

El «viaje» que esta obra nos ofrece a través de los problemas jurídicos que se plantean en torno al matrimonio y a la familia a finales del siglo XX puede llegar a resultar alarmante, casi enloquecedor: no es de extrañar que la legislación quede pronto obsoleta ante la evolución de la sociedad y bien se puede calificar como «valeroso» al jurista que desde el campo del Derecho civil pretenda abordar estos problemas, pues ninguna conclusión resulta fácil. Sin embargo el primer momento de cualquier investigación, de cualquier cambio, es el de la determinación de los problemas a solucionar, y es muy de agradecer que estos prestigiosos autores hayan reflexionado sobre estos temas.

AURORA MARÍA LÓPEZ MEDINA

BETTETINI, ANDREA: *La secolarizzazione del matrimonio nell'esperienza giuridica contemporanea*, Cedam, Padova, 1996, XII + 262 pp.

El propio autor, al final de su trabajo, cuando intenta darle unidad a los resultados de su investigación, advierte que se encuentra ante un cuadro verdaderamente complejo. Por una parte, ha detectado en la evolución de los ordenamientos jurídicos contemporáneos –y más en concreto en las tres últimas décadas– una «pérdida del centro de gravedad» en relación con el matrimonio y la familia: a la *certeza* tradicional en el acceso al matrimonio, mediante el consentimiento de contrayentes hábiles según derecho y sujeto a requisitos formales, le ha seguido una etapa –en la que estamos– de notable *incertidumbre* tanto en la ley como en la jurisprudencia, al dar entrada a actos negociales diferentes al consentimiento matrimonial e incluso a la voluntad tácita, ajena a la verificación formal, no tanto para establecer un matrimonio como para obtener sus efectos. Por otra parte, se produce un cambio también en el eje y en la finalidad del tratamiento jurídico –legal y jurisprudencial– del matrimonio y de la familia, al considerar de manera preferente la tutela de los intereses individuales y no la unión familiar en sí misma.

A todo esto acompaña lo que el autor destaca como «nuovo ideale», que sustituye a la pérdida de función de los valores objetivos, constituido por la centralidad de la norma positiva, más que por la justicia, lo que conduce a la identificación del derecho con las disposiciones formales de la ley o con los procedimientos jurisdiccionales. Con ello, la juridicidad se aleja –o prescinde– de su fundamento ontológico y se orienta, simplemente, a lo inmediato, contingente y particular, tanto en los individuos como en los titulares del poder. Así, la ley y su aplicación, en lógica consecuencia, enerva sus caracteres de estabilidad y de certeza y asume una dinámica impredecible de modificaciones. Con tales datos, no es extraño que se constate una inserción del matrimonio

como un hecho más cultural que natural, sin fundamento axiológico y, como tal hecho de simple cultura o política, fácilmente manipulable. De todas suertes, se opera en estos casos con una especie de «pensiero debole»: no se establece un corte radical, no se llega a la «muerte» de los valores tradicionales –más esencialistas y objetivos–, sino que se mantienen, aunque en un proceso de paulatina y pretendida desnaturalización. Un ejemplo evidente de esto es la legalización de las uniones homosexuales, en las que se modifica (o cesa, más bien) uno de los elementos constitutivos del matrimonio, con la consiguiente alteración y relativización institucional del mismo, que, sin embargo, se pretende mantener en el ordenamiento.

No obstante, aunque el concepto y la praxis político-jurídica acerca del matrimonio y de la familia que adoptan las legislaciones civiles occidentales se hace cada vez más divergente de la idea –no sólo «ideal»– y de la legislación propuesta por la Iglesia católica, no dejan de pervivir en el seno y en la vivencia de estas sociedades, aun en las más secularizadas. No en vano el matrimonio civil tuvo su nacimiento «sui ginocchi della Chiesa» (Giacchi). Y este fenómeno convierte al matrimonio canónico, al menos, en una referencia moral, sin que deba –ni pueda– verse como algo del pasado, puesto que, en palabras del profesor Lo Castro, constituye «il picco più alto delle riflessioni sul matrimonio, quella che più di tutte ha sollecitato e continua a sollecitare il suo affinamento etico e giuridico nella società umana». Puede verse así como un intento de que el Derecho, también acerca de la relación conyugal, sea una regla de certeza sobre lo justo/injusto, impidiendo el dominio de una «irrazionale discrezionalità» en el ámbito de la justicia, no congruente con una concepción ontológica –no por ello ajena a su desarrollo histórico– de la persona humana.

El contenido, la sistemática y el método, así como los «materiales» que presenta el autor, hacen referencia directa –ésta ha sido su plausible elección– a la legislación y jurisprudencia de los últimos años en Alemania, Francia, España e Italia. Por ello, podría resultar equívoca la última mención que hemos hecho del matrimonio canónico. No lo es, ciertamente, porque uno de los méritos, entre otros, del autor es presentar la «secularización» del matrimonio (como intitula el libro) no sólo como una absorción o trasplante de la regulación religiosa a la civil, sino como un proceso dinámico de transformación institucional, lo que rebasa el tema analítico o exegético de la norma matrimonial civil. Además, en dos de las legislaciones estudiadas, al menos, existen connotaciones, no sólo formales, con las bases y la implantación normativa del matrimonio canónico y sus problemas específicos. Pero, en todo caso, el referente –también científico– de tal proceso secularizador no podría ser otro que el canónico, *velis nolis*.

Sorprende el autor por el uso de una variada alusión a fenómenos culturales –*exempli gratia*, la gnosis «clásica» y «moderna» (es decir, desde una sabiduría superior procedente de Dios, hasta su negación destacando sólo al hombre), a modo de lúcida raíz del proceso estudiado–. Asimismo sorprende por la cita de autores de dispar situación temática e histórica (Dante o Hui-zinga, Hegel o Kierkegaard, Rosmini o Bobbio...) o por la extensa e ilustrativa bibliografía que utiliza, lo que pudiera inducir al lector a formular un precipitado juicio de labor ensayística y dispersa. Sería desacertado e injusto tal juicio. No lo dice, pero es sin duda consciente el autor de que el marco de la «secularización» en que sitúa su obra es de una amplitud y complejidad no abarcables desde la óptica del Derecho, en la que, justo es decirlo, manifiesta el autor una ejemplar clarividencia. Ni siquiera sería factible realizar un estudio completo desde una Sociología que brindase los copiosos datos para su análisis, ni por una Filosofía que diese su último juicio de valor. No obstante, se hacía imprescindible la referencia a tan difuso marco, al que aporta el autor su atinado razonamiento.

Un breve capítulo introductorio presenta el tema general en sus presupuestos reales, dentro de una fenomenología jurídica en la que se subraya la función de la jurisprudencia en los cambios normativos operados en la materia, a pesar de no ser fuente de producción en sentido estricto. Ha sido, en efecto, la actividad judicial de los países seleccionados –y se puede presumir que el fenómeno es detectable en los demás– el factor predominante de la marcada desinstitucionalización del matrimonio, en detrimento de su carácter o de sus aspectos públicos y objetivos, y de su contractualización, que atiende a consideraciones privatístico-subjetivas. Esta influencia no es ajena, sino concordante con el *panjuridicismo* (Carbonnier) caracterizante de las pretensiones del legislador occidental contemporáneo, en su interés por regular e incluso reglamentar toda la vida del *cives*, queriendo a la vez asumir una función educativa de la sociedad (función que, sin duda, tienen el Derecho y la ley, pero no de ese modo).

Además, es preciso tener en cuenta la permeabilidad social –en la ley y en la jurisprudencia– bajo el influjo de las ideologías, en su intento de «superación» del «modelo burgués» de matrimonio y familia. Así, de su concepción como comunidad estable para el desarrollo de la relación padres hijos, se pasa a otra conflictual y sobreestructural de carácter histórico y contingente con una inexorable dialéctica institución/individuo, para llegar, finalmente, a una cierta conformación –cultural y funcional– a las mudables exigencias sociales... (No deja de señalar el autor, con un deje de ironía, la paradoja de la aplicación de concepciones «funcionalísticas» y marxistas en países de cultura liberal...).

Este planteamiento, muy sugerente incluso en su generalidad, sirve de fun-

damento –tanto quizá como de conclusión– para el análisis que ofrece en los tres capítulos siguientes, que constituyen el cuerpo central de su investigación: encontrar reflejada en los ordenamientos alemán, francés, español e italiano, bajo este ángulo de lectura, una de las vicisitudes jurídicas más significativas de nuestro tiempo: la secularización del matrimonio.

El segundo capítulo presenta la igualdad jurídica de los cónyuges y la unidad familiar dentro de la relación matrimonial, con sus naturales derivaciones paterno/materno-filiales. El tratamiento sucesivo de las cuatro legislaciones, así como sus correspondientes doctrinas y decisiones jurisprudenciales es extraordinariamente clarificador de una tendencia común, consistente en el gradual abandono del elemento unitario e institucional de la familia como centro de imputación de los derechos y deberes de los esposos y de los padres, para situar como prevalente lo individual. Incluso hay un desplazamiento hacia la protección del menor, dando origen, sobre todo en la experiencia judicial, a un cierto «puerocentrismo», en cuya protección alcanzan los jueces amplios poderes.

Resalta bien el autor que, a veces, la norma constitucional de tutela y favor hacia la familia está formalizada con tal generalidad e imprecisión, más semejante a una norma en blanco, que la priva de un real significado y termina la justicia –en su aplicación judicial y en la regulación positiva ordinaria– fundándose más sobre los hechos sociales que en un *deber ser* constitucionalmente establecido. El ejemplo más característico de esta inconcreción es la Constitución italiana; pero también la alemana (art. 6) y la española (art. 39), con una apariencia de mayor rigor, permiten una gran flexibilidad interpretativa.

El autor estudia varias manifestaciones del notable cambio experimentado en los cuatro ordenamientos elegidos, señalando pormenorizadamente las motivaciones en cada caso y las diferencias o afinidades, en el tiempo y en el modo, existentes entre ellos. Así, la despenalización del delito de adulterio y los intentos de proteger el bien jurídico y moral de la fidelidad conyugal por medios extra penales, para situarlo en un ámbito simplemente privado; en este punto, no obstante, destaca la igualdad del tratamiento en la infidelidad del varón y de la mujer, dada la tradicional discriminación o exclusividad en contra de la mujer. El incesto deja gradualmente de tener una tipificación propia y familiar, como corresponde a la *natura rei*, y pasa a ser delito sólo si hay público escándalo o queda absorbido en la penalización genérica de las relaciones sexuales con un menor por parte de una persona mayor que abusa de su autoridad. También es ilustrativo el debate –político y legal– acerca del uso del nombre familiar, con la posibilidad de elección de los cónyuges y los hijos, dejando que el principio de igualdad de ejercicio de los derechos subjetivos se imponga al de la unidad familiar. Pero, sobre todo, en relación a los hijos es

donde se hace el cambio más sensible: observa con agudeza el autor que el título de la unidad de la familia se desplaza de la relación conyugal a la de filiación, siendo el bien de los hijos el que hace subsistir en buena medida aquella unidad y se posibilita el ejercicio conjunto del poder paterno/materno por parte de padres divorciados; es decir, el *favor familiae* –en el que se incluye la autoridad parental, concebido como conjunto de poderes o como «droit-function», según la doctrina francesa– cede al *favor minoris*. Y lo mismo se diga de las cuestiones patrimoniales, en las que se detecta un eclipse de la persona humana como punto de referencia del Ordenamiento jurídico: «il suo» de la persona es sustituido por la «res»...

Todas estas cuestiones –y otras derivadas o tangenciales– son tratadas sucesiva y referencialmente en los ordenamientos y sugieren en el lector multitud de interrogantes de imposible –o mejor, inadecuada– presentación en estas líneas, dado que obligaría al cambio de «género literario» para escribir un largo comentario... o un libro de contraste. Por ello, al igual que en los dos siguientes capítulos, considero *hic et nunc* suficiente esta reflexión genérica sobre su contenido, aunque –como mérito del autor por la elección temática y por las observaciones que hace– sean no pocos los puntos de reflexivo diálogo que suscitan.

En el capítulo tercero se trata de las uniones de hecho: el acto de matrimonio y el matrimonio sin acto, como lo intitula significativamente. Tras el estudio de las indecisas legislaciones y, sobre todo, de las particulares y vacilantes decisiones jurisprudenciales, observa el autor un cierto confucionismo, no del propio autor, que se manifiesta libre y claro en el análisis, sino de los legisladores y jueces. Comienza la incertidumbre en la terminología aplicable, que se establece –o simplemente se utiliza–, con referencias explícitas o implícitas al matrimonio. Esto, sin duda, no es irrelevante, pues conduce a separar –aún más– la familia del matrimonio y a alejar a éste de los elementos de consentimiento y de forma, los cuales han fijado su marco de certeza y de seguridad jurídicas, así como su contenido de derechos/deberes.

Desde la consideración inicial del concubinato como contrario al orden moral y, en consecuencia, no como situación personal jurídicamente protegible en sí y en sus efectos, los ordenamientos objeto de estudio han acogido gradualmente ciertos hechos personales y sociales que implican el reconocimiento de tales uniones. La afirmación napoleónica «les concubins se passent de la loi, la loi se desintèresse d'eux», se convierte en «un fait de civilisation», al menos como presupuesto de atribución de efectos jurídicos.

Los hechos más influyentes han sido la aplicación analógica de la subrogación del contrato de alquiler en el caso de fallecimiento del conviviente titular del contrato; la adjudicación o no de la pensión de «viudedad», abierta

tangencialmente en la disposición adicional 10.2 de la Ley española de 7 de julio de 1981 y con notables vacilaciones en su admisión o rechazo por la jurisprudencia; la asimilación de la convivencia de hecho a la figura jurídica de la *sociedad* (es interesante la brevísimas alusión que el autor hace a la dualidad francesa de la «*société de fait*» y «*société crève*» o de la «*Gesellschaftsvertrag*» alemana de carácter tácito y que pueden tener relevancia social y efectos, al menos patrimoniales); el ejercicio de la potestad paterno/materna en la unión libre, con un reconocimiento de solidaridad parental que conduce, aunque no se diga expresamente en las leyes, a la equiparación con la familia matrimonial; etcétera.

Como se observa, el intento de regular o de dar justa solución a pretensiones o derechos subjetivos deriva en un reconocimiento de la libre elección de diversos modelos familiares, que se imponen mediante *hechos*, sin que existan disposiciones legales orgánica y claramente establecidas (aunque esto sea reclamado al legislador ordinario por algunas decisiones de Tribunales constitucionales), sino que se solapan como figuras analógicas del matrimonio. Pero es difícilmente evitable en una dinámica social que lo que se produzca al fin sea la conversión o acercamiento del mismo matrimonio a una simple situación de hecho con un reconocimiento formal. De todas formas, también es dable que al «matrimonializar» las uniones de hecho se de la paradoja de que el Estado supone –o pone él mismo– un *vínculo* en esa «unión libre», que es lo que no quisieron establecer los convivientes; además, se volvería así a su modelo público, distinguiendo, en todo caso, una convivencia ocasional de una cualificada.

El capítulo cuarto –bajo la perspectiva metodológica, formal y finalista adoptada– analiza las normativas reguladoras del divorcio, con sus diferencias temporales, sociológicas y políticas en los cuatro países. Afirma el autor que ahora ya es difícil hablar –como hacía Jemolo hace pocos años– de una matriz canónica en las propias legislaciones civiles. Es claro que en Alemania y Francia, al no existir el reconocimiento de la eficacia civil del matrimonio religioso, se plantean problemas jurídicos diversos de los existentes en Italia y España. No obstante, las observaciones del autor me parecen acertadas al comprender esas indudables diferencias bajo un criterio unificador: la revocabilidad del consentimiento –eje de cualquier régimen divorcista, con independencia de las causas alegables o de los procedimientos formales– es consecuencia de la contractualización del matrimonio (e incluso, de un modo más radical, de la vida familiar) y de la dependencia de la mera voluntad unilateral de un cónyuge.

La «secularización» observable en las legislaciones del divorcio, sin distinción, manifiesta o es consecuencia del traslado de lo institucional del matrimonio a lo meramente privado. Así, el proceso que va desde la indisolubilidad

hasta la simple estabilidad como exigencia inderogable en las legislaciones civiles, planteó inicialmente la existencia del divorcio como una excepción, como un *vulnus* en el propio sistema que era preciso tolerar y regular. A ello sucedió el establecimiento de motivos o pruebas de carácter objetivo (culpa o simple causa justa), que conducían de modo inexorable a plantear la posible ilegitimidad de invadir la íntima esfera privada de los cónyuges. De aquí al divorcio por mutuo consentimiento no había más que un paso; el mismo paso que existía al divorcio por voluntad unilateral.

Es natural –y, sobre todo, lógico– que esto repercuta en la configuración del propio matrimonio, al hacerlo depender de hecho de la voluntad de los cónyuges: negocio privado, en definitiva, que se extingue también por otro negocio privado ratificado por el poder público, con la suplencia subsidiaria de éste en algunos casos por las limitaciones de voluntad o de conducta de las partes interesadas. De todas formas, señala el autor la discrepancia o fisura que existe entre las legislaciones y la práctica, puesto que aquéllas todavía mantienen formalmente una cierta institucionalización y no privatización de la relación matrimonial.

También analiza especialmente el autor, con la amplitud que cabe en su pretensión y con manifiesta agudeza crítica, las sucesivas leyes, las bases político-sociales de la mismas, su desarrollo y aplicación judicial, las técnicas y procedimientos, etcétera, de los sistemas italiano y español, en su esfuerzo por hacer compatible el matrimonio canónico –y, de algún modo, el matrimonio religioso– con la aplicación al mismo de la normativa civil. Es clara la falta de claridad –valga la expresión– de estos sistemas, que el autor, uniéndose a la copiosa bibliografía existente, sabe presentar en sus términos más controvertidos, aunque, evidentemente, no los resuelva (*¿quién puede hacerlo?*).

En conclusión, el libro del profesor Bettetini –incluido en las publicaciones del Instituto de Derecho Público de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Roma «La Sapienza» y editado por la prestigiosa CEDAM– ofrece unos «materiales» doctrinales, jurisprudenciales y legales, acompañados de su personal opinión y de acertadas referencias al pensamiento o cultura que los informan, que suscitan en el lector una continuada reflexión. Es, en definitiva, un excelente libro de Derecho o, con más precisión, de ciencia jurídica.

JUAN CALVO

BETTINI, A. B.: *Indisolubilidad del matrimonio*, Editorial Complutense, Madrid, 1996, 516 pp.

El presente libro es una obra póstuma que publica la Universidad Complutense de Madrid del prestigioso jurista argentino, profesor y magistrado