

EL MATRIMONIO, NÚCLEO DEL DERECHO DE FAMILIA. LAS PECULIARIDADES DE ÉSTE

POR

JUAN BMS. VALLET DE GOYTISOLO

Antes de comenzar esta redacción he releído lo que expuse a este respecto hace treinta y seis años y mantuve diez después en la segunda edición del mismo libro (1). Después de re-leerlo debo reconocer que el panorama del derecho positivo de entonces acerca de la familia es completamente diferente del actual casi por doquier. Sin embargo, sigo pensando lo mismo que entonces escribí. Tanto es así que aquí lo utilizaré como pauta.

Había observado RADBRUCH (2) que la relación básica y fundamental de la familia, es decir el matrimonio, muestra, con mayor claridad que en parte alguna del derecho, lo que denomina la *determinación material de la idea* —tomando la expresión de EUGEN HUBER (*Über die Realien der Gesetzgebung*, “Sobre los datos reales del derecho”, *Zeitschrift f.r.Ph.* 1, 1914, pág. 39)—, es decir muestran la dependencia en que están las ideas jurídicas de los datos reales. El derecho contempla una situación de hecho, natural y social, que es incapaz de formular de modo absoluto, antes bien, en cierto sentido ha de acomodarse a ella.

Especialmente en la familia, el derecho viene dado por circunstancias reales y por datos metajurídicos, que imperan en el

(1) *Panorama del derecho civil*, Madrid, Bosch, Casa Ed., 1.ª ed. 1963 y 2.ª ed. 1973, tema 10.º, I, págs. 241-250.

(2) GUSTAV RADBRUCH, *Filosofía del derecho*, § 20, Madrid, R.D.P., 1952, págs. 195 y sigs.

derecho matrimonial y en la relación paterno-filial más que en ninguna otra parte del derecho.

No es extraño, por lo tanto, que al examen del jurista el derecho de familia ofrezca características diferentes de las demás ramas del derecho privado. Bien sea:

- 1.º Por su mayor fundamento en la naturaleza y necesidades de la vida.
- 2.º Por el carácter religioso y ético de la mayoría de los preceptos, algunos sin posibilidad de sanción o, de tenerla, con una sanción imperfecta, porque en la mayoría de los casos, resulta mucho peor para la familia la intromisión en la misma de un tercero, aunque éste sea un juez, que la inhibición de los órganos jurisdiccionales ante los daños que dentro de ella se producen. (Tal vez hoy no sea así por el desencadenamiento de la violencia doméstica).
- 3.º Por el carácter imperativo de muchos de sus preceptos, que limitan el juego de la autonomía de la voluntad y dan lugar al predominio de los deberes sobre los derechos, de las cargas sobre las facultades.
- 4.º Y, finalmente, por ser una disciplina de estados personales, de los que, como inseparables consecuencias, derivan relaciones patrimoniales. Es decir, todas las relaciones patrimoniales características del derecho de familia derivan de una relación personal básica, son una de sus múltiples secuencias que no pueden independizarse de ella. De ahí, normalmente, su intransmisibilidad, muchas veces su irrenunciabilidad y, por lo que se refiere a las potestades personales, normalmente la total imposibilidad de delegación.

a) El centro de todo estudio del derecho de familia se halla en la consideración de su realidad biológica, moral y sociológica. En efecto, las relaciones familiares presentan dos aspectos: uno biológico, de relaciones de sexo y de descendencia, y otro socio-

lógico de ordenación y forma de esas relaciones, en defensa del bien común social. Ambas deben tener una consideración moral que atienda a su fin primordial, y únicamente la fe religiosa puede elevarlo trascendentemente, dotando a sus miembros de suave energía para la realización de su más alto fin.

A esto responde la definición de acto fundacional de la familia que expuso MODESTINO (3) "*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*".

Según predomine en la consideración de la familia el aspecto biológico, el sociológico o el juicio de moral social, vemos, a lo largo de la historia, que el concubinato y la filiación natural se hallan más o menos próximos o más o menos alejados del matrimonio.

Es interesante, respecto de las hoy denominadas uniones de hecho, el estudio de RENÉ RODIÈRE (4), expuesto en la conferencia que pronunció en la Academia Matritense del Notariado el año 1957, titulada "*Le ménage de fait devant le droit*". En ella destacó que esa lucha, entre ambos aspectos biológico y sociológico o de defensa social, se observan claramente al examinar las relaciones de hecho características del *ménage de fait*, y al compararlas con las que acompañan a los verdaderos matrimonios.

Las uniones de hecho son muy distintas de los denominados clásicamente, entre nosotros, matrimonios *a juras*, que a todos los efectos eran verdaderos matrimonios. El matrimonio católico —el matrimonio canónico, sacramento a la vez que contrato— antes de Trento, era simplemente el matrimonio natural celebrado entre cristianos (5). No requería formalidad sustancial alguna, pero sí precisaba un *animus* matrimonial, que se presumía entre todos los que mantenían externamente una relación matrimonial. Esto no suponía la elevación a matrimonio propiamente dicho de toda relación permanente sexual con comunidad de vida, porque

(3) MODESTINO, *Dig.* 23, 2, 1.

(4) RENÉ RODIÈRE, *El hogar de hecho ante la ley*, A.A.M.N. XII; págs. 141-172.

(5) Cfr. RAFAEL NAVARRO VALLS, *Estudios de derecho matrimonial, Forma jurídica del matrimonio canónico*, IV, 1, Madrid, Montecorvo, 1977, págs. 28-38.

el verdadero matrimonio —que comprendía el matrimonio a *juris*— requería aquél *animus*, por lo cual con él coexistía la barraganía —secuencia del concubinato romano— que era una unión permanente, pero en la cual no había la intención de perpetuidad ni de unicidad, características del matrimonio. Esto diferenciaba plenamente la barraganía de los matrimonios a *juris*. De tal modo el *ménage de fait*, la unión de hecho de hoy, corresponde más a la barraganía o concubinato (6) que a esos matrimonios contraídos por mero consentimiento recíproco pero admitidos antes del Concilio de Trento.

Hizo notar RODRÍGUEZ que alguno de los requisitos de las uniones de hecho, resultan paradójicamente, más severos que los fácticos de verdaderos matrimonios.

La unión de hecho requiere, en primer lugar, relaciones sexuales, que puede faltar en matrimonios blancos, y en matrimonios ratos pero no consumados que no dejan de ser matrimonios mientras no sean resueltos. En cambio, en las uniones de hecho, en todo *ménage de fait*, por lo menos en sus primeros años, es inconcebible la ausencia de estas relaciones que, en ellos, sólo se comprende que cesen sin extinguirse la unión de hecho cuando la edad ha alejado la pasión y continúa la relación de hecho con un hábito o un rescoldo de cariño, de reconocimiento o por una necesidad de ayuda mutua.

En segundo lugar, existe matrimonio desde el mismo momento en que se contrae: tan casado está uno en el momento de contraer matrimonio como al celebrar sus bodas de plata, de oro o de platino. En cambio, el matrimonio de hecho, requiere cierta permanencia, una duración, que muestre no se trata simplemente de una mera aventura.

(6) Es interesante a este respecto el fragmento del DIGESTO 50, 16, 144, en el cual narra PAULO: "Escribe MARCIANO en el libro de los *Menortales* que por los antiguos era considerada "pelliceni" ['manceba'] la que no siendo mujer casada, vivía no obstante con alguno, a la cual se le llama ahora con el nombre de amiga y algo más honestamente concubina. GRANTO PLACO, en el libro sobre el derecho *Papirano*, escribe que hoy es llamada vulgarmente manceba la que junta su cuerpo con uno que tiene mujer, y que algunos, a la que sin haber nupcias está en la casa en lugar de mujer —*uxoris loco sine nuptiae in domo att*—, a la que *παλλαίην* ['concubina'] llaman".

Y, finalmente, la unión de hecho requiere vida en común, vivir juntos; lo cual, si bien es una obligación en el verdadero matrimonio —como sea que tal obligación a veces se incumple— sin embargo por ese hecho de no cumplirse no deja de existir matrimonio. Contrariamente, el *ménage de fait* concluye en cuanto cesa la vida en común, del mismo modo que la posesión desaparece cuando se abandona la cosa poseída o si ésta se pierde por cualquier causa.

El derecho positivo ha adoptado posturas diferentes ante estas uniones de hecho.

Una consiste en regularlas jurídicamente con determinados efectos. Así en Roma se reguló el concubinato y sólo fueron considerados hijos naturales los hijos nacidos del concubinato —con menos amplitud que, años atrás, cuando se consideran naturales a todos los hijos de padres que en el momento de la concepción hubieran podido contraer matrimonio—. En la Edad Media, muchos fueros regularon la barraganía.

Pero, a primeros del siglo XIX, el Código de Napoleón, adoptó la postura de ignorar estas uniones, que dejaron de existir para el derecho.

RODIÈRE (7) explica que hacia 1957, fecha de su conferencia, había autores franceses partidarios, más o menos decididos, de dar efectos atenuados al matrimonio de hecho, aparte de los que, estimando no debería haber matrimonio sino sólo uniones de hecho, propugnaban la unión libre.

También existía otra postura doctrinal que abogaba para que la unión de hecho fuese reconocida por el derecho, para que en determinados casos no resultara más ventajosa que los matrimonios verdaderos. Por eso, RODIÈRE (8), reclamaba que el derecho las tuviera en cuenta, más que para concederles derechos, para imponer cargas y obligaciones a quienes las mantuvieran, y para que nunca pudiese resultar más favorable la situación de los concubinos que la de los cónyuges legítimos.

(7) R. RODIÈRE, *op. y loc. cit.*, págs. 146 y sigs.

(8) *Ibid.*, págs. 171 y sigs.

Subrayaba este autor la peligrosidad de esos matrimonios de hecho, que consideraba peores social y sociológicamente que las simples aventuras transitorias, precisamente por su parecido con el matrimonio. Pero, observaba que, no obstante, el divorcio es el enemigo número uno del matrimonio y de todo el orden social basado en éste.

La postura inversa a la que este ya fallecido profesor de derecho comparado de la Universidad de París, es la de otro gran jurista MANUEL DE LA CÁMARA (9), quien entiende que "el divorcio si se le regula debidamente no tiene porqué destruir la familia, sino sólo regularizar la situación de un matrimonio precisamente destruído", y, en cambio, el concepto lato de la familia, que se ha dado en el artículo 39, 1 de la Constitución española, en relación con el 39, 2, y con la Sentencia del Tribunal europeo de derechos humanos de Estrasburgo de 13 de junio de 1979, generalizando *un obiter dicta* del mismo, ha llevado a la Ley a 13 de mayo de 1981, de reforma del Código civil, a "crear una verdadera familia paralela", conduciendo de hecho plantear a la pregunta: "¿Para qué, pues, casarse?". Pregunta que se ha acentuado después de la posterior legislación de algunas comunidades autónomas en materia de uniones estables de parejas de hecho, que alcanza incluso a parejas homosexuales.

Sin embargo, en esta pregunta —que lúcidamente plantea CÁMARA— se olvida que el divorcio constituye un paso decisivo para transformar el matrimonio en disoluble —y, en pasos sucesivos, cada vez más fácilmente— en contra de su naturaleza esencial, que conduce a frivolar el acto de casarse tanto en su consideración humana (10) como en la divina (11) y de la primera

(9) MANUEL DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *Comentarios a los arts. 108 a 141 del Código civil*, cap. I, III, C, vol. XIII-1.º de los "Comentarios al Código civil y compilaciones forales", dirigidos por MANUEL ALBALADEJO, 2.º ed., Madrid, EDERSA 2000, págs. 34-41.

(10) Cfr. mi comunicación, *La Indisolubilidad del matrimonio según el derecho natural*, en "La familia. Sus problemas actuales", Actas de la XVI Reunión de amigos de la Ciudad Católica, Madrid, Speiro 1980, págs. 39-69.

(11) Cfr. ALEJANDRO DÍAZ MACHO, *El matrimonio cristiano es indisoluble*, VERBO 151-152, 1977, págs. 64 y sigs., donde compara los textos de los Evangelios de SAN MATEO, 19, 1-9, y SAN MARCOS 10, 1-2, que, al recoger las pala-

célula de la sociedad (12). CHESTERTON (13) reflexionaba que quienes aseveran desear el divorcio, omiten decir si también desean el matrimonio, sin embargo para divorciarse es requisito previo haber contraído matrimonio. "Prescindir de considerar la naturaleza de este acto inicial, equivaldría a discutir el mejor tipo de gafas para ciegos o de corte de pelo para calvos". Esa omisión es algo así como comenzar por lo que se tiene más a mano sin considerarlo todo. "Equipara el hombre al ratón, que mordisquea lo que tiene más al alcance de sus dientes. Hombres y ratones socavan lo que no pueden comprender. El hecho de dar de bruces contra el obstáculo les hace presumir que lo primero que deben hacer es demuir, aunque en realidad sea un pilar que sobre sus cabezas aguanta toda la estructura. Se afanan, industriosos, por derrocarlo, hasta que, a la postre, el obstáculo les derroca a ellos, y con ellos a cosas de mucha más monta".

En otro artículo posterior (14), retomando ese razonamiento comparativo y tras observar el carácter progresivo del proceso del desarrollo divorcista —hoy mucho mayor aún—, al que consideraba de efecto "cumulativo como la bola de nieve y que, como ésta, gira sobre sí mismo", comenta: "La consecuencia obvia del divorcio frívolo será el matrimonio frívolo. Las gentes al ver que pueden separarse sin motivo ni razón, poco tardarán en pensar que no precisan razón ni motivo para casarse".

Glosando la reflexión contenida en el primer punto de los artículos citados de CHESTERTON —"si me dejase llevar por la par-

bras de Jesús, coinciden en decir "lo que Dios a unido no lo separe el hombre", y "quienquiera que repudie a su mujer y casa con otra, comete adulterio respecto de ella", a lo que añade SAN MARTEO, "si la que ha repudiado su marido, casa con otro, ella comete adulterio"; difiriendo en la salvedad —que no está en el texto de SAN MARCOS, ni en el de SAN LUCAS, 16, 18, ni en la epístola a los *Corintios*, 7, 10-11— que hace el primero, "*mé epl pornetá*", expresión que suele traducirse "si no es por fornicación", pero DÍAZ MACHO entiende que filológicamente *por-neta* significa matrimonio incestuoso.

(12) Cfr. ÁNGEL GONZÁLEZ ÁLVAREZ, *La familia como célula social*, en "La familia, sus problemas actuales", cit., págs. 5-28.

(13) G. K. CHESTERTON, *La superstición del divorcio*, I; cfr. "Obras completas", ed. en castellano, Barcelona, José Janés Ed., 1952, págs. 873 y sigs.

(14) *Ibid.*, *Perspectiva del divorcio*, pág. 930.

cialidad de mi inclinación hacia un infinito número de ventanas, acabaría por no haber paredes" e, igualmente, "por no haber ventanas"—, ha comentado ÁLVARO DE SILVA (15), que si es bueno y útil hacer agujeros en las paredes, para abrir ventanas y puertas, colgar cuadros, o en una lata de conservas, para abrirla, en cambio no lo es hacer un agujero en la quilla de un barco que navega en alta mar, que acabará por hundirse. Así mismo, "el divorcio no es un peque o agujero en una lata de conservas, sino un agujero debajo la línea de flotación de un barco"; pues, "la misma posibilidad de divorciarse ayuda a que el matrimonio fracase". Y, remedando la frase de CHESTERTON, dice: "la pared podrá acabar teniendo tantas ventanas que ya no quedar a pared ni entonces ventanas". Las uniones de hecho podrían ocupar el lugar del matrimonio y el divorcio sobraría.

En una comunicación efectuada en noviembre de 1994, comenzó FRANCISCO DE LUCAS (16) partiendo de que en los últimos años, pero sobre todo a partir de 1975, se habían producido una serie de modificaciones legales en la regulación del matrimonio y la familia de tal importancia que producía "una verdadera revolución normativa aún no ultimada" —y en efecto ha continuado y sigue en continua progresión. En ella, DE LUCAS ve dos fases: una primera de "laxitud y relajamiento de los vínculos que atan a los cónyuges, que debilita a la familia legítima por varios frentes"; y una segunda fase, "actualmente en marcha", tendente "a la equiparación, en cuanto a sus efectos, de la institución del matrimonio y de las uniones concubinarias y aun de las uniones homosexuales. Al desarrollo de ambos procesos dedica prácticamente toda su comunicación, destacando la gran diferencia de sentido de esa revolución de cuando se regulaba el concubinato en Roma y la barraganía en el Medievo, pues hoy consiste en tratar de equiparar estas uniones con el matrimonio y tendiendo a hacer lo mismo con las uniones de homosexuales. Veinte años

(15) ÁLVARO DE SILVA, *El divorcio como agujero*, Nuestro Tiempo, 274, abril 1977, págs. 37 y sigs.

(16) FRANCISCO DE LUCAS FERNÁNDEZ, *Los cambios legislativos en materia de familia (matrimonio ¿hora cero?)*, VERBO, XXXIV, 1995, págs. 1027-1070.

antes en Italia —recordó DE LUCAS— el civilista TRABUCHI (17), comentando una decisión judicial que a ciertos efectos equiparaba a la concubina con la mujer casada, había escrito: “Si destruímos instituciones como el matrimonio, aunque sea invocando un genérico y de por sí —si se entiende rectamente— apreciable criterio de equidad y de igualdad... se llegará al año cero”. F. DE LUCAS prefirió hablar de “hora cero”, y preguntó: “¿Tendremos que volver a explicar el porqué de esta institución [natural y primaria, anterior a la misma sociedad y al Estado, que es la familia] sacramental?”.

Recientemente el *Consejo pontificio para la familia* ha tratado de explicarlo (18).

La legalización de las uniones de hecho constituye el triunfo de las apetencias individualistas y, paradójicamente, la desaparición de su carácter de hecho de esas uniones (19). Pero, además acarrea consecuencias sociológicas, que hoy crecientemente padecen las sociedades occidentales. El no percatarse de esto es una de las consecuencias sociales que muestran la actual *pérdida del sentido de la causalidad* (20). He razonado (21) que, en una de sus muestras de escepticismo, DAVID HUME había llegado más lejos que FRANCIS BACON. Éste había calificado de “vírgenes estériles” a las causas finales y formales; pero mantenía su creencia en las causas eficientes. En cambio, HUME niega que éstas sean demostrables, y considera que el encadenamiento causa-efecto es únicamente un efecto psicológico de la sucesión cronológica de dos acontecimientos que suelen ocurrir uno después de otro.

Aunque no creo que pudiera preverlo HUME, lo cierto es que en estos últimos años observamos varios hechos encadenados:

(17) TRABUCHI, *Riv. Dir. Civile*, 1975, II, págs. 488 y sigs. (cita de F. DE LUCAS).

(18) *Consejo Pontificio para la familia, Familia, matrimonio y “uniones de hecho”*, 26 de julio de 2000, publicado en *L'Osservatore Romano*, 48, 1, de diciembre de 2000.

(19) Cfr. *Dos reflexiones en torno a los confines del derecho*, I, VERBO 385-386, 2000, págs. 367 y sigs.

(20) *La ciencia del derecho a lo largo de su historia*, 86, pág. 508.

(21) En mi *Contestación* al citado discurso de ingreso de RAFAEL NAVARRO VALLS, III, I, págs. 143 y sigs.

uno, la introducción del divorcio y la frivolidad del matrimonio; otro la actual crisis del matrimonio y de la familia en su sentido tradicional, y, por último, la pérdida de la moral social, el incremento de la violencia doméstica, del hedonismo, con el consecuente aumento de la contracepción, el aborto, la explosión del alcoholismo, la drogadicción, la delincuencia juvenil, y hasta infantil, con sus secuelas psíquicas, físicas y patológicas, unidos a una alarmante reducción de la natalidad. Pero en esa concurrencia fenomenológica no se quiere ver que exista relación de causalidad entre aquella política legislativa, la subsiguiente crisis del matrimonio y esos hechos sociales. Yo pienso que la hay, como la hay aún más claramente en algunos países sudamericanos donde pandillas de niños —hijos de un padre ocasional y de una madre que, después de cuidarlos unos años, marchó con otro hombre— malviven vagando por las calles produciéndose una trágica barbarización sin precedentes, a no ser que los tenga en algunos suburbios de las macrópolis de la antigüedad.

También en Estados Unidos se comienza a observar ese encadenamiento. AMADEO DE FUENMAYOR (22) lo destaca y cita dos muestras de ese inicio de toma de conciencia. Una, la publicación con éxito y gran aceptación por las nuevas generaciones, crecidas a la sombra del "divorcio sin culpa", que "han sufrido en su carne los efectos de la cultura de la familia"; y otra, la introducción del "*convertant marriage*", para fortalecer la estabilidad matrimonial y reforzar el sentido de la responsabilidad, "para detener la hemorragia de la familia americana" que "produce chicos destruídos y vidas rotas".

El libro referido es de BARBARA DAFOE WHITEHEAD (23), que analiza cómo de considerar el divorcio un acontecimiento social y familiar se ha pasado en U.S.A. a encerrarlo en el "mundo interno del yo", como una experiencia subjetiva, regido "por las nece-

(22) AMADEO DE FUENMAYOR, *Revisar el divorcio. Tutela de la indisolubilidad matrimonial en un Estado pluralista*, Cuadernos del Instituto Martín de Azpilcueta, Universidad de Navarra, Pamplona 2000, II, 1 y 2, págs. 31-42.

(23) B. DAFOE WHITEHEAD, *The divorce culture*, Nueva York, Alfred A. Knopf, 1997, cita de Fuenmayor.

sidades, los deseos y los sentimientos del individuo", y, por tanto, "no culpable". Así la familia pasa "a ser el reino fértil de la explotación de las potencialidades del yo, liberado de papeles y obligaciones"; de modo tal que el divorcio ofrece "oportunidades para construir una identidad más fuerte y para ofrecer un sentido de sí mismo más coherente y plenamente realizado". Revolución psicológica que ha conducido a lo que la autora denomina *cultura del divorcio*, que ha transformado la concepción misma de "familia", en la que "el bien de los hijos está subordinado al enriquecimiento personal de los adultos", generando una "nueva ética". De ello derivan las demás consecuencias sociales a las que me he referido.

JUAN PABLO II, en su encíclica *Sollicitudo rei socialis*, ha hablado del orden de las cosas que vuelve a ser sentido, desde hace unos años, al comprobarse los desórdenes ecológicos que la explotación desordenada de los recursos naturales por el hombre está produciendo. Posteriormente en la *Centesimus annus* advierte que existe también una ecología humana, que es necesario salvaguardar, siendo cada día más apremiante que tomemos conciencia de esa necesidad. Pues bien, esa ecología humana debe comenzar por la primera célula social, es decir por la familia y el matrimonio que es su base (24).

(24) Sin embargo, la restauración del matrimonio —pienso yo— no sólo ha de ser sobre sus bases naturales sino también religiosas, sacramentales. Por eso, a las expuestas causas del actual estado social de la crisis de la familia y del matrimonio, preceden otras causas remotas, que se relacionan con el olvido del orden natural de las cosas por el positivismo legalista y con la laicización del matrimonio, que deja en un segundo plano el carácter trascendente del amor conyugal. La libertad religiosa, mal entendida, sitúa al Estado por encima de toda fe religiosa como árbitro entre todas las religiones, y, en lugar de entenderla como aceptación del matrimonio que cada creyente quiera contraer conforme su propia religión —no sólo en la forma sino en su contenido—, impone a éste la regulación del matrimonio civil, que él impone, con lo cual hace todo matrimonio civilmente disoluble.

Cierto es que, en la situación actual, es una muestra de reacción social el antes aludido *convenant marriage*, del que dió noticia RAFAEL NAVARRO VALLS (*El matrimonio institucional en dos recientes leyes estadounidenses*, R.D.P. LXXXII 1998, págs. 768, y sigs., y *El retorno del matrimonio*, A.R.A.J. y L., 29, 1999, págs. 162 y sigs.) y en el que se detiene *Fuermayor*, en su recién citado libro (V, págs.

b) Históricamente han existido y, como vemos, contemporáneamente coexisten, varias concepciones del matrimonio. RADBRUCH (25) diferenciaba, y yo me permito glosarlas, las siguientes:

1.º Una concepción *supra individualista*, que corresponde a la doctrina católica del matrimonio. La simple lectura del viejo canon 1013 nos la muestra, al distinguir los *finés primarios* y los *secundarios* del matrimonio y señalar: como *finés primarios*, la procreación y la educación de la prole, y como *finés secundarios*, el mutuo auxilio, la conservación del amor conyugal y el remedio de la concupiscencia. Es decir, que los finés transindividuales son

36-53), considerándolo como fruto de una "ley imperfecta" en el sentido de contener "preceptos contrarios a la exigencia de la antropología humana y cristiana", y que, aunque siga siendo sustancialmente injusta, constituye un progreso respecto a la situación precedente y, en cuanto tal, es lícito apoyar el cambio que significa. Este *convenant mariage* fue introducido en el Estado de Luisiana, por Ley de 23 de junio de 1997 —aprobada por 98 votos contra 0, en la Cámara de representantes, y por 37 contra 1, en el Congreso, y en el de Arizona por Ley de 21 de mayo de 1998, y que es estudiado, como proyecto de ley, en otros 21 Estados en U.S.A. Consiste en un matrimonio, por el cual puede optarse en lugar del estándar común susceptible de divorcio, que, al contrario de éste, lo contraen "un hombre y una mujer, que entienden y acuerdan que entre ellos el matrimonio es una relación para toda la vida", contraído con pleno conocimiento de aquello a lo que se comprometen (*op. ult. cit.*, VI, págs. 54-73). Recuerda FUENMAYOR que él había defendido, frente al divorcio, en *El derecho a contraer un matrimonio civilmente indisoluble*, en sus "Estudios de derecho civil" II (Pamplona, BUNSA 1992, págs. 993 y sigs.), y, bastantes años antes, en Francia, LEÓN MAZEAUD (*Solution au problema du divorce*, "Recueil Dalloz-Sirey, Chronique, II [1945] II) había defendido un matrimonio disoluble o indisoluble a elección de los cónyuges, que su hermano HENRI —profesor como él de la Facultad de derecho de la Universidad de París— defendió, sin éxito en la *Comisión de reforma del Code civil*. Se trata —plantea FUENMAYOR (pág. 12)— del enfrentamiento entre dos conceptos diferentes de libertad: los partidarios del divorcio lo apoyan en la libertad argumentando el derecho de cada uno a la propia libertad, ante el que debe ceder cualquier otro valor; los defensores de la indisolubilidad afirman que la libertad no se traduce en arbitrio de cada individuo sino que —en el caso del matrimonio— "debe vivirse como compromiso y como fidelidad". Es una opción racional por aquello que se estima un bien, consistiendo en esto la verdadera libertad.

(25) G. RADBRUCH, *op. y § cit.*, págs. 198-201.

precisamente los considerados primarios del matrimonio. Esta concepción ha sido desarrollada ampliamente en la encíclica *Casti connubii*.

Según esa concepción católica del matrimonio, la familia dentro de su ámbito natural se halla fuera del poder del Estado. Éste no puede invadir el campo de la familia, ni alterar la configuración que religiosamente le corresponde.

A diferencia del derecho romano, el influjo del catolicismo en la legislación se ha caracterizado, por mejorar en ella en nivel de la mujer. La familia romana fue una familia fundamentalmente patriarcal, mientras que, sin dejar de serlo, la familia católica eleva la condición de la mujer, en el sentido expresado por la Epístola de SAN PABLO, al decir: "*Te daré compañera, pero no serva*". Si bien no necesariamente elimina la jefatura del marido, sí se entiende, como también advirtió SAN PABLO a la mujer, que debe estar sujeta al marido como a Cristo su Iglesia.

2.º Una segunda concepción del matrimonio es la *individualista*, aferrada a la idea del contrato, en la que predomina la visión del individuo, es decir, el interés egoísta de cada uno de los contrayentes, que hemos visto expuesta por B. DAFOE WHITEHEAD. La postura extrema de esta concepción es el amor libre, a la cual, lógicamente, se llega si no se considera el matrimonio sino como la conjunción contractual de dos intereses egoístas.

Partiendo de esto, lo lógico es no detenerse hasta su límite extremo, hasta su última consecuencia. RADBRUCH (26), razonando, dice que, esas ideas, "están, sin embargo, en una contradicción difícilmente superable. Lo erótico, el fenómeno más o menos voluntario y lleno de capricho, y el derecho, la ordenación más racional y consecuente de la vida humana en común, difícilmente pueden tolerarse como forma y materia. Lo erótico puede ser éxtasis o puro goce sin pasión, puede ser místico o juego aéreo y sereno; sólo una cosa se resiste a ser con toda su esencia: *deber conyugal*. Por eso parece que el matrimonio de

(26) *Ibid.*, págs. 201-204.

amor tiene que serlo sin trabas de derecho, nada de matrimonio sobre el que pesen compulsiones. Es antitético, por tanto, a una verdadera ordenación jurídica”.

Es decir, que si nos decidimos por una concepción individualista del matrimonio, éste se escapa del derecho, huye de toda ordenación, con todas las consecuencias sociales que de ello puedan derivarse.

3.º La tercera concepción del matrimonio es la política estatal. RADBRUCH (27) da como ejemplo de ella la Constitución de Weimar, con sus repetidas frases alusivas a la “conservación y aumento de la nación”, “educación social”, “tutela por la comunidad política”. Concepción basada en la fuerza de la nación, en la expansiva presión de un pueblo hacia más allá de sus fronteras.

Pero, en cambio, es curioso notar que, por una indudable paradoja, esa concepción suele tender a destruir —igual que la concepción individualista, aunque por razones contrarias— la fuerza orgánica de la familia; y advierte que, para ello, va contra la superioridad de rango del marido —declarando la equiparación de sexos— y suele aceptar la posibilidad del divorcio y de la disolución de la familia. El Estado, en estos casos, frente a su potencia absoluta y totalitaria, tiende a no dejar sino solamente a individuos y a destruir todo lo que se le interpone, sean cuerpos intermedios o células políticas. Esto no impide que el Estado, en un momento determinado —por ejemplo cuando piensa en la cantidad de soldados necesarios para la defensa de la patria— también la haya fomentado no por protección de la familia en sí, sino para favorecer la procreación en ella, a fin de, disponer de más soldados.

c) *El matrimonio y la familia no pueden ser totalmente encuadrados en el derecho.* HELMUT COING (28) observa que “la jurisprudencia de la Ilustración tuvo la pretensión de introducir el

(27) *Ibid.*, pág. 205.

(28) H. Coing, *Fundamentos de filosofía del derecho*, cap. IV, III, pág. 95.

matrimonio en un esquema puramente jurídico. El resultado de esto fue su consideración como una relación contractual, en la cual se desconoce totalmente la esencia del matrimonio como comunidad que es. La definición que KANT (29) dió del matrimonio es —dice COING— “grotesco testimonio de ello”.

Es así, no sólo porque jurídicamente es, en sí mismo, erróneo construir todo el derecho sobre una egoísta contraposición de *derechos subjetivos*, sino además aquí por la especialísima naturaleza del llamado derecho de familia.

En la primera mitad del siglo XIX FEDERICO CARLOS DE SAVIGNY (30) recordaba, que las relaciones constitutivas de la familia —el matrimonio, el poder paterno, el parentesco— tienen como materia un lazo natural que, como tal, tiene un carácter de necesidad, independiente del derecho positivo, y, a la vez, constituyen necesariamente para el hombre una relación moral. De modo tal, cuando se le une la forma jurídica, los elementos natural, moral y jurídico, resultan inseparables. Por eso, advertía que las relaciones de familia sólo en su menor parte pertenecen al derecho positivo; pues, lo más importante de ellas se halla en un dominio muy distinto.

COING (31) lo explica muy claramente. La familia, el matrimonio constituyen una “comunidad”; y la moderna sociología no puede menos de reconocer algo que el sentido común siempre ha mostrado: la comunidad descansa en una estrecha convivencia personal. Y lo expresa en estas palabras:

“El orden que se establece en esa convivencia es un orden personal, es un orden que nace del peso relativo de las diversas personalidades que constituyen la comunidad; no es un orden fijo y determinado. El estado de ánimo dominante se compone de respeto recíproco, inclinación y amor. Estos factores son, y no límites legales, los que protegen de los abusos, así como, por otra parte, hacen soportables las desigualdades y oposiciones, y

(29) I. KANT, *Principios metafísicos del derecho*, § XXII-XVII; cfr. ed. en castellano, Madrid, Libr. Victoriano Suárez, 1873, págs. 111-118.

(30) F. C. SAVIGNY, *Sistema*, LIV, Madrid, Góngora, s.f., vol I, págs. 265 y sigs.

(31) H. COING, lo últ. cit., pág. 93.

hasta ni siquiera las dejan llegar a tomar conciencia. El derecho, en cambio, es un orden sistemático, abstracto e impersonal, trazado según conformaciones típicas, y no según individualidades. Su principio supremo es la fría virtud de justicia, rebasada en la comunidad por el calor del amor y de la simpatía; el interés capital del derecho es la seguridad, para la cual no hay lugar siquiera en la comunidad auténtica. Por último, el derecho coacciona, y la comunidad es libre".

No podemos olvidar —además— que son transindividuales los fines primarios del matrimonio: la procreación y la educación y elevación de la prole. El buen nombre, el buen ejemplo, el sacrificio por este fin, son más importantes que el desarrollo de la personalidad del padre y de la madre. Ahí está el verdadero éxito o el verdadero fracaso de éstos. De ahí la grandeza de muchísimas mujeres, de ayer y de hoy, que otras —más modernas— miran con lástima.

La historia es dinámica, incluso en la evolución de las ideas. No se para donde nosotros queremos. ¡Cuidado cuando se tiene demasiada preocupación por los derechos del marido o de la mujer! A la larga, o a la corta, esto repercutirá en contra de la familia, de los hijos y siempre de la armonía entre los cónyuges. En bien de aquéllos, la preocupación de cada uno de éstos ha de centrarse en sus propios deberes y obligaciones, y el ideal es que estos deberes no se miren como una carga sino por —impulso del amor— como un gozo...

¡Ay, si la mayor preocupación de unos y otros llega a ser —como ya sucede en muchas uniones— para unos el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad de la mujer, para otros el derecho del marido a la contribución económica de la mujer al mantenimiento de la familia. Acabará por proclamarse —como ya se ha hecho— el derecho de los padres a que la sociedad les eduque los hijos, y de las madres a que el Estado se los cuide y se los guarde, mientras ellas desarrollan su personalidad y contribuyen al sostenimiento de las cargas económicas.

Volvamos a ceder la palabra a HELMUT COING (32): "No puede existir verdadera comunidad cuando cada cual insiste en su dere-

(32) *Ibid.*, págs. 95-98.

cho y no tiene capacidad de entrega más allá de la obligación de derecho. La mentalidad jurídica y la mentalidad comunitaria son mentalidades diversas”.

“Por eso puede el derecho destruir la comunidad. Su penetración es precisamente un síntoma de la decadencia de la comunidad. Cuando el derecho penetra en una comunidad, cuando empieza a delimitar y fijar con precisión dentro de ella las prerrogativas del individuo, la comunidad se convierte en contrato o en una relación de poder jurídicamente limitada (inauténtica): en ambos casos queda desnaturalizada. Ejemplo claro de este proceso es el matrimonio moderno.

“Esto explica que en el curso del tiempo el ámbito del derecho vaya extendiéndose a medida que el individuo se hace consciente de su peculiar situación y de sus especiales intereses en el seno de la comunidad; cuanto menos se funda el individuo con la comunidad, tanta más protección jurídica necesitará. El derecho procede paso a paso en paralelismo con el progreso del individualismo.

“Las comunidades jurídicamente reguladas no son ya auténticas y plenas comunidades. Por eso es típico que la intervención jurídica se produzca precisamente en el momento de la disolución de la comunidad”.

He ahí el porqué de la violencia doméstica y de la necesidad de que el poder público la reprima.