

ámbito jurídico-eclesial de la promulgación por el Pontificio Consejo para los textos legislativos, el 25 de enero de 2005, de la Instrucción *Dignitas Connubii*. No obstante, y se trata de una apreciación estrictamente personal, considero, de una parte, que hubiese sido conveniente haber prestado mayor atención a las importantes reformas legislativas en la institución del matrimonio civil llevadas a cabo el mismo año de la publicación del documento pontificio. Por otra, y sin restar importancia a la repercusión del Estatuto de Cataluña en el proceso de desarrollo de los Acuerdos concordatarios, entiendo que sería preferible enmarcar su tratamiento en el ámbito general del Derecho eclesiástico autonómico del Estado español (tema que ha despertado un escaso interés doctrinal, a pesar de que ya existe un grupo nutrido de profesores que aborda la materia bajo el auspicio de un macro proyecto de investigación), desde la perspectiva de la competencia singular que el texto estatutario concede a la Generalidad en materia de regulación del factor social religioso.

MARÍA DEL MAR MORENO MOZOS

**ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Derecho de familia y de la persona*, Bosch, Barcelona, 2007. Tomo 1: *De la persona*, 736 pp. Tomo 2: *Capacidad*, 942 pp. Tomo 3: *Familia*, 963 pp. Tomo 4: *Matrimonio*, 813 pp. Tomo 5: *Regímenes económicos matrimoniales*, 621 pp. Tomo 6: *Efectos y medidas de la ruptura conyugal*, 934 pp. Tomo 7: *Procesos matrimoniales*, 857 pp.**

#### **I.- Planteamiento de la recensión.**

1. No es fácil recensionar una obra como ésta: un total de casi seis mil páginas, en siete volúmenes, dedicadas al amplísimo conjunto de materias que integran el Derecho de Familia y de la Persona. Limitarse a relacionar esos contenidos es notoriamente insuficiente, y pretender debatir con el autor acerca de ellos, o de parte de ellos, abocaría a escribir cuando menos un volumen de extensión semejante a cualquiera de los recensionados. Al final, he optado por hacer en primer lugar una caracterización valorativa de la obra en su conjunto, señalando los rasgos que en mi opinión son más significativos, de manera que el lector pueda hacerse una idea global de ella; y, a continuación, una exposición de los contenidos de cada uno de los volúmenes, haciendo hincapié en aquellos aspectos que en mi opinión pueden resultar de mayor interés para los lectores de esta revista. Esto quiere decir que algunas de las afirmaciones que haré en la caracterización general quedarán desarrolladas y (espero) justificadas en la exposición relativa a cada uno de los tomos de que consta la obra.

#### **II.- Caracterización general.**

2. Lo primero que cabe decir (y salta a la vista) es que se trata de una obra monumental: ya he mencionado antes el número de volúmenes, y el de páginas. En ella está todo lo que cabría esperar, y algunos contenidos quizá no tan esperables, sobre todo en lo que se refiere al Derecho de la Persona. Desde este mismo punto de vista cuantitativo, cabe subrayar la abundancia, en algunos momentos quizá excesiva, de citas literales en ocasiones muy extensas, algunas de las cuales (y no es excepcional) llegan a ocupar varias páginas seguidas; normalmente, recogen textos de sentencias, aunque no falta alguna Exposición de Motivos. Las citas son pertinentes, aunque quizá una mayor contención hubiera sido de agradecer.

3. La sistemática es razonable. Evidentemente las opciones tomadas por el autor no son las únicas posibles, pero están muy lejos de ser descabelladas, y responden a criterios muy defendibles: como tantas otras veces, no son ni mejores ni peores que otras opciones distintas, igualmente razonables. Así, los dos primeros volúmenes están dedicados al Derecho de la Persona (y el segundo, más específicamente, a cuestiones relacionadas con la capacidad: sobre esto volveré más adelante). Los otros cinco volúmenes abordan el Derecho de Familia, en toda su extensión: aspectos personales y patrimoniales, sustantivos y procesales.

Dicho esto, no me resisto a señalar algunas de esas opciones sistemáticas que me han llamado la atención: por ejemplo, que entre el estudio de la nulidad, la separación y el divorcio (tomo 4) y el de los efectos y medidas de la ruptura conyugal (tomo 6), se intercale el volumen dedicado al estudio de los regímenes económicos matrimoniales (tomo 5): es, sin embargo, una cuestión menor, por ser volúmenes independientes, lo que permite consultar cada materia en el momento en que sea preciso, y emplear los diferentes tomos en el orden que se considere preferible. Por otro lado, resulta poco habitual que del convenio regulador de la separación o el divorcio se trate en el volumen dedicado a los procesos matrimoniales: es verdad que desde algún punto de vista puede entenderse que es una exigencia procesal ("*a la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador*": art. 81.1º Cc), pero su contenido es claramente sustantivo; pero más que esta cuestión de "naturalezas", aquí el problema para el lector que esté interesado en consultar lo relativo a ese convenio, puede ser localizarlo en el conjunto de la obra: la dificultad se solucionaría fácilmente añadiendo un índice tópic general, al término del tomo 7. Por último, dentro de este breve espigueo en cuestiones relacionadas con la ordenación sistemática de la obra, mencionaré que en ocasiones se fuerzan las categorías para hacer encajar en ellas el conjunto de temas que el autor quiere tratar bajo su amparo: ello ocurre muy destacadamente en el tomo I, dentro del capítulo dedicado a los derechos de la personalidad: pero de ello hablaré también más adelante.

4. Desde el punto de vista metodológico, creo que una de las claves que explican mejor la obra, es que se trata de un conjunto de libros escritos por un abogado: de hecho, estas son las primeras palabras de la introducción. No es, sin embargo, un libro pensado útil exclusivamente para abogados, como tantos al uso: no estamos ante un *poutpurri* de sentencias y formularios, con el aderezo eventual de superficiales citas doctrinales. Su finalidad no es, al menos primordialmente, ayudar a otros abogados a ejercer su profesión, aunque evidentemente será útil al abogado que ha decidido a emplearlo. Pero también es claro que no es un libro escrito por un académico, lo que quiere decir que no responde a los parámetros habituales en la literatura más estrictamente doctrinal, o mejor, universitaria. Esto no tiene por qué ser malo, y en el caso presente no lo es, aunque también conviene subrayar que algunos de los aspectos menos afortunados de la obra podrían haberse evitado si se hubieran tenido más en cuenta algunos de esos parámetros, que no son arbitrarios, ni tienen como finalidad básica demostrar erudición. Así, por ejemplo, la discusión teórica (que abunda, a diferencia de lo que ocurre en tantos libros, más que prácticos, "practicones") podría haberse visto muy enriquecida si la selección bibliográfica hubiera sido más cuidada, y estuviera más al día: de ello hablaré también más adelante.

Desde algún punto de vista cabría calificar esta obra como "biográfica": no en cuanto contiene la biografía de autor, sino en cuanto se explica por la biografía del autor: es el fruto de una larguísima dedicación, como abogado, como conferenciante y

como escritor al Derecho de Familia y de la Persona; la obra trasluce todo lo que ZARRALUQUI ha pensado, leído y practicado durante todos esos años, sobre todo a partir de las reformas del Código civil de 1981, que han supuesto el punto de arranque de una verdadera revolución del Derecho de Familia español, que no ha dejado de afectar a ninguna materia de las que convencionalmente lo integran. Parece como si el autor, en lugar de dar a la imprenta una selección de sus estudios y publicaciones, hubiera decidido emplear tales estudios, más su experiencia como abogado, para hacer una extensísima refacción y puesta al día; refacción, por otro lado, muy personal, que explica buena parte de las luces, y también alguna de las sombras, de la obra.

5. La información que ZARRALUQUI maneja y proporciona es desigual:

a) Hay una abundantísima información jurisprudencial, en la que se recogen sentencias del tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo, y de las Audiencias Provinciales; no faltan, y están traídas oportunamente, sentencias significativas de algunos Tribunales Superiores de Justicia así como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Naturalmente, en las materias más litigiosas la importancia de la jurisprudencia es muy relevante, mientras que en aquéllas que llegan menos a los tribunales esta información pierde importancia frente a la doctrinal.

b) La información legal es en términos generales completa, y actualizada. Pero es aquí donde puede apreciarse alguna de las sombras de las que he hablado más arriba. En efecto, la actualización es más completa cuando se refiere al Derecho común (es decir al del Código civil), mientras que hay algún desliz cuando aborda Derechos autonómicos. También hay que mencionar algunos problemas en lo que cabría llamar la gestión de la actualización: lo expondré con un ejemplo, que no es el único. En el tomo 1 se aborda extensamente la procreación asistida (pp. 59 a 191). Como es sabido, la temprana y técnicamente muy deficiente Ley de Técnicas de Reproducción Asistida (LTRA) de 22 de noviembre de 1988 fue derogada por la vigente Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA) de 26 de mayo de 2006, que recoge en su texto muchos de los preceptos de la ley derogada, pero introduce también modificaciones relevantes; pues bien, buena parte de la exposición se hace con exclusiva mención de la LTRA derogada, dando aparentemente como vigentes preceptos cuyo contenido o cuya numeración ha variado, de manera que el lector no informado puede creer durante un buen número de páginas que la ley de 1988 está todavía en vigor, y que los preceptos cuyo contenido se expone son los vigentes, cuando no es así; la nueva ley es expuesta sucinta y descriptivamente en las pp. 174 y ss., bajo el equívoco título *La reforma de la ley de 26 de mayo de 2006*: lo correcto hubiera sido advertir desde el principio cuál es la ley vigente, y adaptar todo el tratamiento del tema a los preceptos y reglas de la nueva ley, por más que en muchos casos coincidan con los de la derogada. La exposición, tal y como está hecha, provoca un nivel importante de confusión, y puede hacer que el lector, sobre todo cuando lo que quiere es consultar un problema concreto, pueda incurrir en errores importantes. Sería precisa, en este caso, una refacción entera de toda esa materia, a la luz de la ley vigente.

c) La información doctrinal es, sin duda, uno de los puntos flacos de este *Derecho de Familia y de la Persona*. No tanto porque no sea exhaustiva (en una obra de estas características no tendría por qué serlo), sino por fallos en la selección realizada: faltan obras básicas en muchos de los capítulos, y más, a medida que tales obras han visto la luz más recientemente; no creo que se pueda hablar propiamente de una selección de obras empleadas: lo que hay es simplemente un reflejo de las que el autor ha empleado en cada caso y en cada momento. Desde el punto de vista temporal, predominan las

publicadas en los años ochenta y principios de los noventa, aunque tampoco aquí hay ni exhaustividad ni selección de obras básicas: están algunas de las importantes, pero no todas, y algunas ausencias son clamorosas. No es cuestión de hacer una relación, que sería excesivamente larga; pero como más arriba he hablado de las técnicas de reproducción asistida, podría referirme en esa misma materia a los libros de las profesoras PÉREZ MONGE *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, (Madrid, centro de Estudios Registrales, 2002) y ALKORTA IDIÁKEZ (*Regulación jurídica de la medicina reproductiva*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2003): téngase en cuenta, además, que en esta materia los avances no son sólo ni principalmente jurídicos, sino sobre todo biotecnológicos, de cuya ausencia se resiente una exposición apoyada fundamentalmente en trabajos ciertamente meritorios de los años ochenta. Y lo mismo podríamos decir de tantos otros capítulos o materias, en los que una selección bibliográfica cuidadosa hubiera enriquecido el conjunto.

Con todo, quiero hacer una advertencia: aunque como he dicho la profundidad del análisis padece, en muchas ocasiones las carencias bibliográficas están suplidas por los conocimientos, reflexiones y experiencia del autor. Si la obra no es útil como muestra del *status quaestionis* doctrinal, las reflexiones y los análisis personales que aporta, se compartan o no (y en el caso de quien esto escribe, de todo hay), son dignas de ser tomadas en consideración. Se puede decir, por tanto, que el tratamiento en general es doctrinalmente insuficiente, pero no superficial. Lo que ocurre es que esas reflexiones podrían haber llegado más lejos si se hubieran empleado algunos trabajos que no han sido tenidos en cuenta.

Hecha esta caracterización general de la obra en su conjunto, pasaré, como he anunciado, a hacer una breve reseña de cada uno de los siete tomos, deteniéndome en aquéllos que entiendo que pueden revestir mayor interés para los lectores de esta Revista.

### III.- Tomo 1: Derecho de la persona.

6. El tomo 1 está dedicado al Derecho de la persona, entendiéndose por tal la persona física (el autor prescinde, razonablemente, de la persona jurídica, a la que dedica aproximadamente una página). Es aquí donde probablemente hay más contenidos sorprendentes, en el sentido de inesperados.

El capítulo primero se dedica a la persona física, y en él se incluyen, además de lo relativo a persona y personalidad, todo lo atinente al comienzo y fin de la personalidad: el concebido, el nacimiento y el fin de la personalidad (hasta aquí, materias tratadas habitualmente en esta sede), pero también, y esto no es tan usual, lo relativo a la procreación asistida, y a la investigación y experimentación con embriones humanos. Como digo, esto último no es habitual, pero es una opción perfectamente legítima. En esta materia, no me resisto a comentar brevemente algunas opiniones mantenidas por ZARRALUQUI: en la p. 29 afirma que "*persona* solamente es el hombre y que todos los hombres son personas"; la aplicación de la regla al concebido, sin embargo, no es automática: así, en la página 36 afirma que "la persona, como centro del universo del Derecho, existe como tal desde su nacimiento"; a partir de ahí, la opinión de ZARRALUQUI se radicaliza, y llega a hablar del "producto de la fecundación antes de ser persona" (p. 124), y a afirmar que la madre tiene sobre el embrión un dominio "semejante al que puede ostentar sobre sus tejidos, órganos, vasos, huesos y miembros" (p. 126). Pero todo esto, si hacemos caso de la primera afirmación, quiere decir entonces que antes del nacimiento (pongamos, diez minutos antes) no se es persona... ¿porque no se es hombre?; pero si no es hombre, ¿qué es? porque aquí "hombre" no puede

querer decir nada diferente a pertenencia a la especie humana; y el ser humano existe, con vida propia distinta de la de la madre (y cabe remitirse a los recentísimos estudios de LÓPEZ MORATALLA), desde la concepción; y ese ser que tiene vida propia distinta de la madre, pertenece a la especie humana y no a otra: no es sino la primera etapa en la vida de todo hombre: la primera edad, que resulta ser legalmente crucial, porque de ella se hace depender el derecho a la vida. En este sentido, los fundamentos biológicos en los que se apoya la exposición de ZARRALUQUI en este punto son muy antiguos (estamos, nuevamente, ante trabajos publicados básicamente en los años ochenta), dada la evolución experimentada por los conocimientos científicos en los últimos años.

7. El capítulo segundo de este tomo 1 está dedicado a los derechos de la personalidad, entendidos no en su sentido técnico más estricto, sino en un sentido amplísimo que permite abordar numerosas materias que de otra forma quedarían fuera del estudio: así, no cabe duda de que el derecho a la identidad personal (pp. 277 y ss.) es un derecho de la personalidad, pero la regulación pormenorizada del nombre responde a razones de interés público ligadas a la identificación de los ciudadanos, y por tanto queda más allá de la estricta frontera de los derechos de la personalidad; pero de todo ello (y de más cosas, igualmente alejadas de los derechos de la personalidad: por ejemplo, los títulos nobiliarios y su régimen jurídico: pp. 337 y ss.) se trata indiscriminadamente en esta sede: probablemente hubiera bastado con advertir esta amplitud de planteamiento, que se repite después en relación con otros derechos y libertades. En este sentido, se abordan también, brevemente, cuestiones como (entre otras muchas) la libertad de ideología, de religión y de culto (pp. 553-555.), la libertad de cátedra (pp. 571-573), los derechos de las personas en cuanto consumidores y usuarios (pp. 657-662), el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo (p. 669), o el derecho a la educación física y al deporte (p. 674), así como la suspensión de los derechos y libertades (pp. 679-689): he mencionado estos, muy diferentes entre sí, simplemente para justificar mi afirmación de que el autor se ha movido aquí muy lejos de los confines propios de la categoría (es verdad que debatida) de los derechos de la personalidad; desde este punto de vista, tales contenidos son sorprendentes, por inesperados. Por lo demás, en muchas ocasiones la aproximación, muy ambiciosa en cuanto al número y la importancia de los derechos estudiados, resulta pobre por el poco espacio que se dedica a cada uno de ellos.

Para finalizar con este tomo 1, baste indicar que el capítulo III se dedica a la actuación por persona distinta del titular, es decir, a la representación.

#### **IV.- Tomo 2: Capacidad.**

8. El tomo 2 gira, efectivamente, en torno a la capacidad de obrar, con una breve examen previo del concepto de estado civil. Aquí ZARRALUQUI examina por un lado la minoría de edad (capítulo I.III), como la incapacitación y otras limitaciones a la capacidad de obrar (capítulo II). Lo hace también con un planteamiento muy amplio, que le permite considerar un ambicioso conjunto de cuestiones relacionadas con la edad o con las limitaciones a la capacidad de obrar, aunque en sí mismas no tengan relación directa con la capacidad de obrar: así, por ejemplo, en sede de minoría de edad se analiza la responsabilidad penal de los menores (pp. 139 y ss.) o el traslado o retención ilícitos de menores (pp. 176 y ss.). Se aborda también el estudio de las instituciones de protección de menores o incapaces, que constituyen como la otra cara de la moneda de la limitación de la capacidad de obrar –tutela, curatela y defensor judicial, básicamente–, a las que se dedica el capítulo V. Entre estas instituciones no está la patria potestad, que es estudiada en el tomo 3, en el marco más amplio de las relaciones paternofiliales.

Junto a éstos, hay dos capítulos cuya relación con la capacidad de obrar es más lejana. Me refiero, en primer lugar, al capítulo III, cuyo título ("*Otras circunstancias que pueden influir en la capacidad de obrar*") resulta equívoco: en efecto, se abordan aquí materias como el sexo, la vecindad civil, el domicilio personal o familiar que no afectan a la capacidad de obrar, y otras que solo indirectamente lo hacen, como la ausencia o la nacionalidad. Con todo, hay que señalar, en defensa del criterio adoptado por el autor, que se sitúa en una línea de pensamiento (la que vincula estado civil con capacidad de obrar) que hunde sus raíces en la magistral aportación del profesor DE CASTRO. También aquí nos encontramos con algún problema de actualización, como cuando se afirma, en relación con el sexo, que "en la regulación del matrimonio (arts. 32.1 CE y 44 CC), de la capacidad conjunta de adoptar (art. 175 CC y DA 3ª L. 21/1987) y de otras derivaciones de la pareja paramatrimonial, como veremos en su lugar oportuno, cada uno de los sexos tiene capacidad exclusiva para formar estas parejas con un individuo del otro sexo", afirmación que no es correcta en relación con nuestro Derecho positivo tras la ley 13/2005, que admite el matrimonio civil entre personas del mismo sexo. También, cuando al hablar de la tutela de la entidad administrativa (art. 239 Cc.: pp. 826 y ss.) se alude únicamente a la que afecta a menores en situación de desamparo, pero no a la de incapaces, introducida en el precepto tan bienintencionada como defectuosamente por la ley 41/2003.

Tampoco tiene relación directa con la capacidad de obrar el capítulo IV, dedicado a los menores en situación de desprotección social: guarda, acogimiento y adopción. En él se estudian las medidas que adopta el ordenamiento frente a esas situaciones de desprotección de menores, medidas que culminan eventualmente con la adopción. Aquí el problema no es tanto de falta de capacidad de obrar, como de necesidad de protección. Desde este punto de vista, podría bastar con añadir al título genérico de este tomo (*Capacidad*) la mención de las instituciones de protección de menores e incapaces. Por último, en lo que se refiere a la adopción conjunta por parejas del mismo sexo, abordada casi de pasada en las pp. 718 y 719, me parece que la importancia del tema hubiera exigido una información más completa acerca de la polémica existente, y una reflexión más reposada; por lo demás, hay una cierta contradicción entre lo afirmado aquí y lo que el propio autor dice respecto a esta misma cuestión en el tomo 4, pp. 212 y 213, donde parece adoptar una posición más prudente.

#### **V.- Tomo 3: Familia.**

9. El tomo 3 está dedicado a las relaciones de familia en general, dentro de las que se incluyen las relaciones ligadas a la paternidad y a filiación. Esto, que no es habitual, expresa desde algún punto de vista una idea que me parece muy acertada: la idea de que la relación de filiación es la relación nuclear, fundamental, en el Derecho de Familia, la que da cuenta más radicalmente de su razón de ser.

Tras un capítulo preliminar dedicado a la familia (que incluye una decena de páginas dedicadas a la empresa familiar), se exponen detalladamente las reglas relativas a paternidad y filiación (capítulo I), a las relaciones paternofiliales (básicamente, la patria potestad: capítulo II), el parentesco y las relaciones con otros parientes (capítulo III) y la obligación de alimentos (capítulo IV). En todos los casos se expone compendiadamente la regulación de los derechos autonómicos, aunque ocasionalmente hay algún desliz en la puesta al día de las legislaciones forales o especiales: así, por ejemplo, al exponer la regulación de los alimentos en Derecho aragonés, no se recogen las reglas contenidas en la Ley 13/2006, de Derecho de la Persona.

**VI.- Tomo 4: Matrimonio.**

10. Este tomo 4 concentra, a lo que entiendo, la mayor parte de las cuestiones que pueden revestir mayor interés para los lectores de esta revista. En él ZARRALUQUI comienza el estudio del matrimonio, que se prolongará hasta el tomo 7. Por otro lado, en mi opinión la obra sube de nivel a partir de este volumen, aunque siga respondiendo a las características de que he hablado más arriba. Es un terreno en el que el autor se desenvuelve con mayor soltura, y en el que las opciones sistemáticas son más reducidas.

11. El capítulo I agrupa, bajo a gráfica denominación *Antes del matrimonio*, un conjunto de figuras que cronológicamente ocurren antes de la celebración del matrimonio: desde la promesa de matrimonio hasta el expediente prematrimonial, pasando por las capitulaciones matrimoniales, los pactos prenupciales (lo que incluye los pactos sucesorios), las donaciones por razón de matrimonio, las arras y la dote.

De este grupo algo heterogéneo de materias, me gustaría subrayar brevemente el tratamiento de los pactos prenupciales en previsión de ruptura (pp. 42-78), bien conocidos en los países anglosajones, pero novedosos entre nosotros, aunque se van extendiendo no sin discusiones acerca de sus posibilidades y límites; en este sentido, es razonable pensar que en un sistema de matrimonio libremente disoluble por la sola voluntad de uno cualquiera de los cónyuges, este tipo de acuerdos irán haciéndose más habituales. Nuevamente aquí el análisis de ZARRALUQUI se resiente de un escasísimo apoyo doctrinal, cuyo empleo, dado lo novedoso de la figura, hubiera contribuido a enriquecer dicho análisis, que en algunos momentos queda algo alicorto (por ejemplo, cuando se examinan los límites propios de esos pactos). Llamán la atención, en esta sede, las páginas dedicadas al pacto mediante el que los cónyuges acuerdan limitar las causas de divorcio a las que se reconocen mutuamente la posibilidad de recurrir, a ejemplo del conocido *convenant marriage* de algunos estados de los Estados Unidos: sin embargo, ZARRALUQUI no llega a pronunciarse sobre la validez y eficacia de tales pactos.

12. El capítulo II está dedicado al matrimonio, y se divide en tres grandes epígrafes: el primero dedicado al matrimonio (pp. 138 y ss.), el segundo a los derechos y deberes de los cónyuges (pp. 270 y ss.), y el tercero a los efectos del matrimonio. Todo ello en relación básicamente con el matrimonio civil.

El apartado cuyo objeto es el matrimonio se abre con una breve exposición de la evolución histórica, que no aportará grandes cosas a un experto, pero que puede ser ilustrativa para lectores no especializados. En todo caso, se echa de menos una exposición más pormenorizada de la evolución del matrimonio canónico, que es la evolución del matrimonio occidental durante buena parte de su historia: los datos que se ofrecen son por completo insuficientes, lo que priva al lector de conocer algunas claves que permitan entender no solo lo que ha pasado (y sigue pasando) en materia matrimonial, sino qué es y que no es hoy el matrimonio civil. Puede ser oportuno recordar la acertada afirmación del maestro ÁLVARO D'ORS, cuando decía que en materia matrimonial el Derecho clásico no es el romano, sino el canónico.

Inmediatamente después (tras un breve intermedio etimológico), se aborda el estudio de los sistemas matrimoniales, de los que hace un planteamiento correcto, aunque las conclusiones (en un tema que no es pacífico) puedan no ser del todo convincentes: en concreto, ZARRALUQUI afirma que "el ordenamiento civil español, después de la entrada en vigor de la Constitución, reconoce y regula un matrimonio civil único que puede ser contraído en forma civil o en forma religiosa" (p. 177): la conclusión, sin embargo, a mi modo de ver se compadece mal con las reglas de nuestro Cc sobre efica-

cia civil de las sentencia canónicas de nulidad y de las dispensas pontificias *super rato*, aunque cobra su pleno sentido cuando se leen, páginas más adelante, las opiniones de ZARRALUQUI acerca de ambos tipos de decisiones canónicas, a las que me referiré *infra*.

Después de dedicar algunas páginas al matrimonio como acto y como relación jurídica, se centra ZARRALUQUI en los caracteres del matrimonio: legalidad, formalidad, publicidad, permanencia (que no quiere decir indisolubilidad, sino vocación de continuidad: p. 190), unidad, amor o afecto marital, convivencia, solidaridad y sexualidad, con especial referencia a las uniones entre personas del mismo sexo. No es posible detenerse en cada uno de estos caracteres, aunque no hubiera estado de más que el autor hubiera aclarado inicialmente en qué matrimonio está pensando cuando predica tales caracteres (¿el regulado por el Código civil, el más practicado sociológicamente...?). Sí me detendré algo en el análisis que realiza en relación con la unión de personas del mismo sexo, así como respecto a la institución matrimonial en la actualidad:

a) Respecto a lo primero, entiende ZARRALUQUI, creo que con razón, que el matrimonio es estructuralmente heterosexual, dando un valor meramente “ocasional” a la vigente regulación positiva española, que admite el matrimonio civil entre personas del mismo sexo (p. 223). Pero no quería pararme en esto, sino en otras afirmaciones de ZARRALUQUI, con las que me parece que pone el dedo en la llaga, y centra muy bien la discusión sobre este tema: en efecto, señala el autor que “lo que resulta evidente es que se trata de cambiar, no la capacidad de las personas, sino la institución del matrimonio, para sustituir la exigencia esencial de esta institución de la disparidad de sexos, por la indiferencia del sexo de las personas” (p. 205): creo que ahí está en buena parte el *quid* de la cuestión: cuando se atribuye a un homosexual la posibilidad de ejercitar su derecho a casarse en relación con otra persona de su mismo sexo, lo que se está haciendo (se ha hecho) en realidad es cambiar en sí misma la institución matrimonial, para darle un contenido distinto del que le es propio.

Se aborda también la cuestión de la eventual inconstitucionalidad de la ley 13/2005, por vulnerar el art. 32 CE. En este punto, ZARRALUQUI concluye que aunque es evidente que el matrimonio entre personas del mismo sexo no esta comprendido en el art. 32 CE, tampoco está prohibido, lo que quiere decir que su regulación no es inconstitucional, pero tampoco goza de la garantía que para el matrimonio heterosexual (el matrimonio *tout court*) supone el art. 32 CE (p. 212). La conclusión es muy defendible, aunque personalmente no la comparto, en buena medida por el argumento proporcionado por el propio ZARRALUQUI: lo que ha habido aquí es un cambio radical en la institución, cambio que no puede introducir el legislador ordinario porque afecta tanto a la garantía institucional del matrimonio, como a contenido esencial del derecho a contraer matrimonio.

b) En cuanto a la institución matrimonial en la actualidad, el autor, a la vista de las modificaciones introducidas en el matrimonio civil por las leyes 13/2005 y 15/2005, se plantea unas preguntas que me parecen muy pertinentes (pp. 215 y 216). No me resisto a reproducir algunas: ¿por qué se exige una solemnidad excepcional para contraer un vínculo tan frágil? ¿se puede hablar de verdadero negocio jurídico cuando el cumplimiento de las obligaciones de los cónyuges queda absolutamente al arbitrio del eventual infractor? ¿por qué el Estado se toma la molestia de intervenir en el expediente matrimonial y cursar instrucciones severas para averiguar si existe simulación? ¿para qué regular las parejas de hecho? Y una última cuestión, que afecta especialmente al matrimonio canónico: a la vista de la regulación vigente del matrimonio civil, el reconocimiento de *esos* efectos civiles al matrimonio canónico ¿no supone más bien su



total transformación? El autor no contesta a estas preguntas, y entiendo que hace bien, porque no es él quien debe contestarlas, sino el legislador.

Después de ello, expone el autor los fines y especies del matrimonio, sus requisitos esenciales, los derechos y deberes de los cónyuges (señalando acertadamente respecto a los deberes, que su enunciado es una mera declaración de principios que paulatinamente ha ido quedando sin posibilidad legal de sanción o ejecución: p. 274), y los efectos del matrimonio.

13. Los capítulos III, IV y V se dedican, respectivamente, a la nulidad, la separación y la disolución del matrimonio. ZARRALUQUI presta considerable atención a la cuestión, ya aludida más arriba, de la eficacia civil de las resoluciones eclesiásticas sobre nulidad del matrimonio canónico y de las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado (art. 80 Cc: pp. 385 a 475). Sobre esta cuestión, en relación con la cual tanto y tan bien ha escrito y debatido la doctrina canonista, me limitaré a apuntar las conclusiones, con la esperanza de que inciten a leer esas páginas y a debatir intelectualmente con ellas. Tales conclusiones son, ciertamente, radicales, y pueden verse condensadas en el siguiente párrafo: “aunque se aplique la interpretación más estricta de la cláusula de ajuste al Derecho del estado, que podría obviar en el caso de la nulidad la infracción de los principios de igualdad y no discriminación por razón de la religión, aunque no en el caso de la dispensa, que también infringiría el artículo 24 CE, la efectividad civil de las sentencias emanadas de la jurisdicción eclesiástica y de las dispensas pontificias de dispensa de matrimonio rato y no consumado, está en abierta contradicción con los principios de unidad y exclusividad jurisdiccional” (p. 475). Pero veamos algunos de esos extremos con algo más de detalle:

a) Respecto a las resoluciones eclesiásticas sobre nulidad del matrimonio canónico, el autor expone condensadamente su opinión, argumentada por extenso en las páginas que les preceden, en las pp. 418 a 419. De cuanto allí concluye recogeré aquí lo relativo a uno de los aspectos centrales de la discusión: me refiero a la interpretación de la controvertida expresión “*si se declaran ajustados al Derecho del Estado*”, lo que en opinión de ZARRALUQUI quiere decir no solo que no se contradiga el orden público nacional, sino que “las causas o preceptos sustantivos aplicables sean de idéntico contenido a otros existentes en el ordenamiento civil”; la interpretación que hace el autor no me convence, entre otras razones porque no sería aplicable (cuando debiera serlo) a las dispensas pontificias *super rato*, que no tienen equivalente en el ordenamiento civil; por otro lado, la lógica jurídica lleva a entender que, como regla, si lo que se hace es reconocer efectos civiles a un matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico, cuando en realidad no haya habido matrimonio canónico (y eso es lo que afirma la resolución eclesiástica), no habría nada a lo que reconocer esos efectos civiles, y este principio es el que se aplica aquí, con las debidas cautelas y matizaciones.

b) En lo atinente a las decisiones pontificias *super rato*, entiende el autor que la concesión de eficacia civil a tales dispensas sería inconstitucional por violación, al menos, de los arts. 14 y 24 CE (pp. 444 y 450). No comparto esta opinión (ampliamente argumentada por ZARRALUQUI), pero en todo caso me gustaría subrayar dos cosas: i) late en buena parte de la argumentación una falta de comprensión de la naturaleza del Derecho canónico como ordenamiento jurídico de origen no estatal: la dicotomía español/extranjero, a la que ZARRALUQUI alude reiteradamente en esta sede, se apoya en una concepción reduccionista del Derecho, que parece quedar limitado al de origen estatal; de ahí que el Derecho canónico no encaje en las categorías que emplea; ii) es cuando menos paradójico, (y me refiero ahora a las cosas tal y como son en relación con el

Derecho español vigente a partir de las reformas de 2005) poner obstáculos a la eficacia civil de la dispensa *super rato* desde un ordenamiento civil que admite el divorcio sin causa por voluntad unilateral de uno solo de los cónyuges: a partir de esta regulación, cualquier planteamiento garantista de la posición de uno de los cónyuges no parece demasiado coherente.

14. Después de haber estudiado la nulidad, la separación y el divorcio, se expone la violencia familiar (capítulo VI), y las uniones paramatrimoniales y otras de hecho, a las que se dedican dos capítulos: el VII, que contiene la “parte general”, y el VIII, que recoge las regulaciones autonómicas. De estos capítulos me limitare a subrayar:

a) Por un lado, la diferenciación entre uniones paramatrimoniales (que son aquellas en las que se rechaza el matrimonio, pero voluntariamente se quiere constituir una unidad social, parecida pero no igual a la conyugal, y que está dispuesta a formalizar un acto constitutivo) y las parejas de hecho (que son las que nacen de la existencia de una situación y de la persistencia de ella, aunque carezcan de vocación de continuidad): p. 622. La distinción no me convence, y creo que puede ocasionar más problemas que los que resuelve, pero creo que encierra un acierto fundamental, que es la comprobación de que la regulación indiscreta (falta de discreción) de este fenómeno acaba creando un panorama normativo mucho más complicado que el preexistente. Así, el propio ZARRALUQUI acaba diferenciando cinco tipos de situaciones de pareja, desde el punto de vista jurídico: matrimonial, paramatrimonial, “de derecho”, “por imperativo legal” y unión de hecho (pp. 633-635).

b) Por otro lado, la pregunta que el autor formula en la p. 630, que me parece que centra muy correctamente el punto de gravedad no solo de las uniones de hecho o del matrimonio, sino de buena parte del derecho de Familia: “¿constituye la relación sexual un nexo de mayor protectibilidad que el amor platónico o el carente de sexualidad, la amistad, el compañerismo o la solidaridad?” (p. 630). El autor no contesta aquí está pregunta, pero la respuesta debe ser afirmativa, porque lo protegido o regulado no es un eventual vínculo afectivo, sino las importantes consecuencias sociales que tienen las relaciones sexuales entre personas de diferente sexo: el nacimiento, educación y socialización de los nuevos ciudadanos. Por eso en realidad la clave no solo únicamente las relaciones sexuales, sino como he indicado las relaciones sexuales entre personas de distinto sexo.

c) Por último, creo que no añade nada el estudio que se lleva a cabo de diversas propuestas (todas caducadas) de regulación estatal de las uniones de hecho, mas cuando una tal regulación —como apunta el propio autor— no tiene sentido a la vista de la normativa vigente sobre matrimonio civil.

15. Por lo demás, el volumen adolece de la ya mencionada parquedad bibliográfica: el manejo de la bibliografía de calidad sobre los diferentes temas creo que habría enriquecido las reflexiones, pero debo a la vez insistir en que esta carencia se ve hasta cierto punto compensada por el conocimiento, la experiencia y la reflexión del autor, durante muchos años, sobre tales temas.

#### VII.- Tomos 5, 6 y 7.

16. No me voy a detener demasiado en los tres tomos que faltan: 5 (*Regímenes económicos matrimoniales*), 6 (*Efectos y medidas de la ruptura conyugal*), y 7 (*Procesos matrimoniales*); ello, no porque en sí estén faltos de interés (lo tienen, el 5 y el 6 para quienes cultivan el Derecho civil, y el 7 para quienes se dedican al Derecho Procesal), sino por coherencia en el criterio que me he impuesto, de resaltar aquello me parece que puede interesar a los lectores de esta revista.

Los tres volúmenes responden a las mismas características que he puesto de relieve en la caracterización general, y en ellos se nota quizá más que en los otros el desequilibrio entre la amplísima información jurisprudencial, y la parquedad del apoyo doctrinal y bibliográfico. En todo caso no me resisto a resaltar brevísimamente algo de cada volumen:

a) Me llama la atención, en el tomo 5, la poca importancia que se da a las capitulaciones matrimoniales, que desde el punto de vista práctico están cobrando creciente protagonismo: solo 6 páginas en este tomo, que deben añadirse a las seis que reciben en el tomo 4 (en las que no incluyo el tratamiento de los pactos prenupciales, a los que ya he aludido antes). Probablemente las capitulaciones hubieran sido acreedoras de un tratamiento algo más detallado.

b) En el tomo 6 he echado de menos la habitual introducción clasificatoria (y aclaratoria) de las medidas y los efectos de la separación, la nulidad y el divorcio; es llamativa, igualmente, la poca relevancia que se da a las medidas provisionales y a las medidas previas o provisionálísimas: creo que ese planteamiento introductorio ayuda mucho a entender cómo es y cómo funciona nuestro sistema de medidas y efectos de la nulidad, la separación y el divorcio. Por lo demás, el tratamiento de las medidas y efectos es muy detallado, especialmente en algunos de los temas clave, como pueden ser la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, o a compensación por desequilibrio. Sí puede ser oportuno recordar que tanto el convenio regulador como la modificación de las medidas no están tratados en este volumen, sino en el tomo 7.

c) Por último, el tomo 7, dedicado a los procesos matrimoniales, incluye también el estudio de otros medios de resolución de conflictos: concretamente, la conciliación, la mediación familiar, y el arbitraje, lo que me parece un acierto, sobre todo en lo referido a la mediación (pp. 691-740). El análisis del arbitraje, tras una breve (y muy ilustrativa) introducción acerca de la utilidad del arbitraje en materia matrimonial, sobre todo a efectos de la liquidación del régimen económico matrimonial, apenas contiene referencias ulteriores a las peculiaridades y problemas propios del arbitraje en materia matrimonial, sino que se limita a ser una descripción de la Ley de Arbitraje.

17. El tomo 7 se cierra con una bibliografía, que se recoge (advierte el autor expresamente) "*con independencia de las obras y trabajos citados a pie de página*". Como ya he dicho antes, un índice tópico facilitaría mucho la consulta de la obra.

Además, la obra está acompañada (en el tomo 1) de un CD con formularios, formularios que pueden encontrarse también en los tomos correspondientes. Pero respecto a esto quiero reiterar una advertencia que ya he hecho más arriba: este *Derecho de Familia y de la Persona* no es una obra que esté pensada para los abogados que buscan únicamente sentencias y formularios para su trabajo; por supuesto, a ellos les será útil, como también a muchos otros profesionales del Derecho que decidan frecuentarla; por eso los formularios son, por así decir, el mínimo que cabría esperar —y no lo digo como crítica, sino como elogio—. La obra tiene valor por sí misma, y no por los formularios que la acompañan, que son una suerte de valor añadido al ya de por sí elevado que tiene el conjunto de los siete volúmenes.