

MATRIMONIO Y EXPERIENCIA JURIDICA

JOSE ANTONIO SOUTO PAZ
Catedrático de la Universidad Nacional
de Educación a Distancia

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN

La institución del matrimonio, en cuanto dice relación a la unión del hombre y de la mujer, es tan antigua como la propia Humanidad. No es menos cierto, sin embargo, que el matrimonio ha revestido características diversas, a tenor de las diferentes civilizaciones y épocas históricas, dando lugar a una variada gama de *tipos* de matrimonios.

Quiere esto decir que históricamente no ha existido una única manera de interpretar el matrimonio y que la unión del hombre y de la mujer y su legitimación social ha presentado una variedad de matices y características que impiden reducir y simplificar el matrimonio a un concepto uniforme y válido para las distintas culturas y períodos históricos.

La civilización actual, a la que culturalmente pertenecemos, tras un largo proceso secular ha elaborado un concepto de matrimonio que, salvando ciertos aspectos diferenciales, ha sido asumido, en sus características fundamentales, por las legislaciones vigentes. Pues bien, *este matrimonio se dice que está en crisis*. Tal afirmación no es baladí si nos atenemos a los datos estadísticos que, limitándonos al ámbito europeo, reflejan, en los últimos años, un espectacular descenso en el coeficiente de nuevos matrimonios, al tiempo que se constata un notable incremento de las uniones de hecho o, según la terminología actual, de los matrimonios no registrados.

En efecto, tomando como base de estudio los países de la Comunidad Económica Europea durante la década de los setenta, las cifras estadísticas hablan con elocuencia de la tendencia regresiva en todos los países de nuevas uniones matrimoniales celebradas durante ese período. Estas cifras resultan ciertamente significativas en algunas naciones: en Holanda se produce la baja más notable en 3,5 puntos, descendiendo de 9,5 por

1.000 a 6,0; en Francia el descenso es de 2 puntos, pasando de 7,8 a 5,8; en Italia, la minoración de matrimonios es de 1,6, rebajando el coeficiente de nupcialidad del 7,3 al 5,8.

España no permanece ajena a esta tendencia regresiva de la nupcialidad. Así, durante el quinquenio 1975-1980, la tasa de matrimonios ha descendido 2,5 puntos, pasando el coeficiente de nupcialidad de 7,64 a 5,71. Hay que advertir que estas cifras revelan, además, que la tasa de matrimonios en España es una de las más bajas de Europa, tan sólo superada por Dinamarca y Luxemburgo.

El descenso constante y continuado de la tasa de nupcialidad en Europa aparece ligado al persistente crecimiento de uniones de hecho, lo que ha motivado que, tanto la jurisprudencia como la doctrina jurídica, presten una especial atención a estas situaciones de hecho y, en concreto, al reconocimiento de efectos jurídicos a estas uniones. Atención que se concreta en la protección jurídica *de la pareja* (alimentos, pensiones, seguridad social) y *de sus descendientes* (filiación, patria potestad, alimentos, sucesiones, etc.).

Esta situación propicia, como lógica consecuencia, la progresiva desaparición de las fronteras entre las uniones legales y las uniones de hecho, eliminando el trato diferencial, en cuanto a los efectos jurídicos, entre ambos tipos de uniones. La unión de hecho, llamada también concubinato, a pesar de carecer de estatuto legal y permanecer al margen de la Ley, ha perdido la característica de ilicitud, que ha revestido en el pasado y que había dado lugar a un tratamiento discriminatorio por parte del Derecho.

La tendencia a equiparar los efectos jurídicos nacidos de las uniones legales y de las uniones de hecho cuestiona la pervivencia de un tipo de unión, conocida en la cultura actual como matrimonio, regulada minuciosamente por las leyes y que, a la postre, tiende a producir los mismos efectos jurídicos que la unión de hecho, nacida al margen de la Ley.

Los datos expuestos parecen alumbrar el nacimiento de un nuevo tipo de matrimonio, de tal manera que más bien parece que lo que está en crisis no es el matrimonio mismo, sino el concepto de matrimonio que la civilización actual ha heredado y conservado hasta la fecha. Para intentar analizar con más profundidad esta nueva situación, vamos a apelar a la experiencia jurídica, a ese proceso histórico de juridificación del matrimonio, que puede iluminar la cuestión que aquí y ahora hemos planteado.

II. EL MATRIMONIO ROMANO

Cuando se pretende conocer el fundamento de una institución jurídica, resulta ineludible para el jurista retroceder al pasado y conocer el estado de ésta en la propia cuna del derecho, es decir, en el derecho romano.

Es indudable que una investigación histórica del matrimonio nos llevaría más lejos en el tiempo, pero, dentro del marco de nuestra exposición, resulta más aconsejable limitarnos al ámbito cultural en que ha surgido el concepto de matrimonio hoy vigente.

Es doctrina común entre los romanistas considerar el matrimonio como un hecho social. «El matrimonio —afirma el profesor GARCÍA GARRIDO— se considera por los prudentes como un hecho social, que para tener relevancia jurídica debe ser conforme al derecho o a la ley.» El matrimonio, por tanto, en cuanto hecho social, interesa al jurista romano en la medida en que suscita ciertos efectos jurídicos, tales como las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y la filiación.

El matrimonio romano, que no es un acto jurídico, sino un hecho social, aparece integrado por dos elementos: por una parte, el elemento subjetivo o intencional (*consensus* o *affectio*) y, por otra parte, por el objetivo o material, basado en la convivencia, es decir, en el hecho social de la unión estable y permanente.

En consecuencia, el matrimonio romano es un hecho social que se manifiesta en la convivencia o unión de hecho con intención marital, es decir, con voluntad o consentimiento, constante y continuado, de vivir en matrimonio, de tal manera que cuando cesa este consentimiento se interrumpe la relación matrimonial.

III. EL SIGNIFICADO DEL «CONSENSUS»

La teoría canónica del matrimonio constituye una de las construcciones jurídicas más elaboradas y ambiciosas sobre el tema. Los canonistas traducen en principios y normas jurídicas la doctrina teológica cristiana sobre el matrimonio, pero no renuncian a vincular sus formulaciones jurídicas a las precisas fórmulas romanas, en una pretendida línea de continuidad de las construcciones canónicas con la tradición romanista. Se invocan, así, por parte de los canonistas, aforismos romanos, elaborados en el período post-clásico o romano-cristiano, en una época en que los principios cristianos comienzan a tener una gran influencia en la legislación imperial romana.

En efecto, durante esa época, la concepción del matrimonio y su regulación jurídica, experimenta un cambio profundo, en el que se advierte la influencia de los principios cristianos y que se refleja en los propios aforismos jurídicos:

Así se dice que: *nuptias non concubitus, sed consensus facit; non coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio; liber consensus et non amor, facit coniugium.*

Quiero esto decir que: el consentimiento y no la convivencia hacen el matrimonio; la cópula conyugal no hace el matrimonio, sino el afecto o consentimiento marital; el libre consentimiento y no el amor, hace el matrimonio.

Es decir, sólo el consentimiento hace el matrimonio, siendo irrelevantes la convivencia, la cópula conyugal o el amor. Se consagra, así, la máxima jurisprudencial *consensus facit nuptias*, pero con un sentido muy distinto al otorgado por los prudentes romanos. En la interpretación canónica, el *consensus* no es el consentimiento constante y continuado del matrimonio romano-clásico, sino el consentimiento inicial que origina el contrato. El matrimonio —hecho social, en la concepción romana— se convierte en la construcción canónica en el matrimonio-contrato.

La consideración canónica del *consensus*, como un consentimiento inicial, constituye una exigencia de los presupuestos teológicos del matrimonio cristiano del que se predica la sacramentalidad y la indisolubilidad. Es necesario, por tanto, fijar el momento inicial del matrimonio para determinar, por una parte, el momento de la colación del sacramento y, por otra parte, precisado el nacimiento del vínculo matrimonial, determinar su indisolubilidad. Esta nueva versión del *consensus*, que será la base de la teoría canónica sobre el matrimonio, surgirá tras un tenso debate doctrinal y dará lugar a lo que, expresivamente, ha calificado VÍCTOR REINA como «historificación del consentimiento».

IV. LA CONSOLIDACIÓN DE LA TEORÍA CONSENSUAL

El momento culminante de esta discusión doctrinal tendrá como escenario las aulas de la naciente Universidad, mediado el siglo XII, y como protagonistas principales al teólogo PEDRO LOMBARDO, de la Universidad de París, y al monje GRACIANO, canonista de la Universidad de Bolonia. La cuestión que se debate es la causa eficiente del matrimonio, lo que permitirá determinar el momento del nacimiento del vínculo y, en consecuencia, la colación del sacramento y su indisolubilidad.

Para GRACIANO, el matrimonio se inicia por el consentimiento, ya sea de presente o de futuro (nupcias o esponsales), pero sólo se perfecciona y deviene indisoluble por la consumación física o cópula conyugal. El consentimiento tiene, por tanto, un valor inicial, pero no conclusivo, pues requiere la unión física de los contrayentes para adquirir la plena firmeza y, por tanto, la indisolubilidad.

La escuela teológica de París reacciona ante la teoría de la cópula de GRACIANO y se opone frontalmente a la misma a través de su más genuino representante PEDRO LOMBARDO. Para este autor, «la causa eficiente del matrimonio es el consentimiento, pero no cualquiera, sino el expresado

mediante palabras, y no de futuro, sino de presente». Lombardo, siguiendo la concepción espiritualista de la escuela teológica, descarta el carácter perfectivo de la cópula y lo concreta en el consentimiento, excluyendo, al mismo tiempo, cualquier valor al consentimiento de futuro, que se produce en los esponsales.

La polémica doctrinal proseguirá y, en ella, intervendrán los Papas Alejandro III e Inocencio III. Será precisamente este último quien zanjará la cuestión ratificando la teoría de PEDRO LOMBARDO, aunque con algunas matizaciones. El matrimonio, según la tesis de Inocencio III, se perfecciona por el consentimiento, que constituye la causa eficiente del mismo. Por su parte, el consentimiento de futuro o esponsales carece de relevancia jurídica, pero, si es seguido por la cópula conyugal, ésta se interpreta como consentimiento de presente, expresado no por palabras, sino por el comportamiento.

La teoría consensualista del matrimonio, cuyos orígenes se remontan al derecho post-clásico, encontrará en la solución de Inocencio III su consagración definitiva.

El paso del matrimonio como *hecho social*, según la concepción del derecho romano clásico, al matrimonio *como contrato*, queda definitivamente consolidado. Sin embargo, uno de los motivos que impulsó a formular la teoría consensual no encontró con esta teoría la solución plena al problema planteado. Nos referimos a la cuestión de la indisolubilidad.

En efecto, como hemos dicho anteriormente, el carácter indisoluble del matrimonio, según la formulación cristiana, requería la fijación de un momento inicial del matrimonio. De acuerdo con la teoría consensual, ese momento coincide con el de la prestación del consentimiento, que da lugar al nacimiento del matrimonio, y que adquiere el carácter de sacramento, si se produce entre bautizados.

Siguiendo el planteamiento expuesto, sería lógico que también en ese momento el matrimonio adquiriese plenamente el carácter de la indisolubilidad, objetivo pretendido por los autores, para traducir en términos jurídicos la doctrina teológica de la indisolubilidad. Las cosas, sin embargo, no han discurrido así y resulta que tan sólo el matrimonio rato y consumado deviene absolutamente indisoluble, mientras que el matrimonio simplemente rato, es decir, el matrimonio consensual, aun siendo indisoluble, puede ser disuelto, mediando justa causa, por la autoridad competente. A la postre, GRACIANO llevaba algo de razón, y ocho siglos después continúa siendo para la doctrina teológica y canónica un enigma explicar cómo el matrimonio consensual es, por su naturaleza, indisoluble y, al mismo tiempo, puede disolverse.

V. LA FORMALIZACIÓN DEL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL

La teoría sobre el matrimonio, elaborada por la canonística medieval, se resume en la calificación del matrimonio como contrato; la validez del matrimonio depende de la validez de contrato y, en concreto, de que los contrayentes tengan la capacidad y emitan el consentimiento, exigidos por el derecho.

La doctrina medieval no exige una *forma* precisa para la validez del matrimonio, por lo que gozan de igual valor jurídico, e incluso sacramental, tanto el matrimonio celebrado *ante la Iglesia* como el matrimonio *clandestino*, es decir, aquel que tiene lugar por la mera prestación del consentimiento de las partes, sin intervención de la autoridad eclesiástica y exento de formalidades y ceremonias religiosas.

Es preciso destacar este último aspecto, pues revela que la doctrina canónica medieval, aun caracterizando al matrimonio como un contrato consensual, respeta el ámbito de la autonomía privada y reconoce plena validez jurídica a la declaración de las partes, cuando manifiestan que han contraído matrimonio. En esta etapa histórica, la jurisdicción eclesiástica tiene un carácter registral no constitutivo, de tal manera que el matrimonio existe jurídicamente, al margen de la inscripción registral, y este requisito tiene tan sólo valor probatorio, como cualquier otro medio jurídico, a los solos efectos de que conste ante la comunidad social la celebración del matrimonio.

A partir del Concilio de Trento esta situación va a cambiar radicalmente. De acuerdo con las disposiciones conciliares, para la válida celebración del matrimonio se requiere que se observe una *forma* jurídica, es decir, que el matrimonio se celebre ante la Iglesia. La *forma* adquiere, así, un valor constitutivo del matrimonio, de tal manera que el matrimonio celebrado con ausencia de la forma jurídica resulta inválido por impedimento de forma.

Esta innovación produce un vuelco importante en la construcción técnico-jurídica del matrimonio y en la propia función jurisdiccional de la Iglesia. A partir de este hecho, el matrimonio adquiere el carácter de contrato consensual formal, restringiendo la naturaleza estrictamente consensual que la doctrina canónica le había otorgado en la etapa anterior. Por otra parte, se magnifica la jurisdicción de la Iglesia que, a partir de ahora, asume la facultad de decidir qué uniones tienen el carácter de matrimonio y, en concreto, reconociendo validez tan sólo a aquellas que se celebran ante la Iglesia. Como consecuencia, se declaran nulos los matrimonios clandestinos y se impone la jurisdicción exclusiva de la Iglesia en materia matrimonial.

VI. LA GUERRA JURISDICCIONAL SOBRE EL MATRIMONIO

Resulta siempre oportuno, para su adecuada comprensión, situar los acontecimientos en el contexto histórico en que se producen. Por eso, no es aventurado afirmar que la vindicación por parte de la Iglesia de la competencia exclusiva en materia matrimonial, a través de la formalización del matrimonio, es exponente de la reacción de la Iglesia ante la difusión de las tesis protestantes sobre el matrimonio que, aparte de negar el carácter sacramental del matrimonio y calificarlo como un negocio temporal, sostienen que corresponde al Estado la competencia para regular el matrimonio.

Como si la historia quisiera ser testigo puntual de la evolución de las instituciones, la Edad Moderna va a ser testigo de una nueva problemática sobre el matrimonio. Mientras la Edad Media contempló las discusiones doctrinales sobre la naturaleza jurídica del matrimonio, en la Edad Moderna va a tener lugar la «guerra» de las jurisdicciones sobre el matrimonio.

En un primer momento, el conflicto se plantea como una guerra religiosa entre católicos y protestantes. Asumiendo el principio confesional acordado en la Paz de Westfalia, *cuius regio eius religio*, es decir, cada reino su religión, el desenlace del conflicto jurisdiccional es el previsible: en los Estados que proclaman la confesionalidad católica se conserva el matrimonio canónico y se reconoce la competencia exclusiva de la Iglesia en esta materia. Por el contrario, los Estados que asumen la confesionalidad protestante, fieles a la doctrina predicada por esta religión, asumen plenamente la competencia en materia matrimonial.

La pugna entre la Iglesia y el Estado sobre el matrimonio va a durar varios siglos. La progresiva secularización de la sociedad y, por tanto, también del matrimonio va a dar pie a que los Estados asuman la competencia plena sobre el matrimonio. Este proceso, iniciado en los países protestantes, va a experimentar un giro violento en las naciones católicas, como consecuencia de la Revolución Francesa y de la introducción del matrimonio civil obligatorio, que el Código napoleónico consagraría a nivel legislativo, y que sería seguido, a lo largo del siglo XIX, por numerosos Estados; entre ellos, España, que, en la I República, y de la mano de un ilustre canonista, don Eugenio Montero Ríos, entonces Ministro de Gracia y Justicia, introduciría el matrimonio civil obligatorio, ciertamente, con escasa fortuna.

VII. EL MATRIMONIO CIVIL

El derecho comparado actual explica, en última instancia, el resultado final de esa larga contienda entre la Iglesia y el Estado sobre el matrimonio; un conflicto centrado más sobre la competencia jurisdiccional que sobre la propia naturaleza del matrimonio.

Pues bien, las diferentes legislaciones estatales muestran que los Estados han asumido plenamente la competencia en materia matrimonial y que el matrimonio civil está vigente en la mayoría de las naciones. Las legislaciones, no obstante, difieren entre sí en función del diverso grado de reconocimiento del matrimonio religioso, dando lugar a una variada gama de sistemas matrimoniales, que basculan en torno a las siguientes opciones: *a)* el sistema de *matrimonio civil obligatorio* —en el que no se reconoce eficacia civil al matrimonio religioso—, *b)* el *matrimonio facultativo* —en el que los contrayentes pueden optar entre el matrimonio civil y el matrimonio religioso con idénticos efectos civiles— y *c)* por último, el *matrimonio civil subsidiario* —en el que tiene preeminencia el matrimonio religioso, pero se permite celebrar el matrimonio civil, si no se profesa ninguna religión—; y no se puede olvidar que tan sólo resta algún ejemplo anecdótico del sistema de matrimonio religioso obligatorio.

Es preciso advertir, sin embargo, que la asunción por parte del Estado de la competencia matrimonial ha supuesto tan sólo un cambio en la titularidad de la jurisdicción, es decir, se ha procedido a la sustitución de la Iglesia por el Estado. No se ha producido, en cambio, una modificación sustancial respecto a la naturaleza del matrimonio, elaborado por la doctrina canónica, ni tampoco respecto a la forma de ejercer la jurisdicción sobre el matrimonio, ya que el Estado se ha reservado idéntica competencia que estableciera para sí la Iglesia en el Concilio de Trento, concretada posteriormente en el Decreto *Ne Temere* y en la legislación codicial de 1917.

El Estado mantiene, así, una legislación matrimonial que regula la capacidad, el consentimiento y la forma, así como las causas de nulidad y los supuestos de divorcio y separación, determinando los órganos jurisdiccionales estatales competentes, tanto para el nacimiento del vínculo como para decretar su disolución.

El esquema legal del Estado sobre el matrimonio resulta ser, en conclusión, el mismo que, a lo largo de los siglos, ha elaborado pacientemente y, en ocasiones, con gran brillantez la doctrina canónica. Lo que ocurre, y ahí puede residir la paradoja, es que los presupuestos doctrinales del Estado y de la Iglesia, una vez superada la etapa de confesionalidad estatal, no tienen por qué coincidir; es más, no deben coincidir, porque el pluralismo admite la concurrencia de ideologías y es opuesto al monopolismo ideológico.

En efecto, cuando una norma pretende ser la versión jurídica de los presupuestos doctrinales de una religión es coherente esperar que los miembros de esa sociedad confesional la respeten y observen su cumplimiento. Por el contrario, esa misma norma, aplicada por un Estado aconfesional, puede encontrar el rechazo o, cuando menos, la inobservancia de los destinatarios, en cuanto miembros de una sociedad secularizada y pluralista.

VIII. MATRIMONIO CONSENSUAL Y DIVORCIO

Estas reflexiones se hacen necesarias para entender la actual crisis del matrimonio y la inobservancia en la práctica, por parte de numerosos ciudadanos, de la legislación estatal sobre el matrimonio.

El modelo de matrimonio asumido por las legislaciones estatales es el elaborado por la doctrina canónica que, como antes se ha dicho, ha sido tipificado como un contrato consensual formal. No hace al caso, en estos momentos, entrar en las disquisiones doctrinales posteriores acerca de la caracterización del matrimonio como negocio jurídico público o privado o como institución, pues sin desconocer la importancia de estas aportaciones, tales construcciones doctrinales no alteran los rasgos básicos del matrimonio canónico y del matrimonio civil, basados en el principio consensual y en el formalismo jurisdiccional.

Ya quedó dicho que el principio consensual tiene en el matrimonio canónico la función de asentar el principio doctrinal de la indisolubilidad. Ciertamente, la construcción, en sede canónica, del matrimonio como contrato consensual no resolvió a satisfacción la cuestión de la indisolubilidad matrimonial, pero la influencia de la doctrina de la indisolubilidad del matrimonio cristiano y la fuerza especial atribuida a la consumación física, hicieron que, en la práctica, el matrimonio canónico resultara indisoluble, ocultando la propia insuficiencia de la teoría consensual a estos efectos.

Esta insuficiencia se hace más patente cuando la legislación estatal aplica el concepto canónico del matrimonio como contrato consensual formal y, al propio tiempo, exento de la influencia de la doctrina religiosa, admite la disolución del matrimonio por divorcio. Y todavía esta situación se hace más evidente cuando la legislación estatal, abandonando el sistema del divorcio-sanción o divorcio por culpa, introduce en los últimos años, en la mayoría de las legislaciones, el sistema divorcio-remedio. Para entender el alcance de esta afirmación es preciso que nos detengamos brevemente a analizar la evolución de la legislación divorcista.

IX. EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN DIVORCISTA

Los presupuestos ideológicos de la Revolución Francesa conllevan, entre otras profundas reformas, la secularización de matrimonio y la admisión del divorcio. Estos principios encuentran su traducción legal en el Código napoleónico, que introduce el matrimonio civil obligatorio y su disolución por medio del divorcio. Conviene advertir, sin embargo, que en este cuerpo legal se adopta un criterio restrictivo del divorcio, admitiendo el divorcio por culpa y limitando a supuestos muy excepcionales el divorcio consensual.

Aunque esto puede suponer un manifiesto desvío de los principios ideológicos en que se inspira, lo cierto es que la legislación francesa posterior, así como la de aquellos Estados que tomaron como modelo la legislación napoleónica, suprimieron o no incorporaron a sus leyes el divorcio consensual. En términos generales, la legislación divorcista del siglo XIX reconoce tan sólo el divorcio por culpa, limitado a causas muy concretas y determinadas.

También aquí se produce un efecto mimético de la legislación civil respecto a la legislación canónica. En efecto, llama la atención comprobar cómo las causas de divorcio por culpa son prácticamente las mismas causas que el derecho canónico fija para declarar la separación matrimonial.

La legislación divorcista, por tanto, salvo escasas excepciones, presenta hasta hace muy pocos años un carácter fuertemente restrictivo. Es preciso que uno de los cónyuges incurra en alguna de las situaciones culposas previstas por la ley para que el órgano jurisdiccional competente pueda declarar la disolución del vínculo conyugal por divorcio. El divorcio consensual constituye una rara excepción en el derecho comparado.

La influencia de las construcciones técnicas canónicas sobre la legislación matrimonial civil son evidentes y ratifican la idea, antes expuesta, de que la contienda jurisdiccional sobre el matrimonio ha constituido más una lucha por asumir la competencia sobre el matrimonio que un intento de sustituir el concepto canónico de matrimonio por un concepto secular del mismo. Y esto se manifiesta, incluso, en el tema de la indisolubilidad del matrimonio, pues, aun siendo el divorcio la cuestión más dispar entre el matrimonio civil y el matrimonio canónico, es preciso reconocer que la legislación civil adoptó en este tema una solución prudente y ciertamente restrictiva.

Un exponente claro de esta situación lo constituye la Ley de Matrimonio Civil de 1870. A través de esta ley, el Estado asume plenamente la competencia en materia matrimonial, y no reconoce ninguna eficacia civil al matrimonio canónico. Sin embargo, la naturaleza del matrimonio civil, regulado por esta ley, es idéntica a la del matrimonio canónico, hasta el extremo de que en la propia ley se sanciona la indisolubilidad del matri-

monio civil, y se justifica diciendo que «en la perpetuidad e indisolubilidad del vínculo matrimonial descansa como sobre la base necesaria la moralidad del hogar doméstico».

Con acierto se ha dicho que el matrimonio civil, que en dicha ley tenía carácter obligatorio, y perduraría después, con carácter subsidiario, hasta la promulgación de la Constitución de 1978, era «*un matrimonio más indisoluble que el matrimonio canónico*». La afirmación no carece de fundamento, pues, mientras la legislación civil no admitía ninguna causa de disolución, salvo la muerte, lo cierto es que la legislación canónica permite la disolución del vínculo en supuestos determinados, como son la disolución del matrimonio rato y no consumado y los privilegios paulino y petrino.

X. LA NUEVA LEGISLACIÓN MATRIMONIAL

Esta tendencia restrictiva del divorcio se mantiene a lo largo del siglo XIX y hasta la década de los 70 del siglo XX. Circunstancias diversas han propiciado una reforma casi simultánea en los países europeos de la legislación divorcista a partir de 1970. Esta reforma consiste fundamentalmente en la tendencia general en las legislaciones estatales de proceder a la sustitución del divorcio-sanción por el divorcio-remedio.

Esta nueva orientación pretende eliminar el concepto de cónyuge culpable y basar el divorcio en la quiebra de la convivencia conyugal. En términos generales, la nueva legislación admite el divorcio por: cesación de la voluntad matrimonial (divorcio por mutuo acuerdo) y por cesación de la convivencia conyugal (divorcio basado en la separación legal o de hecho de los cónyuges).

El mero enunciado de los motivos del divorcio-remedio nos obliga a retrotraer nuestra atención a aquella figura del matrimonio romano-clásico, al que nos hemos referido al comienzo de nuestra exposición. Decíamos, entonces, que el matrimonio romano clásico se basaba en la convivencia y en la voluntad marital o intención de vivir en matrimonio. Pues bien, la nueva legislación divorcista estima precisamente como causas de divorcio, bien la ruptura de la convivencia conyugal, bien el cese de la voluntad marital, que son, precisamente, los elementos básicos del matrimonio romano-clásico.

La nueva legislación divorcista parte, pues, de un concepto más próximo al matrimonio romano que al matrimonio canónico, cuya influencia anterior sobre el matrimonio civil ya hemos destacado. La contradicción, sin embargo, reside en que la legislación reformista se inspira en el matrimonio romano para regular la disolución del matrimonio, mientras conserva la influencia canónica, por lo que se refiere a la constitución de

la relación matrimonial y a la propia naturaleza del matrimonio como contrato consensual formal.

La coherencia del sistema matrimonial romano reside, precisamente, en calificar al matrimonio como una situación de hecho y en admitir su disolución cuando cesan los elementos constitutivos de esta situación de hecho. Reconociendo al matrimonio como hecho social, el derecho romano se preocupa de los efectos jurídicos que aquél produce, sin necesidad de convertir el matrimonio en un contrato.

La contradicción, en cambio, se muestra en la nueva legislación matrimonial que conserva el carácter consensual y formal, a efectos constitutivos, mientras que lo considera como una situación de hecho, a efectos de disolución. Pues bien, estas contradicciones son percibidas a nivel social y explican, en gran parte, la crisis del matrimonio en la actualidad.

La construcción canónica del matrimonio responde a una finalidad religiosa y sitúa el centro de su atención en el momento culminante del matrimonio, desde la perspectiva religiosa, es decir, el momento de la constitución y nacimiento del vínculo, que se rodea de ceremonias y formalidades religiosas, pues es el momento en que la unión adquiere carácter sacramental y deviene indisoluble.

Es obvio que para el matrimonio civil el momento de constitución del matrimonio carece de esa trascendencia y lo que interesa no es tanto la naturaleza contractual del matrimonio o el momento de su iniciación como que la unión entre un hombre y una mujer con intención de vivir en matrimonio tenga legitimación social y goce de la adecuada protección jurídica.

En esta línea se mueven las nuevas corrientes doctrinales preocupadas por el reconocimiento de efectos jurídicos a las uniones de hecho o matrimonios de hecho. Siguiendo este planteamiento, el XI Coloquio de Derecho Europeo, organizado por el Consejo de Europa y celebrado en 1982, ha sido dedicado con carácter monográfico a los problemas jurídicos de las uniones o matrimonios de hecho.

En los numerosos trabajos presentados se analizan los efectos jurídicos de las uniones de hecho, a través de la legislación o de la jurisprudencia, en los diferentes países europeos. A nivel de propuesta se recaba un estatuto jurídico para las uniones de hecho y, por tanto, el reconocimiento legal de estas uniones. Como ha afirmado en dicho Coloquio la profesora de la Universidad de París M^{me}. Labrusse, «La evolución más importante del derecho de familia y del matrimonio ha sido en parte dictada por la voluntad del legislador de proponer modelos nuevos en armonía con las costumbres y las aspiraciones dominantes y, si es verdad que las uniones de hecho corresponden a una práctica social significativa, la cuestión consistiría en saber si es preciso conferirle una forma jurídica y qué reglas han de aplicársele».

X. CONCLUSIONES

Muchas son las consecuencias que pueden obtenerse de este apretado resumen en torno al matrimonio y la experiencia jurídica. Quizá la más importante sea que el modelo de matrimonio elaborado por la doctrina canónica ha supuesto un proceso de juridificación del matrimonio, que ha trascendido el propio ámbito de la sociedad eclesiástica y ha sido incorporado a las legislaciones estatales.

El hecho tiene una especial importancia por cuanto esta asimilación se produce en un contexto de tensa contienda entre la Iglesia y el Estado y en un ambiente de progresiva secularización social. El proceso de revisión del concepto de matrimonio, desde una óptica secular, se hace imperioso y existen ya datos sociológicos que urgen una profunda reforma del sistema matrimonial.

Esto no contradice, sino más bien refuerza, el legítimo derecho de la Iglesia y de las demás confesiones religiosas, en virtud del principio de libertad religiosa, de enseñar y difundir su propia doctrina sobre el matrimonio. Significa simplemente que el Estado debe reconsiderar cuál es su función respecto al matrimonio, evitando la tentación de representar el papel que, en otra época, ejerció la Iglesia.

En ese contexto, y a la hora de proceder a regular esta unión, se debe actuar con un profundo respeto a la autonomía de la voluntad, como expresión de la libertad y dignidad humana, en una esfera especialmente íntima y personal que, aun teniendo una importante trascendencia social, esta dimensión no puede ahogar el ámbito natural de la autonomía privada. Por ello, a la hora de precisar la función del derecho en relación con el matrimonio es oportuno recordar lo que con acierto y con una fina ironía dijo un ilustre jurista:

«donde empieza la familia acaba el derecho, y
donde empieza el derecho acaba la familia».