¿Protección a la familia o protección al matrimonio?

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ

Voto concurrente formulado por el ministro en el amparo directo en revisión 1840/2004.

Deseo expresar mediante este voto las razones por las cuales comparto la determinación final de la Primera Sala en el sentido de negar el amparo al quejoso, pero estoy en contra de las consideraciones en las que dicha conclusión se sustenta.[1]

El presente amparo directo en revisión tiene su antecedente inmediato en un juicio de amparo interpuesto por un ciudadano contra la sentencia definitiva dictada por la Primera Sala Regional Familiar del Poder Judicial del Estado de México. En esta resolución se decretaba la disolución del vínculo matrimonial que unía al quejoso con su cónyuge sobre la base de lo dispuesto en la fracción XIX del artículo 4.90 del Código Civil para el Estado de México, que establece como causal de divorcio necesario "[l]a separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos". En el juicio de amparo, el quejoso había argumentado que dicho precepto resultaba inconstitucional por contravenir el artículo 4 de la Constitución federal, que establece en la parte que interesa que "[e]l varón y la mujer son iguales ante la ley. *Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.*"

El Tribunal Colegiado de Circuito que conoció en primera instancia del juicio de amparo negó la protección constitucional al quejoso, argumentando en síntesis que el hecho de que la fracción impugnada no precise a qué tipo de "separación" se refiere no atenta contra la organización y el desarrollo de la familia, puesto que la causal combatida permite simplemente formalizar la disolución de un vínculo matrimonial que ya se encontraba destruido en la realidad, de modo que viene sólo a regularizar una situación de hecho. El Tribunal subrayó, por otro lado, que ni el artículo 4 ni ningún otro artículo constitucional imponen al legislador ordinario la obligación de definir o establecer límites a cada uno de los vocablos que utiliza.

En vía de recurso ante esta Suprema Corte, el quejoso alegó que sus argumentos iniciales no venían exigiendo que el legislador defina todos los vocablos que utiliza, sino que afirmaban que el precepto impugnado había sido erróneamente entendido y aplicado a su caso por la Sala responsable. Aunque el Tribunal Colegiado había afirmado, por un lado, que la causal de divorcio impugnada servía para formalizar la situación de un vínculo ya destruido en la práctica, había convalidado, por otro lado, su aplicación en un caso en el que el quejoso y la tercero perjudicada, si bien no dormían en la misma cama, compartían el domicilio conyugal y los derechos y obligaciones derivados del matrimonio que les unía, resultado que entraba así en contradicción con el contenido del artículo 4 constitucional. El quejoso señaló que, a la vista del mandato constitucional de protección a la familia, procedía declarar la inconstitucionalidad del precepto legal que permitió la disolución de su matrimonio, pues su inaplicación tendría en el caso concreto como efecto la salvaguarda de la familia. Además, apuntó que la causal de divorcio que se aplicó en su caso es confusa y provoca dudas acerca de si la obligación a la que se refiere es la de compartir el domicilio o el lecho conyugal, situación que lo deja en estado de indefensión.

La sentencia dictada por la Primera Sala declara en parte inoperantes y en parte infundados los agravios, y niega el amparo solicitado al quejoso. A mi juicio, y en primer lugar, la calificación de inoperancia es desacertada. La misma se hace descansar en el hecho de que, de concederse el amparo, se obligaría al legislador a subsanar una omisión (la de precisar qué debe entenderse por separación) mediante el dictado de una nueva norma, con lo cual se darían efectos generales a la sentencia protectora. Los efectos del amparo, sin embargo, serían en realidad los de no aplicar al quejoso la norma impugnada, de modo

que no pudiera decretarse el divorcio necesario sobre esa base en su caso concreto. La posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes con efectos interpartes, rasgo que singulariza la institución del amparo propia de nuestro país, propicia ciertamente el desarrollo de un "diálogo" interinstitucional en el curso del cual el legislador puede reaccionar a los juicios de inconstitucionalidad emitidos por esta Corte mediante reformas legislativas; sin embargo, la competencia constitucional de esta Corte limita su posible intervención en ese diálogo a la inaplicación de la ley en el caso concreto: en modo alguno podría obligar directamente al legislador a reformarla en un determinado sentido. Tal limitación, en cualquier caso, no sustrae sentido y operatividad a los agravios que señalan, como en el caso, que la inconstitucionalidad de un precepto legal deriva de aquello que deja de precisar. Aunque esta Corte ha considerado improcedente el amparo contra leyes que impugna la omisión del legislador de dar cumplimiento al mandato constitucional de expedir determinada ley o de reformar la existente en armonía con las disposiciones constitucionales, lo cual apoyaría la inoperancia de los agravios correspondientes en un amparo directo, el quejoso en el presente asunto no tiene tal pretensión, sino que se limita a cuestionar la constitucionalidad de un precepto por las particularidades de su contenido, lo cual constituye el tipo de argumento más común a la hora de señalar la inconstitucionalidad de una ley.

Por lo demás, los agravios se califican de infundados esencialmente porque se estima que el divorcio (y, por lo tanto, las causales que permiten decretarlo) no es el origen de la ruptura del matrimonio ni de la familia, sino la expresión legal y final de una ruptura de hecho preexistente, así como la manifestación legal de una situación conyugal irregular debido a la concurrencia de alguna de las causas que enumera la ley. La resolución viene a subrayar, por lo tanto, que la causal de divorcio impugnada no puede considerarse contraria al mandato de protección de la familia contenido en el artículo 4 constitucional por las mismas causas que la institución del divorcio prevista en nuestra legislación positiva no se ha considerado contraria a dicho precepto constitucional.

En mi opinión, las consideraciones desarrolladas por la Primera Sala adolecen de dos flancos débiles: el primero es que las mismas deberían ser complementadas con argumentos que den respuesta al señalamiento del quejoso según el cual la redacción del precepto impugnado es confusa, deja en la duda aquello que debe entenderse por "separación" y por ello coloca en estado de indefensión a las personas que se encuentran en casos como el suyo y termina por atentar contra la garantía del artículo 4 constitucional al permitir la disolución de un matrimonio por el simple hecho de que los cónyuges no compartan el lecho conyugal, obligación que la ley no impone.

El segundo flanco débil –que es el que motiva la emisión del presente voto concurrente– estriba en que, para arribar a las conclusiones recién sintetizadas y negar el amparo al quejoso, la Sala desarrolla una serie de argumentos que reflejan un entendimiento equivocado del mandato de protección a la familia contenido en el artículo 4 de la Constitución federal. Más ampliamente, la resolución sienta un precedente a mi juicio muy desacertado en relación con el alcance de los derechos de las personas en nuestro país, y refleja un entendimiento estrecho de aquello que nuestra Carta Magna desea proteger al compás de las transformaciones sociológicas características de nuestra época.

La resolución emitida dedica muchas páginas a recalcar que el matrimonio es en nuestro sistema jurídico la base de la sociedad y de la familia, de modo que los grupos que se forman de hecho fuera del matrimonio son fenómenos irregulares, basados únicamente en la filiación, que desde el punto de vista jurídico no ameritan el calificativo de "familia". En efecto, la resolución trae a colación la estructura de una norma de rango legal –el Código Civil del Estado de México– y en particular el artículo 4.1 del mismo, que precisa que el matrimonio es una institución de carácter público e interés social por medio del cual un hombre y una mujer voluntariamente deciden compartir un estado de vida para la búsqueda de su realización personal y la fundación de una familia, para derivar de ello las siguientes afirmaciones textuales: "El citado concepto de matrimonio como base de la sociedad y de la familia se funda en que la familia está normalmente unida a la institución del matrimonio que le da estabilidad. Si bien no se desconoce la posibilidad de que exista de hecho una familia fuera del matrimonio, este hecho constituye un grupo familiar formado de manera irregular, que sólo se funda en la filiación, es decir, en las relaciones jurídicas entre padres e hijos;

pero desde el punto de vista del derecho no surgen normalmente relaciones jurídicas familiares de los progenitores entre sí, fuera del matrimonio.

Lo que interesa en el presente asunto es que desde el punto de vista jurídico, la familia está constituida por el grupo de personas que proceden de un progenitor o tronco común, y que las relaciones jurídicas que existen entre sus miembros tienen como fuente el matrimonio y la filiación matrimonial."

Las afirmaciones anteriores son apoyadas en la transcripción de dos tesis aisladas de esta Corte: una de la Tercera Sala del año 1956, cuyo rubro se refiere al interés social en la permanencia del matrimonio, y otra emitida por esa misma Sala en el año 1971, cuyo rubro afirma que a la nulidad del matrimonio no le son del todo aplicables las reglas generales sobre la anulabilidad de los contratos.

A mi juicio, los razonamientos desarrollados por la actual Primera Sala implican, en primer lugar, un entendimiento de la familia peligrosamente desconectado de la realidad. Como es sabido, las sociedades contemporáneas se caracterizan por una creciente diversificación de los modos de convivencia estable; en las mismas, una proporción creciente de parejas prescinde de la celebración del matrimonio a la hora de iniciar un proyecto común de vida, y los matrimonios que se celebran son cada vez más tardíos y menos duraderos. En contrapartida, se incrementa la convivencia de hecho entre personas de diferente o del mismo sexo, se multiplican los núcleos monoparentales, las segundas nupcias, así como la convivencia estable entre parientes colaterales, sobretodo entre personas de edad avanzada.

El derecho se ve obligado a responder activamente a estas nuevas realidades porque las mismas incluyen intereses y valores que demandan con urgencia una regulación jurídica. Destacan en este contexto los países europeos, pues en la mayoría de ellos se han dictado recientemente leyes reguladoras de las parejas de hecho, leyes sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua, incluso leyes reguladoras de las relaciones entre abuelos y nietos, y sobre las mismas bases sociológicas se han ido haciendo reformas a los códigos penales y civiles, a las leyes de arrendamientos urbanos o a las normas reguladoras de la seguridad social, para equiparar ante la ley a las familias articuladas en torno al matrimonio con aquellas en las que los ejes que vinculan a sus miembros son de una naturaleza distinta.

El derecho evoluciona de este modo hacia un concepto de familia fundado esencialmente en la afectividad, el consentimiento y la solidaridad libremente aceptada con la finalidad de llevar a efecto una convivencia estable. En tal contexto, uno puede seguir afirmando que la familia es la base de la sociedad si la misma se equipara a una estructura básica de vínculos afectivos vitales, de solidaridad intra e intergeneracional y de cohesión social, pero parece claro que esa estructura descansa sobre una base muy diversificada, en la cual el matrimonio es un elemento posible, pero no necesario.

Latinoamérica no es, por supuesto, una excepción a los procesos de evolución sociodemográfica a que estamos aludiendo. Tendencias como la reducción del tamaño de los hogares, su mayor inestabilidad (que se refleja en las tasas de separaciones y divorcios), el incremento de las relaciones premaritales, el aumento de los hogares formados por personas que viven solas y de aquellos integrados por personas que no legalizan su unión, o el incremento de hogares en los que las uniones sucesivas se traducen en gran diversidad de arreglos legales y económicos para el cuidado de los hijos, confirman que, a pesar de las variaciones que se presentan en los diferentes países, la región es plenamente partícipe de transformaciones que pueden considerarse inherentes al proceso de desarrollo de las sociedades contemporáneas.[2]

En México más particularmente, y según atestiguan los datos proporcionados por el Conapo, existe una gran diversidad de arreglos domésticos. Aunque los indicadores no facilitan la construcción de comparaciones históricas, puesto que el interés por recopilar datos objetivos sobre la realidad de los hogares y las familias es reciente, las estadísticas reflejan en todo caso que desde 1976 se registra una tendencia al descenso en el peso relativo de los hogares nucleares, incrementándose el número de hogares extensos y compuestos.[3] Además, y a pesar de la importancia que el modelo de familia conyugal (el formado por una pareja, casada o no, y sus hijos solteros) sigue teniendo en el país, los datos muestran que su participación dentro del conjunto de arreglos nucleares ha disminuido frente a los hogares formados por parejas solas (nucleares estrictos) y aquellos integrados por uno solo de los padres y sus hijos (núcleos monoparentales).[4] Por otro lado, en un contexto en el que la edad a la primera unión ha disminuido de forma todavía tenue, el aumento de esperanza de vida y el número de años que puede

durar un matrimonio ha incrementado la probabilidad de que este termine en divorcio o en separación.[5] Sean cuales fueren las causas, los datos reflejan en todo caso la creciente propensión a la ruptura de las uniones, puesto que la fracción de personas separadas o divorciadas se ha duplicado en los últimos treinta años, tanto en lo que respecta a mujeres como a hombres.[6] La propensión a la ruptura de las uniones está ligada por otro lado al aumento de los hogares monoparentales dirigidos por mujeres. La proporción de este tipo de familias encabezados por viudas ha cedido la primacía a los dirigidos por separadas o divorciadas.[7] Finalmente, cabe destacar que el porcentaje de uniones consensuales o libres se ha incrementado también en los últimos años, pasando de 16.7% en 1982-86 a 26.7% en 1992-1996.[8]

Esta variada realidad muestra lo insostenible de constreñir la noción jurídica de familia a aquellas unidades basadas en el matrimonio. Los mismos rasgos asociados a la convivencia estable y a la existencia de lazos de afectividad y solidaridad se encuentran en unidades estructuradas en torno a dos personas cuyos vínculos han sido formalizados mediante la celebración de un matrimonio, en aquellas formadas por personas unidas por relaciones de parentesco directo o colateral, y en aquellas en las que se congregan personas que no guardan lazo de parentesco alguno y sin embargo están unidas en un proyecto de convivencia y ayuda mutua que actualiza los valores positivos que desde siempre se han otorgado a la institución familiar.

En último extremo, la principal debilidad de las tesis expresadas en la resolución de hoy es que olvidan que ha sido el poder Constituyente mismo el que ha cerrado el paso a la imposición apriorística de un concepto jurídico sectario o estrecho de familia. El artículo 4 constitucional obliga al legislador a proteger la organización y el desarrollo de la familia, pero no contiene ninguna referencia a un modelo de familia determinado o predominante, lo cual refuerza la necesidad de interpretar de la manera más amplia lo que debe entenderse por la misma, en consecuencia con la realidad social apuntada pero también en armonía con el resto del articulado constitucional, en cuyo contexto destacaría, sin duda, el principio de igualdad y la prohibición de discriminaciones contenidos en el artículo 1, así como los derechos de los

niños consagrados en varios de los párrafos del mismo artículo 4.

En efecto, el primer párrafo del artículo 1 de nuestra Constitución federal establece que las garantías otorgadas por la Constitución no pueden restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece, y su tercer párrafo enfatiza que queda prohibida toda discriminación motivada, entre otros factores, por el género, la edad, la condición social, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas. El artículo 4, por su parte, declara que "toda familia" tiene derecho a disfrutar de una vivienda digna y decorosa, debiendo la ley establecer los instrumentos y apoyos necesarios para alcanzar tal objetivo; que los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral, que los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos; que el Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos, y que deberá otorgar facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos del niño.

El tenor de estas previsiones no deja margen para la duda: a los efectos de definir el ámbito y los titulares de los derechos constitucionales básicos, y en particular a los efectos de definir y proteger los derechos de los niños y atender sus necesidades, la raigambre matrimonial o no matrimonial de una familia no puede ser considerada relevante. Ello no significa que la Constitución prohíba de plano cualquier distinción legislativa basada en un criterio como el matrimonio; significa, por el contrario, que estas distinciones no son legítimas cuando afectan a derechos fundamentales de las personas, y que para decidir en qué casos y para qué efectos pueden resultar constitucionales estas distinciones es necesario ponderar muy cuidadosamente el peso de cada una de las previsiones constitucionales en juego. Las consideraciones sobre el matrimonio y la familia apoyadas por la mayoría, sin embargo, no pueden inserirse en un contexto constitucional que hace exigible el desarrollo de una discusión de ese tenor.

Nada de lo que aquí sostengo se opone, por otro lado, a la tradicional consideración del matrimonio como una institución de orden público. Como subrayamos en la contradicción de tesis 165/2003-PS, a la vista de la garantía de protección de la familia contenida en el artículo 4, es lógico y exigible que el matrimonio sea considerado una institución de interés público, como lo es que las causas que pueden llevar a decretar su disolución deban estar expresamente señaladas por la ley, y que además su concurrencia deba quedar demostrada de forma indubitable. Sobre esa base decidió esta Primera Sala en aquella ocasión que en los casos de divorcio necesario la confesión ficta es insuficiente por sí misma para tener por demostrada la acción relativa, siendo necesario que la misma se conjugue con otras pruebas que, valoradas en su conjunto, produzcan en el juzgador la convicción necesaria para tener por acreditada dicha acción. Pero el matrimonio es importante, en el contexto probatorio como en tantos otros, precisamente porque es uno de los elementos sobre los que se asienta la familia, y no a la inversa. Esto es, desde el punto de vista constitucional, la importancia del matrimonio no es intrínseca, sino que deriva de su conexión con la formación y el mantenimiento de la familia, realidad esta última cuyas raíces son numerosas y cuyo alcance va mucho más allá de aquél.

Las consideraciones desarrolladas hoy por la Sala a la que me encuentro adscrito se apartan del contexto interpretativo primario del artículo 4 de la Constitución federal al adentrarse en desarrollos conceptuales disonantes que, por otro lado, resultan totalmente innecesarios a los efectos de fundamentar la negación del amparo solicitado.

1 El amparo directo en revisión 1840/2004 fue resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sesión celebrada el día 9 de febrero de 2005. La resolución fue aprobada por mayoría de cuatro votos. El ministro José de Jesús Gudiño votó en contra y anunció la formulación de voto particular, y el ministro José Ramón Cossío Díaz anunció la formulación de voto concurrente. Se agradece a Francisca María Pou su apoyo en la preparación de este último.

2 Véanse CEPAL, "Situación y perspectivas de la familia en América Latina y el Caribe", en *Familia y futuro: un programa regional en América Latina y El Caribe*, Santiago de Chile, 1994, y López Ramírez, Adriana, "El perfil sociodemográfico de los hogares en México, 1976-1997", Conapo, 2001, p. 20.

3 Los hogares nucleares son definidos por el Conapo como aquellos formados por parejas sin hijos o con hijos solteros, así como aquellos formados por un padre o una madre con hijos solteros (nuclear monoparental). Los hogares extensos se forman al añadir a un hogar nuclear una o más personas emparentadas con el jefe; los compuestos, por su parte, integran en un hogar nuclear o extenso a una o varias personas no emparentadas con el jefe. Aunque el sistema familiar mexicano sigue siendo predominantemente nuclear, la proporción de este tipo de hogares ha bajado de 71 a 67.4% en el periodo 1976-97. López Ramírez, *op. cit.*, p. 23.

4 Mientras que en 1976 58.1% de los hogares era conyugal, hoy día representan 52.6% de los hogares. En contrapartida, los hogares formados por parejas sin hijos aumentaron de 6.1 a 6.9, mientras que los monoparentales aumentaron en un punto hasta situarse en 8% en 1997. Desafortunadamente, como destaca Adriana López Ramírez, las tipologías al uso integran en una categoría única a los hogares en donde los hijos residen con uno solo de los padres sin importar si la ausencia del cónyuge se liga a factores reproductivos (por ejemplo, madres solteras), incidencias matrimoniales (abandono, separación, divorcio, viudez), a situaciones sociales (emigración o trabajo en localidades distantes) o a la elección de un proyecto de vida familiar desligado de la convivencia con un cónyuge. Véase, *op. cit.*, pp. 25-27. La CEPAL considera que los hogares monoparentales son una realidad significativa en la estructura familiar latinoamericana y, dada la creciente inestabilidad de las uniones, cabe esperar un incremento de su peso futuro. CEPAL. "Hacia un perfil de la familia actual en Latinoamérica y El Caribe", en *Cambios en el perfil de las familias: la experiencia regional*, Santiago de Chile, 1993.

5 López Ramírez, *op. cit.*, p. 12.

6 La edad media a la primera unión ha aumentado de 21.3 años en 1970 a 23.1 años en 1997 entre las mujeres, y de 24.3 a 25.6 años en los hombres en el mismo intervalo temporal. Conapo, "La situación demográfica de México, 2000", p. 52. Por otro lado, de 1970 a 1997, la tasa de personas separadas o divorciadas pasó de 4.1 a 8.2% en el caso de las mujeres y de 1.8 a 3.6% en el caso de los hombres. *Ibidem*, p. 52.

7 La proporción de núcleos monoparentales encabezados por viudas ha disminuido de 52.5% en 1976 a 35.9% en 1997. En cambio, la fracción correspondiente a los encabezados por separadas o divorciadas aumentó de 36.1 a 40.3%, respectivamente. Los hogares monoparentales encabezados por un mujer separada o divorciada concentraron por otro lado la mitad del incremento total de nucleares con jefatura femenina. Véase "La situación demográfica en México...", *op. cit.*, p. 52.

8 López Ramírez, *op. cit.*, p. 17.