

El jurista y la perspectiva: Reflexiones sobre Derecho Matrimonial

SUMARIO: I. *Concepto aproximativo de perspectiva, del cual se parte.*—II. *Porosidad y carácter interdisciplinar de los presupuestos que articulan el Derecho de familia.*—III. *El tortuoso camino de nuestro antiguo artículo 42 del Código Civil y materias concordantes, y el juego de la perspectiva.*—IV. *El malicioso manejo de las estadísticas.*—V. *La noción de orden público y conceptos afines: Fundamentos sociocríticos de su aplicación.*—VI. *Otras secuelas y deformaciones doctrinales que arrancan de una carencia de perspectiva.*—VII. *Indicios de flexibilidad en la nueva normativa canónica: Precedentes.*—VIII. *Aportación crítica. El período que discurre entre el Concilio de Trento y 1975 no se enjuga tan fácilmente.*—IX. *Reflexión final. Brevisimo haz de conclusiones.*

I. CONCEPTO APROXIMATIVO DE PERSPECTIVA DEL CUAL SE PARTE

Se intentó en un principio que este trabajo quedara confeccionado y publicado en 1983, año en que se conmemoraba el centenario del nacimiento de Ortega y Gasset, bajo cuya advocación mediata confiesa alojarse el espíritu de lo que aquí se expone. Claro que las palabras de Ortega sobre la perspectiva trascienden de homenajes y centenarios y siguen prestándonos su formidable y siempre lozana validez:

¿Cuándo nos abriremos a la convicción de que el ser definitivo del mundo no es materia ni es alma, no es cosa alguna determinada, sino una perspectiva? Dios es la perspectiva y la jerarquía: el pecado de Satán fue un error de perspectiva¹.

¹ JOSÉ ORTEGA Y GASSET: *Meditaciones del Quijote*, en *Obras* (Madrid: Espasa-Calpe, 1932), pág. 12.

Pero ¿qué es la perspectiva, aplicada específicamente al mundo de lo jurídico y, aún más concretamente, al predio del Derecho matrimonial? Si por perspectiva entendemos una «percepción conceptual y autorreferenciada desde la que se articulan las posibles configuraciones volitivas y ejecutivas de la persona respecto de todo lo demás» (RAMOS OREA), nos daremos cuenta de la superlativa importancia que tal noción tiene para el campo del Derecho que hemos elegido. No ignoramos que para una mente exclusivamente positivista nada de lo que intentamos decir tuviera acaso un adarme de sentido. La tenebrosa sentencia de VON KIRCHMANN parece retumbar aún en las lobrequeces de un universal pesimismo:

Tres palabras de rectificación del legislador y bibliotecas enteras se convierten en papel viejo.

El hecho de que voces autorizadas se hayan alzado claramente contra tal maximalismo de criterio² no merma su terrible vigencia. El camino

² JULIUS HERMANN VON KIRCHMANN: «Tres palabras de rectificación del legislador y bibliotecas enteras se convierten en papel viejo [*Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, 1848, pág. 17; que decía que los juristas, como los gusanos, viven de madera podrida». En FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España. Parte general*, tomo I, Libro Preliminar: *Introducción al Derecho civil*, 3.^a ed. (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1955), pág. 65].

Creemos asimismo de interés, en relación con el tema, las siguientes consideraciones de JOAQUÍN GARRIGUES:

Es dudoso que pueda llamarse hombre de Derecho el que ejercita su derecho sin contemplación alguna, es decir, sin el ideal de perseguir la justicia. A este tipo pertenece un personaje creado por SHAKESPEARE en su famosa obra dramática *El mercader de Venecia*: el judío prestamista Shylock. La conducta de este personaje en el famoso proceso iniciado en Venecia para la reclamación por tal prestamista usurero de un préstamo de 3.000 ducados, dio lugar a una famosa polémica entre dos eximios juristas: IHERING y KOHLER. Recordemos que en aquella obra, el prestamista, alegando no haber sido pagado por su deudor al vencimiento del préstamo, debía cobrarse cortando una libra de carne del cuerpo de su deudor. A ello le autorizaba su contrato de préstamo, que era válido en las Leyes de Venecia. «Exijo la Ley —decía—. Si me lo negáis, pobre de vuestra Ley. Entonces el Derecho de Venecia no tiene ningún valor.» IHERING apoyaba esta tesis porque veía en ella la lucha por el propio Derecho (recordemos su obra fundamental, que llevaba este mismo título), y llegó a ver en Shylock un campeón del Derecho de Venecia. Por el contrario, KOHLER, en su obra destinada precisamente al estudio de SHAKESPEARE, desde el punto de vista jurídico, exaltó la sabiduría del Juez que viola la letra de la Ley para dar paso a una norma más humana y más justa (pág. 354).

Pero ¿realmente es el Derecho una ciencia? Lo negó un Magistrado alemán en una famosa conferencia pronunciada en Berlín en 1847.

Deslumbrado por el progreso de las ciencias físicas y naturales y esclavo de la mentalidad positiva, que se extendió como plaga mortífera en su tiempo, el bueno de KIRCHMANN cayó en el error de comparar la ciencia jurídica con las ciencias naturales y llegó a una consecuencia

más cómodo para ahorrarse la exploración del *deber ser* jurídico es otorgar un omnímodo poder a la formulación del precepto positivo que la configuración o, mejor, la perspectiva jurídica vaya plasmando en cada momento. Ante aberración tal yo simplemente diría que para ese tenor fuese mejor que la ciencia jurídica no existiese. No, el jurista no se puede quedar en un mero positivismo, escindido en lo más vivo de su conciencia por la agonía impotente de contemplar que nada puede hacerse ante la norma positiva, por inícuo o por carente de perspectiva que ésta fuera.

Por otro lado, un sutil quiebro de matiz podría acomodar nuestra reflexión en un término medio, perfectamente equidistante de las posturas positivista y perspectivista a ultranza. Esta situación media es la que vendría a ocupar la concepción abiertamente relativista y pragmática que se ocupara sin más de que las cosas discurrieran por sus carriles establecidos por la mayoría. Tal concepción no es extraño que se haya detectado en el Nuevo Mundo:

Algunos juristas norteamericanos han llegado a decir (PUIG BRUTAU, trad. de LOEVINGER, *Una introducción a la lógica jurídica*) que «el Derecho, en el fondo, no es más que la previsión de lo que los Tribunales fallarán en un momento determinado»³.

Tal inclinación de criterio se conforma perfectamente a las condiciones sociales de un pueblo como el de los U. S. A., donde bajo diferencias de mentalidad más bien nimias y de detalle subyace una uniformidad sólida respecto de la necesidad y vigencia de las instituciones, independientemente de cuál sea el partido político en el poder⁴.

desoladora: la falta de valor de la jurisprudencia como ciencia (*Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*). «Un pueblo podrá vivir sin ciencia jurídica, pero no sin Derecho», decía KIRCHMANN...

Esta tesis pesimista de KIRCHMANN se basa en una falsa equiparación de la ciencia jurídica con las ciencias naturales, olvidando la distinción, claramente establecida desde WILDEBAND y KICKERT, entre las ciencias naturales, como ciencias de leyes, generalizadoras, y las ciencias culturales, como ciencias de hechos individuales, valorativas. A estas últimas ciencias pertenece la ciencia jurídica (pág. 355).

JOAQUÍN GARRIGUES: *Temas de Derecho vivo* (Madrid: Tecnos, 1978), en especial «Consejos a unos jóvenes diplomados en la Escuela de Práctica Jurídica» (conferencia pronunciada en la Universidad de Alcalá de Henares el 23 de junio de 1978), págs. 352-360.

³ Pórtico: «El Derecho y el órgano supremo de administración de justicia», *Revista Jurídica de Cataluña* (enero-marzo 1978), págs. 3-4.

⁴ En este preámbulo, por así decirlo, de nuestro trabajo, y como corresponde a una realidad multi-referenciada, como lo es el Derecho matrimonial, estamos empleando un lenguaje asimismo interdisciplinar. Tal vez nos conviniera recordar que:

II. POROSIDAD Y CARACTER INTERDISCIPLINAR DE LOS PRESUPUESTOS QUE ARTICULAN EL DERECHO DE FAMILIA

Voy a tratar de poner de manifiesto que el campo del Derecho matrimonial y, en general, de familia, por su especial naturaleza interdisciplinar, está más que ningún otro conformado por una interacción de criterios donde la recta (o desviada) impronta de lo que aquí entendemos por perspectiva se patentiza con más clamorosas manifestaciones, con más trascendencia sustantiva; adquiere, si preferimos la expresión, las más abultadas multiplicaciones de incumbencia y concernimiento por parte de los sujetos a Derecho. Porque no podemos negar, a fuer de realistas, las frecuentes salpicaduras que deben aparecer en este trabajo venidas de campos regentados por disciplinas como la Sociología, la Filosofía del Derecho, el Derecho canónico, la Historia, el Derecho político y hasta la Psicología. No creo que exista una parcela del Derecho más porosa que la del Derecho matrimonial, en la que con sus clásicas y controvertidas características de privatismo y publicidad penetran con más o menos impurezas, con intencionalidad más o menos oportunista, nociones que prácticamente abarcan el flabelo de manifestaciones de Derecho en todos los órdenes⁵. El matrimonio, al presentar sus dos insitos e inseparables

Hay un lenguaje legal y un lenguaje de los juristas, y si ambos tienen que ser lógicamente operativos, tal condición no implica forzosamente que ambos deban ser *llanos*; todo lo contrario...

Como resalta KURT BALDINGER en su *Teoría semántica*, el lenguaje jurídico está entre el común y el científico; es algo híbrido. La lengua común funciona muy bien con objetos mentales a los cuales corresponden trazos de la realidad sin límites fijos, pero por eso los juristas —añade— son tan dignos de lástima, ya que sirviéndose del lenguaje común tienen que trazar límites precisos, y ello es muy difícil.

Por eso digo que la paradoja está en otra parte: el que siendo nuestro lenguaje un lenguaje difícil, nos empeñemos voluntaria o involuntariamente en hacerlo todavía más difícil utilizando una aparente llaneza que no es otra cosa más que imprecisión...

Creo que todos deberíamos irnos poniendo de acuerdo para esclarecer, desde una perspectiva metodológicamente más semiótica y a base de un lenguaje más formalizado, las diferentes dimensiones del signo o de la palabra utilizada por el Derecho, prestando un mínimo de atención a lo que escribiera BRADLEY THAYER (*Preliminary Treatise on Evidence*, 1898, pág. 190): «Si las palabras en el uso jurídico común son usadas con exactitud, es bueno saberlo; si no son usadas así, también es bueno saberlo y señalar cómo se las usa».

LLUIS MUÑOZ SABATÉ: «Sobre el lenguaje jurídico», *Revista Jurídica de Cataluña* (enero-marzo 1980), págs. 263-264.

⁵ Uno de los peligros de que la Sociología, por ejemplo, irrumpa sin más en algún campo específico del Derecho ha sido delatado aguda y brillantemente, en nuestro contexto matrimonial, por el profesor NAVARRO VALLS:

aspectos de realidad privada y pública, se instala en el centro absoluto de todo sistema jurídico, y las reverberaciones de las distintas parcelas colisionan —cuando menos interfieren— necesariamente con él. Nada menos sorprendente que detectar nociones de Sociología, Filosofía pura, Psicología, etc., etc., porque son sistemas, aunque parciales, organizados como

El *tempus* de transformación social es hoy tan intenso que puede forzar al jurista a una falta de perspectiva: interpretar las instituciones jurídicas —en este caso, el matrimonio— en función de cómo las viven los hombres, en vez de enjuiciarlas a la luz de lo que *son*. Se opera entonces una peligrosa inversión metódica en el saber jurídico, que inexorablemente se ve arrastrado a fijar su atención tan sólo en el nivel sociológico —el de los hechos— para abandonar el previo nivel filosófico —el ser mismo de la institución.

El peligro radica en olvidar que el método exclusivamente sociológico, al tener por objeto primordial el hecho cambiante del devenir histórico, aislándose e inhibiéndose de las constantes ontológicas del propio devenir..., no puede dar razón del ser más profundo de las instituciones jurídicas (pág. 189).

Al pretenderse —ante la presión real o artificial de los datos sociales— que la institución matrimonial exclusivamente está en la simple línea de los hechos, se la desconecta de cualquier «deber ser» jurídico previo, produciéndose una auténtica contienda —una dolorosa lucha en el seno mismo del Derecho— entre Sociología y Filosofía jurídicas. Cuando con exclusiva técnica sociológica se pretende estudiar la esencia del matrimonio, fácilmente se puede confundir lo que el matrimonio *es* con el hecho de cómo viven algunos titulares de la relación jurídico-matrimonial de un medio social determinado sus compromisos conyugales.

Con esta inversión metódica no puede extrañar que se postule que aquel «deber ser» se transmute, por la presión del dato sociológico, en un ser jurídico relativo, dependiente de la evolución del *entourage* matrimonial. Al sociologizarse en su totalidad el dato previo —del que sólo el más profundo nivel jurídico de atención de las instituciones puede dar razón cabal, esto es, el filosófico—, se desjuridifica, se empobrece la dimensión jurídica de la propia relación conyugal, que inmediatamente queda reducida a un hecho social más, cuya regulación jurídica no dependerá de las cosas, sino de lo que dicte la estadística sociológica, o, lo que es más anómalo, de lo que dicte una ética situacional, más atenta al fenómeno de la situación límite que no a los límites del arbitrio humano en cada situación (págs. 191-192).

Claro que un poco antes, y en la misma línea de sagacidad crítica, NAVARRO VALLS concede:

Por lo demás, no deben entenderse como globalmente críticas las apreciaciones que en este trabajo se hacen sobre el sociologismo jurídico, ya que comparto en medida apreciable las preocupaciones metodológicas que postulan una mayor interrelación entre Sociología y Derecho. Mis apreciaciones se tornan críticas solamente cuando dichas preocupaciones desembocan en posiciones extremas que pretenden anular cualquier razonamiento jurídico encaminado a la realización de valores anteriores a la pura facticidad (pág. 190).

RAFAEL NAVARRO VALLS: *Estudios de Derecho matrimonial*, en especial «Divorcio y Derecho» (Madrid: Editorial Montecorvo, 1977), páginas citadas.

para que la perspectiva jurídica tenga en ellos campo abonado de referenciación ⁶.

Una vía asimismo convincente de probar que el matrimonio como realidad jurídica *resulta* en buena parte Sociología es percatarse de que las normas de diverso matiz que pretenden regularlo tienen una buena proporción de su motivación y sentido tanto en los demás como en los propios dos interesados. Sin los próximos, sin la sociedad, los dos implicados podrían llevar a término sus funciones de manera más económica, más simple o pura si somos capaces de entender estos términos con imaginación generosa y los proyectamos al original paradigma edénico. Hágase un recorrido por los preceptos jurídicos, afectados en una u otra medida al matrimonio, y dígame si no es cierto que sin la existencia del dato sociológico las normas tenidas como necesarias para regular el matrimonio se reducirían en gran parte. Es innegable que en el *status* fáctico de «matrimonios» asumido por dos personas la incidencia operante de *los otros*, de los prójimos, es más influyente que en ninguna otra institución o manifestación jurídica. Y es cierto. La urdimbre vivencial de la institución del matrimonio, que tan denodadamente se viene zafando de una catalogación definitiva respecto de su naturaleza jurídica por parte de la doctrina de todos los tiempos, ha sido oportunamente puesta de manifiesto por más de un autor. Así VALLET DE GOYTISOLO:

Como sigue observando RADBRUCH, especialmente en el matrimonio, frente al Derecho hay una situación de hecho natural y social que el Derecho es incapaz de formular de modo absoluto, antes bien, en cierto sentido ha de acomodarse a ella...

El Derecho viene dado por circunstancias reales y por datos metajurídicos, especialmente en el Derecho de familia, en el De-

Si hemos elegido a este significativo autor como exponente certero de un juego de distinciones específicas, es porque en otros lugares de esta monografía lo volvemos a traer a nuestras páginas con la contraria finalidad de desbaratar la falacia de sus argumentaciones, lanzadas precisamente desde una atalaya carente de perspectiva.

⁶ En fecha tan pretérita como la de referencia, se nos decía:

La organización de la familia es, pues, de orden privado, a la vez que de orden público, porque sí trae su origen, en principio, de la forma puramente contractual, puesto que depende de la libre voluntad de los esposos el contraer el vínculo o no, y, por el contrario, la falta del consentimiento de aquéllos impide que se origine, llena al mismo tiempo una verdadera y propia función social por la que la necesaria autoridad de la Ley establece las condiciones y las normas relativas a la constitución, al mantenimiento y a la disolución del vínculo matrimonial.

RAFAEL ACOSTA INGLOTT: «El divorcio en Derecho internacional privado», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 115, año quincuagésimo octavo (Madrid, 1909), págs. 258-289, especialmente página 260 [Granada, 14 de abril de 1909].

recho matrimonial y en la relación paterno-filial, más que ninguna otra parte del Derecho (pág. 240).

No podemos olvidar que los fines primarios del matrimonio son transindividuales: la procreación y la educación y elevación de la prole...

Volvamos a ceder la palabra a HELMUT COING: «No puede existir verdadera comunidad cuando cada cual insiste en su derecho y no tiene capacidad de entrega más allá de la obligación de derecho. *La mentalidad jurídica y la mentalidad comunitaria son mentalidades diversas*» (subrayado mío).

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

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

Las comunidades jurídicamente reguladas no son ya auténticas y plenas comunidades. Por eso es típico que la intervención jurídica se produzca precisamente en el momento de la disolución de la comunidad⁷ (págs. 247-248).

Este campo multifronte del Derecho matrimonial, donde tiene la perspectiva quizá su más propicio y generoso banco de pruebas, no se le ha ocultado a ningún estudioso por distantes entre sí que hayan estado sus puntos de partida y sus intencionalidades. Desde la torre de observación del canonismo oficial se nos recuerda que

Los mismos civilistas suelen advertir que el matrimonio (regulado por el Derecho positivo) no es un instituto exclusivamente jurídico, sino también político, religioso, social, ético, etc., de suerte que las leyes del Estado lo regulan solamente en parte y en cierto modo solamente desde el exterior (cf. R. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, Messina, 1926, vol. II, pág. 509, y A. C. JEMOLO, *Il matrimonio*, vol. III del *Tratado di diritto civile*, dirigidos por F. VASALLI, Torino, 1937, pág. 266 y sigs.⁸).

⁷ JUAN VALLET DE GOYTISOLO: *Panorama del Derecho civil*, tema décimo: «El Derecho de familia» (Barcelona: Bosch, 1963), págs. 240-261.

⁸ Mons. Dr. JUAN JOSÉ GARCÍA FAJLDE: «Por una acertada concepción del matrimonio», *Revista jurídica de Cataluña*, año LXXVII, núm. 1 (enero-marzo 1978), pág. 49.

El prolífico DÍEZ-PICAZO (al que nos tendremos que referir desde ángulos e intenciones diversas en el curso de este trabajo) fija con su habitual y holgada brillantez el predio desparramado e interdisciplinar del Derecho de familia:

Una cosa es una reforma del Derecho de familia y otra, sin duda no igual, una reforma de la legislación del Derecho de familia, porque el Derecho de familia no está formado solamente, en todo caso está formado sólo en una mínima parte por las leyes incorporadas al Derecho de familia. El Derecho de familia es también una serie de costumbres, de hábitos, ¿por qué no?, de prejuicios, de creencias, de convicciones y de modelos de conducta... Las familias se rigen muy poco por el Derecho. El Derecho sólo penetra en ellas cuando antes ya ha penetrado en ellas la desintegración, cuando han dejado de ser o están a punto de dejar de ser familias.

El Derecho de familia es para la familia como un régimen dietético: nunca lo observa el individuo sano, sino el enfermo... Sólo en dosis muy pequeñas se ventilan pretensiones entre los miembros de una familia con el apoyo del Derecho...

Me parece bastante claro, por ejemplo, que el establecimiento del divorcio requerirá una Ley, y que sólo de acuerdo con una Ley el matrimonio podrá ser de uno o de otro tipo, a lo que también hay que decir, para restarle dramatismo, que no es muy probable que la organización legal del matrimonio aumente o disminuya la propensión de las gentes a casarse, a elegir uno u otro tipo de matrimonio o a unirse simplemente de manera libre (págs. 132-133).

El Derecho va siempre a la rastra del cambio social, y la reforma jurídica o bien se produce algunas veces sola, por espontáneo reajuste de los mecanismos normativos, o viene irremediablemente impuesta en virtud de demandas o de exigencias sociales⁹ (pág. 135).

Los términos más caros que estamos vertiendo en este tramo propeúutico parecen asimismo consolidar el criterio de otros autores, bien diferenciados, como hemos advertido, por su intención y por la fundamentación de sus planteamientos:

El tema de la familia y el del matrimonio como base de la misma posee un carácter interdisciplinar. Son múltiples las perspectivas desde las que podemos acercarnos al mismo. Pueden

⁹ LUIS DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN: «Significado de la reforma del Código Civil» [conferencia pronunciada por]..., en *Curso de conferencias sobre la reforma de los Códigos Civil y de Comercio por Ley 14/1975, de 2 de mayo* (año 1977). Celebrado en el Salón de Actos del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Prólogo [del] Ilmo. Sr. Decano don NARCISO DE FUENTES SANCHIZ (Madrid: Centro de Estudios Hipotecarios, 1978), págs. 131-153.

considerarse sus aspectos sociológicos, históricos, políticos, religiosos, jurídicos... Desde todos los puntos de vista se ha vertido mucha literatura, es cierto, y, sin embargo, los autores no están de acuerdo, no sólo en lo que la familia es y ha representado y ni siquiera en la función actual de la familia, sino que aún en el ámbito estrictamente normativo, en el Derecho de familia, existe disparidad de criterios no ya en los diversos ordenamientos jurídicos, sino también en el propio tratamiento doctrinal, no exento de acaloradas discusiones¹⁰.

Otras veces son las formulaciones con vocación de perennidad, a cargo de los Magistrados en ejercicio, las que nos sancionan la configuración compleja de eso que hemos dado en llamar principios de Derecho matrimonial. He aquí un interesante *Considerando*:

No olvidemos que de todas las instituciones del Derecho privado la familia es la más delicada y sede de todos los sentimientos humanos a través de la procreación y relaciones que engendra, de tal suerte que hizo proclamar a un insigne civilista español, que de todas las instituciones del Derecho privado, la familia era la menos asequible al Derecho; son los componentes de la familia los que deben hacer posible la convivencia dentro de la mayor solicitud y afecto, y cuando éste no existe o se halla en crisis, difícilmente puede ser impuesto o suplido por la norma jurídica¹¹.

Vaya un último testimonio en que, con las inevitables diferencias de matiz, se insiste en la complejidad íntima, vivencial, que se instala en las recámaras profundas del Derecho. Cuando esta intimidad es precisamente de la incumbencia del Derecho matrimonial debemos pensar que el haz de realidades sensibilizadas adquiere su más indiscutible desarrollo:

La profesión del Abogado —escribe BATLLE SALES [*El derecho a la intimidad privada y su regulación*, pág. 62]— coloca a éste en situación de confidente. Ante él, la persona que acude a pedir consejo o ayuda descubre toda una serie de actuaciones, en las cuales va implicada su intimidad... Toda divulgación de estos secretos es contraria al orden público¹².

¹⁰ NARCISO MARTÍNEZ MORÁN: «La familia y su protección constitucional», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* (I. Monográfico, 1978), págs. 115-144, especialmente pág. 119.

¹¹ Número 534. Medidas provisionales de separación matrimonial. Medidas relativas a los hijos (Badajoz. Sentencia de 8 de octubre de 1977. Ponente: Don JOSÉ TORNÉ DOMBIDA). *Sentencias en apelación de las Audiencias Provinciales: En materia civil y penal: 1977*: segundo semestre. Recopilación, selección y ordenación realizada por la Secretaría Técnica de la Presidencia del Tribunal Supremo (Madrid: Ministerio de Justicia: Centro de Publicaciones, 1978), página 310.

¹² JAIME VIDAL MARTÍNEZ [Profesor Adjunto de Derecho civil]: «Manifestaciones del derecho a la intimidad personal y familiar», *Revista General de Dere-*

No hace falta seguir multiplicando ejemplos. El único señuelo que nos ha impulsado a confeccionar este pequeño mosaico de testimonios es el de proporcionar una cuadrícula lo suficientemente provista de validez como para permitir que la noción de perspectiva que invocamos en la apertura pueda funcionar a sus anchas, operativamente, y ayudarnos a explorar la adecuación o inadecuación de aplicar sus resortes. Espero que la configuración poliédrica de estas realidades encuadradas en ciertos aspectos del Derecho matrimonial permitan desplegar a la perspectiva del jurista unas cumplidas y panorámicas reverberaciones. Como decíamos antes, la postura mental del jurista debe operar desde una zona media, equidistante por igual de un positivismo a ultranza como de un voluntarismo fantasmagórico e inviable. La corta andadura de nuestra normativa en materia de Derecho de familia (Ley 11/1981, de 13 de mayo, modificatoria en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio; Ley 30/1981, de 7 de julio, que regula el matrimonio y determina el procedimiento en las causas de nulidad, separación y divorcio, y en un orden de cosas paralelo en interés para nosotros, el *Código de Derecho canónico*, revisado, de 1983) nos proporciona una base comparativa y estable, respecto de la cual tendrá que homologarse forzosamente la perspectiva de las disposiciones anteriores, o más bien la falta de perspectiva en nuestro caso y, en consecuencia, la violencia injustificada de principios que se enseñoreó de la mente del legislador, y el contexto social que motivó asimismo esa carencia de perspectiva. Y conste que no pretendemos poner a nadie en la picota. No se conoce ningún tipo de multas, amonestaciones, reprimendas ni correctivos para los reos de lesa perspectiva. Son éstas unas especialísimas transgresiones que sólo tienen su homologación de repulsa o afecto en el corazón de los que componemos la gran familia solidaria de amantes de la justicia y de la equidad.

III. EL TORTUOSO CAMINO DE NUESTRO ANTIGUO ARTICULO 42 DEL CODIGO CIVIL Y MATERIAS CONCORDANTES, Y EL JUEGO DE LA PERSPECTIVA

Quizá no haya habido precepto en todo nuestro Derecho positivo donde con más acritud, con más impenitente obcecación haya quedado plasmada la falta de perspectiva de nuestro legislador. Desde que la Real Cédula de Felipe II de 12 de julio de 1554, que promulga como Ley del Reino los cánones del Concilio de Trento, hasta la reforma de 1981, a que nos hemos referido unas cuantas líneas más arriba (exceptuando la

cho, núms. 433-434 (octubre-noviembre 1980), págs. 1162-1188, especialmente página 1181.

bocanada de aire fresco que supuso la malograda Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932), nuestro triste y torpísimamente célebre artículo 42 ha podido compararse a esa cota histórica conquistada por el poder constituido, y que éste se ufana en presentarla al mundo como el más irrenunciable de sus logros.

Estamos concentrando buena parte de nuestros esfuerzos con el fin de ser objetivos. De ahí que para poner título al epígrafe que estamos desarrollando nos hayamos servido de alguien que de la interpretación y aplicación de la Ley hace su medio de vida¹³. Que algo perteneciente al fuero interno de conciencia de los interesados haya merecido la infamante vitola de «orden público» es algo que debe sonrojar al jurista razonable. El cometido de esto que va siendo redactado es intentar probar tales premisas.

Sabido es que, aun desde dentro y a iniciativa del propio poder constituido, se llevó a cabo mediante la reforma del Código Civil de 1958 la limadura expresiva de aquel... (¿cómo calificarlo..., lúdico, terrible?) «deben contraer» del artículo 42 («La Ley reconoce dos formas de matrimonio: el canónico, que *deben contraer* todos los que profesen la religión católica, y el civil, que se celebrará del modo que determine este Código»), por el que parecía pretenderse no dejar célibe ni a uno solo de los que se tuvieran por católicos, para choteo de todo jurista juicioso. De acuerdo con que el Derecho canónico hubiera invadido los predios de incumbencia del ordenamiento civil; de acuerdo con que, siempre bajo la advocación canónica, el matrimonio goza del *favor juris*. Empero, de ahí a los términos que lapídeamente se empeñó en perpetuar el precepto desde 1889, y a través de la complaciente miopía de nuestra posguerra, hay todavía un trecho elástico para la cordura. En este caso concreto me pregunto si el lector no estaría de acuerdo con nosotros en calificar con un cero en perspectiva al tan celestinesco legislador. Tal ha sido la obcecada proclividad de su espíritu desde tan antiguos tiempos.

Otra de las expresiones de más refinada e inicua equivocidad que nuestro malhadado artículo 42 encerraba era la relativa a la prueba de *no* profesión de la religión católica. ¿Se puede probar una cosa que *no* se es?, nos hemos venido preguntando. La ordalía que supuso en su momen-

¹³ El tortuoso camino seguido para la interpretación del artículo 42 del Código, dependiente de la ideología dominante en el Gobierno de cada momento, ha finalizado en lo que parecía criterio dominante en la doctrina de entregar a la conciencia de los novios la decisión de celebrar matrimonio canónico o civil.

FRANCISCO CAPÓN REY [Juez de Distrito núm. 2 de Vigo]: «El acuerdo sobre asuntos jurídicos con la Santa Sede y la reglamentación del matrimonio», *Boletín de Información*, año XXXIV, núm. 1.218 (Madrid: Ministerio de Justicia, 15 de octubre de 1980), págs. 5-12, especialmente página 6.

to probar lo imposible ha quedado recogida en dolorosa bibliografía¹⁴. Pero más dolorosamente suponemos que permanecerá en la carne del alma de todo aquel esforzado que se adentrara en semejante laberinto dantesco, suavizado únicamente, con el paso del tiempo, por las Instrucciones, Resoluciones y Circulares emanadas de lo que se ha dado en llamar «jurisprudencia menor» de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que sobre todo en su Instrucción sobre el expediente previo al matrimonio civil de 22 de marzo de 1974 facilitó la gestión de la dichosa prueba de no profesar la religión católica. Huelga decir que la irreverentemente llamada Ley de Libertad Religiosa de 1967 fue un producto de exportación para la Europa crédula y sólo papel mojado para los españoles.

El antiguo artículo 42 de nuestro Código Civil ha servido, eso sí, inmejorablemente para identificar el talante y la perspectiva con que se han adornado algunos autores establecidos. Hay aquellos para quienes deplorablemente el artículo 42 encerraba una supuesta virtualidad optativa. Por todos, MANUEL ALBALADEJO:

Es claro que prácticamente queda en manos de cualquiera casarse civilmente si, aunque de verdad sea católico, lo desea, ya que le basta comunicar al párroco que abandonó el catolicis-

¹⁴ Respecto de los que pasaron por la ordalía del matrimonio civil, el profesor ALONSO PÉREZ se pronunciaba así:

Resulta lamentable escuchar a no católicos, agnósticos o a quienes no practican el catolicismo, pero cargados de buena voluntad, el drama que han vivido para celebrar el matrimonio civil, aun después de la legislación implantada a raíz de la Ley de Libertad Religiosa de 1967: miradas raras en el Juzgado, exigencias de un sinfín de documentos, el Juez municipal que parece no hallar día para la ceremonia, etc. Ciertamente que en muchos Juzgados las cosas se ven ya con toda normalidad, pero es evidente que en grandes sectores de la población española la celebración del matrimonio civil por un católico no creyente forma parte de un rito propio de «ateos, comunistas y masones», esa trilogía que tanto pánico infundió al imperial o nacionalcatolicismo.

«Acerca del matrimonio civil», *Revista de Derecho Privado* (febrero 1978), págs. 34-35.

Y es asimismo elocuentísimo el clamor de congoja y de concienciación que el mismo autor lanza en otro lugar:

Y, sin embargo, la realidad, la brutal realidad, queda sin resolver en nuestra ciudad terrena: el dolor profundo, la angustia vital de algunos matrimonios de nuestros hermanos en la fe y en el amor de Cristo que, con culpa o sin ella, se han deshecho sin remedio. ¿Quién podrá llevarles alguna luz, si está absolutamente cerrada la puerta de la indisolubilidad?

«Matrimonio civil y divorcio», en *Estudios de Derecho civil en honor del profesor Batlle Vázquez* (Madrid: EDESA, 1978), págs. 39-74, especialmente pág. 74.

mo. De modo que nuestro sistema matrimonial *de hecho* viene a ser electivo¹⁵.

Otros, desde el canonismo furibundo y en un alarde de penuria imaginativa, arremetieron contra el Derecho positivo en materia matrimonial de la Segunda República española, llegando a escribir que la Ley de 1932 suprime el artículo 42 del Código Civil. Así ALBERTO DE LA HERA:

Con esta disposición [Ley del 28 de junio de 1932, que en su artículo 12 establece que «a partir de la vigencia de la presente Ley, sólo se reconoce una forma de matrimonio, el civil, que deberá contraerse con arreglo a lo dispuesto en las secciones primera y segunda del capítulo III del título IV del libro I del Código Civil»] «ya no se trata —como ha escrito FUENMAYOR— de interpretar el artículo 42 del Código Civil: se le suprime de nuestro ordenamiento». *Desaparece el sistema de matrimonio civil facultativo, para ser sustituido por el de matrimonio civil obligatorio*, incompatible con el artículo 42 y, por tanto, derogativo del mismo»¹⁶ (el subrayado es mío).

Por cierto que, según monseñor LEÓN DEL AMO,

Fue esta Ley [de Matrimonio Civil de 28 de junio de 1932] una injuria gravísima a la Iglesia y un agravio tremendo a los sentimientos religiosos del pueblo español¹⁷.

Expresiones de tan ilustre prelado que hoy, con la debida perspectiva y el no menos debido respeto, nos arrancan una sonrisa de benevolencia. Sobre todo nos preguntamos, ¿qué tipo de perspectiva pueden albergar criterios que propiciaran una redacción tan poco seria del artículo 42? ¿A qué clase de sentimientos religiosos y a quiénes de entre los que formamos el pueblo español se podría referir tan alegre y gratuitamente nuestro tratadista reseñado?

Una vez más, y fiel al propósito de servirnos en lo posible de los argumentos de otros en aras de una querida objetividad, dejo que sea la pluma de FOSAR BENLLOCH la que dicte sus razones:

¹⁵ *Instituciones de Derecho civil II. Derecho de bienes, familia y sucesiones*. «17. Especial examen de la prueba de no profesar la religión católica» (Barcelona: Bosch, 1975), 2.ª ed., pág. 395.

¹⁶ «Matrimonio civil y revisión del Concordato: Cuestiones en torno al artículo 42 del Código Civil», *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXVIII, fascículo III (julio-septiembre 1975), págs. 639-682.

¹⁷ Mons. LEÓN DEL AMO [Prelado Doméstico de Su Santidad. Defensor del Vínculo del Tribunal de la Rota Española]: *Los matrimonios civiles durante la República: Problemas que plantean* (Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1954), pág. 77.

A raíz de la visita de los Reyes de España a Pablo VI en el Vaticano, el *Diario 16*, en su ejemplar de 11 de febrero [1978], hizo notar que el Pontífice «expuso ante el Rey su preocupación por hipotéticas futuras acciones en favor del divorcio y del aborto en España... El Papa... vino a afirmar... que sería preciso distinguir la reforma política de estos otros temas». Por lo visto, Pablo VI no tuvo en cuenta que la Ley del Divorcio de 1932 fue derogada por un acto puramente político del Régimen conculso el 20 de noviembre de 1975, por lo que reinstaurar el divorcio no era sino enderezar, reformar, lo que dicho Régimen había torcido, deformado¹⁸.

Yo creo que la obcecación, las ganas de broma o algo mucho peor es lo que debió de impulsar a aquellos autores, que vieron en el precepto del antiguo artículo 42 de nuestro Código Civil un tipo de matrimonio civil facultativo. Después del infierno que ha supuesto en España contraer civilmente matrimonio dentro del fanal nacionalcatólico inquisitorial en que se ha vivido, sostener la existencia de un sistema matrimonial optativo no era, desde luego, apodícticamente falso, pero sí equivalente —en falta de equidad y de justicia— a establecer como una segunda opción de viaje, pongamos por caso, de Alcalá de Henares a Madrid, la de hacerlo vía Almería. Hay que poner en juego una fuerte dosis de templanza para no dispararse ante el estrecho gálibo de perspectiva que esgrimen ciertas mentes.

Claro que antes de que la norma positiva consumara la corrección en 1981 se levantaron voces autorizadas. La concienzuda crítica de MARIANO ALONSO PÉREZ en su ya citado «Acerca del matrimonio civil» es buen exponente. El único reparo que paradójicamente, y bajo el cargo de malversación de perspectiva, pondríamos a este trabajo del profesor ALONSO PÉREZ es que se haya tomado en serio el hecho de demostrar lo que para un espíritu en sus cabales es diáfano, a saber: que las supuestas opciones que «suavizaban» el venal artículo 42 eran sólo fachada, pero que no conllevaban ni entrañaban verdadera opción, ni elección ni autorización del matrimonio civil en España (véanse esp. págs. 27-35 del *art. cit.*). Discutir en serio cosas así entiendo que es dar armas al adversario y abastecerlo de criterio. No hubo nunca, pues, tales supuestas opciones permitidas por el artículo 42. Y donde no hay juego de la voluntad libérrima hemos inferido siempre que se genera un vicio radical de consentimiento, invalidante automático, siquiera del aspecto formal, del acto celebrado.

Los juristas estudiosos asistíamos a las últimas boqueadas de un cier-

¹⁸ ENRIQUE FOSAR BENLLOCH: «Apéndice a 'El matrimonio religioso, el matrimonio canónico y el matrimonio civil. El vínculo matrimonial, ¿es disoluble o indisoluble?'», *Revista Jurídica de Cataluña*, año LXXVII, núm. 3 (julio-septiembre 1978), págs. 161-192.

to estado de cosas. El cambio palmariamente se iba configurando en el ambiente, en el matiz anónimo que cobran los gestos, las palabras y hasta los muñones de pensamiento como premisas larvadas en los sótanos del alma de cada cual. Eran los meses previos a la Constitución de 1978. ¡Qué gran verdad es que el Derecho, si de verdad lo es, tiene que ir necesariamente a la zaga de los hechos reales! Considero acertadas estas dos elocuentes y precisas formulaciones de SOTO NIETO, ambas envueltas en una razonable dosis de perspectiva:

El Derecho, aun antes de cristalizar en esquema de Ley, es percibido y experimentado por la comunidad, aunque de manera sentimental y embrionaria. Un pueblo —ha escrito KIRCHMAN— tiene un saber de su Derecho, inclusive sin ciencia jurídica; tal saber descansa en las regiones oscuras del sentimiento y del tacto natural. El legislador ha de posar su mirada en la comunidad, arrastrar consigo cuantos vestigios de experiencia le sean dados, erigirse fielmente en intérprete de los sentimientos sociales y sólo después decidirse a dar el paso capaz de convertir meras expectativas en proyectos serios y viables de organización social...

Estas fuerzas impulsivas, en definitiva, espíritu y sentir del pueblo, deben ser también el alma del Derecho, el aliento que trascienda en todas sus manifestaciones. Cuando el legislador solemniza el Derecho con sus dictados, es que ya lo ha encontrado con precedencia en los sentimientos o costumbres de la comunidad. El Derecho —compedia IHERING con precisión— no es un simple resultado de la reflexión del legislador; éste dicta una Ley, y aunque crea que es sólo su obra, el espíritu de la época se desliza en ella. Como la planta que parece no absorber nada de fuera y, sin embargo, se nutre de la tierra y de la atmósfera, el Derecho toma los elementos del ambiente que lo rodea [SAVIGNY, KIRCHMANN, ZITELMANN, KANTOROWICZ, *La ciencia del Derecho* (Buenos Aires: Losada, 1949), pág. 254]¹⁹ (pág. 117).

En otro trabajo, salido a la luz un mes más tarde, el mismo autor, y a propósito del título preliminar del Código Civil, expresa:

El Derecho positivizado rara vez va por delante de las necesidades de la vida. Estas se acrecientan y suceden ajenas a las contadas previsiones legislativas. Por muy prolífico y presciente que se sienta el legislador, siempre acusaremos algún desnivel entre las exigencias y las soluciones. Las previsiones —escribe

¹⁹ FRANCISCO SOTO NIETO [Presidente de la Audiencia Provincial de Gerona. Miembro de número de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña]: «El cambio social y el Derecho»: Discurso de recepción del académico de número Ilmo. Sr. D. FRANCISCO SOTO NIETO, y contestación por el Ilmo. Sr. D. JOSÉ-J. PINTÓ RUIZ, leídos en la sesión del día 30 de enero de 1979, *Revista Jurídica de Cataluña* (enero-marzo 1979), año LXXVIII, núm. 1, págs. 103-145.

LLEWELLYN— casi nunca se anticipan a la realidad, sino que el gran tema del Derecho consiste en el proceso de adaptación a las necesidades modernas de conceptos que brotaron a impulso de otras necesidades ya desaparecidas. Parece como si correspondiera a la misma entraña de la vida social la falta de adecuación entre el ímpetu juvenil de los problems y la decrepitud de las soluciones previstas ²⁰ (pág. 311).

En esta misma clave de pensamiento, y decididamente aplicado al tema que presta contexto natural a nuestro trabajo, se alinea el testimonio editorialista, según el cual

la realidad sentida es la que a la larga prevalece, sin que el legislador haga otra cosa que convertir en fuente formal lo que la conciencia jurídica ya estima vigente, practica y respeta como obligatorio. Por esta razón —y pensemos en la próxima Ley del Divorcio— más que presionar al legislador, si acaso hay que educar a los protagonistas que viven las instituciones jurídicas, con resortes éticos y sociológicos que ordenen sus actuaciones a nobles ideales siempre estimables y respetables. Si los matrimonios quiebran por falta de cimientos, amor e ideales, las sucesivas uniones que se constituyan ignorando el primer vínculo continuarán igual, sin o con Ley del Divorcio; la única diferencia es que sin tal Ley, se llamarán concubinatos y serán más libres y más libremente extinguiibles o novables ²¹.

Efectivamente, hay cosas que con su presencia real o intuitiva colman el ámbito. Hay variaciones en la actitud psicológica y vivencial de las comunidades que tienen necesariamente que acompañarse de la norma que encaje en los bastidores propuestos. No hacerlo así supone una de las más características vulneraciones de la perspectiva. A medio camino entre la inoportunidad coyuntural y el sano deseo de producir una obra de fuste se halla, en opinión particular nuestra, la abultada y alardeante aventura editorial de los *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* ²², donde, y para el volumen en cuestión reseñado en la anterior

²⁰ FRANCISCO SOTO NIETO: «La interpretación de las normas en el nuevo título preliminar del Código Civil», *RGLJ* (abril 1979), págs. 295-321.

²¹ Pórtico: «La reforma del Derecho de familia», *Revista Jurídica de Cataluña* (enero-marzo 1980), pág. 4.

²² Dirigidos por MANUEL ALBALADEJO. El tomo II (EDERSA, Jaén, 1978) contiene: Título IV. Del matrimonio. Sumario: I. El matrimonio civil en sentido moderno: El matrimonio cristiano antes y después de la Reforma. II. Los factores de la secularización. III. Los sistemas matrimoniales. IV. El Derecho civil español sobre el matrimonio: sus etapas. Comentado por los catedráticos SANCHEZ REBULLIDA y FUENMAYOR CHAMPÍN, comprende los antiguos artículos 42 a 107 del Código Civil.

La rentabilidad académica y jurídica de estos *Comentarios* está por ver. No es ya que la Ley positiva nueva convierta en papel mojado metros cúbicos de letra impresa. No. Se trata de justificar la presunta carga de credibilidad que pudiese

nota, si bien la filiación católica de los autores de los comentarios es bien patente, se observa, sin embargo, una cierta mesura en el tono de lo redactado, como correspondiera a los tiempos que corrían. Con una Constitución —como decimos— cocinándose y con un cambio social empapando hasta los regatones del más coriáceo o distraído, haber enconado el contenido de esta, por otra parte, meritoria enciclopedia hubiera sido un ensanche innecesario de la falta de perspectiva.

Queda sancionada nuestra Constitución, y una de las más certeras e inmediatas consecuencias que se desprenden del espíritu de nuestra Ley fundamental, respecto del nefando artículo 42 del Código Civil, es la bienhechora y refrescante Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de diciembre de 1978 (*B. O. del E.* del 30, página 29429).

Interpretando los artículos 32, 1.º; 16, 2.º, y 16, 3.º, en relación con el 14, todos ellos de la Constitución de 27 de diciembre de 1978, llega a la conclusión de que todos pueden acudir a la celebración del matrimonio civil con plena libertad de elección y sin necesidad de hacer declaración alguna sobre su religión, respecto de la cual el Juez o Cónsul no puede preguntar. Por tanto, se acuerda que a partir de la entrada en vigor de la Constitución, que fue inmediata a su publicación en el *BOE* de 27 de diciembre de 1978, han de entenderse modificados en el sentido indicado los artículos 42 y 86 del Código Civil, lo mismo que los preceptos concordantes que los desarrollan del Reglamento del Registro Civil, y que, por tanto, los Jueces y Cónsules encargados de los Registros Civiles deben autorizar los matrimonios civiles de las personas que lo deseen sin indagación ni declaración alguna sobre las ideas de los contrayentes.

Esta benemérita Instrucción nos hizo respirar más abiertamente a muchos y nos invitó a creer en serio que se había arrumbado definitivamente y para siempre tanto disparate histórico a expensas del artículo 42 del Código Civil.

Ahora bien, el que un nuevo e imparable orden de cosas surja y pretenda estabilizarse (vgr., legislación divorcista en general, etc., etc.) no quiere decir que no siga habiendo nostálgicos furibundos de la vieja ola; no quiere decir, por desgracia, que desaparezcan por ensalmo todas las falanges de cavernícolas obsoletos que pululan impunemente por la república del pensamiento jurídico exentos de imputabilidad. Lo mismo que con otras manifestaciones de la realidad humana: se puede seguir publicando indefinidamente libros sobre el aspecto jurídico o sociológico que

conllevar el acometer unos «Comentarios al Derecho de familia antiguo», siquiera después de 1975, año de la desaparición de nuestro gran autócrata.

fuere y comprobar el escaso o nulo aporte original que significan. Después de que GALILEO dejara patente que el planeta Tierra era lo que era, siguieron durante mucho tiempo apareciendo escritos y aireándose opiniones en defensa precisamente de lo contrario: de que la Tierra era el centro magnífico de los orbes. La contrariedad más enfadosa (y al mismo tiempo, ¿por qué no?, más emocionante) con la que hemos pugnado y seguimos pugnando es la de carecer de autoridades que se hayan declarado, para los aspectos más cardinales y menos negociables de nuestra investigación, siquiera tímidamente en la línea de nuestras conclusiones. Forzando un paso más en el engranaje lógico de las cuestiones jurídicas estudiadas, nos ha correspondido a nosotros la labor de transformar en consecuencias palmarias lo que en la mayoría de los autores estudiados nos ha parecido que estaba en forma de larvada premisa. En tal sentido, el acarreo a veces de un título más de trabajo o de libro ha merecido un interés menor por nuestra parte que la reflexión crítica y creativa sobre cómo llevar a sus últimas consecuencias la concatenación lógica de los elementos jurídicos dispersos.

Existe, pues, un derecho al pataleo; un derecho a la típica razón de la sinrazón, y un cerrarse en banda a todo lo que signifique escozor en el propio orgullo. Un ejemplo de recurso del pataleo lo protagonizó el catedrático GARCÍA AMIGO a costa de la citada Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de diciembre de 1978 (*Boletín Oficial del Estado* del 30, pág. 29429) en estos términos:

La Instrucción es claramente anticonstitucional, pues el precepto constitucional directamente aplicable no son los mencionados por la Instrucción de referencia [art. 16, 2.º-3.º], sino el 32, 2.º, donde se dispone que «la Ley regulará las formas de matrimonio...», y la Instrucción ciertamente no es la Ley a que se refiere la Constitución en el precepto específico en la materia; por tanto, mientras no se modifiquen, «la Ley» serán: la de Libertad Religiosa de 1967 y el artículo 42 del Código Civil. En cualquier caso, parece excesivo que una Dirección general, mediante Instrucción, pretenda cambiar un sistema basado en el matrimonio civil subsidiario en un sistema electivo; más aún: la Instrucción va firmada por un Letrado de la Dirección general, que no es el Director general, con lo que la Instrucción, tal como está publicada, es formalmente nula²³.

Sin entrar en técnicas jurídicas, respecto de las cuales nuestro autor puede contar desde este mismo momento con todo el crédito del mundo, ¿no es un tanto agria su crítica?; ¿no es su tono más bien intransigente,

²³ MANUEL GARCÍA AMIGO [Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza]: *Instituciones de Derecho civil. I. Parte general* (Madrid: EDERSA, Sociedad Anónima, 1979), pág. 456.

reaccionario y poco «amistoso»? Y, sobre todo, ¿no era poco piadosa su actitud de volver a hacer pasar al sufrido súbdito español matrimoniable por el calvario del artículo 42, como si el Concilio de Trento hubiera sido cosa de anteayer? Y todo ello a unas alturas históricas en que tales consideraciones debían de sonar lastimosamente, doblemente ociosas y estériles a todos los juristas de buena voluntad.

El profesor SALVADOR CARRIÓN OLMOS, en su importantísimo y trascendental trabajo «Reflexiones sobre el nuevo sistema matrimonial portugués y el Derecho español», nos explica erudita y precisamente cómo nuestros mal comprendidos y silenciados vecinos han resuelto de una vez por todas, y a nivel realmente europeo, este problema bizantino, de espíritu (pues así se empeñan muchos en seguir presentándonoslo) tercermundista. Nuestro autor es doctor desde julio de 1976 por su tesis *Historia y futuro del matrimonio civil en España* (Madrid: EDESA, 1977). Pero transcribamos lo que nos interesa del artículo en cuestión:

«b) El Decreto-ley número 261, de 27 de mayo de 1975. Transcurridos escasamente tres meses desde la firma del Protocolo modificador del artículo XXIV [Protocolo adicional de 15 de febrero de 1975. El Convenio consta de tres disposiciones: por la primera de ellas se modifica el citado precepto del Texto concordatario, que ha quedado redactado en los siguientes términos: «Celebrado el matrimonio católico, los cónyuges asumen por ese mismo hecho, ante la Iglesia, la obligación de atenerse a las normas canónicas que lo regulan y, en particular, de respetar sus propiedades esenciales. La Santa Sede, reafirmando la doctrina de la Iglesia Católica sobre la indisolubilidad del vínculo matrimonial, recuerda a los cónyuges que han contraído matrimonio el grave deber que les incumbe de no valerse de la facultad civil en pedir el divorcio»¹⁷.

¹⁷ (De conformidad con lo expuesto en el preámbulo, la segunda de las disposiciones del Protocolo adicional declara expresamente en vigor los restantes artículos del Concordato de 7 de mayo de 1940)], el 27 de mayo, el BOE luso insertaba un Decreto-ley de consecuencias verdaderamente trascendentales en orden a la configuración del sistema matrimonial de la vecina república.

[Exposición de motivos]. Como se ha dicho muchas veces, los contrayentes pueden casarse católicamente por simple conformismo o respeto humano, así como también pueden dejar de ser católicos, y la Ley no debe vincularlos, por tanto, a las consecuencias de una opción religiosa que ya no es o no ha sido nunca una fe verdaderamente suya. Por lo demás, incluso cuando los contrayentes sean y continúen siendo católicos, esta solución no nos parece que sea justificable. La indisolubilidad absoluta del matrimonio no es entre nosotros un valor civil, un valor propio del Estado, puesto que el legislador portugués admite el divorcio para los matrimonios civiles. Es un puro valor religio-

so. Y no siendo el Estado portugués confesional, no se entiende que el legislador defienda valores específicamente religiosos, imponiendo a los católicos el cumplimiento de un deber —el deber de no pedir el divorcio— que no deberá ser para ellos más que un deber de conciencia. Nótese, por último, que la solución del Derecho portugués es casi única en el mundo: solamente existente en la República Dominicana y entre nosotros...

... Continúa reconociéndose valor y eficacia de matrimonio al matrimonio católico, en los términos del artículo 1.587, 2.º, del Código Civil, pudiendo los católicos, como hasta aquí, optar entre las dos modalidades de matrimonio. Simplemente, una vez celebrado el matrimonio, civil o católico, éste será regido, en cuanto a los efectos, por una única Ley —por la Ley del Estado—, cualquiera que haya sido la forma de su celebración.

Sujeto a la Ley del Estado, en lo que concierne a los efectos, el matrimonio católico pasará, por tanto, a poder ser disuelto por los Tribunales civiles, en los mismos términos y con los mismos fundamentos con que puede ser disuelto un matrimonio civil.»

A partir, pues, de la entrada en vigor del Decreto-ley citado, el matrimonio canónico ha quedado convertido, ante el ordenamiento civil lusitano, en una simple forma de celebración matrimonial, cuyo carácter facultativo dimana de la posibilidad de que los contrayentes católicos manifiesten su consentimiento, bien ante el Ordinario del lugar, párroco o sacerdote delegado por uno u otro y ante dos testigos, por lo menos, etc....

Se trata, pues, exclusivamente, de una libertad de elección de forma o de rito, que no tiene consecuencias de ningún tipo, por lo que se refiere al Derecho sustantivo, que sigue siendo el mismo, cualquiera que haya sido la forma de celebración elegida por los contratantes...

... No deja de ser sorprendente el comprobar cómo la diferenciación entre el sistema facultativo de tipo católico y el protestante ha venido pasando muy desapercibida para un amplio sector de la doctrina, no obstante su abrumadora trascendencia, que llega a convertirlos en sistemas radicalmente distintos, cuya única nota común es la posibilidad de que los contrayentes elijan libremente una u otra forma de celebración²⁴.

Por mi parte sólo me resta añadir que me produjo hasta vergüenza constatar cómo hasta los portugueses nos sacaron ventaja en estas cuestiones vivenciales. Sin duda que pese a su pobreza de renta y bienes de consumo entrarán antes que España en cualquier organización supranacional donde se valoren líneas de criterio aperturista y coherente y donde hayan perdido todo su secular predicamento las posiciones anacrónicas, cavernícolas e inviables.

²⁴ *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año CXXVI, núm. 5 (mayo 1977), págs. 399-434, especialmente págs. 407 y sigs.

Ya en su día nos permitimos especular en plan optimista con una reglamentación de desarrollo de nuestro esperanzador artículo 32 de la Constitución que no se opusiera a su espíritu. Decíamos que en cualquier caso todo dependería de las intenciones *reales* del legislador. La trágica frase atribuida al Conde de Romanones: «Vosotros hacéis las leyes y dejadme a mí los reglamentos», desgraciadamente guarda en la esquilmada y picaresca historia de algunas de nuestras instituciones una fresquísima y aleccionadora vigencia. El tiempo en esta ocasión no nos ha defraudado, y aunque a trancas y a barrancas, ahí está nuestra normativa de 1981 sobre Derecho de familia, y con la que se puede echar a andar. No todos, empero, fueron de la misma opinión. El tono doctrinal de que hace gala el primer comentador en bloque —que sepamos— de nuestra Constitución, OSCAR ALZAGA VILLAAMIL, es sospechosamente indicativo:

Artículo 32, 2.º La Ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.

Hay dos aspectos que merecen especial atención. Nos referimos a la referencia a «las formas del matrimonio» y a «las causas de separación y disolución».

En cuanto a las llamadas *formas del matrimonio*, se está admitiendo implícitamente su pluralidad, dejando abierta la posibilidad de que el legislador ordinario opte entre: a) la plena libertad de formas, en cuyo caso, «el Estado —según dice LACRUZ— reconoce todas las formas, incluso el matrimonio puramente consensual»...

En cuanto a la referencia precisa a las causas de disolución, hemos de decir que estamos en presencia de una fórmula que posibilita una legislación de divorcio, pero que no obliga al legislador a dictarla, toda vez que en Derecho se conocen causas de disolución distintas al divorcio, algunas tan elementales como la muerte. Como es sabido, no faltaron grupos parlamentarios que intentaron, sobre todo en el Congreso, la constitucionalización del divorcio vincular, lo que constituía una pretensión con escasos precedentes en el Derecho comparado, ya que, que sepamos, sólo las Constituciones de Cuba (arts. 34 a 37 del cap. III), Japón (art. 24) y Portugal (art. 36) elevan a rango constitucional esta fórmula de disolución del matrimonio ²⁵.

Bien por criterio propio de nuestro autor, bien por homogeneidad de pensamiento debida a la militancia en un cierto partido político, el caso es que es difícil detectar mayor concentración de ideología reaccionaria, mayor estrechez de gálbo que en las pocas líneas de comentario que de-

²⁵ OSCAR ALZAGA VILLAAMIL [Catedrático de Derecho político. Abogado. Diputado por Madrid en el Congreso]: *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978* (Madrid: Ediciones del Foro, 1978), págs. 284-287.

dica al artículo 32, 2, de la Constitución. Bajo una presunta circunspección y tono profesoral, esta glosa a mí particularmente me provoca la evasión hacia lo lúdico. Inferir de la expresión constitucional «formas de matrimonio» algo que no sea la proverbial dualidad que comportan los órdenes civil-religioso es a todas luces desorbitado. En esta línea de tendenciosa arbitrariedad —y aquí vendría el inevitable quiebro lúdico que como automática defensa contra la indignación uno se ve forzado a poner en juego— se puede llegar a la interpretación de que entre la «plena libertad de formas» pudiera asimismo darse la de mientras se hace el pino. También la manera de razonar del catedrático y diputado ALZAGA nos parece innecesariamente pueril al decir lo que dice sobre la muerte como causa de disolución. Y respecto a que el divorcio vincular tenga escasos precedentes en el Derecho comparado, igualmente adolece de endeblez y amañamiento por el hecho de que las Constituciones tengan que haberlo mencionado explícitamente en sus textos. La Declaración de Derechos Humanos lo reconoce, y aunque muchos cuerpos constitucionales no mencionen la palabra específica *divorcio*, este concepto está conllevado necesaria e implícitamente en el de *disolución*. Otra cosa sería que ni siquiera se diera curso al término *disolución*, lo cual vendría a significar que no se autorizaba por el Estado ningún tipo de matrimonio con vocación de perdurabilidad, sacramental o no. Para *disolver* algo tiene primero que haberse consolidado y formado.

Por cierto que al hilo de la Declaración de Derechos Humanos, y con el fin de demostrar la «objetividad» de que parecen blasonar ciertas mentes, sirva de ejemplo la edición, a cargo de JAVIER HERVADA y JOSÉ M. ZUMAQUERO, de *Textos internacionales de Derechos Humanos* (Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, S. A., 1978). Transcribimos y comentamos:

Declaración Universal de Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

Artículo 16. 1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio (pág. 146).

Los autores, que han plagado diligentemente de notas a pie de página en apretada letra pequeña cada artículo transcrito, las más de las veces con glosas impertinentes, por obvias, en este artículo 16 no dedican, claro, ni una palabra al extremo de *disolución del matrimonio*. Es todavía más cargante cuando los autores sustituyen impunemente la palabra *diso-*

lución por separación al confeccionar el índice referencial de materias. Ejemplo: en página 998, de la sección de *Índice de términos*, y bajo la rúbrica de «Protección de los hijos en caso de separación», remiten a los párrafos 1.443, etc., etc. El párrafo 1.443 textualmente dice:

Los Estados partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidad de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos [*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, en su resolución 2.200 A (XXI). Entró en vigor el 23 de marzo de 1976] (págs. 569-570).

Cuando nuestros autores tan alegremente cambian *disolución* por *separación*, ya nos podemos hacer una idea del gálibo criterial que esgrimen.

En descargo de todo ello, justo es reseñar aquí, por vía asimismo de ejemplo, el interesante trabajo de ANGEL MESTRES TIBAU, «A propósito de las II Jornadas de Derecho Matrimonial», *Revista Jurídica de Cataluña*, año LXXVII, número 3 (julio-septiembre 1978), en Tercera Parte: Miscelánea jurídica, págs. 241-249:

Este trabajo —nos dice su autor— no pretende otra cosa que comunicar las ideas —buenas, malas o regulares— que en el autor han suscitado las ponencias de aquellas II Jornadas [8-10 de mayo de 1978], y el conocimiento que a través de ellas hemos podido adquirir de los textos preparados hasta ahora por la Comisión de Codificación del Ministerio de Justicia.

Podemos asegurar nosotros que está lleno de interés. Se subdivide en los siguientes epígrafes: I. ¿La futura Ley de divorcio? II. Causas de divorcio para los matrimonios consumados. III. El matrimonio no consumado. IV. La búsqueda de una idea central. V. Procedimiento: A) Procedimiento de nulidad. B) Procedimiento de separación. C) Procedimiento de divorcio. VI. Final.

Igualmente, y en línea de expresión inequívoca,

El Tribunal Supremo, en el Auto de la Sala 1.ª de 24 de octubre de 1979, señala que la Constitución permite la disolución del vínculo matrimonial..., y por ello, por integrar la Constitución la cúspide del orden jurídico, en el cual se subsume el orden público, es evidente la necesidad de afirmar que no choca con él la resolución judicial extranjera que decreta la *disolución* del vínculo conyugal²⁶ (subrayado mío).

²⁶ ENRIC PICAÑOL I ROIG: «La eficacia de sentencias extranjeras de divorcio

Hemos intentado (y el estudioso lector calibrará si con fortuna o no) presentar un corimbo de testimonios, indicativo del ajuste o de la falta de perspectiva que se ha esgrimido respecto del antiguo artículo 42 del Código Civil y materias concordantes. En este estadio de nuestra indagación, y siempre refiriéndonos al artículo 42, ¿nos basta con hablar de «tortuoso camino» (CAPÓN REY) o de «larga marcha»? (ALONSO PÉREZ). Ojalá cobrara fortuna la inédita expresión, que desde aquí proponemos, de *itin-neración circense de un desventurado artículo*.

IV. EL MALICIOSO MANEJO DE LAS ESTADÍSTICAS

Un buen punto de mira para hacer una cala en la perspectiva que acompaña a la mentalidad y a los escritos de ciertos autores sin duda que nos lo presta el tema de las estadísticas. Dentro de la realidad sociopolítica en que una colectividad está inmersa, acaso no haya un factor de multiuso tan cualificado como las estadísticas. Con terminología templada hemos significado de malicioso el manejo que de ellas puedan hacer todos aquellos individuos o comunidades que tengan interés en demostrar algo, en defender una postura a contrapelo. Desde luego que las estadísticas respecto de su cuantificación admiten matizaciones más o menos dirigidas de antemano. Desde luego que en asuntos tan tabú como los que han acompañado a todo intento de colocar al matrimonio en su justa dimensión histórica y jurídica las estadísticas en España han sido prácticamente inviables. Lo menos perjudicial es reconocerlo así y no empeorar las cosas. En 1976 podíamos leer:

El número de separaciones ha aumentado en los últimos años de forma prodigiosa, y aunque no tengo estadísticas, el hecho de haber pasado en Madrid de dos a ocho los Tribunales eclesiásticos en el transcurso de muy pocos años, lo demuestra ²⁷.

Esta versión resignada pensamos que era lo único honrado que podía ofrecerse en el mejor de los casos, pues nos cuesta trabajo creer que a la autora de este artículo le falta interés profesional en procurarse informa-

en matrimonio canónico: Antes y después de la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 6 de abril de 1979», *Revista Jurídica de Cataluña* (Barcelona, abril-junio 1980), págs. 237-242. Segunda parte. Estudios prácticos, página 242.

²⁷ MARÍA TELO NÚÑEZ [Abogado del Ilustre Colegio de Madrid]: «Situación jurídica de la mujer» [constituye el texto de la ponencia presentada al Congreso-Seminario de la Asociación Internacional de Jóvenes Juristas, celebrado en Madrid durante los días 13 a 19 de diciembre de 1976], *Pretor*, núm. 94 (octubre-diciembre 1976), págs. 133-154, especialmente pág. 140.

ción fehaciente sobre tan primordial extremo. Pero no es ella sola. Hablando de la separación de hecho se nos dice un año más tarde:

Esta forma de separación se ha impuesto en la realidad y su vigencia es cada vez mayor, si bien no disponemos de datos estadísticos fiables que permitan conocer con exactitud el número de matrimonios que utilizan la separación consensual o convencional como medio de solución a su conflicto conyugal²⁸.

Y todavía un año después, y en la misma secuencia de realidades, de no poder echar mano de estadísticas o de desestimarlas por su escasa fiabilidad, tocante a ciertas cuestiones, escribe ENRIQUE TAULET RODRÍGUEZ-LUESO:

Decía MERCEDES BALLESTEROS en *ABC* que los Tribunales civiles y eclesiásticos no dan abasto a despachar la creciente clientela de parejas en discordia de matrimonios jóvenes...

... Nunca ha habido tantos casos de separación convencional, lo que confirma el profesor ROYO cuando escribe: «Sin exageración, en la vida real son muchos más los matrimonios separados de hecho que los separados judicialmente»²⁹.

En los tiempos inmediatamente anteriores a la reforma de nuestro Derecho de familia, según FOSAR BENLLOCH:

Es difícilísimo cuantificar el número de rupturas matrimoniales en España: el desconocimiento oficial del divorcio impide que se lleven estadísticas al respecto. Además, nunca coincide el número de rupturas matrimoniales con el de separaciones de hecho de los esposos, pues subsisten unidos multitud de matrimonios llamados «de cáscara vacía», en que la convivencia matrimonial se ha roto, aunque subsista la yuxtaposición física de los miembros de la ex pareja en el mismo domicilio. Tal fenómeno social no es cuantificable, por obvias razones de pudor de los que lo experimentan...

... Es claro que el número de separaciones matrimoniales y de rupturas matrimoniales ha aumentado en el último decenio...³⁰.

Somos, efectivamente, muchos quienes recelamos de la pretendida eficacia incontestable de las estadísticas, a menos que éstas vengan a per-

²⁸ BERNARDO ALONSO RODRÍGUEZ [Fiscal del Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica en España]: «Notas sobre las causas de separación conyugal», *Pretor*, núm. 98 (octubre-diciembre 1977), págs. 37-72, especialmente págs. 64-65.

²⁹ ENRIQUE TAULET RODRÍGUEZ-LUESO [Decano de honor del Colegio Notarial de Valencia. Notario]: «La separación de hecho en el matrimonio», *Boletín de Información*, año XXXII, núm. 1.149 (Madrid: Ministerio de Justicia, 15 de noviembre de 1978), págs. 3-12, especialmente pág. 4.

³⁰ ENRIQUE FOSAR BENLLOCH: «El matrimonio religioso, el matrimonio canónico y el matrimonio civil. El vínculo matrimonial, ¿es indisoluble o disoluble?», *Revista Jurídica de Cataluña*, año LXXVII, núm. 2 (abril-junio 1978), págs. 65-146, especialmente pág. 67.

filar un hecho de todos conocido o una realidad establecida en el ambiente, y a la cual sólo falta aplicar una labor de cuantificación o de simple discernimiento con vistas a su aplicación metodológica. El mismo FOSAR BENLLOCH, acabado de citar, afirmaba:

La Sociología también está demostrando la opción abrumadoramente mayoritaria de los españoles en pro del reconocimiento del divorcio vincular, como lo demuestra la encuesta Foessa [*Estudios sociológicos sobre la situación social de España*, 1975. Fundación Foessa, Editorial Euramérica, 1976], de que di cuenta en el apartado 1.º de esta segunda parte. Desconocer desdeñosamente los datos de la encuesta no es pretender dar una solución al problema: como afirmé, es cerrar el problema con llave y arrojar la llave al mar. ¿Por cuánto tiempo todavía?

(«El matrimonio religioso...», cit., pág. 99)

Sí, el tema de las estadísticas es delicado, aleatorio, y viene siendo oportunistamente enarbolado por unos y otros según las conveniencias de turno. El único método posible, a la vista de tanta flagrante contradicción, es el de efectuar una cala en un vector de la sociedad, y por extensión inductiva y analógica llegar, respecto del panorama nacional, a la conclusión que fuere. Me interesa en las páginas que siguen hacer lo más rigurosa posible mi reseña a algunos autores, cuyos métodos de dirigir e interpretar ciertas estadísticas hacia el gran público los considero vituperables. Y quiero probarlo.

El profesor GABRIEL GARCÍA CANTERO, en su trabajo «Divorcio... y fantasía», *ABC* de 28 de marzo de 1978, sección «Tribuna pública», comenta de un lado las declaraciones del diputado italiano FORTUNA:

Entre separaciones legales, de hecho y consensuales, y entre nacimientos de hijos ilegítimos o naturales, se calcula que el número de *italianos que viven fuera de la Ley sea de varios millones.*

y de otro las del diputado LENOCI en el Congreso como ponente de la Ley Fortuna-Baslini sobre el divorcio:

No menos de cinco millones de personas están involucradas en el drama de la indisolubilidad y sufren actualmente sus consecuencias...: una décima parte de la población italiana (ambas citas están tomadas de LELIO BARBIERA, *Divorzio*, Bologna-Roma, 1971, págs. 222 y 246).

El profesor GARCÍA CANTERO, cuyos parecen ser los subrayados de las anteriores citas, prosigue:

Quien escuchara imparcialmente voces tan autorizadas sobre el problema de las crisis conyugales en Italia no tendría más remedio que pensar, una vez aprobada la Ley de Divorcio en el año 1970, que los súbditos de aquel país formarían colas ingentes ante los Tribunales de justicia para regularizar su desdichada situación familiar, y que los órganos judiciales no cesarían de poner sentencias otorgando la libertad a esos millones de ciudadanos.

Pero ¿qué ha sucedido en la realidad durante los años de vigencia de la Ley FORTUNA-BASLINI? Si nos atenemos a los datos oficiales publicados en el *Anuario di Statistiche Demografiche* y en el *Bolletino Mensile di Statistica*, cabe establecer el siguiente cuadro de demandas de divorcio presentadas y estimadas durante el primer quinquenio de aplicación de la Ley:

AÑO	<i>Demandas presentadas</i>	<i>Demandas estimadas</i>
1971	55.615	17.164
1972	55.761	17.182
1973	21.272	32.627
1974	14.087	15.355
1975 (hasta noviembre).	10.970	7.822
TOTAL	157.705	90.150

Debe observarse que si en algún año se pronuncian más divorcios que demandas han entrado, ello se debe a los asuntos acumulados que se arrastran del año anterior.

¿Qué conclusiones cabe obtener del hecho de que poco más del 3 por 100 de presuntas *víctimas de la indisolubilidad* hayan hecho uso de la posibilidad de ruptura legal del vínculo? A mi modo de ver:

O esos cinco millones de italianos se encuentran muy a gusto en su ilegalidad matrimonial (y entonces la Ley no era necesaria).

O la Ley es mala, pues no sirve para resolver los auténticos problemas de las parejas italianas en dificultades.

O los datos manejados para impresionar a la opinión pública en los momentos del debate parlamentario eran falsos.

Creo que también los españoles podemos obtener algunas enseñanzas de estas trapisondas estadísticas. Ante todo, que el Gobierno no se intimide ante las exigencias divorcistas que parten de grupos minoritarios, que no representan los auténticos intereses del pueblo español.

He transcrito tan sólo aproximadamente la mitad del artículo. A partir de las premisas sentadas tan por las buenas, el profesor GARCÍA CANTERO se dedica a vapulear inmisericordemente a todo criterio divorcista que desde ese momento en adelante pueda emerger en España. Y si bien

estoy de acuerdo con el ilustre catedrático respecto a la poca fiabilidad de las estadísticas (aunque, claro, muy al revés de sus conclusiones), disiento, sin embargo, con el contenido y el espíritu de este trabajo, que en el uso ponderado de nuestra reflexión nos decidiríamos a calificar de lamentable, por las razones que siguen.

La interpretación de las estadísticas, en ciertos aspectos vivenciales de la humana realidad, hay que efectuarla con imaginación creadora, y sólo cuando uno sea lo suficientemente humilde y probo como para estar dispuesto a admitir que puede equivocarse. Lo primero, y muy en contra de la gratuita asunción del doctor GARCÍA CANTERO, es que los italianos sí que han debido de formar colas, no sabemos si ingentes, pero en todo caso nutridas, ante los Tribunales de Justicia. ¿Cómo explicar si no el hecho de la acumulación de un año para otro de las demandas estimadas? Yo me siento seriamente sobrecogido ante la cifra 157.705 demandas presentadas como cifra absoluta que partiendo del cero también absoluto antes de la puesta en marcha de la Ley Fortuna-Baslini hay que considerar. Por otra parte, el hecho de las acumulaciones de demandas evidencia que los Tribunales no han dado abasto a la clientela divorcista. ¿Cuál hubiera sido la cifra de demandas tramitadas de haber existido en Italia un sistema de Tribunales avezado, entrenado y agilizado?

Empero, y aun admitiendo, como quiere el profesor GARCÍA CANTERO, que los supradichos súbditos italianos no formaran colas ingentes para la resolución de sus situaciones irregulares, ello se explica por el efecto protector reflejo, y no perentoriamente inmediato, directo, que la ley ejerce sobre los sujetos. El hecho de que haya ciertamente cinco millones de italianos en situación matrimonial irregular —según las estadísticas de los diputados FORTUNA y LENOCI, vituperadas por el catedrático GARCÍA CANTERO— se compatibiliza perfectamente con el de que las demandas presentadas no alcanzaran ni muchísimo menos tal número de súbditos por parejas en la dicha situación irregular. De momento, si se tiene en cuenta que hay que computar a *dos* personas implicadas o afectadas por cada demanda ya se obtiene, en mi opinión, una cifra importante; así que, también de momento, el porcentaje que tan descuidadamente sanciona el profesor GARCÍA CANTERO habría de ser cabalmente doblado.

Pero es que además el profesor GARCÍA CANTERO parece no querer distinguir maliciosamente entre orden jurídico ideal y mera supervivencia convivencial de las gentes. ¿Pues qué? ¿Es razonable esperar que cuando la ley dé un quiebro respecto de un estado de cosas (por muy injusto que fuere antes del quiebro) vayan todos los súbditos, necesitados supuestamente de esa ley, a agolparse para que se disparen los efectos de la misma? ¡No! Eso sería, en primer lugar, la demostración de que la si-

tuación pasada mal podría calificarse, ni en la más rudimentaria de las versiones, de Estado de Derecho. La tendencia, el privilegio irrenunciable del hombre a formar pareja tiene toda la prioridad del mundo sobre la situación coyuntural histórica que fuere. ¡Bueno estaría que las porciones de Humanidad que componen los diferentes pueblos y países adecuaran sus idiosincrasias, sus propias sustancias individuales, a los intereses del legislador de turno! Ello sería tan absurdo como admitir que la parte es mayor que el todo; que los hombres están hechos para las instituciones (y no al revés), etc. Cuando a alguien se le niega de mal grado, por ejemplo, la aspiración legítima de casarse con derecho a divorcio, un gran porcentaje de ese «alguien» *pasa* necesariamente de interés, deja de sentir necesidad de ejercer la prerrogativa legal del divorcio a unas alturas en que los recursos de su propia existencia se han encargado con creces de suplir aquello que la ley no quiso facilitarle a su debido tiempo. ¿Por qué habrían de hacer uso del divorcio *todos* los italianos que al tiempo de matrimoniarse carecieron de él? ¿Es que eran tan inútiles como para no haber tenido tiempo de organizar en la práctica su propia vida durante tantos años *sin* divorcio? Por otra parte, y en caso de que algún perezoso mental lo haya olvidado, la ley es costosa y no todo el mundo tiene ganas de pleitear («más vale una mala avenencia que un buen pleito»), por mucho que les pese a los avispados picapleitos de turno, cosa toda ella muy distinta de encontrarse o no «muy a gusto en su ilegalidad matrimonial». También la protección más valiosa que la ley puede dispensar es la de *saber que está ahí* y que podemos contar con ella; que la tenemos, aunque no provoquemos que sus efectos se materialicen respecto de nosotros inmediatamente. Las cosas se añoran y se ansían cuando no se tienen. Y por eso mismo, la justificación de la existencia constatable de una buena ley no debe basarse en el uso masivo que los particulares vayan a hacer de ella (enriqueciendo de paso a mucho arribista desaprensivo), lo mismo que el principio de la justicia lo entendemos independientemente de todos sus presuntos y potenciales transgresores. Y, por último, no creo, ni mucho menos, que la Ley Fortuna-Baslini sea *mala* (en la acepción poco piadosa empleada por el profesor GARCÍA CÁNTERO) cuando en un tramo que no llega a cinco años, y con las restricciones forenses arriba apuntadas, ha desplegado un poder de convocatoria tocante a la incumbencia de más de *trescientos mil* ciudadanos.

Sí, yo también creo que «los españoles podemos obtener algunas enseñanzas de estas trapisondas estadísticas». Sólo que precisamente al revés. Y como era dable suponer, el Gobierno (no precisamente vanguardista) muy razonablemente consideró que no se trataba de «intimidaciones», sino de la realidad tal y como la venían denunciando «grupos

minoritarios» de muchos millones de españoles. Por lo visto, no había sido suficiente escarmiento el varapalo que sufrieron los cavernícolas italianos (esos ciertamente sí «grupos minoritarios») el 12 de mayo de 1974 cuando sometieron a referéndum abrogatorio la Ley Fortuna-Baslini, realidad ésta que le hace decir a FOSAR BENLLOCH:

Con un siglo de retraso creo se dan en la Iglesia católica —entre los canonistas conservadores y los fieles que los siguen, por muy diversos motivos— los temores, las campañas propagandísticas —fue lamentable la que ciertos partidos hicieron contra la Ley FORTUNA-BASLINI— e incluso los infundios que se vertieron en Europa occidental al advenimiento de los ordenamientos divorcistas...

(«El matrimonio religioso...», pág. 101)

En vista de lo leído, ¿a quién le parecería cruel darle al profesor GARCÍA CANTERO un suspenso en perspectiva?

En cuanto al uso que el profesor NAVARRO VALLS hace de los resultados estadísticos sobre el divorcio, a lo que llega en sus *Estudios de Derecho matrimonial*, mi crítica es igualmente severa. Junto a magistrales captaciones como:

No es infrecuente en las etapas de reforma de las instituciones jurídicas el recurso a la estadística sociológica para pulsar la opinión del cuerpo social sobre los llamados «temas polémicos». Tal ocurre hoy con el divorcio vincular. Sin embargo —abstracción hecha de los resultados de esas estadísticas, no siempre rigurosamente representativas—, no hay que olvidar que las estadísticas de opinión «por sí mismas no pueden conducirnos a resultados jurídicamente válidos: de ahí la prevención contra las impurezas metódicas; las estadísticas reflejan *voluntades* más o menos condicionadas, pero no *conocimientos* de realidades naturales extrínsecas al sujeto» (SANCHO REBULLIDA, «El fundamento jurídico de la indisolubilidad», trabajo destinado al libro-homenaje a don FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *Nuestro Tiempo*, septiembre-octubre 1975, pág. 31).

(*Estudios...*, págs. 190-191)

Junto a estas magistrales captaciones de su obra o de la de otros, decimos, contrastan cosas que sumen en irritación al lector desprevenido³¹. El profesor NAVARRO VALLS, al hilo del tema del divorcio, hablaba de

³¹ Véase la reseña que hace al libro de GABRIEL GARCÍA CANTERO: *El divorcio* (Madrid: BAC, 1978), en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXI, fascículo II (abril-junio 1978), págs. 371-372 de la sección de «Bibliografía».

El tono de la reseña es elogioso, inciense, incidiendo una y otra vez en los tópicos que arrancan de una ceguera medular para distinguir *vocación* y *realidad* resultada.

«la desproporción que existe, tanto en términos absolutos como relativos, entre el número de litigios matrimoniales judicialmente planteados en los países que admiten el divorcio y en aquellos que lo desconocen» (*Estudios...*, pág. 245). A continuación de la cita nuestro autor concluye que en España hay diez mil veces menos matrimonios que marchan mal que en otros países (!!). Habría que preguntarle al profesor NAVARRO VALLS si sabe que precisamente en tales países divorcistas, en tanto dura, mucho o poco, el matrimonio que sea, los cónyuges suelen ser absolutamente fieles y leales, unidos, porque saben que pueden dejar el asunto legalmente cuando lo estimen justificado y oportuno. No así en España, donde la presunta indisolubilidad generaba la tan sabida esposa sagrada y la querida viciosa, y, por consiguiente, una sociedad cancerosa y mema. Y, además, seguimos preguntando, ¿cómo se hubiera podido comparar un proceso de divorcio —en tiempo y dinero— de cualquier país divorcista, con la declarada impudicia e inutilidad de ciertos procesos de nulidad o separación en nuestra España recientemente pasada?

También nos dice el profesor NAVARRO VALLS:

Según uno de los más minuciosos estudios estadísticos realizados en nuestro país, el número de matrimonios celebrados en España durante el período de 1953 a 1969 fue de 3.573.173; en el mismo período, el número total de procesos de separación y nulidad iniciados ante los Tribunales eclesiásticos fue tan sólo de 16.131. Es decir, durante esos quince años la proporción *estadísticamente comprobable* de matrimonios en crisis irreversible no llegó al 4,5 por 1.000...; en 1974, el número total de causas matrimoniales introducidas ante los Tribunales eclesiásticos en España fue exactamente de 3.902, lo que supone aproximadamente un 1 por 100 de matrimonios celebrados.

(*Estudios...*, pág. 245)

Sin comentarios. Aplíquense los ya hechos al profesor GARCÍA CANTERO en su lugar oportuno. Desde otra atalaya crítica, e igualmente para poner de manifiesto la tendenciosidad de sus asertos y su carencia de perspectiva, volveremos a ocuparnos de los profesores NAVARRO VALLS y SANCHO REBULLIDA más adelante. Empero, y dado que el sentimiento de nostalgia no parece agotar sus existencias, todavía se puede leer algún artículo trasnochado defendiendo la conveniencia de derogar la así llamada Ley del Divorcio de Derecho de familia español, por ser innecesaria, dada la falta de clientes que su poder de convocatoria ha arrojado (!!).

Sí, por un lado, pensamos con ORTEGA Y GASSET que:

A la esencia de la verdad son indiferentes las vicisitudes del sufragio universal. La coincidencia de todos los hombres en una misma opinión no daría a ésta un quilate más de verdad, sólo

nos proporcionaría una mayor tranquilidad y confianza subjetivas, porque, en el fondo, somos los hombres humildes y débiles y nos aterra quedarnos con nuestro criterio³²,

y, por otro, estamos asimismo de acuerdo con la reflexión que DESCARTES establece en su *Discurso del método*, en el sentido de no suponer probable el que todos los hombres se equivoquen al mismo tiempo respecto de idéntica realidad; teniendo en cuenta las reflexiones de tan insignes pensadores, yo, excepcionalmente, opto por servirme, en este caso, de la ayuda que nos brinda la simple estadística socio-demográfica: tampoco creo que anden equivocados, ni mucho menos en pecado mortal, el 98 por 100 de la población de nuestro planeta (FOSAR BENLLOCH).

Y para cerrar esta áspera sección dedicada a las estadísticas me permito traer, por último, un testimonio de UNAMUNO, siempre ingenioso, festivo, hondo, con el fin de completar este pequeño muestrario de opiniones y de datos:

No puedo resistir estos libros sociológicos de ahora; estoy traduciendo uno sobre el matrimonio primitivo, y todo se le vuelve al autor que si los algonquinos se casan de tal manera, los chipe-nais de tal otra, los cafres de este modo, y así lo demás... Antes llenaban los libros de palabras, ahora los llenan de esto que llaman hechos o documentos; lo que no veo por ninguna parte son ideas... Yo, por mi parte, si se me ocurriera inventar una teoría sociológica, la apoyaría en hechos de mi invención, seguro como estoy de que todo lo que un hombre puede inventar ha sucedido, sucede o sucederá alguna vez³³.

Tal vez haya observado el generoso lector que lo que primordialmente he venido persiguiendo es poner de manifiesto la poca fiabilidad de las estadísticas en tema tan hipersensibilizado como lo es el matrimonio, donde los respectivos talantes de los estudiosos tiñen previamente de intencionalidad los resultados. Lo mismo que el profesor GARCÍA CANTERO pretende refutar los argumentos de los diputados FORTUNA y LENOCI, así hacemos nosotros con los argumentos de los profesores GARCÍA CANTERO y NAVARRO VALLS. Y todo ello suplico que sea tenido en cuenta en aras de una objetividad fecunda.

³² JOSÉ ORTEGA Y GASSET: *Introducción a una estimativa*. I. «Los valores no son cosas agradables», en *Obras completas*, vol. VI (Madrid: Revista de Occidente, 1964), págs. 320-321.

³³ MIGUEL DE UNAMUNO: *La novela de don Sandalio, jugador de ajedrez*, en *Obras completas*, tomo XVI, ed. de Manuel García Blanco (Barcelona, 1958), página 650.

V. LA NOCIÓN DE ORDEN PÚBLICO Y CONCEPTOS AFINES: FUNDAMENTOS SOCIO-CRITERIALES DE SU APLICACIÓN

Dentro de la órbita del Derecho matrimonial en que aquí nos movemos, tal vez sea el artículo 1.255 de nuestro Código Civil el que de manera más paradigmática haya encorsetado en su fórmula expresiva al más sazonado haz de sugerencias que suscita la noción de orden público. Es pasmoso intentar siquiera un mínimo control sobre la avalancha de posiciones que se producen ante unos términos aparentemente tan asépticos como los que se alojan en el artículo 1.255 del Código Civil: «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público». Desde el jurista de carril estrecho, para el cual todo encerraría restricciones, hasta el hombre de criterio naturalista, para quien sobrarían todos los preceptos, las posiciones son incontables. En nuestra temática del matrimonio, sobre la que tantas veces hemos dicho que pesa un maléfico fetichismo de incomprensión y estrechez atávicos, no es raro haberse topado con bandas de abogados, de dudosa calificación, que hubieran hecho desistir en su tiempo a la pareja de turno de arreglar las cosas amistosamente, pretextando una de las modalidades de interpretación —la estrecha, en este caso— del artículo 1.255, y urgiendo a provocar de la Ley todo el aparato coercitivo, tan nefasto, tan impúdico y, sobre todo, tan poco eficaz en el campo de la regulación matrimonial. No vamos a extendernos aquí sobre tal particular porque ello fue objeto de la atención nuestra en contexto diferente³⁴. Sí es, en cambio, cometido nuestro tratar de baremar el grado de perspectiva que acompañó a los autores de ciertos trabajos, considerados, de una parte, en referencia articulada al momento social y político en que fueron escritos, y de otra, confrontados con el sistema de realidades ulteriormente decantado.

De entre la copiosísima cosecha bibliográfica y jurisprudencial que propician los conceptos *leyes*, *moral* y *orden público*, cuando se afectan de lleno al Derecho de familia, acaso le corresponda a «El negocio jurídico del Derecho de familia», del profesor Díez-PICAZO, una de las mayores fortunas en cuanto a influencia ejercida y difusión aceptada³⁵. Me

³⁴ TOMÁS RAMOS OREA: «Separación de hecho y convivencia de hecho en el matrimonio», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LIX (Madrid, noviembre-diciembre 1983), núm. 559, págs. 1435-1450.

³⁵ LUIS Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN: «El negocio jurídico del Derecho de familia», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año CX (junio 1962). Segunda época. Tomo XLIX (212 de la colección), págs. 771-792.

pesa disentir de estas valoraciones. Más bien sospecho que (aun sin olvidar que el trabajo data de 1962) Díez-PICAZO arremete con dogmática ceguera contra todo lo que en aquellas calendas se opusiera al espíritu estrecho y circunstancial —esto es, carente de perspectiva— de la normativa vigente. El criterio que vierte Díez-PICAZO en este trabajo no puede patentizar de manera más definitiva, más irrecuperable, la vejez de las interpretaciones carentes de perspectiva; es como si tales interpretaciones nacieran con arrugas en el rostro, a modo de cadáveres anticipados. Intentaré esmerarme en probarlo con los testimonios que siguen y en los razonamientos que completan este apartado.

Destáquese, empero, que no estoy ni siquiera infiriendo el supuesto (de intención jurídica dudosa, por otra parte) de que a ningún jurista en sus cabales se le ocurriera estudiar o glosar una letra de ley distinta de la existente. Ello, a fuer de frívolo, sería irrelevante. La norma positiva tolera unos márgenes interpretativos, pero nada más. La inexistencia absoluta de divorcio fue principio inamovible, sancionado legalmente, hasta 1978. Inferir otra cosa, por cualesquiera presuntas argucias hermenéuticas, además de inviable, hubiera resultado, como digo, poco serio. Pero no se trata de eso. Con una norma vigente, de inequívoco contenido (v.gr., la de no admitir el divorcio), se trataría, en todo caso, de auscultar el criterio de los autores y de la doctrina en general; de qué modo los sentires y los decires de esa misma doctrina pudieran ir formando un clima que propiciara el cambio; hasta qué punto se hubiera iniciado en 1962 la formación, todo lo embrionaria que se quiera, de un relevo de actitud mental que hubiese colaborado a la transformación, todo lo lenta que se quiera también, de las instituciones. Para Díez-PICAZO, tal era la opción de 1962, igual que cada momento y cada estilo social despliega una opción equivalente para el pensador respecto de los temas que fueren.

Y la falta de perspectiva que achacamos a Díez-PICAZO es ésta: la de no sólo no contribuir con su esclarecido criterio a una virtualidad de apertura de nuestros preceptos fetichistas sobre el matrimonio, sino sancionar, aún más si cabe, con su docta pluma los fundamentos criterios de los que nuestra desventurada normativa matrimonialista ha venido nutriéndose, primero hasta la Constitución de 1978, y, por último, hasta la reforma de 1981. Ese es, en rigor, y no otro, el resorte crítico que nos mueve a considerar «El negocio jurídico del Derecho de familia» desafortunado, reaccionario en su tiempo y obsoleto ahora; una vez más: carente de perspectiva. Creemos que Díez-PICAZO podría haberse exigido él mismo ciertas salvedades suavizadoras de la norma, tal como rezaba entonces en 1962, por mucho que la Jurisprudencia, en la que el propio Díez-PICAZO se apoya, no tuviera más remedio que atenerse al Derecho

positivo y fallar conforme a su letra. Es innegable que existe para ciertas mentes una complacida proclividad acrítica y acomodaticia, un inmovilismo positivista de asignar a *la Ley* una omnimoda capacidad en cuanto a su función para con los humanos. Precisamente al jurista le corresponde la indagación luminosa, dentro de los recintos jurídicos, respecto del *ser* y del *deber ser*. Facticidad y perspectiva son las dos cotas máximas del ámbito en que se realiza el generoso ejercicio del jurista. Lo demás es optar por la vía cómoda. Pero digo que voy a intentar esmerarme en probar todos los reparos que he puesto al profesor Díez-PICAZO.

La razón está, insistimos, en la naturaleza proteica y mimética de los conceptos *moral* y *orden público*. Lo que ayer, no digamos hace unos lustros, estaba proscrito del coto de la moral, hoy puede campar por él a sus anchas, y al contrario. Y respecto al orden público, igual. La realidad política, al permear tan de lleno el concepto de orden público ha hecho de él uno de los conceptos menos 'jurídicos' de todo el Derecho privado. Como en tantas ocasiones, la expresión lúcida de Díez-PICAZO sale al encuentro:

Por moral y buenas costumbres se entienden los principios de carácter ético que tienen vigencia en una determinada comunidad.

Pero añade:

El límite moral tiene aplicación particularmente importante en el Derecho de familia, dado el carácter marcadamente ético que las instituciones familiares poseen. Por ello son nulos los negocios familiares contrarios a las buenas costumbres, como el concubinato o la unión sexual de personas de un mismo sexo.

(«El negocio jurídico...», págs. 778-780)

Aunque la expresión del ilustre profesor es impecable, tememos estar de acuerdo en que conceptos como los de *moral* y *buenas costumbres* son alusiones expresivas de un significado que se mimetiza inexorablemente con el devenir social. Y la prueba está ahí: veintidós años han transcurrido desde la salida a la luz de esta monografía. «El negocio jurídico del Derecho de familia», y me atrevo a sospechar que a muchos de nosotros, instalados en la conciencia social de hoy, nos parece desproporcionado que la Ley penalizara el concubinato, sin más, o que tan siquiera declarase nulas las consecuencias derivadas de él: la legislación de algún país socialista —Cuba, por ejemplo— lo reconoce y tutela. Y hasta «la unión sexual de personas de un mismo sexo» todos sabemos que ha tenido aco-

modo, siquiera como hecho consumado y tolerado en la realidad social de ciertos países europeos.

Continúa Díez-PICAZO:

Son nulos también los pactos inmorales incrustados dentro de un negocio válido, como el pacto de exclusión de la procreación o el pacto de educación irreligiosa de los hijos.

(«El negocio jurídico...», págs. 778-780)

¿Podríamos llamar hoy día *inmoral*, mejor, podría una mente flexible llamar *inmoral* en 1962 a que una pareja en estado de sociedad o comunidad conyugal se abstenga de tener prole? Mirando generosamente a tantas Constituciones socialistas, ¿qué se supone que hay que entender por «educación irreligiosa de los hijos»? Si el autor quiere aplicar un calificativo de valor a tales realidades de exclusión de la prole o de específica educación de los hijos, lo más ecuánime sería evitar el término *inmoral*, porque en pocos casos, como el que nos ocupa, el concepto de moralidad aparece tan modificado por la perspectiva, tan renovado en cada momento del entramado semántico que en otro tiempo ha podido informarle.

Y es que, insistimos, al jurista debiera exigírsele la responsabilidad de la perspectiva. Una mente tan aguda como la de Díez-PICAZO no se salva de nuestra crítica a su trabajo «El negocio jurídico del Derecho de familia» por su despliegue pobrísimo, más bien nulo, de perspectiva. Perspectiva que debe dirigirse a separar las categorías jurídico-sociales de los módulos impuestos por la coyuntura política de turno. *Moral y orden público* necesitan de esa generosidad mental del jurista para no hacer depender del orden político sus contenidos autónomos. No entenderlo así provoca —creemos— un desajuste como el que estamos comentando, y la sonrisa irónica de todos los que consideren el valor de un trabajo como el de Díez-PICAZO, ¡escrito veintitrés años atrás!

Sigue diciéndonos Díez-PICAZO:

Limita la autonomía privada el orden público. Por orden público se entiende la íntima y radical conexión de los principios informadores de una determinada institución jurídica con los principios fundamentales de organización de la comunidad. El orden público tiene en el Derecho de familia una gran relevancia por ser la familia institución fundamental de la sociedad y ser principios esenciales de nuestra organización jurídica, reconocidos como tales en nuestras Leyes constitucionales, los de unidad e indisolubilidad del matrimonio, autoridad y jerarquía familiar, etcétera. El orden público limita la autonomía privada. Así, ha dicho la jurisprudencia que la obligación de vivir juntos los cón-

yuges es de orden público y no puede ser modificada por acuerdo de los obligados...; que el pacto de separación entre los cónyuges es nulo; que es de orden público la representación de la mujer por el marido y nula la renuncia irrevocable realizada por éste...

(«El negocio jurídico...», págs. 778-780)

Una vez más, no debemos malograr ni retraer nuestra actitud crítica ante los juicios de perseverante lucidez de tan conspicuo jurista. Sus palabras han envejecido, con voz florida y elegante, eso sí, pero vejez al fin. Es más, algunas de estas palabras no debieron nunca nacer, por el hecho de nacer ancianas, caducas, a punto de fenecer. Sin entrar ya más en el fantasmagórico tema de la pretendida indisolubilidad del matrimonio, ¿cómo llamar principio de orden público a «la obligación de vivir juntos los cónyuges»? ¿Cómo sostener que el pacto de separación entre los cónyuges es nulo; que es igualmente de orden público la representación de la mujer por el marido? La propia Ley de 2 de mayo de 1975 se avino a aliviar tal desafuero machista. Las incontables separaciones de hecho existentes antes de 1981, etc., debieron superar, debieron desbordar, por así decirlo, los cauces cosmo-biopatológicos en los que, respecto de las nociones de *moral* y *orden público*, Díez-PICAZO obligó a discurrir a su trabajo. Una cosa es la Ley, y otra muy distinta es la gustosa enfatización, o la repulsa crítica, del Derecho positivo por todo aquel que debe exigirse perspectiva, si no quiere perder el tren de la realidad. Lo que nos duele de tan ilustre jurista es el tono de enérgico, cómplice, que nos duele de tan ilustre jurista es el tono de enérgico, cómplice especulativo de flexibilidad que ésta pudiera consentir a favor o en contra de sus propios postulados. Asentimiento doblemente lamentable en alguien que, al hablar de la autonomía de la voluntad y de su juego en la extinción de la relación obligatoria mediante desistimiento mutuo, se cuestionaba

en qué medida y de qué manera se produce la liquidación de la relación obligatoria preexistente. Para determinarlo habrá que estar en los términos fijados por la autonomía de las partes. *Cuando las partes no se hayan referido a este punto, el problema será fundamentalmente un problema de interpretación**... (el subrayado es mío).

palabras que pueden interpretarse como una aceptación tácita de la irrenunciable urdimbre flexible de las nociones contiguas de *moral* y de

³⁶ LUIS Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN: *Lecciones de Derecho civil*, II (Universidad de Valencia: Facultad de Derecho, 1965), pág. 424.

orden público cuando las partes interesadas hayan estipulado pactos que se zafen del contexto previsto por la Ley. Según MUCIUS SCAEVOLA,

Si las partes establecen... un pacto especial por el que se permita llegar a la resolución [convencional], el Código no se opondría y la voluntad de los contratantes sería respetada por no haber en estos casos interés de orden público que contradiga la voluntad de las partes (MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil comentado y concordado*, t. XIX, Madrid, 1902, pág. 673)³⁷.

Es curioso que nuestro clásico autor tampoco pueda sustraerse de mencionar el orden público como presunto valladar de la autonomía de la voluntad de los contratantes, si bien, en este caso, da por hecho su no interferencia restrictiva.

También ROTONDI, al tratar el mutuo disenso como forma de extinción de las obligaciones, declara que

este principio se extiende tanto cuanto se extienda la autonomía de los contratantes, salvo los límites excepcionales de orden público³⁸.

El orden público es así un límite en su acepción más inequívoca, de un lado, y de otro, se nos dice igualmente que es un límite excepcional. Naturalmente que a la posible gradación de esta excepcionalidad hemos venido haciendo referencia al enjuiciar lo obsoleto de ciertas nociones de moral y orden público, con motivo del repetidamente citado «El negocio jurídico del Derecho de familia». Bástenos aquí llamar la atención de nuevo hacia este trabajo de Díez-PICAZO, que fue en su tiempo un destacado exponente de agudeza retórica y de acuñación de jurídicos distingos.

Comenzamos el desarrollo de este apartado con una especial sensibilización al haz de sugerencias que comporta la noción de orden público en inmediata contigüidad a las nociones de moral, buenas costumbres, etcétera. Quedó asimismo sentado que es en la esfera del Derecho de familia donde tales nociones parecen operar más en vivo, y donde los encargados en cada caso de plasmar la aplicación de tales conceptos, mejor pueden probar la flexibilidad de sus propios criterios dentro del marco

³⁷ Citado por RAFAEL ALVAREZ VIGARAY (en apoyo de la viabilidad de la resolución convencional de los contratos bajo un aspecto contemplado del artículo 1.124 del Código Civil), en *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento* (Granada: Universidad de Granada, 1972), pág. 185.

³⁸ MARIO ROTONDI: *Instituciones de Derecho privado*. Prólogo, traducción y concordancias al Derecho español por FRANCISCO F. VILLAVICENCIO, Catedrático de Derecho civil (Editorial Labor, S. A., 1953), pág. 393. Enciclopedia de Ciencias Jurídicas y Sociales. Sección Ciencias Jurídicas. Título de la obra original: *Instituzioni di Diritto privato*. VI edizione. Editada por Tipografía del Libro, Pavía, 1951.

y de los márgenes interpretativos que toda norma tolera. Este es el caso del Derecho matrimonial, cuando tal norma hace descansar la fundamentación más inequívoca de su existencia en un predio interdisciplinar de realidades. De ahí la práctica imposibilidad de aplicar la excepción de orden público, o las nociones de *moral*, *buenas costumbres*, etc., con una rigidez geométrica. En los años ya felizmente superados, previos a la Constitución de 1978, testimonio tan autorizado como el que sigue ilustra nuestra exposición:

Se da la paradoja de que precisamente muchas personas que por sus ideas religiosas, o mejor dicho, por su falta de ideas religiosas, deberían lógicamente contraer matrimonio civil, rehúyen esta forma y acuden al matrimonio canónico. La razón se encuentra en que el matrimonio civil se configura en España como indisoluble y que las causas de su nulidad se encuadran en una lista rígida y escasa: la contenida en el artículo 101 del Código Civil. Por tanto, quienes no creen en la institución del matrimonio, en su indisolubilidad o en sus condiciones esenciales según la concepción tradicional, prefieren contraer matrimonio canónico, puesto que ante la jurisdicción eclesiástica podrán con mayor facilidad y amplitud obtener la nulidad de su matrimonio, que queda reducido así a un verdadero «matrimonio a prueba». Incluso viene siendo relativamente frecuente en la sociedad actual que estos pseudocontratantes preparen, con vistas a la invocación posterior de la nulidad, un «contradocumento» en las fechas inmediatamente anteriores a la ceremonia religiosa, en el que afirman, por ejemplo, que su intención es contraer un matrimonio meramente disoluble o bien pactan una condición contraria a la esencia del vínculo. En algunos casos este «contradocumento» llega a plasmarse en acta notarial, a pesar de que es muy dudoso pueda el Notario autorizar este tipo de actas, visto que el artículo 145 del Reglamento Notarial le obliga a negar la prestación de su función *cuando el acto o el contrato, en todo o en parte, sean contrarios a las Leyes, a la moral o las buenas costumbres*.

En todo caso, es evidente que este peligro de abuso del matrimonio canónico, que ha dejado de ser remoto para convertirse en real, no desaparecerá mientras no se admita en España el divorcio vincular del matrimonio civil o, al menos, no se amplíen prudentemente las muy reducidas causas legales de nulidad que contempla hoy nuestro Código Civil.

Piénsese, además, en el grave problema moral y pastoral que supone para los sacerdotes autorizar matrimonios canónicos cuando saben perfectamente la desvinculación de la Iglesia o incluso la hostilidad a ella de los desposados, contribuyendo en cierto modo al sacrilegio que éstos cometen. Esta burla o desprecio del sacramento sí que es un escándalo a los ojos de todo católico consciente³⁹.

³⁹ JESÚS DÍEZ DEL CORRAL RIVAS: «El matrimonio civil en España, hoy», en

Naturalmente que, en opinión nuestra, creemos que un Notario puede, sin ninguna violencia de principios, autorizar ese tipo de actas, tan sólo con que aplique un criterio generoso y perspectivista a la interpretación del mencionado artículo 145 de su Reglamento Notarial.

Es, en definitiva, el talante personal del investigador jurídico el que, mediante sus sugerencias en la dirección que fuere, propicia la modificación de las normas. Todo cambio, en principio, supone una larvación de premisas en lentísimo proceso. Las semillas y los frutos, sin duda que nunca pertenecen a la misma generación. Pero eso es lo que creemos que la posteridad reconoce y agradece: los precursores esforzados. En esta línea de interpretación aperturista y creativa, y siempre respecto del tema que nos ocupa, enjuiciáramos el trabajo de MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ, «La separación de hecho y la sociedad de gananciales»⁴⁰, en unos tiempos en que el Derecho de familia, hoy superado, estaba vigente con ejemplar severidad y virulencia. Partiendo de la base de que cualquier acuerdo, contrato o pacto tiene el valor que las partes quieran darle, y de que la Ley no dispara sus efectos contra nadie en tanto no se la provoque, argumentaba DE LA CÁMARA ALVAREZ, a tenor de los pactos privados de separación conyugal, y en contra de los agoreros de turno sermonizantes con el artículo 1.255 del Código Civil:

Los esposos saben que el valor práctico de sus convenios depende en grandísima medida, dada la hostilidad oficial hacia estos pactos, de su honorabilidad y del mutuo respeto a la palabra empeñada.

(«La separación de hecho...», págs. 7-10)

Y también:

A mi juicio, pues, el acuerdo por el cual los cónyuges acuerdan suspender la convivencia no es un acto contrario a la Ley, al interés público ni a la moral.

(«La separación de hecho...», pág. 21)

He aquí un ejemplo de postura amplia y de interpretación deseable de la norma jurídica, consentida por la realidad de los tiempos (sistema hermenéutico con varios años ya de rango legal en nuestro Código Civil). Las palabras de la segunda cita de DE LA CÁMARA parecen romper de un latigazo la obligación impuesta por el anterior artículo 56 del Código Civil [moderno 68]: «Los cónyuges están obligados a vivir juntos...». Y es que en realidad no se rompe nada. Y me alegra que no seamos los

Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Federico de Castro, I (Madrid: Editorial Tecnos, 1976), págs. 537-565, especialmente págs. 545-546.

⁴⁰ En *Anuario de Derecho civil*, tomo XXII, fascículo I (enero-marzo 1969), número 2, págs. 3-127, especialmente págs. 7-10 y pág. 21.

únicos en pensar así, y que tampoco a DE LA CÁMARA le falten seguidores o, por lo menos, receptores de su doctrina:

No faltan autores que muy razonablemente sostienen cierta eficacia, aunque sea modesta, a los pactos de separación de hecho. Así, CÁMARA, que demuestra que estos pactos no son, en todo caso, contrarios a la Ley, a la moral o a las buenas costumbres. Para ello parte de la base de que el deber de convivir no está tan ligado indisolublemente al estado matrimonial como lo está el de fidelidad, y admite excepciones. Desde el punto de vista moral, la conducta del cónyuge que da lugar a la separación podrá ser reprochable, pero la inmoralidad, recuerda CÁMARA, radicará, en su caso, en ese comportamiento, no en la separación misma.

Desde el punto de vista social, dice CARNELUTTI [*«Separazione per accordo tra coniugi»*, *Revista di Diritto Processuale Civile*, II (1936), pág. 153] que «el acuerdo en la separación significa el desacuerdo en la convivencia, y una convivencia en desacuerdo es socialmente peor que una separación concorde». Y, en fin, alega CÁMARA, que si bien el Código no autoriza tales pactos, tampoco los prohíbe expresamente, y teniendo en cuenta el artículo 56, en relación con el 6.º del Código Civil, sólo será nulo cuando se pretenda atribuir al pacto la misma eficacia que a una sentencia judicial que elimine el deber de convivencia imponiendo la separación⁴¹.

Esto es a lo que nosotros llamamos amplitud interpretativa, en la que de paso se viene a demostrar que la noción de orden público es algo manca. Más acuciantemente expresado es la diferencia que hay entre el jurista profundo y esto que hoy se viene llamando, sin sordinas necesariamente minusvalorantes, «practicón» de mayor o menor calibre. ¿Cómo es posible que los mismísimos términos de un precepto legal, más aún, que la sopesación, sobre todo, de dos únicos términos, *moral* y *orden público*, inspire asesamientos tan irreconciliables y tan perjudiciales para el cliente, en su caso, si venidos de mentes estrechas de practicones peseteros, en oposición a los sanos consejos de un jurista con perspectiva amplia? La razón está, repetimos, en la naturaleza proteica y mimética de los conceptos *moral* y *orden público*. Lo que ayer, no digamos hace unos lustros, estaba proscrito del coto de la moral, hoy puede campar a sus anchas por él, y al contrario. Y respecto al orden público, igual. La realidad política, al permear tan de lleno el concepto de orden público, ha hecho de él uno de los conceptos menos jurídicos de todo el Derecho privado.

Inevitablemente, es a nuestro más Alto Tribunal, en sus actuaciones

⁴¹ FRANCISCO DE LUCAS FERNÁNDEZ [Notario de Madrid]: «Actuaciones notariales anteriores y posteriores al matrimonio», *Pretor*, año XXVI, segunda época, número 101 (julio-septiembre 1978), págs. 5-60, especialmente págs. 19-22.

felices, a quien compete la plasmación de los límites y de la fijación de los márgenes de flexibilidad que conlleve toda norma jurídica. En el caso que ahora vamos a reseñar queda comprobado cómo se supera la excepción de orden público aducida por un Ministerio Fiscal romo de perspectiva. La noción de orden público diecisiete años después de las formulaciones de un Díez-Picazo, por ejemplo, recibe un tratamiento a tenor de la altura de la época:

Considerando que tocante a la excepción de orden público, aducida por el Ministerio público, conviene puntualizar: a) Que su noción, en extremo sutil, imprecisa e indeterminada, escapa a toda definición —*omnia definitio periculosa est*— por ser su contenido móvil, flexible y fluctuante. b) Que del orden público podría darse una noción *hic et nunc*, aquí y ahora, de su sentido y alcance, siempre provisional, porque, distinto del pasado, puede ser otro su sentido en el futuro o en otra circunstancia. c) Que por ello es noción sujeta a variación y cambio, tal como del mismo modo varían las Leyes, las costumbres y la misma moral social o ética colectiva. d) Que integrado el orden público, según el ensayo de definición que dio la Sentencia de este Tribunal de 5 de abril de 1966, por los «principios jurídicos públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos necesarios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada», habría que estar, para su aplicación, al tiempo en que se vive o, como mejor dice el artículo 3.º, 1.º, del Código Civil, «a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas» las normas, justamente por ese carácter relativo, dependiente de las concepciones sociales y políticas de cada momento histórico, según dice la Resolución de la Dirección General de los Registros de 6 de abril de 1979.

Considerando que la consecuencia natural que se deriva de las anteriores observaciones es que no pueda afirmarse hoy que una sentencia de divorcio extranjera, respecto de un matrimonio civil contraído fuera de España, contradiga o atente al orden público español...

Considerando que no es necesario insistir en el profundo cambio social, político y jurídico que, por influjo y mandato de la voluntad colectiva del pueblo español, aparece reflejado en la norma básica y primera del ordenamiento jurídico patrio, es decir, en los artículos 16 —atinente a la libertad religiosa y a la aconfesionalidad del Estado— y 32, que permite la disolución del vínculo matrimonial y que priva de rango constitucional al principio de indisolubilidad del matrimonio, y por ello, por integrar la Constitución la cúspide del orden jurídico, en el cual se subsume el orden público, es evidente la necesidad de afirmar que no choca con él la resolución judicial extranjera que decreta la disolución del vínculo conyugal y, consecuentemente, que su ejecución es lícita en España, como exige que así sea el artículo 954 de la LEC...

... Ha lugar al cumplimiento en España de la Sentencia dicta-

da por el Tribunal de Gran Instancia de París, de 16 de junio de 1977, que decretó el divorcio⁴².

Esta hermosa forma de expresarse, aunque con un retraso que va desde más de doscientos años con respecto a algún país, hasta otros retrasos menos abultados con respecto a otros países, supone, con todo, un saludable enderezamiento de rumbo, de media circunferencia, como para dejar ciertas interpretaciones antiguas del orden público en Derecho matrimonial arrinconadas en antipódicos cuadrantes. La falta de perspectiva es, como hemos pretendido demostrar, la causa más directa del envejecimiento o de la parálisis de los preceptos.

VI. OTRAS SECUELAS Y DEFORMACIONES DOCTRINALES QUE ARRANCAN DE UNA CARENCIA DE PERSPECTIVA

Nos proponemos en este apartado sacar a la luz, con todas sus consecuencias críticas, a algunos de los más representativos autores que, en los años inmediatamente previos a la confección y promulgación de nuestra Ley Fundamental de 1978, se nos antoja que disparaban sus últimas cápsulas en la defensa de unos postulados que estaban siendo barridos, ojalá que para siempre, del panorama de instituciones de nuestro Derecho de familia. La virulencia con que tales autores se violentaban por defender criterios indefendibles no es uniforme para todos ellos. Respecto de algunos, ya hemos fijado nuestra postura crítica al hablar del asunto de las estadísticas. Acaso precisemos volverlos a mencionar. Respecto de otros, nos interesa señalar el proceso de suavización que, ante el signo imparable de los tiempos, fueron cobrando progresivamente sus escritos. No otra cosa buscamos sino poder establecer los grados de deferencia que unos y otros han dedicado a la perspectiva, a la hora de airear sus ideologías concretas. Todo ello, naturalmente, dentro de la incumbencia del Derecho de familia, y más concretamente, del tenor del Derecho matrimonial enfrentado a la realidad del divorcio.

La doctrina canonista, que con mayor intransigencia ha encarnado en España la postura del inmovilismo ideológico, quizá sea la recogida en los fascículos de Derecho canónico de la UNED (edición de 1974 que manejamos) y el ya frecuentemente citado libro del profesor NAVARRO VALLS, *Estudios de Derecho matrimonial* (Madrid: Editorial Montecorvo, 1977). A mayor abundamiento, NAVARRO VALLS es uno de los que,

⁴² Jurisprudencia del Tribunal Supremo CIVIL. Ejecución en España de sentencia de divorcio dictada por Tribunal extranjero. En Madrid, a 24 de octubre de 1979. *Boletín de Información*, año XXXIII, núm. 1.185 (Madrid: Ministerio de Justicia, 15 de noviembre de 1979), págs. 20-22.

capitaneados por ALBERTO DE LA HERA, formaron el equipo de redactores de los referidos fascículos de la UNED. Sus criterios son, pues, los de la doctrina canonista más representativa de España. Todos ellos han venido formando la vanguardia de nacionalcatólicos: Amparados en la trinchera de sus cátedras o profesorados numerarios del calibre o denominación que fuere, y protegidos por la patente de corso que nuestro sistema político les ha venido prestando, a los dichos profesores les ha cabido la triste notoriedad de ser los expositores de una doctrina que, mucho me temo, a más de una mente ponderada le habrá parecido vejatoria para la conciencia ciudadana y desproporcionada para un verdadero espíritu jurídico.

Ni es agradable replicar a NAVARRO VALLS (a quien únicamente nos referiremos en nuestro repaso crítico de los extremos más acrimónicos del canonismo español anterior a la Constitución), ni tampoco debo considerarme yo el primero en tal réplica. La pluma tan vigorosa, tan punzonosa, tan sagaz, de ENRIQUE FOSAR BENLLOCH, ya se ha encargado de ello, para desanimar de paso a quienes estuvieran tentados de ver en mi actitud algo de manía persecutoria. Ante la manera de argumentar de RAFAEL NAVARRO VALLS sobre el tema de la indisolubilidad, FOSAR comenta:

La absoluta indisolubilidad jurídica del matrimonio rato y consumado ha sido afirmada recientemente en España por NAVARRO VALLS [*Divorcio, orden público y matrimonio canónico* (Madrid: Editorial Montecерco (*sic*), 1972), pág. 165]:

«En el inicio, pues, del estudio de las excepciones previstas por la legislación canónica al principio de indisolubilidad, no cabe más que afirmar la absoluta indisolubilidad jurídica extrínseca e intrínseca del matrimonio rato y consumado, así como la imposibilidad de una modificación del Derecho de la Iglesia sobre este punto. Muchas de las actuales corrientes revisionistas de la indisolubilidad matrimonial en el seno de la Iglesia aparecen viciadas en su raíz por un defecto metodológico que las descalifica: el estudio de la esencia y propiedades del matrimonio a través de un prisma exclusivamente sociológico, abandonando los esquemas jurídicos que protegen el contenido doctrinal dimanante de su misma naturaleza y elaborado durante siglos por la doctrina. SOUTO lo ha puesto de relieve acertadamente: el matrimonio no está en la línea de los simples hechos, sino del deber ser. Por eso la configuración del matrimonio es, en la medida en que hay en él un factor de justicia jurídica —es un vínculo jurídico—, y aunque la conducta de los cónyuges no sea conforme al deber ser del matrimonio, no por ello rompen al matrimonio, porque son incapaces de provocar su ruptura... De ahí la insuficiencia radical del método sociológico para estudiar la esencia y propiedades del matrimonio.»

La mejor crítica que a esta posición esencialmente positivista, jurídicista, ontológica y tradicionalista acrítica puede hacerse es

remitirme a la orientación metodológica de la moderna moral matrimonial de que dejé constancia en otro estudio [«El matrimonio religioso, el matrimonio canónico y el matrimonio civil. El vínculo matrimonial, ¿es indisoluble o disoluble?», especialmente el apartado II de la primera parte, 'Metodología interdisciplinaria para analizar la realidad matrimonial', en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LII (septiembre-octubre), número 516]. Porque estimo que seguir aplicando a la realidad matrimonial la orientación metodológica de que hace gala el autor empieza hoy mismo a ser anticientífico: dentro de unos pocos años su discurso será meramente ininteligible, como lo sería hoy discutir por *sic et non* las cuestiones filosóficas como Abelardo.

(FOSAR, «El matrimonio religioso...», págs. 95-96)

Y es justo que así sea. Al leer detenidamente el libro *Estudios de Derecho matrimonial*, posterior en unos años al reseñado FOSAR, junto con atisbos y formulaciones magistrales que nos hemos apresurado a reconocer desde estas páginas, el sufrido lector que haya tenido la desdicha de no pertenecer al sistema de pensamiento, y único oficial, permitido en los últimos ocho lustros, de verdad que pasa un mal rato. Además de los extremos ya comentados en la porción de esta monografía que nos ha precedido, voy a transcribir y enjuiciar algunas concepciones más de nuestro autor:

Un análisis de la normativa jurídica de los sistemas que regulan el divorcio lleva a la inevitable conclusión de que también los países divorcistas son en realidad reticentes con el divorcio. Es decir, ninguna legislación establece como norma la generalísima de permitir el divorcio sin restricciones. Todas ellas establecen una serie de supuestos más o menos explícitamente normados, que permiten, a través de cauces procesales igualmente tasados, iniciar un proceso de divorcio que eventualmente desemboca en la disolución de un concreto matrimonio...

... Incluso el Derecho soviético hubo de rectificar legislativamente aquella rotunda afirmación de LENIN según la cual «no se puede ser socialista sin la plena y absoluta libertad para divorciarse», cuando el 8 de julio de 1942 un Decreto del Presidium del Consejo Supremo de la URSS regulaba el divorcio —hasta entonces libre— a través de un procedimiento judicial, posteriormente completado por la Ley de 27 de junio de 1968, recogiendo así el criterio de KOLWANOWSKI cuando observaba que «la facilidad del divorcio tiene como consecuencia la degradación de la familia, por lo que debe ser cuidadosamente normado».

(*Estudios...*, pág. 206)

Efectivamente, son «reticentes con el divorcio», como no podía ser menos, y por el tantas veces repetido principio de que «cada cosa —afir-

ma SPINOZA— aspira a perseverar en su ser» (ORTEGA Y GASSET). El gobierno o régimen de la ideología que fuere no puede por menos de preferir que una situación inicial de matrimonio se perpetúe indefinidamente, a que quiebre. De ahí a suprimir el derecho natural al divorcio va un abismo insalvable. El hecho de que *se regule* el divorcio no es indicativo de su abandono, sino de todo lo contrario. Al reglarlo se le institucionaliza, se le reconoce más.

Si fuera exacto —siempre en el plano de los hechos— que existe un «derecho al divorcio» catalogable entre los otros derechos fundamentales de la persona humana, el divorcio debería ser concedido ilimitadamente, es decir, sin ninguna restricción, y no sólo por mutuo consentimiento de los cónyuges, sino también por simple voluntad de uno solo.

(*Estudios...*, pág. 207)

Creo que el profesor NAVARRO VALLS abandona injustificadamente el tono discursivo inteligible para tales casos, y su razonamiento quiebra precisamente a la luz de las nociones de *tendencia*, *vocación* y *consecución*, de un lado, y de *realidad* y *fantasmagoría*, de otro. «Ilimitadamente» no se puede concebir, ni mucho menos conceder nada, porque desborda el plano asequible de lo humano. Y, además, se evidencia la violentación silogística y de pura razón de ese salto de cero a infinito de nuestro autor, que viene a querer decir algo así: O todos santos o todos al infierno. Tampoco nos hace negar la libertad, como derecho y tendencia fundamental de la persona, el hecho irrefutable de que a nuestra libertad se le pongan trabas de todo tipo, y que nadie en su juicio pueda considerarse «ilimitadamente» libre. Aún más: es tanto como decir que, dado un solo supuesto de nulidad matrimonial «resultada» en el ordenamiento canónico, nada obstaría igualmente a deducir justificación de nulidad en el resto *ilimitado* de los casos, con sólo que los interesados invocaran su correspondiente pretensión ante los Tribunales eclesiásticos oportunos.

Y el caso es que NAVARRO VALLS trae a las páginas de su libro, con ánimo de refutación, la siguiente cita:

NAQUET, artífice de la Ley francesa de Divorcio de 1884, se planteaba esta cuestión: «El derecho del hijo no anula el derecho de los padres a divorciarse. Un derecho no vale más que el otro. No sería lógico que el derecho de los hijos sofocara el derecho de los padres» [NAQUET, *La Loi du Divorce* (París, 1903), página 283].

(*Estudios...*, pág. 215)

Nosotros pensamos, efectivamente, que el razonamiento es válido. Además, incide de lleno en la plasmación cosmo-antropológica del principio de prioridad: el padre es anterior al hijo, y a menos de concebir la vida concreta como una abstracción ingravida y fantásticamente irreal, el hecho de que unos padres se divorcien o no se divorcien, no conculca la intransferibilidad de destino y tendencia a la felicidad, individualísima e irrepetible, que protagoniza el hijo que fuere. Pero sigamos:

La introducción del divorcio inevitablemente cambia el *tipo familiar* en un medio social dado, que de modo estable de convivencia se transmuta en compromiso provisional sobre el plano jurídico, ya que a los cónyuges se les sustrae la facultad de contraer un matrimonio *jurídicamente indisoluble*.

(*Estudios...*, pág. 219)

Este desafuero me parece seriamente alarmante. Según nuestro autor, al faltar esa *facultad* externa, también debería faltar toda viabilidad o posibilidad de felicidad dentro de la unión de la pareja. El disparate creo que vuelve a ser sintomático. Precisamente el tema del consentimiento y de la ínsita intencionalidad es aquí donde se desvirtúa y se minimiza, quedando reducido a una voluntad frívola que depende de un formalismo jurídico para su verificación personal. Nuestro autor parece que quiere decir esto: Que aunque dos personas vivan, se amen, se compenetren en el más total de los sentidos imaginables, ese amor, esa vida, esa compenetración comunitaria tiene que ser *a la fuerza* papel mojado por haber puesto en marcha esa comunidad de vida y amor con un *irrenunciable*, obsérvese bien, *irrenunciable* derecho natural a una eventual virtualidad de divorcio. Nuestro autor olvida —por ignorancia o por malicia— que la virtualidad ofrecida a los contrayentes no sustrae a éstos de observar la conducta que estimen oportuna. Semejante manera de argumentar de NAVARRO VALLS, en base a ilimitadas fundamentaciones abstractas que están fuera de todo módulo o de toda prueba, tendría que complementarse con el divertido supuesto de no poder computar en la Historia de la Humanidad ni un solo ejemplo de fracaso de lo jurídico, ni un solo caso de fisura en el armazón de la Ley. Y, por supuesto, ni una sola prueba de fallo en un matrimonio contraído bajo la «especie jurídica» de lo indisoluble. De nuevo, y siempre por penúltima vez, NAVARRO VALLS confunde tendencia y esencia, vocación y realidad, *sollen* y *sein* (MARIANO ALONSO PÉREZ). Se apoya en una o en otra, minimiza o potencia las categorías axiológicas de la persona, según le venga en oportunidad, pero nunca en la ecuación articulada que configuran tales conceptos si se les quiere esgrimir como premisas generadoras de criterio.

Con intención objetiva, y con el fin de que ninguna de nuestras aseveraciones, por pintorescas o desenfadadas que puedan parecer al lector poco flexible, deje de ir acompañada por la de siquiera algún tratadista, traigo en apoyo de mi repulsa a las especulaciones de NAVARRO VALLS un testimonio decimonónico, el de EMILIO REUS:

Nadie puede negar a la hora presente al Estado la facultad de establecer o no establecer el divorcio, si le parece útil y conveniente, para responder a ciertas necesidades sociales. Nada valen contra esto argumentos religiosos fundados en tal o cual ortodoxia, porque, en primer lugar, la crítica histórica da contra ellos evidentísima prueba, sagazmente recogida por un autor francés, en una polémica ya célebre con un ilustrado sacerdote de la Iglesia católica, y, en segundo, porque si esta Iglesia se opone a la indisolubilidad del vínculo nadie obliga a que en conciencia los cónyuges católicos divorciados le consideren roto, y se les mantiene el recurso contra el cual la Ley nada intentará nunca, y puede bastar para satisfacer los gritos de su conciencia, de considerar como una simple separación de cuerpos, lo que la legislación civil califique con otro nombre⁴³.

Testimonio que nos parece un precedente válido para ilustrar nuestros conceptos de *tendencia* y *vocación*, así como de ciertas facultades axiológicas que son inherentes a la persona, en contra de los argumentos de los positivistas canónicos. La falta de perspectiva que achacamos a NAVARRO VALLS no viene tanto del lado de sus omisiones como de la concienzuda tergiversación silogística que subrepticamente esgrime según le vayan en juego sus caprichos o intereses dialécticos.

Continúa NAVARRO VALLS:

No hay que olvidar, además, que la legislación vigente aparece en este punto amparada por el elemental principio del *melior condicio possidentis*, lo que, a su vez, reclama que la carga de la prueba recaiga sobre quien afirma la utilidad social del rechazo de la indisolubilidad del matrimonio más bien que sobre los que la niegan.

(Estudios..., pág. 223)

¡Otra barbaridad exasperante! Con igual flema se podría decir —y decimos— que mientras que estuvo en vigor la Ley de 2 de marzo de 1932, ¡todo el que no estuviese conforme con ella debiera haberse puesto a probarlo con razones que hubieran convencido a la Ley! Seguimos:

⁴³ EMILIO REUS: «El matrimonio civil y el divorcio», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año vigésimo-octavo, tomo LVII (Madrid, 1880), páginas 210-224 y 476-493, especialmente pág. 220.

No es sólida objeción aducir precisamente el carácter negocial del matrimonio como dato jurídicamente válido que justifica su disolución a través del divorcio. Como ha observado el autor que con mayor vigor ha reivindicado para el matrimonio la naturaleza de negocio jurídico de familia [Díez-Picazo, «El negocio jurídico del Derecho de familia», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (junio 1962), págs. 773 y sigs.]..., «se olvida que la característica del negocio jurídico se encuentra no tanto en el poder de determinación del contenido de la relación jurídica que el negocio crea, como en el poder de creación de la propia relación jurídica. Piénsese que el poder de las partes no alcanza nunca al contenido esencial de la relación jurídica que crean. Las partes pueden querer otro tipo de negocio, pero el establecido han de quererlo con todo su esencial contenido. Y acontece que todo el contenido de la relación de matrimonio es esencial: que no hay matrimonio sin deber de fidelidad, sin deber de auxilio o sin indisolubilidad».

(*Estudios...*, pág. 234)

En este sutilísimo distinguo del siempre respetado y lúcido profesor Díez-Picazo, encuentra pie nuestro reseñado autor NAVARRO VALLS para decirnos, si es que no entendemos mal, que todo aquel que contrae matrimonio dispone de un discernimiento magníficamente pertrechado para asumir el haz de supuestos que despliega la institución matrimonial, pero que una vez que ha contraído queda privado de ese mismo discernimiento para decidir sobre lo que quiere o para saber lo que está haciendo. El alarde retórico, por su parte, del profesor Díez-Picazo es tan sugestivo y tan notable como al que nos tiene acostumbrados. Pero quizá por ello nos sentimos en este caso particularmente coriáceos e impermeabilizados al pretendido efecto convincente de su argumento. Por debajo de la urdimbre finamente tejida de sus palabras, y tras un arriesgado pirueteo con los silogismos, constatamos que una vez más se parte de aquello a donde se quiere precisamente llegar. Para decirnos que todo el que lamentablemente ha contraído hasta hace poco matrimonio en España, contraía indisolublemente *de momento* (por haber sido la indisolubilidad una cualidad impuesta en principio o *de momento*, como decimos, al matrimonio por la Ley positiva de turno, y por el régimen político de turno), no creo que nos merezcamos los sufridos lectores el funambulismo de conceptos a que nos somete el siempre brillante y cordialmente admirado profesor LUIS Díez-Picazo.

Es ante la inevitabilidad de los preceptos constitucionales donde la cerril e intransigente expresión (que no criterio, lamentamos) de ciertos autores no tiene más remedio que ceder, sin renunciar, no obstante, a eso que candorosamente llamamos recurso del pataleo. Así, el propio NAVARRO VALLS:

Como es sabido, en los países correspondientes al área de influencia del «Common Law» sólo existe una clase de matrimonio, al que puede accederse a través de dos cauces distintos: las formas religiosas y la forma civil. Existe tan sólo una simple libertad de elección de forma o rito, pero sin resonancias sustantivas, ya que el Derecho material que regula, en todo caso, el matrimonio sigue siendo el mismo: el civil.

Por ello se ha hecho notar con razón que el denominado equivocadamente *matrimonio religioso* es, en los regímenes matrimoniales que integran el sistema de matrimonio civil facultativo de tipo protestante, una simple y pura forma de matrimonio civil, o si se quiere, un matrimonio civil en forma religiosa⁴⁴.

De entre todo lo que hemos transcrito nos vuelve a dejar perplejos una cargante lista de términos y expresiones: «Precipitación legislativa», «ambigüedades», «lugares comunes», «problemas interpretativos», «simple libertad», «denominado equivocadamente», etc. Es fabuloso, obsesivo, desquiciante, el protagonismo nostálgico que quieren arrogarse a toda costa ciertos ciudadanos. Es absolutamente atroz su falta de perspectiva y de generosidad solidaria que despliegan para con sus prójimos. Mente tan lúcida como la de NAVARRO VALLS para perfilar agudamente la distinción entre *sociología* y *axiología*, y otros conceptos jurídicos igualmente valiosos (como desde estas páginas hemos tenido la honda y sincera satisfacción de señalar y aplaudir), nos llena de estupor: *Precipitación legislativa*: Le parece poco que las cosas hayan funcionado de cierta manera desde el Concilio de Trento. *Ambigüedades*: Me temo que todo debe

⁴⁴ RAFAEL NAVARRO VALLS: «El sistema matrimonial español y la Constitución de 1978» [ponencia presentada en la XVI Semana Española de Derecho Canónico (Murcia, 1978)], *RGLJ*, año CXXVIII (febrero 1979), núm. 2, segunda época, tomo LXXVIII (246 de la colección), págs. 111-142. De especial interés, véase «El matrimonio en forma canónica», págs. 125-130, en especial pág. 126.

Por el interés indicativo que arrojan los apartados de este trabajo me permito transcribirlos. *SUMARIO*: I. Introducción. II. Precipitación legislativa y ambigüedades en el sistema matrimonial español. III. Lugares comunes en la doctrina jurídica española. IV. Problemas interpretativos que crea el artículo 32 de la Constitución de 1978. V. El matrimonio en forma canónica. VI. El matrimonio celebrado en forma religiosa acatólica. VII. La disolución del matrimonio. VIII. El sentido de la elusión de la nulidad del matrimonio.

En idéntica línea, véase la reseña que del libro *Estudios de Derecho matrimonial*, de NAVARRO VALLS, hace JUAN FORNÉS en *Anuario de Derecho civil* (abril-septiembre 1979), págs. 492-494. Se pasa revista al artículo 32 de la Constitución, a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de diciembre de 1978 y a los acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979. JUAN FORNÉS es asimismo autor de *El nuevo sistema concordatario español (los acuerdos de 1976 y 1979)* [Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, S. A., 1980]. Una ojeada sobre este libro delata su fuerte filiación canonista. La bibliografía citada es esencialmente canonista, y lo mismo podemos decir de la intención crítica del autor. Obra, pues, de escaso o nulo valor en los tiempos que corren. Como ejemplo de estrechez de galibo mental, *vid.*, págs. 88 y sigs., sobre el comentario del autor a un texto de M. PEÑA B. DE QUIRÓS.

parecer ambiguo para quien no está dispuesto a reconocer ninguna nueva opción. *Lugares comunes*: Efectivamente, es un lugar común recordar a los duros de corazón que queremos pertenecer al club en que está afiliado el 98 por 100 de la población mundial, y que queremos dejar de ser «diferentes», en el peor sentido de la palabra, de una vez por toda la eternidad. *Problemas interpretativos*: Si son del fuste criterial de los que el profesor y diputado ALZAGA enarbolaba es posible. Con todo, léase desapasionadamente el artículo 32 de nuestra Constitución. *Simple libertad*: Precisamente lo menos simple de nuestra idiosincrasia, en que nos cabe habernos apuntado el nefasto tanto histórico de tantísimo asesinato en nombre de o contra la libertad de conciencia. *Denominado equivocadamente matrimonio religioso*: Equivocadamente para usted, doctor NAVARRO VALLS, y correctísimamente denominado para todo aquel que tenga a bien ejercitar sus convicciones al tiempo de matrimoniarse o en cualquier otro menester. No se conoce, que sepamos, ningún dispositivo que permita radiografiar los sentimientos religiosos de nadie.

Tal vez pueda apreciarse que los conceptos de *divorcio/disolución*, *finis*, y *naturaleza jurídica* del matrimonio son los vértices extremos que configuran al triángulo respecto del cual se pudieran predicar la mayor parte de los despliegues y de las carencias de perspectiva. Queda un estadio de dificultad ulterior, un rizar el rizo, y es el juego que algún autor quiere dar a los anteriores conceptos si contemplados desde el así llamado Derecho natural. Es, creemos, una curiosa manera de mirar la realidad humana, volviéndose de espaldas a ella. Nos dice el profesor SANCHO REBULLIDA:

Cuando afirmamos que el matrimonio, como institución *natural* —por tanto, *todo* matrimonio—, es indisoluble por *Derecho natural*, estamos formulando una proposición de índole y naturaleza netamente jurídica. Por ello, cualquier intromisión metódica diversa sería perturbadora, oscurecedora de la cuestión propuesta ⁴⁵.

⁴⁵ FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA: *Estudios de Derecho civil*, I [la obra consta de un segundo volumen], «Consideraciones sobre el fundamento jurídico de la indisolubilidad del matrimonio» [publicado en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Federico de Castro* (Madrid, 1976), págs. 635-639], págs. 317-324, especialmente pág. 319. En otro lugar de este artículo, y en la línea valiosa que desarrolla NAVARRO VALLS para su distinción entre *sociología* y *axiología*, nos dice SANCHO REBULLIDA:

La estadística —prescindiendo de las manipulaciones políticas y la disciplina de partido—, por sí misma, no puede conducirnos a resultados jurídicamente válidos: de ahí la prevención contra las impurezas metodológicas; las estadísticas reflejan *voluntades* más o menos condicionadas, pero no *conocimientos* de realidades naturales extrínsecas al sujeto. Ahora bien, el Derecho positivo, como la ciencia jurídica, debe atenerse

Nosotros, y con el único propósito de hacer inteligibles estas palabras citadas, sugeriríamos respetuosamente la sustitución de *es* por *tiende a ser*. Mi crítica a este trabajo es una repetición enojosa, a saber: que el autor no parece distinguir entre *tendencia* y *realidad*. Tan absurdo es defender la supuesta indisolubilidad *a priori* del matrimonio, por Derecho natural, como negar la tendencia hacia el bien o hacia la virtud de quien fuere, por el hecho en pura praxis de que los humanos no seamos ni absolutamente buenos ni ilimitadamente virtuosos. Y el caso es que unas cuantas páginas más adelante del mismo trabajo, SANCHEZ REBULLIDA nos parece que acierta con el único término viable para este tipo de disquisiciones:

La naturaleza del hombre ante la contemplación de sus fines (y sin otros condicionamientos) *tiende* libremente a la unión indisoluble, única y vitalicia, entre hombre y mujer que se quieren, para la procreación de los hijos de ese amor y la adecuada educación de los mismos⁴⁶. [Subrayado mío.]

(«Consideraciones sobre el fundamento...», pág. 322)

Como hemos venido exponiendo, estos y otros autores situados en la cresta desde la que se inicia una rectificación de la praxis vivencial de ciertas instituciones parecen disparar sus últimos cartuchos a la desesperada; parecen entonar su último y más acongojante canto de cisne. Cosas todas ellas entristecedoras, pero merecidas por innecesarias. Qué gran favor de cara a la posteridad se hubieran hecho sólo con evitar la sistemática ocultación de fuentes, de voces de tratadistas autorizados que parecen haber clamado en el desierto:

Difícil es, si no imposible, dice un ilustre purpurado de la Iglesia, demostrar que por ley natural el matrimonio es indisoluble⁴⁷.

a estas realidades accesibles a la razón natural, aunque sean negadas por las voluntades (pág. 323).

Este artículo «Consideraciones...» fue publicado en *Nuestro Tiempo*, núms. 255-256 (Pamplona, septiembre-octubre 1975), págs. 25-33.

FÉLIX LÓPEZ hace una reseña a los dos volúmenes de SANCHEZ REBULLIDA en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (enero-febrero 1979), núm. 530, páginas 294-295.

⁴⁶ Remito al lector interesado a mi trabajo «Matrimonio y otros contratos: Aspectos comparativos, equiparables y subsumibles mutuamente», *Revista de Derecho Notarial*, núms. CXIII-CXIV (julio-diciembre 1981), págs. 239-274, donde en las págs. 246-247 podrá encontrar algunas puntualizaciones sobre el concepto *finis* del matrimonio.

⁴⁷ BENITO GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ: «De la naturaleza del matrimonio», en *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, 3.ª ed., tomo primero (Madrid: Librería de Sánchez, 1871), págs. 361-362.

Ignoro a qué purpurado de la Iglesia católica⁴⁸ se refiere BENITO GUTIÉRREZ, pero en todo caso la cita es sintomática. Desde la fecha en que se escribieron estas palabras hasta el momento presente, los testimonios se han sucedido en idéntica dirección. Reseñemos, por orden fielmente cronológico, a algunos de tales autores. El también decimonónico BONEL Y SÁNCHEZ se expresaba así sobre la *naturaleza jurídica* del matrimonio:

El matrimonio, esa elevadísima institución que teniendo algo de divina aun en relación con la naturaleza que muchos creen la materializa, es la base esencial de toda sociedad, debe mirarse bajo el doble concepto de sacramento y de contrato: de sacramento bajo el punto de vista moral que implica aquella unión eterna para fines determinados que han de regirse por la institución canónica, y bajo el aspecto de contrato, porque el contrato realmente es bilateral, en que cada uno de los contrayentes adquiere derechos y se impone deberes que cumplir⁴⁹.

Sobre los fines del matrimonio:

Los fines del matrimonio quedan claramente expuestos y no son ni pueden ser otros que el mutuo auxilio, la procreación y educación de la prole y el cumplimiento de las Leyes, puesto que de ser otros se cambiaría la esencia de la institución, y de ser alguno de ellos con exclusión de los demás quedaría prohibido el matrimonio entre personas de avanzada edad que por su marcada senectud dieran lugar a presumir su falta de reproducción; siendo de notar que bajo cualquier concepto que el matrimonio se mire, el fin principal es realmente el mutuo auxilio.

(*Código Civil español. Concordado...*, pág. 114)

Y, en fin, respecto de esa dosis de perspectiva sobre las cuestiones interdisciplinarias de *fines*, *naturaleza jurídica*, etc., del matrimonio, y que tanto venimos echando en falta en los autores inmovilistas aquí reseñados, gratifica leer a BONEL Y SÁNCHEZ, del que nos permitimos incorporar una suficiente muestra de perspectiva jurídica, no olvidemos, del siglo XIX:

⁴⁸ Me permito corregir, por extensión, a BENITO GUTIÉRREZ. Creo que es hora ya de que en un Estado pluralista y no confesional cada Iglesia quede identificada con su verdadera filiación inequívoca. Los españoles, tan dados a no llegar o pasarnos, caemos en pueril redundancia al hablar de la «persona humana» (¿y quién podría darnos noticia de otro tipo de persona que no sea la humana?). Asimismo es justo señalar que decir Iglesia, sin más, es quedarse a medias en la hora presente.

⁴⁹ *Código Civil español. Concordado y comentado con el Derecho foral vigente en Cataluña, Aragón, Navarra y demás territorios aforados, con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de justicia y con los Códigos Civiles de la mayor parte de los países de Europa y América*, por don LEÓN BONEL Y SÁNCHEZ, 4 vols. (Barcelona: A. López y Robert, impresor, 1890), tomo I, pág. 113.

No podemos menos de reconocer también que, para los que no tengan la fortuna inmensa de albergar en su alma creencias de cierto género, debe la Ley siempre reconocer otros medios de formar la familia, dictando reglas que pongan a todos dentro de esas relaciones sociales, que prescindiendo de las teorías religiosas positivas, dan vida al comercio y a la vida social con las contrataciones ordinarias y el trato general independiente de toda relación cuya existencia bien cabe dentro de los altísimos y rigurosos principios de moral universal y de los limitados círculos del Derecho. Y aunque no todos los Códigos han mirado bajo este concepto el matrimonio, ni necesario es que se imponga tal institución como sacramento al contrato, ni como contrato al sacramento para su perfecta validez y para que sus fines se cumplan debidamente; lo cierto es que valiera más que dejando a todos en libertad de adoptar el matrimonio que tuvieran por conveniente, religioso o civil, se establecieran reglas fijas en las que se determinase que para el Estado no surtiría efecto ningún matrimonio mientras no se demuestre su existencia por la inscripción en el Registro Civil.

(Código Civil español. Concordado..., págs. 114-115)

Volviendo sobre la naturaleza jurídica del matrimonio, perfila nuestro autor:

No es un contrato puramente civil; su principio lo encontramos en la naturaleza, que se dignó asociarnos a la magna obra de la creación; está inspirado por ella, la naturaleza misma lo impone muchas veces. No es tampoco un puro acto religioso, puesto que precedió a la institución de los sacramentos y al establecimiento de todas las religiones positivas; se eleva a más remotas épocas, está más lejos de todas esas leyes escritas, es coetáneo con el hombre.

(Código Civil español. Concordado..., pág. 116)

Por todo lo expuesto no puede menos de comprenderse que el matrimonio es y ha sido siempre un acto natural, necesario, esencial a la vida y a la sociedad, instituido por el Creador. Pero aunque esto sea una verdad indiscutible, y aunque bajo el Antiguo Régimen, no íntimamente unidas, sólo apareciesen las instituciones religiosas y civiles, sino confundidas, llegó el momento en que sosteniendo la tradición hasta cierto punto, y amparando en mucho el eclecticismo de la vida social y religiosa, no ha podido menos de separarse una y otra no para divorciarlas y hacerlas antagónicas, sino para que manteniendo sus relaciones armónicas, el estado civil de los hombres se haga independiente del culto que profesa, lo cual llegaron a reconocer como una necesidad sabios ilustres y respetables hombres públicos de todos los partidos; sintiéndose luego la necesidad de la libertad de cultos, y la secularización de las prescripciones legales en esta materia, porque aun cuando agradable sea que todos los hombres se confundan en unos ideales, no puede una nación imponer

creencias determinadas a los ciudadanos, y no porque una persona tenga ideas distintas de la generalidad de un país se le ha de condenar a vivir en el ostracismo. Las relaciones comerciales generalizadas por el mundo civilizado han templado la intransigencia política y han hecho necesaria la tolerancia religiosa, siendo hoy indispensable por ello que los buenos efectos de la desaparición de ciertas intransigencias, se traduzcan en preceptos legales bajo los cuales, con independencia de escuela y con respeto mutuo de todos los ideales, pongan al amparo sus derechos civiles todos los que concurren al fomento y adelanto de una nación.

La definición del matrimonio debe abrazar en sus relaciones esenciales al hombre en el orden físico y en el orden moral, como ser inteligente y libre, sin que el desenvolvimiento de sus teorías váyase más allá de lo que la razón humana alcance y de lo que las necesidades de la época exijan.

(*Ibidem*, págs. 116-117)

Y quizá el párrafo más significativo de la visión clara de futuro de este autor, en la que bien podrían haberse inspirado algunos de los juristas reaccionarios mencionados en las páginas de esta monografía nuestra:

Aunque los sentimientos religiosos son naturales en el hombre, esos sentimientos universales unánimes tienen una varia expresión absolutamente libre, y por ello, aunque el matrimonio se eleve a la dignidad de sacramento, no deja de ser un contrato civil sometido, como cualquier otro, a la autoridad pública; y los legisladores que se despojan de ese poder por mal entendidos respetos y lo sujetan al dominio de la jurisdicción eclesiástica, traspasan, sin duda, los límites de su objeto y confunden el elevado sacramento con el particular contrato.

(*Ibidem*, pág. 117)

Es cabalmente gratificante leer a un autor que hace nada menos que un siglo aireaba el problema que comporta el hecho de que un Estado moderno delegue una parte esencial de su cometido en la autoridad religiosa.

Siempre pivotando sobre la trinca temática de *divorcio/disolución*, *fin*es y *naturaleza jurídica* del matrimonio, y la incidencia de la perspectiva en la configuración y tratamiento de ese triángulo de conceptos, nos toca señalar que la prueba más inequívoca de que el hombre esgrime su vocación de carácter y voluntad indefinida en el tiempo es que, al hallarse enamorado de alguien sus grados de «enamoramiento» los mide de manera refleja o negativa, si se quiere; o sea, calibrando su estado de absoluta incapacidad de enamorarse o de amar a otra persona que no sea aquella que *ahora* precisamente le está motivando su *tendencia* a lo indisoluble, a lo perpetuo, esencia medular del consentimiento. Algo parecido nos expresa JOSSEAND:

La unión legítima debe ser considerada como *perpetua* por su naturaleza, pero no como necesariamente indisoluble: la *perpetuidad* se pronuncia para el principio, para el espíritu de la institución; la *ruptura posible* lo hace, en cambio, para los casos excepcionales, para los accidentes ⁵⁰.

Y con la Constitución de 1978 ya en ciernes, DE LA CÁMARA ALVAREZ postulaba:

No olvido, por supuesto, que para la Iglesia católica —todavía tan influyente en nuestro país— el matrimonio, como regla general, es indisoluble. Pero esta postura, hoy día controvertida dentro del seno de la propia Iglesia, aunque oficialmente no haya cambiado, sólo puede justificarse en función del valor carismático que, según la religión católica, tiene el matrimonio entre bautizados. Pero claro es que, de conformidad con este planteamiento, el problema de la disolubilidad o indisolubilidad ha de quedar confiado al fuero, personal e intransferible, de la propia conciencia. Proclamada la libertad religiosa y aceptada la aconfesionalidad del Estado, parece evidente que la concepción del matrimonio indisoluble en función de su carácter sacramental no puede proyectarse en modo alguno sobre la articulación jurídico positiva del instituto... ⁵¹,

mientras que un poco más adelante, con idéntico criterio, precisaba categóricamente:

Los antidivorcistas se apoyan mucho más en la retórica que en la lógica. La indisolubilidad del matrimonio —se dice— es de Derecho natural. Extraña que quienes formulan esta afirmación sin demostrarla, no se acuerden de que la Iglesia católica, a la que todos ellos dicen pertenecer, admite en toda una serie de supuestos, bien que excepcionales, la disolución del vínculo, lo que se compadece mal con su supuesta indisolubilidad extrínseca.

(«Ante la reforma del Derecho de familia», pág. 22)

El cambio social, imparable, de los tiempos tiene que hallar eco constructivo y razonable en todo aquel que quiera ser equitativo con las co-

⁵⁰ LOUIS JOSSERAND: *Derecho civil*, revisado y completado por ANDRÉ BRUN, tomo I, vol. II: «La familia», traducción de SANTIAGO CUNCHILLOS Y MONTEROLA (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1950), pág. 144. [El presente volumen constituye la traducción del texto especialmente completado y revisado por el Profesor ANDRÉ BRUN de la obra francesa de LOUIS JOSSERAND: *Cours de Droit civil positif français*, sobre la tercera edición de la misma publicada por Librairie du Recueil Sirey, Société Anonyme, 22 rue Soufflot, Paris V^e, 1938, y comprende la segunda parte del tomo I de dicha obra.]

⁵¹ EXCMO. SR. D. MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ [Notario de Madrid y Académico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación]: «Ante la reforma del Derecho de familia». Conferencia pronunciada el 30 de junio de 1978 (La Coruña: Ilustre Colegio Notarial, 1978), pág. 21).

sas. Tan sólo los patológicamente contumaces continúan publicando sus trasnochadas elucubraciones. Muy al principio de esta monografía recordábamos que no hay procedimiento entre los hombres que prive a uno solo, o a una comunidad de ellos, de ejercer sus convicciones; de comulgar con sus creencias, por incompatibles que ellas sean con el muestrario de evidencias incontestables que las realidades proporcionan. El hecho de quedar demostrado que nuestro minúsculo planeta Tierra no era el centro de los empíreos sin márgenes, no supuso que la tal peregrina idea se erradicase de la mente y de los corazones de muchos. Así con los temas objeto de nuestro artículo. Seguirán y seguirán haciendo gemir las prensas los que no se avienen a consentir que la verdad anide en nada ni en nadie que no sea ellos mismos.

Con todo, aquí nos interesan los criterios razonables, que son los que, a la larga, con su generosa diástole, hacen subir de altura a la Historia. Si hacemos una cala en varios catedráticos de Derecho civil españoles, tendremos un muestreo indicativo de cómo la realidad de los tiempos va quedando reflejada en sus escritos. Del profesor LÓPEZ Y LÓPEZ entre-sacamos, en primer lugar, una reflexión sobre realidad política y confesionalidad estatal, afectando todo ello al tema del matrimonio:

Como se ve claramente, todo el planteamiento ha de estar muy condicionado por la postura del Estado ante las confesiones religiosas de sus conciudadanos (lo que implica el tema de sus relaciones con la jerarquía de esas confesiones, tema que también es multiforme, alcanzando el mayor grado de concentración problemática cuando el propio Estado acepta como propia y oficial una de ellas)⁵².

Y una segunda reflexión sobre lo que bien pudiéramos llamar concepto de experiencia o fundamento de perspectiva jurídica:

Se ha dicho con especial lucidez... que acaecer histórico, razón política y coherencia técnica son momentos de una reflexión unitaria al interpretar la experiencia jurídica.

(«Reforma y criptorreforma...», págs. 247-248)

De mayor elocuencia demostrativa hacen gala los destacados catedráticos DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS en dos de sus textos de Derecho civil para uso primordialmente universitario. En 1974 publicaban esto:

⁵² ANGEL MANUEL LÓPEZ Y LÓPEZ: «Reforma y criptorreforma del sistema matrimonial español», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (septiembre 1977), págs. 229-248, especialmente pág. 230.

III. *El matrimonio y la familia.*—La familia exige como condición previa e inexcusable la existencia del matrimonio. Pero qué sea el matrimonio, cuáles sus fines y su naturaleza jurídica, no lo vamos a tratar nosotros aquí, pues existiendo en los planes de estudio de las Facultades de Derecho una disciplina (el Derecho canónico) donde se estudia ampliamente la institución matrimonial, sería una redundancia innecesaria⁵³.

De esta forma tan gaya ventilan nuestros autores el tema, significando veladamente, creemos, estas dos cosas: que el único matrimonio *prácticamente* permitido en España era el celebrado y reglado por la Iglesia católica, y que cuando las cosas evolucionaran, entonces se podrían molestar en hablar del asunto, no antes. Es sólo cuatro años más tarde, en 1978, cuando en el mismo marco de un texto concebido preferentemente para el estudiantado universitario, y sin que haya, ni mucho menos, desaparecido «en los planes de estudio de las Facultades de Derecho una disciplina...», etc., se nos ofrece un buen conjunto de reflexiones más a tenor de los tiempos. El factor religioso, como ingrediente de cierto peso, entendemos que permea la sensibilidad de los autores cuando dicen:

IV. *Familia y sacralización.*—Hay que destacar como característica muy notable del modo de pensar, de organizar y de vivir los grupos familiares, la influencia que en ellos ejercen factores de índole religiosa. El mantenimiento y la estabilidad, tanto de la familia como institución cuanto de cada una de sus parcelas, se ha concebido durante siglos como algo necesariamente enmarcado en un marco de sacralización. Se establece de este modo una muy estrecha conexión entre los institutos familiares y el conjunto de creencias y comportamientos religiosos de la sociedad. Las iglesias recaban para sí la organización del matrimonio y le imprimen un sello sacral (sacramento). El deber de respeto y obediencia de los hijos a los padres se considera como mandamiento de la «ley de Dios».

La existencia de estos factores de sacralización en la vida familiar determina unas consecuencias muy importantes. Los impulsos y las motivaciones de orden religioso o ético son imperativos más importantes a veces que los jurídicos en la adopción de los comportamientos, por lo que el Estado no puede muchas veces legislar en materia de familia a espaldas de los sentimientos o convicciones generales. En ocasiones, el Estado entra en conflicto con las iglesias y aparece un pluralismo normativo cuya conciliación no siempre es fácil. Finalmente, a medida que la sociedad va adquiriendo un mayor grado de laicismo y a medida que gana terreno la idea de la libertad religiosa, que relega la

⁵³ LUIS DÍEZ-PICAZO y ANTONIO GULLÓN: *Instituciones de Derecho civil*, volumen II (Madrid: Tecnos, 1974), pág. 326.

religión a la conciencia del individuo, los fundamentos sacrales del orden familiar se ponen en cuestión y la crisis se acentúa.

V. *La familia como institución jurídica: El Derecho de familia.*—En cuanto se organiza jurídicamente y es objeto de una reglamentación legal, la familia es una institución jurídica. No se debe, sin embargo, profesar en este punto un panjurismo o un juridicismo excesivo. Algunos autores señalan con acierto que, a pesar de estar regulada por el Derecho, la familia recurre al Derecho muy pocas veces. Normalmente se mueve y desarrolla en función de otras pautas, de otras reglas o de otros impulsos, ligados con las creencias y los usos sociales, hasta el punto de que se puede decir que normalmente la familia recurre al Derecho sólo para constituirse y para disolverse⁵⁴.

La familia posee una realidad más social que jurídica:

Se puede incluso decir que aun siendo la familia una realidad social innegable y estando constituida por un grupo de personas o siendo ella misma un grupo, el grupo en cuanto tal carece de unidad jurídica, pues no es ni una asociación, ni una comunidad, ni un organismo. Jurídicamente hay sólo relaciones interindividuales, de manera que la superestructura es social y no jurídica.

(*Sistema...*, vol. IV, pág. 41)

Eluden una definición de matrimonio, pero sí ensayan la correspondiente posición respecto de su naturaleza jurídica:

Las Leyes positivas, en general, y, en particular, el Código Civil, no definen, porque no es propio de las Leyes el definir, qué sea el matrimonio. Se limitan a recoger un concepto social preexistente.

El matrimonio puede ser considerado bajo dos aspectos distintos: como un acto jurídico que determinadas personas realizan y como un vínculo o una relación jurídica que de aquel acto deriva y que por virtud del mismo se crea.

Como acto jurídico, el matrimonio, según nuestra opinión, es un negocio jurídico de Derecho de familia, que está formado por la concorde voluntad de los contrayentes y por las declaraciones que éstos emiten, dirigidas a «unirse en matrimonio». La necesaria intervención de ministros de un culto o de funcionarios del Estado no priva al acto jurídico de su carácter negocial.

La tradición jurídica canónica configura el acto de celebración del matrimonio como un contrato entre los contrayentes, en la medida en que se forma por el concurso de las voluntades de los dos. Y esta caracterización es, a nuestro juicio, exacta. Si se prefiere reservar la categoría del contrato para aquellos negocios bilaterales de carácter patrimonial, puede decirse que

⁵⁴ LUIS DíEZ-PICAZO y ANTONIO GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV: «Derecho de familia. Derecho de sucesiones» (Madrid: Tecnos, 1978), págs. 39-40.

el acto de celebración del matrimonio es un convenio, una convención o, más estrictamente, como ya hemos dicho, un negocio jurídico de Derecho de familia.

(*Sistema...*, IV, pág. 69)

Hacen concurrir en el matrimonio el carácter de institución:

Por ser una de las formas o figuras básicas y típicas de la organización social concurren en el matrimonio los caracteres de una institución, y puede hablarse, sin ningún género de dudas, de la institución del matrimonio.

(*Ibidem*, pág. 69)

Ahora sí ensayan una definición del matrimonio:

Para definir el matrimonio puede decirse que es una unión o comunidad de vida formada por dos personas de sexo distinto, dirigida a la plena realización del amor conyugal y a la creación de una familia.

(*Ibidem*, pág. 70)

Y en cuanto a la separación Estado-Iglesia, cuestión por la que hemos traído prioritariamente a estos autores a nuestro elenco de testimonios:

A nuestro juicio, desde el punto de vista político, para reordenar esta materia hay que partir del principio de la total separación de la Iglesia y el Estado y de la soberanía del Estado en su propia esfera de competencia. Por ello, el sistema que nos parece preferible es el de un único tipo o forma de matrimonio desde el punto de vista de la legislación estatal, a la que deben someterse todos los súbditos del Estado —el llamado matrimonio civil—, con independencia de que *a posteriori* puedan los interesados celebrar las ceremonias religiosas que consideren convenientes en uso de su libertad. Un sistema de total separación entre la esfera estatal y la religiosa es el único que garantiza plenamente el derecho a la libertad de religión y el derecho a la igualdad de los ciudadanos ante la Ley, derechos ambos que deben ser considerados siempre como derechos fundamentales del hombre.

(*Sistema...*, IV, págs. 79-80)

Habría observado el lector el maravilloso efecto de comunicatividad y erudición que propician en ciertos autores tan sólo cuatro años de despertar social e institucional.

El profesor DORAL GARCÍA, catedrático de Derecho civil asimismo, aun en unos momentos tan próximos a la entonces inminente reforma legislativa del Derecho de familia, parece no poder apear-se de los resabios inveterados de la época precedente. Si, por un lado, intenta recortar la

inevitable realidad fáctica de la disolución del matrimonio, por otro, parece como descalificar la fundamentación bio-antropológica que asignamos al divorcio:

No puede, de ninguna manera, equipararse la libertad para romper el vínculo contraído con la libertad para celebrar matrimonio. Mientras que la libertad para contraer matrimonio se presenta en todos los ordenamientos como un bien con carácter expansivo, como un derecho de la personalidad, el divorcio, incluso donde se admite, es un mal, no se funda en la libertad de elección de un estado, sino en otras consideraciones, en la idea de remedio, de sanción, de accidente familiar⁵⁵.

A lo que nosotros, obviamente, sin ningún afán polémico a estas alturas, responderíamos que naturalmente que no pueden equipararse una y otra libertad, uno y otro consentimiento, porque cada uno de ellos opera sobre distintas realidades: el primero, sobre una vocación o virtualidad sobre la que se carece de dato alguno; el segundo, sobre una situación o estado constituido. El carácter del primer consentimiento ha de ser necesariamente expansivo, como instancia que es, como vocación vectorial que es en busca de una realidad o encarnadura, mientras que el segundo consentimiento ha de ser, asimismo necesariamente, restrictivo o negativo, porque sigue dirección contraria: de lo constituido, al estadio previo a la constitución de nada. Lo cual no inhabilita para que la fuente y la naturaleza del consentimiento sean idénticas, si bien afectadas o aplicadas a situaciones distintas.

Ponemos punto final a este apartado con el testimonio ameno, riguroso y concienzudo de RUIZ VADILLO, que, desde su condición de Juez y Fiscal, creo que despliega una buena dosis de perspectiva respecto de una variedad de cuestiones. Destacamos su acierto esclarecedor al referirse a la separación que debe existir entre aspectos de conciencia religiosa y cuestiones de Estado a la hora de enjuiciar civilizadamente el divorcio:

Una cosa es la conciencia religiosa de los ciudadanos, respetabilísima, y que no tiene por qué entrar en colisión con las normas jurídicas del Estado, y otra, la ordenación jurídica a nivel de sociedad civil. Lo digo con el máximo respeto a quienes piensan otra cosa, en cualquiera de sus posiciones, y sin otra autoridad que la contemplación de la realidad social a través de mi condición de Juez y de Fiscal durante más de veinticinco años: el divorcio no será jamás causa de rupturas matrimoniales, si su regulación responde a un mínimo principio de pruden-

⁵⁵ JOSÉ ANTONIO DORAL GARCÍA: *Principios de Derecho de familia* (Universidad de Granada: Facultad de Derecho, 1980), pág. 51.

cia y sensatez. El divorcio no es otra cosa, o no será otra cosa, que la consecuencia de una ruptura irreversible del matrimonio. El legislador, respetando la evidente trascendencia de la institución del matrimonio, debe regularla de manera que sea un instrumento de paz individual y social⁵⁶.

VII. INDICIOS DE FLEXIBILIDAD EN LA NUEVA NORMATIVA CANONICA: PRECEDENTES

Nos cumple ahora auscultar, mediante el oportuno sondeo de algún aspecto concretísimo del consentimiento matrimonial, el grado de flexibilidad que la normativa canónica haya reflejado en la versión de su nuevo *Código de Derecho canónico* de 1983. No nos engañemos, sin embargo. Cuando se habla de aperturismo, flexibilidad o conceptos equiparables afectados a la realidad del Derecho canónico, no hay que perder la perspectiva; no hay que olvidar que se trata, en todo caso, de potenciar ciertas modificaciones de matiz, de procedimiento o hasta de criterio dentro de las inamovibles categorías teóricas que encierran la concepción canónica del matrimonio/sacramento y de su pintoresca indisolubilidad, siempre que no medie impugnación o denuncia conducente a una declaración de nulidad que, igualmente, y en todo caso, pertenece a la Iglesia católica en exclusiva, estimar, procesar y dictar.

Con esta puntualización pretendemos valorar en su justa medida las innovaciones aperturistas del Derecho canónico en cuanto a la ampliación teórica de las causas de nulidad. Eso es lo que queremos poner de manifiesto señalando que prácticamente desde veinte años antes de la nueva versión del *Codex* de 1983, algunos testimonios inequívocos, respecto de una corriente preponderante dentro de los estudios canónicos, apuntaban, por vía de inducción analógica, a una ampliación pacífica de las causas de nulidad, por deterioro, insuficiencia o suplantación de consentimiento. Lo que indudablemente no puede protagonizar la Iglesia católica es una sustanciación interpretativa de su norma positiva, que haría saltar en pedazos la propia fundamentación del Derecho canónico. La Iglesia católica somete de continuo a un proceso de adecuación sus manifestaciones y usos, para armonizarlos con el pulso social que evidentemente prime en el momento histórico que sea. No es extraño así que a la par que la normativa matrimonial civil estrenaba su andadura sustantiva en 1981,

⁵⁶ ENRIQUE RUIZ VADILLO [Doctor en Derecho; Letrado del Ministerio de Justicia; Juez, Fiscal y Profesor de la Universidad, excedente; Vocal permanente de la Comisión General de Codificación]: «Hacia una reforma en profundidad del ordenamiento jurídico», *Revista General de Derecho*, año XXXVI, núm. 423 (Valencia, diciembre 1979), págs. 1202-1213, sección doctrinal, págs. 1211-1212.

el *Codex* se hiciera eco de ciertas líneas de flexibilidad respecto de la normativa matrimonial en la esfera del Derecho canónico.

Los precedentes de esta plasmación normativa del *Código* de 1983 pueden rastrearse. Una de las grandes paradojas ya de estos últimos lustros en España es que aun los menos creyentes encontraban hasta lógico contraer matrimonio por la modalidad canónica, ya que la creciente funcionalidad de los tribunales eclesiásticos permitía la obtención de una nulidad de matrimonio con menos dificultades, aun siendo éstas grandes, que en el campo de lo exclusivamente civil. En efecto: el testimonio de DÍEZ DEL CORRAL, incorporado en páginas anteriores, y correspondiente a su trabajo «El matrimonio civil en España, hoy» (véase *nota* 39), ilustra suficientemente lo dicho. Puesto que ambos sistemas, teóricos, de matrimonio, canónico y civil, en la etapa preconstitucional hacían de la indisolubilidad el principio por excelencia que primaba sobre toda otra propiedad, y puesto que *en la práctica* ya hemos señalado que no cabía mucha opción, no puede extrañar (aparte del tremendo trance de la celebración civil, en los improbabilísimos casos en que ésta prosperase), no puede extrañar, decimos, que la gente encontrara hasta normal la única modalidad canónica, aunque sus conciencias estuviesen a años luz de distancia de toda identificación o incumbencia en materia religiosa. Y todo por la sencilla razón de que en aquellos momentos la Iglesia católica, abriendo progresivamente la válvula de sus encomiendas, concedía nulidades más y más graciosamente, por mucho que un buen práctico del tema afirmara:

Existe la idea, falsa, de que la anulación del matrimonio puede ser conseguida con dinero, pero el complicado mecanismo que la Iglesia ha montado nos asegura que las anulaciones no pueden ser compradas, sino falladas en razón de las circunstancias concurrentes por varios Tribunales eclesiásticos, aunque, como es natural, ello puede encarecer el proceso⁵⁷.

Sin embargo, no era menos cierto que al dominio público trascendía con todo lujo de detalles la fundadísima creencia de que una buena parte de las nulidades que habían prosperado lo eran de matrimonios de «famosos», estrellas de cine, gente más bien acaudalada que lo contrario, o simplemente, gente que había podido permitirse un proceso largo, y generalmente costoso, sin un irreparable detrimento de su hacienda. El salto al gran público de estos temas se generalizaba más y más, de manera abierta y dentro de un clima de la mejor comprensión y templanza. En un espacio de TVE, unos cuantos días antes del 6 de diciembre de 1978, previsto para el referéndum constitucional, un conocido locutor y perio-

⁵⁷ JOSÉ MARÍA ALEMANY GAL-BOGUÑA: *Todo sobre matrimonio y separación: Guía legal práctica para todos* (Barcelona: De Vecchi, 1971), pág. 15.

dista español llevaba a cabo su programa de respuestas (a preguntas formuladas sobre la Constitución) por un muestrario de personas de todo el territorio nacional. Los encargados de contestar las preguntas eran destacados prohombres de los distintos partidos políticos y, en general, personalidades relevantes. En una intervención del profesor RAMÓN TAMAMES se nos dijo con lucidez y rotundidad todo esto: Que se diera el nombre que se diera a los hechos, la realidad era que el sistema de nulidades que la Iglesia católica estaba propiciando en aquellos bastantes últimos años constituía claramente una forma de *desvinculación*. Por supuesto que nadie se alarmó con la respuesta, sino todo lo contrario. Los tele-espectadores nos alegramos de ver formulado tan galanamente en boca de un líder político español lo que en la conciencia de todos nosotros andaba barruntado desde siempre. Y era muy cierto. Lo expresado ante la prensa y cámaras de TVE repetidas veces, también aparecía expuesto en la mayor fijación que le prestaba el texto escrito:

La propia Iglesia, aunque siga sin rectificar sus criterios dogmáticos, no ha tenido más remedio que buscar un expediente que, de algún modo, los haga más flexibles. Para nadie es un secreto que merced a una laxa interpretación de la disciplina sobre nulidades matrimoniales se están consumando verdaderos divorcios, arropados bajo la apariencia de una supuesta nulidad. Solución a todas luces recusable no sólo por lo que tiene de excesiva, sino porque el éxito de la misma viene a depender de toda una serie de factores aleatorios, cuando no inconfesables. La «praxis» de los Tribunales eclesiásticos cambia con la geografía, y es necesario, para lograr el éxito, contar con asesores duchos, influyentes y, en general, caros. Con lo que este tortuoso camino sólo resulta asequible a ciertos iniciados económicamente fuertes. En fin, como hasta ahora el éxito de estas nulidades artificiosas depende, *de facto*, del acuerdo entre los cónyuges, el desenlace queda a las expensas de su propio arbitrio, lo que no sólo es profundamente contrario a la esencia de la institución matrimonial, que con tanto celo se quiere defender, sino que, por si fuera poco, brinda opciones incontrolables al abuso, a la mala fe y al chantaje.

(DE LA CÁMARA ALVAREZ, «Ante la reforma del Derecho de familia», cit., págs. 21-22).

Los ejemplos son más numerosos. Véase, por todos, el suplemento dominical de *El País*, 20 de mayo de 1979 (págs. 28-35), donde el interesante trabajo «Boda ayer, divorcio mañana», firmado por INMACULADA DE LA FUENTE, nos vuelve a repasar el flabelo temático que asimismo motiva, en parte, esta sección de nuestra monografía. El lector encontrará en este artículo de *El País* los mismos alegatos que se vinieron repitiendo desde

que la autocracia teócrata española propició un comienzo de «desenganche del poder» (Mons. TARANCÓN). Ya he dejado obviado en algún otro lugar que por muy pintorescas o desenfadadas que pudieran parecer algunas de mis expresiones vertidas en esta monografía, me cabe el descargo de remitir al estudioso a diversas autoridades que se han pronunciado previamente sobre idénticos extremos. Igualmente, remito al lector interesado a este artículo, «Boda ayer, divorcio mañana», del que, por el incuestionable interés que despierta su lectura, me voy a permitir confeccionar una selección temática de su contenido:

1. Imaginación y picaresca: Superdivorcios.
2. Anteproyecto de la Ley de Divorcio.
3. Mentalidad actual de algunos futuros contrayentes.
4. Incremento del número de tribunales eclesiásticos en España, y flexibilidad de los mismos.
5. Tribunales eclesiásticos norteamericanos y centroafricanos.
6. Corruptelas, picarescas y sobornos. Supuestas declaraciones de Monseñor DEL AMO en *Revista de Derecho Canónico*.
7. Dos millones de españoles que están separados de hecho o tramitan anulaciones y separaciones.

El enunciado de estas rúbricas, sin dejar exhaustivo el trabajo, es el que con más precisión se adecúa al desarrollo de esta sección de mi monografía presente. El lector puede libremente constatar, por contraste, lo mesurado de mis juicios.

El Tribunal eclesiástico de Brooklyn, que ha alcanzado una bien ganada notoriedad, parece ser uno de los más adelantados protagonistas de la puesta en práctica de un cada vez más amplio espectro de motivos potenciales de nulidad⁵⁸. Con muy atinada expresión recoge JOSÉ MARÍA SERRANO RUIZ esta corriente expansiva:

Pienso que nada impide a las partes pedir la nulidad de su matrimonio por falta inicial de amor en el consentimiento. Es principio admitido por nuestra jurisprudencia que no corresponde a las partes, sino al Juez, dar nombre jurídico a los hechos que aporten los titulares de la controversia⁵⁹.

⁵⁸ Véase MANUEL VILLAR ORTIZ: «El funcionamiento del Tribunal diocesano de Brooklyn», en *El consentimiento matrimonial hoy. Obra en colaboración de varios especialistas: Trabajos de la XV Semana de Derecho Canónico* (Barcelona: Banchs Editor, 1976), págs. 313-320.

⁵⁹ JOSÉ MARÍA SERRANO RUIZ: «Aspectos jurídico-canónicos del amor conyugal en las causas de nulidad de matrimonio», *RGLJ*, año CXXV, núm. 1 (julio 1976), págs. 5-28, especialmente pág. 25.

Lo cual, si no nos equivocamos enteramente, viene a querer decir que no existe un *numerus clausus* en las causas de nulidad tipificadas que se puedan aducir, sino una tendencia imparable de ampliarlas. Ese es precisamente el espíritu que predominaba en los tratadistas más atentos a la realidad social, inmediatamente anterior al nuevo *Codex* de 1983. Entre todos se ha coadyuvado a la introducción de un nuevo matiz en la revisada redacción del canon 1098, que pasaremos a examinar más adelante. Encaminemos ahora nuestro propósito a presentar ante el lector un muestrario de testimonios en apoyo justificativo del amplio espectro que virtualmente subyace en la causa de nulidad canónica. De momento, comienza a abrirse paso la noción cardinal de *convivencia*, como realidad fáctica hacia la que apunta cualquier otro presupuesto de los futuros matrimoniantes:

Pero al contraer el matrimonio no es fácil conocer perfectamente las cualidades de la comparte con la que se quiere crear una comunidad de vida, y mucho menos conocer el alcance de determinadas cualidades de la persona para una convivencia en común. *La preparación del matrimonio no lleva consigo ninguna prueba del valor de las cualidades en orden a una convivencia.* Puede decirse que aun sin mala voluntad, en muchos casos los futuros cónyuges se engañan. No quizá en lo sustancial, pero sí en determinadas cualidades que después van a tener una importancia fundamental en el matrimonio ⁶⁰ (subrayado mío).

Y en cuanto al tema del *error*, que propiamente presta sustentación temática al trabajo del profesor ARIZNABARRETA, me voy a permitir espigar con alguna extensión en la disertación de nuestro tratadista:

El año 1966 la jurisprudencia dio un giro de 180 grados en la valoración de las cualidades y su eficacia en la nulidad del matrimonio. Pero, como se verá, no se daba un valor sustantivo a las cualidades, sino que se consideraba que determinadas cualidades eran una parte sustancial de la persona, al menos en orden a contraer el matrimonio. Y si se daba un error en esas cualidades, se daba un error que redundaba en la persona. En esta perspectiva, la persona no se consideraba en su concepción abstracta, filosóficamente considerada, sino en su realidad concreta y existencial, tal y como se da en la realidad matrimonial, y que es la que ha

⁶⁰ GERARDO M.^a ARIZNABARRETA UGALDE [Doctor en Derecho civil. Abogado. Profesor Ayudante de la Universidad de Deusto (Bilbao)]: *El error de hecho en el matrimonio canónico (la equivocación en el matrimonio)*. Contribución al esclarecimiento del estado actual de la cuestión y planteamiento de una nueva reglamentación en orden al futuro nuevo *Código de Derecho Canónico*. Prólogo de ANTONIO ARZA ARTEAGA, S.J. [Doctor en Derecho civil y canónico. Profesor de Derecho canónico de la Universidad de la Iglesia de Deusto (Bilbao)] (Pamplona: Editorial Aranzadi, 1979), «Prólogo», pág. 14.

de formar parte de la convivencia mutua. Pero todavía se reducía el error en cualidad al error en persona.

Indudablemente, se tenía en cuenta la persona en su totalidad, que es como se ha de entregar a la otra parte en el matrimonio. Y en la totalidad existencial concreta, que es como se entrega la persona en el matrimonio para formar una comunidad de vida con la comparte. Si a la persona se le consideraba en esa totalidad, el error en una cualidad importante para esa comunidad de vida llevaba prácticamente a un error en persona.

Pero con todo, la jurisprudencia no se inclinó masivamente en favor de esta nueva concepción de la persona y de sus consecuencias en orden a la nulidad del matrimonio por error en cualidad. En gran parte siguió la doctrina clásica y siguió dando como válidos matrimonios en los cuales había habido graves errores en cualidades, aunque otros Tribunales, en casos semejantes, los declaraban nulos.

Ante esta actitud de la jurisprudencia canónica, la doctrina también se dividió en dos teorías: una, la clásica, defensora de que el error en cualidad sólo redundaba en persona cuando esa cualidad es única y exclusiva de una determinada persona, y un error sobre esa cualidad equivale a error en la misma persona, y otra, que admitía que la persona asume en sí las cualidades, sobre todo cuando son importantes en orden a aquello que se considera la persona, y que, por lo mismo, si había error en una cualidad de ese género, había ya un error que redundaba en persona y el matrimonio era nulo.

(*El error de hecho...*, pág. 16)

La definición de compendio del matrimonio más indiscutiblemente aceptada también se señala aquí:

Desde este nuevo concepto del matrimonio, basado en la comunidad de vida y amor de los cónyuges...

(*Ibidem*, pág. 17)

Sigue una erudita y desmenuzada disquisición sobre el *error redundans*, que transcribimos:

a) El *error redundans* como cualidad individuante: La persona física concreta con la que realmente quiere contraer el nubente decepcionado, únicamente está identificada en su entendimiento a través de una cualidad individuante y determinativa de aquella persona singular deseada. De aquí que sean precisos dos requisitos para apreciar el *error redundans* así concebido: a') desconocimiento personal directo previo al matrimonio, y b') cualidad objetivamente individuante o determinativa de una persona singular y que no se verifica en ninguna otra persona.

b) El *error redundans* como cualidad puesta *sub-conditione*: Caso de que la existencia de una cualidad de la persona, cualquiera que sea ésta (cualidad individuante o genérica), se ponga por

un acto de voluntad como condición *sine qua non* para la validez del matrimonio, si falta, el matrimonio será nulo, pero no por el error (entendimiento) sufrido, sino por la voluntad condicionante puesta antes de contraer y que perseveró, al menos virtualmente, hasta el momento mismo de la celebración.

c) El *error redundans* como cualidad «único fin» del matrimonio. Una determinada cualidad (o cualidades) de la contraparte (cualidad individuante o genérica) es el único y exclusivo fin que se pretende con el matrimonio, o lo que es lo mismo, el matrimonio es sólo el medio para obtener ese fin: la cualidad que se supone en la contraparte.

d) El *error redundans* como cualidad *directe et principaliter intenta*. En este supuesto, el contrayente quiere directa y principalmente la cualidad que supone posee la otra parte, pero no quiere sólo esto exclusivamente, sino que indirectamente y menos principalmente también quiere el matrimonio con ella o, al menos, no lo excluye ni explícita ni implícitamente.

(*Ibidem*, págs. 129-135)

El objeto del matrimonio se concibe ahora como algo henchido de valores:

Considerado el objeto del matrimonio, al menos jurídicamente, como una simple comunidad de vida sexual (c. 1081, 2.º), es evidente que sólo será sustancial aquel error sobre lo que constituye la esencia del contrato: la persona física, hombre o mujer, con las necesarias cualidades para formar esa comunidad de vida sexual que es el objeto del contrato matrimonial. Pero considerado el objeto del matrimonio como una comunidad de vida total, con la rica gama de valores o aspectos que incluye la donación del yo y la aceptación del «otro» en todos los ámbitos de la vida (comunidad moral, social, jurídica, religiosa, etc.; comunidad de amor, en suma), parece también evidente que será sustancial el error sobre lo que constituye la esencia del contrato, sobre aquellas cualidades de la persona que la definen en orden al matrimonio, en orden a poder formar con ella una comunidad de vida total que es el objeto del contrato matrimonial. Así entendidas las cosas, el error que versa sobre aquellas cualidades de la contraparte que la definen en orden al matrimonio, es efectivamente sustancial, y la persona así considerada en orden al matrimonio, es una persona diferente, de donde en este sentido el error en esas cualidades redundará en error acerca de la persona misma.

(*Ibidem*, pág. 203)

Una captación de la realidad frondosa que conlleva el concepto de persona, termina nuestra reseña:

1. La persona no se concibe tan sólo como algo físico y visible, como individuo genérico: hombre o mujer, como ente abstracto compuesto de alma y cuerpo, sino como ser humano antropo-

lógicamente o plenamente considerado en todas sus facetas o potencias psicosomáticas con las que puede establecer relaciones inter-personales con otro ser humano de distinto sexo, que también tenga un correcto desarrollo intra-personal.

2. Las cualidades sobre las que versa el error han de ser de gran importancia, en el sentido de que su existencia (si es cualidad negativa) o defecto (si es cualidad positiva) en la otra parte hagan muy difícil o perturben gravemente la vida matrimonial.

(*Ibidem*, págs. 266-267)

La brecha expansiva que se va abriendo en la relación de supuestos de nulidad por falta del consentimiento es sintomática de los aires aperturistas y revisionistas que corren. Si el Derecho va siempre a la zaga de la realidad social, y es en buena parte una consolidación de los principios de convivencia que han de regir para tal realidad social, el Derecho de un cierto colectivo religioso, como es la Iglesia católica, toma de ese estado general de actitudes sus líneas maestras de identidad y de aplicación. Y así los testimonios se suceden. LUIS ZARRALUQUI, Abogado del Tribunal de la Rota, rompe una buena lanza a favor de que un error de elección en el matrimonio no tenga que significar la desgracia de por vida de los desventurados contrayentes:

El matrimonio no es el final feliz de la historia, sino su comienzo. Lo que estamos tratando de señalar es que en el difícil mundo actual, árido, lleno de soledades y rechazos, inundado de luchas y contiendas a todos los niveles, los ojos se vuelven a la intimidad de la familia, y dentro de ésta, muy fundamentalmente, a la pareja. Al matrimonio es al que se le pide más, porque al cónyuge se le exige que cumpla las funciones de amante, de amigo, de confidente, de compañero, de crítico, de soporte, de enfermero, de defensor. Por eso no vacilamos en decir que nos encontramos ante un auge del matrimonio como tal, porque el verdadero matrimonio es esto...

Pero esto no quiere decir que ese matrimonio haya de ser el irreversible, eterno, perpetuo, inamovible, sin escapatoria, sin posibilidad de rectificación. Es más, si el matrimonio tiene esas características, a causa de ellas mismas ha de producir rechazo entre quienes sintiéndose enormemente atraídos por él y quizá deseosos de compartir su existencia con la persona elegida, se sienten aterrados ante la posibilidad de que un error sin solución pueda llevarles a la desgracia de sus vidas⁶¹ (subrayado mío).

Además del juicio ponderado (si bien fuera de toda discusión a estas alturas normativas y emocionales) que hace nuestro autor del divorcio,

⁶¹ LUIS ZARRALUQUI: *El divorcio, defensa del matrimonio* (Barcelona: Bru-guera, 1980), págs. 196-197.

nos ha llenado de satisfacción encontrarnos con la felicísima expresión que hemos tenido a bien subrayar, y en que sagazmente se capta al matrimonio por lo que tiene de comienzo y arranque *hacia* algo, y no por un supuesto hallarse en nada definitivo o estático, a todas luces inexistente, y que es lo que, en definitiva, está por ver⁶².

Siempre en esta línea que estamos siguiendo, de asedio crítico, de esclarecimiento jurídico del consentimiento matrimonial, contamos con un texto triplemente interesante del profesor PANIZO ORALLO:

Se pretende, por un lado, que el «favor *iuris*» del matrimonio sea sustituido por un más justo y racional «favor *veritatis*». Y en cuanto a la presunción de una intención prevalente de los bautizados de hacer lo que hace y quiere la Iglesia, cuando se trata de personas que opinan de modo diferente a como lo hace la Iglesia, debe matizarse mucho habida cuenta de la realidad sociológica actual y del sentido desacralizante moderno.

[En el Derecho procesal matrimonial actualmente en vigor en la Iglesia (el *Motu Proprio*, «causas matrimoniales» y las normas especiales concedidas a Norteamérica —norma 23, 2.º— y a Canadá y Australia —norma 3.º—) hay indicios de dicha sustitución, si se tiene en cuenta la matización que se hace respecto del contenido y alcance del *munus* del defensor del vínculo: puede no apelar contra la sentencia declaratoria de la nulidad del matrimonio *in casibus exceptionalibus...*, si de indicio *defensoris vinculi nec non Ordinarii loci appellatio a priore sententia superflua appareat*; asimismo, se dice en el *Motu Proprio* que... «ante el Tribunal de segunda instancia, el defensor del vínculo presente sus observaciones indicando si tiene algo que objetar o no a la decisión de primer grado» (norma VIII, 2.º). Con ello, a nuestro entender, se altera el contenido del *munus* del defensor del vínculo, que de ser defensor del matrimonio, a tenor del canon 1968, 3.º («alegar razones contra la nulidad del matrimonio y pruebas en pro de su validez»), pasa más bien a ser defensor de la verdad, se encuentre la misma en la validez o en la nulidad]⁶³.

Llamamos triplemente interesante a este fragmento: Primero, por la decisiva puntualización que se hace respecto al valor y operatividad sustantiva a que debe dirigirse, en todo caso, la prestación del consentimiento. Estamos de acuerdo en que debe ser la verdad la realidad primante en

⁶² Considero fascinante la recta captación del haz sugestivo que se esconde tras las nociones aludidas de proceso en marcha, estatismo, etc. Para una exposición interdisciplinar, crítica y bibliográfica del tema, reconduzco al lector a mi ya citado trabajo «Matrimonio y otros contratos: Aspectos comparativos, equiparables y subsumibles mutuamente», *Revista de Derecho notarial*, núms. CXIII-CXIV (julio-diciembre 1981), págs. 239-274, especialmente págs. 253-256.

⁶³ SANTIAGO PANIZO ORALLO [Profesor Adjunto de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid]: «Mentalidad divorcista y simulación conyugal», *Revista de Derecho Privado* (abril 1980), págs. 353-378, especialmente pág. 361.

todas estas cuestiones. Segundo, por cooperar tan discreta y económicamente en la separación de incumbencias de los órdenes estatal y religioso. Y tercero, porque muchos lectores habremos tenido la triste oportunidad de volver a tener por muy sabido lo de que «España es diferente»; diferente en el sentido de que en nuestros tribunales eclesiásticos es norma apelar por medio del defensor del vínculo *siempre* en primera instancia, norma de la que son discrecionalmente eximidos los tribunales eclesiásticos de USA, Canadá y Australia. ¡Hasta en cosas así se plasma el tercermundismo!

Pero es el protagonismo señero del amor en el consentimiento la calidad que con mayor fuerza parece estar abriéndose camino a la hora de valorar el fundamento de una nulidad de matrimonio. Es al profesor MANUEL LÓPEZ ARANDA a quien, hasta ahora, que sepamos, debemos las calas más inequívocas y enérgicas en el papel que desempeña el amor en la configuración del consentimiento:

Se pide expresamente que el amor conyugal sea considerado como fin propio del matrimonio, a igual rango de coesencialidad y coprimariedad de la procreación y educación de la prole⁶⁴.

El elemento amor no puede ser considerado solamente como elemento extrínseco psicológico, capaz de impulsar como medio la convivencia feliz de los esposos, sino que es necesario considerarle entidad propia del elemento interno y esencial del conyugio, al estilo de la *affectio maritalis* en el Derecho romano, aunque con la sustancial diferencia de la indisolubilidad.

(*Ibidem*, pág. 529)

Los nuevos cánones del proyecto de reforma del Derecho matrimonial, al distinguir dentro de la finalidad propia y natural del matrimonio el *bonum prolis* y el *bonum coniugum*...

Naturalmente, esta doctrina habría de verterse en el ámbito del consentimiento. Y en este sentido, hemos distinguido el consentimiento como acto y el consentimiento en relación con su objeto formal.

(*Ibidem*, págs. 529-530)

Opinamos que el amor ha de estar presente en el acto del consentimiento, como elemento esencial especificativo del mismo. Acto de consentimiento y acto de amor, aunque sean conceptos formalmente distintos, se integran igualmente en la esencia del pacto conyugal. De ahí la relevancia jurídica de su presencia en el acto de consentimiento.

(*Ibidem*, pág. 530)

⁶⁴ MANUEL LÓPEZ ARANDA: *El amor conyugal en el fin y en el consentimiento del matrimonio*. Trabajo para la obtención del grado de doctor, presentado por el Licenciado MANUEL LÓPEZ ARANDA y realizado bajo la dirección del Profesor Dr. D. JOSÉ LUIS SANTOS DÍEZ, Catedrático Director del Departamento de Derecho canónico, Granada, 1980, 2 vols. [inérita, que nosotros sepamos], pág. 527.

El derecho perpetuo y exclusivo a una comunidad de vida y de amor, juntamente con el *ius in corpus*, constituye el objeto formal pleno del consentimiento matrimonial. Consiguientemente, el derecho al amor, en el sentido mantenido en nuestro trabajo, forma parte del objeto formal del consentimiento.

Como consecuencia de todo ello, concedemos al amor conyugal una relevancia no sólo psicológica o moral, sino también propiamente jurídica. De tal forma que la exclusión del derecho al amor conyugal, igualmente que la exclusión del *ius in corpus*, lleva consigo la nulidad del matrimonio.

Por tanto, la relevancia jurídica del amor conyugal no es solamente procesal, como se ha venido interpretando doctrinal y jurisprudencialmente en casos de simulación y de coacción o miedo. Se trata también de una relevancia autónoma, en virtud del valor intrínseco esencial que el derecho al amor tiene en la estructura del matrimonio.

(LÓPEZ ARANDA, *ibidem*, pág. 531)

Por esas impensadas confabulaciones que espontáneamente advienen, hemos aquí engolfados en el tema del amor, algo sobre lo que el maestro ORTEGA Y GASSET (bajo cuya advocación de perspectiva, por cierto, confiesa alojarse este trabajo) tuvo mucho que decir. La definición que nos dejó del amor con elementos conceptuales tomados del psicólogo ALEXANDER PFÄNDER, y formulada en el castellano burilado que en ORTEGA era costumbre, continúa siendo paradigmática en transparencia y síntesis:

Acto centrífugo del alma que va hacia el objeto en flujo constante, y lo envuelve en cálida corroboración, uniéndonos a él y afirmando ejecutivamente su ser⁶⁵.

En la bibliografía sociológica que hemos manejado como inevitable orquestación interdisciplinar de nuestro tema de Derecho civil, hemos tenido ocasión de detectar en los autores algún que otro desarrollo riguroso de la noción de *amor* como marco previo, existencial, para entender los ulteriores sentidos que el matrimonio pueda ofrecer, abordado desde la perspectiva que fuere. El síntoma creemos que es positivo, por operar —así se nos antoja a nosotros— como se predica en los dictados de una metodología sensata: desde dentro hacia fuera. Es, sin duda, confortador comprobar el creciente tratamiento que se va dedicando a la noción cardinal de *amor* para, a partir de ahí, proseguir con el aspecto que fuere del matrimonio. El varias veces citado trabajo de FOSAR BENLLOCH: «El matrimonio religioso, el matrimonio canónico...» (véase, en especial, el apartado IV: «Indisolubilidad existencial del vínculo matrimonial: el

⁶⁵ JOSÉ ORTEGA Y GASSET: *Estudios sobre el amor*, «Facciones del amor», en *Obras completas*, VI (Madrid: Revista de Occidente, 1970), pág. 559.

propósito firme de la perennidad del amor», págs. 72-77), es ciertamente gratificante por la aportación, tanto del propio autor como de doctrina ajena incorporada críticamente, que dedica al esclarecimiento del concepto de amor como fundamento existencial, pre-sacramental y pre-jurídico, que da su razón de ser a todo lo otro. En sentido equiparable, el fino jurista JEAN CARBONNIER, al hablar de las comunidades, nos dice:

La doctrina moderna atribuye a este término una acepción especial y se sirve de él para designar a las agrupaciones de seres humanos nacidas de móviles naturales, espontáneos y, sobre todo, afectivos (a la hora de consolidar la vida de la comunidad, el amor prevalece sobre los vínculos jurídicos). El prototipo vendría constituido por la familia ⁶⁶.

No es de incumbencia de esta monografía entrar ni en profundidad ni en extensión en aspectos incardinados más de lleno en otras disciplinas con rango de especialidad, y, sobre todo, y a mayor abundamiento en este caso, aspectos que han sido tratados ya con rigurosa competencia. Una vez cumplida la cortesía de dejar constancia de mi conocimiento de los tales, me cabe, si acaso, alguna puntualización personal. De eso simplemente se trata ahora. Percibo en muchos de los autores leídos, civilistas y canonistas, cierta desatención a algunos matices que en la bibliografía española han movido las plumas y los corazones de pensadores insignes. Por lo pronto, queremos decir que si muchos se niegan a llamar *amor* a eso intenso, inevitablemente fugaz a veces, que se puede sentir en más de una ocasión (monogamia separada o sucesiva) en el curso de una vida cualquiera, también nos repugna a muchos de nosotros llamar *amor* a cierto tipo de convivencia rutinaria de todos los días. No creo que la clásica definición de amor de ALEXANDER PFÄNDER, que ORTEGA Y GASSET castellaniza y que nosotros hemos incorporado en estas páginas, dé cobijo bajo sus supuestos a una gran mayoría de parejas constituidas. Otro gran titán español del pensamiento, UNAMUNO, nos dejó algo escrito sobre el tema, con su típica y acuciante sagacidad:

Porque los hombres sólo se aman con amor espiritual cuando han sufrido juntos un mismo dolor, cuando araron durante algún tiempo la tierra pedregosa uncidos al mismo yugo de un dolor común. Entonces se conocieron y se sintieron, y se consintieron en su común miseria, se compadecieron y se amaron.

⁶⁶ JEAN CARBONNIER: *Derecho civil*, traducción de la primera edición francesa con adiciones de conversión al Derecho español por MANUEL ZORRILLA RUIZ, tomo I, vol. II: *Situaciones familiares y cuasi-familiares* (Barcelona: Bosch, 1961), página 341. Título de la edición original: *Droit civil*, tome premier: *Institutions judiciaires et Droit civil* (Paris: Presses Universitaires de France).

Porque amar es compadecer, y si a los cuerpos les une el goce, úneles a las almas la pena.

Todo lo cual se siente más clara y más fuertemente aún cuando brota, arraiga y crece uno de esos amores trágicos que tienen que luchar contra las diamantinas leyes del destino, uno de esos amores que nacen a destiempo o desazón, antes o después del momento o fuera de la norma en que el mundo, que es costumbre, los hubiera recibido. Cuantas más murallas ponga el destino y el mundo y su ley entre los amantes, con tanta más fuerza se sienten empujados el uno al otro, y la dicha de quererse se les amarga y se les acrecienta el dolor de no poder quererse a las claras y libremente, y se compadecen desde las raíces del corazón el uno del otro, y esta común compasión, que es su común miseria y su felicidad común, da fuego y pábulo, a la vez, a su amor. Y sufren su gozo gozando su sufrimiento. Y ponen su amor fuera del mundo, y la fuerza de ese pobre amor sufriente bajo el yugo del destino les hace intuir otro mundo en que no hay más ley que la libertad del amor, otro mundo en que no hay barreras porque no hay carne. Porque nada nos penetra más de la esperanza y la fe en otro mundo, que la imposibilidad de que un amor nuestro fructifique de veras en este mundo de carne y de apariencias.

Y el amor maternal, ¿qué es sino compasión al débil, al desvalido, al pobre niño inerte que necesita de la leche y del regazo de la madre? Y en la mujer todo amor es maternal.

Amar en espíritu es compadecer, y quien más compadece más ama. Los hombres encendidos en ardiente caridad hacia sus prójimos es porque llegaron hasta el fondo de su propia miseria, de su propia apariencialidad, de su nadería, y volviendo luego sus ojos, así abiertos, hacia sus semejantes, los vieron también miserables, aparenciales, anonadables, y los compadecieron y los amaron.

El hombre ansía ser amado o, lo que es igual, ansía ser compadecido...

...La compasión es, pues, la esencia del amor espiritual humano; del amor que tiene conciencia de serlo; del amor que no es puramente animal; del amor, en fin, de una persona racional. El amor compadece, y compadece más cuanto más ama⁶⁷.

Y también:

No hay verdadero amor sino en el dolor, y en este mundo hay que escoger o el amor, que es el dolor, o la dicha. Y el amor no nos lleva a otra dicha que a la del amor mismo, y su trágico consuelo de esperanza incierta. Desde el momento en que el amor se hace dichoso, se satisface, y ya no es amor. Los satisfechos,

⁶⁷ MIGUEL DE UNAMUNO: *Del sentimiento trágico de la vida en los hombres y en los pueblos*, cap. VII: «Amor, dolor, compasión y personalidad», en *Obras completas*, ed. de Manuel García Blanco, tomo XVI (Barcelona, 1958), páginas 260-265.

los felices, no aman; aduérmense en la costumbre, rayana en el anonadamiento. Acostumbrarse es ya empezar a no ser.

(UNAMUNO, *ibidem*, págs. 331-333)

Me ha extrañado desde siempre no haber visto citados textos así. Cualquiera que sea la mira sociológica o jurídica que el autor de turno esgrima respecto al tema del matrimonio, me ha parecido idóneo traer a mis páginas los testimonios de ORTEGA y de UNAMUNO e insertarlos en el muestrario ideológico interdisciplinar desde el que cada vez con más frecuencia se va partiendo para saber a qué atenerse cuando se trata de entender la noción de amor como fundamento subyacente de cualesquiera interpretaciones sobre el matrimonio, y muy en especial de las virtualidades de indisolubilidad a él aparejadas. Si el amor, como desde aquí lo entendemos nosotros, incorpora en su propia entidad ese «ir hacia el objeto en flujo constante» para que la situación constituida que fuere no colapse, igualmente debemos entenderlo como parte fundamentalísima en la conformación del consentimiento matrimonial, entendido éste como tendencia, como vocación indefinida o perpetua en el tiempo, orientada hacia el otro contrayente. De ahí que la redacción del canon 1098, en la versión del nuevo *Código de Derecho canónico*: «Quien contrae el matrimonio engañado por dolo provocado para obtener su consentimiento, acerca de una cualidad del otro contrayente, que por su naturaleza puede perturbar gravemente el consorcio de vida conyugal, contrae inválidamente», contiene la interesante expresión *cualidad que por su naturaleza puede perturbar gravemente el consorcio de vida conyugal*, apta para tolerar cualquier interpretación ulterior por vía expansiva. El espectro de cualidades que se atesoran en los compartimientos subyacentes de toda personalidad son prácticamente infinitos, y «no corresponde a las partes, sino al Juez, dar nombre jurídico a los hechos que aporten los titulares de la controversia» (SERRANO RUIZ).

Ahora bien, lo que parece indiscutible es que el *amor* adquiere una primacía señera en el elenco de cualesquiera posibles cualidades o motivaciones que concurren en el consentimiento. ¿Qué otra cualificación más relevante puede esperar y exigir un contrayente del otro, sino que su consentimiento tenga en el amor su más justa e inequívoca justificación? Así pues, dentro de la restricción que comporta todo aquello que tiene a una tradición *cuasi* dogmática como frontera (como lo es el matrimonio confesional romano-católico), el canon 1098, en su nueva redacción, ha dejado en manos de la Jurisprudencia matrimonial una vía libre para el desarrollo justificativo de indefinidas e inéditas causas de nulidad.

VIII. APORTACION CRITICA. EL PERIODO QUE DISCURRE ENTRE EL CONCILIO DE TRENTO Y 1975 NO SE ENJUGA TAN FACILMENTE

En las páginas que anteceden hemos hecho un esfuerzo de síntesis; hemos, asimismo, desplegado una sinopsis imaginativa, tratando de conjuntar el dato con la plasticidad de alguna realidad social, con el fin de ofrecer al lector estudioso un recorrido de actitudes, normas, experiencias, módulos consuetudinarios, etc., en donde el concepto de perspectiva que hemos acuñado aventuradamente pudiera medir sus quilates de adecuación o de rechazo. Si hay algo que no nos corresponde hacernos son ilusiones. Y si hay algo de lo que quisiéramos colmar nuestros juicios, ello es de perspectiva. De ahí la rúbrica que preside este apartado. Varias generaciones habrán de consumirse antes que, en mi opinión, el criterio de esta apasionante y plural colectividad que entendemos por España disponga de una cosmovisión a tono con los tiempos. Respecto de nuestros más cercanos y prósperos vecinos europeos nos separan hasta siglos en algunos aspectos sustantivos (estoy pensando en Francia), y sólo con manejar unas cuantas fechas de manual de Historia podemos satisfacer nuestra más exigente curiosidad.

Por otra parte, es un hecho demostrado que los parámetros convivenciales por los que discurre un país laico, al menos oficialmente, son más prometedores y sugestivos. Siempre teniendo presentes aspectos de Derecho matrimonial, en la colectividad española de hoy se disfruta de una flexibilidad equitativa de la que era simplemente quimérico pensar años atrás. La tolerancia reinante, en cuantificaciones comparativas, es sencillamente espectacular. No se olvide, como nos recuerda un autor en múltiple recensión de citas, que:

Desde la vertiente civil se ha llegado a afirmar que «un matrimonio religioso sin acto jurisdiccional estatal exterioriza un concubinato desde el punto de vista de la Ley civil, tal como a la inversa juzga la Iglesia» [DÍAZ DE GUILLARRO, «Un concubinato civil con matrimonio religioso», en *Jurisprudencia Argentina*, 1958, III, pág. 490, cit. por IRIBARNE, *El matrimonio civil comparado con el canónico*, Buenos Aires, 1965, pág. 54]⁶⁸.

Pero nada de esto viene ocurriendo, sino muy al contrario. Con una tardanza secular, como ya hemos delatado, los juzgados civiles de distrito

⁶⁸ MARIANO LÓPEZ ALARCÓN: «Matrimonio civil y matrimonio canónico: Ordenamiento actual en España y legislación comparada», *Pretor*, núm. 98 (octubre-diciembre 1977), págs. 5-35, especialmente págs. 6-7.

están tomando conciencia de su papel y comienzan a adecentarse, a engalanarse a veces, para ser marco de una ceremonia que debe hundir su trascendencia y su sintonía sustantiva en la jovialidad deportiva y en las rectas intenciones de los interesados. Tendrán que sucedernos y sucederse varias generaciones para enjugar esa histórica falta de perspectiva por la que una ceremonia matrimonial de juzgado parecía rebajada en quilates, si comparada a la celebrada en un local de culto. Sirviéndome de mis experiencias directas, debo de reseñar aquí el fragantísimo y risueño efecto que me produjo, en mi primera visita a Moscú, contemplar a numerosas parejas de recién casados por la Plaza Roja, inundándola con la nota jovial y deportiva de su presencia y de los bellísimos vestidos blancos de las muchachas. Supuse que se trataba de alguna ceremonia colectiva y de ninguna manera sujeta a la tiranía de confesionalidad alguna. Por curiosidad de turista y de profesional, pregunté por la razón de aquel despliegue. Me dijo mi amiga acompañante, que me servía de guía, que acababan, en efecto, de celebrar el matrimonio estatal, sin perjuicio de que las parejas que así lo desearan pasasen en otra ocasión (o aun en el mismo día) por la iglesia de su respectiva confesionalidad a dar a su matrimonio civil laico el refrendo puramente simbólico de sus creencias sentimentales. Pero lo que sí me interesa recalcar es que la pompa litúrgica y la ostentación afectiva que en España han insistido en reservar a la celebración del matrimonio «por la Iglesia» (en contra, claro, del panorama adusto y sombrío que nos habían impuesto, como contrapartida, de la celebración «por lo civil»), en la Unión Soviética esta orquestación de trajes y de conciencia emotiva acompañan a la ceremonia estatal. Aquel incidente y mi conocimiento comprobado de la separación absoluta de las esferas estatal y religiosa en la URSS me aclararon aún más algunos puntos medulares sobre las cuestiones que voy aquí exponiendo. E inevitablemente, *novia* es una de las palabras en ruso que mejor creo tener aprendidas.

La inteligible hermosura de todo esto radica en que no están vedadas la pompa y la ostentación de la liturgia confesional a quien así lo desee. Un Estado laico no debe interferir ni con asuntos de conciencia, ni con cuestiones de bolsillo. Y, por último, la sola ceremonia religiosa igualmente recibe la sanción y el reconocimiento del Estado sólo con que los contrayentes cumplan con el deber cívico, de urbanidad o de cortesía, de inscribirse, como ciudadanos que son, en el Registro Civil. Ahora, entre otras muchas cosas, nos toca hacer entender al pueblo llano que la distinción de antaño, aun en el plano teórico, sobre si casarse por la Iglesia o por lo civil era inexistente y absurda: la Iglesia católica era el Estado, y el Estado, la Iglesia católica.

Pero no se enjugan cuatro siglos y medio de teocracia con un puñado de voluntades, unas cuantas ejecutorias ejemplares y un sistema de teorizaciones programáticas. Las añoranzas y las estrecheces mentales sólo han empezado a estrenar un ambiente que sin serles violentamente hostil, no está a su favor, no apuesta por sus mismas teleologías. Hemos visto los patinazos circenses que ejecutan cuando manejan las estadísticas. Siguen apareciendo en la prensa diaria descargas (afortunadamente más y más desacreditadas cada vez) de personajillos que no parecen vivir tranquilos sin lesionar la paz de espíritu y la intimidad de conciencia de sus congéneres.

Agarrado al pretil, asomándose a la baranda de un imaginario observatorio donde me es muy grato hacerme la ilusión de que habite la diosa Perspectiva, repito y repetiré que cuatro siglos y medio no se liquidan así de pronto. Tendremos que seguir consumiendo nuestra paciencia jobiana, tendremos que seguir escuchando a algún trasnochado y presunto padre de la Patria razonamientos pueriles como éste: «Si la NATO es buena para otros países de Europa, ¿por qué no lo va a ser para España?» ¿Y qué es lo que impulsa a ciertas mentes —preguntamos nosotros— a buscar para España esos ejemplos europeos, y no las muchas instituciones, los muchos usos, costumbres, convenciones, disciplinas, sistemas, exigencias, etc. que los han despegado de nosotros y que, sin embargo, hemos estado despreciando durante siglos? Respuesta: Lo que impulsa a esas mentes a tal tipo de descarríos mentales es su falta de perspectiva. Tendremos que seguir escuchando al mismo energuménico y presunto padre de la Patria increpar al Gobierno respecto de tal o cual propuesta de Ley presentada al Parlamento, con el estremecedor y sin par descubrimiento descalificativo de que «diez millones de votos no suponen estar en posesión de la verdad», y zarandajas por el estilo; a lo que un estudiante aprovechado de primero de Universidad podría contestarle con las palabras de ORTEGA Y GASSET que hemos recogido en nuestra nota de pie de página número 32. Se comprenderá que con este tipo de estrabismos criterios no se va a ninguna parte.

Pero no es menos cierto que esto forma comparsa del juego y de la dosis de veneno que, a modo de vacuna, tenemos que empezar a acostumbrarnos a ingerir para que la fisiología del cuerpo social funcione. Los ejemplos de estas dosis de veneno que tenemos que ir dejando mezclarse con nuestra sangre son continuos, pueriles, enrabietados, y, en todo caso, demuestran el gálibo criterial periclitado de sus promotores. Otro ejemplo: Con motivo en Granada de una exposición de *comics* (que yo no visité, para más desentendimiento partidista), a denuncias de algún alma sensible intervino el Ministerio Fiscal porque «del *comic* exhibido puede

resultar escarnio o ultraje a una confesión religiosa y constituir un delito contra la libertad de conciencia» (Granada: *Ideal*, 23 enero 1984, página 1). Mi comentario es que, en todo caso, se debería únicamente haber calibrado el buen o mal gusto del *comic* exhibido, su calidad o su deleznablez, y si merecido, haberle puesto un cero en estética. Pero nada más. Como si durante siglos no se hubiese pisoteado, ultrajado, la sensibilidad no de una, sino de *todas menos una* de las confesiones religiosas. Nuestro diagnóstico de tales explosiones de nostalgia, recursos del pataleo, rabieta y puerilidades convivenciales, sigue siendo, el mismo: falta de perspectiva.

IX. REFLEXION FINAL. BREVISIMO HAZ DE CONCLUSIONES

No iba descaminado el presocrático PROTÁGORAS cuando hace veinticinco siglos sentó su principio de que el hombre es la medida de todas las cosas (*Homo mensura est*), existentes o inexistentes. Como todos los grandes principios, me temo que cada cual le haya dado la interpretación que mejor convenga a sus particularísimos deseos. En ello radica de momento la universalidad de las formulaciones humanas: en servir de pretexto o acicate a la imprevisible secuencia posterior de réplicas que la original formulación provoca. A lo que únicamente ponemos objeción es al acaparamiento dogmático-interpretativo por algunos, de ciertos principios, que quedan así intencionalmente inservibles, excepto para lo que ha previsto el interés de sus esgrimidores. La formulación de PROTÁGORAS es, en opinión nuestra, una formulación universal, bien que perspectivista, que enaltece a la totalidad del género humano. Quien la malinterprete con el cicatero propósito de tergiversar las cosas, que se prepare a recibir la sanción correspondiente en su limbo privado. El hallazgo de PROTÁGORAS se refleja más en lo que de ampliación fecunda y futura permita su pensamiento, que en el sentido privativo y cerrado que muchos puedan asegurar que conlleva. Es un juicio luminosísimo, que irradia su inmarcesible vigencia, menos por la univocidad concreta de sus términos, que por el dique de sentido común que opone a especulaciones acomodaticias o frívolas. En un contexto ajeno a los misterios del Cristianismo, creemos que PROTÁGORAS, en tan temprana fecha, sancionó la incumbencia humana (incompartible e intransferible) respecto de las cuestiones humanas. El hombre, como sustancia que protagoniza sobre el universo conocido un papel de múltiple relación con los demás hombres, es la medida de todas las cosas, existentes o inexistentes, que le concierne: de las cosas que son, por eso mismo, porque son, y de las que no son, le incumbe asimismo que la postura mental que cada uno de los

demás hombres pueda libre y gratuitamente adoptar, no le interfiera, no le vulnere humanamente *a él*, al cada cual concreto. Sobre todo, claro, en contra de su consentimiento.

Lo que tan antigua y clásicamente dejó formulado PROTÁGORAS acaso encuentre su correspondencia con el aforismo árabe: «Nunca conseguirás adelantar a tu propia sombra», o con el brocardo del pensador romántico y trascendentalista norteamericano EMERSON: «Toda institución es la sombra de un hombre». Se pretende mediante estos testimonios tan distantes en el tiempo y en la latitud ideológica esmaltar el funcionamiento y alcance necesariamente *humanos* de la voluntad que el hombre pone en juego, por ejemplo, cuando se trata de prestar su consentimiento para un proyecto matrimonial. Nuestro planteamiento, que hemos denominado cosmo-antropológico, consiste abiertamente en no poder aceptar que ninguna institución humana pueda ir más allá de los límites que la misma capacidad *humana* haya establecido conscientemente para ella. Con EMERSON, no nos parece aceptable partir de unos presupuestos teóricos que, en nuestro caso, hagan del matrimonio una institución que trascienda de las capacidades convivenciales y existenciales con que el hombre cuenta para la consecución inteligible de cualesquiera que puedan ser sus fines sobrenaturales. Hemos insistido en que la tendencia vocacional que los interesados matrimoniales despliegan al tiempo de contraer, en orden a convivir indefinidamente, no se distingue en esencia de cualquier otra instancia que en el momento de su puesta en práctica por los protagonistas está catapultada vocacional-tendencialmente hacia una perdurabilidad asimismo indefinida en el tiempo. En el momento de ser contraído, el matrimonio —lo mismo que otras muchas instancias volitivas del hombre— proyecta hacia adelante una vocación tendencial de vigencia indefinida o perpetua en el tiempo. Que coincidan vocación y durabilidad, tendencia y realidad, es algo que se escapa de la sustancia y de la naturaleza humanas. El hombre que *se encuentra* enamorado humanamente de una mujer, no asocia, no puede asociar racionalmente, mientras se halle en ese estado de ánimo, que se vaya a sentir nunca desprovisto de lo que *ahora* motiva su estar enamorado. De ahí a inferir (o imponer) que ese hombre siga, *en efecto*, enamorado eternamente media la misma diferencia que entre la realidad y la fantasmagoría. Todo el que contrae matrimonio es porque en esa fase de inicial albedrío, motor de su así actuar, su voluntad se impulsa hacia adelante con una presunción indefinida, con una proyección vocacional catapultada hacia lo sin límites. ¿En qué se diferencia, pues, *consentir* en un proyecto de comunidad de vida y amor, de cualquier otro acto responsable, en lo que respecta a esgrimir una volición hacia enfrente?

El negocio jurídico de matrimonio queda acogido en los ordenamientos divorcistas como una institución con vocación tendencial de absoluta perdurabilidad. Por inalienable principio de irrenunciabilidad, todo acto humano tiene como tope el infinito. No es de extrañar que el juego de la nulidad produzca cierta desazón mental en más de un espíritu crítico. Ello es así porque mientras que cualquier eventual interesado no *reclame* la supuesta o fundamentada nulidad de su matrimonio, tal matrimonio está *operando*, por así decirlo, como indisoluble, como indesvinculable. ¿Cómo es, pues, posible que el principio de identidad se parta en dos pedazos: que una cosa *sea* y *pueda no estar siendo* —válganos este amago de galimatías— al mismo tiempo? Y, sin embargo, bien sabemos que ése es precisamente el fundamento jurídico del principio de nulidad que, autonómicamente, se autoafecta el ordenamiento canónico. Por el contrario, la concepción civil del matrimonio como institución negocial de Derecho para humanos, no recela en tratarle con esa carga normal e indiscutible de acto vocacional tendente a infinito, pero sin dejar por ello de estar sujeto a las limitaciones, previsiones y decisiones humanas. Una vez más: «El hombre es la medida de todas las cosas», y, sobre todo, diríamos nosotros, de las que le conciernen directamente. Y siendo ello así, lo que nos parece imposible de defender a estas alturas de la humana experiencia es que un colectivo minoritario de esos mismos hombres pretendan arrogarse la invención, sanción y administración en exclusiva de una noción tan *sin medida* como es precisamente la nulidad matrimonial.

Con todo lo expuesto queremos, finalmente, significar que tanto el legislador como el jurista tienen en los años de falta de perspectiva pasados un ejemplo de lo que, por su vertiente negativa o reprochable, no se debe de hacer. El Derecho, o sea, los individuos respecto de cuyos usos, costumbres y actuaciones el Derecho obtiene la fundamentación para su normativa, acaba tomando represalias de cualesquiera estrecheces se le hayan impuesto anteriormente, produciendo así una impresión de ruptura en sus desarrollos positivos que no son sino la inevitable recuperación del perspectivismo malogrado. Quienes, con evidente falta de generosidad solidaria, se sorprendan de las tímidas medidas correctoras que el Derecho de familia español ha tenido que implementar para siquiera intentar desfacer los más abultados entuertos bajo la égida anterior, están en la misma proporción identificándose como especímenes carentes de perspectiva, indignos de figurar en un elenco ponderado de quienes pretendan componer la república del espíritu del Derecho.

TOMÁS RAMOS OREA