

**MURILLO MUÑOZ, MERCEDES: Matrimonio y
convivencia en pareja en el ámbito de la Unión Europea.
Hacia un nuevo modelo de matrimonio**

Editorial Dykinson, Madrid, 2006, 573 págs. Prólogo de Dionisio
Llamazares Fernández

José Antonio Rodríguez García

Profesor Titular de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad Rey Juan Carlos

En primer lugar, me es especialmente grato saludar la iniciativa de la Cátedra de la “Laicidad y Libertades Públicas Fernando de los Ríos” del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, de la Universidad Carlos III de Madrid, que con esta monografía inicia la Colección denominada: “Conciencia y Derecho”. Esta iniciativa viene a paliar, en parte, la dificultad que tenemos algunos profesores de esta disciplina de publicar mientras otros profesores publican varias veces lo mismo o, incluso, borradores. Esta obra es fruto de la tesis doctoral que defendió la profesora MERCEDES MURILLO, en la Universidad Rey Juan Carlos, el 2 de julio de 2004. Por lo tanto, y es el dato que hay que destacar, un año antes de la reforma legislativa del Código Civil del año 2005. Estos hechos vienen a constatar el periplo de las dificultades que se encuentran para conseguir publicar una obra. Esto no es óbice, para que una vez constatado este dato, estemos de acuerdo con lo que escribe el prologista de la obra, el catedrático DIONISIO LLAMAZARES: “Con gran acierto la profesora MURILLO MUÑOZ ha dejado pasar algún tiempo para que desapareciera el ruido y la algarabía que las

propuestas de modificación de nuestro Código Civil había provocado con el fin de que su libro pudiera ser leído desde la mesura y el sosiego, sustraídos del encrespado tumulto, tan poco propicio para la objetividad científica” (pág. 15).

La obra responde con claridad y rotundidad a dos premisas que ratifican su calidad científica y metodológica:

1) Es un trabajo de investigación capaz de hacer avanzar nuestra disciplina científica y,

2) Refleja un altísimo grado de madurez científica y una gran capacidad de trabajo de la autora.

Hacemos nuestras las palabras del prologista de la obra, el profesor DIONISIO LLAMAZARES: “Lo que la profesora MURILLO MUÑOZ intenta y consigue brillantemente es explicar todos estos supuestos (matrimonio, matrimonio de hecho, matrimonio del transexual y matrimonio homosexual) unitariamente, encuadrándolos en cuanto a las soluciones jurídicas, en un mismo sistema enmarcado por las coordenadas de la libertad de conciencia y de la laicidad. Plantea abiertamente, a cara descubierta y sin rebozo, los problemas que analiza puntillosamente y apunta respuestas rigurosamente fundadas, pero con modestia y con mesura, respetuosa de otras posibles, sin pretensiones dogmáticas ni de infalibilidad, abiertas a la crítica científica y susceptibles de matización o incluso de falsación” (pág. 14).

Me ha resultado especialmente interesante, atractivo y por que no decirlo emotivo el Capítulo I (Personalismo, libertad de conciencia y convivencia en pareja). Se inicia este Capítulo I estudiando la idea del amor, el fenómeno del amor, el arte de amar (conviene no olvidar la relación entre amor y matrimonio) y el estudio sobre la homosexualidad.

En este Capítulo I la autora parte de otras disciplinas afines no jurídicas (sociología, biología, medicina, antropología, etc.) para acercarse al estudio del matrimonio y del amor. El recurso a

estas materias, como se puede comprobar en esta obra, resulta especialmente importante y vendría a responder a lo que el gran jurista IHERING denominó como “viaje de las ciencias”¹.

Si quisiera detenerme, en este punto, en el denominado “concepto natural del matrimonio” o “el sentido natural” del mismo en que solo encaja, según una serie de autores, el matrimonio canónico. Seguramente habría que traer a colación a KANT, para quien el concepto o sentido natural relacionado con el hombre tiene que ver directamente con dos cuestiones: la razón y la libertad de la voluntad y nada más. Aplicando estos principios, seguramente, el matrimonio canónico no encajaría en el concepto o sentido natural.

La autora crítica, en este Capítulo, las posiciones que niegan la atribución de dignidad humana a los hijos nacidos por tratamientos reproductivos asistidos. “Sólo el desconocimiento del significado de la paternidad puede explicar conclusiones semejantes que, además, no se compadecen con la esencia del mensaje evangélico de la dignidad e igualdad de los “hijos de Dios” y son, más bien, fruto de un punto de partida equivocado: la defensa de la procreación natural no puede llevarse hasta el extremo de negar la transmisión de la condición humana a las personas que nacen del recurso a las técnicas de reproducción humana porque ello conduciría a resultados del todo contrarios a los que se dice defender” (pág. 81).

Como dice la autora, para criticar un sistema como el Derecho Canónico no se recurre a argumentos propios del Derecho estatal —como serían los principios y valores constitucionales— sino a los principios del propio sistema canónico. Partiendo de ese aserto metodológico la autora utiliza la doctrina del Concilio Vaticano II donde se consagra que la esencia del matrimonio canónico es la “íntima comunidad conyugal de vida y amor”. Esta concepción la aplica al principio de indisolubilidad del matrimonio canónico, llegando a afirmar

¹ Vid. IHERING, R. von: *Bromas y veras de la ciencia jurídica (Ricendo dicere verum)*, Civitas, Madrid, 1987, pág. 89.

que “la indisolubilidad es una tendencia o experiencia que sólo se confirma con el tiempo, y no es una propiedad del matrimonio no es natural al vínculo matrimonial, en fin, lo que late, --dice la autora-- es una profunda desconfianza por parte de la Iglesia católica en el ser humano” (págs. 92 y ss.). En cambio, siguiendo con esta argumentación, las nuevas regulaciones del matrimonio civil no erosionan la institución del matrimonio sino la concepción canónica del matrimonio (pág. 119).

El Capítulo II está dedicado a la libertad de conciencia y convivencia en pareja en los países miembros de la Unión Europea. En este capítulo destaca un apartado sobre la formación histórica del modelo matrimonial en Europa, con especial detalle se estudia el Derecho romano, el Derecho Canónico y el proceso de secularización del matrimonio (Reforma protestante y Revolución francesa).

El esquema de los sistemas matrimoniales de los países miembros de la Unión Europea, sería el siguiente:

Matrimonio civil obligatorio (Francia, Bélgica, Luxemburgo, Holanda, Alemania, Austria, Eslovenia, Hungría)

Facultativos (Gran Bretaña, Irlanda, Suecia, Grecia, Dinamarca, Finlandia, Lituania, Estonia, Letonia, Polonia, Chequia, Eslovaquia) y con ciertas matizaciones en torno al ajuste de sentencias canónicas de nulidad (Portugal, Italia y España)

Por último, dos modelos difícilmente compatibles con la libertad de conciencia (Malta y Chipre).

En relación a la regulación de las parejas de hecho, los países de la Unión Europea se dividiría en:

Países sin regulación orgánica sobre las uniones de hecho (Austria, Grecia, Italia, Chipre, Malta, Estonia, Lituania, Letonia, Polonia y Eslovaquia)

Países que han regulado las parejas de hecho (Suecia, Dinamarca, Holanda², Bélgica, Francia, Alemania, Portugal, Finlandia, Luxemburgo, Gran Bretaña, Hungría, Eslovenia y Chequia).

De este estudio extrae la siguiente conclusión: “La situación descrita pone de relieve como en los últimos años se ha acelerado el proceso de equiparación de las uniones de hecho con los efectos que las leyes atribuyen al matrimonio, equiparación que es más intensa respecto de las uniones homosexuales que heterosexuales” (pág. 264).

La autora, igualmente, procede a analizar toda la legislación comunitaria con incidencia directa e indirecta en esta materia, por ejemplo: la libre circulación de trabajadores, prestaciones económicas y sociales. Así como, se examina toda la jurisprudencia comunitaria sobre esta materia. También, observa la contradictoria jurisprudencia del TEDH. Contradicciones que surgen de la comparación de las conclusiones del caso *Salgueiro* (1999) y el caso *Frettè* (2002). Y por último la importante sentencia sobre el matrimonio de transexuales: el caso *I. y Goodwin* (2002). La autora manifiesta que la misma doctrina jurisprudencial del último caso citado debería ser aplicada para los matrimonios homosexuales.

Una de las normas más importante en esta materia, dentro del Derecho Comunitario, es el Reglamento comunitario del Consejo de 27 de noviembre de 2003. Sobre este Reglamento, dos cuestiones que sí considero que es oportuno reflexionar sobre ellas:

Primera: El artículo 63 de este Reglamento, sobre la homologación civil de sentencias canónicas de nulidad y

² “Posiblemente, el sistema holandés debe ser considerado el que más lejos ha llegado en la regulación de los distintos supuestos de convivencia en pareja, reconocimiento la autonomía de la pareja para decidir sobre el régimen aplicable a su relación con independencia de la orientación sexual de sus miembros”. Vuelven a tener actualidad las palabras de SPINOZA, que ya calificó, en el siglo XVII, a Holanda como el país más liberal.

decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado. Muchos autores se han pronunciado ya sobre la inconveniencia de su incorporación. En este punto, creo necesario tener presente el artículo 307 TCEE³. Es decir, lo que deberían modificarse son los Acuerdos con la Santa Sede y no que el Derecho Comunitario se adapté a los mismos.

Segunda: Habría que destacar y criticar, como hace la autora, que este Reglamento se mueve en el concepto tradicional de matrimonio, no se aplica a la normativa sobre parejas de hecho existente en muchos países de la Unión Europea y tampoco a los matrimonios de homosexuales. En el Anexo de este Reglamento se sigue recogiendo “esposo y esposa”. Se olvida del criterio del estándar más alto de protección y se refugia en el principio de identidad de los Estados.

En fin, después de la lectura del Capítulo dedicado a los países de la Unión Europea, se puede calificar, sin duda, a la profesora MERCEDES MURILLO como un gran experta en esta materia. Cuestiones sobre las que lleva trabajando muchos años⁴.

El Capítulo III lleva por título: Matrimonio y convivencia en pareja en el Derecho español. Este Capítulo se inicia con el

³ Textualmente este artículo establece: “En la medida en que tales convenios sean incompatibles con el presente Tratado, el Estado o los Estados miembros de que se trate recurrirán a todos los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades que se hayan observado. En caso necesario, los Estados miembros se prestarán ayuda mutua para lograr tal finalidad y adoptarán, en su caso, una postura común.

En aplicación de los convenios mencionados en el párrafo primero, los Estados miembros tendrán en cuenta el hecho de que las ventajas concedidas en el presente Tratado por cada uno de los Estados miembros son parte integrante del establecimiento de la Comunidad y están por ello, inseparablemente ligadas a la creación de instituciones comunes, a la atribución de competencias a favor de éstas últimas y a la concesión de las mismas ventajas por parte de los demás Estados miembros”.

⁴ Sus primeros trabajos sobre esta materia se remontan al ya clásico: *El Derecho de la libertad de conciencia en el marco de la Unión Europea: pluralismo y minorías*, Colex, 2001, coordinado por A. FERNÁNDEZ CORONADO.

acercamiento a la realidad social española y la delimitación conceptual de las parejas de hecho. La autora, en relación con el concepto se inclina por “matrimonio de hecho” o “unión matrimonial de hecho”. Después del riguroso análisis del proceso constituyente de los artículos 32 y 39, la autora concluye: “Las profundas divergencias que existían entre los constituyentes sobre la cuestión del matrimonio y, especialmente, del divorcio, llevó a establecer prioridades y equilibrios sacrificando lo “menor”, el reconocimiento explícito de las uniones de hecho que en la España de 1978 estaban lejos de ser habituales, por lo “mayor”, desligar la tutela de la familia del matrimonio con lo que indirectamente se obtenía un efecto parecido, además de la alusión, ésta sí expresa, de la disolución del matrimonio lo que abría la posibilidad de un desarrollo legislativo sobre el divorcio” (pág. 359).

Seguidamente, procede a diseccionar, la jurisprudencia del TC, constatando la disparidad de criterio si el asunto tratado es de pensiones de viudedad (STC 184/1990) o de arrendamientos urbanos (STC 222/1992). Y, afirma: “Es por ello que consideramos que el límite expresado en la prestación económica, caso de las pensiones de viudedad, como excesivamente gravosa o penosa, que coarta o dificulta irrazonable la libre opción de no contraer matrimonio y que es, en consecuencia, contraria a la Constitución” (pág. 385).

Coincido con las siguientes palabras de la autora: “Las normas pensadas para proteger el bienestar familiar deben ser aplicadas sin distinción entre familia matrimonial o no matrimonial. Lo que no será fácil es delimitar cuando el objeto de la norma es proteger a la familia o al cónyuge porque en ocasiones el beneficio del cónyuge afecta directamente a la familia con lo que la exclusión de dicha ventaja para el conviviente puede ser considerada como discriminatoria aplicando el artículo 39 CE” (pág. 388). Esta idea la aporta la autora en relación al problema de las pensiones de viudedad y las uniones matrimoniales. De una decisión de los padres, en ejercicio de su libertad de conciencia; es decir, del derecho a no

casarse, no se puede derivar ninguna desigualdad entre hijos matrimoniales y no matrimoniales, sin embargo, la realidad es otra. Las familias creadas a través de una unión matrimonial no pueden acceder a una serie de recursos económicos. Para paliar estas situaciones y siguiendo el hilo argumental de la autora, el Proyecto de Ley de medidas en materia de Seguridad Social⁵, en su artículo 174.3 viene a reconocer la pensión de viudedad a las parejas de hecho siempre que acrediten una convivencia estable y notoria⁶ durante al menos cinco años, así como también se exige como criterio adicional la existencia de dependencia económica del conviviente sobreviviente en un porcentaje variable en función de la existencia o no de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad.

En fin, la profesora MERCEDES MURILLO señala que el principio que debe presidir esta materia es el de igualdad y asimismo quien elige en el ejercicio de su libertad de conciencia no contraer matrimonio asume la carga de la prueba de dicha

⁵ Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, Serie II, nº 118 (a), de 24 de septiembre de 2007.

⁶ Textualmente el Proyecto recoge: “A efectos de lo establecido con este apartado, se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante. En las comunidades autónomas con Derecho civil propio, la existencia de la pareja de hecho se acreditará conforme establezcan su legislación específica”. Como se puede comprobar algunos problemas sigue planteando este apartado como, por ejemplo, las uniones de hecho que no se inscriben en un Registro o no acuden al notario y el reconocimiento, solamente, de las leyes autonómicas de las Comunidades Autónomas con Derecho foral.

situación, en el supuesto de que exija el reconocimiento de efectos de su unión matrimonial.

No obstante lo anterior y sin restar un ápice a la brillantez de la obra que nos ocupa y a lo extraordinariamente exhaustivo de su contenido, a título personal, echo en falta, alguna mención a las uniones de hecho nacidas de un matrimonio religioso. En mi opinión, se debería reconocer efectos civiles a todos los matrimonios religiosos independientemente de que la confesión religiosa tenga o no suscrito acuerdo de cooperación (art. 49 Cc). Lógicamente, siempre que dicho matrimonio religioso cumpla con los requisitos civiles⁷.

El retraso en la publicación de esta obra le ha permitido a la autora el estudio pormenorizado de las leyes de modificación del Código Civil de 2005, cuyas propuestas ya anticipaba en su tesis doctoral. En primer lugar, la Ley 13/2005, de modificación del Código Civil sobre el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo. Se analiza la tramitación parlamentaria, el Dictamen del Consejo de Estado, el Estudio del CGPJ y finalmente, el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Partido Popular. En relación a esta última cuestión, se aportan argumentos sólidos y contundentes sobre la constitucionalidad de esta Ley. Además, en este punto, conviene traer a colación, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de enero de 2001 sobre el matrimonio de transexuales (matrimonio con coincidencia del sexo biológico). Resolución dictada por el Gobierno del Partido Popular que permitió el matrimonio de transexuales y que no supuso una oposición significativa de la Iglesia católica. En fin, coincidimos con la autora, en que si se atribuye el derecho a vivir conforme a su propia identidad a los homosexuales, el Derecho deberá arbitrar las consecuencias jurídicas de dicha convivencia (pág. 422). Seguramente estamos ante lo que el profesor TIERNO

⁷ Vid. RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A.: "El derecho a celebrar ritos matrimoniales"; en *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*, nº 0, diciembre, 2000, págs. 132 y ss.

GALVÁN llamó “la cultura plurisexual” y una consecuencia de esa cultura es la equiparación.

En segundo lugar, la Ley 15/2005, de modificación del Código Civil en materia de divorcio. Dicha regulación, salvando las distancias, se acerca a la regulación del Derecho romano y es consecuencia de la aplicación del principio del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1. CE).

Conviene destacar, en esta obra, el completo análisis de la jurisprudencia del TS (concepto, régimen económico y patrimonial –analogía, enriquecimiento injusto, etc.–, vivienda común, pensiones, indemnización por muerte, etc.) y de la legislación autonómica (Cataluña, Aragón, Navarra, Valencia, Madrid, Baleares, Asturias, Andalucía, Extremadura, País Vasco, Galicia, Castilla-La Mancha, Castilla-León y La Rioja). Donde se estudia la cobertura competencial, el examen comparativo entre las distintas regulaciones autonómicas (concepto, constitución y acreditación, régimen jurídico, efectos personales, efectos respecto a la Administración autonómica, disolución, etc.). La autora indica, por ejemplo, en el caso de la Ley andaluza que nos encontramos ante una nueva clase de matrimonio por lo que la Comunidad Autónoma se ha excedido en su ámbito competencial.

Concluye, la profesora MERCEDES MURILLO, en relación a las uniones matrimoniales, que para la regulación de las uniones matrimoniales sería suficiente con acreditar la convivencia en pareja por cualquier medio admitido en Derecho y no “pseudocasarlos” (pág. 507) y, prosigue, diciendo que “la respuesta a la regulación de las uniones de hecho pasa por “repensar” el matrimonio como fórmula jurídica de la relación afectiva de la pareja, lo que ya propugnaba rompedoramente el prof. REINA al hablar de “redimensionar” el matrimonio, es decir, crear una regulación lo bastante flexible para acoger las opciones personales de convivir en pareja dentro de los límites que representan la seguridad jurídica y las obligaciones consustanciales a la convivencia que constituyen la garantía de

los derechos de los terceros y de los propios convivientes” (págs. 522-523).

El último Capítulo se dedica a la necesidad de definir un modelo propio de matrimonio civil. La autora se pregunta: ¿qué de jurificable debe quedar del matrimonio? La respuesta vendría dada por “El elemento sobre el que debe girar el matrimonio es, pues, el consentimiento que no es otra cosa que la común decisión de constituir una comunidad vital. Es esta voluntad la que ha de tener relevancia jurídica y el Derecho deberá decidir cómo acreditarla. En mi opinión, tal decisión puede acreditarse de dos maneras: en el momento en que la unión nace para cada miembro de la pareja o bien en un momento posterior a través de la prueba de la convivencia marital” (pág. 537)

Por otra parte, y quizás la única cuestión que no comparto de la obra recensionada se encuentra la referente al ajuste de sentencias canónicas de nulidad y decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado. La autora afirma “la resolución eclesiástica produciría los efectos de la disolución civil en el ámbito del Derecho del Estado, homologación que quedaría limitada a los aspectos procesales ya que al desaparecer la nulidad civil, no cabría comparación en cuanto al fondo de la resolución y la nulidad canónica produciría los efectos civiles de la disolución civil” (pág. 539). En mi opinión, creo que se ha dejado pasar la oportunidad para suprimir el artículo VI.2 del Acuerdo y el artículo 80 Cc porque a todas luces distorsionan el sistema matrimonial español y no encuentra justificación su regulación en el principio de cooperación⁸.

En resumen, dice la autora: “En mi opinión, la concepción del matrimonio como un acto que continúa celebrándose refleja

⁸ Ya adelantamos esta opinión en nuestro artículo: “El derecho a celebrar ritos matrimoniales”, op.cit., págs. 118 y ss.. Y, que recientemente, Salvador PÉREZ ÁLVAREZ en *Las sentencias matrimoniales de los tribunales eclesiásticos en el Derecho español. La cuestión del ajuste al orden público constitucional*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006, págs. 485 y 486; ha expuesto, brillantemente, esta propuesta.

mejor la realidad de la relación de pareja que como vimos “debe ser elaborada, construida, reconstruida y refrescada incesantemente”. Y esta correlación entre el significado de la vida en pareja y su reflejo jurídico es el reto en el futuro próximo (pág. 544). Es decir, “no es ésta una situación, salvando las distancias históricas muy diferente a la que ya conoció el Derecho romano” y al concepto de matrimonio vinculado a la *affectio maritalis*. Por lo tanto, una vuelta a los clásicos, y a lo que bien decía PLATÓN: “Donde reina el amor, las leyes sobran”.

En conclusión, esta obra responde a las siguientes palabras de PÍO BAROJA: “Me gustan los autores que se expresan con claridad, con precisión, con rapidez y, al mismo tiempo, con los mayores matices”. Por todo lo dicho, recomendamos no sólo la lectura de esta obra sino su estudio pormenorizado al ser una de las obras de ineludible referencia en el Derecho matrimonial de los últimos años.