

LO QUE SÍ ES Y LO QUE NO ES EL MATRIMONIO

LUIS-HUMBERTO CLAVERÍA GOSÁLVEZ
Catedrático de Derecho Civil de la
Universidad de Sevilla

SUMARIO

I) Preámbulo.—II) El concepto de matrimonio en dos Ordenamientos diferentes: el Derecho Canónico y el Derecho Civil español.—III) Los dos modelos descriptivos de las dos configuraciones jurídicas del matrimonio a lo largo de la Historia.—IV) ¿Cuál es el matrimonio del futuro?—V) ¿Es el modelo propuesto verdaderamente deseable?

I) PREAMBULO

Este preámbulo pretende ser una aclaración del título de este pequeño estudio: el título parece claro, pero no lo es; desde luego, lo que no es el matrimonio se infiere de lo que sí es, pero hay que preguntarse acerca de si cuando me pregunto qué es me refiero a una definición, a la descripción de un concepto a través de fórmulas diferentes de una definición o a la subsunción de la figura tratada dentro de un género más amplio, subsunción que nos sirva para iluminar algún aspecto importante o definitorio de la realidad abordada. Asimismo, cuando me pregunto qué es el matrimonio, debo aclarar según qué perspectiva pretendo recibir contestación, pues la pregunta puede tener distintos significados: qué es el matrimonio según la apreciación común de la

sociedad española, según el Derecho positivo de un país determinado, según la moral de una concreta confesión religiosa, etc.

Lo que yo pretendo es preferentemente excitar la curiosidad de mis lectores, iluminando aquellos aspectos de la realidad que llamamos matrimonio que puedan servirnos para conocerla mejor, renunciando a pretensiones totalizadoras que requerirían tal vez un millar de páginas. En este pequeño ensayo, como en otro que publiqué hace años ¹, sólo deseo proporcionar a quien lo disfrute o padezca materiales para su reflexión o para la discusión, pues contiene más preguntas y dudas que respuestas y certezas, aunque tengo ya una sospecha: que las certezas de los demás no merecen ese nombre.

El matrimonio, aunque responde a necesidades naturales, es un producto cultural sometido a vicisitudes a lo largo de la Historia: el núcleo del presente trabajo consiste en la descripción somera de dos modelos de regulación del matrimonio contruídos por las diversas legislaciones a lo largo de los siglos, exposición, por tanto, relativizadora de la figura, a la que veremos en el tiempo: viendo cómo fue, cómo ha llegado a ser lo que es y cómo es, es razonable pronosticar cómo será pronto y cómo queremos que sea. Sé que, refiriéndome no exactamente al matrimonio sino a la Historia de sus regímenes jurídicos, mezclo éstos con aquél al aludir a nuestros posibles deseos. Pero no se me niegue la estrecha relación existente entre realidad social y Derecho, pues la primera impele al segundo, pero éste configura a aquélla. Previamente a la descripción de los mencionados modelos expondré, a modo de introducción, qué es el matrimonio según dos Ordenamientos jurídicos que responden a la pregunta de modo diferente, lo que nos presta utilidad para entender lo que se dirá en el núcleo del estudio respecto del contenido del consentimiento matrimonial —tema de obligado tratamiento en la tarea de definir el matrimonio— y respecto del carácter vinculante de éste.

¹ CLAVERIA, *Hacia una nueva concepción del matrimonio*, La Ley, 1983, II, p. 1.289 y ss.

II) EL CONCEPTO DE MATRIMONIO EN DOS ORDENAMIENTOS DIFERENTES: EL DERECHO CANÓNICO Y EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL

Escojo estos dos Ordenamientos por varias razones: porque ambos son directamente aplicables en España, a la vista de nuestro original sistema matrimonial, del que no puedo ocuparme en estas líneas²; porque, hallándose ambos Ordenamientos inspirados en principios ideológicos diversos, poseen contenidos normativos igualmente diferentes; porque, a pesar de tales diferencias, ambos responden al mismo modelo de matrimonio, el matrimonio como acto jurídico vinculante, como expondré luego; y, finalmente, porque uno de ellos contiene un concepto definido de la figura (el Derecho Canónico) y el otro diluye sorprendentemente la figura a través de las determinaciones de su régimen (el Derecho del Código Civil en su versión actual).

Según el Derecho Canónico, el matrimonio es un acto jurídico y un Sacramento, definiéndolo, por ejemplo, BERNARDEZ, a la vista del canon 1.055, pár. 1.º, del Código de Derecho Canónico, del modo siguiente: «Un consorcio de toda la vida constituido entre varón y mujer, mediante el pacto matrimonial, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole»³. Como fácilmente se advierte, la definición perfila con nitidez el contenido del consentimiento matrimonial. A lo largo de su regulación el Derecho Canónico es muy riguroso respecto de los puntos sobre los que necesariamente debe recaer el acuerdo de los contrayentes para que exista válido matrimonio, lo que paradójicamente produce un curioso efecto disolvente de hecho, pues muchos matrimonios aparentemente válidos son verdaderamente nulos por no haber concurrido el

2. Me ocupé del sistema matrimonial español y de los sistemas matrimoniales en general en mi estudio *Notas sobre el denominado sistema matrimonial español*, publicado en *Centenario del Código Civil*, t. I, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Madrid, 1990, p. 495 y ss. Remito a la bibliografía allí contenida.

3. BERNARDEZ, *Compendio de Derecho Matrimonial Canónico*, 8.ª ed., Madrid, 1994, p. 23.

consentimiento —por parte de uno o de los dos contrayentes— sobre algún aspecto sustancial⁴.

Frente al matrimonio canónico, el del Código Civil, que produce a cualquier observador atento una gran perplejidad: si bien los arts. 32 de la Constitución y 44 del Código Civil parecen imponer la heterosexualidad como rasgo definitorio y el art. 46, núm. 2.^o, del citado Código implica la monogamia al establecer el impedimento de ligamen (DE LA HERA)⁵, la supresión, en los nuevos arts. 46 y ss. del impedimento de impotencia (que se comprendía en el art. 83, núm. 3.^o, de la versión originaria) desconecta el concepto legal de matrimonio del ingrediente sexual, en cuanto que éste no es contenido necesario del consentimiento en que el matrimonio consiste: en el régimen precedente cabía defender la tesis de que cuando declaraban contraer matrimonio, por ejemplo, un hombre de veinte años de edad y una mujer de noventa había simulación con la finalidad de adquirir uno de ellos la nacionalidad del otro o de mejorar su posición económica; hoy, por el contrario, no cabe decir lo mismo, siendo difícil mantener la tesis de que no querían casarse, pues no sabemos qué es querer casarse: cualquier acuerdo de hombre y mujer encaminado a determinar una convivencia estable entre ellos podría ser denominado matrimonio a la vista de estos preceptos. Como escribe ARECHEDERRA⁶, «... la fuerza vinculante del consentimiento prestado en la celebración del matrimonio, queda reducida, a aquel consentimiento dirigido, precisamente, a

4. Como observé en mi recensión a la 5.^a ed. de la obra de BERNARDEZ antes citada que publiqué en el Anuario de Derecho Civil, 1987, vol. I, p. 243 y ss., concretamente p. 245. Sobre el concepto de matrimonio en Derecho Canónico, además de las definiciones contenidas en cualquier obra general o monográfica como la antes transcrita del Prof. BERNARDEZ, remito al original artículo de Iván IBAN *Notas para una propuesta de definición del matrimonio*, Revista de Derecho Privado, junio, 1993, pp. 577 y ss.: según este prestigioso autor, es la cópula —junto al consentimiento y la capacidad— lo que confiere al matrimonio canónico la cualidad esencial de la indisolubilidad (p. 581).

5. DE LA HERA, *La definición del matrimonio en el Ordenamiento jurídico español (Su determinación a través de la temática de la capacidad y de los impedimentos)*, Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, vol. VIII, 1992, p. 13 y ss., concr. p. 29.

6. ARECHEDERRA, *El consentimiento matrimonial (Comentario al artículo 45 del Código Civil)*, Pamplona, 1989, pp. 58-59.

constituir la relación matrimonial tal como el ordenamiento lo concibe». ¿Y cómo la concibe? Muy expresivamente comenta Alberto DE LA HERA: «... De la lectura de estos textos se obtiene la impresión de estar caminando sobre el vacío. La Ley... exige que el consentimiento sea matrimonial. Se trata de tipificar qué es un consentimiento matrimonial: es aquél según el cual los contrayentes se proponen constituir la comunidad que la Ley tipifica como efecto de la celebración de las nupcias. ¿Y qué comunidad es ésta? Una comunidad heterosexual y única. ¿Para qué fin? Nada sabemos del fin.. al final del razonamiento no sabemos realmente, fuera de la heterosexualidad y la unidad, qué tipo de comunidad de vida es aquélla a la que tiene que tender un consentimiento para ser definido como matrimonial... La raíz de la equívocidad o imprecisión del concepto de *matrimonial* que el ordenamiento maneja para tipificar al consentimiento está en la supresión del impedimento de impotencia... Si cabe cualquier consentimiento... cualquier realidad socialmente aceptada puede ser considerada matrimonio. El sistema como tal ha abandonado el nivel de lo jurídico; el matrimonio como tal se ha desvanecido» 7. Dicho en lenguaje contractualista, si, como he escrito en varias ocasiones, el contrato viene a ser un consentimiento sobre una causa manifestado mediante una forma 8, ignoramos cuándo existe matrimonio en Derecho Civil español, pues no sabemos cuándo aquello sobre lo que el consentimiento ha recaído (la causa querida por los autores del negocio) encaja en el molde legal, pues es imposible describir éste. Un exquisito respecto a la intimidad de la pareja, probable móvil de la actitud del legislador respecto de esta cuestión, ha provocado esta desconcertante consecuencia, que obliga al intérprete a atenerse a módulos sociológicos.

De todos modos, obsérvese que, aun siendo muy diversos entre sí el matrimonio canónico y el civil español (uno, definido e indisoluble, otro, impreciso y disoluble, etc.), poseen un importante rasgo común: los dos responden al modelo de acto jurídico vinculante: tras la presta-

7. DE LA HERA, *Ob. cit.*, pp. 40-41.

8. Por ejemplo, en mis comentarios a los arts. 1.274 y ss. del Código Civil, en *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO y DIAZ-ALABART, t. XVII, vol. 1.º B, p. 519 y ss., concr. p. 560.

ción del consentimiento por parte del hombre y de la mujer surge una relación estable, que no puede ser extinguida sino por causas taxativamente previstas en la Ley y desde luego nunca por la intervención de sólo uno de los componentes de la pareja. De ello hablaré más adelante.

III) LOS DOS MODELOS DESCRIPTIVOS DE LAS DOS CONFIGURACIONES JURÍDICAS DEL MATRIMONIO A LO LARGO DE LA HISTORIA.

Como es sabido, los autores que se enfrentan a la familia y al matrimonio difieren acerca de si son hechos naturales o meramente culturales, manteniendo unos lo primero y otros lo segundo o bien que una de las realidades es natural y la otra artificial⁹. Los defensores de la tesis de que se trata de hechos naturales suelen actuar movidos por el deseo de someterlos a una determinada disciplina normativa, impuesta por una pretendida racionalidad interna acorde con la naturaleza. El modo más frecuente de sustraer un problema ético o jurídico a la reflexión o a la discusión consiste en imponer desde una instancia ajena al problema la solución X sobre la Y o la Z argumentando —sin demostrarlo— que es la única acorde con la naturaleza de las cosas.

Yo no estoy seguro de lo que seguidamente digo, pero valga una hipótesis de trabajo sobre la que edificar la bifurcación ulterior en los dos modelos que constituyen objeto nuclear de esta ponencia, modelos que, al enfrentarse y contrastarse recíprocamente, iluminan la reflexión sobre lo que es y no es el matrimonio, indicando muy claramente lo que ha sido en la sociedad y en el Derecho, lo que llegó a ser y lo que podría ser antes o después.

Sí comparto la tesis de que la naturaleza impone determinadas prácticas, necesarias para la conservación y el desarrollo de la especie humana, aunque, desde luego, no son tantas ni tan precisas como pre-

9. Las opiniones al respecto son variadas y muy abundantes. Remito, entre otros, al trabajo de Encarna ROCA titulado *Familia, familias y derecho de familia*, Anuario de Derecho Civil, 1990, vol. IV, pp. 1.055 y ss., esp. p. 1.065.

tenden las diversas confesiones religiosas: a lo largo de los siglos parece presentárenos como realidad exigida por la naturaleza la familia fundada en la pareja heterosexual estable: la relación entre sexualidad y procreación, la exigencia de una intimidad frente a la vida pública del pueblo o del grupo, la necesidad de una prolongada asistencia a los seres humanos en los primeros años de su vida, la fuerte conveniencia de un clima afectivo entre los miembros adultos y no adultos de una comunidad reducida han impuesto la fórmula de la familia —patriarcal o matriarcal— basada en una pareja heterosexual estable: otras fórmulas —pareja homosexual, comunas, disolución de la familia en el poder político, etc.— se nos presentan como experiencias excepcionales acaecidas sólo en momentos históricos muy concretos y de escasa duración. Sí debo consignar en este lugar que durante el presente siglo comienza a abrirse paso un modelo más flexible de familia, frecuentemente integrada por una persona adulta y los hijos de ésta, pero dichos casos aparecen más bien como resultado del fracaso de proyectos de familia basada en una pareja heterosexual que como fórmulas alternativas buscadas *a priori*. Con frecuencia las sociedades, con mayor o menor intensidad, han generado controles más o menos represivos sobre los diferentes comportamientos relacionados con la sexualidad y la reproducción, elaborando normas religiosas, morales, jurídicas, etc. que han prohibido o sancionado la homosexualidad, la promiscuidad, la endogamia, la poligamia, etc., con frecuencia creando mitos y tabúes que han robustecido las prohibiciones, pero que, al absolutizarlas, han provocado efectos a veces muy dañosos, bloqueando aspiraciones muy encomiables y defendibles o generando terribles discriminaciones.

Pues bien, si a la pareja heterosexual estable se la quiere denominar «matrimonio», llámesele: entonces debemos sostener que el matrimonio viene determinado por la naturaleza. Ahora bien, si denominamos «matrimonio» solamente a uno de los modos de configuración de esa unión, entonces el matrimonio no es una institución natural, sino un producto cultural: por ejemplo, no reputo impuesto por la naturaleza ninguno de los dos modelos que describiré seguidamente: lo natural será la pareja heterosexual estable: el modo de configurarla

y regularla jurídicamente será el resultado de una decisión política en el sentido más amplio del término y las diversas fórmulas escogidas son productos culturales de las diferentes comunidades sociales. Es frecuente que estas fórmulas sean empleadas por los poderes públicos con fines ideológicos, siendo utilizados los progenitores como reproductores de la ideología dominante, convirtiéndose así la tarea educativa —que, en principio, debería hallarse encaminada al pleno desarrollo de las personas que componen el grupo familiar— en un instrumento de perpetuación de represiones que, al institucionalizarse, se consolidan y refuerzan la represión política general: quiero decir que la opción por un modelo o por otro suele ser intencionada y que no tiene por qué coincidir la intención real con la declarada.

El dato antropológico —supongamos que llegue a ser un dato— de la pareja heterosexual estable ha sido acogido por las diversas legislaciones de múltiples formas, pero los Ordenamientos jurídicos, a lo largo del tiempo, han configurado el hecho creando fundamentalmente dos modelos distintos: el modelo que podríamos denominar «romano», consistente en lo que en 1983 designé como «matrimonio concebido como acto jurídico permanente»¹⁰ y el modelo que podríamos denominar «hebreo-cristiano», consistente en lo que entonces llamé «matrimonio como acto jurídico vinculante»¹¹. Repito que ninguno de los dos me parece impuesto por la naturaleza: ambos son productos culturales, resultados de opciones político-jurídicas sustentadas preferentemente en consideraciones morales, si bien el primero de ellos se nos presenta como más acorde con el modo de ser y actuar de los sentimientos e impulsos que juegan en el campo afectivo objeto del presente análisis. Quede claro desde ahora que las expuestas denominaciones son convencionales, pues el matrimonio en Roma no siempre responde del todo a las notas apuntadas (como luego explicaré) y el modelo del matrimonio vinculante excede al ámbito hebreo y al cristiano: las emplearé para referirme a cada una de las concepciones del matrimonio que paso a tratar inmediatamente.

10. CLAVERIA, *Hacia una nueva concepción del matrimonio*, cit., pp. 1.293 y ss.

11. *Vid.* mi nota anterior.

El matrimonio romano es la unión estable de hombre y mujer encaminada a la procreación y mantenida por una intención de permanencia que se manifiesta continuamente, la *affectio maritalis*. Lo decisivo es el consentimiento, no la cópula: *nuptias non concubitus, sed consensus facit*¹², *non coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio*¹³, dicen los textos. Pero lo destacable en este momento es que «... A diferencia del matrimonio moderno, el romano no surge por el consentimiento *inicial*, sino que es preciso el *continuo* o *duradero*»¹⁴, de modo que, «... Cuando falta la intención de ser marido y mujer —*affectio maritalis*— cesa el matrimonio»¹⁵. Esta concepción del matrimonio implica una concepción también singular del divorcio, que, lejos de ser una ruptura de un vínculo controlada por el Juez, se nos presenta como la extinción de la relación conyugal al cesar la *affectio*. No suele discutirse que ésta sea la configuración jurídica del matrimonio en el Derecho clásico, aunque sí se discute más si posteriormente la influencia cristiana fue alterando la institución, alejándola de un consentimiento continuado para acercarla a un consentimiento instantáneo que genera una relación de la que no se puede salir por voluntad unilateral: para algunos autores, «... La reacción del nuevo espíritu cristiano no llega a borrar el concepto romano del matrimonio y del divorcio. En ciertos casos el divorcio es considerado ilícito, pero nunca se declara su invalidez»¹⁶; para otros, a partir de Constantino el matrimonio clásico va cediendo terreno al matrimonio cristiano¹⁷.

12. Digesto, 35, 1, 15, y 50, 17, 30.

13. Digesto, 24, 1, 32, 13.

14. IGLESIAS, *Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado*, Barcelona, 1958, p. 508.

15. *Vid.* nota anterior.

16. IGLESIAS, *Ob. cit.*, p. 519.

17. Por ejemplo, recientemente, M.^a Isabel NÚÑEZ, *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma*, Salamanca, 1988, pp. 19, 20 y 56 y ss., con las consecuencias en el tratamiento del divorcio que cabe imaginar referidas en pp. 115 y ss. a la época clásica y 143 y ss. a las épocas postclásica y justiniana: en efecto, «... el divorcio para los juristas clásicos —escribe esta autora en pp. 115— es la cesación del consentimiento de los cónyuges de continuar unidos en matrimonio, a la cual el ordenamiento dota de consecuencias jurídicas»; no así sucede en épocas posteriores, en las que la influencia cristiana, caracterizada por una hostilidad patente hacia la disolubilidad, provoca la consideración del matrimonio como un vínculo nacido de un pacto, restringiendo las

Lo que quiero resaltar en este momento es el modelo, no el dato histórico: en la mentalidad romana hay matrimonio mientras hay *affectio* en el hombre y en la mujer, mientras quieren continuar casados: no se trata de que se casen el día X del año Y y a partir de entonces queden insertos en una relación duradera de la que sólo pueden salir en determinadas condiciones, sino de que siempre están prestando consentimiento y nunca están cumpliendo deberes derivados de un consentimiento previo: no están casados, sino que siempre están casándose, o, para ser más precisos, sólo se mantiene el participio cuando subsiste el gerundio. Por ello sus actos son producto de sus sentimientos y de su voluntad libre, no de su voluntad movida por la necesidad de cumplir obligaciones. El divorcio realmente no existe, si lo entendemos como ruptura jurídicamente controlada de un vínculo, pues preci-

causas de divorcio (pp. 150 y ss.). Este apasionante asunto no puede ser abordado con el detenimiento que merece en un estudio dirigido a otro objetivo, pero no debo omitir que la concepción del matrimonio romano como consentimiento continuado parece provenir de MANENTI, *Dell'inapponibilita di condizioni ai negozi giuridici ed in specie delle condizioni apposte al matrimonio*, Siena, 1889, para quien el matrimonio romano siempre consistió en ese *consensus* permanente, acompañado de la convivencia; dicha tesis, que revolucionó la doctrina romanística, fue posteriormente matizada por algunos autores, debiendo destacarse los trabajos de VOLTERRA, especialmente su obra *La conception du mariage d'après les juristes romains* y su texto *Matrimonio, Diritto romano*, Enciclopedia del diritto, 1975, para quien ya en el período post-clásico el matrimonio fue concebido como un pacto: he seguido en este punto preferentemente a la autora antes mencionada y a Olís ROBLEDA, en su bello estudio *Il consenso matrimoniale presso i romani. Il mio punto di vista alla luce delle fonti*, Conferenze storico-giuridiche dell'istituto di Storia del diritto e filosofia del diritto, a c. di G. CRIFO, Perugia, 1980, p. 97 y ss., obra en la que, por cierto, el citado profesor cuestiona con agudeza la tesis del *consensus continuus* incluso en la etapa clásica (pp. 107, 111, 133, 136, 137 y 151, entre otras). Sobre el tema, *vid.* asimismo DOMINGO, *La legislación matrimonial de Constantino*, Pamplona, 1989 (para quien incluso bajo este Emperador rige el sistema clásico del consentimiento continuado —p. 91—); GARCÍA GARRIDO, *Relaciones personales y patrimoniales entre esposos y cónyuges en el Derecho imperial tardío. Notas críticas*, Atti dell' Accademia Romanistica Costantiniana, VII Convegno Internazionale, Perugia, 1988, p. 23 y ss.; SARGENTI, *Matrimonio cristiano e società pagana*, *ibidem*, p. 49 y ss.; BUCCI, *Il matrimonio cristiano tra tradizione giuridico-orientale e tradizione greco-romana: in tema di indissolubilità e di forma pattizia*, *ibidem*, p. 515 y ss.; y Xavier D'ORS, *Principios y criterios fundamentales de estructuración del sistema matrimonial en el Derecho romano*, V Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico, vol. I, Pamplona, 1990, p. 1 y ss. He manejado también el *Manual de Derecho Privado Romano* del Prof. TORRENT, Zaragoza, 1987, p. 527 y ss.

samente no hay vínculo; el divorcio sólo es la cesación de la *affectio*, lo que conlleva el fin de la relación matrimonial. Obsérvese que en este modelo no se suscita siquiera el problema de la indisolubilidad, pues la disolubilidad se halla ínsita en el concepto de matrimonio: como escribe acertadamente NAVARRO-VALLS, «... la progresiva formulación de la indisolubilidad matrimonial será posible... cuando el *consensus* continuado pasa a ser *pacticio*, esto es, la base de un vínculo jurídico; no el simple vehículo más o menos continuativo de una situación fáctica»¹⁸.

Frente a este modelo se nos presenta el que he denominado convencionalmente «hebreo-cristiano», que es, además, el vigente en el mundo occidental desde hace siglos hasta el momento presente. Sus antecedentes son múltiples, debiendo citarse precedentes del Antiguo Testamento¹⁹ y del Nuevo²⁰: en oposición a la idea romana, precedentemente descrita, del matrimonio basado en la *affectio*, moralistas cristianos y canonistas y, posteriormente, juristas seculares que cultivan el Derecho de Familia configuran el matrimonio como un vínculo; la técnica empleada por todos ellos consiste en la descomposición del hecho matrimonial en dos fases: 1.^a) Creación del vínculo mediante un acuerdo; 2.^a) Cumplimiento de ese acuerdo. La primera fase es instantánea: consiste en un acto jurídico o declaración de voluntad de los contrayentes, sometida o no a una determinada forma, declaración de voluntad que muchos autores han calificado, a veces con fines explicativos, a veces con otros fines, de «contrato»; hubo algunas escuelas que consideraron que el vínculo no se creaba sólo con el consentimiento, debiendo concurrir además la consumación del matrimonio, identificando ésta con la realización de un acto sexual completo, mientras que otras —que impondrían a largo plazo su criterio— reputaban constituido el vínculo sólo mediante la manifestación del acuerdo por parte de los contrayentes, actuando en el plano jurídico el primer coito no como hecho constitutivo de la relación matrimonial sino sólo como acto de cumplimiento del acuerdo citado. La segunda fase es duradera: deriva

18. NAVARRO-VALLS, *Matrimonio y Derecho*, Madrid, 1994, p. 19.

19. Deuteronomio, 24, 1-4.

20. Mateo, 19, 1-9; Lucas, 16, 18; y 1.^a Corintios, 7, 10.

directamente de la anterior y se caracteriza por consistir en una relación jurídica estable —indisoluble o sólo controladamente disoluble— en la que los cónyuges ejercitan derechos y cumplen deberes: cada cónyuge tiene que cumplir frente al otro el «débito» conyugal y otras obligaciones (entiéndase esta expresión y la de «derechos» no en su riguroso sentido técnico-jurídico moderno). Se llega así al amor como acto debido o bien, utilizando expresiones de mayor tradición jurídica, al amor *solvendi causa*, al amor como «pago» en sentido técnico. La consecuencia es explicable y previsible por cualquier persona que, dotada de sentido común, tenga una leve idea de cómo funciona la sensibilidad humana en los planos afectivo y sexual: el matrimonio se desconecta del amor y del sexo y éstos se canalizan por vías diferentes del matrimonio, proporcionando moralistas y juristas a la Literatura de todas las épocas su tema favorito. Yo no creo que los autores de esta configuración actuasen torpemente, sino, ateniéndonos a la contemplación de los fines que pretendían, creo que actuaron inteligentemente, pues mediante el matrimonio así concebido no se protegía el amor ni la personalidad de los miembros de una familia, sino la consolidación de un control social ejercitado sobre la familia y a través de la familia. En este contexto el divorcio actúa como válvula de escape para que no estalle el recipiente: ya sea reconocido explícitamente para supuestos específicos y graves cuyo acaecimiento se controla en un proceso, ya sea disfrazado de nulidad del matrimonio, el divorcio suele imponerse, pero obsérvese que la autoridad religiosa o civil mantiene el control sobre cada matrimonio, situación en la que se puede penetrar sólo por obra de la voluntad de los contrayentes pero de la que no se puede salir sólo por obra de dicha voluntad y menos aún por la voluntad unilateral de uno de ellos ²¹. Lo verdaderamente definitorio de este modelo es el vínculo jurídico: que haya o no indisolubilidad no afecta al modelo, aunque, como bien afirma NAVARRO-VALLS, éste es requisito imprescindible de la indisolubilidad, pues ésta es impensable en el matrimonio romano ²².

21. CLAVERIA, *Hacia una nueva concepción del matrimonio*, cit., p. 1.294.

22. *Vid.* note 18.

¿Qué efectos pueden derivarse —y, de hecho, se han derivado— de esa concepción del matrimonio? Recordemos qué sucedía en el pie de las antiguas mujeres chinas por obra de un zapato que se colocaba en su niñez y que nunca se quitaban: se pretendía, tal vez, que continuase existiendo un pie de niña, pero lo que se obtenía era un pie deforme de mujer adulta. Del mismo modo, si bien la estabilidad del matrimonio constituye un beneficio para toda la familia, si dicha estabilidad pretende imponerse coactivamente, se obtiene un efecto que en modo alguno merece el nombre de «estabilidad» y el calificativo de «familiar»²³. El método empleado perturba el efecto. Lo mismo que racionalmente el precontrato carece de sentido porque el consentimiento obligado, al no ser libre, no es consentimiento, y, si lo es por ser libre, carece de sentido el rodeo de un contrato preparatorio que a nada obliga, asimismo carece de sentido que alguien se obligue a mantener vivo un sentimiento, pues éste, en gran medida, no depende de la voluntad; o, alternativamente, a mantener una relación que necesita la subsistencia del sentimiento, permanezca o no éste: yo puedo obligarme a pagar 1.000 ptas. o a reparar un televisor, pero no puedo obligarme a amar o a vivir como si amase aunque no ame: si lo hago, sucederá lo que sabemos que sucede: el adulterio o la resignación, ambas cosas en el fondo carentes de sentido, la primera porque debería perder sus connotaciones culpabilistas y coyunturales y la segunda porque se vive solamente una vez, aunque de esto último hablaré luego. Digámoslo de otra manera: si un cónyuge incumple los deberes de los arts 66 y ss. del Código Civil, incurrirá en las causas de separación —y ulteriormente de divorcio— de los arts. 82 y ss. del mismo cuerpo legal: no obstante, es muy posible que el cónyuge que desee desligarse del otro incurra en estas conductas para obtener ese efecto para él positivo, aunque la Ley lo reputa negativo; pero, ¿Qué sentido tiene para el otro cónyuge obligarlo a cumplir? ¿Es fidelidad la fidelidad obligada? ¿Es ayuda la ayuda impuesta por la Ley? ¿Cabe mayor insulto a la autoestima humana que el amor como deber? De todos modos, algo puntualizaré sobre esto al final del trabajo: atiéndase, sin embargo, ahora a que hablo de

23. CLAVERIA, *Hacia una nueva concepción del matrimonio*, cit., p. 1.295.

personas medias de mentalidad occidental, no de héroes de la abnegación y de la renuncia; y a que el hecho de que algunos matrimonios no padezcan ni el adulterio ni la resignación no invalida el argumento.

Ante el modelo del matrimonio vinculante, una de las reacciones del momento presente ha sido sencillamente el rechazo de la institución, en línea con la sugerencia que los discípulos de Jesucristo le hicieron al escuchar sus rigurosas prescripciones sobre el tema: «Si tal es la condición del hombre respecto de su mujer, no trae cuenta casarse»²⁴. De la respuesta del Maestro hablaré luego: ahora sólo procede señalar que el fenómeno de las parejas no casadas o uniones de hecho, muy frecuente en la actualidad, acaece por diversos motivos²⁵, de los que cabe destacar dos: la gente no se casa o porque rechaza toda juridificación o porque rechaza en concreto *esta juridificación del matrimonio*, es decir, el modelo vigente del matrimonio como acto vinculante, aunque sea relativamente disoluble: son incoherentes quienes, rechazando cualquier juridificación, pretenden, por ejemplo, mediante el acceso a un registro público, gozar de ventajas fiscales o de prestaciones de la Seguridad Social por el hecho de la convivencia *more uxorio*; pero no lo son los que conviven sin casarse porque no pueden hacerlo (homosexuales, personas ligadas por un vínculo anterior) o porque repudian el modelo vinculante vigente: la sorprendente situación actual atinente a las uniones de hecho revela las disfunciones del sistema, pues se reclama un régimen jurídico para quienes no acceden a someterse a un régimen jurídico en principio reputado aplicable a ellos, régimen en el que se ingresa mediante el matrimonio. Ya hay sentencias del Tribunal Supremo que se pronuncian sobre el problema²⁶, pero, si reflexiona-

24. Mateo, 19, 10.

25. *Vid.* la extensa enumeración de causas posibles que hace Lourdes BLANCO, *Parejas no casadas y pensión de viudedad*, Madrid, 1992, p. 113 y ss. De modo más general, ESTRADA, *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil español*, Madrid, 1986, p. 35 y ss. Véanse también las interesantes páginas al respecto de NAVARRO-VALLS, *ob. cit.*, p. 66 y ss. Fuera del ámbito de nuestro Ordenamiento destaco el interés del estudio de Gilda FERRANDO *La familia di fatto*, dentro de la obra *Giurisprudenza del diritto di famiglia*, coord. por BESSONE, vol. II, Milano, 1994, pp. 465 y ss.

26. Por ejemplo, sentencias del Tribunal Supremo de 21 de octubre y 11 de diciembre de 1992, 18 de febrero y 22 de julio de 1993 y 20 de octubre de 1994.

mos a fondo sobre él, advertimos que los que reclaman el reconocimiento jurídico de su unión descubren que el Ebro pasa por Zaragoza, es decir, descubren el matrimonio, pero frecuentemente no aceptan lo que la Ley les impone si lo asumen tal como hoy se regula: pues bien, creo que no les falte razón al adoptar esa postura dada la crítica que hice al modelo vigente y sin perjuicio de salvedades que haré al final. No obstante, sería deseable que el fenómeno de la convivencia *more uxorio* no proliferara, pues el Estado debe conocer quién convive con quién a ciertos efectos importantes como los mencionados y, sobre todo, en orden a preconstituir la prueba de la filiación, creando títulos de estado civil de manera automática predeterminada por la Ley: por eso, conviene que la gente se case, pero que se case de la manera más razonable, es decir, que el modelo de matrimonio sea el más acorde con la sensibilidad social del momento presente. ¿Y cuál es ese modelo? Desde luego, creo que no el del matrimonio vinculante. Pero de ello tratamos en el siguiente apartado.

IV) ¿CUAL ES EL MATRIMONIO DEL FUTURO?

No se trata de sacar la bola de cristal, sino de obtener algunas conclusiones provisionales de las reflexiones relativas a los dos modelos antes expuestos y de detectar el sentido de la evolución del Derecho matrimonial desde los comienzos del Cristianismo hasta el presente siglo, muy especialmente desde Trento hasta hoy: de la indisolubilidad a la disolubilidad controlada por el sistema del divorcio-sanción; de este sistema, al del divorcio-remedio y al del divorcio-ruptura, que prácticamente implica la disolución por mutuo consentimiento: ahí —con algunas matizaciones, fundamentalmente consistentes en plazos para provocar la extinción del vínculo— nos encontramos hoy en varios Ordenamientos, entre ellos el nuestro. El siguiente paso es la extinción del divorcio mismo como técnica de control, es decir, la disolución del matrimonio por declaración de uno de los cónyuges, esto es, la vuelta a Roma y no precisamente al Vaticano: el amor saldría del ámbito de los actos debidos para volver al de los actos soñados y el matrimonio

dejaría de ser un acto vinculante para retornar a su condición de acto jurídico permanente, sostenido por la *affectio maritalis*.

Para quienes juzguen negativamente esta fórmula, recuérdese que la contraria, la del matrimonio vinculante o pacticio, está basada en la imposición jurídica de lo incoercible: como ya se apuntó, marido y mujer están obligados a un conjunto de prestaciones (arts. 66 y ss. del Código Civil); si uno de ellos incumple alguna de dichas prestaciones, el otro no puede acudir al Juez para que las imponga coactivamente, sino que, en los casos más graves, puede solicitar la separación (art. 82) y posteriormente el divorcio (art. 86), efectos que probablemente buscaba el incumplidor, al que se premia gracias a sus infracciones. Si un cónyuge no ama al otro y, para librarse de él, lo maltrata o comete adulterio, si el cónyuge perjudicado no quiere solicitar la separación, ésta no se produce, a no ser que el insistente incumplidor incurra en el supuesto del núm. 6.º del art. 82 citado. La raíz del problema reside en que carece de sentido configurar una relación como vínculo jurídico si la conducta obligada pierde su operatividad cuando, no siendo espontáneamente querida por una de las personas vinculadas, tiende a ser impuesta directa o indirectamente por el otro partícipe: las cien ptas. que me da gustosamente el deudor cumplidor me producen idéntica utilidad que las cien ptas. que obtengo, por vía ejecutiva, tras la venta de un bien de su patrimonio al aplicar, ante su persistente incumplimiento, el art. 1.911 del Código Civil. Sin embargo, la compañía del cónyuge que no me ama pero me soporta para evitar los problemas derivados de la aplicación de los arts 82 y ss. del Código Civil es, para mí, un mal superior a la aplicación de tales artículos, lo que provocará que pronto lo sea para él y para los hijos, pues hay conductas que, si no son espontáneas y libres, mejor que no existan. El supuesto habitual es el de quienes quedan aprisionados por su matrimonio porque la cuantía de sus recursos económicos les impide la separación.

Frente al modelo vigente, el matrimonio como acto permanente: tracemos, como yo mismo hice hace doce años ²⁷, las líneas de lo que

27. CLAVERIA, *Hacia una nueva concepción del matrimonio*, cit., p. 1.298. Sobre el matrimonio «por simple inscripción» en el ámbito norteamericano, vid. referencias de NAVARRO-VALLS, *ob. cit.*, pp. 43-44. Sobre la vuelta al sistema romano,

podría ser este régimen, sin perjuicio de hacer seguidamente las matizaciones convenientes. Según este modelo, el matrimonio sería la unión del hombre y de la mujer que han exteriorizado, de determinada forma prevista en la Ley, su propósito de convivencia estable: existiría, por tanto, matrimonio por y tras la comunicación formal al Registro Civil de dicho proyecto de convivencia. En este contexto la figura del divorcio carece de sentido, bastando, en principio, la mera comunicación o denuncia al mencionado Registro, por parte de uno de los cónyuges, para que legalmente se reputa extinguida la relación matrimonial. El matrimonio, alejado así de la idea de vínculo, devendría hecho afectivo juridificado, acto jurídico permanente que continuamente está celebrándose, debiendo la conducta de sus autores ser reputada no acto de cumplimiento, sino de creación o constitución de una relación jurídica. Por supuesto, este derecho subjetivo de denuncia debe ser ejercitado de acuerdo con el principio de la buena fe, sancionándose las infracciones de dicho principio y el abuso de tal derecho (art. 7 del Código Civil), pudiendo consistir esa sanción no en la ineficacia del acto de comunicación, sino, tal vez, en la aplicación de los arts. 1.902 y ss. del mismo Código.

Este sería el modelo en estado puro, aunque cabe amortiguar su funcionamiento, excesivamente favorecedor de decisiones precipitadas, estableciendo algunos recortes: por ejemplo, que la Ley exija dos actos de comunicación (el segundo, ratificación del primero) por parte del mismo cónyuge, separados por un plazo mínimo, con el fin de garantizar la seriedad de su voluntad; o que la Ley exija un plazo mínimo (seis meses, un año, etc.) desde la fecha del comienzo de la relación matrimonial para que sea relevante la denuncia. Lo importante sería asegurarse de la solidez de la decisión, en cuanto manifestación de la ruptura de la *affectio maritalis*. Una vez que la ruptura es evidente e irreversible, todo intento de sostener la unión por vía jurídica produce, para cónyuges e hijos, la putrefacción de la familia. Aclaro que en este modelo no es necesaria la ruptura como hecho necesitado de prueba ante Tribunal alguno (ello implicaría una cierta vinculación), sino que

con alusiones a una iniciativa en tal sentido de un sector de la doctrina belga, el mismo NAVARRO-VALLS, *ob. cit.*, pp. 88-89: ¡No estoy tan sólo en mis ocurrencias!

basta la declaración de uno de los esposos de que él considera desaparecida su *affectio* respecto del otro: si él vive esa situación como ruptura y la vive consciente y continuamente, nadie debe interferir en su decisión, sino, en todo caso, atender a sus consecuencias.

¿Para qué serviría este nuevo matrimonio? ¿Qué efectos tendría esa constancia registral del proyecto de convivencia estable? Fundamentalmente preconstituir la prueba de la filiación: es razonable que cuando un hombre y una mujer comunican al Estado que van a convivir, el Derecho presuma que los hijos de ésta sean también de aquél: de ahí la conveniencia de estimular dicha comunicación. Además, determinar efectos jurídico-patrimoniales entre cónyuges y de éstos con terceros. No es materia del presente ensayo pronunciarme sobre el régimen económico-matrimonial que sería procedente en este modelo; tal vez la Ley podría fijar los límites a la autonomía negocial que los novios o cónyuges deberían respetar al pactar ese régimen en unas capitulaciones de nuevo cuño, así como establecer un régimen económico-matrimonial (por ejemplo, separación de bienes) supletorio para el supuesto de que no pactasen ninguno.

Y llegados a este punto, unas preguntas obligadas: ¿Cabe mantener impedimentos matrimoniales? Tal vez algunos de ellos, pero desde luego el de ligamen carece de sentido. Habiendo impedimento, la comunicación no produciría los efectos antes expuestos.

¿Y qué decir del requisito de la heterosexualidad? Para responder a esta pregunta habría que cuestionarse para qué desea el homosexual el matrimonio. Cabe imaginar que ello suceda porque desea presentar a la sociedad como digno o como regular lo que anteriormente se reputó indigno o irregular, o por finalidad económica o asistencial; o, recientemente, para provocar descendencia y educarla habiéndose servido de las modernas técnicas de reproducción asistida. Sin perjuicio de posibles meditaciones ulteriores sobre el problema, apunto ya que, sirviendo el matrimonio antes descrito fundamentalmente como figura jurídica encaminada a la determinación automática de la filiación biológica, cualquier otro proyecto de convivencia estable que no afecte a un solo hombre y a una sola mujer no deberá ser denominado matrimonio, si bien no afirmo que deba ser jurídicamente irrelevante: podría efec-

tivamente ser relevante en cuanto que tales compañeros constituirían familia a efectos de Seguridad Social, tratamiento tributario, etc., pero no exactamente matrimonio, en cuanto que no cabe procreación biológica entre ellos: es cierto que dos homosexuales podrían adoptar (no entro ahora en este problema) o dos mujeres lesbianas podrían decidir que una de ellas fuese inseminada: pero ello podría determinar familia, no matrimonio, pues me parece que la procreación natural y la reproducción asistida con semen del marido deberían recibir una regulación diversa de las demás modalidades de reproducción asistida, que deberían aproximarse a la adopción y no vincularse al matrimonio, en cuanto que, desconectándose la paternidad y la maternidad del hecho biológico, más bien habría que hablar de lazos familiares nacidos de la voluntad que de filiación. En otras palabras: en una fase más avanzada y clarificada de la evolución del Derecho no encuentro inconveniente alguno en que la Ley atribuya a la voluntad negocial efectos idénticos o similares a los de la filiación biológica (o su equivalente, la inseminación con esperma del marido), lo que puede suceder tanto si hubo fecundación artificial por donante anónimo o extraño como si hubo adopción: en tal supuesto, dicho vínculo, que sólo por imagen podríamos llamar «filiación», viene determinado por la declaración de voluntad; por el contrario, en el caso de la filiación propiamente dicha (la biológica o por naturaleza), es conveniente evitar la investigación de la paternidad y automatizar su determinación mediante la presunción de paternidad del marido: sólo para eso serviría el matrimonio, es decir esa comunicación al Registro del proyecto de convivencia estable. Si la filiación biológica es posible, debe hablarse de matrimonio; si no lo es, basta hablar de familia. Por eso creo que al homosexual no hay que casarlo, basta con «familiarizarlo»: los menores que adopte, con o sin reproducción asistida, serán «tan suyos» y de su compañero como si fueran sus hijos desde el punto de vista biológico, pero para ello no sirve el matrimonio, sino la familia, figura que cobraría especial relevancia jurídica. Seamos, pues, coherentes con los significados que demos a los términos.

Quizá lo mismo quepa decir de los grupos compuestos por más de dos personas, si bien cabría dudar de la constitucionalidad de la juridificación de la poligamia.

De todo lo dicho se infiere —enlazando con lo tratado en el apartado II— que el propuesto consentimiento continuado generador del matrimonio tiene un contenido sexual: si éste se excluye o es imposible, no hay matrimonio, aunque pueda haber familia. Lo mismo sucede cuando, siendo posible la relación sexual, es imposible la procreación natural o la atribución automática de la paternidad.

V) ¿ES EL MODELO PROPUESTO VERDADERAMENTE DESEABLE?

Al principio de mi exposición dije que en ésta había más preguntas y dudas que respuestas y certezas. Ello se debe en gran medida a que todo lo que he dicho hasta ahora —de lo que estaba más seguro hace años— en este momento me parece algo más cuestionable: querría más bien que fuese asumido por oyentes y lectores como programa para la reflexión y la discusión que como declaración de principios de quien esto afirma. Modestia aparte creo que como programa para la reflexión y discusión es muy útil, pues, procediendo hegelianamente, no se me puede negar que constituye la antítesis de las tesis tradicionales sobre el matrimonio y la familia y la explicitación —al menos, una coherente explicitación— de las vagas y multiformes corrientes que, oponiéndose a las mencionadas tesis tradicionales, caracterizan al mundo moderno o pueden caracterizarlo próximamente, pues mi modelo tantea el futuro partiendo del pasado y del presente. Aclaro más: mi modelo constituye un pronóstico y un deseo, pero no estoy totalmente seguro de acertar en el pronóstico ni de cuándo ni cuánto acertaré; ni, por otra parte, estoy seguro de que deba continuar deseando eso. De esto último hablo seguidamente.

En primer lugar, he dicho o sugerido antes que el modelo hebreo —cristiano ha sido pretendido por los poderes políticos y religiosos para perpetuar un control social en una determinada dirección, concretamente favoreciendo el gregarismo mediante una actuación opresiva. Me pregunto ahora: ¿Es ésa la única intención? ¿No había otros motivos más respetables o atendibles para implantar dicha fórmula? ¿La he condenado precipitadamente? Iluminadoramente escribe HATTEN-

HAUER: «... Valiéndose del sacramento, la iglesia reforzó la convicción compartida por la mayoría de los pueblos, de que el matrimonio persigue tanto asegurar la descendencia como ponerle bridas al benéfico y peligroso trato carnal. Siguiendo el ejemplo de Israel, demostró que los pueblos pueden salvaguardar su existencia durante siglos con ayuda de un derecho sexual severo y a pesar de que su organización política sea defectuosa»²⁸. Es decir, la fórmula romana, ¿Hasta qué punto fue responsable de la desintegración de aquella civilización? ¿Pulverizamos a medio o a largo plazo a un pueblo si confiamos exclusivamente en su buen criterio y en la moral personal de sus componentes y no lo sujetamos con paternalistas coacciones jurídicas? Yo creo que no, entre otras razones porque en este campo lo que la moral y los sentimientos no arreglan difícilmente puede ser arreglado por las normas jurídicas. No obstante, ¿El hombre medio que conocemos, manipulable hasta extremos ridículos por los medios audiovisuales y por el sistema económico insultantemente reinante, es capaz de evitar su destrucción o su degeneración sin la intervención permanente de sectores más cualificados? Mi respuesta es, en principio, negativa, pues ignoro qué sectores serían éstos: ¿Minorías excelsas? ¿Representantes elegidos democráticamente que elaboraran un Derecho basado en la desconfianza en sus destinatarios? Sin embargo, recuérdese que, al exponer el modelo, ya apunté que cabría «suavizarlo» mediante determinados plazos.

En segundo lugar, enlazando con algo que precedentemente se dijo sobre un texto evangélico, recuérdese que, al exponer Jesucristo su exigente doctrina acerca del matrimonio, sus discípulos le respondieron que, si tal era la condición del hombre respecto de la mujer, no traía cuenta casarse, a lo que contestó El: «No todos entienden este lenguaje, sino solamente aquéllos a quienes se les ha concedido. Porque hay eunucos que nacieron así del seno materno, y hay eunucos hechos por los hombres, y hay eunucos que se hicieron tales a sí mismos por el Reino de los Cielos»²⁹. Yo he sostenido que, a mi juicio, el amor es

28. HATTENHAUER, *Conceptos fundamentales del Derecho Civil, Introducción histórico-dogmática*, Barcelona 1987, p. 134.

29. Mateo, 19, 11-12.

un sentimiento y, por tanto, algo hasta cierto punto independiente de la voluntad y, por ello, del deber. No obstante, lo mismo que el Cristianismo mantiene, por ejemplo, que la Fe es un don y una virtud, ¿No será que el amor que quieren Jesucristo y Pablo, ese amor que se alegra con la verdad, que excusa todo, que cree todo, que espera todo, que soporta todo³⁰ es algo más que un sentimiento o algo distinto de un sentimiento? ¿No será que el hecho de que, para el creyente, el matrimonio sea un Sacramento significa que el amor que quiere y da Jesucristo no es el resultado efímero del «flechazo» sino el efecto de la entrega incondicional a la misteriosa voluntad de Dios? Recuérdese que el término «misterio» se vincula, como escribe hermosamente BUCCI³¹, a la idea de los secretos que la divinidad manifiesta progresivamente al hombre, revelándose poco a poco a lo largo de la Historia. ¡Quién sabe! Pero, si así fuese, ¿Cuántos corazones están dispuestos a conectar con estas sublimidades? Y, sobre todo, ¿Puede acogerlas un Derecho positivo de un Estado no confesional? Al final de esta exposición advertimos que no podemos contestar a las preguntas planteadas sin conocer las respuestas a dos preguntas previas: la primera sería dónde debe detenerse el Derecho en su prometeica tarea de conformar la vida social. La segunda puede enunciarse así: ¿Qué es el amor?

30. 1.^a Corintios, 13, 6-7.

31. BUCCI, *Ob. cit.*, p. 524.