

LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO DE FAMILIA

1. Una aproximación inicial a los factores del cambio.

El Derecho de Familia ha experimentado una considerable mutación de conjunto, incluidos sus aspectos más nucleares o radicales, desde la década de los sesenta hasta nuestros días, sin que haya indicios, sino todo lo contrario, de que el fenómeno se haya estabilizado definitivamente. Dicha mutación es, sin duda, un paso más en la larga evolución que ha experimentado la regulación jurídica del matrimonio y la familia en nuestra cultura: a ella me referiré brevemente

1. El autor es investigador principal en un equipo de investigación de la Universidad de Zaragoza sobre las nuevas fronteras del Derecho de Familia.

más adelante. Pero es también cierto que la mutación de que hablo se caracteriza tanto por la velocidad a que se ha producido, como por su extensión e intensidad; por su radicalidad, en suma². A un jurista de hace cien, o solo cincuenta años, nuestro moderno Derecho de Familia le resultaría probablemente casi por completo irreconocible, si no en algunos de sus contenidos más técnicos, sí en sus principios inspiradores, y en su estructura fundamental. Del mismo modo, es todavía más probable que a ese mismo jurista le resultara tanto o más irreconocible lo que podríamos llamar la percepción social del matrimonio, la familia, o las relaciones entre los sexos; es decir, la representación que se hace el cuerpo social —si se quiere, la opinión pública— de esas tres realidades. Y es que las mutaciones de que vengo hablando lo han sido no solo del Derecho de Familia, sino principalmente de las concepciones sociales imperantes acerca de la familia, y de su misma configuración sociológica. Ha cambiado la familia, han cambiado las ideas sobre la familia, ha cambiado la política legislativa en relación con la familia, han cambiado las leyes sobre la familia. De ahí que sea un lugar común —más, quizá, hace algunos años— hablar de crisis de la familia, o aún de muerte de la familia³, con valoraciones diferentes (y aún contrapuestas) del mismo fenómeno.

Pero si, como he indicado, el fenómeno aludido se hace más perceptible en las últimas décadas, es lo

2. Parecidamente, GLENDON, *The Transformation of Family Law* (Chicago, The University of Chicago Press, 1989), p. 1.

3. Es ya tópico citar COOPER, *The Death of family* (London, 1971). A efectos dialécticos, emplea la expresión también, por ejemplo, TRABUCHI, «Morte della famiglia o famiglia senza famiglia?», *Riv. Dir. Civ.* 1988, pp. 19 y ss.

cierto que hunde sus raíces en una evolución secular, cuyo curso ha agrietado lentamente la estructura interna de un edificio aparentemente imponente —el de la que podríamos denominar, de manera convencional, «familia tradicional»—, hasta producir su también aparentemente rápida ruina desde mediados los años sesenta de este siglo. No es posible hacer ahora una detenida exposición de dicha evolución, en toda su complejidad⁴. Pero el fenómeno es, como he advertido, mucho más que meramente jurídico. En gran medida la vertiente jurídica de esa evolución se presenta como consecuencia de cambios de otro tipo (principalmente, pero no sólo, filosóficos e ideológicos). De hecho, hay una fortísima interrelación —e interacción— entre todos los factores que concurren en la mencionada evolución, que se influyen recíprocamente entre sí, de forma que cada uno de ellos es, en cierta medida y con intensidad y alcance cambiantes, a la vez efecto de los cambios inducidos por los demás factores, y causa de nuevas transformaciones⁵, dando lugar así a una suerte de movimiento uniformemente acelerado, al que no es ajeno el efecto multiplicador que tienen determinadas

4. Una exposición detallada, cuya consulta siempre es provechosa, en GAUDEMET, *El matrimonio en Occidente* (Madrid, Taurus, 1993); especialmente, para el período que consideraremos aquí, pp. 313 y ss.

5. Por las razones indicadas en el texto, es difícil diferenciar, en esta complicada maraña de fuerzas y vectores interrelacionados, cuáles actúan como causas, y cuáles como consecuencias (con todo, *vid.* las sugestivas reflexiones de VILADRICH, *Agonía del matrimonio legal*, —2ª ed., Pamplona, EUNSA, 1989—, pp. 25 y ss., que habrá ocasión de recoger más adelante). De ahí, también, que sea habitual, a la hora de referirse a las causas de la actual crisis de la familia, encontrar una serie relativamente larga de factores heterogéneos, difícilmente reconducibles, al menos, a una cierta unidad: *cfr.*, por ejemplo, además de los recogidos por VILADRICH, los contenidos en VV.AA., *Políticas de la familia*, (Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 1993), pp. 737 y ss.

decisiones de política jurídica, que se mueven en el mismo sentido que la dinámica social⁶.

Como he indicado, el Derecho se ha visto directamente involucrado en esta evolución, tanto en cuanto refleja la concepción que tiene del matrimonio y la familia una determinada sociedad, como en cuanto instrumento para consolidar, acelerar o provocar los cambios perseguidos por la clase dirigente. En la medida en que el Derecho cumple esas funciones, actúa como causa de las transformaciones sociales, pero también como efecto de las mismas⁷: su importancia en dicha evolución, pues, no debe ser sobreestimada⁸, pero tampoco infravalorada.

De las principales transformaciones producidas en el campo del Derecho, en relación con el matrimonio⁹, nos ocuparemos inmediatamente; pero antes no está de más hacer breve referencia a otros factores, que son actores principales de las mutaciones producidas respecto a la Familia, y al Derecho de Familia¹⁰:

6. Cfr. GLENDON, *op. cit.*, p. 312.

7. Más adelante habrá ocasión de retomar, brevemente, pero con algo más de detalle, la cuestión de la eficacia pedagógica y ejemplar de las leyes, así como su eventual instrumentalización como mecanismo inductor del cambio social.

8. Cfr. REMY, «Philosophie du mariage civil dans la législation contemporaine», *L'année canonique* 32 (1989), p. 25.

9. El objeto del presente trabajo es, fundamentalmente, el matrimonio y, a partir del mismo, la familia. Es verdad que, como ya se ha advertido, no son solo el matrimonio y la familia en cuanto ligada a él quienes han experimentado los cambios de que se trata: es más bien todo el Derecho de Familia en su conjunto el afectado, con parecida radicalidad. La equiparación entre la filiación matrimonial y la extramatrimonial, la reforma de la patria potestad, las nuevas técnicas de reproducción asistida, la regulación de la adopción — y, más en general, de las instituciones de guarda y protección de menores —, y de los problemas derivados de las adopciones internacionales, pueden ser buenos ejemplos de ello. Pero son cuestiones que deben quedar para otra ocasión

10. Conviene advertir, para evitar equívocos, que el orden en que van a ser recogidos estos factores no obedece a consideraciones de mayor o

1) Cambios en las funciones socio-económicas de la familia: es habitual referirse a la pérdida de funciones desempeñadas anteriormente por el grupo familiar (normalmente más extenso), y asumidas ahora, parcialmente, o con tendencia a la totalidad, por el Estado, por otras organizaciones sociales o económicas de mayor alcance que el grupo familiar, o por los mismos individuos. Es lo que ha ocurrido, por ejemplo, con las funciones educativas —sobre todo en su vertiente de instrucción—, desde muy corta edad (fase pre-escolar); con las funciones asistenciales y de protección (enfermos, ancianos, situaciones de pobreza, etc.), asumidas aquéllas como éstas por el Estado u organismos de carácter público; o con las funciones económicas ligadas a su carácter de unidad productiva básica, asumidas ahora por los individuos y por organizaciones productivas de mayor alcance (empresas); o con la función estratificadora (determinación del *status* social a través del matrimonio, o de los vínculos familiares), que ha perdido buena parte de su sentido en una sociedad cada vez menos estratificada. En palabras de Vazquez Rodríguez¹¹, «las

menor trascendencia respecto al proceso evolutivo de que estamos hablando. He intentado también adoptar una perspectiva puramente descriptiva, no valorativa, con exclusión expresa por el momento de cualquier juicio de valor.

11. VAZQUEZ RODRIGUEZ, «La familia futura. Aspectos sociológicos», en *La familia: una visión plural* (Salamanca, Universidad Pontificia de Salamanca, 1985), p. 48. La afirmación, ligada a la idea de un estrechamiento no solo personal, sino también funcional de la familia, es lugar común: cfr., por todos BARCELONA, voz «Famiglia (diritto civile)», en *Enciclopedia del Diritto*, t. XVI (Milano, Giuffrè, 1967), p. 781; KÖNIG, «Sociological introduction», en el Capítulo I («Introduction») del vol. IV («Persons and Family») de la *International Encyclopedia of Comparative Law* (J.C.B. Mohr —Paul Siebeck—Mouton, Tübingen-The Hague-Paris, 1974), p. 46; PIEPOLI, «El grupo familiar», en LIPARI (dir.), *Derecho Privado. Un ensayo para la enseñanza* (Bolonia, Publicaciones del Real Colegio

funciones institucionales o macrosociales de la familia han pasado a depender, en gran parte, de la acción organizada de la sociedad global, a través de sus diferentes sectores y entes, tanto privados como públicos. Lo mismo ha sucedido con la función económica protectora y sobre todo con la función educativa. Otras funciones han sufrido una profunda transformación (la función estratificadora y la de control). A la familia solo le quedarán las funciones *personales o microsociales*: la conyugal, parental y fraternal, que son estrictamente funciones *familiares*» (los subrayados son del autor). Con todo, lo que pueda haber de cierto en estas consideraciones no debe hacernos olvidar que la familia desempeña todavía unas funciones educativas (mejor, formativas) y asistenciales de primer orden, cualitativa y cuantitativamente, respecto a las cuales es prácticamente insustituible¹².

2) Avances médicos y biológicos: el cambio de funciones a que me he referido en el párrafo anterior ha afectado también, pero por otras razones, a la que *prima facie* aparece como función primordial de la fa-

de España, 1980), p. 173; DIEZ-PICAZO, *Familia y Derecho* (Madrid, Civitas, 1984), p. 73; BESSONE, ALPA, D'ANGELO y FERRANDO, *La famiglia nel nuovo Diritto* (3ª ed. —1986—, 6ª reimpresión, Bologna, Zanichelli, 1991), p. 2; HATTENHAUER, *Conceptos fundamentales del Derecho civil* (Barcelona, Ariel, 1987), p. 132; GLENDON, *The Transformation of Family Law*, cit., pp. 292 y 306; MENGONI, «La famiglia in una società complessa», *Iustitia* 1990-1, p. 13; D'AGOSTINO, *Linee di una filosofia della famiglia* (Milano, Giuffrè, 1991; hay traducción española, incompleta: *Elementos para una filosofía de la familia*, Madrid, Rialp, 1991), p. 52; LAMO DE ESPINOSA, «¿Nuevas formas de familia?», *Claves de razón práctica*, 50 (marzo de 1995), p. 50.

12. *Id.*, en este mismo sentido, las siempre agudas reflexiones de CARBONNIER, *Derecho Flexible* (trad. de la 2ª ed. francesa por DIEZ-PICAZO, Madrid, Tecnos, 1974), pp. 197 y ss.

milia y el matrimonio, al menos en una perspectiva prevalentemente biológica. Me refiero a la función reproductiva, unida al ejercicio de la sexualidad, vinculado éste a su vez, tradicionalmente, al matrimonio. Los descubrimientos y avances en esta materia han hecho posible disociar esos tres términos hasta extremos hace poco impensables: 1) por un lado, la proliferación y accesibilidad de los diferentes medios anticonceptivos han permitido separar más tajantemente la sexualidad de la reproducción —sexualidad sin reproducción— (o, si se prefiere, separar la dimensión unitiva y la procreadora del acto sexual: unión sin procreación)¹³; 2) por otro, la puesta a punto de las modernas técnicas de reproducción asistida han permitido separar la reproducción de la sexualidad —reproducción sin sexualidad— (o, si se prefiere, la dimensión procreadora y la unitiva del acto sexual: procreación sin unión); aspecto éste que es el más novedoso de los ahora contemplados; 3) en ambos casos, con plena independencia de la existencia o no de un vínculo matrimonial, que aparece como crecientemente indiferente: el matrimonio puede suponer ejercicio procreativo o no procreativo de la sexualidad, pero también procreación no ligada directamente al ejercicio de la sexualidad (del mismo modo que la sexualidad y la procreación aparecen cada vez más, por estas y otras razones, desligadas del matrimonio como su marco habitual de referencia); o incluso, quedar desvinculado de la sexualidad, como consecuencia de la desaparición

13. Naturalmente, la disociación era ya antes posible en varios aspectos, sobre todo con la finalidad negativa de evitar la reproducción que podría seguir a la realización del acto sexual.

del impedimento de impotencia, según veremos más adelante.

Estos avances médicos a que me vengo refiriendo tienen también una ulterior repercusión en la percepción social de la sexualidad, el matrimonio y la familia: cada vez más estas realidades parecen quedar sometidas a la voluntad del hombre (de la humanidad, y de cada hombre y mujer), y a la del Estado. Del mismo modo que cada persona puede decidir si casarse o no, o si tener relaciones sexuales o no, dentro o fuera del matrimonio —decisiones que conforman el ámbito clásico de poder de voluntad en torno a estas realidades, sobre el que intervienen la sociedad y el Estado con mayor o menor intensidad—, puede también ahora decidir si esas relaciones sexuales van o no a dar nacimiento a un nuevo ser humano (y cuándo), o si este nacimiento va a tener lugar con independencia del ejercicio de la sexualidad. Con otras palabras: siempre ha sido posible la sexualidad sin matrimonio y, por tanto, la reproducción sin matrimonio; pero la capacidad de dominio sobre el binomio sexualidad-procreación era técnicamente muy limitada, y se restringía sólo a una dirección (sexualidad sin procreación). La disociación entre sexualidad y procreación, en ambos sentidos, propiciada por los avances médicos y biológicos, permite considerar independientemente cada uno de los tres elementos a que vengo aludiendo, de forma que quepan prácticamente cualesquiera combinaciones que la mente humana pueda imaginar, y su voluntad quiera realizar. La idea que queda es, entonces, la de dominio de la voluntad no solo sobre el matrimonio, sino también sobre la sexualidad y la procreación. Lo cual, a su vez, se combina con los factores ideológicos a que me referiré más abajo, de forma que se hace médicamente posible lo considerado por mu-

chos como ideológicamente deseable¹⁴: en palabras de Roussel¹⁵, los avances de que venimos tratando provocan «la difusión de la idea de que la sexualidad y la familia eran los campos en que habían cedido las antiguas barreras. Lo deseado era practicable, dejaba de estar prohibido y, por tanto, se convertía bruscamente en norma».

En esta misma línea, no es inoportuna una alusión a otro fenómeno de parecidas características y repercusiones. Me refiero al llamado transexualismo; es decir, al cambio de sexo, no solo en sus aspectos más superficiales, sociales o de actitudes y comportamiento (vestidos, costumbres, formas de actuar), o en lo que respecta a la conducta sexual (homosexualidad), sino también en cuanto a sus aspectos morfológicos o fisiológicos, mediante el recurso a intervenciones quirúrgicas dirigidas a proporcionar al transexual un aspecto físico similar al del sexo al que se desea pertenecer. De esta forma, merced de nuevo a las técnicas médicas, una realidad aparentemente tan natural y tan indisponible como tradicionalmente ha sido considerado el sexo al que se pertenece, aparece como sometida a la voluntad del hombre, también en su configuración morfológica¹⁶.

14. Sobre lo cual, *vid.* también las reflexiones de GARCIA CANTERO, «La crisis de la sexualidad y su reflejo en el Derecho de Familia», en *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Lacruz Berdejo*, —en adelante *Estudios Lacruz*—, vol. I (Barcelona, J.M. Bosch Editor, 1992), pp. 342 y s.; o NAVARRO VALLS, *Matrimonio y Derecho* (Madrid, Tecnos, 1994), pp. 115 y ss. —se trata del discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación; hay, como es habitual, una edición a cargo de la propia Academia, que incluye la contestación de VALLET DE GOYTISOLO. Citaré por la primera, con la advertencia de que las páginas de ambas ediciones, por lo que se refiere al discurso de NAVARRO VALLS, coinciden—.

15. *Cit.* por NAVARRO VALLS, *op. cit.*, p. 115.

16. Naturalmente, la disponibilidad no es completa, en cuanto no hay posibilidad conocida de alterar el sexo genético o cromosómico: cualquier

Pueden ser también mencionados otros factores ligados a los avances de la Medicina, pero ahora en otro sentido. Me refiero al alargamiento de la esperanza de vida, por un lado, y a la disminución de la mortalidad infantil por otro. Ambos son determinantes, al decir de Lamo de Espinosa¹⁷, de la reducción del número y tamaño de las familias, en cuanto son necesarias menos familias, y con menos hijos, para asegurar el relevo generacional¹⁸.

3) En otro orden de cosas totalmente distinto, ha tenido (y tiene) gran importancia la incorporación de la mujer al mundo del trabajo. Disminuye así su dependencia económica (y la de la familia) del marido, determinando —también junto a corrientes ideológicas— una alteración en la estructura interna de la familia, tanto en cuanto a la atribución de funciones periféricas (roles socio-familiares), cada vez menos ligadas a la

otra alteración, incluyendo aquí la morfológico-psicológica, aparece frente a ello como superficial. El problema, como tantas otras veces, es el tratamiento jurídico de de la transexualidad: *vid.* las reflexiones sobre este punto de GORDILLO CAÑAS, *Ley, principios generales y Constitución* (Madrid, CEURA, 1990), especialmente pp. 85 y ss.; y ARECHEDERRA ARANZADI, «La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el transexualismo», en *Estudios Lacruz*, vol. 1º *cit.*, pp. 105 y ss. Pueden verse también, entre otros, VIDAL MARTINEZ, «¿Se incluye el cambio de sexo (transexualidad) en el libre desarrollo de la personalidad?», *RGD*, marzo 1989, pp. 989 y ss.; GARCIA CANTERO, «Les changements de sexe devan les tribunaux», en *Regards sur le Droit de la famille dans le monde*, (dir. RUBELLIN-DEVICHI, Paris, CNRS, 1991), pp. 133 y ss.; ESCRIVA-IVARS, «Transexualismo y matrimonio», *Persona y Derecho* 1992-2, pp. 335 y ss.; ELOSEGUI ITXASO, «Transexualidad, derecho a la vida privada y derecho al matrimonio. El caso español a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y estadounidense», *AC* 1994-10 (7-13 de marzo), pp. 173 y ss.

17. Cfr. LAMO DE ESPINOSA, «¿Nuevas formas de familia?» *cit.*, pp. 50 y s.

18. El dato derivado del alargamiento de la esperanza de vida es también utilizado para explicar la progresiva generalización del divorcio: cfr. GLENDON, *The Transformation of Family Law*, *cit.*, p. 194.

pertenencia a uno u otro sexo, como al reparto de poderes, facultades, cargas y deberes: la independencia económica aparece como condicionante de la igualdad patrimonial entre los cónyuges, pero también como mecanismo de relajamiento de los lazos internos de la familia. De esta manera, a la independencia biológica (de la maternidad) propiciada por la difusión de los medios anticonceptivos, se suma ahora la independencia económica y profesional de la mujer, y también una menor dedicación personal y directa al cuidado de los hijos (en parte impuesta por su incorporación al mundo laboral). Todo lo cual repercute en la propia visión del matrimonio, que se presenta para la mujer como menos necesario¹⁹, y más reducido a su dimensión puramente afectivo-sentimental (ligada ésta, a su vez, a la existencia y subsistencia de una voluntad actual específicamente dirigida, por esas mismas razones afectivo-sentimentales, a mantenerlo).

4) Por último, y probablemente como los más importantes de todos, habría que mencionar los factores filosófico-ideológicos, que han influido decisivamente en la evolución de las ideas sobre el matrimonio y la familia en los últimos siglos. Puede hablarse de una ideologización del matrimonio, la familia y la sexualidad humana, que hace depender estas realidades no de factores objetivos o naturales, ligados a un correcto conocimiento de las mismas, sino de planteamientos subjetivos, es decir, de las cambiantes ideologías individuales y colectivas, y de la voluntad de los individuos o los Estados. Aquí deben incluirse varios aspectos, ya aludidos anteriormente y a los que habrá

19. Cfr. MALAURIE, en MALAURIE y AYNÉS, *Droit Civil. La famille*, (3ª ed., Paris, Cujas, 1992), p. 54.

que seguir haciendo referencia en las páginas que siguen: así, la secularización y el positivismo, que conducen a afirmar el poder de la voluntad política (jurídica) a la hora de definir qué es el matrimonio y cuál su contenido, o qué tratamiento debe darse a la sexualidad por la sociedad; el individualismo liberal, que contempla el matrimonio y la familia exclusivamente como cauce de satisfacción de intereses puramente individuales de sus miembros, como mecanismo de desarrollo de la personalidad individual, a través de su sometimiento a los deseos de dicha voluntad; ligado a éste último, el triunfo de la afectividad (el amor-sentimiento) como razón de ser y fundamento del matrimonio, no solo en su momento fundacional, sino a lo largo de toda su vida; por último, el pluralismo ideológico y el principio de neutralidad del Estado (y, por tanto, del Derecho) frente a las diferentes concepciones ideológicas sobre el matrimonio, la familia y la sexualidad, y también frente a las diferentes formas de organizar los ciudadanos sus relaciones afectivas y sexuales.

Estos son, no exhaustivamente expuestos, ni analizados con profundidad, algunos de los factores que más directamente han influido en las transformaciones de la familia. A muchos de ellos habremos de seguir haciendo referencia en las páginas que siguen. Pero es hora ya de entrar en un estudio algo más pormenorizado de los aspectos jurídicos de esta crisis.

2. De la familia institucional a la familia contractual.

La historia de las transformaciones del Derecho de Familia (a veces ligeramente retrasada, otras leve-

mente adelantada, pero siempre paralela a la historia de las transformaciones de la familia) es la historia de la lenta y gradual evolución de un concepto de familia y matrimonio que, convencionalmente, voy a denominar como tradicional, a otro que llamaré moderno, con idéntica dosis de convencionalismo: de la **familia institucional**, fundada en el matrimonio, de estructura jerarquizada y configuración unitaria, supraordinada a los intereses particulares de sus miembros, a la **familia contractual o voluntarística**, de fundación no necesariamente matrimonial, de estructura igualitaria y configuración plural, subordinada a la satisfacción de los intereses individuales de sus componentes²⁰. Brevemente dicho, la evolución de una concepción transindividual o institucional a otra voluntario-individualística²¹

20. Cfr., parecidamente, desde una perspectiva algo más particular, BESSONE, ALPA, D'ANGELO y FERRANDO, *La famiglia nel nuovo Diritto*, cit., p. 8.

21. No cabe proceder a una simplificación como la propuesta en el texto a efectos expositivos, sin que deba ser acompañada por numerosas matizaciones. La que creo fundamental en este momento, para evitar equívocos, es la siguiente: a mi modo de ver, la evolución de que hablo en el texto no es una evolución de lo bueno a lo malo, de lo orgánico a lo descompuesto. El fenómeno es histórica, cultural y sociológicamente mucho más complejo. Baste señalar que la mencionada evolución presenta importantes aspectos positivos, probablemente fundamentales para una correcta depuración del concepto de familia. Desde este punto de vista, la historia de la familia y del Derecho de familia, en nuestra cultura, no es solo la crónica de su descomposición, sino también la historia de su depuración; y ambas —desintegración y depuración— se encuentran estrechamente ligadas. Entre los citados aspectos positivos cabe mencionar la igualdad entre marido y mujer, el principio de no discriminación entre los hijos matrimoniales y no matrimoniales, la conversión de la patria potestad en un oficio de derecho privado, o derecho-deber, al servicio del desarrollo de los hijos (que constituyen su elemento teleológico), y aún otros. Son éstas conquistas costosas y hoy irrenunciables, fruto evidente de esa evolución. Pero junto a ello, como ya he advertido, es también cierto que el mismo proceso evolutivo presenta muchos puntos menos claros (por no decir abiertamente oscuros), que han conducido, según se verá en las páginas siguientes, al vaciamiento del concepto de matrimonio, y a la pérdida casi

—*from union to companionship*—²². En resumen, «se trata —escribe Navarro Valls en relación con un empeño similar— de ir a las causas del tránsito, real o aparente, de una visión institucional del mismo [matrimonio] a una imagen desinstitucionalizada y privada de sus caracteres básicos. Si se quiere, el tránsito de estas dos percepciones contrapuestas, pero esta vez jurídicas, de la unión matrimonial. La de Portalis, que asume toda una tradición de siglos, para quien el matrimonio es «la sociedad de un hombre y una mujer que se unen para perpetuar su especie, ayudarse mutuamente y compartir su común destino»; y la de Hans Kling, antiguo ministro sueco de Justicia, para el que el matrimo-

total de su sentido y contenido propios. Por eso, desde la perspectiva de este análisis, sería más correcto confrontar la familia natural (determinada en sus trazos nucleares por las exigencias del ser del hombre —de la naturaleza humana— y nunca perfectamente acogida en ninguna sociedad: *vid.* la reflexión de HERVADA de que da cuenta IBAN, «Notas para una propuesta de definición del matrimonio», *RDP* 1993, p. 583), con esa visión moderna de la familia

Hecha esta advertencia, en cualquier caso imprescindible, la aproximación a esa evolución —tan pronunciadamente acelerada en los últimos decenios— con una cierta perspectiva histórica, revela efectivamente la existencia de un progresivo y acusado alejamiento de las pautas familiares y matrimoniales propias del modelo natural recogidas efectivamente en la concepción tradicional del matrimonio (hubiera sido preciso depurar ésta sin perder dichas pautas). Tal realidad es la que justifica la simplificación operada (insisto, a efectos expositivos), en el texto.

22. Sobre esta fórmula, *vid.* BURGESS, LARKE y THOMAS, *Family. From Institution to Companionship*, *cit.* por FURGIUELE, *Libertá e famiglia* (Milano, Giuffré, 1979), p. 60, nota 75; *vid.* también MENGONI, «La famiglia in una società complessa», *cit.*, p. 8. Similarmente, por ejemplo, RHEINSTEIN, «The Family and the Law», en el Capítulo 1 («Introduction») del vol. IV («Persons and Family») de la *International Encyclopedia of Comparative Law*, *cit.*; GLENDON, *The transformation of Family Law*, *cit.*, p. 143; o, entre nosotros, ROCA TRIAS, «Familia, familias y Derecho de la Familia», *ADC* 1990-IV, p. 1064; NAVARRO VALLS, *Matrimonio y Derecho*, *cit.*, p. 4.

nio no es más que «la unión voluntaria de dos personas independientes»²³.

Esta evolución, que todavía no puede darse por terminada²⁴, pese a la aceleración que ha experimentado en los últimos decenios²⁵, no ha provocado tampoco la desaparición del modelo institucional, en lo que tiene de más permanente, aunque sí, como he apuntado, su depuración de adherencias puramente culturales e históricas; pero también, concomitantemente, el debilitamiento del propio modelo, considerado todo él como puramente cultural o histórico²⁶. Dicho con otras palabras, la tensión entre ambos modelos sigue viva; en expresión de Glendon, «es verdad que los individuos han sido emancipados, de hecho, Derecho e imaginación, de los vínculos de grupo y familia hasta un grado que carece de precedentes históricos, pero es también cierto que la mayoría de los hombres y mujeres todavía pasan la mayor parte de sus vidas en unidades familiares emocional y económicamente interdependientes»²⁷.

A partir de los factores expuestos *sub* 1, se han señalado algunos rasgos característicos de la familia moderna, y del moderno Derecho de Familia, que vendrían a ser como un compendiado resumen de la incidencia final (por ahora) de los cambios descritos

23. NAVARRO VALLS, *op. et loc. cit.*

24. Es de por sí suficientemente significativo, tanto desde ese punto de vista meramente descriptivo, como del valorativo que también incluye, el título de un trabajo de la prof.^a MEULDERS, que versa precisamente sobre dicha evolución y dichos cambios: «L'évolution du mariage et le sens de l'histoire: de l'institution au contrat, et au-delà», en GANGHOFER (dir.), *Le Droit de la famille en Europe* (Strasbourg, 1992), pp. 215 y ss.

25. Cfr. GLENDON, *op. cit.*, p. 4.

26. Cfr., por ejemplo, entre nosotros, DIEZ-PICAZO, *Familia y Derecho*, *cit.*, p. 25; o ROCA TRIAS, *op. cit.*, p. 1065.

27. GLENDON, *op. cit.*, p. 312.

sobre ambas realidades. Así, se ha hablado del primado de la afectividad, y de la consiguiente desinstitucionalización de la familia²⁸; del contractualismo, el igualitarismo y el psicologismo²⁹; o del pragmatismo, el antiformalismo, la neutralidad y la burocratización como características del Derecho de Familia occidental³⁰. Y, del mismo modo, los nuevos modelos familiares han sido caracterizados «por su fluidez, su fragilidad y su intercambiabilidad, por el declinar de la familia y el matrimonio en cuanto instituciones de sostenimiento económico, por la evolución desde el orden público hacía la autonomía de las voluntades, por el paso del «status al contrato» y de una sociedad de grupos a una sociedad de individuos» (Meulders)³¹. Y todavía cabría agregar algunas otras caracterizaciones, en ocasiones solapadas con las anteriores: la neutralidad, el pluralismo y la tolerancia; el individualismo, la privatización, la desjuridificación (o desregulación, si se prefiere); o, en fin, el igualitarismo, la secularización y la funcionalización. De todo ello habrá ocasión de hablar en las páginas que siguen.

Ya he puesto de relieve anteriormente la dificultad de etiquetar como causas o efectos de las transformaciones producidas unos u otros factores, incluidos los jurídicos. Pese a ello, pero con todas las reservas necesarias, cabe identificar un cierto grupo de factores

28. D'AGOSTINO, *Linee di una filosofia della famiglia, cit.*, p. 54.

29. Cfr. DUFOUR, «Les origines intellectuelles et les caractéristiques institutionnelles et axiologiques du Droit matrimonial occidental moderne», en *V Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado. Libertades fundamentales y sistema matrimonial. Ponencias* —en adelante, *Libertades fundamentales y sistema matrimonial*— (Pamplona 1990), vol. 1º, p. 9 (de la ponencia).

30. GLENDON, *op. cit.*, p. 297.

31. MEULDERS, *op. cit.*, P. 229.

que han actuado como inductores de los cambios jurídicos más importantes —cambios jurídicos que, a su vez, han funcionado en ocasiones como multiplicadores de la eficacia de los aludidos factores inductores—. Glendon los identifica con los conceptos de secularización, igualitarismo e individualismo³². En mi opinión, todos ellos pueden girar en torno al más amplio de subjetivización del matrimonio y la familia (y subsiguientemente, de la regulación jurídica de ambas realidades): a él me referiré inmediatamente, para después hacer un breve repaso de su reflejo en la regulación del matrimonio (y en la imagen de matrimonio que se forma el propio ordenamiento).

3. El proceso de subjetivización del matrimonio y la familia³³.

Con el término «subjetivización» quiero significar fundamentalmente el (largo) proceso en cuya virtud el matrimonio y la familia: *i*) dejan progresivamente de ser contemplados como una realidad natural, de carácter objetivo, cuyos contenido, significado y reglamentación vienen dados, en sus aspectos más esenciales o nucleares, al ser humano y a la sociedad por la propia naturaleza humana; *ii*) y quedan, también progresivamente, sometidos a la voluntad humana, tanto individual como social (estatal), que puede darles el contenido, significado y reglamentación que estime más conveniente. Para que esta evolución se haya pro-

32. GLENDON, *op. cit.*, p. 292.

33. La exposición que se realiza a continuación tiene un carácter sintético y descriptivo. Por tanto, ni se realizará un análisis detenido de la evolución descrita, ni se valorará por el momento su sentido y contenido.

ducido en los términos en que ha tenido lugar, ha sido necesaria la confluencia de ambos fenómenos, que aparecen fuertemente implicados el uno en el otro, en estrecha relación de dependencia, al modo de dos vasos comunicantes. De la misma manera, ha sido preciso el paralelo desarrollo de la afirmación del poder de la voluntad individual, por un lado, y social (estatal) por otro, sobre el matrimonio y la familia, de modo que cada una de ambas afirmaciones actuara simultáneamente como presupuesto e inductora de la evolución de la otra. Ambas son, a su vez, determinantes de la aparición y desarrollo de otros factores de transformación del matrimonio y la familia, que se mueven en esa misma dirección: me refiero a la privatización y al pluralismo (ligado éste a su vez, estrechísimamente, con el llamado principio de neutralidad del Estado en materia de sexualidad, matrimonio y familia). Distinguiremos a continuación cada uno de estos aspectos, pero no sin advertir nuevamente que tales distinciones tienen carácter más bien teórico o académico, y se dirigen a facilitar el análisis de un proceso en cuya complejidad, incluida la enorme interacción de todos los factores implicados, nunca insistiré bastante.

A) El matrimonio a disposición del individuo: crónica de un proceso.

a) La configuración del matrimonio como contrato.

«La exigencia del acuerdo de voluntades de los contrayentes —escribe Hattenhauer³⁴— fue el primer

34. HATTENHAUER, *Conceptos fundamentales del Derecho civil* (Barcelona, Ariel, 1987), p. 134. Sobre el proceso histórico que condujo a esa exigencia, vid. GAUDEMET, *El matrimonio en Occidente, cit.*, pp. 203 y ss. (especialmente, 223 y ss.)

paso en el secular camino de la subjetivización del matrimonio». En efecto, de exigir el acuerdo de voluntades como causa eficiente del matrimonio³⁵, a definir éste como un contrato³⁶, no hay sino un paso, que se dió bien pronto, por más que se entendiera desde el primer momento, por la propia doctrina canónica que lo dió, que éste «no era un contrato que pudiera enjuiciarse por principios contractuales»³⁷. Sin embargo, la noción de contrato aplicada al matrimonio se ha revelado como una «noción bien peligrosa, puesto que ella fue punto de apoyo, primero de los Reformadores, después de las autoridades seculares y de los filósofos del siglo de las Luces, para restituir al poder temporal su competencia en un dominio social y político de tan cru-

35. Afirmación por otro lado imprescindible para una correcta comprensión del matrimonio, como veremos en la segunda parte de este trabajo.

36. La calificación surge bien entrada la Edad Media. Señala GAUDEMET, *op. cit.*, p. 223, que «tampoco la patristica latina calificó de contrato el matrimonio. Reconoció su carácter de convención, pero al referirse a él hablaba de *pactum* o de *foedus*.— La calificación de contrato, ..., está ligada al triunfo de la doctrina consensualista. Pero esta doctrina no imponía hacer del matrimonio un contrato. Se hubiera podido seguir hablando de pacto o de *foedus*» (no está de más recordar que el nuevo *Codex Iuris Canonici* de 1983, siguiendo al Concilio Vaticano II, recupera esa antigua terminología, al hablar de «alianza —*foedus*— matrimonial» —c. 1055—, aunque sin rechazar por ello el término «contrato»). Por su parte, CARRERAS DEL RINCON (*Las bodas: sexo, fiesta y Derecho* —Madrid, Rialp, 1994—, p. 79) explica las razones del triunfo del contractualismo, resumidamente, con las siguientes palabras: «lo cierto es que la teoría del contrato fue el vehículo técnico-jurídico con el que se logró imponer el principio consensual. Si había que lograr que prevaleciera la voluntad marital de la mujer por encima de los planes y pactos esponsales realizados por la familia, y si el consentimiento personal de los cónyuges se hacía depender de su expresión mediante palabras de presente, entonces se comprenderá que la figura del contrato cuadraba perfectamente con el espíritu del siglo XII. Mediante el contrato matrimonial se lograba zanjar la diferencia esencial entre los esponsales de futuro y el consentimiento matrimonial con palabras de presente. Este último no solo era indisoluble, sino que además no podía ser contraído por nadie más que por los cónyuges»

37. HATTENHAUER, *op. et loc. cit.* Parecidamente, GAUDEMET, *op. cit.*, p. 225; CARRERAS DEL RINCON, *op. cit.*, pp. 79 y s.

cial importancia» (Meulders)³⁸. Y es, también, una noción con una importante carga valorativa, en cuanto transmite la idea de que lo verdaderamente importante es la voluntad de los contrayentes; bien poco importa que ese consentimiento tuviera su eficacia limitada, en su planteamiento inicial, al momento constitutivo del vínculo: el paralelismo con los contratos de Derecho patrimonial, y la concurrencia de otros factores a los que enseguida me referiré, se encargarían de ir ensanchando, poco a poco, el campo de actuación de la voluntad individual. Pero, por ahora, baste señalar que la configuración del matrimonio como contrato abre la puerta al proceso de subjetivización³⁹.

38. MEULDERS, «L'évolution du mariage...» *cit.*, p. 217. En la misma línea, GAUDEMET considera como imprudente la calificación del matrimonio como contrato, desde el punto de vista del posterior fenómeno de secularización del matrimonio (*op. cit.*, p. 370). Una visión especialmente crítica (en ocasiones, quizá, exageradamente crítica) de la consideración del matrimonio como contrato, y de sus (por otro lado evidentes) consecuencias perturbadoras respecto al concepto de matrimonio, en CARRERAS DEL RINCON, *op. cit.*, especialmente pp. 75 y ss; con todo, el autor no desconoce las ventajas técnicas que supuso el recurso al concepto de contrato: «los grandes juristas de la época clásica del Derecho canónico pudieron establecer una sistematización completa de los impedimentos, distinguiendo los dirimentes de los impeditivos. Los primeros no solo impedían la celebración del contrato, sino que además producían la nulidad del mismo, en el caso de que éste se celebrara a pesar de la prohibición. Los llamados impedimentos impeditivos, en cambio, solo producían la ilicitud del contrato celebrado, pero no su invalidez. Gracias a la técnica contractual se configuraron nuevos capítulos de nulidad, hasta entonces inexistentes, y se arbitraron nuevas fórmulas para permitir la celebración a distancia de los pactos nupciales, como fue por ejemplo el instituto del «matrimonio por procurador»».

39. Quiero insistir en que, como veremos más adelante, el problema no es otro que el de la calificación dogmática del matrimonio como contrato, y el subsiguiente (pasados más que años, siglos) empleo del método de inversión. El origen de la subjetivización no está en la afirmación de que son los consentimientos de los contrayentes los que hacen el matrimonio, sino en la calificación teórica, sobre esa base cierta e irrenunciable, del matrimonio como contrato, y su ulterior equiparación a los demás contratos, olvidadas ya o discutidas sus peculiaridades.

La Reforma protestante afirmó el carácter exclusivamente temporal (no sacramental) del matrimonio⁴⁰, acercando así el contrato matrimonial al resto de los contratos, y someténdolo, como ellos, al poder temporal: pero a esta etapa, ya aludida *supra*, me referiré de nuevo más adelante.

b) *La exaltación de la voluntad individual*

El paso siguiente lo constituye la exaltación de la voluntad humana que se produce a partir del s. XVII, tanto en el campo filosófico como en el jurídico —escuela del Derecho natural racionalista—, y que encuentra su máximo exponente en Kant: la voluntad individual aparece ahora como única fuente posible de obligaciones jurídicamente relevantes, y también, bajo la forma de contrato social, como fundamento de la misma sociedad política y del Derecho (Rousseau, Hobbes). El planteamiento voluntarista, como no, afecta al matrimonio, que sigue encontrando en el cruce de consentimientos su causa eficiente, pero que puede también terminar por la propia voluntad de los contrayentes: el divorcio es, así, consecuencia lógica de ese individualismo⁴¹, pero también de una suerte de método de inversión, en cuya virtud el cruce de consentimientos hace del matrimonio un contrato, y el hecho de ser un contrato permite entender que la voluntad juega con respecto a él como en los demás

40. La afirmación es común. Cfr., por todos, COLLANGE, «Le mariage dans la perspective de la Réforme», en el vol. *Le Droit de la Famille en Europe*, *cit.*, pp. 47 y ss.

41. Cfr. D'AGOSTINO, *Linee di una filosofia della famiglia*, *cit.*, p. 120; CARRERAS DEL RINCON, *op. cit.*, p. 83.

contratos. Pero no sólo el inicio y el fin del matrimonio quedarían sometidos a la voluntad (contractual) de los cónyuges: también su contenido constante matrimonio. Puede ser ilustrativo citar, a este respecto, las siguientes palabras de Wolff⁴²: «puesto que los derechos y obligaciones de los consortes tienen su origen en el contrato por el que se erige el matrimonio, éste es como una sociedad, y lo que ocurra en ella debe realizarse de común acuerdo; en consecuencia, el dominio en el estado matrimonial resultante de la sociedad matrimonial, es un dominio recíproco de los consortes. ... En una situación natural y en virtud de la libertad natural, debe serles permitido a ambos (esposos, cuando el matrimonio carece de hijos o ha terminado su educación) separarse a su gusto. Como una vez efectuada la separación las obligaciones mutuas cesan, puede cada uno casarse con otra persona». Cosa distinta es que este planteamiento voluntarista tardara todavía algún tiempo en impregnar la legislación positiva: pero las bases estaban ya puestas⁴³.

c) *El amor romántico.*

Un nuevo fenómeno cultural tiene, poco después, una influencia determinante en la representación social del matrimonio y la familia. Me refiero a la irrupción de la afectividad (amor-sentimiento, amor romántico), como único fundamento éticamente digno del matrimonio⁴⁴: se abre así la etapa del primado del amor (de

la afectividad) que caracteriza al matrimonio moderno⁴⁵; amor inicialmente referido al momento constitutivo del matrimonio (el matrimonio ha de serlo por amor), pero que propaga más tarde su eficacia a toda la vida del mismo, de forma que el fin —la desaparición— del amor vendría a justificar el fin —la desaparición— del matrimonio. Este concepto romántico de matrimonio, que lo vincula directamente a la existencia y persistencia del amor-sentimiento constituye un factor de importancia capital en la evolución de las mentalidades, y de la concepción social del matrimonio, y explica en gran medida algunas de las peculiaridades de la situación actual. Las consecuencias prácticas de esta concepción tardarán, también, en llegar a la legislación positiva; su recepción definitiva en la mentalidad social será uno de los determinantes más claros de la concepción moderna del matrimonio y la familia.

Según lo visto hasta ahora, como consecuencia de la evolución relatada el matrimonio ha pasado a depender directísimamente, en su existencia y subsistencia, de la voluntad de los contrayentes, ligada ésta al amor-sentimiento. El planteamiento es el siguiente: mientras dure el amor recíproco, durará el matrimonio; cuando dicho sentimiento acabe, ya no tendrá sentido éticamente continuar una relación considerada hipócrita, en tanto que desligada de su fundamento afectivo. Entonces, concluye Arechederra⁴⁶, «si la ausencia de *affectio maritalis*⁴⁷ disuelve el matrimonio,

42. *Apud* HATTENHAUER, *op. cit.*, p. 137.

43. Sobre el concepto y la consideración del matrimonio en la escuela racionalista de Derecho natural, *vid.* GAUDEMET, *op. cit.*, pp. 384 y ss.; y DUFOUR, «Les origines intellectuelles...» *cit.*, p. 5-6, y 10 y ss.

44. Cfr. HATTENHAUER, *op. cit.*, p. 144.

45. Cfr. D'AGOSTINO, *op. cit.*, p. 54.

46. ARECHEDERRA ARANZADI, «El matrimonio informal», *Nuestro Tiempo* 491 —mayo 1995—, p. 104.

47. Sobre el sentido originario (romano) de la expresión *affectio maritalis*, que como es sabido no alude a la afectividad (sentimiento), habrá ocasión de volver más adelante.

quiere decir que dicha *affectio maritalis* es la que sustenta el matrimonio».

d) *La atracción sexual*

El siguiente paso en esta lenta pero inexorable evolución hacia la subjetivización del matrimonio se puede polarizar entorno a los planteamientos de Engels, quien, por un lado, restringe el amor a su componente sexual, quedando así el matrimonio relegado a una «simple cuestión sentimental, dependiente de la persistencia o no de mutua atracción sexual»; y por otro somete la continuidad del matrimonio a la voluntad de uno cualquiera de los cónyuges: «lo decisivo sería exclusivamente el sentimiento individual de los socios que mantenía su individualidad en el matrimonio... Se exigía el desenlace matrimonial cuando uno de los cónyuges amenazaba el espacio de libertad del otro»⁴⁸. El matrimonio pasa a depender más claramente no de la voluntad de ambos cónyuges, sino de la de uno solo de ellos, ligada ésta a la satisfacción de sus particulares deseos o intereses (en los que el componente sexual cobra una fuerza cada vez mayor). En palabras, nuevamente, de Hattenhauer, «Engels subordinaba el matrimonio al principio de emancipación y al derecho a la felicidad privada. El sacrificio, la renuncia y la tolerancia mutua carecían ya de valor; el matrimonio se consideraba nuevamente como asunto privado a discreción de cada uno de los cónyuges»⁴⁹. El paso hacia la consideración del matrimonio y la familia exclusivamente como instrumentos al servicio del libre de-

sarrollo de la personalidad individual de los cónyuges (o de los hijos), sometidos, por tanto, a su voluntad individual fue pronto dado, y ésta puede considerarse hoy como una de las claves de bóveda del concepto moderno de matrimonio (si es que éste existe en verdad, cuestión sobre la que nos detendremos ulteriormente)⁵⁰. El matrimonio se convierte así en un instrumento de gratificación recíproca, o meramente individual⁵¹, que deja de tener sentido si no sirve ya para obtener la felicidad individual para cuya exclusiva consecución es empleado⁵². En esta visión, por tanto, matrimonio y familia se justifican únicamente en la medida en que favorezcan el desarrollo de la personali-

50. Cfr., por ejemplo, HATTENHAUER, *op. cit.*, pp. 152 y s.; FUR-GIUELE, *Libertà e famiglia*, *cit.*, p. 60; CLAVERIA GOSALBEZ, «Hacia una nueva concepción del matrimonio», *La Ley* 1983-2, p. 1295; SCALISI, «La "famiglia" e le "famiglie"», en *La riforma del Diritto di famiglia dieci anni dopo* (Padova, CEDAM, 1986), p. 274; HAUSER y HUET-WEILLER, *Traité de Droit Civil (dir. GHESTIN). La famille. Disolution de la famille* (Paris, LGDJ, 1991), p. 70; MENGONI, «La famiglia in una società complessa», *cit.*, pp. 10 y s.; BARTHELET, «Quand le Droit civil se desengage de la famille», en *Políticas de la Familia*, *cit.*, p. 371; NAVARRO VALLS, *Matrimonio y Derecho*, *cit.*, p. 57.

Entre nosotros, se apoya esta visión en el art. 10 de la Constitución, que proclama el derecho al libre desarrollo de la personalidad: así lo hacen, por ejemplo, ROCA TRIAS, «Familia, familias y Derecho de familia», *cit.*, pp. 1071 y s.; DIEZ-PICAZO y GULLON, *Sistema de Derecho civil*, vol. IV (6ª ed., Madrid, Tecnos, 1992), pp. 39 y s. *Ad rem*, cfr. también, aunque desde otra perspectiva, LACRUZ BERDEJO, en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV (3ª ed., Barcelona, J.M. Bosch, 1989), pp. 31 y s.

51. Cfr. GLENDON, *The Transformation of Family Law*, *cit.*, p. 144.

52. Pueden ser significativas las siguientes palabras pronunciadas durante la discusión en el Senado de la reforma del divorcio en Francia: «Si hace falta ser dos para casarse, hace falta también ser dos para que el matrimonio continúe produciendo la felicidad... Si ninguno de los dos esposos encuentra en el matrimonio lo que esperaban esencialmente de él, hay que constatar el fracaso... la misma regla debe jugar cuando es uno solo de los esposos el que no encuentra en el matrimonio lo que esperaba esencialmente de él... Nadie tiene un derecho adquirido sobre el futuro de otro» (*apud* BARTHELET, *op. et loc. cit.*).

48. HATTENHAUER, *op. cit.*, p. 150.

49. HATTENHAUER, *op. et loc. cit.*

dad de sus miembros. Las consecuencias técnicas de este planteamiento son, por lo demás, claras: «la fundamentación de la relación (conyugal) en el desarrollo de la personalidad hace que deba respetarse una lógica «espontaneística» en la triple fase de su constitución, de su reglamentación y de su extinción» (Furgiuele)⁵³.

e) *Fin de trayecto*

El final de esta evolución, tan sintética y apresuradamente relatada, es una concepción del matrimonio y de la familia en la que prima por completo la voluntad individual de sus miembros sobre cualquier eventual «interés familiar» supraindividual. Es más, no existe propiamente un interés familiar distinto del individual de los componentes del grupo⁵⁴: matrimonio y familia no pasarían de ser un mero instrumento al servicio de la felicidad individual de sus componentes, y del libre desarrollo de su personalidad. El matrimonio y la familia serán lo que la voluntad de sus miembros quiera que sean; y durarán lo que la voluntad de sus miembros quiera que duren.

Por lo demás, este predominio de la voluntad individual se manifiesta también en otros campos relacionados con el matrimonio y la familia: ya hemos hablado más arriba de las repercusiones que tienen, a este respecto, los medios anticonceptivos, las nuevas técnicas de reproducción asistida, y otros fenómenos conexos, que permiten a la voluntad humana dominar el campo de la sexualidad y de la reproducción hasta ex-

tremos no sospechados hace tan solo unos pocos años: en palabras de Malaurie, «el aborto, el control de nacimientos, la elección de sexo por los transexuales y la procreación artificial traducen también la tendencia del individuo contemporáneo a ser dueño de su persona, de su familia, e incluso de la naturaleza»⁵⁵. El dominio de la voluntad sobre cuestiones relacionadas con el matrimonio y la sexualidad pasa a ser no solo un postulado ideológico con consecuencias jurídicas, sino una posibilidad real también en el terreno puramente biológico o fisiológico.

En este mismo sentido se ha puesto de relieve la pérdida de importancia de los vínculos de sangre en favor de la voluntad, desde el momento en que ésta puede dar lugar a una verdadera familia ante el Derecho mediante la adopción⁵⁶ (aunque, lo advierto ya, es-

53. MALAURIE, *La famille*, cit., p. 29.

54. Cfr. DIEZ-PICAZO, *Familia y Derecho*, cit., p. 74; similarmente, BESSONE *et al.*, *La famiglia nel nuovo Diritto*, cit., p. 10. PIEPOLI («El grupo familiar» cit., p. 197) lleva más lejos este planteamiento: «junto a la filiación consanguínea, se introduce una nueva forma de filiación fundada en el consentimiento, en la entrega y solidaridad afectivas, única realidad normativa que, en definitiva, cuenta para nuestro Ordenamiento. ... En vez de la familia consanguínea nos encontramos con la aceptación y el reconocimiento de la familia «afectiva»; con ésta, el Ordenamiento ofrece una reafirmación explícita de que la comunidad familiar basada en el vínculo de consanguinidad, es reconocida y protegida en tanto en cuanto se encuentren en ella aquellos caracteres y aquel contenido que hoy se atribuye a la nueva realidad normativa que nace de la adopción especial, de tal manera que ésta última aparece como criterio de valoración de la tutela o falta de tutela de la primera». No es éste el momento de hacer un análisis en profundidad de esta opinión; baste señalar por ahora que quizás el planteamiento confunda en cierta medida la causa eficiente de la adopción con su causa final: la adopción no se produce necesariamente porque hay unos vínculos afectivos (similares a los naturales: la *imago naturae*) que el Derecho quiere reconocer, sino para que tales vínculos lleguen a existir.

Desde otro punto de vista, se refiere también al declinar de la importancia de los lazos de sangre RHEINSTEIN, «Introduction» cit., p. 14.

53. FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, cit., p. 62.

54. Cfr. FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, cit., p. 64; CLAVERIA GOSALBEZ, *op. cit.*, p. 1297.

tamos aquí ante una realidad cualitativamente distinta)⁵⁷.

B) El matrimonio a disposición del poder estatal: un proceso paralelo.

El punto de partida del proceso de subjetivación debe ser situado, como he indicado, en la conceptualización del matrimonio como contrato; de aquí procede no solo el creciente papel de la voluntad de los cónyuges respecto al matrimonio a que acabo de aludir, sino también el fenómeno en cuya virtud el propio poder político se arroga la facultad, primero, de regular la materia matrimonial y familiar, y después, mediante dicha regulación, de determinar qué son para el Derecho (*i.e.*, para la sociedad), el matrimonio y la familia. Esta es la otra vertiente de la subjetivación a que he hecho referencia: el matrimonio deja de ser visto como una institución natural, prejurídica, que se impone con sus propios contenidos, fines y propiedades esenciales a la sociedad humana, para convertirse en aquello que decide el Estado que es en cada momento (si es que el Estado decide que sea algo: como veremos, también puede decidir que no sea nada, o casi nada, en concreto).

Para que tal proceso se haya producido, la identificación del matrimonio como contrato era condición necesaria pero no suficiente. Hizo falta también la afir-

57. En el caso de la adopción, no es la voluntad la que domina y encauza la sexualidad y la procreación, sino que es la sociedad la que admite — y en ocasiones fomenta, con finalidades diversas: hoy, fundamentalmente, de protección de menores — la creación de unos vínculos jurídicos similares (jurídicamente) a los derivados de la relación de filiación, entre quienes no están natural o biológicamente unidos por ella. La vieja configuración de la adopción como *imago naturae* revela por sí misma su esencia y sus limitaciones.

mación de la competencia del poder político (estatal) para regular el matrimonio y la familia. Eso es lo que tuvo lugar con la Reforma, como consecuencia de la desacralización del matrimonio, que deja de ser, en los planteamientos de los reformadores, un sacramento (orden de la Redención), para convertirse en un contrato (orden de la Creación), cuya regulación correspondía a las autoridades civiles —al Estado— y no a las religiosas⁵⁸. Son suficientemente ilustrativas las siguientes palabras de Lutero⁵⁹: «defiendo, invoco y clamo que hay que dejar tales cosas (el matrimonio) a las autoridades temporales y, como dice Cristo (Mateo, 8, 22) «dejad que los muertos entierren a sus muertos». A Dios le es igual que lo hagan bien o mal; nosotros debemos ser servidores de Cristo, es decir, ir de la mano del Evangelio y de nuestra propia conciencia, para poder enfrentarnos con suficientes recursos al mundo, al demonio y a la carne. Nadie puede negar que el matrimonio es cosa exterior, temporal, y como el vestido o el alimento, la casa o el campo, sometido a la autoridad del mundo».

Así pues, el matrimonio es un contrato, y no un sacramento, y su regulación, así como las decisiones relativas a la existencia o subsistencia del vínculo (como es sabido, la Reforma aceptó limitadamente la

58. Cfr. COLLANGE, «Le mariage dans la perspective de la Réforme» *cit.*, pp. 48 y s.; GAUDEMET, *El matrimonio en Occidente*, *cit.*, pp. 313 y ss. La cuestión de la competencia del poder político para regular la materia matrimonial no fue patrimonio de los países protestantes, sino que se suscitó también, con mayor o menor virulencia según los casos (y muy destacadamente, en Francia) en Estados católicos: cfr. GAUDEMET, *op. cit.*, pp. 363 y ss. (quien se detiene en la situación en Francia, donde, como he indicado, la cuestión alcanzó su mayor virulencia); DUFOR, «Les origines intellectuelles...» *cit.*, pp. 7 y s.

59. *Apud* HATTENHAUER, *Conceptos fundamentales del Derecho civil*, *cit.*, p. 135.

posibilidad de disolución del vínculo por divorcio)⁶⁰, son competencia de la autoridad civil⁶¹. La afirmación de la competencia secular sobre el matrimonio se apoya, pues, sobre la «imprudente noción del matrimonio-contrato» (Gaudemet)⁶² y se extiende desde los países protestantes a los católicos⁶³. Tal competencia, inicialmente, no significó otra cosa que la de dictar esas reglas y resolver esos conflictos con el mismo contenido o de parecido modo a como se venía haciendo; o, por decirlo con otras palabras, decir en alemán (o en inglés, o en holandés...), con muy ligeras variaciones, lo mismo que la Iglesia Católica decía en latín: en palabras de Navarro Valls, «cuando el monismo se rompió con la aparición del matrimonio civil, no por ello éste se apartará demasiado del canónico. Por dos razones: por el trasfondo religioso que el hecho matrimonial en sí mismo manifiesta y porque los reflejos técnicos que en el ámbito cultural de Occidente ha propiciado la visión canónica del matrimonio se han insertado de tal modo en nuestra concepción del matrimonio, que ine-

vitablemente se convierte en el modelo de referencia. En el concreto tema de la forma del matrimonio, el matrimonio civil vino tan solo a sustituir «el sacerdote por el Juez, a la Iglesia por el Juzgado, a la Biblia por los artículos de la Ley» [Puig Peña]⁶⁴.

Sin embargo, esa afirmación encerraba en sí la semilla de una transformación mucho más profunda, en cuanto suponía también la atribución al poder político de la facultad de definir qué es y qué no es el matrimonio, cuál es su contenido, y cuáles sus fines y propiedades; siguiendo en la misma comparación, se sigue hablando en alemán, inglés, etc., pero esta vez para decir cosas distintas a las dichas por la Iglesia en latín. Con todo, habría que esperar a la Ilustración para que esta semilla empezara a desarrollarse con mayor fuerza⁶⁵. En cuya evolución, por otro lado, jugó un papel importante el positivismo jurídico, «que atribuye a la ley humana la competencia exclusiva para definir lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto, lo lícito y lo ilícito» (Fuenmayor)⁶⁶. Al decir de Hattenhauer, la secularización del matrimonio operada por la Reforma constituyó el primer paso hacia una concepción puramente mundana del matrimonio⁶⁷. Y es que, como ha escrito Viladrich⁶⁸ «en un primer momento, la secularización del matrimonio no trajo cambios importantes de su estructura y contenido, sino solo del poder jurídico com-

60. Cfr., *ad rem*, GAUDEMET, *op. cit.*, pp. 321 y ss., donde puede comprobarse que la admisión del divorcio vincular no fue pacífica ni ilimitada.

61. Cfr. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 370. La aparición del matrimonio civil no es fruto únicamente de la afirmación de la competencia del poder secular sobre esa materia, o de los planteamientos de la Reforma protestante acerca del matrimonio como contrato meramente civil. Apunta DALLA TORRE (*Introduzione al matrimonio celebrato davanti a ministri di culto* — Bologna, Pátron Editore, 1986—, p. 15) que el matrimonio civil nace en 1580 «en un país como Holanda, fuertemente caracterizado por el pluralismo confesional y la lucha religiosa, precisamente como instrumento de tolerancia frente a los disidentes religiosos, a fin de permitir a los miembros de una confesión no reconocida como oficial del Estado, sino únicamente tolerada, la posibilidad de celebrar matrimonio con efectos jurídicos en el ordenamiento civil».

62. GAUDEMET, *op. et loc. cit.*

63. Cfr. GAUDEMET, *op. cit.*, pp. 370 y ss.

64. NAVARRO VALLS, *Matrimonio y Derecho*, *cit.*, p. 33.

65. Cfr. RHEINSTEIN, «Family and the Law» *cit.*, p. 7.

66. FUENMAYOR, *Divorcio: legalidad, moralidad y cambio social* (Pamplona, EUNSA, 1981), p. 61.

67. HATTENHAUER, *op. cit.*, p. 135.

68. VILADRICH, «El matrimonio y la familia en el marco de la crisis de los sistemas jurídicos matrimoniales. Un reto para la canonística actual». Ponencia presentada en *Chiesa e Stato nei sistemi giuridici contemporanei. VIII Congresso Internazionale di Diritto canonico*, (Lublin, Polonia, 1993), p. 6/2 de la ponencia.

petente para regularlo: el civil. En un segundo momento, el matrimonio civil pretendió representar propios valores frente a los encarnados en el matrimonio de los creyentes: los llamados valores laicos o de la ética civil»⁶⁹. En este proceso, nuevamente, Kant desempeñó un papel fundamental del que, según indica Navarro Valls, somos todavía tributarios, al separar «el Derecho no solo de la religión, sino también de la ética material como sistema de valoración objetiva en base a fines y valores»⁷⁰. De ahí también la importancia de distinguir, siguiendo otra vez a Navarro Valls, entre la secularización formal y la sustancial, ésta última de mayor trascendencia, en cuanto «implica el progresivo vaciamiento del matrimonio civil de ciertas notas o características que de un modo u otro lo mantenían en conexión con un mundo de valores objetivos, las más de las veces propios de la tradición judeo-cristiana», y está dotada de considerable fuerza expansiva⁷¹.

De esta manera queda expedito el camino para que la legislación vaya recogiendo, en cada momento, las diferentes concepciones del matrimonio presentes en el cuerpo social⁷², posibilitando de esta manera que la evolución hacia el individualismo relatada más

69. Sobre la secularización, *vid.* también las reflexiones de NAVARRO VALLS, *Matrimonio y Derecho*, *cit.*, pp. 109 y ss.

70. NAVARRO VALLS, *op. cit.*, pp. 109 y s.

71. NAVARRO VALLS, *op. cit.*, pp. 110 y s.

72. Así, expresamente, PIEPOLI («El grupo familiar», *cit.*, p. 200), cuando afirma, respecto al art. 29 de la Constitución italiana (pero el planteamiento es bien significativo de una forma de ver las relaciones entre matrimonio, sociedad y Derecho) que «con el art. 29 el Ordenamiento reconoce únicamente aquello que en un momento dado de la evolución histórica se entiende por familia, según una adecuación constante a su dinámica y evolución históricas, dada la imposibilidad de definirla de forma decisiva. Esto es, el Ordenamiento acoge la visión de la familia tal y como resulta modelada por la sociedad, según sus propias aspiraciones».

arriba fuera asumida por el Estado, y encontrara su consagración legal en la normativa reguladora del matrimonio y la familia.

C) Cuatro palabras mágicas

a) *Pluralismo*

La progresiva subjetivización experimentada por el matrimonio, en el doble sentido indicado, se ha visto potenciada por la concurrencia de otros factores, ligados también a la evolución de las ideas. El primero que quiero destacar aquí, es el del pluralismo, no solo ideológico, sino también social (es decir, de ideas y de comportamientos⁷³), que llega a abarcar también el terreno de la sexualidad, el matrimonio y la familia. Este mismo pluralismo interacciona con el individualismo más arriba descrito, de manera que ambos se refuerzan mutuamente: el reconocimiento de un poder casi omnímodo a la voluntad de los individuos para organizar según sus propias preferencias, no solo su matrimonio o su familia, sino en términos más generales su comportamiento sexual, unido al pluralismo ideológico, conduce necesariamente a la existencia de casi tantos modelos de organización de dichas realidades como individuos. Dicho con otras palabras, el individualismo, sobre todo cuando llega —como es el caso— a sus extremos más radicales, produce pluralidad, y ésta se organiza teóricamente en pluralismo⁷⁴.

73. Cfr. DIEZ-PICAZO, *Familia y Derecho*, *cit.*, p. 92.

74. A este fenómeno, y a otros conexos, parece referirse NAVARRO VALLS (*op. cit.*, pp. 59 y ss.) con el término «contractualización», que refleja la omnipresencia del querer individual en el matrimonio y la familia, con un progresivo alejamiento de modelos normativos socialmente impuestos.

b) Neutralidad

Pero para que tenga lugar el paso de la pluralidad al pluralismo, asumido éste por la sociedad como un valor digno de respeto⁷⁵, es preciso que el Estado se presente como neutral o indiferente respecto de las diferentes opciones constitutivas de la pluralidad. Esto, que ocurre claramente en el terreno ideológico, pasa también respecto a la sexualidad, el matrimonio y la familia (sujetos, según se ha expuesto, a un proceso de progresiva ideologización). De hecho, el principio de (creciente) neutralidad del Estado en relación con las diferentes formas de concebir sexualidad, matrimonio y familia, es una de las líneas de fuerza más claras de las recientes reformas del Derecho de Familia, en los países considerados como más «avanzados» en este campo⁷⁶. Lo cual supone un importante cambio cualitativo, al que habrá que hacer referencia *infra* con mayor detenimiento, en cuanto el matrimonio aparece cada vez más como una de las formas posibles de organizar los individuos su vida sexual o afectiva, pero no la única, y ni siquiera (en los últimos años) la que es objeto de preferencia jurídica. Ello tiene una traducción jurídica: «allí donde la ley expresa ideas generales

75. Es lo que ocurre, por ejemplo, entre nosotros, cuando el art. 1 de nuestra Constitución establece el pluralismo (político) como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento.

76. Cfr., por ejemplo, respecto a las reformas en los países nórdicos, SUNDBERG, «Facteurs et tendances dans l'évolution moderne du droit de la famille des pays nordiques. Rêves et réalités», en *Famille. Droit et changement social dans les sociétés contemporaines* (Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 1978), pp. 55 y s.; lo destaca también, para Suecia y USA, GLENDON, *The Transformation of Family Law*, cit., p. 14; *vid.*, además, RHEINSTEIN, «Family and the Law» cit., p. 9; MALAURIE, *La famille*, cit., p. 135; entre nosotros, FUENMAYOR, *Divorcio: legalidad, moralidad y cambio social*, cit., p. 94, o DIEZ-PICAZO, *op. cit.*, pp. 92 y s.

acerca del comportamiento en la vida familiar —escribe Glendon—, tales ideas son suaves y «neutrales», con capacidad suficiente de comprender una gran variedad de actitudes y de estilos de vida»⁷⁷.

El Estado —la sociedad— carece, por tanto, tras esta evolución, de un conjunto de ideas y valores definidos respecto al modo como los individuos deben organizar sus relaciones sexuales, matrimoniales o familiares: tal cosa queda relegada a la condición de cuestión privada, que concierne únicamente a los individuos afectados, y pertenece a la esfera de su intimidad personal⁷⁸. De donde proceden otros dos fenómenos característicos de la actitud moderna del ordenamiento frente al matrimonio y la familia, estrechamente vinculados: la privatización por un lado, y la desregulación o —mejor— desjuridificación por otro.

c) Privatización

Al matrimonio y la familia se les reconoce tradicionalmente un ámbito de privacidad que (escribe La Cruz)⁷⁹ «no supone su exención de normas de Derecho necesario (al contrario, es en el Derecho de Familia donde son éstas más frecuentes), sino la presencia de una esfera interna de relaciones que escapa a la intromisión de los poderes públicos». La privacidad, entonces, aparece ligada a (y delimitada por) la presencia de ese conjunto de normas de Derecho necesario que sirven de cauce a las ideas del ordenamiento acerca del matrimonio y la familia. La privatización, como ten-

77. GLENDON, *op. cit.*, p. 145.

78. Cfr. MALAURIE, *op. et loc. cit.*

79. LACRUZ BERDEJO, *Elementos*, IV cit. p. 34.

dencia actual del Derecho de Familia en las sociedades de corte occidental, significa: 1) por un lado, pérdida del significado público de la familia, como consecuencia de la pérdida de funciones sociales (educativas, asistenciales, económicas), no estrictamente familiares, a que me he referido más arriba; lo que reduce a la familia a un ámbito cada vez más estrictamente privado⁸⁰; 2) por otro, y sobre todo, progresiva ampliación de la esfera de privacidad familiar, como consecuencia tanto del creciente ensanchamiento del contenido del derecho a la intimidad⁸¹, como de la correlativa ausencia de un conjunto determinado de ideas bien definidas de la sociedad y el Estado respecto al matrimonio y la familia, que se concrete en normas de Derecho necesario; normas éstas que, a su vez, delimiten la esfera de privacidad familiar⁸², y establezcan los límites sociales del derecho a la intimidad. Como he indicado más arriba, sexualidad, matrimonio y familia pasan a ser considerados asuntos estrictamente privados, respecto a los que el Derecho tiene bien poco que decir. Y no solo privados, sino, según hemos visto, comprendidos en el derecho (fundamental) a la intimidad personal y familiar: la convivencia de amor entre un hombre y una mujer, formalizada o no socialmente mediante el ma-

80. Cfr. D'AGOSTINO, *Linee di una filosofia della famiglia*, cit., p. 53; DIEZ-PICAZO, *Familia y Derecho*, cit., pp. 83 y s.

81. El proceso es especialmente importante en USA, donde el desarrollo del *right to privacy* en materia matrimonial y sexual ha constituido una de las claves, junto con el principio de neutralidad, para entender los cambios del Derecho de Familia americano: cfr. VV.AA. (se trata de un extenso trabajo redaccional) «The Constitution and the Family», *Harvard Law Review*, vol. 93-6 (1980), pp. 1156 y ss., *passim*.; GLENDON, *The Transformation of Family Law*, cit., pp. 94 y s., o 282 y ss.; ANDERSON, «Tendencias fundamentales de la política familiar en los Estados Unidos», *Libertades fundamentales y sistema matrimonial*, cit., *passim*.

82. Cfr. GLENDON, *op. cit.*, p. 145.

trimonio, es considerada como algo tan íntimo y personal, que la sociedad (insisto: carente de una idea definida acerca de sexualidad, matrimonio y familia) no tendría derecho a intervenir en ella⁸³. Pero entonces, es también claro que se desvanecen progresivamente las diferencias entre el matrimonio y otras formas de cohabitación, o entre estar casado o soltero⁸⁴. De acuerdo con este planteamiento, hoy tan extendido, lo único que hay son diferentes formas de organizar los individuos sus relaciones sexuales y afectivas, todas ellas igualmente legítimas, e igualmente acreedoras, cumpliendo en su caso ciertos requisitos (estabilidad —i.e., duración—) de la protección del Ordenamiento⁸⁵.

d) Desjuridificación

Sobre esta base, no es preciso un gran esfuerzo para darse cuenta del significado y contenido de la desjuridificación, que alude, precisamente, a ese retrai-

83. Cfr. RIEBER, «Individuación y autorrealización, ¿dentro o fuera del matrimonio y la familia?», en *Cuestiones fundamentales sobre el matrimonio y la familia* (Pamplona, EUNSA, 1980), p. 276.

84. Cfr. GLENDON, *op. cit.*, p. 145.

85. Tal planteamiento es el subyacente, por ejemplo, en el citado trabajo redaccional «The Constitution and the Family». Sobre tal fundamento se concluye que las uniones no matrimoniales y las uniones homosexuales, en cuanto son funcionalmente equivalentes al matrimonio —afirmación sobre la que habrá que volver más adelante—, gozan de la misma protección constitucional, a través de la garantía constitucional del derecho a la intimidad y a la libertad personal, que el matrimonio; de forma que si los estados (de la Unión americana) rehusan dar el mismo tratamiento que la ley dispensa al matrimonio a esos otros modelos alternativos, se interfiere con el derecho (de raíz constitucional) de los individuos a entrar en un matrimonio informal (expresión con la que el trabajo citado designa dichos modelos alternativos): cfr. pp. 1291 y ss.

miento del Derecho en materia matrimonial y familiar, producido tanto por la pérdida de protagonismo social de la familia (accesorio o periférico, desde el punto de vista de las funciones básicas de la familia), como por la ausencia de un mensaje claro de la sociedad acerca de esas realidades, que deba ser plasmado en las normas jurídicas delimitadoras de la esfera de privacidad. En palabras de Glendon, «las modernas ideas de libertad para casarse, autodeterminación individual, intimidad personal y familiar, igualdad de sexos, y tolerancia de la diversidad, actúan conjuntamente para promover o reforzar la desregulación»⁸⁶. Gráficamente se ha afirmado que el Derecho se desentiende (*desengage* en el original: las connotaciones del término original transmiten la idea de una mayor radicalidad en ese desentenderse) de la familia (Barthelet)⁸⁷.

En este línea, Navarro Valls recoge las siguientes manifestaciones de la desjuridificación: «la progresiva debilitación de las prerrogativas jurídicas del matrimonio en relación con esa su «institución sombra» (*shadow institution*) que es la unión libre; la paulatina difuminación de sanción jurídica a las obligaciones —todavía jurídicas— derivantes del matrimonio (fidelidad, mutuo auxilio, etc.), y su correlativa remisión a un vago mundo de ideales tan solo dependientes en su aplicación de la concreta valoración moral de los propios cónyuges. De algún modo se operaría en el matrimonio —continúa el citado autor— una suerte de me-

86. GLENDON, *op. et loc. cit.*; *vid.* también MEULDERS, «L'évolution du mariage et le sens de l'histoire», *cit.*, pp. 227 y s.

87. BARTHELET, «Quand le Droit civil se desengage de la famille», *cit.* Parecidamente, REMY, «Philosophie du mariage civil dans la législation contemporaine» *cit.*, p. 32.

tamorfosis jurídica que lo transformaría en una especie de unión libre controlada por el poder público, cuyo papel vendría reducido al de una especie de árbitro en su formación y disolución»⁸⁸.

Naturalmente, no todo es desjuridificación en el Derecho de Familia; entre otras razones, porque sigue habiendo un cierto cuerpo de ideas, relativas no tanto al matrimonio o la familia, cuanto a las personas concernidas, que encuentran su plasmación en normas de Derecho necesario⁸⁹. Así ocurre, por ejemplo, dentro del matrimonio, con el principio de igualdad entre los cónyuges; o, respecto a la familia, con el principio de igualdad entre los hijos matrimoniales y los no matrimoniales. Así ocurre también con las reglas relativas a la situación de los hijos menores, o de los menores en general, hasta tal punto que se ha podido hablar, con razón, de una funcionalización del moderno Derecho de Familia, para colocarlo al servicio de los menores⁹⁰: se ha llegado a afirmar que el actual Derecho de familia es un Derecho puerocéntrico —Navarro Valls—⁹¹ (al menos, eso es lo pretendido)⁹².

88. NAVARRO VALLS, *Matrimonio y Derecho*, *cit.*, pp. 41 y s.

89. En este sentido, SCALISI («La "famiglia" e le "famiglie"» *cit.*, p. 271) se ha referido a una acrecentada juridificación del grupo familiar, que se correspondería con una acentuada desjuridificación del vínculo conyugal. Al final, como ocurre más generalmente dentro del Derecho civil (o del Derecho), el problema es de cambio en la percepción social y política de los campos más necesitados de control social, dentro del Derecho de Familia: *cfr.*, en general, MARTINEZ DE AGUIRRE, *El Derecho civil a finales del siglo XX* (Madrid, Tecnos, 1991), pp. 132 y ss.

90. *Cfr.* DIEZ-PICAZO, *Familia y Derecho*, *cit.*, p. 81.

91. *Cfr.* NAVARRO VALLS, *op. cit.*, pp. 51 y s.

92. *Vid.* también, sobre esta cuestión, las ulteriores reflexiones de NAVARRO VALLS, *op. cit.*, pp. 45 y ss. Más adelante habrá ocasión de volver de nuevo sobre ello.

4. Vaciamiento del concepto de matrimonio.

A) Dos afirmaciones relevantes: el adulterio no es delito y todos los hijos son iguales.

El proceso relatado en las páginas que anteceden ha encontrado puntual reflejo en la regulación jurídica del matrimonio y la familia. Del mismo modo, la regulación así adaptada ha sido empleada en más de una ocasión como mecanismo dirigido a propiciar la recepción social de planteamientos filosóficos o ideológicos quizá todavía no asumidos (o no completamente asumidos) por la sociedad, o más directamente como instrumento del cambio político-social (revolucionario)⁹³. Estas transformaciones jurídicas han ido alterando progresivamente el concepto jurídico de matrimonio, así como la representación que la sociedad se hace del mismo, hasta llegar a vaciarlo prácticamente de sentido⁹⁴, en los términos a los que me referiré inmediatamente⁹⁵. Entre dichas transformaciones cabría incluir, por ejemplo:

93. Cfr. RHEINSTEIN, «Family and the Law» *cit.*, p. 11; MEULDERS, «Famille, Droit et Changement social dans les sociétés contemporaines. Rapport général de synthèse», en *Famille, Droit et Changement social dans les sociétés contemporaines*, *cit.*, p. 702.

94. Emplea este mismo vocablo (vaciamiento) NAVARRO VALLS (*op. cit.*, pp. 110 y s.) en relación al matrimonio civil, para referirse al fenómeno que él mismo denomina como de «secularización de contenidos o sustantiva», que llega más adelante a contaminar también algunos modelos matrimoniales confesionales. *Vid.*, asimismo, BARTHELET, «Quand le Droit civil se désengage de la famille», *cit.*, p. 378.

95. Una sintética y aguda descripción del proceso es la efectuada por DE LA HERA —«La definición del matrimonio en el Ordenamiento jurídico español (Su determinación a través de la temática de la capacidad y los impedimentos)», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 1992, p. 14—, que

1) La despenalización del adulterio, que supone una evidente disminución de la importancia jurídica y social del incumplimiento de las obligaciones más personales y radicales contraídas con el matrimonio⁹⁶; unida a la desaparición del adulterio como causa típica de divorcio (que, como veremos más abajo, no precisa de causa distinta que la voluntad de ambos cónyuges, o incluso de uno de ellos), deja traslucir la idea de tolerancia o indiferencia social respecto a las relaciones sexuales no maritales⁹⁷ —también por parte de quienes están casados—, a la vez que debilita la consideración del matrimonio como el ámbito adecuado de ejercicio de la sexualidad, único en realidad una vez contraído el matrimonio⁹⁸; en una aproximación de mayor alcance, la despenalización del adulterio aparece también como

reproduzco, pese a su extensión, por entender que vale la pena hacerlo: «Reduciendo los cambios sobre qué sea el matrimonio a una síntesis descriptiva, se comenzó con la introducción de la solubilidad, para pasar a la negación del deber jurídico de fidelidad, por lo que las faltas contra ésta no constituyen delito. En consecuencia, tener hijos fuera del matrimonio se contempla como una derivante normal de la no fidelidad, perdiéndose la distinción entre prole legítima e ilegítima. No hay luego razón para que la prole sea una tendencia-deber del matrimonio, y, por tanto, cabe el matrimonio no ordenado a la procreación. Las limitaciones, pues, de la capacidad que provengan de exigencias de la tendencia a la prole carecen de sentido, así como aquéllas que tengan como razón de ser el mantenimiento de un cierto tipo de sociedad sacralizada. Si no hay tendencia a la prole, el matrimonio se transforma en la unión de dos personas que desean una vida en común, afectiva, sexual y socialmente hablando, y no hay necesidad de exigir que se trate de personas de distinto sexo. ¿En qué momento de este proceso —concluye preguntándose DE LA HERA— el matrimonio ha perdido tantas de las que eran sus notas esenciales que ha cambiado de naturaleza?».

96. Cfr. TRABUCCHI, «Pas par cette voie s'il vous plaît!», *Riv. Dir. Civ.* 1981-I, p. 332.

97. Cfr. GLENDON, *The Transformation of Family Law*, *cit.*, p. 286.

98. Con estas afirmaciones no entiendo entrar en la discusión —de política legislativa— acerca de si el adulterio debe estar o no penalizado, sino que me limito a constatar y describir, desde el punto de vista jurídico, algunas consecuencias que cabe extraer de su despenalización.

una de las más claras manifestaciones de la privatización de las relaciones matrimoniales y familiares, en la medida en que supone implícitamente la consideración de que las conductas sexuales (también las de quienes se han comprometido a darles una determinada orientación, mediante el matrimonio) son una cuestión privada, sobre la que el ordenamiento no tiene nada que decir.

2) La equiparación absoluta entre los hijos matrimoniales y no matrimoniales hace que sea cada vez menos relevante estar casado o no, puesto que la situación jurídica de los hijos nacidos fuera del matrimonio es prácticamente la misma, en los aspectos más sustantivos, que la de los nacidos fruto de una relación matrimonial; de esta manera, la preocupación acerca de la legitimidad o ilegitimidad de los hijos, y con ella de sus futuros derechos, deja de ser un incentivo para contraer matrimonio⁹⁹. En este mismo sentido, los avances en la fiabilidad de las pruebas biológicas para la determinación de la paternidad, junto con la amplitud con la que se admite en las legislaciones occidentales su investigación y posterior consagración jurídica, con arreglo al principio de la verdad biológica¹⁰⁰, provoca una progresiva pérdida de importancia de las presunciones de paternidad ligadas al estado matrimonial.

Las dos cuestiones ahora mencionadas son relevantes respecto a la concepción jurídica y social del matrimonio y la familia, pero, a mi modo de ver, reflejan aspectos hasta cierto punto periféricos de la evolu-

99. Cfr. GLENDON, *op. cit.*, p. 285; MALAURIE, *La famille*, *cit.* p. 54.

100. Salvo, en algunos países —entre los que se cuenta España: cfr. art. 5.5 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida—, respecto a la filiación derivada del empleo de dichas técnicas.

ción de que venimos tratando. Resulta, por eso, oportuno, que nos detengamos en dos cuestiones que me parecen capitales, en esta perspectiva: la admisión del divorcio, y el reconocimiento de crecientes efectos jurídicos a las uniones no matrimoniales. De ambas cuestiones pueden obtenerse conclusiones válidas para determinar cuál es el significado de fondo que el ordenamiento (pero también la sociedad) atribuye al matrimonio. Y a partir de ahí será más fácil dar inicio al, en mi opinión, necesario replanteamiento de la relación entre matrimonio, familia, sociedad y Derecho.

B) Matrimonio y divorcio

La introducción del divorcio en la cultura jurídica occidental (post-cristiana) tiene lugar con la Reforma protestante, en cuanto propicia la relajación del factor religioso en el mantenimiento de la indisolubilidad (pese a la visión restrictiva que sustentaban respecto al divorcio algunos de los reformadores más importantes, entre quienes destaca Lutero)¹⁰¹. Más importancia tienen sin embargo, en el proceso de admisión y generalización del divorcio, la visión contractualista (no sacramental y, por tanto, desacralizada) del matrimonio y la filosofía individualista, con su tajante afirmación del primado de la voluntad.

De la concepción contractualista del matrimonio deriva el principio (jurídico, y no filosófico o ideológico) de que la voluntad apta para dar lugar al matrimonio, es también apta para disolverlo: si la causa efi-

101. Cfr. GAUDEMET, *El matrimonio en Occidente*, *cit.*, pp. 321 y ss. *Ad rem vid.*, también, MARONGIU, voz «Divorzio (storia)», en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XII (Milano, Giuffrè, 1964), p. 493.

ciente del matrimonio es el consentimiento recíproco de los cónyuges, ese mismo consentimiento, pero ahora en sentido contrario, puede poner fin al mismo. Se da así cobertura técnica al divorcio¹⁰², que se presenta como consecuencia casi ineludible de la configuración contractual del matrimonio. A tales conclusiones se llega, sin duda, desde los planteamientos del iusnaturalismo racionalista, como atestiguan las siguientes palabras de Wolff¹⁰³: «en una situación natural, y en virtud de la libertad natural, debe serles permitido a ambos (esposos) separarse a su gusto. Como una vez efectuada la separación las obligaciones mutuas cesan, puede cada uno casarse». El camino hacia el divorcio por mutuo consentimiento está ya abierto, desde el punto de vista técnico, aunque los ordenamientos occidentales tardarán todavía bastante tiempo en recorrerlo.

Por otro lado, la aceptación del divorcio es consecuencia necesaria del planteamiento individualista, y del subjetivismo voluntarista¹⁰⁴: la voluntad del individuo es dueña del matrimonio tanto para determinar su existencia, como para provocar su disolución; en su manifestación más radical, cuando el papel de la afectividad y el sentimiento en el matrimonio ya ha sido afirmado como esencial, el matrimonio puede depender de la voluntad de un solo de los cónyuges: si el afecto ha cesado, y si alguien no quiere ya seguir unido a su esposo o esposa, ¿quién puede obligarle a conti-

102. Cfr. CARRERAS DEL RINCON, *Las bodas: sexo, fiesta y Derecho*, cit., pp. 83 y ss., quien hace especial hincapié en esa idea.

103. *Apud* HATTENHAUER, *Conceptos fundamentales del Derecho civil*, cit., p. 137.

104. Cfr. D'AGOSTINO, *Linee di una filosofia della famiglia*, cit., p.

120. De hecho, como afirma MALAURIE (*op. cit.*, p. 160), en el debate contemporáneo sobre el divorcio, los principales argumentos esgrimidos en favor de su admisión o generalización, son de índole individualista.

nuar?; ¿quién puede sujetar su espíritu en el matrimonio, cuando se ha alejado ya de él?¹⁰⁵. No hay obstáculos filosóficos para el divorcio por mutuo consentimiento, pero tampoco al provocado por la decisión unilateral de uno de los cónyuges.

Como es también sabido, el divorcio ha experimentado un proceso de progresiva ampliación, en un viaje hasta cierto punto de ida y vuelta, aunque las estaciones de partida y de destino no sean exactamente la misma: del subjetivismo (divorcio-sanción) al subjetivismo (divorcio por mutuo consentimiento, o por voluntad unilateral de uno de los conyuges), pasando por la objetivización (divorcio-ruptura o divorcio-remedio)¹⁰⁶. El final de esta evolución se sitúa en la consideración de la «libre disolubilidad» como un atributo del matrimonio¹⁰⁷, y del divorcio como un derecho fundamental, paralelo al derecho a casarse¹⁰⁸, o incluso derivado en cierto modo del mismo¹⁰⁹.

Lo anterior viene a cuenta de que, inevitablemente, las ideas y la regulación sobre el divorcio repercuten directísimamente sobre el concepto y la concepción del matrimonio¹¹⁰. Baste destacar, por ahora, los siguientes aspectos:

105. Cfr. D'AGOSTINO, *op. et loc. cit.*

106. *Vid.* la resumida exposición del proceso que hacen GARCIA CANTERO, en CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. V-1 (12ª ed., revisada y puesta al día por GARCIA CANTERO y CASTAN VAZQUEZ, Madrid, Reus, 1994), pp. 1010 y ss.; o GLENDON, *The Transformation of Family Law*, cit., pp. 191 y ss.

107. *Vid.* GLENDON, *op. cit.*, p. 191.

108. Cfr. HAUSER y HUET-WEILLER, *La famille. Dissolution de la famille*, cit., p. 73.

109. Cfr. ANDERSON, «Tendencias fundamentales de la política familiar en los Estados Unidos», cit., pp. 4 y ss.

110. Cfr. MALAURIE, *La famille*, cit., p. 165. Parecidamente, ARECHEDERRA ARANZADI, «El matrimonio informal» cit., p. 102, para quien «lo que realmente aporta algo a la comprensión del matrimonio tal como hoy se concibe es la regulación del divorcio».

1) Si el principio consensual tiene como consecuencia la defensa —más o menos intensa según las épocas, las sociedades y los ordenamientos— de la libertad de elección de esposo, el divorcio (sobre todo al final de su evolución: cuando es por voluntad unilateral de un cónyuge), significa la consagración de la posibilidad de corregir esa elección tantas veces como se desee¹¹¹; pero entonces el matrimonio, considerado tradicionalmente como una de las decisiones más fundamentales y de mayor trascendencia es la vida de una persona, pierde progresivamente dichas notas, en la medida en que tal opción fundamental puede ser corregida, e intentada de nuevo. Se produce, de este modo, una creciente trivialización tanto del consentimiento matrimonial¹¹² como del matrimonio. Lo cual tiene, también, algunas consecuencias técnicas: por ejemplo, la paralela pérdida de importancia del control sobre la intensidad y pureza —matrimonialidad— del consentimiento matrimonial, que es lo que justifica la teoría (y la práctica) de las nulidades: dicho control y dicha teoría tienen sentido cuando el consentimiento recae sobre un objeto cuyas repercusiones son decisivas en la vida de quien consiente; pero lo tienen mucho menor cuando el objeto del consentimiento es solo relativamente importante y cuando, además, cabe la revocación eficaz de dicho consentimiento a través del divorcio, con efectos de disolución del vínculo creado¹¹³. Con razón ha escrito Anderson que «un sistema de divorcio que depende de la voluntad de cualquiera de los cónyuges, hace más

que proporcionar una salida del matrimonio. Cambia las reglas para la entrada en él»¹¹⁴. Paralelamente, la nulidad del matrimonio sufre una progresiva pérdida de importancia —práctica y teórica— en un sistema que permite a los cónyuges extinguir el vínculo por medio del recurso al divorcio, sin necesidad de acudir a los capítulos de nulidad, que, como es sabido, presentan notables dificultades de prueba (y no solo de prueba)¹¹⁵.

2) La consagración del divorcio por mutuo consentimiento, o por voluntad unilateral de uno de los esposos, es un paso decisivo en la relación de dependencia (prácticamente de subordinación) entre el matrimonio y la voluntad del individuo: si dicha voluntad es desde hace ya siglos soberana a la hora de crear el vínculo, lo es también ahora a la de extinguirlo. Como indica Glendon, la principal novedad introducida por el divorcio, no es el carácter precedero del matrimonio, o la frecuencia de segundas y terceras nupcias (en otros tiempos provocadas por el elevado nivel de mortalidad), sino el papel de la elección individual en la formación y disolución del matrimonio¹¹⁶.

C) Matrimonio y uniones no matrimoniales

a) La desafección al matrimonio

Uno de los fenómenos más característicos de la modernidad (o quizás post-modernidad) en relación

114. ANDERSON, *op. cit.*, p. 18.

115. Con todo, en favor de la diferente funcionalidad de ambas figuras (nulidad y divorcio), BERNARDEZ CANTON, «Elementos definidores del matrimonio implícitos en las causas de nulidad y separación», en *Libertades fundamentales y sistema matrimonial*, vol. 2º, p. 7.

116. Cfr. GLENDON, *op. cit.*, p. 194. Más adelante volveremos sobre ello.

111. Cfr. GLENDON, *op. cit.*, p. 296.

112. Cfr. VILADRICH, *Agonía del matrimonio legal. cit.*, p. 124. Volveremos sobre la cuestión, brevemente, en la segunda parte de este trabajo.

113. Sobre lo cual, *vid.* VILADRICH, *op. cit.*, especialmente pp. 124

con la familia y el matrimonio es lo que Malaurie ha denominado la desafección hacia el matrimonio: cada vez hay menos matrimonios, y cada vez el matrimonio tiene menos sentido, porque es cada vez más inestable¹¹⁷. Una de las formas en que se manifiesta más claramente esa desafección es la proliferación —al menos aparente— de las uniones no matrimoniales¹¹⁸; es decir, de las situaciones más o menos estables y públicas de unión *more uxorio* entre un hombre y una mujer, no precedidas de la asunción del vínculo matrimonial¹¹⁹. Malaurie se refiere, entre las numerosas y confusas

117. MALAURIE, *La famille*, cit., p. 54.

118. Probablemente no tan numerosas como aparentan: entre nosotros, de acuerdo con datos del INE referidos a 1991, de un total de 12.057.548 uniones estables, 198.978 (aproximadamente el 1'7%) serían uniones no matrimoniales. En países geográfica y culturalmente cercanos las cifras son similares (1'4 en Italia, en 1985), aunque en otros aumentan considerablemente, hasta acercarse al 20 % (19'9 % en Suecia, para fechas similares): vid. el informe presentado por la Comisión Europea en 1994, bajo el título *La situación demográfica en la Unión Europea* (Com. 94, 595 final), p. 51. Con todo, los datos sociológicos adolecen de una cierta confusión: cfr., por ejemplo, los reflejados por GALLEGO DOMINGEZ, *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales* (Madrid, Centro de Estudios Registrales, 1995), p. 33, nota 9.

De todas formas, el propio MALAURIE advierte que se puede percibir ya una corriente de desafección también hacia estas uniones, sustituidas por una vida en solitario (*op. cit.*, p. 54, y p. 130), con encuentros sexuales esporádicos u ocasionales, alejados hasta de la falta de compromiso que es el elemento constitutivo radical de las uniones de hecho, según veremos más adelante. Consideraciones paralelas llevan a REMY a afirmar que lo que está en crisis no es el matrimonio, sino la pareja («Philosophie du mariage civil dans la législation contemporaine» cit., p. 24). Vid. también, en parecido sentido, RIEBER, «Individuación y autorrealización...» cit., p. 276. Sobre la proliferación de los hogares unipersonales (es decir, cada vez menos familias), pueden verse los datos contenidos en el informe presentado en 1994 por la Comisión Europea, *La situación demográfica en la Unión Europea*, p. 49 (y el cuadro general de la p. 48); así como los ofrecidos por LAMO DE ESPINOSA, «¿Nuevas formas de familia?» cit., pp. 52 y s.

119. Sobre esta caracterización (por lo demás, superficial) de las uniones no matrimoniales, a las que más adelante habremos de dedicar nuevamente nuestra atención, con mayor detalle, vid., por ahora, GLENDON, «La

causas de este fenómeno, especialmente a dos no jurídicas: «el trabajo de las mujeres y el miedo a la vida. 1) El matrimonio se impone en una sociedad en la que un individuo difícilmente puede vivir solo; a partir del momento en que las mujeres tienen una actividad profesional que les proporciona independencia económica, el matrimonio les parece menos necesario. 2) El matrimonio es el estado en el que la mayor parte de la gente desea procrear y educar a sus hijos: si no hay hijos, no hay matrimonio; si no hay matrimonio, no hay hijos. El hedonismo contemporáneo, la elevación del nivel de vida, el miedo al futuro, la vinculación exclusiva al momento presente, la poca importancia concedida a la duración, el dominio de la fecundidad, el retroceso de la práctica religiosa, el sexismo ambiental, todas estas causas hacen menos deseable la llegada de los hijos, el compromiso de futuro y, en consecuencia, el matrimonio»¹²⁰.

Si entre las causas pueden indicarse las que anteceden, y todavía otras (alguna de carácter jurídico, como la pérdida de sentido y contenido del matrimonio, a la que haré alusión poco más adelante), los motivos personales de quienes optan por esta vía son también variados, no siendo extraño que en más de una ocasión se solapen varios de ellos. Hay, así, motivos

transformation des rapports entre l'Etat et la famille dans l'évolution actuelle du Droit aux Etats-Unis», en *Famille, Droit et Changement social dans les sociétés contemporaines*, cit., p. 19.

120. MALAURIE, *op. et loc. cit.* Desde mi punto de vista, no cabe duda de que la progresiva generalización del trabajo de la mujer, que le dota de independencia económica, aparece como un factor de desafección al matrimonio, y también de fragilización del mismo. Pero tales consecuencias (de las que, por lo demás, el trabajo de la mujer no creo que sea la causa fundamental, sino todo lo más una concausa accesoria) no merman el juicio positivo que, en mi opinión, merece globalmente el acceso de la mujer a las diferentes actividades profesionales.

ideológicos de rechazo al matrimonio (entendido éste como estructura formal que coarta la espontaneidad del amor) o al formalismo burocrático; motivos ligados a consideraciones de carácter económico, fiscal o jurídico (deseo de evitar la pérdida de derechos ligada al matrimonio); hay quienes no se casan por no reunir los requisitos legales para ello, o porque antes prefieren probar durante un tiempo la solidez de la unión (matrimonio a prueba), etc. Como puede observarse, son motivos heterogéneos, que no necesariamente suponen un rechazo explícito del matrimonio: sobre todo cuanto este no se contrae como consecuencia de la presencia de algún impedimento que lo veda.

b) *El recíproco acercamiento entre matrimonio y uniones no matrimoniales*

Más adelante volveremos, como ya he anunciado, sobre algunas de estas cuestiones. Quiero ahora detenerme en la relación entre las uniones no matrimoniales y el matrimonio, y más concretamente, en el fenómeno de aproximación entre ambos que se ha producido en buena parte de los ordenamientos occidentales, pero sobre todo en los convencionalmente considerados como más avanzados (nuevamente Suecia y USA pueden servir de ejemplo)¹²¹. Inicialmente, entre matrimonio y unión no matrimonial podría de-

121. Sobre la situación en Suecia, *vid.* GLENDON, *The Transformation of Family Law*, *cit.*, pp. 273 y ss., y GOTTBORG-TALVE, «Les concubinages dans les pays scandinaves», en *Les concubinages en Europe* —dir. RUBELLIN-DEVICHI— (Paris, CNRS, 1989), pp. 249 y ss; sobre la cuestión en USA, *vid.* también GLENDON, *op. ult. cit.*, pp. 277 y ss.

irse que mediaba un abismo jurídico: el matrimonio determinaba la existencia de un *status* específico, desde muchos puntos de vista privilegiado, para los cónyuges y sus descendientes, al que los conviventes no tenían acceso: derechos sucesorios, prestaciones asistenciales, beneficios fiscales, todo un conjunto, en fin, de reglas dirigidas a proteger la familia de fundación matrimonial, por su interés social. En cambio, la postura del Derecho frente a las uniones no matrimoniales, o concubinarias¹²², era más bien de indiferencia, conforme al principio atribuido a Napoleón, *les concubines se passent de la loi, la loi se desinteresse d'eux*¹²³. La situación ha cambiado radicalmente, tras la concurrencia de dos fenómenos paralelos y simultáneos: la juridificación de las uniones no matrimoniales (i) y la desjuridificación del matrimonio (ii)¹²⁴:

i) Por un lado, en los países de nuestra misma cultura jurídica, ha tenido lugar y tiene un proceso de juridificación de las uniones no matrimoniales, y de juridificación *ad instar matrimonii*: 1) En cuanto a las relaciones entre los conviventes, y los derechos o beneficios que pueden competirles constante concubinato, y una vez cesado —sea voluntariamente, sea por muerte—, se ha producido un fenómeno de progresiva

122 Sobre la terminología empleada para denominar las uniones no matrimoniales (y, más concretamente, el empleo de la palabra «concubino» y derivadas), me remito a cuanto expondré *infra*, *sub II.-3.-A*).

123 La frase es citada habitualmente en esta sede: *cf.*, por ejemplo, GAUDEMET, *El matrimonio en Occidente*, (Madrid, Taurus, 1993), p. 488; MALAURIÉ, *op. cit.*, p. 136; o BARTHELET, «Quand le Droit civil se désengage de la famille», en *Políticas de la Familia* (Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 1993), p. 378 —quien, a su vez, cita en su nota 50 a SAVATIER, *Bonaparte et le Code Civil*, 1928—.

124 *Cf.* MENGONI, «La famiglia in una società complessa», *cit.*, p. 3.

extensión, por diferentes vías (legislativa, judicial, administrativa) y no siempre sin controversia, de normas relativas al matrimonio: así ha ocurrido, por ejemplo, con reglas relativas a derechos sucesorios o, más genéricamente, a la situación del convivente supérstite (incluyendo destacadamente la sucesión o subrogación en el contrato de arrendamiento de la vivienda que servía de hogar común); con las que establecen determinadas prestaciones de carácter asistencial (que, por otro lado, se dirigen cada vez más a los individuos en función de sus necesidades, y no de su posición familiar o de su estado); o, en general, con las que reconocen cualesquiera derechos en favor de una persona por el hecho de estar casada con otra (o de ambas, por estar casadas entre sí)¹²⁵; en último extremo, se ha llegado a aplicar a

125. Sobre todo lo cual, *vid.* por todas, las exposiciones de conjunto que realizan GLENDON, *The Transformation of Family Law*, *cit.*, pp. 252 ss.; RUBELLIN-DEVICHI (dir.), *Les concubinages en Europe*, *cit.*; MA-LAURIE, *La famille*, *cit.*, pp. 129 y ss.; para el Derecho italiano, OBERTO, *I regimini patrimoniali della famiglia di fatto* (Milano, Giuffré, 1991); DOGLIOTTI, voz «Famiglia di fatto», en *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione civile*, vol. VIII (Torino, UTET, 1992), pp. 194 y ss.; BERNARDINI, *La convivenza fuori del matrimonio* (Padova, CEDAM, 1992); o, respecto al Derecho español, ESTRADA ALONSO, *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español*, (2ª ed., Madrid, Civitas, 1991), especialmente pp. 115 y ss.; GALLEGO DOMINGUEZ, *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*, *cit.*

Tropieza, en cambio, con graves dificultades en la práctica, la extensión a las uniones no matrimoniales de las normas reguladoras del régimen económico matrimonial: *cfr.*, entre nosotros, ESTRADA ALONSO, *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español*, *cit.*, pp. 174 y s.; TORRES LANA, «De nuevo sobre relaciones patrimoniales entre parejas no casadas», *Aranzadi Civil* 1993-II, pp. 2407 y ss. Las diferencias en este punto entre el matrimonio y las uniones paramatrimoniales han sido calificadas por DOGLIOTTI —autor que, significativamente, lleva al extremo en su planteamiento el paralelismo entre ambas situaciones— como insuperables (*op. cit.*, p. 195). Respecto a la siempre ilustrativa situación en USA, tras los pasos de *Marvin v. Marvin*, *vid.* GLENDON, *op. ult. cit.*, pp. 278; la misma autora se refiere, sin embargo, a la existencia de factores de aproximación entre matri-

la extinción voluntaria de la unión no matrimonial las mismas reglas que regulan las consecuencias del divorcio¹²⁶. 2) En cuanto a la situación de los hijos, como he indicado más arriba, la equiparación entre la filiación matrimonial y la no matrimonial hace que, salvo en lo relativo a las presunciones de paternidad¹²⁷, sea prácticamente la misma en uno y otro caso.

¿Cuál sería el fundamento de esta equiparación? Se mueve, como era de esperar, en los mismos terrenos que venimos explorando en esta fase del análisis. En síntesis: el matrimonio no es sino una forma, si se quiere muy difundida histórica y culturalmente, de organizar los individuos sus relaciones afectivas, sexuales y convivenciales, en búsqueda de su propia felicidad. Pues bien, las uniones no matrimoniales —y el planteamiento sería extensible a las uniones homosexuales— son otra forma de organizar los individuos esas mismas relaciones, tan legítima como el matrimonio, y por tanto tan acreedora como él de reconocimiento y protección social (y jurídico). En esta misma línea, se resalta que en el matrimonio lo verdaderamente importante no es la forma o la celebración (las formalidades burocráticas de que hablaremos más adelante), sino la convivencia y la afectividad; pues bien, convivencia y afectividad —esta vez sin formalidades— conforman el ser de las uniones no matrimonia-

monio y uniones no matrimoniales en relación con esta materia (p. 281). También en Suecia, a partir de una cierta reticencia, hay intentos (legislativos) de aproximación de la situación patrimonial de los convivientes a la de los cónyuges, al menos en algunos aspectos determinados (*cfr.* GOTTBERTALVE, *op. cit.*, pp. 252 y ss.).

126. En relación con éste último aspecto, *vid.* por ejemplo, GLENDON, *op. cit.*, pp. 275, y 287; o DOGLIOTTI, *op. cit.*, pp. 196 y s.

127. Aunque no falta quien propone que la presunción de paternidad se aplique también en caso de concubinato: *cfr.* HANOTIAU, «Reflexions sur l'union libre», en *L'union libre* (Bruxelles, Bruylant, 1992,) p. 23.

les: se trataría de la misma realidad, «formalizada» (matrimonio) o no (uniones no matrimoniales) y, por tanto, el tratamiento jurídico debería ser el mismo¹²⁸.

ii) Con cuanto queda dicho concurre un fenómeno paralelo de desjuridificación del matrimonio, con respecto al cual me limitaré, brevemente, a señalar: 1) por un lado, la disminución y pérdida de importancia de los impedimentos matrimoniales¹²⁹ y de los requisitos de forma, precisamente para permitir a quienes ya conviven acceder al matrimonio¹³⁰: se facilita así progresivamente el acceso al matrimonio; 2) por otro lado, el proceso de progresiva ampliación del divorcio, hasta llegar al divorcio por mutuo consentimiento, o por voluntad unilateral de uno de los cónyuges, sometiendo por tanto el matrimonio directamente a la voluntad de los cónyuges de continuar casados: se facilita, así, la disolución del vínculo, de manera que se viene a exigir la presencia de una voluntad matrimonial constante, o casi constantemente renovada¹³¹.

128. *Vid.*, por ejemplo, las consideraciones contenidas en el citado trabajo redaccional «The Constitution and the Family», especialmente pp. 1291 y ss.

129. Cfr. FUENMAYOR, *Divorcio: legalidad, moralidad y cambio social*, cit., pp. 96 y s. NAVARRO VALLS da cuenta de la propuesta de Ley Uniforme sobre Matrimonio y Divorcio para USA (1970), en la que «se reducen drásticamente los impedimentos para el matrimonio» (*Matrimonio y Derecho*, cit., p. 43). BARTHELET, por su parte, concluye que el Derecho civil parece desinteresarse de la formación del matrimonio («Quand le Droit civil se désengage de la famille» cit., p. 368).

130. Cfr., respecto a los países nórdicos, SUNDBERG, «Facteurs et tendances dans l'évolution moderne du droit de la famille des pays nordiques. Rêves et réalités», cit., p. 74; para USA, la propuesta de Ley Uniforme citada en la nota precedente se caracteriza también, al decir de NAVARRO VALLS (*op. et loc. cit.*) por su contenido desformalizador.

131. Cfr. MALAURIE, *La famille*, cit., p. 44; BARTHELET, *op. cit.*, p. 370. Tal es la propuesta, por ejemplo, de FURGIUELE, *Famiglia e libertà*, cit., p. 274; o, entre nosotros, CLAVERIA GOSALBEZ, y su idea del matrimonio como acto jurídico permanente («Hacia una nueva concepción del matrimonio», pp. 1275 y ss.).

Tras este doble fenómeno, resulta que las diferencias entre el matrimonio y las uniones no matrimoniales quedan en la práctica considerablemente difuminadas¹³². Más aún si se toma en consideración una definición de matrimonio que ha encontrado una cierta fortuna, sobre todo en los países considerados como más avanzados (Suecia, USA), de acuerdo con la cual el matrimonio no sería sino una asociación de dos individuos independientes¹³³: si esto es así, y si se asume que el punto de semejanza entre el matrimonio y las uniones no matrimoniales es el hecho de la cohabitación¹³⁴, unida en su caso a la existencia de una cierta relación de afectividad (es decir, si se asume que la realidad vital y social que subyace bajo el matrimonio es exactamente la misma que la que hay bajo el concubinato), resulta que la diferencia entre el matrimonio y las uniones no matrimoniales, desde el punto de vista de su contenido esencial (cohabitación) y de sus efectos jurídicos, sería prácticamente inexistente; y resulta también que la mutua aproximación que se ha ido produciendo entre ambas realidades desde el punto de vista jurídico, vendría a coincidir con la respuesta más razonable, en la medida en que da el mismo trato a dos

132. Es una afirmación muy habitual: cfr., entre otros, MEULDERS, «Famille, Droit et Changement social dans les sociétés contemporaines...» cit., pp. 693 y ss.; FUENMAYOR, *Divorcio: legalidad, moralidad y cambio social*, cit., pp. 96 y s.; GLENDON, *op. cit.*, pp. 284 y ss.; ANDERSON, «Tendencias fundamentales de la política familiar en los Estados Unidos», cit., p. 18; MENGONI, *op. et loc. cit.*; NAVARRO VALLS, *op. cit.*, p. 42.

133. Cfr. GLENDON, «La transformation des rapports entre l'Etat et la famille dans l'évolution actuelle du Droit aux Etats-Unis», en *Famille, Droit et changement social dans les sociétés contemporaines*, cit., p. 32, o *The Transformation of Family Law*, cit., pp. 102 y s. y 282 y s.; MEULDERS, «L'évolution du mariage et le sens de l'histoire» cit., p. 227; NAVARRO VALLS, *op. et loc. cit.*

134. ZIMMERMANN, *Couple Libre* (Strasbourg, CERDIC, 1982), p. 13.

situaciones jurídicamente iguales (en lo sustantivo), aunque pueda mediar entre ambas alguna diferencia accidental (la forma matrimonial). A partir de lo cual se ha llegado a afirmar que «es el mismo matrimonio el que tiende a convertirse en la «shadow institution» de la unión libre, vaciándose poco a poco de su contenido tradicional, y destacadamente de sus efectos de solidaridad en el plano de las relaciones personales y patrimoniales, en beneficio de una creciente o total autonomía de los esposos»¹³⁵.

Concluiré este apartado con unas palabras de Fuenmayor, que resumen con gran acierto el proceso que ha tenido lugar, y sus repercusiones en cuanto al concepto de matrimonio: «concubinato y matrimonio se han aproximado, al recorrer uno y otro buena parte del camino que los separaba. El matrimonio en el nuevo Derecho tiende así a emular a la unión libre —a la unión de hecho, ahora reconocida por el Derecho mediante una amplísima legalización— en puntos de gran importancia: se desconoce la estabilidad garantizada por la ley y se suprimen impedimentos. La creciente privatización del matrimonio —fruto de la «ideología del permisivismo»— pone en el centro del nuevo Derecho el arbitrio de la voluntad de los contrayentes, que ata con un contrato no sometido a limitaciones impuestas por la ley o desata por el divorcio. De tal modo, se despoja a la institución de uno de sus caracteres esenciales, que le distinguía del concubinato —la indisolubilidad— y se permite el matrimonio aun en el caso de existir impedimentos —ahora borrados de las leyes— que antes se consideraban insuperables. Al comentar las orientaciones del nuevo Derecho sueco, dice

135. MEULDERS, «Famille, Droit et Changement social dans les sociétés contemporaines...» *cit.*, pp. 694.

Sundberg de un modo muy expresivo: «en una sociedad en la que se pueden mantener relaciones sexuales casi con cualquiera, los impedimentos matrimoniales empiezan a parecer ridículos»¹³⁶.

D) ¿Qué queda del matrimonio?

Tal es la pregunta que cabe formular después de cuanto antecede. Por un lado, lo esencial parece ser la situación fáctica de cohabitación, unida a la voluntad actual de mantenerla (es decir, a una suerte de *affectio maritalis*: lo que ocurre es que el calificativo de marital —mejor, matrimonial— solo dudosamente puede ser predicado de la voluntad de los conviventes, como veremos más adelante)¹³⁷ por parte de los conviventes

136. FUENMAYOR, *Divorcio: legalidad, moralidad y cambio social*, *cit.*, pp. 96 y s.

137. En la doctrina se ha hablado con razón, como consecuencia de esta situación, de un redescubrimiento del (o retroceso al) matrimonio romano: cfr., por ejemplo, FUENMAYOR, *op. cit.*, p. 103; MENGONI, «La famiglia in una società complessa» *cit.*, pp. 5 y s.; *vid.* también la exposición gráfica que hace MALAURIE del papel que juega el consentimiento en el matrimonio en Derecho Romano (consentimiento constantemente renovado), en Derecho Canónico (consentimiento dado de una vez para siempre), en el matrimonio contemporáneo (consentimiento renovado casi constantemente) y en el concubinato (consentimiento constantemente renovado): *La famille*, *cit.*, pp. 44 y 133. Como sabemos es un planteamiento que, con diversos matices, no carece de partidarios: cfr., entre nosotros, CLAVERIA GOSALBEZ, «Hacia una nueva concepción del matrimonio» *cit.*, pp. 1295 y ss.; algo parecido puede encontrarse en las propuestas de IBÁN, «Notas para una propuesta de definición del matrimonio», *cit.*; y ARECHEDERRA ARANZADI, «El matrimonio informal» *cit.*, especialmente pp. 104 y ss.

La *affectio maritalis* romana, sin embargo, no debe ser confundida con la afectividad propia de la relación conyugal o paraconyugal, sobre la que, como veremos, se funda muy habitualmente —también en el plano legislativo— la equiparación entre el matrimonio y las uniones no matrimoniales. La *affectio maritalis* romana se sitúa en el ámbito del consentimiento, y a la función que éste desempeña en el nacimiento y subsistencia del matrimonio:

—y desde este punto de vista «sustantivo», no habría diferencia entre el matrimonio o la unión no matrimonial—; por otro lado, los efectos serían, en uno y otro caso, prácticamente los mismos. ¿En qué se diferenciarían, entonces, el matrimonio de las uniones no matrimoniales? La respuesta, desde la perspectiva alcanzada en las páginas que anteceden, parece clara: en la forma; pero *sólo* en la forma, sin que ello signifique otra cosa que el cumplimiento de unas determinadas formalidades (ritos) sociales o religiosas; es decir, la forma entendida como formalidad, mero trámite burocrático que no añade nada a lo importante desde el punto de vista sustantivo. Entonces el matrimonio es lo mismo que la

se refiere más bien a la voluntad de seguir unidos en matrimonio, y a su manifestación externa, y se relaciona con el *honor matrimonii*: vid., por todos, GAUDEMET, *El matrimonio en Occidente*, cit., p. 41; D'ORS LOIS, «Principios y criterios fundamentales de estructuración del sistema matrimonial en el Derecho Romano», en *Libertades fundamentales y sistema matrimonial*, cit. p. 14; BERNARDINI, *La convivencia fuori del matrimonio* (Padova, CEDAM, 1992), pp. 163 y s. y 194 y s.. La diferencia entre matrimonio y concubinato (que hay que considerar, en la perspectiva actual, presidido también por una relación de afectividad entre los concubinos) residía precisamente en la ausencia en este último de la *affectio maritalis*: GAUDEMET, «Union libre et mariage dans la Rome imperiale», en *Le Droit de la famille en Europe*, cit., p. 377.

La diferencia entre afectividad (en el sentido moderno) y la *affectio maritalis* romana (presencia constante de una voluntad de permanencia) quizá pueda entenderse mejor haciendo referencia a la *affectio societatis* (cuya autonomía, como se sabe, es debatida) que, evidentemente, no aludía a la existencia de relación de afectividad alguna entre los socios, o de éstos respecto a la sociedad por ellos constituida: se trata más bien de la voluntad permanente de mantener la sociedad; en palabras de LACRUZ BERDEJO (en LACRUZ BERDEJO et al., *Elementos de Derecho civil II-3º* —2ª ed., Barcelona, J.M. Bosch Editor, 1986—, p. 391) «acaso, con todo, puede hablarse de una *affectio societatis* como elemento característico del contrato de sociedad y distinto del consentimiento contractual, precisamente una vez prestado éste, para designar la *voluntad de unión*, implícita pero operante en cada momento, merced a la cual el contrato no se disuelve en las sociedades que no tienen plazo fijado de duración, en las cuales, a diferencia de los otros contratos, los efectos se mantienen por la voluntad continuada de las partes».

unión libre (o ésta lo mismo que aquél), salvo en lo relativo a las formalidades. Pero en tal caso la conclusión (reduccionista) se impone por sí misma: el matrimonio es una mera forma¹³⁸.

En palabras de Viladrich (la cita, nuevamente, es larga, pero creo que muy ilustrativa), «está muy extendida la convicción de que lo único que diferencia la simple unión de hecho entre varón y mujer y el matrimonio, reside en que éste último se ha celebrado con los requisitos de forma y solemnidades prescritos por la legalidad vigente y se ha inscrito en los registros oficiales, mientras que toda esa ceremonia legal ha faltado en el primer caso. En uno y otro supuesto, sin embargo, no habría diferencias substanciales, esto es, en la naturaleza de las relaciones «maritales». La diferencia estaría en la celebración legal y en la correspondiente inscripción registral. El primer caso quedaría fuera del Derecho por falta de su legal celebración; mientras el segundo sería «matrimonio» precisamente porque su celebración formal lo constituiría en realidad legal y oficial. El matrimonio, pues, sería la forma legal de «hacer las cosas» entre un hombre y una mujer; y las otras formas serían extralegales. En suma, el matrimonio consistiría en la vida marital legalizada»¹³⁹. En expresión de Lalaguna, recogida por Navarro Valls para aplicarla a un análisis paralelo a éste, de esta manera la realidad consensual queda apenas reducida a mera forma solemne¹⁴⁰.

Tal conclusión, en una época de progresivo aleja-

138. Cfr. GLENDON, «La transformation des rapports entre l'Etat et la famille dans l'évolution actuelle du Droit aux Etats-Unis», cit., pp. 19 y s.; ZIMMERMANN, *Couple Libre*, cit., p. 75; VILADRICH, *Agonía del matrimonio legal*, cit., pp. 119 y ss. (con reflexiones especialmente sugerentes).

139. VILADRICH, *op. cit.*, p. 119.

140. Cfr. NAVARRO VALLS, *Matrimonio y Derecho*, cit., p. 65.

miento de formalismo, al menos en este campo¹⁴¹, supone en gran medida exponer al matrimonio no solo al desuso por quienes quieren preservar la espontaneidad de su amor de formalismos burocráticos que solo sirven, al menos en apariencia, para desnaturalizarlo, sino también a una cierta reacción en contra, en la medida en que el matrimonio podría ser considerado como un mecanismo inductor de la hipocresía social. En palabras, otra vez, de Viladrich, «aumenta la creencia de que «casarse» es un acto de conformismo social, un «pasar por la ventanilla burocrática de la ley» para obtener el permiso o documento según el cual ya se pueden tener relaciones sexuales o hijos con «honorabilidad social», dentro de la legalidad»¹⁴².

Una última advertencia. Los cambios legales relatados más arriba, en la medida en que se traducen en un dominio casi absoluto de la voluntad del individuo a la hora de «diseñar» su matrimonio —es decir, de determinar su existencia, su contenido y su disolución—, permiten que pueda haber prácticamente tantos «modelos» de matrimonio como individuos implicados¹⁴³. Si el acceso al matrimonio está abierto, casi sin restricciones, a quienes quieran contraerlo, por el solo hecho de querer contraerlo (pérdida de importancia de los impedimentos); si el deber de fidelidad no goza prácticamente de protección legal alguna (despenalización del adulterio; divorcio y separación puramente objetivos); si caben cualesquiera combinaciones entre sexualidad,

141. Cfr. GLENDON, *The Transformation of Family Law*, cit., p. 290.

142. VILADRICH, *op. cit.*, p. 124.

143. Los autores han acuñado diferentes expresiones que aluden gráficamente a este fenómeno. NAVARRO VALLS (*op. cit.*, p. 130) habla de matrimonio a la carta; HAUSER y HUET-WEILLER se refieren a la familia de contenido variable (*La famille. Fondation et vie de la famille* —Paris, LGDJ, 1989—, p. 5, nota 1).

procreación, matrimonio y familia (medios contraceptivos, técnicas de reproducción asistida, desaparición del impedimento de impotencia¹⁴⁴); si, en fin, el matrimonio se disuelve por el consentimiento de ambos cónyuges, o la voluntad de uno de ellos; entonces hay que concluir que, en efecto, el ordenamiento positivo carece de un concepto propio de matrimonio, y que dentro del mismo caben opciones muy diferentes, referidas no solo a sus elementos o aspectos accidentales, de difícil homogeneización¹⁴⁵. «Como resultado —concluye Viladrich—, se difumina el sentido natural y estricto del matrimonio, y se termina integrando bajo el nombre puramente *legal* de matrimonio, toda una serie de fórmulas sexuales cuya único denominador común reside en que las partes han «pasado ante el juez» y tienen un certificado legal. Dado que el contenido real de esas uniones es diversísimo y contradictorio, y su único punto común es la formalidad de «pasarse por la ventanilla de la ley», el matrimonio queda convertido en una palabra que no significa otra cosa que «una formalidad

144. En cuya virtud la procreación deja de ser finalidad esencial del matrimonio legal: cfr. entre otros, DE PABLO CONTRERAS, «En torno a los «fines propios del matrimonio» del artículo 25.1 de la Compilación Aragonesa», AC 1986, pp. 1588 y ss.; BERNARDEZ CANTON, «Elementos definidores del matrimonio implícitos en las causas de nulidad y separación», en *Libertades fundamentales y sistema matrimonial*, cit., pp. 50 y s.; DE LA HERA, «La definición del matrimonio en el Ordenamiento jurídico español» cit., p. 41; IBAN, «Notas para una propuesta de definición del matrimonio», cit., p. 582. Desde una perspectiva antropológica, CHOZA, *Antropología de la sexualidad* (Madrid, Rialp. 1991), pp. 222 y ss.

145. En esta línea, ARECHEDERRA ARANZADI (*El consentimiento matrimonial* —Pamplona, EUNSA, 1989—, pp. 19 y s.), a partir de la liviandad del contenido (legal) del matrimonio, debida a su falta de vigor teleológico, describe la situación afirmando que el matrimonio «es un tipo negocial —causa— que da lugar a un estado civil —liviamente definible— al que los contrayentes incorporan unos motivos plenamente subjetivos, compatibles con un cauce común —la disciplina matrimonial— de carácter familiar, en el más amplio sentido de la expresión».

legal y social convencional» carente de contenido preciso, concreto y estricto»¹⁴⁶.

En esta perspectiva, ¿qué queda del matrimonio? Cada vez más, solo un nombre y una forma (*i.e.*, unas formalidades). Una cáscara vacía¹⁴⁷.

5. Necesidad de un replanteamiento del tratamiento jurídico del matrimonio y la familia.

Como he advertido más arriba, el proceso secular de subjetivización del matrimonio es, en buena medida, un proceso de ideologización del mismo: cuando el matrimonio deja de ser considerado como una realidad prevalentemente objetiva, natural, queda pronto sometido, no solo de hecho (lo que es en cierta medida inevitable), sino intencionalmente, a los vaivenes de las diferentes ideologías. De ahí «la preponderancia de las instancias ideológicas y políticas en la orientación del modelo y de las legislaciones familiares de las sociedades contemporáneas» (Meulders)¹⁴⁸. Más aún, el

146. VILADRICH, *op. et loc. cit.*

147. Pero *vid.* las reflexiones de LO CASTRO, «L'idea di matrimonio e i rapporti interordinamentali», en *Tré studi sul matrimonio* (Milano, Giuffrè, 1992), p. 62, quien tras afirmar que el matrimonio no se presenta, para el Derecho positivo, como un esquema vacío de contenido que cada cual puede rellenar a su gusto, reconoce que buena parte de ese contenido positivo del matrimonio depende directa o indirectamente de la voluntad de los cónyuges (o, en otro plano, de las relaciones de filiación).

Con todo, no está de más recordar, con DE LA HERA («La definición del matrimonio en el Ordenamiento jurídico español» *cit.*, pp. 15 y s.) que el matrimonio se ha vaciado de sentido, pero no de significado, como quedaría demostrado por la pretensión de equiparación jurídica entre las uniones no matrimoniales y el matrimonio, o de acceso de los homosexuales al matrimonio legal.

148. MEULDERS, «Famille, Droit et Changement social...» *cit.*, p. 70.

Derecho de Familia ha sido empleado en más de una ocasión como instrumento político-revolucionario, para provocar tanto el cambio social, como el asentamiento del nuevo orden revolucionario¹⁴⁹.

Es también cierto, como ha afirmado Glendon, que en su mayor parte las transformaciones experimentadas por el Derecho de Familia, y más en los aspectos ahora considerados, no parecen obedecer a la existencia de un conjunto coherente de objetivos, hasta tal punto que cada país parece haber perseguido más bien un cierto número de finalidades diferentes y aún contradictorias en sus leyes o programas relativos al matrimonio; vistos individualmente (sigue diciendo Glendon), los desarrollos legales así producidos parecen tener un carácter casual, y casi fortuito¹⁵⁰. En esta misma línea, se ha podido también afirmar respecto al Derecho español, que «después de diez años de reformas legislativas que parecen haber cerrado el ciclo abierto por la promulgación de la Carta Magna de 1978, el jurista tiene la impresión de que... se ha perdido el rumbo y que el timón nadie lo gobierna, o, peor aún, que está a merced de incontrolados e imprevisibles grupos extremistas» (García Cantero)¹⁵¹.

Sí es posible, sin embargo, identificar una línea subyacente en todo el proceso (la de la progresiva consolidación del individualismo). Pero esa idea subyacente resulta no ser especialmente útil para afrontar una realidad tan característica como es el matrimonio, y con él la familia. Antes bien, es distorsionadora por su carácter marcadamente disolvente, según tendremos

149. Cfr. RHEINSTEIN, «The Family and the Law», *cit.*, p. 11.

150. Cfr. GLENDON, *The transformation of Family Law*, *cit.*, p. 2.

151. GARCIA CANTERO, «La crisis de la sexualidad y su reflejo en el Derecho de Familia», *cit.*, p. 343.

ocasión de ver con más detalle en la segunda parte de este trabajo: podría afirmarse que no es una perspectiva de cohesión sino de disgregación, en ocasiones en abierta contradicción con la naturaleza y finalidades a que atiende dicha realidad¹⁵². Ello puede observarse con toda claridad, por ejemplo, en determinados planteamientos relativos al predominio del principio del libre desarrollo de la personalidad en las relaciones matrimoniales y familiares, o a la legitimidad de las uniones no matrimoniales, que parecen dirigirse más contra el matrimonio que a favor del individuo¹⁵³. Probablemente ello tiene directa relación con la clave última que explica las transformaciones del Derecho de Familia; dicha clave es, en palabras de Viladrich, «la pérdida por el hombre del sentido de su naturaleza de ser personal»¹⁵⁴.

Tal aparente falta de rumbo y de objetivos claros en las transformaciones del Derecho de Familia concurre con una paradoja puesta también de relieve por Viladrich: mientras nuestra época ha dedicado un impresionante esfuerzo para tratar de identificar el mejor modelo (o sistema de modelos) en materia matrimonial, familiar y sexual, los resultados prácticos, desde el punto de vista sociológico, podrían justamente ser considerados como pésimos: «toda esta imponente e incomparable dedicación de energías en busca de una mejor fórmula familiar coincide en nuestra época con una degradación —no menos imponente e incompara-

152. Vale la pena resaltar que el informe *La situación demográfica en la Unión Europea* a que me he referido *supra*, encabeza su capítulo 3, dedicado a la familia, con el significativo título «Disgregación de la estructuras familiares».

153. Cfr. LACRUZ BERDEJO, *Elementos...* IV, cit. p. 32; D'AGOSTINO, *Linee di una filosofia della famiglia*, cit., pp. 139 y s.

154. VILADRICH, *Agonía del matrimonio legal*, cit., pp. 27 y s.

ble— de aquellos índices de calidad humana de la convivencia social más directamente relacionados con el acierto o fracaso de las estructuras familiares: por ejemplo, el descenso de la tasa de matrimonios contraídos y de la natalidad, los incrementos de la contracepción, del aborto clandestino y legalizado, de las rupturas matrimoniales de hecho y de derecho, del número de niños abandonados y maltratados, del suicidio infantil y juvenil, de la tasa de psicopatías de los niños y los adolescentes de etiología familiar, de la delincuencia, drogadicción y alcoholismo juvenil, del índice de delitos sexuales, de la tasa de envejecimiento de la población, de las soluciones extrafamiliares para la atención de la infancia o de la tercera edad, del auge de la eutanasia, etc.»¹⁵⁵.

Se trata de una paradoja que el mismo Viladrich explica con la gráfica fábula del viaje al Polo Norte: un explorador se dirige hacia el Polo Norte a través de un vasto paisaje helado, en un trineo que avanza en dirección Norte a gran velocidad; cada vez que el viajero comprueba la distancia que le separa de su meta, repara que es mayor, aún siendo correcta la dirección en que avanza; la explicación, una vez alejados de la escena para alcanzar mayor perspectiva, es que el explorador avanza con su trineo sobre un gigantesco iceberg que se desplaza hacia el sur a mucha mayor velocidad que el viajero hacia el norte. «También en la crisis actual de la familia es aconsejable —concluye Viladrich— una prudente perspectiva que nos evite ser víctimas de lo inmediato. Esa crisis no es tanto de falta del deseo de ideales —que hay síntomas de un pronto clamor por ellos—, cuanto de un radical error en la base misma

155. Cfr. VILADRICH, *op. cit.*, p. 18.

desde la que se persiguen aquellos ideales de mejora de la pareja humana. Y este yerro de base conduce a las más diversas alternativas sexuales, matrimoniales y familiares, que sobre él se emprenden, a la fatal producción de contravalores, al empobrecimiento de los lazos humanos y a la conciencia de frustración»¹⁵⁶.

Es preciso, pues, recobrar la perspectiva, y proceder a un replanteamiento global de las cuestiones hasta ahora abordadas¹⁵⁷. Naturalmente, este trabajo no puede afrontar dicho replanteamiento en toda su extensión ni profundidad. Me limitaré, por tanto, a apuntar algunas líneas de reflexión, al hilo precisamente de las principales cuestiones que han quedado expuestas hasta el momento. Adoptaré a tal fin una perspectiva finalista o teleológica: si el problema es la falta de vigor teleológico del matrimonio legal¹⁵⁸, de desdibujamiento de los fines de la institución matrimonial¹⁵⁹, de lo que se trataría es de recuperar ese vigor teleológico y, a partir de él, el sentido y contenido jurídicos del matrimonio.

156. VILADRICH, *op. cit.*, p. 20.

157. Cfr., parecidamente, TRABUCCHI, «Morte della famiglia» *cit.*, p. 24; LO CASTRO, «L'idea di matrimonio e i rapporti interordinamentali» *cit.*, p. 87.

158. Cfr. ARECHEDERRA ARANZADI, *El consentimiento matrimonial*, *cit.*, p. 19.

159. Cfr. DE LA HERA, «La definición del matrimonio en el Ordenamiento jurídico español», *cit.*, pp. 40 y s.

II. FAMILIA, MATRIMONIO Y DERECHO

1. La familia: entre lo permanente y lo contingente¹.

El proceso de subjetivización del matrimonio y la familia descrito en las páginas que anteceden tiene como consecuencia necesaria —aunque también actúa en ocasiones como presupuesto, en virtud de la interrelación entre todos estos fenómenos puesta de relieve más arriba— la afirmación del carácter contingente, puramente cultural o histórico, de la familia. Solo sobre esta base cabe afirmar la radical soberanía de la sociedad y de los individuos con respecto a la regulación de la familia y el matrimonio. Tal planteamiento puede realizarse, por un lado afirmando pura y llanamente

1. El encabezamiento de este epígrafe se inspira directamente en LA-CRUZ BERDEJO, «La familia: contingencias y permanencias», *Estudios de Deusto*, vol. XXXIV/2 (julio-diciembre de 1986), pp. 333 y ss.