

LA DEFINICION DEL MATRIMONIO EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL

(SU DETERMINACION A TRAVES DE LA TEMATICA
DE LA CAPACIDAD Y DE LOS IMPEDIMENTOS)

ALBERTO DE LA HERA
Universidad Complutense

La vigente *suprema lex* del ordenamiento jurídico español, la Constitución de 1978, utiliza cinco veces la palabra *matrimonio* y seis veces —bajo diversas formas, como sustantivo o adjetivo— la palabra *familia*¹. Y, en ninguno de estos casos, ofrece una definición cualquiera de ambas instituciones.

Cabría aseverar que, ante la ausencia de la correspondiente definición, la Constitución usa tales términos en sentido vulgar, o recurrir por ejemplo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua como autoridad que nos diga qué entiende el idioma español por matrimonio y por familia, y suponer que ese mismo es también el sentido que a las dos expresiones atribuye el legislador. Pero aparte de que ni uno ni otro resultan criterios de interpretación de las leyes —salvo el hecho de que las palabras tienen un sentido que les es propio y fuera del cual no cabe entenderlas—, es obvio que la interpretación del texto constitucional, cuando de interpretación doctrinal se trata, ha de extraerse de la *mens legislatoris*, cognoscible por medio del análisis de la elaboración del propio texto y del resto del ordenamiento, en el que el propio legislador y la jurisprudencia de los tribunales ha ido precisando el valor y contenido de los términos legales.

Cabe así plantearse, como hipótesis de trabajo, la búsqueda de una definición del *matrimonio* a través del estudio de nuestro ordenamiento matrimonial, es decir, de la normativa en la que se han desarrollado los preceptos constitucionales, y que por no haber sido objeto de una declaración de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional², hay que suponer a todos los efectos conforme con la Constitución.

¹ Vid. los artículos 32, 1; 32, 2; 39, 3; 57, 4; 149, 1, 8.^a; y los artículos 18, 1; 18, 4; 35, 1; 39, 1; 50; 65, 1.

² Al que, según el artículo 161 de la Constitución, toca efectuar tal declaración.

Si juntamente con el *matrimonio* hemos hecho también referencia al término *familia*, es porque del estudio que para redactar estas páginas nos ha sido preciso llevar a cabo, se nos evidencia una íntima relación entre uno y otro; obviamente, la evidente relación natural y legal que entre ellos siempre ha existido, pero también una relación legislativa, que resulta patente en nuestro ordenamiento. Sería difícil, a la vista de éste, definir el matrimonio sin definir también a la familia, en cuanto instituciones que, desde cualquier punto de vista o actitud ideológica que se adopte, aparecen siempre estrechamente comunicadas.

La alusión a la ideología que acabamos de hacer, no debe considerarse casual. El concepto de matrimonio y de familia, tan estable durante largos siglos en toda la cultura romano-cristiana, ha experimentado en los últimos tiempos una crisis que introduce nuevos elementos o elimina otros que configuraban hasta hace poco —incluso sustancialmente— ambas instituciones. 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 o 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 aquellas 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 el matrimonio ha perdido tantas de las que eran sus notas esenciales que ha cambiado de naturaleza?

Ese cambio de naturaleza del matrimonio —que se produce en el mundo de hoy, no sólo en la conciencia de amplios sectores sociales, sino incluso en los ordenamientos jurídicos de determinados Estados— nos ha de llevar a uno de estos dos caminos: o se conserva el matrimonio como lo han configurado por siglos sus notas esenciales, y las nuevas situaciones de unión personal reciben otro nombre, o consideramos evaporado el sentido romano-cristiano del matrimonio y aceptamos que esta palabra significa hoy algo nuevo, p. ej., la unión estable de carácter afectivo entre dos seres humanos (de momento, porque incluso este último requisito puede llegar a desmoronarse en el futuro), que en virtud de la misma tienden a establecer una convivencia familiar.

Aparece así, al tratar del matrimonio, la palabra familia. Su concepto es más social que jurídico. Desde el mundo romano hasta hoy, la configuración social de la familia ha cambiado paulatinamente. Pero siempre

tuvo, esa palabra de contenido cambiante, un significado jurídico restringido y directamente relacionado con el matrimonio, hasta el punto de que es posible acercar tanto los conceptos de familia y matrimonio *in facto esse*³ que se identifiquen: la familia sería el núcleo o célula social elemental, compuesto por los cónyuges y por la prole eventualmente nacida de su unión. La familia en sentido amplio con la que se identificó de una u otra forma la realidad social familiar (la *gens*, el conjunto de personas reunidas bajo un mismo *pater*) resultaba así de hecho ser un conjunto de familias determinadas, siendo la familia en sentido estricto o matrimonial la célula social primera.

En este sentido, el matrimonio constituía la puerta de ingreso a la familia o, dicho de otro modo, muy utilizado por la canonística clásica, existían el contrato matrimonial *in fieri* y la situación matrimonial *in facto esse*⁴.

Las modernas condiciones de vida no han roto la realidad social de la familia padres-hijos. Y siguen aceptando la posibilidad clásica de la familia sin hijos, o más concretamente el matrimonio *in facto esse*, ordenado a la prole, pero que no la obtiene. Pero junto a la misma han empezado a darse variedades: la unión no matrimonial con hijos y la unión no heterosexual.

Del mismo modo que la proliferación sucesiva de variantes hace entrar en crisis al concepto de matrimonio, también sucede lo mismo al concepto de familia. La familia, ¿es una palabra que resulta aplicable a cualquier tipo de convivencia afectiva relacionada con el intercambio sexual, con o sin matrimonio, hetero u homoesexual, monógama o polígama? ¿O bien existen tipos de uniones estables que no son familias?

Las respuestas a la interrogante sobre el matrimonio y a la interrogante sobre la familia no tienen por qué ser paralelas. Cabría escoger la tesis de que todas las formas de unión antedichas constituyen matrimonio, pero que no todas dan lugar a una familia. O al revés. Cabe una variada combinación de elementos y respuestas. Y ya eso nos prueba lo muy resbaladizo del terreno por el que caminamos. Resulta notoriamente sorprendente el empeño de una sociedad desacralizada en salvar los viejos términos para calificar las realidades nuevas. ¿Por qué ese empeño

³ «La palabra matrimonio se aplica indistintamente a dos cosas diferentes, si bien unidas entre sí por una relación de causa y efecto: la *societas conyugal* o comunidad que forman marido y mujer; y la *celebración del matrimonio*, o sea el acto por el cual ambos se entregan mutuamente como esposos. Para señalar en cada caso cuál es el sentido en que se toma, a la palabra matrimonio suele añadirse las expresiones latinas *in fieri e in facto esse*, que —queriendo decir «constituyéndose» y «ya constituido»— hacen, respectivamente, referencia a los dos momentos —causal y existencial— del matrimonio» (J. HERVADA y P. LOMBARDÍA, *El Derecho del Pueblo de Dios. Hacia un sistema de Derecho Canónico*. III, *Derecho Matrimonial*, Ediciones Universidad de Navarra 1973, pág. 18. El texto recogido aquí es de J. HERVADA, y son suyos los subrayados).

⁴ Vid. las referencias a la terminología canonística clásica al respecto que hace J. HERVADA en su *o. c.*, págs. 19-20.

de las parejas heterodoxas —frente al concepto tradicional de estas instituciones— por ser y denominarse *matrimonios*? ¿Por qué ese empeño en pasar por las ceremonias formales que alientan tantas personas que no quieren hijos, que no se disponen a guardarse fidelidad, que no apuestan por la continuidad estable de su unión y que incluso son del mismo sexo? ¿Por qué se casan? Solamente hay una explicación, me parece: reivindicación. Quieren tener la consideración social que se otorga a las uniones normales, y lo que hace que una situación de unión sea normal es la ceremonia matrimonial. El matrimonio se ha vaciado de sentido, pero no de significado.

Cierto que se da también la situación de las uniones *de facto*, que no quieren casarse. Pasan —se dice en el lenguaje ordinario— de matrimonio. Pero entonces no pasan de familia. No se casan, pero quieren ser reconocidos como una familia. Es el mito de los significados; son las palabras sagradas de las que no quiere despojarse la sociedad desacralizada. ¿O existe en el fondo un complejo de inferioridad, la convicción de que aquéllo no es y el ansia de que pueda ser?

Cierto también que puede darse una causa menor, la de las ventajas fiscales o laborales reconocidas por la legislación a las uniones matrimoniales o familiares; pero es tan menor que bastaría un plumazo de la mano que legisla para concluir con el problema. Y, por tanto, el tema es mucho más serio, y camina por la línea avanzada más arriba.

Si quisiésemos ahora elucubrar sobre lo antedicho, y de ser capaces de hacerlo, podrían producirse muy interesantes páginas sobre el análisis del hacia dónde vamos, del qué va a suceder, y del si hay que luchar por mantener para el matrimonio y la familia un sentido y calificar a las nuevas situaciones de otra manera, y cómo. Pero si hemos de movernos, como resulta ser nuestro propósito, en la búsqueda de los elementos que en el ordenamiento jurídico español vigente configuran la institución matrimonial, entonces basta —como lo hemos hecho— no dejar apuntado el problema y tratar ahora de determinar hasta dónde ha llegado el legislador en el juego entre la indicada cambiante realidad social, los problemas ideológicos que tras la misma laten, y la necesidad de dotar de un contenido cierto a las expresiones *matrimonio* y *familia* admitidas en el ordenamiento a través del texto constitucional.

Los textos claves que contienen la actual legislación española sobre el matrimonio son, amén de la Constitución, y como desarrollo de la misma, los contenidos en la Ley 30/1981, de 7 de julio, que modificó la regulación del matrimonio en el Código civil y determinó el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio⁵; a esta Ley hay que añadir, para cuestiones menores, una serie de Instruccio-

⁵ En efecto, el Título IV —Del Matrimonio— del Libro I del vigente Código Civil aparece redactado según dicha Ley.

nes, Circulares y Resoluciones sobre aspectos concretos y de carácter secundario relativos al tema, amén de algunos preceptos que afectan al matrimonio provenientes de Leyes dictadas para regular otras materias⁶. Particular mención debe hacerse de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que modifica determinados artículos del Código civil, y de la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de adopción⁷. Si repasamos los más conocidos tratadistas de Derecho Civil que han expuesto doctrinalmente nuestro sistema matrimonial, nos ha de sorprender un dato cuya explicación no puede ser otra que la antedicha confusión en la que toda la temática matrimonial y familiar se encuentra sumergida: todos ellos consideran una cuestión difícil de precisar cuál sea hoy el concepto de matrimonio y de familia utilizado por aquellos textos legales, seguido por nuestro ordenamiento. El Derecho de Familia, en sus epígrafes fundamentales, no resulta hoy una materia pacífica.

Convendrá alegar el parecer de algunos de estos autores, a la hora de iniciar el análisis del ordenamiento. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS parte de la base de que «no hay un concepto único de familia»⁸, pues existen de la misma «un sentido amplio (familia troncal) y otro más estricto (familia nuclear)»⁹; y cuando trata de determinar cuál de ambos conceptos es el utilizado en el ordenamiento español, reconoce que «en el Código domina el sentido estricto. Incluso, con mayor frecuencia, uno más estricto y no totalmente preciso»¹⁰, lo que viene a suponer la existencia aún de un tercer concepto de la institución, cuyos contornos, sin embargo, no resultan suficientemente claros en el texto legal. Peña entiende personalmente que «en la urdimbre de la sociedad, la familia constituye el *núcleo social primario*, la *célula natural*¹¹ y fundamental»¹², pero cuando ha de fundamentar tal afirmación en nuestras leyes, o mejor cuando ha de encontrarla recogida —puesto que se trata de un *prius* del ordenamiento— en ellas, ha de recurrir a «la doctrina que resulta de los textos internacionales que invoca el artículo 10 de la Constitución»¹³. Y a este recurso volverá el propio autor cuando, queriendo referirse a la protección «a la que la familia tiene *derecho*» de parte de «la sociedad y del Estado»¹⁴, la apoya «en textos internacionales vigentes para España»¹⁵.

⁶ Vid. en A. MOLINA y M. E. OLMOS, *Legislación Eclesiástica*, Editorial Civitas, Madrid 1989, págs. 207 y sigs.

⁷ Vid. en A. MOLINA y M. E. OLMOS, *o. c.*, págs. 527-532.

⁸ M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho de Familia*, Universidad Complutense, Madrid 1989, pág. 12.

⁹ M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *o. y l. cit.*

¹⁰ M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *o. y l. cit.*

¹¹ El subrayado es del autor.

¹² M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *o. c.*, pág. 11.

¹³ M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *o. y l. cit.*

¹⁴ M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *o. c.*, pág. 13. El subrayado es del autor.

¹⁵ M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *o. c.*, pág. 13.

Palabras todas ellas que reflejan la escasa seguridad con la que nuestro ordenamiento configura la cuestión, cuya importancia, por otro lado, no se le oculta al autor: «La necesidad —nos dice PEÑA— de la institución familiar es evidente. Para los cónyuges, la posibilidad del matrimonio es una exigencia de su derecho al libre desarrollo de la personalidad. Para los hijos, el ambiente familiar (por naturaleza o por adopción), es una necesidad vital para su crianza y para desarrollar su personalidad e integrarse en la sociedad... Ha sido censurada la familia como instrumento de perpetuación de las clases (dominantes y oprimidos), a través de la permanente formación de generaciones en la opresión o en la sumisión, en la competitividad y en los valores burgueses. Si la crítica se limita a preconizar el cambio de la sociedad para que brote, entre cónyuges y entre padres e hijos, otra concepción de la vida, se sigue reconociendo la necesidad de la familia. Otras alternativas (la comuna, el Estado-padre, la supresión de los lazos jurídicos familiares) son utópicas y tendrían para todos —también para el Estado— consecuencias desgraciadas»¹⁶.

«El Derecho moderno —concluye PEÑA—, lejos de las tesis negativas sobre la familia, opta decididamente por la familia. El ideal es la familia basada en el matrimonio... Pero ante el hecho de que también hay hijos fuera del matrimonio e hijos menores en situación de desamparo, el Derecho actual, con la nueva regulación de la filiación, con la regulación además de la adopción y del acogimiento familiar, tiende a que no haya un nacido sin familia»¹⁷.

Con fino sentido jurídico, el autor ha señalado la no correspondencia en nuestro ordenamiento entre matrimonio y familia. El ideal es la familia basada en el matrimonio, pero aunque tal sea también el ideal para el legislador, ha dado entrada en la norma a una familia no matrimonial. El hecho resalta de forma evidente en la Disposición Adicional tercera de la Ley 21/1987 sobre la adopción: «las referencias de esta Ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables al hombre y a la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal»¹⁸.

Distinto es el concepto de familia que ofrece ALBALADEJO. Para él, «en su sentido más estricto, por familia se entiende el grupo de personas compuesto por quienes están unidos en matrimonio y los hijos que se hallan bajo su potestad, o (a lo más), aun emancipados, no abandonaron el hogar paterno»¹⁹. Y continúa, después de haber hecho referencia a

¹⁶ M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *o. c.*, pág. 15.

¹⁷ M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *o. c.*, pág. 15. El subrayado es del autor.

¹⁸ Vid. en A. MOLINA y M. E. OLMOS, *o. c.*, pág. 532.

¹⁹ M. ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil*, IV, *Derecho de Familia*, Librería Bosch, Barcelona 1982, pág. 9.

otros sentidos más amplios de la familia: «queda claro que los vínculos que ligan a las personas que componen la familia, tomando este término en un sentido o en otro, son: o el vínculo de parentesco matrimonial de sangre, o el de parentesco político (llamado parentesco de *afinidad*)²⁰, o el vínculo conyugal. Así que la familia se edifica o sobre el matrimonio o sobre el parentesco procedente del matrimonio»²¹.

Pero como al autor no se le puede ocultar la realidad de la existencia de relaciones estables no matrimoniales, desarrolla aún más su idea: «El matrimonio —que hace familiares a los cónyuges— no los convierte en parientes entre sí... Cuando dos personas se unen carnalmente, y, sin haber creado antes (casándose) una familia, tienen descendencia, no se dice que los amantes constituyan una familia *no matrimonial*²²; pero sí se suele decir que los hijos son familia natural (hijos no matrimoniales) de cada padre. Mas esto, aunque valga como licencia del lenguaje, jurídicamente es inexacto. Tales hijos son, sí, parientes de sangre de sus padres (porque, según veremos después, el parentesco no siempre se da dentro de la familia), pero no familiares de ellos. E igual se diga de la adopción, que crea parentesco legal, pero no da origen, propiamente hablando, a una familia, aunque a veces se hable de familia adoptiva»²³.

La relación entre matrimonio y familia es en nuestro ordenamiento, pues, para ALBALADEJO algo establecido y determinado, excluyente de cualquier situación que suponga una disyunción entre una institución —origen— y la otra —consecuencia—. E incluso teniendo en cuenta que ALBALADEJO escribía las palabras citadas en 1982, por tanto, antes de la Ley de 1987 sobre la adopción, en nada afecta a su juicio la equiparación que esta Ley hace entre los cónyuges y los convivientes no casados, puesto que para él la adopción no da origen a una familia constituida por adoptantes —incluso cónyuges— y adoptado, y sí sólo a una relación de parentesco legal.

Basten estas citas para determinar un punto del que partíamos al inicio de este estudio: el concepto de familia no es tan claro en nuestro ordenamiento que permita una interpretación uniforme de la doctrina; aún contando con las inevitables y lógicas diferencias de interpretación propias de las diversas corrientes doctrinales, una utilización precisa del término familia por el ordenamiento permitiría a la doctrina exponer un pensamiento al menos relativamente uniforme, y no los puntos de vista absolutamente contrapuestos de que acabamos de dejar constancia.

Era necesario marcar esta imprecisión del término familia para subrayar debidamente la dificultad de precisar a su vez el sentido del término matrimonio. La doctrina que desarrolla y estudia nuestro Derecho civil

²⁰ El subrayado es del autor.

²¹ M. ALBALADEJO, *o. c.*, págs. 9-10.

²² El subrayado es del autor.

²³ M. ALBALADEJO, *o. c.*, pág. 10.

ofrece del mismo diferentes conceptos: «El matrimonio es —para ALBALADEJO— la unión legal de un hombre y una mujer, que se encamina al establecimiento de una plena comunidad de vida y funda la familia»²⁴. Para PEÑA, «El matrimonio, en cuanto relación jurídica²⁵, es la relación jurídica de estado civil y de carácter familiar que vincula a un hombre y una mujer en comunidad de vida plena, y, en principio, perpetua, base de una nueva familia»²⁶. Ambos tratadistas ponen en estrecha relación, como queda patente, el matrimonio como origen y la familia como efecto. Lo que recuerda, a quien conozca además las doctrinas canonísticas sobre la institución matrimonial, que ello es una constante en el Derecho de la Iglesia. Realidad que no se explicaría por una sumisión —que no sería del caso— de los dos ilustres maestros civilistas citados a categorías procedentes del Derecho canónico, sino a que el matrimonio y la familia son instituciones naturales, que ambos ordenamientos regulan sin crearlas: «No es, según ellos²⁷, la familia una creación del Ordenamiento, sino una institución *natural*²⁸ que la Ley positiva ha de reconocer y regular con respeto a sus estructuras fundamentales»²⁹. Y otro tanto cabe afirmar del matrimonio, que «no es una creación del Derecho, sino una institución natural, querida por Dios y recogida por la ley humana, en cuanto pieza fundamental en la convivencia social, que es la que aquélla regula»³⁰.

Sin embargo, no parece que tal doctrina resulte una interpretación apodíctica de nuestro ordenamiento vigente. Las imprecisiones que en el mismo laten, y a las que ya se ha aludido, afectan radicalmente al concepto mismo de matrimonio que pone en juego. «¿Podemos afirmar —se pregunta ARECHEDERRA— que para la Constitución española y para el Código Civil el matrimonio se concibe como fundamento de la familia? Conviene distinguir: una cosa es no excluir la conexión, y otra, distinta, establecerla como necesaria. En realidad esto último nunca ha estado vigente con todo vigor: si así fuese sería inadmisibles el matrimonio entre ancianos. Hoy, creo yo, la desconexión es más profunda. La familia se constituye a partir de la procreación, cuando ésta es un proyecto en común. Puede venir acompañada de una previa relación matrimonial, puede faltar dicha relación, incluso producirse la situación familiar «contra» una relación matrimonial previa que liga a uno de los progenitores con tercera persona. La familia, surge, por tanto, de la procreación asumida en común, como vigente proyecto de vida. Al mismo tiempo es compati-

²⁴ M. ALBALADEJO, *o. c.*, pág. 31.

²⁵ Se trata de la definición del matrimonio *in facto esse*; el autor da en la misma página 31 de su *o. c.*, a que corresponde esta cita, la definición del matrimonio *in fieri*, que es constitutivo del *in facto esse*.

²⁶ M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *o. c.*, pág. 31.

²⁷ Se refiere el autor a los textos internacionales a los que alude el artículo 10 de la Constitución española de 1978.

²⁸ El subrayado es del autor.

²⁹ M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *o. c.*, pá. 12.

³⁰ M. ALBALADEJO, *o. c.*, pág. 31.

ble con cargas familiares, que no son sino la transformación en «otra responsabilidad jurídica» de lo que podía ser contenido familiar actualmente asumido»³¹.

«Esto —para el autor— resulta hoy evidente en la regulación que el Código Civil hace de las relaciones paterno-filiales en los artículos 154 a 171»³².

«¿Qué es el matrimonio, entonces, para la Constitución y para el Código Civil? Un estado civil no instrumentalizable. Pero, se objetará, que para que no sea instrumentalizable se requiere precisamente una dimensión distorsionable, que dé lugar a la anomalía. Esa dimensión distorsionable es hoy el contenido del matrimonio. Pues bien, ciertamente es muy liviana, aunque perceptible. Liviana porque el vigor institucional es un vigor teleológico, y ése es precisamente el que falta en el matrimonio»³³. De donde brota una muy curiosa y rica en posibilidades idea del matrimonio, tal y como lo considera nuestro ordenamiento: el matrimonio «es un tipo negocial —causa— que da lugar a un estado civil —livianamente 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»³⁴. Como definición dejaría mucho que desear, aunque sólo fuese porque el definido entraría en la propia definición; pero como descripción de una problemática de interpretación del contenido de un ordenamiento nos parece que no tiene precio.

Ciertamente que hemos leído líneas arriba al maestro ALBALADEJO, que rechaza la familia nacida de una relación no matrimonial, lo que de corresponderse exactamente con la legislación, ayudaría notablemente a interpretarla. Ciertamente también que el ilustre civilista, aun, como ya hemos notado, escribiendo antes de la Ley sobre la adopción, preveyó la posibilidad de una adopción abierta a parejas no conyugales y rechazó para las mismas la calificación de familia. Pero escribía desde unos principios previos al ordenamiento español vigente notablemente más seguros que éste, que —en su realidad presente— puede muy bien ser calificado con los siguientes términos, que ARECHEDERRA nos acaba de proporcionar: *a)* posee un concepto de matrimonio, y de familia, señaladamente lábil, liviano, impreciso y abierto a cualquier transformación; *b)* sustraído el matrimonio a la autonomía de la voluntad, los contrayentes acumulan sobre el liviano esquema estructural construido por el ordenamiento sus propias motivaciones personales, a las que solamente se les pedirá que no sean incompatibles con esa lábil disciplina matrimonial: el juego en-

³¹ L. I. ARECHEDERRA ARANZADI, *El Consentimiento Matrimonial (Comentario al artículo 45 del Código Civil)*, Universidad de Navarra, Pamplona 1989, págs. 18-19.

³² L. I. ARECHEDERRA ARANZADI, *o. c.*, pág. 19.

³³ L. I. ARECHEDERRA ARANZADI, *o. y l. cit.*

³⁴ L. I. ARECHEDERRA ARANZADI, *o. c.*, pág. 20.

tre autonomía de la voluntad y estructura jurídica ha operado siempre en el matrimonio sobre la base de que éste viene regulado por «la ley de forma imperativa»; «los contrayentes, prestando su consentimiento, crean por su voluntad la unión entre ellos. Pero a eso es a lo que se reduce la autonomía de tal voluntad, a casarse o no... Los contrayentes, en principio, no pueden establecer ningunas reglas que rijan su matrimonio, sino que se limitan a acatar la regulación del mismo predispuesta por la ley»³⁵; c) la labilidad o liviandad del concepto de matrimonio que utiliza nuestro ordenamiento no multiplica el espacio de autonomía de la voluntad de los contrayentes, pero al introducir una estructura de la institución de perfiles inconcretos abre una puerta a una interpretación por parte de los propios contrayentes de qué sea el matrimonio que permite, *de facto*, un influjo de la voluntad privada sobre el ordenamiento; d) la disciplina matrimonial es de carácter familiar en el sentido de que del matrimonio nace la familia, pero se rompe la exclusividad de esa relación, ya que caben formas de relación no matrimoniales generadoras igualmente de una familia, por lo que el matrimonio pierde mucho de su sentido y razón de ser, y queda más como una herencia del pasado, a la que por motivos de su propio prestigio acceden voluntariamente los ciudadanos —amén de las motivaciones de índole religiosa, ajenas al ordenamiento estatal—, que como un camino necesario para constituir una familia, para asegurar los derechos de los hijos o para disfrutar de los beneficios fiscales, laborales, etc., que la ley pueda establecer para las parejas.

Por livianamente definible que se suponga que pueda resultar el matrimonio en el vigente ordenamiento jurídico, una definición del mismo ha de inspirar a los textos legales, y se hace preciso buscarla, como hemos indicado para la familia, en la misma *mens legislatoris*, descubrible a través del análisis de los mismos textos normativos. Y al hacerlo encontraremos la misma dificultad ya encontrada en relación con la familia: la utilización por el legislador de varias formas de entender la institución, desde las más precisas a las más imprecisas.

Es clásica en el Derecho Canónico la distinción entre el matrimonio *in fieri* y el matrimonio *in facto esse*. «El término *matrimonio* presenta una doble acepción, que conviene aclarar definitivamente al objeto de evitar equívocos y confusiones. Unas veces se emplea para designar el acto de su celebración, en el cual los contrayentes hacen recíproca entrega de sí mismos en calidad de cónyuges. Otras veces, por matrimonio se entiende la misma pareja humana constituida por ambos cónyuges o bien el estado jurídico que afecta a los contrayentes tras la celebración nupcial. Al primero se le llama matrimonio *in fieri*, porque se atiende al momento en que se hace o se produce. Al segundo se le llama matrimonio *in facto*

³⁵ M. ALBALADEJO, *o. c.*, pág. 32.

esse porque alude a la situación conyugal ya producida en su realidad existencial»³⁶. La idea es acogida por la civilística con parecidos términos: «La palabra *matrimonio* se usa en dos sentidos: aludiendo al acto *acreedor*³⁷ o al *ligamen o estado (matrimonial)* creado. En el primero se dice: A y B celebrarán hoy su matrimonio; y en el segundo, A y B están unidos en matrimonio. Matrimonio, pues, como *acto* y como *estado*»³⁸.

Sin embargo, no toda la doctrina acepta esta distinción entre los dos sentidos del matrimonio; para O'CALLAGHAN, «realmente, cuando se quiere dar un concepto jurídico de matrimonio se debe referir al matrimonio como acto constitutivo. Aunque es indudable que también se emplea la palabra matrimonio para designar al estado matrimonial o unión estable»³⁹; «así, una cosa —continúa el autor— es el matrimonio como acto constitutivo; otra el matrimonio como estado constituido, y otra más el matrimonio como personas que lo forman. Entiendo que el matrimonio es el acto —negocio jurídico—, pero no su resultado (estado) ni las personas que lo forman. En este sentido se puede definir el matrimonio como *negocio jurídico bilateral, por el que un hombre y una mujer declaran su voluntad de constituir una relación estable de convivencia plena*»⁴⁰.

Esta exclusión del *estado* para definir el matrimonio tan sólo como el *acto in fieri* —«entiendo que el matrimonio es el acto, pero no su resultado»—, es singular en la doctrina, pero no deja de prestarse a interesantes consideraciones. Es singular, efectivamente: para Díez-PICAZO y GULLÓN, «el matrimonio es un negocio jurídico de Derecho de familia, que está formado por la concorde voluntad de los contrayentes y por las declaraciones de voluntad que los mismos emiten dirigidas a unirse en matrimonio. La intervención de los funcionarios del Estado o, en su caso, de los ministros de un culto religioso, no priva al acto jurídico en cuanto tal de su carácter de negocio jurídico»⁴¹. Y más adelante: «el matrimonio es también el vínculo o la relación jurídica que se crea entre las partes como consecuencia de la realización del antes mencionado acto»⁴². Pero no falta quien considere que el verdadero matrimonio, o el matrimonio *stricto sensu*, es precisamente el expresado en su segundo sentido según la canonística, el estado matrimonial. Así SANCHO REBULLIDA, para quien «el matrimonio, institución fundamental del Derecho de Familia, es en el Derecho civil español actual la unión estable de un hom-

³⁶ A. BERNÁRDEZ CANTÓN, *Compendio de Derecho Matrimonial Canónico*, Editorial Tecnos, Madrid 1986, págs. 21-22.

³⁷ Entendemos que se trata de un evidente error, y que debe decir acto *creador*.

³⁸ M. ALBALADEJO, *o. c.*, pág. 31. Los subrayados son del autor.

³⁹ X. O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de Derecho Civil*, tomo IV, *Derecho de Familia*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid 1988, pág. 17.

⁴⁰ X. O'CALLAGHAN MUÑOZ, *o. c.*, pág. 17. El subrayado es del autor.

⁴¹ L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, *Derecho de familia, Derecho de sucesiones*, Editorial Tecnos, Madrid 1983, pág. 67.

⁴² L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN, *o. y l. cit.*

bre y una mujer ordenada a una plena comunidad de vida»⁴³, definición que se hace no sin recoger la doctrina tradicional de la distinción entre el acto y el estado matrimoniales, pues el propio autor recuerda que «para subrayar que su esencia radica en el consentimiento y por influencia de la glosa romanista, la doctrina canónica, a partir del siglo XI, lo calificó de *contractus*, no descuidó las diferencias con los contratos patrimoniales, ni la distinción entre el momento consensual de la formación del vínculo (matrimonio *in fieri*) y el régimen sucesivo del consecuente vínculo (*status*) conyugal (matrimonio *in facto esse*)»⁴⁴.

Debe llamarse la atención, de entre tantas definiciones del matrimonio haciendo unas hincapié en el contrato y otras en el vínculo derivante, sobre aquel tercer sentido de la voz matrimonio que O'CALLAGHAN apuntaba, según vimos líneas arriba: «el matrimonio como personas que lo forman». Y conviene recordar aquí este apunte del notable civilista, porque existen varios caminos para llegar a individualizar en nuestro ordenamiento el concepto de matrimonio con el que el legislador trabaja, y uno de ellos es precisamente el de su determinación a través de las personas de los contrayentes.

Partamos de la base de que las personas que contraen desean establecer una unión conyugal mediante el ejercicio del *ius connubii*. El ordenamiento no crea este derecho, que es connatural a la persona humana, sino que lo reconoce: «el hombre y la mujer —proclama el artículo 32,1 de la Constitución española vigente— tienen derecho a contraer matrimonio». Las fuentes reconocidas de tal afirmación lo son diversos textos internacionales⁴⁵, pero es evidente que tampoco esos textos crean un derecho, sino que lo reconocen como un derecho fundamental del ser humano⁴⁶, y la propia Constitución incluye el mencionado artículo 32 en el Título I, *De los Derechos y Deberes fundamentales*, estableciendo en su artículo 10, 2, que «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce⁴⁷ se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España»; y eso sin necesidad de recordar que tales textos referidos en tal artículo constitucional «recogen doctrina tradicional cristiana —común en la cultura europea— sobre la familia»⁴⁸ y que «no es, según ellos, la fa-

⁴³ J. L. LACRUZ BERDEJO, F. DE A. SANCHO REBULLIDA, A. LUNA SERRANO y F. RIVERO HERNÁNDEZ, *Derecho de Familia*, Librería Bosch, Barcelona 1989, pág. 89 (el texto que recogemos en la cita es de F. Sancho Rebullida, según se indica en la página 8 del propio volumen).

⁴⁴ F. DE A. SANCHO REBULLIDA, en la o. c. en la nota anterior, pág. 91.

⁴⁵ Aparecen citados en la nota 25, pág. 41, de la edición de la Constitución por A. MOLINA y M. E. OLMOS, o. c. en nuestra nota 6.

⁴⁶ En este sentido los cita M. PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS en la nota 1 de la página 11 en su o. c. en nuestra nota 8.

⁴⁷ El subrayado es nuestro.

⁴⁸ M. PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS, o. c., pág. 11-12.

milia una creación del Ordenamiento, sino una institución *natural* que la Ley positiva ha de reconocer»⁴⁹.

Si el *ius connubii* es connatural al hombre, y uno de sus derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, ésta está a su vez obligada, y obliga al ordenamiento que de ella deriva, a proteger su ejercicio no establecido para el mismo limitaciones que supongan la prohibición no justificada de ejercerlo. Lo que equivale a significar la estrecha relación que existe entre el tema del *ius connubii* y el de la capacidad para contraer matrimonio, es decir, para ejercer tal derecho a las nupcias. Puesto que en Derecho matrimonial «es norma fundamental la atribución a toda persona, por el hecho de serlo, de un ámbito de autonomía privada que incluye la capacidad para contraer matrimonio. Tal atribución no dimana simplemente de una norma positiva, sino de la propia naturaleza humana, de la propia configuración de la persona como centro de atribución de derechos ante-positivos»⁵⁰. «A la estructura óptica de la persona humana, como varón o mujer ordenados en el plano de la naturaleza humana a la unión con personas de otro sexo, corresponde una situación jurídica que se denomina, usando un término acuñado por los romanos, el *ius connubii*. Bajo este nombre se encierra, en realidad, un complejo unitario de situaciones jurídicas, que podemos descomponer del siguiente modo: a) la *capacidad* jurídica para contraer matrimonio, que es a la vez *derecho* a contraerlo; es un derecho fundamental del fiel; b) la *virtus contrahendi* o poder de hacer surgir el vínculo matrimonial»⁵¹.

Considerando al *ius connubii* en su primer aspecto, como capacidad, subrayemos que acabamos, líneas más arriba, de dejar señalado que no puede ser objeto, de parte del ordenamiento, de limitaciones que supongan la prohibición no justificada de ejercerlo. Afirmación que supone que puede darse una prohibición justificada, dirigida por el ordenamiento a un individuo concreto, para que no ejerza el *ius connubii* que en principio le correspondería en cuanto que ser humano. Estamos en tal caso en la problemática de los impedimentos.

La doctrina, al exponer qué sean los impedimentos, cuál su naturaleza jurídica, no es absolutamente pacífica, puesto que «en la doctrina anterior a la codificación canónica» —de la que es tributario el Derecho civil, en cuanto se refiere a la configuración jurídica del matrimonio, como por otra parte es universalmente reconocido—, «se designaba con la expresión de impedimento cualquier obstáculo que se opusiera a la celebración válida o al menos lícita del matrimonio, y se distinguían los impedimentos referentes al consentimiento, a la forma y a la persona (*ex parte*

⁴⁹ M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *o. c.*, pág. 12. El subrayado es del autor.

⁵⁰ M. LÓPEZ ALARCÓN y R. NAVARRO-VALLS, *Curso de Derecho Matrimonial Canónico y Concordado*, Editorial Tecnos, Madrid 1984, pág. 87.

⁵¹ J. HERVADA en la obra de J. HERVADA y P. LOMBARDÍA, citada en nuestra nota 3, pág. 315.

consensus, ex parte formae, ex parte personae)»⁵². Y aunque posteriormente la doctrina ha ido depurando la noción de impedimento para distinguir a éstos de otros vicios generadores de la nulidad —específicamente los de consentimiento y forma— no resulta tan fácil distinguir los problemas de capacidad de los derivados de los impedimentos.

La cuestión sería ésta: presupuesta y aceptada la radicación del *ius connubii* en la naturaleza humana como un derecho fundamental de la persona, y por tanto previo al ordenamiento, se ha de distinguir entre ese derecho atribuible o predicable del ser humano y la posesión efectiva del mismo por todo hombre o mujer en orden a su ejercicio. La propia naturaleza gradúa los derechos naturales, y siendo tales, no son lo mismo el derecho a la vida, a la libertad, o al matrimonio. No cabe imaginar a una persona sin derecho a la vida, y sí cabe imaginarla sin derecho al matrimonio: baste pensar en un niño. No entremos en la discusión de si el derecho al matrimonio de un niño existe y aún no puede ser ejercido, o no existe hasta que pueda ser ejercido: en todo caso, y es lo que interesa aquí, la propia naturaleza priva a determinadas personas del ejercicio de un derecho fundamental. O, dicho de otro modo, existen impedimentos de Derecho natural para el ejercicio del *ius connubii*. De aquí que afirme BERNÁRDEZ que «toda restricción o limitación a este derecho natural subjetivo, fundado en la ley natural o ley positiva...»⁵³, frase en la que se han deslizado un error y una imprecisión, ambos afortunados, porque por contraste, que el propio BERNÁRDEZ se encargará de corregir, o de señalar, el sentido de cuanto decimos se va a hacer aún más evidente. En efecto, el ilustre matrimonialista, en su hasta el momento última edición de su excelente libro sobre el Derecho matrimonial canónico, ofrece la misma frase antedicha con esta redacción: «toda restricción o limitación a este derecho natural subjetivo, establecida por ley natural o ley positiva...»⁵⁴, en la que se cambia lo que era un evidente error —fundado— por el femenino *establecida*, que deja claro que lo que se apoya en la ley natural o positiva es la limitación al ejercicio del *ius connubii*; y en la que la sustitución de la forma verbal de fundar por la de establecer precisa con mayor eficacia cuál sea el papel del ordenamiento natural o positivo, a saber, establecer límites que se fundan en cualidades objetivas de la persona que le van a impedir el uso del *ius* que consideramos propio de la persona humana por su propia condición de tal.

Obstáculos o impedimentos al ejercicio del *ius connubii* que establecen el derecho natural y el positivo. El artículo 32 de la Constitución no es al respecto muy cuidadoso en el uso de los términos: en él la palabra impedimentos no aparece. Su párrafo 1, «el hombre y la mujer tienen de-

⁵² A. BERNÁRDEZ CANTÓN, *Curso de Derecho Matrimonial Canónico*, Editorial Tecnos, Madrid 1971, pág. 65.

⁵³ A. BERNÁRDEZ CANTÓN, *o. y l. cit.* en la nota anterior.

⁵⁴ A. BERNÁRDEZ CANTÓN, *Compendio de Derecho Matrimonial Canónico, c.*, pág. 54.

recho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica», se matiza en el 2 de la siguiente forma: «La Ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo...», dando a entender que no hay otro impedimento que el de la edad y que el resto de las limitaciones al ejercicio del *ius connubii* constituyen incapacidades. Pero cuando del texto constitucional pasamos a su desarrollo y concreción en el Código Civil, observamos que para el legislador español no existe diferencia alguna entre incapacidades e impedimentos, y que la interpretación por vía legislativa que se hace de la Constitución determina que entre «la edad y la capacidad» a que se refiere la Constitución no existe una diferencia cualitativa: la edad sería simplemente el único impedimento o incapacidad constitucionalizado, dejándose en libertad al legislador para establecer además otras incapacidades. En efecto, el artículo 46 del Código Civil vigente, tras la reforma efectuada mediante la Ley 30/1981, de 7 de julio, a la que sigue la redacción actual del cuerpo legal, establece que «No pueden contraer matrimonio: 1.º) Los menores de edad no emancipados. 2.º) Los que estén ligados por vínculo matrimonial». A lo que añade el artículo 47: «Tampoco pueden contraer matrimonios entre sí: 1.º) Los parientes en línea recta por consaguinidad o adopción. 2.º) Los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado. 3.º) Los condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos». Y concluye el artículo 48: «El Ministro de Justicia puede dispensar, a instancia de parte, el impedimento de muerte dolosa del cónyuge anterior. El Juez de Primera Instancia podrá dispensar, con justa causa y a instancia de parte, los impedimentos del grado tercero entre colaterales y de edad a partir de los catorce años. En los expedientes de dispensa de edad deberán ser oídos el menor y sus padres o guardadores».

Del análisis conjunto de los tres artículos se deduce que en el ordenamiento español vigente existen cinco impedimentos matrimoniales: el de edad, el de vínculo, el de consanguinidad, el de parentesco legal y el de crimen. Los artículos que los establecen no utilizan una terminología que los defina, no les llaman de ningún modo, ni incapacidades ni impedimentos, pero el artículo que prevee su dispensa los califica paladinamente de impedimentos. Con lo cual, el término capacidad que utiliza la Constitución se transforma en el término impedimento en el Código Civil, ley que, siguiendo el mandato constitucional, regula «la edad y capacidad» para contraerlo, refiriéndose al matrimonio. Sólo que la Constitución no cita al consentimiento entre los requisitos para contraer nupcias de modo expreso, ante lo cual hay que subsumir al consentimiento también dentro de esa palabra, capacidad, que en el texto supremo se refiere tanto a los requisitos que el Derecho canónico denomina impedimentos como a los que se refieren al consentimiento. La doctrina no ha reparado demasiado en esta evidente limitación del texto constitucional en la redacción del párrafo 2 del artículo 32 ,y mientras un sector bastante am-

plio ni repara en el tema, es de notar lo que al propósito se escribe cuando sí que se pretende distinguir entre las diferentes clases de requisitos necesarios para la validez de las nupcias. «Los requisitos para contraer matrimonio —escribe O'CALLAGHAN— se formulan en el Derecho canónico de manera negativa (circunstancias que constituían obstáculo para la validez del matrimonio canónico) que afectaban a las personas de los contrayentes, a su consentimiento y a la forma de celebración. Tales requisitos negativos —aquellas circunstancias— eran conocidos con el nombre de impedimentos»⁵⁵. Afirmación que sin duda se refiere al Derecho canónico anterior a la Codificación, como ya vimos líneas atrás que especifica BERNARDEZ, pues la canonística abandonó hace mucho el término impedimentos referido a los defectos consensuales o formales, y su terminología y su técnica jurídica resultan bastante más depuradas en este punto que las de la civilística, apoyada en los textos constitucional y del Código civil, bastantes confusos aunque haya quien afirme, con referencia a los artículos 46 y 47 del Código, que la «redacción que estos preceptos han recibido en la Reforma de 1981 ha simplificado extraordinariamente la normativa anterior»⁵⁶.

De los cinco impedimentos matrimoniales propiamente dichos que el Código establece, dos se consideran, aunque no se haga de ello mención expresa, como de Derecho natural, la edad antes de los catorce años y la consanguinidad en línea recta y en línea colateral inferior al tercer grado. Así se deduciría del hecho de que el Código no prevee su dispensa; pero como tampoco prevee la dispensa de otros dos impedimentos, la adopción —el parentesco en línea recta derivado de la misma— y el vínculo, se debe precisar mejor esta idea.

La prohibición del matrimonio a los mayores de catorce años no emancipados es obviamente una disposición de derecho positivo; la misma existía ya en el propio Código Civil en todas sus redacciones anteriores, y el Derecho canónico ha previsto siempre asimismo límites por encima de los cuales es posible la dispensa. «El impedimento en cuanto tal (afirma la doctrina canonística) —concreción por parte del legislador de un límite temporal mínimo exigido a los contrayentes— es de Derecho humano: es el Derecho positivo, el que fija, en concreto, ese límite mínimo. De ahí que quepa su dispensa»⁵⁷. A *sensu contrario* la edad impide para el Derecho canónico el matrimonio, por *ius naturae*, por debajo de una edad imprecisa, en la que juegan la madurez de juicio, la capacidad física, y la opción del legislador por establecer límites más o menos altos y más o menos flexibles contando con la posibilidad de la dispensa que atenúa el

⁵⁵ X. O'CALLAGHAN MUÑOZ, *o. c.*, pág. 31.

⁵⁶ L. DíEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *o. c.*, pág. 79.

⁵⁷ J. FORNÉS, «Los impedimentos matrimoniales en el nuevo Código de Derecho Canónico», en *Estudios de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico en homenaje al profesor Maldonado*, Universidad Complutense, Madrid 1983, pág. 111.

rigor de la norma objetiva a las exigencias de las condiciones subjetivas de las personas. Y, al margen de pronunciamientos ideológicos sobre el Derecho natural, hay que entender que en la prohibición de dispensa establecida por nuestro Código civil para la edad por debajo de los catorce años, late la convicción de que se rozaría ya aquel límite previo al ordenamiento, con raíz en la naturaleza humana, en el que la persona no posee el *ius connubii* o no posee la posibilidad natural de ejercitarlo.

Tampoco prevee el Código la dispensa de la consanguinidad en línea recta, ni en la colateral anterior al tercer grado. De acuerdo con lo anterior, se produce ello de nuevo en coherencia con toda la tradición jurídica, expresamente reflejada en todas las redacciones anteriores del texto legal y en la más antigua tradición de la canonística. Considera ésta al impedimento de consanguinidad como «de Derecho natural en algunos casos (ciertamente, entre padre e hijos; muy probablemente, entre los demás ascendientes y descendientes, y entre hermanos)»⁵⁸. La civilística no se plantea el problema del origen divino-natural de algunas figuras del impedimento, pero —como en el caso de la edad, aunque por motivaciones diferentes— también parece que excede a la capacidad legislativa del poder público el autorizar el matrimonio entre ascendientes y descendientes y entre hermanos. Se alega en algunos casos razones eugenésicas, sociales y culturales, pero en todo caso estamos en el terreno de lo metajurídico, o de aquellos *prius* frente a los cuales se detiene el Derecho positivo respetando límites cuyo origen marca la propia naturaleza.

No escapa a los civilistas el hecho de que no cabe alegar razones de sangre para impedir el matrimonio de personas ligadas por el parentesco en línea recta nacido de la adopción⁵⁹. Aquí, la decisión del legislador de no autorizar la dispensa es puramente de Derecho positivo; podría no ser así, y no plantea el caso mayor problema. Distinto es, en cambio, el otro supuesto de dispensa no permitida por el Código civil, el vínculo. Aquí ya hay que hacer una consideración de sumo interés para conocer qué idea de matrimonio mueve la pluma del legislador: si el vínculo matrimonial se configura en el Código como un impedimento absoluto —que impide el matrimonio del que lo posee con cualquier persona, y no solamente como en el caso de los impedimentos relativos —(como, p. ej., el parentesco) con algunas personas, circunstancia claramente expresada en el Código civil cuando recoge en el artículo 46 a los impedimentos de edad y vínculo (absolutos) y en el 47 a los de parentesco y crimen (relativos)—, es porque para el legislador el matrimonio es una unión monogámica, de un solo hombre con una sola mujer. En la hipótesis de matrimonio múltiple y simultáneo —un hombre con varias mujeres, una mujer con varios hombres, y hasta llevando la situación al semiabsurdo, varios

⁵⁸ J. FORNÉS, *o. c.*, pág. 124.

⁵⁹ F. DE A. SANCHO REBULLIDA, en la *o. c.* en nuestra nota 43, pág. 207; L. DíEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *o. c.*, pág. 81.

hombres y mujeres entre sí—, el vínculo no podía estar configurado como un impedimento; por otro lado, el divorcio, o posibilidad de disolución con derecho a contraer nuevo matrimonio, no es una excepción al impedimento del vínculo, sino la desaparición del vínculo mismo, y jamás han de confundirse la dispensa de un impedimento, en la que el impedimento no desaparece sino que deja de ser obstáculo para el ejercicio del *ius*, y la disolución del propio vínculo con la consiguiente desaparición del impedimento que consistía en ese vínculo que ya no existe.

Unión, pues, monogámica, de personas de distinto sexo —deducción inequívoca del párrafo 1 del artículo 32 de la Constitución cuando plantea el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica, términos cuya relatividad subraya que no se está tratando de una figura jurídica en la que el hombre y la mujer tengan ese derecho en relación con otro mismo hombre y otra misma mujer, respectivamente—, tal como lo entiende el propio Código civil al recoger los términos del texto supremo, y por supuesto la totalidad de la doctrina. Pero tengamos en cuenta que he hablado de deducción inequívoca, y puede un día surgir una línea doctrinal que rechace tal inequívocidad, que alegue que la Constitución no plantea en términos expresos —lo que es exacto, ya que exige deducir— y tampoco el Código Civil, la heterosexualidad del matrimonio. La idea de matrimonio que el legislador maneja es así liviana, poco firme, susceptible de interpretaciones que la distanciarían probablemente de la *mens*; pero la *mens* se identifica a través de la propia interpretación de los textos que el legislador hace. ¿Cuál era la *mens* cuando se redactó el artículo 15 de la Constitución, afirmando que *todos* tienen derecho a la vida, y qué han hecho de ese *todos* el legislador y la jurisprudencia intérprete de la Constitución? En una interpretación inequívoca la respuesta no sería difícil, pero donde no están las palabras expresas pueden no servir para nada las inequívocidades. No en vano se atribuye a varios políticos del pasado la astuta frase de «hagan ustedes las leyes, pero déjenme hacer los reglamentos que las apliquen y desarrolen».

Nada añaden a nuestro estudio las restantes limitaciones al *ius conubi* que bajo la denominación de impedimentos recoge el Código civil, es decir, aquéllas en las que cabe la dispensa. Donde se puede dispensar, se acepta un matrimonio distinto del *a priori* establecido por las limitaciones impeditivas al ejercicio del *ius*; distinto, por supuesto no en lo esencial, sino en lo circunstancial. Y en lo circunstancial no radica la esencia, ni por tanto la definición, del matrimonio.

Tratemos, pues, de volver nuestra reflexión sobre los datos esenciales que ya poseemos, y alarguémosla a los que aún nos faltan en nuestro análisis.

Algo ha quedado patente en la referencia a los impedimentos cuya dispensa no cabe en nuestro actual ordenamiento: la edad por debajo de los catorce años, el parentesco consanguíneo o adoptivo en línea recta, el

vínculo: el legislador no obra movido por referencias al Derecho natural, como podría hacer el legislador canónico, aunque acepte la idea de *prius* que condiciona su propia actividad legislativa. Que acepta tal idea no está legislativamente dicho, pero no podemos dejar de deducirlo, también de forma inequívoca, de determinados puntos del contexto normativo. Ello es muy evidente en relación con la edad, ya que el artículo 45 del Código civil establece que «No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial». Y aunque la Constitución no cita al consentimiento, lo presupone como en todo negocio o en el ejercicio voluntario de todo derecho; y por supuesto resulta inútil pensar en el consentimiento de quien por edad no pueda prestarlo. No es tan evidente, como ya se ha apuntado, en relación con el vínculo, impedimento que nace de una decisión u opción del poder, la de configurar un matrimonio monogámico. Y no le es tampoco en relación con el parentesco, donde la opción del poder es patentemente una opción social y cultural en el caso de la adopción, y muy posiblemente se puede afirmar lo mismo para la consanguinidad en el presente estadio de la historia y de los conocimientos sobre la medicina (al margen de lo hipotética y de laboratorio que fue siempre la posibilidad del matrimonio entre abuelos y nietos y otros grados aún más lejanos de la ascendencia).

Pero en tanto que la Constitución no condiciona al legislador sino muy someramente, y que en el Código Civil nos encontramos ante unas opciones bastante libres del poder legislativo, podríamos vernos de lleno en la dinámica de suponer que nuestros más altos cuerpos normativos no poseen un elemento sustantivo definidor del matrimonio, por lo que éste puede ser cualquier cosa o, dicho de otro modo, no tiene por qué ser o responder a ningún modelo tradicional, como pudiera ser el matrimonio canónico, del que toda la doctrina afirma que procede el civil en nuestro ordenamiento; sino que habría libertad para configurar el matrimonio civil de cualquier modo que se prefiriese, acomodándolo en sus formas cambiantes a la dinámica de los hechos sociales.

Tal planteamiento conduciría a una interpretación de la reforma del Derecho matrimonial efectuada por la Ley de 1981, en el sentido de que ésta ha pretendido diluir el matrimonio y crear un sistema de matrimonio civil obligatorio envuelto en la apariencia de otras formas a las que el ordenamiento parecería estar abierto, y cuyos contornos resultan tan lábiles que está a su vez abierto a una concepción cambiante del propio matrimonio, incluso en los elementos que lo componen y que tradicionalmente se han considerado como esenciales de la institución.

Cuando el Ministro de Justicia presentó al Parlamento el proyecto de reforma del Código Civil en materia matrimonial, ya advirtió que «quede claro que hay un único matrimonio, que se celebra de acuerdo con distintas formas»⁶⁰, y para O'CALLAGHAN la ley de 1981 «reconoce como único

⁶⁰ Citado por L. I. ARRECHEDERRA ARANZADI, *o. c.*, pág. 17.

matrimonio el matrimonio civil, con su normativa y efectos, pero admite dos formas de celebración», y así lo refleja el artículo 49 del Código Civil. Tan categórica opinión no es compartida por toda la doctrina. Recuerda PEÑA, al analizar el tema, que apenas promulgada la Constitución y aprobados los Acuerdos con la Santa Sede de 1979, se planteó el interrogante de la calificación del sistema matrimonial resultante. Según FUENMAYOR —como lo refleja el propio PEÑA ⁶¹— «el acuerdo ha querido consagrar un sistema de matrimonio civil facultativo de tipo latino» ⁶², por lo que «seguirían, pues, existiendo, a efectos civiles, dos clases de matrimonio, el canónico y el civil» ⁶³. La opinión de FUENMAYOR fue compartida, continúa PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, por GIMÉNEZ Y MARTÍNEZ DE CARVAJAL, NAVARRO VALLS, LÓPEZ ALARCÓN, SANCHO REBULLIDA, CARRIÓN Y DÍAZ MORENO ⁶⁴, por supuesto con ciertos matices entre unos y otros. En cambio, el propio PEÑA, y con él DÍEZ PICAZO, REINA, SUÁREZ PERTIERRA Y VALLADARES —según su propia cita ⁶⁵—, sostuvieron «que, por el contrario, el único sistema matrimonial posible conforme a la Constitución y al Acuerdo era el sistema de matrimonio civil obligatorio, en el que la forma religiosa facultativa era una forma civil más» ⁶⁶.

Pero, para el autor citado, la publicación de la Ley de 1981 concluye con la duda acerca de la existencia o no de un doble matrimonio: a partir de ese momento, aunque «no han cesado las discusiones doctrinales sobre el tipo de sistema matrimonial acogido, ahora, con el Código civil» ⁶⁷, se ha hecho «bastante frecuente en la doctrina entender que el nuevo sistema admite una única clase de matrimonio, el civil, con pluralidad de formas» ⁶⁸, con especial referencia a aquellos que mantienen aún la posición anterior de la existencia de un doble matrimonio o sistema de matrimonio civil facultativo: ALBALADEJO, GARCÍA CANTERO, OLMOS ORTEGA, CARRIÓN, y, matizadamente, DURÁN ⁶⁹, lo que supone que el matrimonio canónico con validez civil estaría «regido, no sólo en cuanto a la forma, por el Derecho canónico» ⁷⁰.

La cuestión no es meramente erudita y sin efectos prácticos para los contrayentes y, en fin de cuentas, para el propio matrimonio contraído. Al aceptar —si es la tesis que recibimos— el sistema facultativo con doble

⁶¹ M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *o. c.*, pág. 43.

⁶² La cita de A. DE FUENMAYOR aparece textualmente en M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *o. y l. cit.* en nuestra nota anterior, sin indicar su procedencia.

⁶³ Es el mismo caso de la cita recogida en nuestra nota anterior.

⁶⁴ Así lo indica M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS en la nota 26 de la pág. 43 de su *o. c.* en nuestra nota 8.

⁶⁵ M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS en la nota 27 de la *o. y l. cit.* en nuestra nota anterior.

⁶⁶ M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *o. c.*, pág. 43.

⁶⁷ M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *o. c.*, pág. 44.

⁶⁸ M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *o. y l. cit.*

⁶⁹ M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *o. c.*, pág. 44, nota 28.

⁷⁰ M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *o. y l. cit.*

matrimonio, rigiéndose el religioso por preceptos propios que en el caso del canónico es el Código correspondiente, el Estado está aceptando una definición —una concepción— del matrimonio que él ni ha elaborado ni puede modificar. La posibilidad de que el matrimonio civil regulado por el propio ordenamiento estatal acepte un matrimonio esencialmente distinto del anterior —esencialmente, es decir, configurado como una institución cuyas notas definitorias lo constituyen en una figura jurídica diferente en su esencia del matrimonio canónico, lo que sólo puede ocurrir si se altera la heterosexualidad, la monogamia, la estabilidad, y la ordenación al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole—, significaría que el sistema matrimonial español no aceptaría dos matrimonios, sino dos diferentes matrimonios: es decir, reconocería como matrimonio dos instituciones esencialmente diferentes entre sí. O sea, la palabra matrimonio utilizada por nuestra Constitución sería una palabra equívoca, aplicable a dos diferentes realidades.

Cuando hemos afirmado que la esencialidad del matrimonio radica en la heterosexualidad, la monogamia, la estabilidad y la ordenación a unos fines en el Derecho, tanto civil como canónico, he tomado los requisitos que el ordenamiento canónico utiliza para definir al matrimonio. Debemos brevemente exponer la legitimidad de hacerlo así. En efecto, como hemos visto, el Derecho estatal no define al matrimonio. El Derecho canónico sí que, en cambio, lo define, en el canon 1055 del Código vigente: «La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, ...». «El inciso —reconoce la doctrina canonística refiriéndose a estas palabras que acabamos de recoger— describe a la sociedad conyugal que nace del pacto»⁷¹, es decir, estamos ante una verdadera definición del matrimonio, que en casi los mismos términos que el *Codex* repite BERNÁRDEZ CANTÓN; para este autor, la definición canónica legal «puede extraerse, mediante una leve modificación de estilo, del can. 1055 y formularse así: Un consorcio de toda la vida constituido entre varón y mujer, mediante el pacto matrimonial, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole»⁷².

Si el Estado no define, en su más alta legislación sobre el tema, al matrimonio, y a la vez admite como tal al canónico, es que o utiliza el término equívocamente o no puede considerar que el matrimonio civil sea esencialmente distinto del que ha aceptado como matrimonio proveniente de otro ordenamiento; tanto más cuanto que este otro ordenamiento está

⁷¹ J. HERVADA, en su comentario al canon 1055, en *Código de Derecho Canónico*, Edición anotada, a cargo de P. LOMBARDÍA y J. I. ARRIETA, Universidad de Navarra, Pamplona 1983, pág. 628.

⁷² A. BERNÁRDEZ CANTÓN, *Compendio de Derecho Canónico. c.*, pág. 23.

en la raíz del propio concepto de matrimonio recibido en la tradición jurídica y en el concepto social españoles.

Pero ha de advertirse que si se prefiere la opción que entiende que el sistema matrimonial de nuestra Constitución, sobre todo a partir de la Ley de 1981, reconoce un único matrimonio y fija, en consecuencia, el sistema de matrimonio civil obligatorio con dos formas de celebración, no por ello nos apartaremos de cuanto acaba de expresarse en el párrafo precedente. La utilización de la forma canónica para celebrar un matrimonio esencialmente distinto del matrimonio canónico, un matrimonio civil no heterosexual, no monogámico, no estable, no ordenado a sus fines esenciales, significaría una aberración normativa. El fraude al contrayente, a los Acuerdos, y en suma a las exigencias radicales que el orden jurídico plantea al propio legislador, impide aceptar la hipótesis y hasta conllevaría muy probablemente a la inconstitucionalidad de la ley que tal hiciese, en este caso la Ley de 1981 de reforma del Código Civil.

Hay que detenerse en este punto con un poco de detalle. Hay que medir las consecuencias que puede tener el interpretar la reforma de 1981 como una reforma que impone un sistema de matrimonio civil obligatorio que concede a la Iglesia católica una compensación —la forma—, pero que luego regula implacablemente un único matrimonio civil, suprime el impedimento vinculado a la procreación, suprime la estabilidad, y permite que a cualquier convivencia o se le considere matrimonio o se le aplique la legislación matrimonial favorable.

Pensemos, para marcar mejor el contraste, en una interpretación distinta de nuestro sistema matrimonial vigente. Ante el artículo 80 del Código Civil, que establece la eficacia de las sentencias y decisiones canónicas sobre la nulidad y disolución del matrimonio canónico, advierte PEÑA que en nuestra doctrina «predomina la opinión que estima que el matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico, va a tener, en cuanto a la nulidad y disolución, un cierto régimen especial, legislativo y jurisdiccional»⁷³, y advierte: «en la medida, mayor o menor, en que así sea, el ordenamiento español habría seguido el sistema de las dos *clases* de matrimonio. Arrojado, este sistema, por la puerta, habría vuelto a entrar por la ventana»⁷⁴.

Nos está dando la impresión, esta forma de plantear la cuestión, de una diversa manera de enfocar la necesidad en que estamos, de encontrar una explicación a nuestro ordenamiento: estaríamos, en esa línea, ante un sistema matrimonial civil que forcejea con la Iglesia católica y con los Acuerdos de 1979, a ver quién tiene más fuerza, para llegar a aguar al matrimonio civil obligatorio interpretando la jurisprudencia, en términos canónicos, los conceptos del sistema civil, de modo que resulta residual la

⁷³ M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *o. c.*, pág. 44.

⁷⁴ M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *o. c.*, pág. 44, nota 29.

aplicación del matrimonio civil tanto en la jurisprudencia como en la praxis social.

Para que todos estos planteamientos resulten dignos de consideración, es necesario entender la reforma de 1981 como una reforma cuyos principios inspiradores son las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Y es muy posible que tal fuese en realidad la *mens legislatoris*, pues nuestro legislador constitucional y ordinario ha estado excesivamente obsesionado, al levantar el actual edificio de nuestro ordenamiento eclesiástico estatal, por superar viejas infeudaciones o antiguos confesionalismos. Tal peligrosa actitud —demasiado patente en el artículo 16 de la Constitución y que tiñe a buena parte del resto de la normativa— encuentra también aquí su reflejo. Y no tiene en cuenta que la propia Constitución ofrece a la vez una huella del problema y una vía para superarlo, si entendemos bien el contenido de su artículo 10, tanto en su propia redacción como en su ubicación en el texto constitucional en su conjunto y en relación con su contexto, asimismo constitucional. Observemos que el artículo 10 de la Constitución es propedeútico en relación con el resto de los artículos pertenecientes al Título I, De los Derechos y Deberes fundamentales, dentro del que figura el artículo 32 sobre el matrimonio. Los derechos fundamentales, pues, en buena técnica constitucional, han de inspirar como principios inspiradores a los derechos y deberes en su regulación normativa; y una correcta interpretación del juego del artículo 10, en relación con el restante articulado al que preside e inspira, nos obliga a reconocer la primacía de la persona sobre las instituciones, en lo que al ejercicio de sus derechos fundamentales se refiere. Pero no olvidemos a la vez que, en el caso concreto de la institución matrimonial, estamos ante una institución reglada, a la que la persona adhiere o no mediante un acto de voluntad que no modifica sin desvirtuarla la esencia de la institución. En este juego de intereses radicales, cabe hacer un esfuerzo para superar la vieja cuestión mixta —según la clásica terminología sobre las cuestiones de común interés de la Iglesia y del Estado⁷⁵— y ver si el ordenamiento permite su propia interpretación en el sentido de que en lugar de regular un matrimonio civil y otro religioso, a los que la dialéctica de las interpretaciones y de las ideologías opone entre sí, lo que existe sea una única regulación jurídica del matrimonio en la sociedad civil. Que no haya matrimonio civil, sino regulación civil del matrimonio.

⁷⁵ «Lo doctrina ha intentado elaborar un concepto genérico en el que puedan incluirse todas las materias objeto de los concordatos. Y así se ha hablado de «materias mixtas», es decir, aquellas que interesan o afectan a ambas partes, distinguiendo, a su vez, entre «materias mixtas» en sentido propio —aquellas que caen directamente bajo la competencia de la Iglesia y del Estado, como el matrimonio y la enseñanza— y «materias mixtas» en sentido amplio —aquellas que siendo de la exclusiva competencia de una de las partes, representan para la otra algún interés o utilidad, como el nombramiento de beneficios eclesiásticos» (J. GIMÉNEZ Y MARTÍNEZ DE CARVAJAL, «Los Concordatos en la actualidad» en VV.AA., *Derecho Canónico*, vol. II, Universidad de Navarra, Pamplona 1974, págs. 365-366).

La propia expresión matrimonio civil es polémica. Nace por contraposición al canónico. En la terminología jurídica clásica, mientras la polémica —cuyos orígenes son sobradamente conocidos en la Edad Moderna⁷⁶— no estaba planteada, la dialéctica matrimonio canónico-matrimonio civil careció de sentido y de expresión terminológica⁷⁷. Si tratamos de superar la contraposición, podremos llegar a conseguirlo muy posiblemente intentando la distinción entre dos realidades distintas de lo que hasta ahora han sido las dos formas o las dos clases de matrimonio insertas, potencial o realmente, en el ordenamiento civil. Nos referimos al matrimonio como realidad natural y al Derecho que lo regula.

Admitamos que, moviéndonos en el campo del ordenamiento español, el Derecho que regula el matrimonio es el Derecho civil. Pero recordemos y repitamos que el ordenamiento —precisamente— no crea el matrimonio, solamente lo regula. Lo conoce como una realidad previa a la norma y al sistema; varias veces a lo largo de estas páginas hemos repetido que como a un *prius* jurídico, y a propósito no hemos querido decir una realidad metajurídica, porque la expresión solamente sería cierta refiriéndola al ordenamiento jurídico español o a cualquier ordenamiento jurídico determinado en una sociedad determinada, pero no al orden del Derecho, pues el matrimonio es una relación personal intersubjetiva y por ello mismo pertenece al mundo de lo jurídico esencial.

Pero si aceptamos que el Derecho que regula al matrimonio trabaja sobre la realidad natural en que el matrimonio consiste —realidad a la que no puede modificar la voluntad de los contrayentes ni, en sus requisitos esenciales, tampoco la del ordenamiento—, ¿sobre qué claves se ha de organizar esa normativa dictada por la autoridad para ordenar al matrimonio dentro de la sociedad civil? Ya hemos apuntado que no se han de buscar tales claves en los principios de las relaciones Iglesia-Estado, lo que supone el regreso a la posición dialéctica, sino en la inspiración de los derechos fundamentales que son, ellos también y ellos muy especialmente, un *prius* que el legislador no es libre para aceptar o rechazar, puesto que la norma no es tal, o es injusta, si el legislador la dicta al capricho ocasional de un movimiento político fuera de las exigencias que le imponen las que venimos llamando realidades naturales. Así se trabaja

⁷⁶ Vid. las referencias al efecto que hace IBAN, en I. C. IBAN, L. PRIETO SANCHÍS, *Leciones de Derecho Eclesiástico*, Editorial Tecnos, Madrid 1987, págs. 233-234. Un análisis doctrinal de la competencia de la Iglesia y del Estado sobre el matrimonio en J. HERVADA, P. LOMBARDÍA, *o. c.*, págs. 264-274 (el autor de estas páginas es J. HERVADA).

⁷⁷ «Los primeros atisbos de un intento por parte del poder civil de incidir sobre tal temática los encontramos en el siglo XVI» (I. C. IBAN, L. PRIETO SANCHÍS, *o. c.*, pág. 233). Dado que el motivo más significativo de aparición de un matrimonio civil en la Europa moderna estuvo relacionado con la introducción del divorcio, puede verse también al respecto a G. GARCÍA CANTERO, «El divorcio en los Estados modernos», en VV.AA., *El Vínculo matrimonial*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid 1978, págs. 435 y sigs., que señala el momento de nacimiento de la legislación civil en este campo en los diferentes Estados de la Edad Moderna.

con la tesis de que, efectivamente, no existe el matrimonio civil, sino regulación civil del matrimonio natural.

En el sistema matrimonial español de regulación civil de la realidad natural, la clave es a su vez el artículo 32 de la Constitución, apoyado en el artículo 10, es decir, el *ius connubii*. Hablábamos de la necesidad de que todos los ordenamientos que regulan la realidad natural del matrimonio y el derecho natural a contraerlo —el *ius connubii* precisamente— aceptasen unas premisas esenciales o requisitos esenciales, sin los que el matrimonio no existirá, porque ya estaremos ocupándonos de una realidad natural o no natural —esto podemos discutirlo— distinta del matrimonio. Tales requisitos configuran asimismo el *ius connubii*, ya que éste no consiste sino en el derecho de la persona a aceptar la realidad natural y por consecuencia contraer. El *ius connubii*, pues, posee los siguientes elementos estructurales: 1) el principio de heterosexualidad; 2) el principio de igualdad conyugal, no solamente porque así lo expresa la Constitución, sino porque naturalmente no puede ser de otra manera, y la Constitución no hace sino asumir un hecho jurídico natural: la forma de ser persona es la misma en el hombre y en la mujer; 3) el principio de la monogamia, subsidiario de los dos anteriores que sin él no se pueden entender; 4) el principio de consensualidad, que nos expresa que el derecho a casarse pertenece a la persona física, titular intransferible de los derechos fundamentales, que ejerce a través de su consentimiento; 5) el principio de acto jurídico, pues el ejercicio del *ius* no es la manifestación ante un funcionario de una *afectio* sin efectos jurídicos; 6) el principio de reserva legal, pues habrán de regularse por ley variados temas —causas de separación, supuestos de nulidad, sistema de capacidades, etc.— que no pueden dejarse a la autonomía de las voluntades; 7) el principio de garantía institucional, ya que al reconocer al *ius connubii* la Constitución está garantizando que la institución matrimonial existirá en el ordenamiento jurídico español; las otras situaciones convivenciales no están en la Constitución. Ciertamente, a estas otras situaciones convivenciales *ad instar matrimonii* se les pueden extender normas referidas al matrimonio, pero no tienen necesariamente que estar contempladas en el ordenamiento. Sobre el modelo de matrimonio constitucionalmente garantizado pueden surgir situaciones que toman piezas del propio modelo, y a las que es dable aplicar fragmentariamente partes del sistema legal regulador por imperativo constitucional del propio matrimonio: pero no son el matrimonio. Algún ejemplo lo podrá esclarecer: la protección legal de la relación de filiación no constituye una situación convencional de convivencia con hijos igualada legalmente —por el hecho de aparecer regulada— al matrimonio, sino que es un efecto del precepto que ordena proteger a los menores (art. 39, 2,), como obligación constitucionalmente impuesta al legislador. A los conviventes de hecho se les pueden aplicar normas labo-

rales, de seguridad social, etc., pero nada de ello significa reconocerles como matrimonio, lo que sería anticonstitucional, ya que la norma suprema no solamente garantiza la existencia del matrimonio regulado en el ordenamiento, o la existencia en el ordenamiento de una regulación del matrimonio, sino que, *a sensu contrario*, no permite que el *ius connubii* recaiga sobre una institución o realidad social que no sea el matrimonio.

Por supuesto, la fidelidad del legislador a cuanto acabamos de exponer es lo que no está garantizado. De hecho, no falta en la doctrina alguna sugerencia sobre la posible inconstitucionalidad de la Ley de 1981 de reforma del Código Civil en materia matrimonial⁷⁸, y la sospecha de violación del espíritu de la Constitución no deja de tener, en este caso, un sólido fundamento. Se puede hablar de menosprecio por el legislador del Acuerdo con la Santa Sede⁷⁹, y nos deslizaríamos por el terreno de la escasa sensibilidad que el ordenamiento español viene desde hace años demostrando hacia sus compromisos internacionalmente adquiridos, con verdadero peligro para el Estado de Derecho⁸⁰. Pero aquella liviandad con la que en el tema matrimonial, en lo que hace a sus perfiles definitivos, se producía el legislador, y que arriba quedó apuntada, reaparecerá en el momento en que sometamos a análisis el sistema desde las premisas de los propios principios inspiradores del texto legal supremo.

Refirámonos, en esta línea, a la regulación codicial de los impedimentos matrimoniales a partir de la reforma de 1981. Antes habíamos tomado conciencia del papel estructural que cada impedimento juega en el sistema. Digamos ahora que, en virtud de la expresión constitucional del *ius connubii*, el vínculo supone una monogamia, y, como ya quedó argu-

⁷⁸ Cfr. L. I. ARRECHEDERRA ARANZADI, *o. c.*, págs. 15-17. «La Ley de 7 de julio de 1981 ha convertido el Tít. IV del Libro I del Código en un barroco cuadro de oscuridades, insuficiencias y equívocos» (E. LALAGUNA, *La reforma del sistema matrimonial español*, Madrid 1983, pág. 38), opinión que comparte R. NAVARRO-VALLS, en M. LÓPEZ ALARCÓN, R. NAVARRO-VALLS, *o. c.*, pág. 48.

⁷⁹ Con abundantes referencias bibliográficas refiere R. NAVARRO-VALLS una serie de distorsiones entre lo establecido en el Acuerdo España-Santa Sede de 1979 y la reforma del Código Civil en materia matrimonial introducida por la Ley de 7 de julio de 1981 (vid. M. LÓPEZ ALARCÓN, R. NAVARRO-VALLS, *o. c.*, cap. XVIII). Conviene ver asimismo la obra del mismo autor, *El matrimonio religioso ante el Derecho español*, Universidad Complutense, Madrid 1984, particularmente págs. 105 y sigs. Muy clara es la afirmación al respecto de M. LÓPEZ ALARCÓN en su obra *El nuevo sistema matrimonial español*, Editorial Tecnos, Madrid 1983, pág. 34: la Ley de 7 de julio de 1981, «desconociendo lo pactado por la Iglesia Católica y el Estado español en el artículo VI del Acuerdo Jurídico, ha introducido en el Derecho español el sistema anglosajón o protestante de matrimonio civil obligatorio». Vid. también las indicaciones de este mismo autor en el cap. XIX, pág. 358, de su *o. c.*, escrita en colaboración con Navarro-Valls.

⁸⁰ En relación con el Derecho Eclesiástico, y desde la Ley de 7 de julio de 1981, de reforma del sistema matrimonial, se han sucedido otras varias, particularmente en temas de enseñanza y económico, que violan o no respeten los correspondientes Acuerdos en tales materias entre el Estado español y la Santa Sede. Después de años de tolerancia y pasividad ante tales hechos por parte de la competente autoridad eclesiástica, han comenzado ya a aparecer declaraciones autorizadas provenientes de ésta en el sentido que indicamos en esta nota.

mentado, su no dispensabilidad significa la consagración del principio monogámico como un principio absoluto del sistema. La edad, por su parte, significa una presunción de madurez psicológica —pues no se trata de una convivencia sin una finalidad precisa y determinada a la que se ordena— y mental. En los restantes negocios jurídicos no existe este impedimento⁸¹: los padres hacen negocios en nombre de sus hijos, etc. Radica, pues, un carácter conyugal esencial en el impedimento de edad: los condicionantes puestos por la norma a la dispensa de la edad suponen la toma en consideración de la existencia en el menor de una capacidad conyugal.

Mención especial merece la desaparición del impedimento de impotencia, que gozando de una larguísima —en el tiempo y en la intensidad— consideración por parte del Derecho Canónico y la canonística⁸², figuraba igualmente en el Código civil antes de 1981, en el artículo 83, 3.º: «No pueden contraer matrimonio ... 3.º Los que adolecieren de impotencia física, absoluta o relativa, para la procreación, con anterioridad a la celebración del matrimonio, de una manera patente, perpetua o incurable»⁸³.

Al redactar los artículos 45 y 73, 1, del actual Código civil, el legislador quiso no solamente exigir la existencia del consentimiento como causa eficiente del matrimonio, sino precisar que no cualquier consentimiento da lugar al matrimonio, sino únicamente el consentimiento matrimonial. De otro modo, no hubiese sido preciso añadir en el artículo 73, 1, la palabra matrimonial a la palabra consentimiento, remachando —perdóneseme la expresión— esa misma elección tan rotunda de términos pre-

⁸¹ La esencialidad del consentimiento impide que se contraiga válidamente un matrimonio en nombre de un tercero, que quedaría comprometido por una voluntad distinta de la suya. Vid., sobre el juego de los impedimentos en el Derecho Canónico y Civil, la o. c. de J. FORNÉS (cfr. arriba, nuestra nota 57) y la de J. M. MARTINELL, «Los impedimentos matrimoniales en el Derecho Civil español», en VV.AA., *Estudios de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico en homenaje al profesor Maldonado*, Universidad Complutense, Madrid 1983, págs. 367-387.

⁸² Vid. J. HERVADA, *La impotencia del varón en el Derecho matrimonial canónico*, Universidad de Navarra, Pamplona 1959; A. BERNÁRDEZ CANTÓN, *Compendio de Derecho matrimonial canónico, c.*, págs. 70-77.

⁸³ A la desaparición del impedimento de impotencia en nuestro vigente Código Civil no le ha sido dada hasta ahora por la doctrina la importancia que merece. Vid. M. LÓPEZ ALARCÓN, R. NAVARRO-VALLS, o. c., pág. 360, que se limitan a señalar que «la irrelevancia de los fines, y concretamente el de la procreación, ha hecho decaer el impedimento de impotencia», sin mayor análisis del significado y consecuencias del hecho. La civilística que comenta el Código Civil suele limitarse a dar cuenta de los impedimentos que se conservan y no menciona, por tanto, el de impotencia. J. M. MARTINELL (o. c., pág. 377) se limita a enumerarlo entre los impedimentos derogados por la Ley de 7 de julio de 1981, incluyendo tal supresión en el marco de la siguiente frase: «Todavía persistía una normativa impregnada de conceptos e influencias confesionales que ya no respondía al sustrato sociológico español». Tal justificación de la reforma del sistema matrimonial operada por dicha Ley no es infrecuente en la doctrina, y oculta una cierta falsedad: la reforma del matrimonio operada por la Ley citada a partir de la Constitución no venía exigida por un cambio en el concepto que del matrimonio y la familia tenía el pueblo español, sino que tal cambio ha sido provocado —ciertamente que con notoria facilidad— por la nueva legislación.

cisos en la fórmula feliz del artículo 45: «No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial». Expresión que supone la existencia de otros posibles consentimientos convivenciales no matrimoniales, y que por tanto subraya el hecho de que el legislador acepta el *prius*, la existencia del matrimonio natural definido por sus notas esenciales, y de modo que sólo consentir en contraer ese matrimonio supone que el matrimonio nazca en el ordenamiento jurídico y en la realidad social españoles.

La doctrina acepta este planteamiento. Con alguna singular excepción⁸⁴, se interpreta que según la intención del legislador no basta, para que exista el matrimonio, el consentimiento, «sino que éste tiene que tener la causa específica del concreto negocio jurídico de que ahora hablamos, ser *matrimonial*»⁸⁵. «Para que haya válido matrimonio el consentimiento tiene que ser matrimonial⁸⁶, es decir, que el propósito práctico pretendido por los contrayentes sea constituir la comunidad que la Ley tipifica como efecto de todo matrimonio. El consentimiento matrimonial exige que las declaraciones de uno y otro contrayente coincidan en el mínimo esencial exigido por la Ley como propósito práctico característico del matrimonio»⁸⁷. «Lo que ocurre es que es difícil hoy precisar cuáles son, conforme a la Ley positiva, los caracteres *esenciales*⁸⁸ que, para que exista causa matrimonial, debe tener la comunidad pretendida por los contrayentes»⁸⁹.

Para PEÑA, esos caracteres esenciales sin los que no hay matrimonio son, en nuestro ordenamiento tal y como hoy está redactado el Código civil, la heterosexualidad en primer lugar: «es esencial que *un hombre y una mujer* quieran establecer *entre* sí esa comunidad de vida especialmente intensa que socialmente se tipifica como vida marital. No cabe, pues, el matrimonio entre contrayentes del mismo sexo»⁹⁰. En segundo lugar, «en el concepto legal es propiedad esencial del matrimonio la unidad»⁹¹: «no habría propósito matrimonial si lo que se pretende (lo que no es imposible por razón de las varias formas de celebración permitidas por la Ley española, dentro —matrimonio de extranjeros— y fuera de España) es una situación inicial de poligamia»⁹².

De la lectura de estos textos se obtiene la impresión de estar caminando sobre el vacío. La Ley —el Código civil— exige que el consentimiento sea matrimonial. Se trata de tipificar qué es un consentimiento matrimonial: es aquel según el cual los contrayentes se proponen constituir la comunidad que la Ley tipifica como efecto de la celebración de

⁸⁴ M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *o. c.*, pág. 55, nota 53.

⁸⁵ M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *o. c.*, pág. 55. El subrayado es del autor.

⁸⁶ El subrayado es del autor.

⁸⁷ M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *o. c.*, pág. 61.

⁸⁸ El subrayado es del autor.

⁸⁹ M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *o. c.*, pág. 61.

⁹⁰ M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *o. c.*, pág. 61. Los subrayados son del autor.

⁹¹ M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *o. c.*, pág. 61.

⁹² M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *o. c.*, pág. 61, nota 68.

las nupcias. ¿Y qué comunidad es esa? Una comunidad heterosexual y única. ¿Para qué fin? Nada sabemos del fin. Solamente que la comunidad sea especialmente intensa, sea aquélla que socialmente se considera marital. Todo lo cual es como no decir nada, porque al final del razonamiento no sabemos realmente, fuera de la heterosexualidad y la unidad, qué tipo de comunidad de vida es aquélla a la que tiene que tender un consentimiento para ser definido como matrimonial. De ahí que sea acertado repetir que el concepto de matrimonio que tipifica el ordenamiento español es tan impreciso como para que no sea posible determinar con exactitud jurídica sus notas esenciales, y por tanto tampoco su concepto ni su definición. Existe el matrimonio natural y existe la regulación civil del matrimonio, pero ésta no se adecua a aquel con la claridad necesaria para que podamos hablar de adecuación entre el objeto regulado en la norma y el contenido de ésta.

La raíz de la equivocidad o imprecisión del concepto de *matrimonial* que el ordenamiento maneja para tipificar al consentimiento está en la supresión del impedimento de impotencia. Al haber suprimido la relación entre la procreación y la comunidad de vida conyugal, se ha vaciado de sentido la expresión consentimiento matrimonial; o, dicho de otra forma, valdría cualquier consentimiento, con tal de que diese lugar a una convivencia intensa socialmente calificable de marital. La costumbre social, tan mudable, se ha convertido en criterio de determinación del sentido del ordenamiento, en lugar de ser éste el que crea la institución social. Si cabe cualquier consentimiento cabe cualquier matrimonio o, mejor dicho, cualquier realidad socialmente aceptada puede ser considerada matrimonio. El sistema como tal ha abandonado el nivel de lo jurídico; el matrimonio como tal se ha desvanecido.

Aparece así el consentimiento entendido como un acto desconectado de su objeto. En consecuencia, se desconyugaliza —perdón por el neologismo— ese consentimiento, ya que el contrayente que lo presta puede no entregar un proyecto de vida conyugal por falta de capacidad para el objeto del contrato. El consentimiento se convierte en un sí aquí y ahora, desvinculado del cumplimiento de la obligación contraída. Porque no puede olvidarse que el matrimonio es una relación jurídica, y como tal condiciona a cada una de las partes en su comunidad de vida con la otra. Los impedimentos pueden ser o no absolutos, pero son siempre relativos, es decir, siempre —si no, no se daría la imposibilidad de contraer— afectan a un contrayente en relación con el otro. La capacidad supone siempre una proyección hacia el otro. El *ius connubii* es un derecho a unirse con otro. El libre desarrollo de la personalidad —mencionado expresamente en el artículo 10 de la Constitución— supone en el negocio matrimonial una situación de desarrollo no sólo paralelo, sino con-

fundido o, mejor, fundido *entre sí*⁹³, de dos personalidades. En ese sentido, y sólo en ese sentido, significa algo hablar de la selección por parte del ordenamiento jurídico del contrayente idóneo para el matrimonio: a la elección personal que una parte hace de la otra se la puede llamar elección matrimonial si ambas parte, *a*) pueden establecer una vida en común ordenada al bien de los cónyuges y a la procreación y educación de la prole; *b*) consienten en establecerla; *c*) y por tanto unen sus vidas *in facto esse* para la consecución de ese desarrollo en común, de modo que pueda aceptarse la lógica —que, si no, no existiría— de la norma (art. 73, 1.º, del Código civil) que establece que es nulo el matrimonio celebrado si consentimiento matrimonial.

⁹³ Tal es la expresión utilizada por PEÑA, que hemos recogido arriba en la nota 90. Vid. un análisis del sentido profundo de la unión entre sí, con carácter conyugal, del hombre y la mujer, en J. HERVADA, en *El Derecho del Pueblo de Dios*, c., págs. 23-31.