrayentes. Si ellos al unirse asumen el compromiso por el bien integral del otro, ese compromiso abarca toda la vida, porque el bien integral del otro se refiere al bien de toda la persona durante toda su vida. Cualquier restricción temporal rebaja la unión al nivel de lo útil y placentero, en la que se ama al otro mientras sirva o agrade. La sola existencia de la posibilidad de disolución de una unión

personal efectiva y válidamente realizada es contradictoria con su naturaleza de entrega plena y con la propia voluntad de los contrayentes de entregarse así.

La indisolubilidad es por eso una propiedad, o cualidad que deriva necesariamente de la esencia, de la unión plena o matrimonial. La indisolubilidad es también garantía de la unidad, es decir de que la unión plena solo puede ser entre un varón y una mujer. La unión meramente afectiva, por su naturaleza disoluble, da lugar a la poligamia o poliandria, no simultánea, sino sucesiva.

La fidelidad corporal de los contrayentes viene exigida por la misma entrega plena, porque al querer tener hijos exclusivamente el uno con el otro, se hace injusto naturalmente que cualquiera de ellos tenga relaciones sexuales con persona ajena. Por esto, se entiende que jurídicamente se castigue el adulterio como contradictorio a la integridad del amor personal que se han prometido. La naturaleza indisoluble de esta unión justifica que se castigue, como bigamia, cualquier otra unión estable que uno de los contrayentes inicie con otra persona, aun cuando ya se hubiera terminado la convivencia entre ellos.

Lo que varón y mujer se deben entre sí, o la justicia de su unión, depende fundamentalmente de lo que comúnmente quieran o, en otras palabras, de cuál sea su amistad. Pero como su voluntad se conoce principalmente por lo que públicamente declaran, sus deberes se determinan en relación al consentimiento que públicamente expresan. Desde este punto de vista, se pueden distinguir las uniones según si hay o no manifestación pública del consentimiento.

En consecuencia, hay uniones públicas, que hoy suelen llamarse «matrimonio civil» y uniones sin publicidad que suelen llamarse «concubinato» o «unión libre».

La unión públicamente registrada genera los deberes previstos en las leyes civiles, como deberes judicialmente exigibles. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el fundamento de estos deberes no es la sola prescripción legal, sino la unión que las contrayentes han hecho. Resultaría un absurdo legal, que la ley impusiera a los contrayentes deberes que no corresponden a los bienes que voluntariamente quieren, por ejemplo, que imponga la indisolubilidad a los que se unen solo afectivamente, o que imponga como derecho el disolver la unión, por mutuo consentimiento o por sentencia judicial, cuando los cónyuges han hecho una unión de entrega plena. No debe perderse de vista que la unión es efecto de la amistad, no de la ley.

Los deberes entre varón y mujer reconocidos legalmente son producto de la unión, y específicamente del tipo de unión que los contrayentes hagan, por lo que el reconocimiento legal de esos deberes, que es consecuencia de la

declaración pública de la voluntad de los contrayentes, es una forma de asegurar el cumplimiento de los mismos, porque ello es de interés público.

Las uniones que no están públicamente registradas («concubinato» o «unión libre») pueden tener algún reconocimiento legal, cuando ello sea de interés público, por ejemplo, para proteger a los hijos, o cuando la frecuencia de este tipo de uniones hace necesaria cierta regulación de las mismas. En este tipo de uniones, aunque haya pocos deberes legalmente reconocidos o públicamente sancionados, entre varón y mujer existen deberes de justicia natural, derivados de lo que comúnmente quieren, aunque no sean públicamente sancionados.

No hay propiamente «unión libre», es decir alguna unión sin vínculo de justicia, sin deberes, entre los contrayentes. Hay uniones que pueden carecer de sanción pública, de deberes reconocidos por el ordenamiento jurídico y judicialmente exigibles, pero generan deberes de justicia natural, según sea el tipo de unión. Toda unión tiene su propia justicia.

5.El papel del legislador.

Siendo diversas las especies de amistad entre varón y mujer y las uniones resultantes, hay también diversas formas de justicia natural y jurídica para cada una de ellas, por lo que no es conveniente que la ley pretenda igualarlas del todo llamándolas con la misma palabra «matrimonio», sin distinción alguna, y dándoles los mismos efectos.

Si bien todas las uniones tienen algo en común, ya que se trata en todos los casos de uniones voluntarias entre un varón y una mujer, el fin que pretenden los contrayentes en cada una de ellas hace que las obligaciones que contraen sean distintas. Es algo semejante a lo que ocurre en los contratos, donde si bien todos son acuerdos voluntarios entre dos o más personas, se distinguen según sea el objeto que los contrayentes pretenden, y por eso cada contrato tiene un nombre propio (compraventa, arrendamiento, depósito, etcétera) y un régimen jurídico propio. Así las uniones entre varón y mujer, no obstante lo que tengan en común, cabe diferenciarlas dándoles una denominación propia y un régimen jurídico propio. Es tan errado llamar «compraventa» a todos los contratos, como llamar «matrimonio» a todas las uniones. Y tan absurdo es que se exija al depositario que pague los gastos por la conservación de la cosa, o que se exija al arrendador que entregue la propiedad de la cosa, como que en las uniones entre varón y mujer se le exija compañía a quienes solo quieren compartir gastos, o indisolubilidad a quienes se unen solo afectivamente.

¿De qué depende de que una unión sea de un tipo o de otro? No de lo que diga el legislador, sino de lo que quieran los contrayentes. Por eso, en lugar

del precepto de la constitución mexicana que dice que el matrimonio tiene la validez y efectos que determinen las leyes, conviene reconocer este otro principio: que la unión entre personas tendrá la validez y efecto que determinen los propios contrayentes. Ellos son los que deciden si se unen por utilidad, por placer o por el bien personal. Y según sea la unión que quieran, así será la justicia natural de su amistad y la justicia que el ordenamiento jurídico deberá reconocer a esa unión.

Es matrimonio propiamente la amistad perfecta entre varón y mujer, que genera la unión orientada al bien pleno de ambos, a la procreación y educación de los hijos, y que es por justicia natural entre un solo varón y una sola mujer, por toda la vida.

Puede llamarse matrimonio por participación a la amistad afectiva entre varón y mujer cuando tienen además del bien de la recíproca compañía y agrado, la intención de procrear hijos. Esta amistad, parafraseando a Aristóteles, parece ser y no ser matrimonio. Parece serlo porque hay un vínculo afectivo e intención de procrear, pero no parece serlo porque es parcial (no se orienta al bien pleno) y transitoria (por naturaleza disoluble), mientras que el matrimonio es amistad plena y estable.

La amistad afectiva sin intención de procrear, por su carácter exclusivamente privado, debe mantenerse en ese ámbito y no dársele el reconocimiento público de matrimonio, lo cual no obsta para que pueda dársele ciertos efectos jurídicos como contrato, si los contrayentes así lo quieren.

¿Qué papel le corresponde entonces al legislador? Me parece que, dada la sociedad pluralista que vivimos, en la que cada pueblo reivindica su cultura y cada grupo su propia ética o moral, no corresponde a la legislación pública (provenga del legislador nacional o de órganos supranacionales) establecer una sola forma de unión entre varón y mujer, sino reconocer las diversas posibilidades de unión que se han explicado arriba, y dejar que sean los propios contrayentes quienes decidan el tipo de unión que quieran y los consiguientes efectos jurídicos. La ley, además, deberá sancionar jurídicamente las obligaciones derivadas de esas uniones, conforme a los bienes en que se funden, en cuanto su cumplimiento sea de interés público, y no imponer deberes o derechos contradictorios con la efectiva voluntad de los contrayentes.