

## REFLEXIONES ACERCA DEL MATRIMONIO CIVIL EN ESPAÑA: SU CONTENIDO ESENCIAL Y LOS NUEVOS MODELOS FAMILIARES

POR

EDUARDO ESTRADA ALONSO (\*) y (\*\*)

A iniciativa de la O.N.U. se ha declarado 1994 como el Año Internacional de la Familia. En las próximas páginas, asumiendo la responsabilidad que como ciudadano me corresponde en defender la familia, con gran curiosidad personal, trato de vislumbrar, no sin preocupación, el futuro de los modelos familiares. Es un hecho cierto, que la familia —tal como tradicionalmente se ha venido interpretando este término— constituye una de las instituciones más embestidas por los nuevos aires del relativismo ético y moral que caracteriza nuestra era.

A este movimiento no es ajena nuestra Carta Magna, ni las leyes que la desarrollan y tampoco los órganos judiciales. La eman-

---

(\*) Profesor Titular de Derecho Civil. Universidad de Oviedo.

(\*\*) Publicamos este artículo del Profesor EDUARDO ESTRADA ALONSO por constituir un laudable esfuerzo en favor del reconocimiento civil de un matrimonio indisoluble, como religiosamente lo es el celebrado entre católicos. Esto no significa que esa sea la posición de *Verbo* en esta cuestión. Nuestra disconformidad con el actual régimen jurídico positivo del matrimonio en España, parte de que en el mismo no se reconoce el matrimonio religioso, como tal y con todo su contenido. Hoy no existe en España, según el derecho positivo, más que el matrimonio civil y disoluble, aunque éste pueda celebrarse con forma religiosa. Ahí está el punto de partida de la legalidad positiva vigente, con la cual nos hallamos en radical desacuerdo; pues entendemos: primero, que el verdadero matrimonio es esencialmente indisoluble; y, segundo, que el matrimonio religioso debe ser reconocido tal como canónicamente es regulado y no sólo en cuanto su forma sino en toda su regulación, efectos y jurisdicción competente (Nota de la Redacción).

cipación de la mujer y de los hijos, la revolución de la moral sexual, la regulación del divorcio, del aborto, la inseminación artificial, la igualdad de los hijos, la atribución de consecuencias jurídicas a las uniones extramatrimoniales o el control del Estado sobre las formas del matrimonio, son algunas de las causas que van condicionando la institución.

Háblese de crisis o de transformación de los valores familiares, me ha parecido conveniente recapitular, en estas páginas, sobre el contenido esencial del matrimonio civil y sobre la aplicación práctica de la nueva concepción del matrimonio, basada fundamentalmente en su posibilidad de disolución mediante el divorcio, regulado en la Ley 30/1981, de 7 de julio, sirviéndome como pretexto para examinar otros posibles modelos familiares que empiezan a tener consistencia jurídica.

Sospecho que estos aires renovadores no son más que el anuncio de una tempestad que puede tornarse en huracán. Haciendo el papel del hombre del tiempo, me atrevo a pronosticar cambios sobre las zonas que afectan al contenido esencial del matrimonio.

#### A) *Contenido esencial del matrimonio civil:*

Dícese del matrimonio, hablando generalmente, que es la unión estable de un hombre y una mujer ordenada a una plena comunidad de vida.

Dicho esto, los problemas jurídicos no empiezan más que a enumerarse: ¿Qué matrimonios producen efectos jurídicos, cuáles son las formas, qué contenidos, cómo se disuelven?

En este trabajo, limitamos nuestra reflexión al análisis del matrimonio civil y del matrimonio en forma religiosa canónica o matrimonio canónico, por ser los que de verdad tienen una presencia social importante.

Empezando por el matrimonio canónico, con un breve estudio y sin necesidad de ser un experto canonista, puede comprobarse que supera, en la claridad de su contenido y también en rigor técnico, al matrimonio civil.

A mí, al menos, no me cabe duda de que el matrimonio canónico es una unión mejor preparada que la forma civil, para el triunfo de la institución matrimonial, un proyecto más serio.

En desarrollo de este argumento no es vano recordar alguna de las características del ordenamiento canónico.

El contenido del matrimonio canónico lo encontramos en el canon 1057.2: «El consentimiento matrimonial es el acto de voluntad, por el cual varón y mujer se entregan y aceptan en alianza irrevocable para constituir el matrimonio».

En el canon 1055.1, se describe la alianza matrimonial como «consorcio de toda la vida ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole».

El matrimonio para los cristianos y para el Código canónico es un sacramento, que imprime carácter, y que en su esencia, teniendo en cuenta los fines naturales a los que está llamado, debe tener como caracteres la unidad y la indisolubilidad.

Como institución natural, el matrimonio tiene unos fines también naturales: procreación; educación de la prole; y amor conyugal.

Con tales fines debe exigirse unos caracteres naturales, como ser único e indisoluble, y también unos presupuestos naturales, como son, tener la esposa y el esposo distinto sexo, un mínimo de exogamia, etc....

El Código canónico señala pues, como fines del matrimonio, por su misma índole natural, el bien de los cónyuges y la generación y educación de la prole (can. 1055.1).

Para el Derecho canónico estos fines son la razón de su existencia. Pero para el Derecho civil, no son tanto la razón de su existencia. Especialmente, el Derecho civil no tiene como finalidad esencial la procreación y ordenación de la prole. Podemos casarnos civilmente incluso rechazando la procreación. Canónicamente, este planteamiento iría en contra de uno de los fines esenciales a que se ha hecho mención, invalidando el matrimonio (exclusión *bonum prolis*).

En cuanto a la finalidad del bien de los cónyuges, no hay tanta diferencia entre el Derecho civil y el Derecho canónico. El Es-

tado, es consciente de que la familia no funciona si no es concibiéndola como una comunidad estable en la que todos deben esforzarse, y renunciar a su interés particular por el interés general de la institución.

En Derecho civil, esto se traduciría en el deber de los esposos de socorrerse mutuamente y en el principio de «actuar en interés de la familia», que se recogen como principios ajenos a todo valor trascendente. Si las finalidades dejan de depender de una instancia suprema, no puede atribuirse su perfil más que a los propios esposos, quienes terminarán por moldear su relación de acuerdo a sus gustos. Aquellas obligaciones son, por otro lado, de conciencia y difícilmente se pueden exigir por el Derecho. Son, como veremos en su estudio, incoercibles. Por más que exija el Derecho, es notorio que no se puede amar por imperatividad de la norma. Empezamos, por consiguiente, a observar cómo, la voluntad de los cónyuges, tiene una importancia esencial en el matrimonio civil.

Otra característica del Derecho canónico es la de aplicar el principio del *favor matrimonii* —no existiendo en el Derecho civil un principio igual—, consistente en una tendencia del legislador a proteger la vida y régimen de la institución matrimonial, de forma que, en la duda, se ha de estar por la validez del matrimonio, mientras no se pruebe lo contrario (can. 1060).

La mayor diferencia, no obstante, entre el matrimonio canónico y el matrimonio civil, está en las propiedades esenciales. En el primero, son la unidad y la indisolubilidad (sólo puede disolverse por la muerte, no por divorcio vincular), y en el segundo, sólo la unidad (prohibición de la poligamia y la poliandria).

En definitiva, la esencia del matrimonio canónico es objetiva y clara. No depende de la voluntad de la contraparte y ni tan siquiera de la propia. Quien consienta sabrá lo que le deparará el futuro.

Pero, ¿podemos decir lo mismo del matrimonio civil?

La respuesta a este interrogante se configura como la pieza central de este estudio.

Una de las luces que nos debe servir para abordar las refle-

xiones que se pretenden en este trabajo, es la polémica sobre la concepción contractual o institucional del matrimonio. Frente a la teoría generalmente admitida del matrimonio como contrato, surgió esta otra doctrina que somete a revisión aquella consideración, partiendo de la inexactitud de los esquemas contractuales para explicar la naturaleza de la relación matrimonial.

Para los contractualistas, dada la función esencial que en la aparición del matrimonio desempeña el consentimiento matrimonial, el matrimonio es un contrato (1); si bien las características que le diferencian de los contratos regulados por el Derecho privado obligan a considerarlo como un contrato *sui generis*.

Para los institucionalistas, la configuración que de la realidad matrimonial ofrece el *ius cogens* impide su consideración como contrato. El concepto de institución explica satisfactoriamente la naturaleza, características y relaciones jurídicas que vinculan a los cónyuges, cuya influencia en el nacimiento del matrimonio queda a salvo, puesto que el consentimiento matrimonial implica libertad para aceptar la institución, tal y como se halla estructurada por el *ius cogens* (2).

---

(1) RUGGIERO, *Instituciones*, ed. esp., T. II, págs. 722 y sigs.; RAMOS OREA, *Matrimonio y otros contratos*, págs. 260-274.

La doctrina canónica mayoritaria, ha considerado la declaración de voluntades encaminada a la aceptación del estado matrimonial por las partes, como una modalidad especial de contrato. De acuerdo con la técnica jurídica tradicional el contrato matrimonial debe calificarse como un contrato puramente consensual, es decir, que se perfecciona por el mismo consentimiento de las partes (*Vid.* GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, M.: *La institución matrimonial*, Madrid, 1943, págs. 117-118). La elevación del matrimonio a la dignidad de sacramento por Cristo, no supone la alteración de la naturaleza del pacto matrimonial. El sacramento del matrimonio consiste, como los demás sacramentos, excepción hecha de la Eucaristía, en un acto concreto y no en un estado permanente, si bien (como establece el can. 1134) los efectos del sacramento permanecen, y concretamente los auxilios de la gracia, para el recto desempeño de los fines y cumplimiento de las obligaciones matrimoniales.

(2) La concepción institucional del matrimonio parte de la doctrina francesa de la institución, formulada principalmente por HAURIOU. Entre nosotros fue recogida por RUIZ GIMÉNEZ CORTES, *La concepción institucional*

Como bien recoge G. Michiels (3), el abandono de la doctrina contractual y el desarrollo de la doctrina institucional ha sido obra, fundamentalmente de los teólogos y canonistas, debido, precisamente, al carácter específico que distingue al matrimonio canónico, conforme a la doctrina tradicional de la Iglesia. Los textos conciliares responden mejor a una perspectiva institucionalista, que se vislumbra en la omisión del uso del término contrato, hablándose generalmente de pacto o alianza para aludir al consentimiento de los esposos.

Efectivamente, como advierte Giménez Fernández (4), la concepción institucional ofrece atractivas perspectivas para la estructuración del Derecho matrimonial canónico. La institución matrimonial, proporcionaría al que libremente presta su consentimiento en contraer matrimonio con una persona determinada, a la que también elige libremente, un sistema de vinculaciones jurídicas establecidas legalmente (*ius cogens*), mediante las que el legislador pretende alcanzar las finalidades del matrimonio. La sustancia del matrimonio está sustraída a la voluntad de los contrayentes.

Insistimos en la perfecta adaptación de la corriente institucionalista, no sin reparos (5) al matrimonio canónico. Independiente

---

*del Derecho*, Madrid, 1994; Vid. RENARD, «La doctrine institutionelle du mariage», en *Vie Intellectuelle*, 12 (1931), págs. 96-123; GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, *La institución matrimonial*, Madrid, 1943; GARCÍA BARBERENA, «Sobre la idea contractual en el matrimonio canónico», en *Miscelánea de Comillas*, 16 (1951), págs. 155-181; OLIS ROBLEDA, «Sobre el matrimonio "in fieri"», en *Estudios Eclesiásticos*, 28 (1954), págs. 5-56; «¿Es contrato el matrimonio?», en *Estudios Eclesiásticos* 28 (1955), págs. 479-505; «Matrimonium non est contractus», en *PRMC*, pág. 53 (1964); SALAZAR, J. en VV.AA., *Nuevo Derecho Canónico*, Madrid, 1983, págs. 125-128.

(3) G. MICHIELS, «Mariage-contrat o mariage-institution?», en *Apollinaris*, 33 (1960).

(4) GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, *ob. cit.*

(5) Efectivamente como advierte BERNÁNDEZ CANTON, A.: *Compendio de Derecho matrimonial canónico*, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 46, no es satisfactorio considerar el acuerdo de los contrayentes como un acto-condición o un acto de adhesión a la institución matrimonial. Pues ello implicaría la preexistencia de la institución en concreto, y no sólo de la institución

de lo que después diremos sobre la naturaleza jurídica del matrimonio civil, no cabe duda de que, la teoría institucional explica mejor que el matrimonio puede celebrarse sin más que un conocimiento implícito de la sustancia del matrimonio.

Esta sustancia implícita, con sus finalidades bien definidas, resulta segura en el matrimonio canónico. Bastará con la intención de contraer matrimonio, tal y como fue instituido por Dios, o como lo concibe la Iglesia, o como lo estima la jurisprudencia rotal. El contenido del consentimiento matrimonial recae sobre el matrimonio *in facto esse*. Para el Derecho canónico, la fijación del contenido del consentimiento matrimonial tiene notable importancia puesto que va a ser la presencia de este contenido objetivo, el que permitirá calificarlo jurídicamente (también moralmente) como matrimonial. El consentimiento matrimonial se especifica, pues, por su contenido, de forma que sólo podrá considerarse matrimonial el consentimiento que verse sobre el contenido que le tiene asignado el ordenamiento. El interés de la doctrina canónica en este punto tiene una doble motivación: por una parte, el cumplimiento del Derecho natural; por otra parte, la proposición del tipo de unión que es lícito para los cristianos de forma que pueda ser asumida por la realidad sacramental (6).

---

abstracta en cuanto ordenación general y necesaria, siendo así que el matrimonio en concreto no existe con anterioridad a su celebración. La teoría contractual concibe el consentimiento como origen y causa eficiente; esto es cierto. Pero el problema radica en saber si todas las relaciones que surgen entre los contrayentes tienen su origen en ese contrato. Esta interrogante tenía perfecto sentido en el Código de 1917, pues siendo el contenido concreto del consentimiento matrimonial el señalado en el antiguo can. 1081 —el derecho deber a los actos ordenados a la procreación—, la doctrina contractual no podría explicar la existencia de otros derechos y otros deberes que no hubieran sido contratados por las partes (por ejemplo, el derecho a la cohabitación o el derecho a educar la prole), al Derecho canónico, porque precisamente éste tiene sus finalidades bien definidas: generación y educación de la prole, amor conyugal y bien de los cónyuges (can. 1055).

(6) *Vid.* BERNÁNDEZ CANTON, A.: *Compendio de Derecho matrimonial canónico*, Madrid, 1986, pág. 111, donde recoge las opiniones de BONNET P. A., *L'essenza del matrimonio canonico. Contributo al studio del amore coniugale*, Padova, 1976; GIL DELGADO P., «El objeto del consentimiento

Pero esto no ocurre, en la misma proporción, en el Derecho civil. Qué duda cabe, que el Estado asume que el matrimonio es fundamento de la familia, y condición primaria de la sociedad, que no puede quedar al margen del Derecho. La sólida estructuración del Estado depende de la consistencia y robustez de la familia. Para el Estado pues, el matrimonio, tiene gran importancia.

Dicho lo anterior, en la última regulación que el legislador español ha realizado, debemos hacernos dos preguntas:

1.<sup>a</sup>) ¿Podemos seguir manteniendo los principios de la doctrina institucional del Derecho canónico en el matrimonio civil?

2.<sup>a</sup>) ¿Cuándo una persona contrae matrimonio civil, qué consiente? ¿Cuál es el contenido del matrimonio civil *in facto esse*?

A la primera pregunta debemos contestar que, por lo que respecta al Derecho civil, la consideración del matrimonio como un contrato, se adapta mejor a la idiosincrasia de la forma civil. Incluso mejor aún se adapta la calificación de negocio jurídico familiar (7). Esta calificación, puede explicar mejor la facilidad para acceder al divorcio, la falta de fines concretos en el matrimonio civil, la aplicación analógica de las normas matrimoniales a las uniones de hecho (8) y, en definitiva, la falta de un contenido esencial claro en el matrimonio civil.

---

matrimonial y la "communio vitae", en *CDMyPC*, 3 (1979), págs. 93-120; «Naturaleza filosófica-jurídica de la relación interpersonal conyugal», en *CDM y PC* (4 (1980), págs. 91-129; SERRANO J. M., «El "ius in corpus" como objeto del consentimiento matrimonial», en *El consentimiento matrimonial*, hoy, Barcelona, 1976, págs. 64-69; «El derecho a la comunidad de vida y amor como objeto del consentimiento matrimonial», en *EIC*, 32 (1976), págs. 32-68; NAVARRETE U., *Structura iuridica matrimonii secundum Concilium Vaticanum II*, Roma, 1967.

(7) Vid. VON THUR, *Derecho civil*, trad. de Ravà T. II, pág. 165; DÍAZ DE GUIJARRO, «Nuevos aportes a la introducción al estudio del acto jurídico familiar», en *Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, T. VI, págs. 189 y sigs.; ALBALADEJO, *El negocio jurídico*, Lib. Bosch, Barcelona, 1958, pág. 70.

(8) Cfr. entre otras las sentencias del Tribunal Constitucional: 2.º de 14 de julio de 1988, La Ley (1988), 4.30, y del Tribunal Supremo 1.º, de 18 de mayo de 1992, La Ley (1992), 3.587 sobre liquidación de patrimonio

A la segunda pregunta, una respuesta inicial es evidente: quien contrae matrimonio civil no se compromete, ni tiene por qué obligarse, con las finalidades del matrimonio canónico.

Entonces, ¿qué compromete? ¿Cuál es la esencia del matrimonio civil *in facto esse*?

A primera vista, una segunda respuesta podría derivarse del artículo 58 del Código civil, concluyendo que el contenido del matrimonio civil, vendrá recogido en los artículos 66, 67 y 68 del mismo texto legal, que lee el Juez o funcionario en el mismo momento de contraer matrimonio. Sin embargo, por lo que después diremos, tendría mayor rigor, aunque en cierto modo resultase desagradable para tan íntimo acto, que también leyera el artículo 85, poniendo en conocimiento de los contrayentes la realidad disoluble del matrimonio civil. El contenido esencial de la unión que se establece en la legislación civil, trata de reflejarse en los artículos 67 y 68 del Código civil que obligan a los cónyuges a vivir juntos, guardarse fidelidad, socorrerse mutuamente y actuar en interés de la familia. Pero, ¿acaso no es cierto —a tenor del artículo 85— que *cualquiera que fuere la forma del matrimonio y el tiempo de celebración*, el matrimonio se disuelve por divorcio?

En este punto, es importante que resolvamos la esencia del matrimonio civil tal como hoy está contemplado por el legislador español. Son importantes las voces que se han levantado para afirmar que nuestro matrimonio civil, vale hoy menos que un contrato (9). El contrato no se puede romper —o no sin sanción— por quererlo así, sin otro motivo que su voluntad de no cumplir, una de las partes. Por contra el matrimonio sí se puede romper, sin otro motivo que la voluntad de no querer asumir las obligaciones que el legislador ha establecido como su contenido en los artículos 67 y 68, admitiéndose la repudiación unilateral. Uno de los esposos, sin culpa alguna del otro, por ejemplo, por haber encontrado un compañero más joven, o simplemente, porque se

---

común; Tribunal Constitucional, Pleno, de 11 de diciembre de 1992, La Ley (1992), 2,105, sobre subrogación en el contrato de arrendamiento.

(9) LACRUZ BERDEJO J. L., *Derecho de Familia*, Barcelona, 1990, pág. 33.

enfade o no aguante más, abandona la casa familiar y años después puede pedir el divorcio.

¿Se puede entonces seguir defendiendo que las obligaciones de los artículos 67 y 68 del Código civil son el contenido esencial del matrimonio civil? Rotundamente no.

La única propiedad esencial del matrimonio civil es la unidad, prohibiéndose la poligamia (hombre con varias mujeres) y la poliandria (mujer con varios hombres).

Todos los autores están conformes en admitir sobre el matrimonio las siguientes premisas: 1.º Que el matrimonio surge por un acuerdo de voluntades entre los contrayentes. 2.º Que el contenido o materia sobre el que recae este consentimiento está determinado por normas superiores a la voluntad de los contrayentes y a la propia competencia de los ordenamientos jurídico-positivos. El contenido del matrimonio como régimen de la vida matrimonial está regido por normas sustraídas al libre concierto de las voluntades (*ius cogens*). 3.º El efecto esencial de la celebración del matrimonio es dar nacimiento al *status* matrimonial, del que se derivan un tejido de poderes, de relaciones personales y patrimoniales de naturaleza muy variada. La finalidad del matrimonio es el establecimiento de una comunidad integral de vida.

Sin embargo, por lo que se ha dicho, estas afirmaciones —con acento institucionalista— referidas al matrimonio civil no son totalmente exactas.

En primer lugar, porque existen muchos efectos del matrimonio, sobre los que es posible disponer (por ejemplo, el régimen económico matrimonial, con las limitaciones establecidas en el artículo 1.328).

En segundo lugar, y mucho más importante que lo anterior, porque el contenido del matrimonio *in facto esse* civil, ni está determinado absolutamente, ni vincula a las partes de forma suficiente para ser respetado, a consecuencia de la facilidad con la que se accede a la separación y al divorcio.

En tercer lugar, porque hay un sin fin de preguntas que podríamos hacerle al legislador de 1981 que, afectando al contenido del matrimonio regulado en el Código civil, ha dejado sin resolver.

La primera va dirigida a saber si en el matrimonio civil, los esposos, se comprometen o entregan ellos mismos y si se aceptan mutuamente para alcanzar el consorcio conyugal.

Podemos igualmente preguntar, si el matrimonio civil exige en su contenido, la generación y la ordenación de la prole. Evidentemente no. Esta concepción fisicista o biológica del matrimonio, no es exigida desde luego en el matrimonio civil. Ni siquiera se exige la consumación como requisito para el matrimonio civil.

Enseguida se nos responderá que el matrimonio civil, tiene por finalidad lo dispuesto en los artículos 67 y 68 del Código Civil. O incluso puede encontrarse el objeto del consentimiento matrimonial (matrimonio *in fieri*), en los «roles» que dentro de la institución deben desempeñar cada uno de los contrayentes (10).

Un primer acercamiento para encontrar la substancia del matrimonio civil nos debe hacer distinguir dos fases. La primera referida a la celebración —matrimonio *in fieri*— cuyo contenido se encuentra única y exclusivamente en la *affectio maritalis*, en el amor conyugal. La segunda, referida a la vida matrimonial —matrimonio *in facto esse*—, cuyo contenido se amplía, en el caso de existencia de hijos, a las responsabilidades para con ellos.

No obstante, intentando unificar ambas fases, si pensamos que, aun con hijos, el matrimonio puede terminarse, la esencia puede reducirse a la *affectio maritalis*.

Sin embargo, a mi juicio, no se termina ahí su contenido, sino que, para encontrar su verdadera substancia, debemos conectar el amor conyugal con las causas de separación y divorcio. La razón de esta conexión viene exigida, en definitiva, en que el incumplimiento de las obligaciones y deberes conyugales que constituyen las causas de separación y divorcio es lo que los contrayentes van a tener que soportarse mutuamente o no. En este último caso, se producirá la fractura o extinción de la alianza. El contenido, por tanto, ha dejado de estar por encima de las fuerzas humanas o apetencias de los cónyuges (como puede suceder en el

(10) Vid. Díez PICAZO, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, Madrid, 1992, pág. 81.

Derecho canónico), para situarse en su psicología, su resistencia o sus simples apetencias. Ahí y no en otro lugar, ha situado el legislador, con el modelo matrimonial propuesto, la esencia del matrimonio civil.

Todo ello quizá se puede concentrar dentro del concepto de *affectio*, entendida ésta como la amistad auténtica, el afecto recíproco entre cónyuges, el origen espontáneo de la solidaridad y responsabilidad entre ellos y los hijos. Si se observa, en la lectura de los artículos 81, 82 y 86 del Código civil, en los que se recogen las causas de separación y divorcio, no hay otra justificación, en cualquiera de ellas, que la falta de *affectio* o amor conyugal. Y en los artículos 90 y siguientes se procura atender las responsabilidades que genera esa falta de afecto.

Aun sin amor hay muchos matrimonios que perduran en la resistencia o en el empeño personal, por consiguiente, estas circunstancias deberían pasar a engrosar el concepto de *affectio* o el contenido esencial del matrimonio civil.

Otra pregunta interesante para el legislador del año 1981, será la de si no existe una contradicción en nuestro sistema matrimonial, cuando prohibiendo las condiciones, cargas y modos en el matrimonio (art. 45.2.º del Código Civil), estructura todo el éxito del matrimonio civil al cumplimiento de una forma de convivencia pactada entre los cónyuges, de cuyo cumplimiento depende la inclusión o no del matrimonio entre los supuestos recogidos como causas de separación o divorcio en el mismo Código.

¿Acaso la posibilidad de separación por abandono del hogar, por incumplir los deberes matrimoniales o por alcoholismo y posterior divorcio no se asimila al matrimonio bajo condición?

La conclusión después de todas estas preguntas, es que el legislador ha introducido, en el recipiente de los artículos del Código civil, un matrimonio tendencialmente construido sobre la base estructural del matrimonio canónico, pero con el grave defecto de dejar abierto un agujero —el divorcio— por donde se pueden derramar hasta vaciar su contenido, todas las buenas intenciones de los contrayentes. Se parte de formular un matrimonio inicialmente estable, sustrayéndole la indisolubilidad que es con-

dición esencial para conseguir esa estabilidad y desconsiderando en varios aspectos la tradición canónica, como fórmula de mayor garantía.

Las desconsideración del legislador civil hacia el matrimonio canónico, se vislumbra —con una simple comparación entre ambos modelos—, en la escasa importancia que se ha dado a la regulación de los impedimentos, a los vicios del consentimiento y a las causas de nulidad. La insanidad del juicio, los comportamientos desordenados, la falta de discreción de juicio o incapacidad de asumir las obligaciones matrimoniales, dejan de preocupar como causas de nulidad, cuando son motivo claro de separación y posterior divorcio. Descuido que resulta lógico al poder alcanzar los cónyuges el divorcio con suma facilidad.

A mayor irracionalidad, el poder legislativo ha trasladado e impuesto las deficiencias de su sistema al matrimonio canónico, al punto de hacer imposible que, en España, los contrayentes cristianos puedan contraer un matrimonio indisoluble, forzando las creencias religiosas practicadas socialmente. En esta encrucijada, me opongo a calificar el sistema matrimonial español, como habitualmente se admite, como sistema de libre elección o facultativo (11), cuando al aplicar las normas civiles sobre nulidad (art. 73 del Cód. civ.) y divorcio (art. 85 del Cód. civ.) a todos los matrimonios, cualquiera la forma en que se contraen (civil o religiosa), desprende un aroma impositivo difícil de ocultar. Nos acercamos al sistema de matrimonio facultativo tipo anglosajón o protestante (12), aunque se respeten, en parte, los efectos canónicos.

En mi opinión, el sistema matrimonial español, como casi todas nuestras instituciones, no se incardina, de forma pura, en ninguno de los sistemas matrimoniales conocidos, sino que se ha

(11) *Vid.* a favor del sistema de libre elección ESPIN, *Manual*, vol. IV, 8.ª ed., 1984, pág. 40.

(12) En igual sentido *Vid.* Díez DEL CORRAL, «La nueva regulación del matrimonio en el Código Civil», en el vol. col. *Las reformas del Código Civil por leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1983, pág. 9.

implantado, con la reforma de la ley 30/1981 de 7 de julio, como un sistema «*sui generis*», que podríamos calificar de facultativo controlado. Es cierto que el matrimonio canónico sigue regulándose por el ordenamiento canónico, que tiene en muchos de sus efectos sustantividad propia, pero también es cierto que el legislador civil ha privado al matrimonio canónico de una de sus características básicas, el carácter indisoluble. La reforma supone, en suma, un grave menosprecio para el matrimonio canónico y para los ciudadanos que deseen contraer matrimonio de carácter indisoluble.

A todo ello, ya lo hemos dicho, no le son ajenas las corrientes individualistas sobre la familia, que defienden, por encima de todo, el libre desarrollo de la personalidad de sus miembros, ni tampoco el reconocimiento de las uniones extramatrimoniales como portadoras de consecuencias jurídicas. En el fondo, todas estas corrientes son producto del relativismo imperante en las ideas occidentales, donde ya no existen valores absolutos, no hay verdades absolutas. La Verdad es la suma de las verdades de todo el mundo y así se construye la verdad relativa.

Nuestro ordenamiento jurídico, en enmarca dentro de las corrientes del pensamiento moderno que ha llegado a exaltar la libertad hasta el extremo de considerarla como un absoluto, que sería la fuente de todos los valores.

En esta dirección —indica Juan Pablo II en su Encíclica *Veritatis Splendor*— se orientan las doctrinas que desconocen el sentido de lo trascendente o las que son explícitamente ateas. Se han atribuido a la conciencia individual las prerrogativas de una instancia suprema del juicio moral, que decide categórica e infaliblemente sobre el bien y el mal. Al presupuesto de seguir la propia conciencia se ha añadido indebidamente la afirmación de que el juicio moral es verdadero por el hecho mismo de que proviene de de la conciencia. Pero de este modo, ha desaparecido la necesaria exigencia de verdad en aras de un criterio de sinceridad, de autenticidad, de «acuerdo con uno mismo», de tal forma que ha llegado a una concepción radicalmente subjetivista del juicio moral.

Pasados más de doce años desde la última reforma importante en materia de Derecho de familia en nuestro ordenamiento jurídico, a la luz de los resultados sociológicos de las uniones extramatrimoniales, separaciones y divorcios, y sin necesidad de echar mano de datos estadísticos, es un hecho palpable en el ambiente, que la familia —en el sentido inveterado del término— se encuentra en situación de crisis y que el matrimonio no constituye la única forma posible para constituir la familia.

### B) *Las uniones extramatrimoniales.*

En esta innegable corriente de relativismo, donde la familia tradicional fundada en el matrimonio ya no constituye ningún valor absoluto, no es difícil imaginar un futuro con modelos y núcleos familiares muy diversos, como las uniones extramatrimoniales, con pleno reconocimiento constitucional.

El Tribunal Constitucional venía declarando de forma reiterada, acerca de las consecuencias jurídicas de las uniones extramatrimoniales (STC 253/1988), que la igualdad consagrada en el artículo 14 CE supone que las consecuencias jurídicas que se derivan de supuestos de hecho iguales sean asimismo iguales, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando el elemento diferenciador introducido por el legislador carece de relevancia para el fin perseguido por la norma (13).

Este argumento lo había utilizado el Tribunal Constitucional para resolver que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes, siendo posible por ello, que el legislador, dentro de su amplísima libertad de decisión, deduzca razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida (14).

(13) Cfr. STC 222/1992 de 11 de diciembre, La Ley (1993), 2,105.

(14) AATC 156/1987, 788/1987, 1.021/1988 este último en un supuesto de exigencia de la relación matrimonial para recibir unos subsidios por cargas familiares con finalidad de protección familiar, que el legislador puede

Este razonamiento es, sin embargo, modificado por la STC 222/1992 de 11 de diciembre, considerando las uniones extramatrimoniales como unidades familiares a los efectos de la protección familiar exigida a los poderes públicos en el artículo 39 de la Constitución (15).

Continuando este camino interpretativo, no puedo pasar por alto en este comentario sobre los nuevos modelos familiares, el anuncio gubernamental de la Propuesta de regulación sobre las uniones de hecho, promovido por los Colectivos gays.

Sobre el modo de regular las uniones extramatrimoniales, ya me he pronunciado en trabajos anteriores en los que incidía en el peligro de crear un matrimonio de segundo grado o de aplicar

---

regular de forma diferente las consecuencias jurídicas de supuestos de hecho distintos y son distintos, dice el Tribunal, el estado de casado y el estado de soltero; providencia 31 de mayo de 1990, 22 de mayo de 1989, 26 de marzo de 1990; SSTC 29, 30, 31, 35, 38 y 77 de 1991 y 29 de 1992 sobre pensiones de viudedad.

(15) La meritada sentencia 222/1992 sobre inconstitucionalidad del artículo 58.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos por no incluir al conviviente *more uxorio* del titular del arrendamiento entre las personas que tienen derecho a subrogarse en el contrato de arrendamiento cambia el anterior criterio. Aunque el Tribunal Constitucional manifieste que la resolución que adopta no pueda utilizarse para buscar solución para cualesquiera otras hipotéticas comparaciones entre el régimen legal aplicable, en otros ámbitos, al matrimonio y la situación de quienes convivan de modo marital, lo cierto es que a los efectos de la protección familiar exigida a los poderes públicos en el artículo 39 de la Constitución, entiende como unidad familiar la unión extramatrimonial. Nuestra Constitución Española, dice, no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (arts. 32 y 39), sino también, junto a ello, por el mismo sentido amparador o tutivo con el que la CE considera siempre a la familia y, en especial, en el repetido artículo 39, protección que responde a imperativos ligados al carácter «social» de nuestro Estado (arts. 1.1. y 9.2).

En consecuencia entiende el Tribunal que la diferencia establecida entre el cónyuge y el conviviente *more uxorio* resulta, en este caso donde en ambos casos se tiene en caso la convivencia, discriminatorio y contrario al artículo 14 de la Constitución Española.

analógicamente las normas de la familia legítima. Todo ello, sin perjuicio de ser factibles, la regulación legal de algunos aspectos específicos que de las mismas se deriven, permitir los pactos entre los convivientes de tipo patrimonial y aplicar figuras e instituciones jurídicas ajenas al estatuto matrimonial considerando a los convivientes con la misma condición que al resto de los ciudadanos e impidiendo un trato de desfavor por el mero hecho de que mantengan una relación de hecho (16).

La unión extramatrimonial que, generalmente, nace ajena a toda reglamentación y como consecuencia del afecto recíproco entre dos personas, va intercalando, durante los años en que ésta se prolonga y de forma ineludible, una serie de intereses patrimoniales y económicos. Estos se derivan necesariamente de la vida en común de los compañeros, que han de hacer frente a las necesidades materiales y ordinarias, contribuir al levantamiento de las cargas de la convivencia y responder de las deudas contraídas y derivadas de las anteriores funciones. Es posible que los convivientes compren bienes conjuntamente, que se hagan donaciones entre sí, que tengan intención de ahorrar o de reservar riqueza para los momentos difíciles, que incluso, alguno se encargue del trabajo doméstico sin percibir remuneración o que sean socios y trabajen en la misma empresa.

Estas y otras circunstancias van conformando un patrimonio común que se confunde entre los convivientes, en el que difícilmente podría determinarse la propiedad de cada una de las cosas y derechos que a cada parte le corresponde.

Para solucionar esta problemática patrimonial (bienes, actividades laborales, prestaciones económicas, relaciones con terceros, etcétera) sin recurrir a la aplicación analógica de las normas del matrimonio, se puede someter cada relación jurídica, dependiendo de su naturaleza, a una figura jurídica diferenciada e independiente (comunidad de bienes, enriquecimiento sin causa, responsabilidad extracontractual, mandato tácito, etc....).

Equiparar el cónyuge al conviviente *more uxorio*, que ha re-

---

(16) Vid. ESTRADA ALONSO E., *últ. ob. cit.*

chazado expresamente ese *status* matrimonial, como ha empezado a reconocer el Tribunal Constitucional, no es, desde luego el mejor de los caminos, sin perjuicio, como hemos apuntado que el conviviente pueda alcanzar efectos jurídicos por otras vías.

El magistrado Rodríguez Bereijo formulando voto particular a la sentencia del Tribunal Constitucional 222/1992 (cuestión de inconstitucionalidad 1.797/90) ponía de manifiesto los graves riesgos que para la seguridad jurídica entraña un *overruling*, cuando la propia sentencia que lo lleva a cabo pretende desconocerlo y, en consecuencia, omite toda explicitación razonada no sólo del cambio de interpretación constitucional, sino también, y lo que es más importante, del criterio preciso en que se fundamenta, así como de las oportunas modulaciones que delimiten en la medida de lo posible, los efectos y alcance de la nueva doctrina constitucional para evitar que, expansivamente, se desborden más allá de lo previsto y querido por esta interpretación constitucional.

Lo que antes era una expectativa, se ha convertido en realidad y lo que el futuro nos depara, se nos está escapando de las manos. Realmente es triste e inquietante la realidad de los que vagan sin rumbo y no conocen sus límites. Más aún, en temas tan importantes como la familia en cuanto comunidad educadora fundamental e insustituible y vehículo privilegiado para la transmisión de los valores que ayudan a la persona a adquirir su identidad.

Estas y otras realidades han venido a configurar un sistema familiar que se singulariza por su diversificación y que, como se acredita con la declaración de la O.N.U sobre 1994 como el Año Internacional de la Familia, ha empezado a preocupar a las más altas instancias internacionales.

Todos estos acontecimientos, nos deben hacer recapacitar sobre a dónde vamos, quién nos atrastra y qué consecuencias puedan derivarse.

C) *El matrimonio a la carta.*

Ante esta crítica situación y de *lege ferenda*, si llevamos hasta las últimas consecuencias el individualismo y el principio de autonomía de la voluntad, creo que pronto nos encontramos en la antesala de la codificación de un nuevo sistema matrimonial. No sería de extrañar que, en un futuro no muy lejano, se plantee legislativamente el que se podría denominar jocosamente «*matrimonio a la carta*», que lo caracterizaremos por construir el matrimonio en la forma que deseen los contrayentes.

Puede ser que la reflexión que a partir de ahora desarrollo, no sea más que un sueño irrealizable, huérfano de toda técnica jurídica. Por ello, mejor será, que lo justifique exclusivamente como una ácida crítica al sistema matrimonial actualmente en vigor, atacándole por donde muestra su mayor debilidad. Las críticas más duras siempre se han vertido a modo de fábula. Por eso, paciente lector, le invito a entrar conmigo en esta enteleguía y olvidense por un momento, como quien resulta seducido por la hipnosis, del carácter indisponible de las normas del Derecho matrimonial y supongamos que el legislador decide dejar moldear a los particulares, mediante pactos (al estilo de las capitulaciones matrimoniales) los efectos personales de su matrimonio.

Siendo nuestro legislador amigo de atajar problemas sociales de cualquier género, la propuesta, que si no es impensable si es irrealizable por el momento, podría solucionar bastantes problemas y cubrir algunas lagunas legales desde el punto de vista práctico.

Pensemos, por ejemplo, en los siguientes supuestos: una pareja que desea contraer un matrimonio indisoluble por sus convicciones religiosas; se pretende contraer matrimonio pero no tener descendencia; se aspira a contraer matrimonio previendo el divorcio y pactando de antemano el convenio regulador en todos sus aspectos; serían posibles unos matrimonios especiales para los menores de edad en espera de un hijo que desean continuar su formación; matrimonios de disminuidos psíquicos; matrimonios

específicos de los que han recibido órdenes sagradas o de los que han sido vinculados por votos públicos; se podría separar la regulación de los matrimonios entre personas que nunca han estado ligadas por vínculos matrimoniales anteriores, de los que sí han estado vinculados anteriormente y sobre los que pesan obligaciones económicas o de otra índole derivadas del matrimonio anterior.

Aberrante sería, por ejemplo, pactar previamente la infidelidad o la falta de ayuda mutua, así como el matrimonio sometido a término para que se extingan sus efectos (*dies ad quem*), pero, ¿resultarían contra *natura* otros pactos del estilo de los señalados en el párrafo anterior?

A aquéllos, podríamos añadir el matrimonio bajo condición de pasado y de presente (hacer depender la consistencia del consentimiento matrimonial a una condición «si es verdad que seas médico»), permitidos en el Código Canónico (canon 1102.2); los matrimonios que hacen depender la validez o la prestación del consentimiento de la existencia de una cualidad positiva o negativa en la que comparte («si eres fértil», «si no padeces una enfermedad hereditaria»); el sometido a condición potestativa de tracto sucesivo (si te abstienes de la bebida o de juegos prohibidos); el matrimonio sometido a un aplazamiento para el establecimiento de la vida conyugal (*dies a quo*).

La Historia nos ha dado muestras de sistemas absolutamente extravagantes, como el del matrimonio, civil o religioso, obligatorio. Creo, además que, tan irracional como esta propuesta es la situación actual de obligar a contraer un proyecto de matrimonio que, de suyo, está privado de una de sus propiedades esenciales, concretamente la indisolubilidad. El sistema matrimonial propuesto solucionaría y satisfaría los problemas de conciencia cristiana a quien no desea contraer un matrimonio indisoluble.

Continuando con esta idea imaginaria del «matrimonio a la carta», las formalidades del mismo, no variarían con relación al matrimonio civil ordinario y sólo se diferenciarían en el establecimiento de unos capítulos previos o simultáneos, a modo de ca-

pitulaciones matrimoniales tal como hoy son concebidas, pero limitadas al contenido personal del matrimonio.

A continuación, podría comenzarse a elaborar el contenido, los límites, la forma, la publicidad, mutabilidad e ineficacia de esta nueva figura de capitulaciones.

Obsérvese que no estamos planteando la absoluta desaparición de normas imperativas sino que, por vía de establecer límites al principio de autonomía de la voluntad, se podrían establecer los parámetros que en todo caso deberían de respetarse. Por este motivo, muchas de las normas actualmente en vigor les serían aplicables. Poniendo como límites además de la ley, la moral y las buenas costumbres, y sin perjuicio de que su extensión debería delimitarse taxativa y pormenorizadamente por la ley, el perfil último de los «matrimonios a la carta» irían estableciéndose jurisprudencialmente de acuerdo con los valores imperantes en la sociedad española.

Su control podría efectuarse por la vía impuesta en el artículo 63 del Código civil, siendo el encargado del Registro civil quien pudiera examinar si las capitulaciones de contenido personal cumplen las circunstancias exigidas por la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres, con posibilidad de recurrir en vía judicial, hasta el Tribunal Supremo quien, como órgano superior, se encargaría de unificar criterios.

El sistema resulta incluso novedoso y distinto con relación al matrimonio meramente consensual o matrimonio *a yuras*, permitido por la Iglesia hasta la celebración del Concilio de Trento, recibido en España por Real Cédula de Felipe II en el año 1564, o con relación a los efectos jurídicos de las uniones extramatrimoniales. Con relación al matrimonio *a yuras*, se diferencia de nuestro sistema, porque en aquél para su constitución no es necesaria la intervención de ninguna persona con carácter oficial, eclesiástica o laica, circunstancia que debería exigirse en el nuevo matrimonio. Con relación a las segundas, las uniones extramatrimoniales, además de no ser acompañadas de forma alguna, se diferenciaría porque en el sistema propuesto los contrayentes no rechazarían el estado civil del matrimonio.

Tampoco contradiría el principio de libertad religiosa y de culto establecido en el artículo 16 de la Constitución, porque a nadie se le impondría esta forma de celebración pudiendo optar por las formas civil o religiosa tal como ahora se conciben.

No soy ajeno a la complejidad que el nuevo sistema matrimonial provocaría, porque vendría a trastocar o crear un nuevo capítulo en el Código civil en el que se tendrían que establecer, para el matrimonio a la carta, y dependiendo del modelo elegido, nuevas causas de nulidad o de separación, unas consecuencias distintas del divorcio, etc...

No creo que fuera necesario para su entrada en vigor, modificar el artículo 32 de la Constitución en cuanto atribuye a la ley la regulación de las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.

Desde luego, los pactos no podrían contradecir el principio de igualdad en el orden interno del matrimonio y personal entre los contrayentes, como establece el artículo 32 de la Constitución.

Insisto, que la ley podría seguir reservándose la imposición de ciertos derechos y deberes como normas de *ius cogens*, no modificables por voluntad de las partes.

Lo que quizá convierta al sistema en irrealizable por el momento, sería la dificultad de establecer las consecuencias del incumplimiento de los compromisos pactados en las capitulaciones matrimoniales personales, que obligaría —contradiendo el artículo 14 de la Constitución— a tratar desigualmente a los contrayentes según el tipo de matrimonio elegido.

La solución, no obstante, quizás nos venga dada por vía de lo que el Tribunal Constitucional ha venido interpretando acerca de las consecuencias jurídicas de las uniones extramatrimoniales (17).

La sociedad mundial, proclamando el año 1994 como el Internacional de la Familia, creo que ha querido poner una señal de alarma para reconducir la institución familiar a lo que siempre fue, como comunidad de personas donde se experimenta el amor

(17) *Vid.* notas 13 y 14.

oblativo, superando la tentación de la indiferencia o de la utilización al servicio del propio interés. Comunidad educadora fundamental para la transmisión de todos los valores que ayudan a la persona a adquirir su propia identidad y dignidad, y sobre la que se asientan los pilares de una sociedad fraterna y pacificada.

Momento es de reflexionar acerca de tan absoluto valor.