

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, CARLOS: *Diagnóstico sobre el Derecho de familia. Análisis sobre el sentido y los contrasentidos de las transformaciones contemporáneas del Derecho de familia*, Ediciones Rialp, Madrid, 1996, 226 pp.

El objeto de la monografía que nos disponemos a comentar es, fundamentalmente, el matrimonio y, a partir de él, la familia. «Es verdad que –como advierte su autor– no son sólo el matrimonio y la familia en cuanto ligada a él quienes han experimentado los cambios de que se trata: es más bien todo el Derecho de Familia en su conjunto el afectado, con parecida radicalidad. La equiparación entre la filiación matrimonial y la extramatrimonial, la reforma de la patria potestad, las nuevas técnicas de reproducción asistida, la regulación de la adopción –y, más en general, de las instituciones de guarda y protección de menores– y de los problemas derivados de las adopciones internacionales, pueden ser buenos ejemplos de ello. Pero son cuestiones que deben quedar para otra ocasión» (p. 16).

El libro se estructura en tres apartados. En el primero de ellos, dedicado a *las transformaciones del Derecho de Familia* (pp. 13-78), Martínez de Aguirre adopta una perspectiva predominantemente descriptiva de los factores del cambio experimentado desde los años sesenta hasta nuestros días. Entre ellos menciona la mayor intervención del Estado y de otras instancias en las funciones socio-económicas del grupo familiar, los avances de la medicina y de la genética, la incorporación de la mujer al mundo laboral, y la ideologización del matrimonio, la familia y la sexualidad. Estos factores conducen a contraponer una familia fundada en el matrimonio, jerarquizada, unitaria, supraordinada a los intereses particulares de sus miembros, a otra no necesariamente matrimonial, secularizada, igualitaria e individualista.

Estos últimos rasgos quedan englobados en un proceso más amplio, donde el matrimonio y la familia dejan de ser considerados como realidades naturales de carácter objetivo y quedan sometidos a la voluntad humana, tanto individual como social. Por lo que se refiere a esta última, el matrimonio será lo que el Estado determine; y la historia muestra que a la secularización formal ha seguido la sustancial, que consagra el individualismo a través de la contractualización (el matrimonio reducido a un contrato más), el protagonismo de la voluntad individual (no sólo para determinar el inicio y el fin del matrimonio, sino también su contenido), el primado de la afectividad (el amor fundamenta el matrimonio y el desamor justifica su disolución) y la reducción del amor a la mutua atracción sexual (de ella dependerá la persistencia del matrimonio). El resultado final es el dominio del individuo sobre el matrimonio y la familia (serán lo que sus miembros quieran que sean y durarán lo que ellos quieran que duren), llegando incluso a disponer de su persona, su familia y la natu-

raleza, en virtud de la transexualidad, el aborto, la contracepción, la procreación artificial, etcétera.

Este proceso de subjetivización se ha visto potenciado por la concurrencia de otros factores: el pluralismo, ideológico y social (de ideas y comportamientos), que conduce a la existencia de una multitud de modelos de organización de la sexualidad, el matrimonio y la familia; la neutralidad del Estado respecto a las opciones constitutivas de esa pluralidad; la consiguiente privatización de la tríada –sexualidad, matrimonio y familia–, que produce el desvanecimiento de las diferencias entre el matrimonio y la unión de hecho; y, por último, la consecuencial desjuridificación –por la aparente pérdida del protagonismo social de la familia y de sus señas de identificación–, compatible con la existencia de normas de Derecho necesario (por ejemplo, las derivadas del principio de igualdad entre los cónyuges y entre los hijos) e incluso con la denominada *funcionalización y puerocentrismo* del Derecho de familia, puesto al servicio de los menores.

El fenómeno de desjuridificación se hace especialmente intenso a propósito del matrimonio, amenazado de vaciamiento por la despenalización del adulterio, la igualdad entre los hijos matrimoniales y no matrimoniales, la progresiva ampliación del divorcio y la tendencial equiparación entre el matrimonio y las uniones de hecho. Ya se comprende que si disminuye la importancia jurídica y social del incumplimiento de una de las obligaciones más personales y radicales del matrimonio (la fidelidad), si el estado matrimonial de los padres es cada vez jurídicamente menos relevante para los hijos, y si el divorcio evoluciona hacia la libre disolubilidad y a una hipotética configuración como derecho a descasarse, lo que sucede es que cambia el concepto y el contenido del matrimonio, la elección del cónyuge pierde trascendencia y, en definitiva, resuena cada vez con más fuerza un interrogante: ¿para qué casarse?

La propia dinámica de este proceso conduce a la desafección del matrimonio –disminuye su número y pierde sentido– y al aumento de las uniones no matrimoniales, propiciadas también por otras causas como son el trabajo de la mujer fuera de casa y el miedo a la vida, a las que cabe añadir algunos motivos subjetivos, que conducen a la unión y no al matrimonio, como son los ideológicos (por el rechazo derivado de su percepción como formalismo burocrático o estructura que coarta la espontaneidad del amor), jurídicos y económicos (porque acarrea la pérdida de derechos y ventajas), de capacidad (porque los sujetos no reúnen los requisitos legales para poder contraerlo) o de oportunidad (porque resulta inicialmente preferible someter la unión a la prueba de una convivencia prematrimonial).

Además, resulta que se ha ido produciendo un acercamiento mutuo entre el matrimonio y las uniones no matrimoniales, en virtud de la desjuridificación

del primero y la juridificación del segundo *ad instar matrimonii*. Por una parte, el Derecho ya no se muestra indiferente hacia esas uniones y se encamina, con paso más o menos decidido, a regular las relaciones entre los conviventes, los derechos y beneficios que les corresponden constante la unión y al término de ésta. Y, por otra, la pérdida y disminución de los impedimentos matrimoniales y de los requisitos de forma, así como la ampliación del divorcio, hacen que el matrimonio recorra el camino inverso. El fundamento teórico de la tendencial equiparación entre el matrimonio y la unión de hecho es la consideración de ambos como simples *formas* de organización de las relaciones afectivas, sexuales y convivenciales de los individuos, cuyo denominador común sería la cohabitación y la relación de afectividad, tendrían prácticamente los mismos efectos y les diferenciaría tan sólo la forma (*rectius*, formalidad convencional) del matrimonio; lo que, dicho sea de paso, resulta sorprendente por tratarse de uno de sus aspectos accidentales, desprovisto de juridicidad originaria, y muestra la reducción de la realidad matrimonial que se habría obrado en quienes así lo vieran.

Ya se comprende que el ordenamiento que recorra este camino considerará el matrimonio como una formalidad, un trámite burocrático, *una cáscara vacía*, un mecanismo inductor de la hipocresía social; pues aún entonces podría decirse que el matrimonio carecería de sentido pero no de significado, siempre que las uniones no matrimoniales (heterosexuales y homosexuales) mantuvieran su pretensión de equipararse a él.

No obstante, en honor a la verdad, parece que la mayoría de las reformas legislativas sobre el matrimonio y la familia pretende instrumentalizar las normas al servicio de planteamientos ideológicos que no han sido realmente queridos por la sociedad, para convertirlas en motor de un cambio forzoso, tanto si responden a una planificación de objetivos como si no. En cualquier caso, como observa Martínez de Aguirre, es posible identificar una línea subyacente en todo el proceso, la progresiva consolidación del individualismo o, lo que es lo mismo, la pérdida por el hombre del sentido de su naturaleza de ser personal, del que depende la realidad del matrimonio y de la familia.

Hasta aquí el *diagnóstico* de la principal *enfermedad, de pronóstico reservado*, que *padece* en nuestros días el Derecho de Familia.

En el segundo apartado del libro Martínez de Aguirre ofrece un *tratamiento* bajo el título *Familia, matrimonio y Derecho* (pp. 79-168), intentando recuperar el rumbo perdido en las últimas reformas legislativas. Consciente de la naturaleza de su trabajo, no pretende llevar a cabo un replanteamiento con toda la extensión y la profundidad que el caso requiere, pero aborda globalmente el fondo del asunto, apuntando algunas líneas de reflexión, al hilo de las cuestiones expuestas en la primera parte. «Adoptaré a tal fin –explica el autor–

una perspectiva finalista o teleológica: si el problema es la falta de vigor teleológico del matrimonio legal, de desdibujamiento de los fines de la institución matrimonial, de lo que se trataría es de recuperar ese vigor teleológico y, a partir de él, el sentido y contenido jurídicos del matrimonio» (p. 78).

El proceso de subjetivización, del que vuelve a ocuparse, afirma el carácter contingente, puramente cultural o histórico, de la familia; así como la soberanía de la sociedad y del individuo sobre ella. Según esta dinámica, la familia podría desaparecer y ser sustituida por una forma distinta de organizar las relaciones sexuales y la procreación, o dar lugar a diversos modelos de familias, todos ellos culturales e históricos, desprovistos de contenido natural.

Sin embargo, es obligado reconocer que el concepto de familia se apoya en unos fundamentos biológicos y antropológicos dotados de la perennidad propia de la naturaleza humana. En efecto, es evidente que la modalización sexual del ser humano –hombre o mujer– es una realidad natural que ni él, ni la historia, ni la cultura han decidido o pueden hacer desaparecer. Por otro lado, no es menos evidente que la finalidad básica de la complementariedad sexual es la fecundidad y que las necesidades de subsistencia, desarrollo y personalización del ser humano requieren un ambiente adecuado. En este contexto, el matrimonio y la familia se presentan como corolarios de esa realidad natural que es la diversidad sexual, dotados de una juridicidad originaria.

A partir de estas consideraciones, el autor afirma que los aspectos y contenidos fundamentales y más nucleares del matrimonio y la familia son naturales, universales en el espacio y constantes en la historia, y han sobrevivido a todos los intentos de hacerlos desaparecer. En cambio, fuera de esos rasgos son contingentes, diversos según los lugares y variables según los tiempos. Por lo demás, la existencia histórica de diferentes formas de organizar los hombres sus pautas sexuales y de reproducción, no implica que todas ellas sean naturales, pues el hombre puede actuar contra las exigencias de su naturaleza; pero cuando esto sucede, y traspasa los límites de tolerancia que marcan la frontera entre lo permanente y lo contingente, no queda indemne pues se degrada a sí mismo.

A continuación se detiene en el examen de las funciones naturales de la familia, que explican el interés del Derecho hacia ella como estructura ideal de perpetuación de la especie humana. En efecto, si se considera desde la perspectiva biológica o material (de reproducción y manutención) la familia resulta la estructura reproductiva y asistencial más barata y eficaz; y lo mismo sucede desde la perspectiva afectivo-espiritual (de maduración integral de la persona en sus potencialidades intelectuales, volitivas y afectivas), donde la familia se presenta además como estructura irremplazable de humanización, «el hábitat personal primario del hombre: el lugar donde nacer, crecer y morir

“primara y precisamente” como persona», según la conocida expresión de Vladrich (*Agonía del matrimonio legal*, Pamplona, 1984, p. 196).

Estas funciones, a partir de un determinado nivel cultural, tienen un carácter explícitamente jurídico; de ahí que el matrimonio interesa a la sociedad y al Derecho no en cuanto relación afectiva o sentimental, sino en cuanto fundamento de la familia como institución esencial para la continuidad del género humano en los términos apuntados. En este sentido, el matrimonio se presenta como el entorno más adecuado para un óptimo desarrollo del niño, que a su vez se produce por medio del (y paralelamente al) desarrollo de la personalidad de los progenitores como tales. Naturalmente que esto no significa que el reconocimiento jurídico del matrimonio y la familia obedezca a un deseo psicológico de los particulares (aunque exista), sino que se dirige a regular y proteger una estructura antropológica objetiva. No entenderlo así sería volver a incurrir en el subjetivismo más radical (ahora enmascarado bajo el libre desarrollo de la personalidad, *rectius* individualidad), ligado a sentimientos, afectos e intereses individuales, que conducen a la *cosificación humana* (derecho al hijo, derecho al aborto, etcétera) y reducen el matrimonio y la familia a estructuras donde todos acuden a recibir y ninguno a dar, con la consiguiente propensión al fracaso y a la disolución.

Llegado a este punto, Martínez de Aguirre se pregunta por la juridicidad intrínseca del matrimonio y la familia, y por la neutralidad de su Derecho. La respuesta al primer interrogante la encuentra en sus funciones esenciales, que exigen el reconocimiento de la juridicidad intrínseca y esencial, constitutiva, de la familia, derivada del compromiso de los cónyuges. Compromiso jurídico que no contradice el amor, sino que lo realiza a través del don de sí y lo convierte en debido (el matrimonio como comunidad de vida y amor debida en justicia). Por lo demás, demuestra que allí donde, en nombre de la libertad, se desjuridifica el matrimonio y la familia, emperora la situación de los más débiles (las mujeres y los hijos) y se fortalece correlativamente al más fuerte (el hombre). Y concluye proponiendo el criterio de la funcionalidad o disfuncionalidad social, a la hora de valorar una determinada regulación jurídica del matrimonio y la familia o un determinado modelo familiar; de tal manera que será buena la que les permita cumplir sus funciones, y mala la que las entorpezca o impida.

Esta misma clave es la que posibilita la resolución del segundo interrogante: si el fundamento de la intervención del Estado en esta materia viene determinado por la función social de la familia, ya se comprende que aquí no cabe la neutralidad; máxime cuando la tensión se plantea de ordinario entre una concepción objetiva y natural del matrimonio y la familia, y otra subjetiva e ideológica. Además, tampoco conviene olvidar que la misma neutralidad se

traiciona a sí misma, pues favorece la proliferación de modelos alternativos, de dudosa funcionalidad social.

La siguiente materia objeto de reflexión son las uniones no matrimoniales, de las que también se ocupó con anterioridad desde una perspectiva diferente. El autor procede ordenadamente. En primer lugar aborda la cuestión terminológica, donde subraya la pluralidad de formas que recibe la convivencia *more uxorio* para evitar la palabra concubinato; si bien considera que esta expresión es la más específica (tener una regular y completa relación de vida cotidiana con una persona del otro sexo, incluido esencialmente el comercio sexual) e inequívoca (algo absolutamente distinto, en su principio, de la relación matrimonial). En segundo lugar, siguiendo a Malaurie, señala sus características: heterosexualidad, facticidad, contenido sexual, exclusividad de la relación, notoriedad pública y estabilidad; y su tipología: uniones queridas en sí mismas como alternativa al matrimonio (por razones ideológicas, contra-matrimonio; económicas o jurídicas, por ejemplo, cohabitación senil; para probar la unión, por ejemplo, cohabitación juvenil, etcétera), o uniones toleradas como sustitutivo provisional del matrimonio que legalmente todavía no se puede contraer.

Una vez descrito este panorama, Martínez de Aguirre analiza las semejanzas y diferencias jurídicas que existen entre el matrimonio y el concubinato. En el inicio de ambos existe una voluntad. En el matrimonio se manifiesta positivamente un consentimiento que funda una comunidad de vida, con contenido y carácter institucional, que se proyecta hacia el futuro y lo compromete totalmente (hasta que la muerte nos separe). En cambio, el concubinato no supone la asunción de un compromiso de futuro, la comunidad de vida no es total (sino hasta que la vida nos separe), no incluye el porvenir, y depende de la subsistencia actual de la voluntad constantemente renovada de mantener la unión. Así pues, la estabilidad es un empeño propio del matrimonio, mientras que en las uniones de hecho es sólo una constatación de duración; por eso no hay que extrañarse de la mayor inestabilidad de estas últimas como modelo teórico y como realidad sociológica. Estos mismos elementos están presentes en el vínculo, plasmación jurídica del compromiso de futuro que los cónyuges instauran entre sí, que interesa a la sociedad y justifica el reconocimiento y protección del *status* matrimonial por parte del Derecho. Por contraste, la falta de compromiso característica de la unión de hecho explica que el Derecho aquí no aparezca salvo en el momento de su liquidación e incluso no siempre, que no se pueda hablar propiamente de derechos y obligaciones entre los concubinos y que los posibles convenios entre ellos ofrezcan serias dudas acerca de su validez y consiguiente eficacia. Existirán, en su caso, relaciones de paternidad, maternidad y filiación con las consiguientes obligaciones y derechos de padres e hijos, pero el tejido familiar estará incompleto al faltar la relación entre el padre y la madre.

Ante todo este panorama, ¿qué hace el Derecho? En primer lugar, valora en términos de funcionalidad las uniones no matrimoniales y concluye que constituyen un modelo de escaso valor social, sobre todo en comparación al matrimonio. Las diferencias, como hemos visto, no son accidentales: la falta de estabilidad, la inseguridad, el sometimiento a la voluntad de uno de los convivientes, la menor fecundidad de la unión, su más que dudosa eficacia como mecanismo de humanización y socialización de los niños, hacen que la postura lógica del Derecho es que proteja el matrimonio y desincentive las uniones de hecho, sin por eso inhibirse de las situaciones de injusticia en que se encuentren los convivientes y, especialmente, sus hijos. En nuestros días, el Derecho no puede ni debe adoptar el planteamiento napoleónico de ignorar a los concubinos en reciprocidad a que ellos se desentienden de él. A falta de conyugalidad, la juridicidad derivará de la consanguinidad, es decir, de las relaciones de paternidad, maternidad y filiación; será la suya una juridicidad extrínseca, ni propia ni exclusiva de la unión convivencial, pero percibida por los concubinos como tal (así se explica la aparente paradoja de que, quienes prescinden del Derecho a la hora de constituir y vivir su relación, acuden a él para resolver los problemas en el momento de la disolución).

Una posible actitud del Derecho ante el concubinato es equipararlo al matrimonio. Tal solución, desde la referida perspectiva funcional, no parece adecuada porque desincentivaría el matrimonio y lo convertiría en la *shadow institution* de la unión de hecho. A la misma conclusión se llega desde la lógica, pues falta el soporte de la equiparación (la *eadem ratio*), habida cuenta de que el matrimonio se sustenta sobre el vínculo jurídico y el concubinato sobre el hecho de la mera convivencia. Y otro tanto ocurre si se considera que la unión no matrimonial resultaría distorsionada en sí misma y dejaría de ser lo que es: primero, porque violentaría la voluntad de los convivientes que excluyeron el matrimonio y quedarían casados sin su consentimiento y en contra de él; segundo, porque perderían las ventajas o beneficios que pretendieron mantener evitando el matrimonio o, lo que es peor, no habría propiamente equiparación sino un fraude de ley al extender a la unión de hecho los beneficios del matrimonio pero no sus cargas y obligaciones; tercero, por el atentado contra la coherencia interna del ordenamiento que supone exigir unos requisitos para contraer matrimonio, al mismo tiempo que se aplica el mismo conjunto normativo a quienes no los reúnen; cuarto, porque la equiparación al matrimonio sobre la base de la convivencia y la afectividad es arbitraria respecto a las uniones poligámicas y discriminatoria por razón de sexo respecto a otras formas de convivencia por razón de amistad o de economía, sin base sexual; y quinto, porque la equiparación supone ir en contra de la decisión adoptada, social y constitucional, sobre la función del matrimonio como institución encaminada a propiciar y proteger las uniones estables heterosexuales.

Otra posible actitud del Derecho ante el concubinato es proporcionarle una regulación específica, con el riesgo de convertirlo en un matrimonio de segunda clase o, dicho de otro modo, en un matrimonio *light*; pero ni siquiera entonces, ante la pluralidad de formas que adopta lo que de suyo tiene un mínimo denominador común (la convivencia de varón y mujer de contenido sexual con exclusión del matrimonio), podría considerarse resuelto el problema: siempre existirían uniones de hecho al margen de cualquier régimen jurídico y el legislador sólo habría conseguido complicar la situación todavía más.

Una última opción es el recurso a las reglas generales. El respeto de la voluntad de los convivientes lleva a no regular toda la relación, sino sólo algunas cuestiones puntuales, necesitadas de una solución justa. Para ello bastará de ordinario aplicar el Derecho común: el principio de equiparación entre la filiación matrimonial y la no matrimonial, las reglas sobre la comunidad de bienes, la sociedad, el enriquecimiento sin causa, la culpa extracontractual y el juego de la autonomía privada, a través de convenios reguladores de la convivencia no matrimonial. Se trata, en definitiva, de resolver los problemas de la unión de hecho, sin necesidad de equipararla al matrimonio o crear un segundo *status* y esto no por sanción o rechazo ideológico, sino por razones de funcionalidad social. De esta forma el Derecho tomaría en consideración la unión de hecho y solucionaría sus dificultades, sin necesidad de *matrimonializarla* y lesionar la funcionalidad social del propio sistema.

Llegado a este punto, Martínez de Aguirre, acomete el estudio de las uniones homosexuales afirmando que no encajan ni con el matrimonio ni con el concubinato, caracterizados ambos por la heterosexualidad de la relación. De nuevo aflora la concepción subjetiva e individualista de la sexualidad y la familia, presentando las uniones homosexuales como una forma alternativa más, tan legítima y digna de protección como cualquier otra. La respuesta jurídica a este planteamiento no puede perder de vista la enorme disfuncionalidad social de estas uniones que contradicen el sentido natural de la diferenciación y complementariedad sexual, de la que derivan unas consecuencias que ni la sociedad ni el Derecho pueden obviar: 1.º, no son capaces de cumplir la función que tiene asignado el matrimonio y la familia en orden a la supervivencia de la sociedad: son uniones estériles, incapaces estructuralmente de reproducirse como consecuencia directa y exclusiva del ejercicio de la sexualidad; 2.º, aunque pueden tener hijos *ortopédicamente* (por ejemplo, por adopción o, si son mujeres, mediante reproducción asistida) no son idóneas para proporcionar al niño un ambiente de humanización y socialización adecuado; 3.º, su eventual juridicidad es más extrínseca que la de las uniones no matrimoniales, porque no cuentan con la juridicidad derivada no ya de la conyugalidad, sino de la consanguinidad; 4.º, las uniones homosexuales carecen de cualquier con-

tenido institucional relevante: no pueden servir de fundamento a una familia y su eventual reconocimiento dañaría al matrimonio que sería identificado como la mera unión subjetiva de dos voluntades heterosexuales; y 5.º, la unión homosexual es un caso de relación afectiva con contenido sexual, pero sin consecuencias sociales relevantes derivadas de su propia naturaleza, de tal manera que el deseo psicológico de los conviventes no sólo no justifica el reconocimiento y la protección de la sociedad a través del Derecho, sino que su evidente disfuncionalidad reclama que éste las desincentive.

*Hacia la recuperación del sentido del matrimonio* (pp. 169-215) es el título del último capítulo del libro en el que Martínez de Aguirre vuelve sobre «algunos de los tópicos que (...) constituyen aspectos centrales de la discusión moderna sobre el matrimonio» (p. 170) y que ya tuvo ocasión de resaltar con anterioridad al poner en relación el matrimonio con las uniones no matrimoniales, pero ahora los aborda desde una perspectiva directa, con la brevedad, claridad y profundidad de que hace gala a lo largo de toda la monografía.

A partir del principio clásico de que el matrimonio lo produce el consentimiento matrimonial es posible recordar que este último es la causa de la que depende el matrimonio (efecto) sólo inicialmente; y, de hecho, cuando el Derecho hace depender la subsistencia del vínculo de la voluntad de uno o de los dos cónyuges (en pro el divorcio), se difumina la consistencia del compromiso y el matrimonio se aproxima al concubinato. Del mismo modo, la exigencia de matrimonialidad del consentimiento pierde sentido cuando la configuración legal del matrimonio queda reducida a formalidad externa o cuando se admite que los cónyuges autocalifiquen su voluntad como matrimonial, sin exigirles la aceptación del contenido natural que le corresponde. Pero entonces del matrimonio tan sólo queda una palabra vacía, donde cabe cualquier contenido pero que no sirve para nada, o para muy poco.

Para salir de este callejón sin salida es preciso volver sobre el alcance de la voluntad en el matrimonio, que se mueve entre el contrato y la institución. Bien es verdad que la consideración del matrimonio como contrato no por extendida es del todo acertada y sus semejanzas no van más allá de la juridicidad y del acuerdo de voluntades que está en la base de ambos. Por lo demás, en cuanto el contenido esencial del matrimonio y los aspectos regulados por normas positivas de Derecho necesario está sustraído a la autonomía de la voluntad de los cónyuges, podemos catalogarlo como institución, al margen de que el legislador positivo lo desnaturalice o permita que los particulares lo hagan. Esta institución es la que garantiza la estabilidad de la familia de fundación matrimonial sobre la que a su vez se apoya, por su misma estabilidad institucional, la continuidad de la sociedad.

Antes de terminar su trabajo, el autor aborda tres cuestiones más: la re-

lación entre la forma y el consentimiento, entre el matrimonio y la familia, y el divorcio.

Es bien conocido que la forma como requisito *ad validitatem* del matrimonio se introdujo por motivos históricos ligados al fracaso del matrimonio informal y que se apoya en razones de conveniencia social, como son la publicidad del matrimonio, la certeza y garantía del vínculo, el conocimiento y la correcta constitución de los núcleos básicos de la sociedad, que presume la existencia, sinceridad y matrimonialidad del consentimiento, y que subraya la trascendencia del acto que se va a realizar. Sin embargo, la experiencia reciente nos enseña que cuando estas funciones se extrapolan y se olvida el papel esencial del consentimiento como causa eficiente del vínculo jurídico que compromete el futuro, el matrimonio queda reducido a la forma y termina afirmándose que es la única diferencia existente entre el matrimonio y la unión de hecho.

En cuanto a la relación entre matrimonio y familia, el autor recuerda que el matrimonio es social y jurídicamente digno de protección no por el deseo psicológico de los esposos, ni por la eventual relación de afectividad que encierra, sino por sus consecuencias naturales (como institución, no en cada caso concreto): procreación y educación de los hijos, supervivencia de la sociedad y continuidad de la especie humana en cuanto tal. Por otro lado, explica que la familia fundada sobre el matrimonio es, como éste, la que se corresponde con la naturaleza humana: 1.º, por la presencia de ambos cónyuges, necesaria para la procreación *humano modo* y muy conveniente para la educación; 2.º, porque el compromiso matrimonial se abre y se dirige a los hijos (con independencia de que éstos vengan), y genera vínculos dotados de juridicidad propia (que unen a los esposos entre sí y a ambos, individualmente y como matrimonio, con los hijos).

Esto no supone ignorar la existencia de otras familias, fruto de uniones no matrimoniales, de relaciones sexuales ocasionales o del recurso a las técnicas de reproducción asistida; porque no hay que confundir el que sus miembros, principalmente los hijos, merecen en justicia la protección del Derecho, con que esas familias deban ser tratadas del mismo modo que las de fundación matrimonial, pues la funcionalidad social de unas y otras no es la misma. En efecto, la mayor estabilidad de la familia matrimonial la convierte en un instrumento mucho más apto para la generación y educación de los hijos, y para lograr el pleno desarrollo del varón y de la mujer. Por eso, podemos concluir con Martínez de Aguirre, que una política familiar que pretenda ser socialmente eficaz debe dirigirse fundamentalmente a la incentivación de la familia matrimonial.

La cuestión de la estabilidad está ligada a la idea de duración (el matri-

monio es una realidad destinada por su propia naturaleza a durar) y alcanza su plenitud institucional con la indisolubilidad. Esta característica puede ser considerada desde la perspectiva jurídica del consentimiento matrimonial, como totalidad de la entrega mutua entre los cónyuges que se proyecta hacia el futuro y lo compromete por completo. Cabe también contemplarla desde la perspectiva social, porque la indisolubilidad proporciona mayor firmeza al vínculo y, a través de él, garantiza al matrimonio y a la familia el cumplimiento de sus funciones, sin que éstas pierdan su razón de ser en la fase de *nido vacío*. Además de que este ciclo de la familia está comprendido dentro de la totalidad de la comunidad de vida conyugal, conviene advertir que el matrimonio estructuralmente amenazado de desaparición no sería un *habitat* humano adecuado. Y tampoco puede olvidarse que la indisolubilidad es del matrimonio y no depende de que en el caso concreto carezca de hijos o su educación haya terminado.

Por lo que se refiere directamente al divorcio, es un elemento desestabilizador del matrimonio que produce disfunciones de tipo social: 1.º, se ofrece como una salida fácil y cómoda que no ayuda a los cónyuges a esforzarse en solucionar sus problemas y preservar su matrimonio; 2.º, desincentiva la natalidad; 3.º, debilita el matrimonio ante las agresiones externas (otro hombre, otra mujer) posibilitando legalmente una nueva unión; 4.º, a diferencia de la separación conyugal, que mantiene el vínculo y permanece abierta a la reconciliación, el divorcio lo extingue y permite a los cónyuges el acceso a un nuevo matrimonio; y 5.º, como mecanismo corrector de la elección de cónyuge, dirigido a satisfacer intereses individuales, se mueve en las antípodas del matrimonio como compromiso, vínculo e institución y arruina la familia.

Al término de estas reflexiones, el autor concluye que el matrimonio indisoluble y el matrimonio disoluble por divorcio no son en sustancia una misma cosa, y se pregunta cuál debería ser el contenido de una política razonable en esta materia. Como respuesta ofrece dos posibles soluciones. La primera parte de que la indisolubilidad no es una imposición religiosa o ideológica, sino que deriva de los caracteres propios del amor conyugal y de razones de interés social en la estabilidad del matrimonio y la familia, por lo que no sería impensable que un ordenamiento civil, no confesional, decidiera mantener la indisolubilidad del matrimonio como mecanismo de protección de la familia. La segunda solución, que reconoce teóricamente inferior a la anterior pero más realizable en las sociedades de corte occidental, consistiría en limitar las posibilidades de acceso al divorcio por su disfuncionalidad, y reconocer y potenciar la opción por un matrimonio civilmente indisoluble.

Para terminar, parece oportuno señalar que el libro del profesor Martínez de Aguirre ha sido publicado en la colección de *Documentos del Instituto de*

*Ciencias para la Familia* (DIF), de la Universidad de Navarra. Sus lectores encontrarán en él, además de su *diagnóstico del Derecho de familia*, un *pronóstico* bien fundado y un *tratamiento* eficaz. El autor ha sabido conjugar en su exposición el nivel, la profundidad, el rigor y la técnica del especialista, con un estilo elegante y un lenguaje claro y directo, por lo que sus potenciales destinatarios no son sólo los juristas o los estudiantes de Derecho, sino todos aquéllos que están interesados en los temas básicos del matrimonio y la familia.

JAVIER FERRER ORTIZ

MORELLI, MARIO ROSARIO: *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia* (Núm. 3, Collana di Diritto di Famiglia: gli orientamenti dei tribunali. Itinerari della giurisprudenza), CEDAM, Padova, 1996, 179 pp.

Estamos en presencia de una obra breve que de forma sintética y clara recoge el estado de la cuestión, poniendo el acento especialmente en el «derecho de los jueces», sobre la configuración esencial y vital del nuevo régimen patrimonial de la familia italiano surgido de la reforma de 1975; en las notas a pie de página cita las principales obras generales en la materia y hace referencias precisas a la doctrina que más ha trabajado cada uno de los puntos abordados; también son frecuentes las alusiones a pronunciamientos recientes de la Corte de Casación y a la jurisprudencia constitucional. El autor, consejero de la primera sección civil de la Corte de Casación y con amplia experiencia docente e investigadora en Derecho constitucional, civil y penal, no elude el tratamiento conjunto de contenidos interdisciplinarios relacionados con el régimen patrimonial de la familia.

Se trata de una obra introductoria que nos facilita una información condensada y, a la vez, diversificada sobre las relaciones patrimoniales entre cónyuges en Italia. De esa información transcribo seguidamente las ideas que me han parecido más sugestivas y que pueden ser de utilidad para discurrir problemas de la comunidad conyugal legal en los diversos Derechos civiles españoles donde existe.

Con la reforma del Derecho de familia operada por la Ley 151, de 19 de mayo de 1975, el régimen patrimonial de la familia en el Código civil italiano presenta la siguiente estructura: disposiciones generales (sección I: arts. 159-166), el fondo patrimonial (sección II: arts. 167-171), la comunidad legal (sección III: arts. 177-197), la comunidad convencional (sección IV: arts. 210-211), el régimen de separación de bienes (sección V: arts. 215, 217-219) y la empresa familiar (sección VI: art. 230 bis). Los artículos 172-176, 198-209, 212-214, 216 y 220-230 fueron derogados por la citada ley de 1975 y permanecen sin contenido.