



UNIVERSIDAD DE BURGOS
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

TESIS DOCTORAL

**REPENSAR LA INTERVENCIÓN ESTATAL
SOBRE EL MATRIMONIO (EN EL
RECONOCIMIENTO Y EN LA DISOLUCIÓN)
DESDE UNA PERSPECTIVA DEL BIEN
COMÚN EN BRASIL Y ESPAÑA**

Isabella Pena Lucas

Director:

Prof. Dr. D. Tomás Prieto Álvarez

Universidad de Burgos – España

2019

Isabella Pena Lucas

**REPENSAR LA INTERVENCIÓN ESTATAL
SOBRE EL MATRIMONIO (EN EL
RECONOCIMIENTO Y EN LA DISOLUCIÓN)
DESDE UNA PERSPECTIVA DEL BIEN
COMÚN EN BRASIL Y ESPAÑA**

Universidad de Burgos – España

2019

La más antigua de todas las sociedades y la más natural es la de la familia.

Jean Jacques Rousseau, *El contrato social* (1762).

La familia, por consiguiente, aparece como una institución ordenada al interés de la sociedad.

La institución familiar continúa jugando un papel considerable en la vida social.

Jean Carbonnier: “L’evolution du droit de la famille”, conferencia pronunciada el 19 de abril de 1961 (*Écrits*, PUF, París, 2008).

La función social del matrimonio consiste en ser el momento fundacional de una familia entendida como progenie.

Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.
Informe de 21 de febrero de 2005.

DEDICATORIA

Dedico este trabajo a mi familia, con todas sus vicisitudes. Especialmente dedico esta conquista a mis padres:

Para mi madre ESMERALDA, por ser responsable por la persona en la que me convertí, porque todo lo que hago y soy es el fruto de su trabajo como la madre que siempre fue y es.

Para mi padre HERCULANO, por haber construido a nuestra manera la relación que hemos alcanzado. Por haberme enseñado tantas cosas, aunque de modo inconsciente, a lo largo de esta vida.

A ambos, gracias por todo. En relación a esta investigación en particular, por creer y apostar siempre, no sólo en este momento, por todo lo que hago. Sois mis grandes maestros de la vida.

AGRADECIMIENTOS:

A mi Director de Tesis, Profesor Dr. D. Tomás Prieto Álvarez, a quien estoy muy agradecida por haberme acompañado desde los primeros pasos para la elaboración de esta investigación. Le agradezco por haberme hecho pensar, repensar y cuestionar mis propias “certezas” sobre este tema. Agradezco también por todo su estímulo para que alcanzara este objetivo.

A la Profesora Dra. Dña. Nuria Beloso Martín, mi profunda gratitud por ser una persona poco común en los días de hoy, de aquellas que se interesan realmente para el prójimo, apoyan e incentivan. Además, la agradezco por ser un ejemplo único de sencillez asociada a la brillantez.

Agradezco también al Profesor Dr. D. Adriano Moura, quien me acompañó de cerca y desde el principio en este camino y también, por ser el responsable de “presentarme” a la Universidad de Burgos.

También agradezco a todo el personal del MMF - Máster en Matrimonio y Familia - de la Universidad de Navarra, por la experiencia enriquecedora que me ha proporcionado su Curso y que ha sido de fundamental importancia para la conclusión de la presente investigación.

OTROS AGRADECIMIENTOS

Agradezco también a mis verdaderos amigos, quienes me permiten que no les nombre uno a uno, pero en especial agradezco a mis queridos Olívia, Luc y Dri. En primer lugar, les agradezco porque los verdaderos amigos, además de ser bastante raros, son también unas hermosas sorpresas y encuentros en nuestra vida. Agradezco también en particular a los que he nombrado por la paciencia y comprensión que han tenido durante todo este período, en el cual estuve ausente en tantas ocasiones. Gracias por su apoyo, compañerismo, cariño y por hacer mi vida “más leve”.

ABREVIATURAS

ADIN- Acción Declaratoria de Inconstitucionalidad en Brasil.
ADPF- Acción Declaratoria de Incumplimiento de Precepto Fundamental en Brasil.
Art., arts. – Artículo, artículos
Cap. – capítulo
Cit. – citado (a)
Cons. – Consejero(a)
Coord. – coordinación, coordinador
CCB, CCB/02 – Código Civil Brasileño de 2002.
CCE – Código Civil Español
CE – Constitución Española
CNJ – Consejo Nacional de Justicia.
CEDH – Comisión Europea de Derechos Humanos
CRFB, CF/88 – Constitución de la República Federativa de Brasil
CPCB – Código de Proceso Civil Brasileño
DF – Distrito Federal
DJ – Diario de Justicia
EC – Enmienda Constitucional
Ed. – edición, editor, editorial (según contexto)
Esp. - especialmente
Íbidem – Mismo autor y misma página
IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família.
ICPF- Instituto de Ciencias para la Familia – Universidad de Navarra.
Ídem – Mismo autor y misma obra.
IYF- Año Internacional de la Familia, 1994.
Min. – Ministro(a)
Nº - número
Op. cit. – en la obra citada
P., pág., págs. – página, páginas
Par. – párrafo(s)
Res. – Resolução.
REsp. – Recurso Especial
RE – Recurso Extraordinário
Rel. – Relator(a)
RJ – Rio de Janeiro
RS – Rio Grande do Sul
SP – São Paulo
Ss. – siguientes
STC – Sentencia del Tribunal Constitucional Español

STEDH – Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STF – Supremo Tribunal Federal de Brasil

STJ – Superior Tribunal de Justicia de Brasil

STS – Sentencia del Tribunal Supremo de España

T. – tomo

Trad. – traducción, traductor

TC – Tribunal Constitucional Español

TEDH – Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TJRJ- Tribunal de Justicia de Rio de Janeiro

TJSP – Tribunal de Justicia de São Paulo

TS – Tribunal Supremo de España

TWF- The Wacth Family

UE – Unión Europea

Vid. – véase

Vol. – volumen

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	17
PARTE PRIMERA - HISTORIA Y CONCEPTO DEL MATRIMONIO.....	31
CAPÍTULO I - LA TRAYECTORIA HISTÓRICA DE LA INTERVENCIÓN PÚBLICA EN EL MATRIMONIO.....	33
1. El matrimonio en la sociedad rudimentaria.....	35
2. El matrimonio en la Grecia clásica	39
3. El matrimonio en el Derecho Romano.....	41
4. El Matrimonio en el Derecho Canónico	46
5. De la familia occidental medieval a la familia moderna: presentación de una “brutal mutación” del sistema matrimonial.....	53
6. Breve análisis histórico del matrimonio (y su disolución) en el ordenamiento jurídico español.....	62
7. Breve análisis histórico de la intervención jurídica en Brasil en cuanto a la formación y la disolución del matrimonio	71
CAPÍTULO II - ¿QUÉ ES REALMENTE EL MATRIMONIO?.....	87
1. Concepto y esencia del Matrimonio.....	88
2. Fines del Matrimonio.....	104
3. Naturaleza jurídica del matrimonio y el pacto conyugal	118
4. La teoría del <i>Iusnaturalismo</i> de John Finnis como fundamento para una regulación adecuada del matrimonio.	127
PARTE SEGUNDA - LA CRISIS DEL MATRIMONIO Y LA NECESIDAD DE RESCATAR LOS VERDADEROS FUNDAMENTOS DE LA INTERVENCIÓN ESTATAL	145
CAPÍTULO III - RAÍCES HISTÓRICAS Y DOGMÁTICAS DE LA CRISIS DEL MATRIMONIO.....	149
1. La hecatombe conceptual del matrimonio: raíces	149
2. En particular, la falacia de la afectividad como elemento clave de la regulación del matrimonio.	179
CAPÍTULO IV - ¿POR QUÉ EL DERECHO DEBE REGULAR Y PROTEGER EL MATRIMONIO?: EL BIEN COMÚN.....	193

1. Razones para una regulación del matrimonio: autonomía, interés individual y pluralismo social <i>versus</i> interés social y bien común.....	194
2. La intervención reguladora del matrimonio ¿refleja un paternalismo estatal?	209
PARTE TERCERA - DOS PUNTOS CLAVES EN LA NECESARIA REAFIRMACIÓN DEL MATRIMONIO: LA HETEROSEXUALIDAD Y LA ESTABILIDAD.....	231
CAPÍTULO V - LA HETEROSEXUALIDAD COMO NOTA ESENCIAL DEL MATRIMONIO.....	237
1. Atribuir a cualquier tipo de convivencia los mismos efectos jurídicos del matrimonio, ¿es una forma de protección e inclusión para todos?, ¿es la solución correcta y justa?	237
2. La alteridad sexual en el Derecho matrimonial brasileño	252
3. El panorama europeo sobre la heterosexualidad en el matrimonio; en especial, en el ordenamiento jurídico español tras la Ley 13/2005.....	272
CAPÍTULO VI - LA NECESIDAD DE REAFIRMAR LA UNIDAD Y PERMANENCIA DEL MATRIMONIO EN ARAS DEL BIEN COMÚN.....	287
1. Unidad e indisolubilidad (<i>versus</i> disolubilidad) del matrimonio.....	288
2. Separación y mediación como técnicas a favor de la estabilidad.	303
3. ¿La posibilidad/necesidad de ofertar un matrimonio civil indisoluble?	306
4. El divorcio en Brasil tras la EC 66/2010. La tendencia a la desjudicialización del matrimonio.	307
5. El tratamiento para las rupturas matrimoniales en España: el llamado “divorcio exprés” tras la Ley 15/2005.....	312
CONCLUSIONES.....	320
BIBLIOGRAFÍA.....	331

INTRODUCCIÓN

PRESENTACIÓN DEL MODELO ANTROPOLÓGICO FAMILIAR

No creemos estar exagerando al decir que se han escrito millones de páginas sobre el matrimonio y la familia. Sin embargo, el matrimonio —por razón de su esencialidad *social*: adelantamos así el nudo gordiano de esta investigación— sigue siendo un tema indispensable e inagotable, objeto de estudio por parte de las más diversas ciencias: además de la jurídica, se ocupan de él otras ciencias sociales — como la sociología—, así como la medicina, la psicología o la filosofía, entre otras. Particularmente, pensamos que está fuera de toda duda la actualidad *jurídica* del matrimonio por mor de los notables cambios legislativos que ha experimentado en los últimos tiempos..., cambios que merecen ser evaluados.

No hay ninguna novedad en afirmar que el matrimonio —y la familia que deriva de él— han sido objeto de duros ataques y cuestionamientos a lo largo del siglo XX. Sin embargo, puede decirse que el modelo familiar instituido por el matrimonio sigue intacto, superviviente, y que la familia sigue sosteniendo la sociedad civil, generando nuevas vidas, socializando a los niños y funcionando como principal ámbito educativo. Así que parece tener razón Hervada, cuando subraya que “el matrimonio sigue a la persona”¹.

¹ HERVADA, Javier, *Una Caro. Escritos sobre el matrimonio*, Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 2000.

Sin embargo, dada la confusión conceptual generalizada que se ha producido en nuestros días, resulta necesario, más que nunca, afirmar lo que debería ser evidente. El hombre no puede cambiar, ni negar su naturaleza; y como tal, es un ser gregario, que siempre ha vivido en grupos. Por ello, no cabe duda de la relevancia de la familia para la historia de la humanidad. Se trata de la célula fundamental de la sociedad: basta considerar que es en su seno donde nace el individuo, donde es protegido y se desarrolla. Es decir, la familia forma parte del núcleo principal de quiénes somos, desde siempre y de modo natural.

De modo que hay que reflexionar sobre muchas de las afirmaciones falsas que se han vertido sobre la familia. No se puede aceptar, por ejemplo, que la familia haya surgido como un desarrollo sociológico o político, y menos que sea un invento de la sociedad occidental. Por el contrario, hay que reafirmar que la familia es un elemento natural, un hecho relevante que se encuentra en el mundo de la realidad de los hombres y con el cual han tejido la historia. No puede tampoco considerarse un resultado de condicionamientos sociológicos, porque es intrínseco a la persona y a su naturaleza.

Como señala Hervada, “es un error suponer que hasta ahora toda la humanidad ha vivido un gran error acerca del matrimonio y que una institución tan antigua como la humanidad va a ser descubierta finalmente en nuestra época”². El gran problema es que hay una “intuición” en la modernidad de que finalmente se ha descubierto lo que es ser persona. Hay un intento en “descubrir” lo obvio y lo que siempre ha sido.

Por todo eso, hay que poner de relieve la importancia social que siempre ha tenido la familia, y que siempre continuará teniendo, dado que es un dato antropológico propio del ser humano. Como ya puso de manifiesto Fernández en relación al matrimonio, momento fundacional de la familia, “el matrimonio es un hecho socio-cultural que se ha dado en todos los tiempos y en todas las culturas. Es

² HERVADA, J. *Una caro. Escritos sobre el matrimonio*, Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 2000, p. 570.

también un dato esencialmente antropológico, propio y específico del ser humano”³.

La familia siempre ha sido el lugar donde la persona no solo inicia su existencia, sino donde se define a sí misma. Por ello, resulta necesario subrayar, desde el inicio de la investigación, que cuando se habla de matrimonio no se trata de una abstracción, sino de una realidad⁴. Es más, se trata de una realidad *sui generis*, que comprende elementos naturales y comunes en cualquier época de la civilización humana. Así lo han puesto de manifiesto algunos prestigiosos estudiosos.

En la línea de lo que acaba de apuntarse, el jurista español Carlos Martínez de Aguirre afirma que la familia es un grupo en el que hay un interés primario debido a las funciones que tiene en la sociedad (nacimiento de nuevos ciudadanos, desarrollo como personas, integración en el cuerpo social, reproducción de la especie, asistencia recíproca entre sus miembros, socialización del ser humano.) Y que, además, la familia contribuye a la humanización de la persona y al desarrollo de la personalidad del individuo⁵.

A su vez, el autor italiano D’Agostino sostiene que la “familiaridad” “es una dimensión constitutiva del ser hombre, porque solo gracias a la experiencia de la familiaridad la persona humana adquiere su identidad subjetiva”⁶. Innumerables autores han insistido en esta idea. Por ejemplo, Malaurie ha afirmado sobre el

³ FERNÁNDEZ, Aurelio, *Qué es y qué no es el matrimonio. El matrimonio: origen de la familia y bien de la sociedad*, Madrid, Ediciones Cristiandad, 2019. Véase también HERVADA, el cual a su vez, afirma que el matrimonio es “un dato de la naturaleza y por ello, el hombre —de todas las épocas y todas las culturas— conoce de modo directo e inmediato lo fundamental de la esencia del matrimonio, aunque pueda errar en algunas conclusiones”. En: HERVADA, Javier. *Diálogos sobre el amor y matrimonio. Una caro*, 4ª ed., Navarra, Ediciones Universidad de Navarra, EUNSA 2007, p.168

⁴ “La familia no es una abstracción, sino una realidad. Una realidad de un carácter único, que exige un tratamiento científico especial”. CRUZ CRUZ, Juan. *Formas y Génesis de la familia*. <http://www.leynatural.es/2012/11/18/formas-y-genesis-de-la-familia>, (Consultado el 10/03/2018).

⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, *Curso de Derecho Civil*, Tomo IV, Derecho de Familia, 4ª ed., Madrid, Ed. Colex, 2013, p.24. El citado Martínez de Aguirre señala todavía que, en el Derecho alemán, Konig ya había advertido que es preciso admitir que “el matrimonio y la familia existen siempre o se regeneran espontáneamente”, y esto aunque “ciertos cambios en la forma de la familia son inevitables”. En: MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos. *Diagnóstico sobre el derecho de familia*, Navarra, Ediciones Rialp, 1996, p.84.

⁶ D’AGOSTINO, Francesco. “Prólogo” a *Filosofía de la Familia*, Navarra, Instituto de Ciencias para la familia, Universidad de Navarra, Ediciones Rialp, 2006.

matrimonio que “es universal en el espacio y constante en la historia, pero diverso según lugares y variable según los tiempos”⁷.

Adhiriéndonos a estas manifestaciones, se puede afirmar que la presente Tesis Doctoral tiene como primer objetivo reafirmar que la familia es una *institución natural, una realidad humana previa a la cultura y a las leyes*.

Rousseau escribió que “la más antigua de todas las sociedades y la más natural es la de la familia”⁸, expresión esta que tiene un valor añadido al provenir, precisamente, de quien —es bien sabido— negaba a la sociedad su condición natural y requería la mediación de un (famoso) “contrato” que la instituyese. Y aunque la familia (y el matrimonio) hayan sufrido, y sufran, incontables variaciones en el tiempo y en el espacio, es cierto que no pueden entregarse al arbitrio del hombre, precisamente porque es innegable que hay rasgos comunes y permanentes que los caracterizan.

Tales rasgos de la familia fundada por el matrimonio —insistimos— son inherentes, puesto que estamos ante un *forma humana específica de unión interpersonal*; es decir, no estamos ante cualquier unión o sociedad interpersonal, sino ante una muy específica con una razón de ser, finalidad y características acordes a esta especificidad; o, en las palabras de D’Agostino, estamos ante “*una realidad originaria*”⁹ de la que se eleva una dimensión propia de lo que es específicamente humano.

Es menester añadir que esta concepción de familia se puede confundir con la institución del matrimonio (de hecho, las acabamos de citar conjuntamente), porque siempre esta ha sido *la principal forma por la cual se establece esta unidad primaria de las sociedades*.

En definitiva, como apuntan Bañares y Miras:

“El matrimonio no es una institución puramente humana a pesar de las numerosas variaciones que ha podido sufrir a lo largo de

⁷ MALAURIE, Phillippe, “La famille”, *Droit Civil*, 6ª ed., Paris, Cujas, 1996, p.41.

⁸ ROUSSEAU, Jean Jacques. *El contrato social*, Barcelona, edición de RBA, 2004, p. 34

⁹ D’AGOSTINO, Francesco. “Prólogo” a *Filosofía de la Familia*, cit., p. 21.

los siglos en las diferentes culturas, estructuras sociales y actitudes espirituales. Estas diversidades no deben hacer olvidar sus rasgos comunes y permanentes”¹⁰.

La manera como el Estado, a través de los tiempos, viene interviniendo en la familia, restringiendo el matrimonio, fomentándolo, e incluso desnaturalizándolo —como en la actualidad—, es un hecho posterior, puesto que la familia y el matrimonio no fueron creados por la ley, sino tan solo reconocidos y regulados por esta. Esta afirmación es un punto de partida al cual debemos atenernos. Debe quedar muy claro que la familia y el matrimonio son un *prius* y la eventual reglamentación legislativa por parte del Estado a su respecto serán un *posterius*. Las palabras del profesor La Cruz Berdejo ahondan en esta línea de raciocinio: “El derecho, frente al hecho familiar (en su más amplio sentido) es un *posterius*: el legislador no la crea, limitándose a tenerla en cuenta al disciplinar las otras facetas de la vida humana y regular sus diversos aspectos”¹¹. Y es que, tal y como sostiene Viladrich, “es más competencia del Estado la protección de la libertad, que la definición de la verdad”¹².

Para Martínez de Aguirre, el matrimonio se concibe en cuatro dimensiones que se completan, como son: la natural, la normativa, la valorativa y la fáctica¹³. Se hará referencia a cada una de ellas más adelante. En Francia, Carbonnier¹⁴ afirma que la familia es el conjunto de personas unidas por el matrimonio, por la filiación, o por el parentesco y afinidad, estos como resultado del casamiento y de la filiación, hogar donde el Estado no penetra: “*le non-droit de famille*”, “*a chaque famille son droit*”.

En Brasil, Hironaka apunta que:

“La familia es una entidad histórica, ancestral como la historia,

¹⁰ BAÑARES, Juan Ignacio y MIRAS, Jorge. *Matrimonio y familia. Iniciación Teológica*, Madrid, Ediciones RIALP, 2015 (eBook).

¹¹ LACRUZ BERDEJO, Juan Luis. *Elementos de Derecho Civil*, Tomo IV, 4ª ed., Madrid, Dykinson, 2010, p.24.

¹² VILADRICH, Pedro-Juan. *El modelo antropológico del matrimonio*, Madrid, Instituto de Ciencias para la Familia, Universidad de Navarra, Ediciones RIALP, 2001, p. 50.

¹³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, José Gabriel. “El matrimonio invertebrado”, Navarra, Ediciones Rialp, 2012.

¹⁴ CARBONNIER, Jean. *Droit civil: la famille: les incapacités*, París, Puf, 1992, p. 20-26.

entrelazada con los rumores y las desviaciones de su historia. La misma se transforma en la exacta medida en que cambian las estructuras y la arquitectura de su propia historia a través de los siglos; la historia familiar se confunde con la propia humanidad”¹⁵.

Carreras señala también que: “En mayor o menor medida, toda cultura, por definición, ha defendido el valor de la entrega personal del matrimonio. De hecho, siempre se ha definido como un valor de carácter social, junto con la cultura europea de raíces cristianas que define a la familia de origen matrimonial como la célula y el fundamento de la sociedad humana”¹⁶.

De modo que, como puede observarse, la idea desarrollada en la presente Tesis no es algo desconocido. Sin embargo, actualmente está siendo cuestionada por unas teorías que niegan la propia naturaleza del hombre y entendemos que es necesario conocer a la naturaleza humana para poder conocer el matrimonio. Como elemento necesario para ese conocimiento, en este trabajo pretendemos identificar y reafirmar el bien común que el matrimonio aporta a la sociedad, razón por la cual debe ser protegido por el Estado como ninguna otra relación humana.

Por tanto, la preocupación central de la presente investigación es apuntar la necesidad de la correcta comprensión del matrimonio, para entender que el mismo solo puede alcanzar sus finalidades y continuar propiciando sus bienes sociales relevantes si es debidamente respetado, regulado y protegido por el Estado. Así que estudiar los errores provocados por las reformas legislativas de los últimos tiempos resulta imprescindible con el fin de poder rescatar el tratamiento legal adecuado. Porque cuando se tiene un orden jurídico despreocupado por la supervivencia de un orden familiar estable, la propia sociedad queda desprotegida, vulnerable y con un futuro absolutamente incierto.

¹⁵ FERNANDES NOVAES HIRONAKA, Giselda María. *Direito civil: estudos*, Belo Horizonte, Del Rey, 2000, pp. 17-18.

¹⁶ CARRERAS, Joan. *Casamento: sexo, festa e direito*, trad. de Adam Kowalik, São Paulo, Ediciones Loyola, 2004, p. 19.

Para ahondar en cuanto se acaba de presentar, la presente Tesis Doctoral se estructura en tres partes:

En la Primera Parte se inicia la investigación con un análisis, breve, de la regulación del matrimonio y de la familia en tiempos pasados. Es conveniente empezar por esos antecedentes porque si comprendemos la esencia y la historia de estos institutos resultará más fácil percibir los errores en que se sustentan las recientes reformas legislativas en esta materia, y estaremos en mejores condiciones para contrastar tales reformas con el sentido cabal del matrimonio, someramente apuntado en las páginas anteriores.

Aunque en el primer momento se presentará la intervención jurídica de diversas épocas y países (como Italia y Grecia por ejemplo), el objetivo de la Tesis se limita a estudiar las reformas recientes en los ordenamientos de Brasil y de España y proponer en estos dos sistemas una manera de repensar la intervención estatal desde una perspectiva del bien común.

También debe subrayarse que el tema de la presente Tesis se centrará en dos puntos clave del matrimonio, que pensamos deben reafirmarse para una debida protección jurídica, en concreto en los dos países objeto de análisis como son: la heterosexualidad y la indisolubilidad.

Del mismo modo, en el primer Capítulo se presentará, aunque brevemente, cómo el Derecho Canónico ha tratado de la materia objeto del presente estudio, debido a la influencia que tal sistema jurídico ejerció en las legislaciones civiles posteriores.

Así que centrándonos en estos dos puntos clave sobre el matrimonio, en el primer Capítulo también se analizará que, desde la Revolución burguesa de Francia, una serie de eventos acaecidos en la sociedad occidental han atribuido nuevos valores al matrimonio, otorgándole una visión puramente contractual. Y con la aplicación de la teoría de los contratos se trató de vaciar el contenido del matrimonio, “desfamiliarizando” la institución.

Continuando en esta Primera Parte, en el Capítulo segundo, conceptual, se intentará aclarar y reafirmar el concepto y la naturaleza del matrimonio, por entender que han sido gravemente tergiversados en la actualidad: vivimos en una época en que cualquier unión afectiva es considerado matrimonio. Así, hace falta profundizar en qué es lo que define el matrimonio, cuál es su naturaleza, cuáles son sus finalidades..., intentando desmontar las falsas ideas cada vez más extendidas acerca de él.

Además, el estudio que se presenta en este Capítulo segundo resultará relevante porque permitirá comprender que el matrimonio nunca ha sido pura y simplemente la realización de un acto público y solemne bajo la regulación de la ley, sino, más propiamente, el momento único por lo cual se constituye la familia nuclear. Esta, como se ha visto, es mucho más que un evento social que recibe un sello del Estado.

En esta línea se analizará que no es el Estado el que conceptúa el matrimonio sino que su concepto se comprende por su propia naturaleza. Por lo tanto, es inútil calificar como matrimonio lo que no es, ni nunca lo ha sido. En otras palabras, como ya ha resaltado Viladrich, hay que reconocer que “entre lo legal y lo real a veces hay un abismo”¹⁷.

En la Segunda Parte, “La crisis del matrimonio y la necesidad de rescatar los verdaderos fundamentos de la intervención estatal”, el Capítulo tercero se iniciará tratando de la crisis de la institución, para comprender lo que ha cambiado en la sociedad, en los valores, en la cultura, para que las nuevas ideologías propugnasen una transformación (equivocada) del concepto de matrimonio y familia. Así será necesario responder a la pregunta que será objeto de este Capítulo tercero: “¿cambian los tiempos, cambian las familias”?¹⁸.

¹⁷ VILADRICH, Pedro-Juan, *La agonía del matrimonio legal. Una introducción a los elementos conceptuales básicos del matrimonio*, 5ª Ed., Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, EUNSA, 2010, p. 187.

¹⁸ El interrogante reproduce el título de un artículo publicado en la doctrina portuguesa: PEDROSO, João y BRANCO, Patricia. “Mudam-se os tempos, muda-se a família. As mutações do acesso ao direito e à justiça de família e das crianças em Portugal”, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, N. 82, Setembro/2008, Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, pp. 53-83.

Porque si es cierto que vivimos un inmenso multiculturalismo, un pluralismo ético, es preciso percibir que nunca se reivindicó tanto el reconocimiento de un derecho a contraer matrimonio. Lo que se ha observado en la sociedad actual es el deseo de sentirse integrado y parte de una familia, todos quieren sentirse insertados. De hecho, todos pretenden que el Estado reconozca y fomente públicamente a todo y cualquier tipo de convivencia como si fueran matrimonios..., esto como si al Estado se le permitiera redefinir un concepto antropológico como el del matrimonio. Y además, como si cualquier convivencia tuviera relevancia pública para ser regulada por parte del Estado.

Del mismo modo y con el mismo objetivo de desmentir esos falsos planteamientos, se va a tratar de lo que hemos llamado “la falacia de la afectividad”: la engañosa premisa de considerar la afectividad como fundamento único para establecer relaciones matrimoniales. En ese momento de la investigación se intentará demostrar que no es —y nunca ha sido— el afecto una preocupación para el Estado cuando regula jurídicamente las relaciones conyugales.

La cuestión de fondo es saber si los sentimientos deben convertirse en la esencia del matrimonio abierto a todos los hombres y mujeres, ya sean heterosexuales u homosexuales. El matrimonio no solo tiene que ver con el sentimiento, sino con las múltiples dimensiones de la existencia y, cuando se le procura robar esa esencia pluridimensional, lo menos que se hace es reducirlo, peligrosamente, a los intereses individuales y políticos del momento.

Es evidente, que actualmente los conceptos de matrimonio y familia son objeto de un ataque sistemático en su esencia, por razón de intereses de todo tipo, tanto ideológico como económico y políticos. La Tesis Doctoral parte de los cambios sociales, políticos y culturales que provocaron reformas legislativas en los dos países estudiados, fruto de reclamaciones de una minoría pero que ha contado con el apoyo de los intereses del mercado de consumo en masa, entre otros. El hedonismo, a su vez, busca a toda costa la felicidad y el placer inmediato, a la vez que rechaza cualquier forma de dolor y sufrimiento. Vivir el presente, y solo él, es el valor supremo de esta ideología.

Los ideales de la libertad, autogobierno y autonomía individual desmedida son los grandes vencedores de la condición posmoderna. Se ha observado que el narcisismo vació las instituciones por sus sentimientos, como ya escribió Lipovtesky, en su obra *La era del vacío*¹⁹. Y el individualismo narcisista no pretende abolir las reglas, pero sí adaptarlas al imperativo exacto que sus elecciones demandan. Las reglas se tornan importantes una vez que son adaptadas, mientras que se menoscaban las costumbres y las tradiciones de una sociedad. Las personas viven para sí mismas y no aceptan antiguos valores, tradiciones y roles. La cultura hedonista basada en el individuo se muestra aislada del bien común y con frecuencia conlleva la ilegitimidad de las instituciones.

Para ello, hemos considerado conveniente orientar nuestra investigación aunando conocimientos y teorías que provienen de la Teoría del derecho de familia, de la Filosofía del derecho, y del Derecho constitucional y administrativo, así como de la Sociología jurídica, para evitar realizar una investigación que no cuidara la interconexión jurídica, social, política y económica de las democracias contemporáneas.

Una vez analizado el afecto como argumentación falaz, la Tesis intentará apuntar lo que resulta relevante para que el Estado deba proteger el matrimonio y la familia y cuáles son los límites que debe respetar en la reglamentación adecuada de la materia.

Sobre la moderna configuración del instituto del matrimonio y de la familia bajo intereses del individuo y a su servicio exclusivamente, apunta Ana María Gutiérrez:

“...la transformación del concepto de familia arranca de los países occidentales, concretamente de la Unión Europea, Estados Unidos y Canadá. En todos ellos el modelo clásico de familia basada en el matrimonio se ha ido erosionando paulatinamente debido, sobre todo, a dos factores relacionados entre sí: por un

¹⁹ LIPOVETSKY, Gilles. *La era del vacío: ensayos sobre el individualismo contemporáneo*, Trad. de Therezinha Monteiro Deutsch, São Paulo, Manole, 2005.

lado, una *crisis* antropológica sin precedentes, que define la dignidad humana como absoluta libertad del individuo y desde ese presupuesto elabora su peculiar visión de la sexualidad, de la naturaleza y de la libertad. Y, por otro, una *crisis* de valores motivada por la persistente relativización de la verdad”²⁰.

Pensamos que la importancia de la investigación es clara: hemos asistido a la desintegración y deconstrucción de los conceptos de amor, matrimonio y familia; en su lugar se ha impuesto la idea de que la estabilidad familiar no es relevante, como producto de la “revolución sexual” desde los años 60.

Por todo ello, la familia de hoy necesita con urgencia ser objeto de protección pública, como medio para enfrentarse a una sociedad sumergida en el caos, donde las estructuras son inciertas y donde hay desorden social por todas partes. De ahí que la presente Tesis Doctoral busque presentar alternativas ante el panorama de unas familias impregnadas por el individualismo, a la vez que busca desvelar los peligros de estos tiempos de superficialidad e instantaneidad.

Porque el sentido de comunidad y de familia solo es posible rescatarlo mediante la creación de una contra-cultura que cuestione el individualismo imperante. De ahí que la presente Tesis se proponga reflexionar a qué familia debe proteger el Estado al ordenar la vida y las libertades para alcanzar el bien común.

Al fin y al cabo es preciso admitir que la familia no puede ser sólida a menos que logre conectarse con un proyecto que le haga mirar más allá de sí misma porque debemos considerar que la familia es mucho más que individuos viviendo bajo el mismo techo y es mucho más que la suma de sueños individuales; es mucho más que una esfera donde se atienden las necesidades básicas y, por lo tanto, necesita ser adecuadamente protegida por el Estado, a la que debe un tratamiento digno del mayor bien social que es.

Por consiguiente, esta Tesis Doctoral tratará de presentar, qué derechos debe proteger el Estado, qué límites debe o puede imponer, qué intervenciones puede y

²⁰ VEGA GUTIÉRREZ, Ana María, *Políticas familiares en un mundo globalizado*, Navarra Gráfica Ediciones, 2002, p. 63.

debe hacer como garante de los derechos y regulador de la vida social. Porque es preciso prestar atención a lo que ya advirtió Escrivá-Ivars, cuando afirmó que “la intervención del legislador se legitima en la medida en que regula el *ius connubi* amparando y defendiendo la libertad de los contrayentes y su bien personal, así como al matrimonio mismo”²¹.

No se puede pretender una especie de *ius connubi* absoluto; en las palabras de Escrivá-Ivars, no se puede admitir “mayor intervención que la que corresponde a reglar su ejercicio, evitando aquellas manifestaciones, que, desde el punto de vista del matrimonio mismo y del bien personal de los cónyuges, merecen la tacha de desviación o abuso”.

La última Parte de la Tesis Doctoral estará integrada por el Capítulo V y el Capítulo VI. En esta parte se tratará la necesidad urgente de reafirmar dos de los elementos esenciales del matrimonio: la heterosexualidad, que será tratada en el Capítulo V, y la estabilidad o indisolubilidad, que será tratada en el VI y último capítulo.

En relación con la heterosexualidad, sin olvidar que el tema de la Tesis se limitará a la formación y disolución del vínculo matrimonial, será necesario analizar, en esa parte de la Tesis, las reformas derivadas en España de las Leyes 13/2005 en España. En cuanto a Brasil, habrá que analizar la Enmienda a la Constitución 66/2010 y los efectos de la decisión del Supremo Tribunal Federal que reconoce las uniones de hecho homosexuales, así como la legitimidad de la resolución del Consejo Nacional de Justicia brasileño de número 175/2013, que, en realidad, ha venido a modificar la decisión del Tribunal Constitucional, acerca de los matrimonios de las personas del mismo sexo, obligando a los Notarios de los oficios de Registro a celebrar estos matrimonios, sin que haya tenido lugar ninguna otra reforma en la legislación vigente. En definitiva, el *estatu quo* legislativo en este punto en los países analizados, y en otros, revela que en nuestro tiempo se ha

²¹ ESCRIVÁ-IVARS, Javier. “Sistema matrimonial y derechos fundamentales. Notas sobre la nueva legislación matrimonial”, en AA.VV., *La reforma del modelo de familia en el Código civil español*, Granada, Comares, 2005.

instalado una cultura de ‘vaciamiento’ del matrimonio hasta el punto de prescindir de cualquier elemento considerado como esencial, como es, desde luego, la heterosexualidad.

Y en cuanto a la estabilidad del matrimonio, partiremos de que esta atiende ante todo al bien común, porque la presencia del padre y de la madre en una relación estable y comprometida como la que es establecida por el matrimonio crea para los hijos el adecuado ámbito de seguridad, protección y aporte emocional que necesitan para el desarrollo personal. Se trata de un bien común que explica que la familia es el lugar natural más idóneo para el desarrollo de la persona, en todas las etapas de la vida; lo cual resulta incompatible con el vaivén de unas relaciones matrimoniales fugaces.

Sin olvidar lo que representa el elemento de la indisolubilidad del vínculo matrimonial, así como la importancia de proteger a la familia, también nos detendremos en el análisis de algunas secuelas generadas por el divorcio en la familia y en la sociedad. También, aunque brevemente, se propondrán en este capítulo final algunas reformas legislativas y soluciones alternativas al divorcio, a fin de servir mejor al bien común, proteger a la familia constituida por el matrimonio y garantizar la función del Derecho de promover la pacificación social de los conflictos: sin lugar a dudas, la salud de la sociedad depende de la salud de la familia y cuando en una sociedad se anulan o “matan” las instituciones se pierden las bases sólidas en las cuales se fundamenta la ética y con ello se desvanecen los valores centrales que sustentan la vida en la sociedad.

Después de analizar los argumentos universales en defensa de la indisolubilidad del vínculo conyugal como un elemento esencial del matrimonio, analizaremos cómo la ruptura familiar a través del divorcio es tratada en los ordenamientos jurídicos de Brasil y España, y por qué estos ordenamientos deben ser repensados para servir al bien común y no solo a los intereses meramente individuales, como ocurre en la actualidad.

Para cerrar esta *Introducción* baste una reflexión. Visto lo visto, parece claro que el devenir reciente del Derecho de la familia ha venido presidido por una misma

lógica: la de potenciar la libertad y autonomía personales, entendidas en un sentido puramente individualista. Ya en 1991 el jurista francés Christian Atias señalaba que las reformas operadas en el Derecho de familia —lo escribía mucho antes del “desbarajuste” que este ha experimentado en los últimos tiempos— pretendían, “sin duda”, “poner en primer plano la libertad y la voluntad individuales”, en detrimento de la *ratio* tradicional de tal Derecho, que se situaba en la función o relevancia social de la institución familiar. Es por lo que lo se propone en esta investigación es repensar los valores y los fundamentos por los cuales el Estado debe intervenir jurídicamente en la familia y en el matrimonio, por sus funciones sociales: es la manera de concretar el bien común, fin último del Estado, en este campo tan relevante.

**PARTE PRIMERA - HISTORIA Y
CONCEPTO DEL MATRIMONIO**

CAPÍTULO I - LA TRAYECTORIA HISTÓRICA DE LA INTERVENCIÓN PÚBLICA EN EL MATRIMONIO

Antes de entrar en el núcleo fundamental de esta Tesis Doctoral, en el Capítulo I nos proponemos hacer un somero recorrido por el tratamiento histórico de que ha sido objeto el matrimonio antes de desembocar en su regulación en los ordenamientos jurídicos brasileño y español. Aunque nos centraremos en la historia relativamente reciente, teniendo en cuenta que tales ordenamientos jurídicos se inspiran en otros más antiguos —como, por ejemplo, el modelo romano—, resulta necesario comenzar aludiendo a aquellas regulaciones históricas.

Con este fin, este primer Capítulo se iniciará con un breve recorrido por el matrimonio como institución y por su regulación jurídica en momentos considerados decisivos para la historia de la sociedad y del Derecho. Una vez presentadas estas coordenadas introductorias, se analizará cronológicamente cómo se ha tratado el tema por parte de los ordenamientos jurídicos español y brasileño.

Así, el Capítulo arrancará de la “sociedad rudimentaria”, previa a la concepción del Estado actual.

Seguidamente, se examinará el matrimonio en la Grecia clásica. Conviene reseñar aquí la transición de la familia basada en la figura de la madre-matriarca a la familia patriarcal, que durante siglos dominó la sociedad occidental e inspiró sus

leyes. Se continuará analizando el tratamiento del matrimonio en el Derecho romano, el cual —como es bien sabido— inspiró varias codificaciones posteriores.

Una vez explicados estos antecedentes, se realizará un breve análisis de la regulación del matrimonio en el Derecho canónico. Aunque sin extendernos, tal regulación merece algún detenimiento en cuanto que el modelo matrimonial canónico se siguió durante siglos en varios países: ocurrió en España y en buena parte del continente —o en Brasil, en cuanto colonia portuguesa que fue—.

Tal como se ha adelantado, en la parte nuclear de este Capítulo se analizará la regulación histórica del matrimonio en el ordenamiento jurídico español, incluyendo las diversas Constituciones que se han promulgado en el país. Hecho lo cual, el Capítulo se concluirá con el análisis del tratamiento jurídico en la legislación brasileña.

Adviértase que el estado actual de la intervención del Estado en el matrimonio (incluyendo su disolución), no se tratará en este Capítulo primero, sino en un capítulo posterior. Será entonces cuando intentemos “rescatar” la verdad sobre el matrimonio, para comprender cómo los ordenamientos jurídicos han desatendido gradualmente los verdaderos fundamentos que justificaban la intervención en esa institución tan esencial.

En esta tarea de crítica al estatus normativo actual del matrimonio, un somero estudio histórico se revela importante, porque comprender la *ratio* y el tenor de intervención de antaño aporta luces para el estudio de los verdaderos fundamentos de la institución y, así, poder profundizar en lo que ha cambiado en la sociedad y entender las repercusiones jurídicas a las que nos enfrentamos hoy — que parecen estar lejos de terminar...—.

1. El matrimonio en la sociedad rudimentaria

En la sociedad rudimentaria el ser humano buscaba prioritariamente la satisfacción primaria de su subsistencia. Así, hombres y mujeres se unían dividiendo tareas, sin que todavía existiera la idea de un Estado y, por consiguiente, de una posible reglamentación legal positivada sobre lo que sería “ser familia”. Sin embargo, esa unión se mostraba esencial y, por ello, no tener pareja, por supuesto, era una calamidad. Y ello obedecía a una cuestión de lógica. La subsistencia y satisfacción primaria no se podía alcanzar solo, y menos aún en una concepción de vida en la que la persona estaba destinada a vivir en un grupo, como un ser gregario. Además, cuando se hace referencia al matrimonio y a la familia como dato de la naturaleza, para poder entender y comprender al hombre en su esencia, solo se podrá concluir que está destinado desde siempre a la familia.

Si se realiza un estudio de la historia de las familias, aunque sea en la sociedad rudimentaria, resulta referencia obligada, de algún modo, la obra de Friedrich Engels escrita en el año de 1884, sobre el origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado²². Las ideas presentadas en la obra de Engels, siguen la estela de Marx —que incluso fue su compañero de investigación en la Universidad—. En la obra que hasta los días de hoy sigue siendo una referencia en el estudio de la materia (no se quiere decir que presente necesariamente la verdad sobre la materia), el autor hace una clasificación o división de las etapas de la evolución de la familia en la sociedad:

Familia endogámica: es la primera etapa de la familia. Los grupos conyugales están separados por generaciones. Solo los ascendientes y los descendientes directos están excluidos de los deberes y derechos del matrimonio, lo que presupone que, en la misma línea, hermanos y hermanas serían aptos para la relación sexual y la procreación. Tal sistema estuvo presente en los comienzos en la isla de Hawái y tiende a existir en la Polinesia²³.

²² ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*, trad. de Ciro Mioranza, São Paulo, La fonte, 2017, pp. 55-56.

²³ ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*, cit., pp. 55-56.

Familia *Punalúa* - Segunda etapa de la familia. Poco a poco, intentó excluir el mestizaje entre los hermanos. Primero entre los uterinos, extendiéndose a aquellos que ahora se consideran primos, hermanos secundarios.

Primas, según esta costumbre, eran las mujeres comunes de sus esposos comunes, siendo solo excluidos sus propios hermanos.

"*Punalúa*" significa compañero íntimo, o "asociado con". Como en la modalidad anterior, el parentesco fue determinado por la madre; es decir, esta segunda modalidad familiar también se ocupa de la familia materna²⁴.

Posteriormente, se puede observar la formación de los "*gens*", ya que ahora está prohibido tener relaciones sexuales entre todos los parientes consanguíneos por línea femenina, que no pueden casarse entre sí.

Familia Premonógama: representa la fase de la barbarie. Hay unión de pares. Aunque había varias mujeres, era posible observar a una mujer principal. Ella también tenía a otros. En este momento, el matrimonio entre hermanos y hermanas era imposible. En esta etapa, un hombre vive con una mujer, pero la poligamia y la infidelidad siguen siendo un derecho de los hombres. La fidelidad era extremadamente exigida a las mujeres, ya que tal comportamiento dirigiría la línea de sucesión, pero el vínculo matrimonial era indisoluble para cualquiera de las partes, y el derecho materno aún prevalecía en esta era²⁵.

Familia monógama: representa el derrocamiento de la familia materna en la historia universal. Transmutando en derecho patriarcal. Este fenómeno se puede observar en la antigua Grecia, como se muestra a continuación, especialmente en la Grecia clásica²⁶. La mujer ahora es vista como un objeto de procreación. Esta fase incorpora los esclavos y el poder de la patria, siendo la familia romana el tipo perfecto para representar esta modalidad familiar. Corresponde a la etapa de

²⁴ ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado, cit.*, pp. 57-59.

²⁵ ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado, cit.*, p. 67.

²⁶ ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado, cit.*, p. 78.

civilización. La solidez de los lazos matrimoniales se vuelve mucho mayor. Como regla general, sólo al hombre cabe la separación y el repudio de la mujer.

Engels es tomado como referencia en escritos sobre el análisis de la historia de la familia en las obras de otros autores tales como Bachofen, Mac Lennan y Morgan²⁷.

Bachofen, cuya obra data de 1861, presentó en su época algunas ideas acerca de la historia de la familia, entre ellas, “heterismo de Bachofen”, basada en el hecho de que —a juicio del autor— en la era primitiva los hombres vivían en la promiscuidad sexual; imposibilidad en establecer la paternidad de la promiscuidad; importancia de la mujer ya que era la única progenitora conocida con seguridad; transición para la sociedad monogámica. Sus estudios se basaron en gran medida en escritos reunidos de la literatura clásica antigua y con esto buscaba demostrar la transición del derecho materno a la familia patriarcal en la época de los griegos.

En 1865 se publica la obra de Mac Lennan, en la cual habla de las tribus endógamas y exógamas donde los hombres buscaban, respectivamente, sus mujeres dentro de la propia tribu, o fuera de la misma. Se presentó también la idea —superada posteriormente— del matrimonio mediante el rapto de la esposa.

En 1871 apareció el trabajo de Morgan, cuyo estudio estaba basado en su mayoría en las tribus indígenas americanas, concluyendo fundamentalmente que se había producido una transición de la sociedad maternal a la sociedad patriarcal, explicando la historia de los griegos hasta los romanos. Las doctrinas de Morgan y Marx difundieron la idea de que la familia era sólo un producto de la evolución y que en las sociedades primitivas más antiguas existió algo similar a una relación social promiscua, lo que suponía que los hombres y las mujeres se unían sexualmente sin ningún tipo de trabas ni de reglas.

Según estas tesis, se puede observar, poco a poco, algo similar al concepto de familia que se conoce hoy, como resultado de la aparición de la propiedad

²⁷ ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*, cit., p.79.

privada, de la dominación de la mujer por parte del hombre con el objetivo de conocer su descendencia y transmitir sus posesiones.

Desde otra perspectiva, Lévi-Strauss —entre otros— ha mostrado la falsedad científica de esta teoría, remarcando la validez universal del hecho-familia²⁸. Sin duda, la mayor aportación ha sido su obra: “*Le structures élémentaires de la parenté*”, publicado en 1949. Según el autor, “para la humanidad el requisito absoluto para la creación de una familia es la existencia previa de otras dos familias, una que proporciona un hombre, la otra una mujer; con el matrimonio iniciarán una tercera familia...” Así que, contrariando la teoría de Engels, el mundo humano se diferencia del animal porque en él una familia no existiría si no existiera la sociedad. Como también ya ha sostenido el mismo autor, aún que la sociedad pertenezca al reino de la cultura, “la familia es emanación, al nivel social de aquellos requisitos naturales sin los cuales no podría existir la sociedad”²⁹.

Otro aspecto que ha reconocido Lévi-Strauss y que muestra la falsedad científica de la teoría de Engels, la cual es muy propalada en todo el mundo, es que “es cierto que la familia conyugal limitada a la madre y a los hijos(as) es prácticamente universal”³⁰. Pero lo que ha llevado nuestra sociedad a reconocer la familia conyugal involucra aspectos complejos que “sólo en parte puede explicarse por el progresivo conocimiento de una situación natural”³¹.

Por otro giro, para Parsons, la familia cumple una función social secundaria pues su función principal está destinada, no al sistema social, sino al sistema de la personalidad. De este modo, señala, son dos las funciones primordiales de la familia, a saber: la socialización de los niños para formar parte de la sociedad y la estabilización de las personalidades adultas. En sus palabras “cada adulto es miembro de una familia nuclear y cada niño debe comenzar su proceso de

²⁸ BURGOS, Juan Manuel. “*Familia y formas familiares, ¿qué es la familia?*”, Disponible en: <http://www.personalismo.org/burgos-familia-y-modelos-de-familia/>. Consultado el 20/07/2018.

²⁹ LÉVI-STRAUS, C.; SPIRO, M.E. & GOUGH, K. *Polémica sobre el Origen y la Universalidad de la Familia*, Barcelona, Anagrama, 1974. Originalmente: “*Man, Culture and Society*”, 1956.

³⁰ *Ídem*.

³¹ *Ídem*.

socialización en una familia nuclear”³².

Ya Gómez Pellón enseña que “la familia, como grupo primario, constituye el denominador común de todas las sociedades conocidas”. La familia como apunta el autor “en cualquier sociedad está formada por un grupo de personas, vinculadas entre sí por lazos de matrimonio y de descendencia”³³. Incluso los antropólogos, de manera general, afirman que en todas las sociedades humanas desde sus orígenes siempre ha existido algún tipo de organización familiar³⁴.

2. El matrimonio en la Grecia clásica

Antes de analizar los matrimonios en la Grecia clásica, se hace necesaria una explicación: con la intención de sintetizar el pensamiento griego, se adopta la expresión “Grecia clásica” para expresar el período que empieza por los denominados “Presocráticos” (siglos 6-7 a. C.), seguido por Sócrates (469-399), Platón (428-347) y Aristóteles (384-322).

Hecha esta aclaración, cabe afirmar que en la Grecia clásica los matrimonios eran uniones de interés y conveniencia social, además de financiera, y representaban una condición necesaria para la preservación de la familia, de la ciudad y de la raza³⁵. El matrimonio y la familia poseían gran valor para la sociedad, lo que se pone de manifiesto en los poemas de Homero.

No había inicialmente una forma legal de matrimonio y se atribuye a la ley de Solón (VI a.C.) la reglamentación para que un matrimonio fuera válido en Atenas, en la cual se exigían al menos dos requisitos: la promesa de matrimonio entre el futuro marido y el padre de la esposa, y después la ceremonia de la entrega

³² CADENAS, Hugo. “La familia como sistema social: Conyugalidad y parentalidad”, REVISTA MAD - UNIVERSIDAD DE CHILE, N° 33 (2015), pp. 29-41, p. 31.

³³ Gómez Pellón, Eloy. “Introducción a la antropología social y cultural”, Tema 4 - Antropología de la familia y del parentesco”, Universidad de Cantabria, Disponible en: https://ocw.unican.es/pluginfile.php/2208/mod_resource/content/1/tema4-antropologia.pdf, Consultado el 21/10/2019.

³⁴ BURGOS, Juan Manuel. “*Familia y formas familiares, ¿qué es la familia?*”, cit.,

³⁵ VRISIMTZIS, Nikolaos A. *Amor, sexo y matrimonio en la antigua Grecia. Una guía de la vida privada de los antiguos griegos*, trad.: PAU PIGEM, Maria, 2013, Versión E-book.

de la novia a la casa del novio, lo que incluía una serie de rituales que reflejaban las tradiciones de la época. Tradiciones que algunas de ellas continúan hasta nuestros días, como el uso del velo por la novia, la fiesta, los regalos nupciales y las damas de honor.

La motivación principal del matrimonio era la procreación de hijos varones legítimos. Es así que, en el caso de la esposa estéril, o la que solo tenía hijas, el concubinato del esposo con otra mujer era una práctica útil, por la cual un marido podría tener hijos, o los hijos varones que pretendía³⁶.

Posteriormente, cerca del año 451 a.C., en la época de Pericles, los matrimonios sólo serían legales en el caso de cumplir las formas y rituales ya conocidos desde los siglos anteriores, tal y como se realizaban entre dos atenienses, con el fin de evitar que los inmigrantes reivindicasen derechos civiles³⁷.

Las mujeres podían contraer matrimonio alrededor de los 16 años, pero los hombres alrededor de los 30. Por tanto, el que excediera la edad de cuarenta años y siquiera soltero tendría que pagar un impuesto por el “celibato”³⁸.

La disolución del matrimonio se producía cuando uno abandonaba al otro y se casaba con otra persona³⁹. Otras causas también podían suponer el divorcio, tal como el caso del adulterio por parte de la mujer, o la esterilidad. Para la mujer, por el contrario, la infidelidad no supondría causa para divorciarse, aunque sí podría aducirse si pudiera probarse que fuera maltratada por su marido⁴⁰. Se requería la lealtad de la mujer casada para asegurar la legitimidad de los hijos. Sin embargo, los hombres podían llevar a cabo conductas de poligamia, especialmente aquellos que se quedaban lejos de casa, en guerra o en viaje⁴¹. El concubinato era como una costumbre, paralelamente a la familia formada por el matrimonio.

³⁶ *Ídem.*

³⁷ *Ídem.*

³⁸ *Ídem.*

³⁹ *Ídem.*

⁴⁰ FERNÁNDEZ, Aurelio. *Qué es y qué no es el matrimonio*, Madrid, Ediciones Cristiandad, 2019, pp.23-24.

⁴¹ VRISIMTZIS, Nikolaos A. *Amor, sexo y matrimonio en la antigua Grecia. Una guía de la vida privada de los antiguos griegos*, cit.

En este momento de la historia de la civilización se observa el cambio de la familia matriarcal para la familia patriarcal⁴². En la antigua Grecia las mujeres no tenían derechos políticos y civiles y tenían una posición inferior.

Fernández destaca que en la doctrina de Platón —el cual ha sido el responsable también de transmitir las enseñanzas de Sócrates en el “Diálogos de Platón”, además de sus propios pensamientos—, se puede subrayar que en dos de sus obras, “La República” y “Las Leyes”, se atribuye una importancia decisiva al matrimonio para la sociedad y su bienestar⁴³.

Lo mismo ocurre con el pensamiento aristotélico, pues el sabio griego consideraba que el matrimonio era antes de todo un deber social. Conviene recordar su concepto del hombre como “animal social y político”⁴⁴. Además, también destaca Fernández que Aristóteles consideraba el matrimonio como el medio natural de lograr la perduración de la especie humana y también una institución natural cuyo fin no es solo la procreación⁴⁵. Aristóteles destacaba la importancia de la estabilidad del matrimonio para los hijos habidos; sin embargo, aceptaba las leyes vigentes sobre el divorcio, tanto por parte del hombre como de la mujer⁴⁶.

3. El matrimonio en el Derecho Romano

Es cierto que la familia puede estudiarse de muchas maneras, dada la variedad de funciones que desempeña dentro del entorno social. Sin embargo, en esta investigación —como ya se ha señalado previamente—, nuestro estudio se centrará en el matrimonio, para comprender el motivo del instituto y cómo a lo largo de la historia ha sido jurídicamente regulado por el Estado, especialmente en los países que se examinarán.

⁴² ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*, cit.

⁴³ FERNÁNDEZ, Aurelio. “*Qué es y qué no es el matrimonio*”, *Ídem*.

⁴⁴ FERNÁNDEZ, Aurelio. “*Qué es y qué no es el matrimonio*”, cit., p.28.

⁴⁵ FERNÁNDEZ, Aurelio. “*Qué es y qué no es el matrimonio*”, cit., pp.28-29.

⁴⁶ FERNÁNDEZ, Aurelio. “*Qué es y qué no es el matrimonio*”, cit., pp.30-31.

Por su extraordinaria relevancia histórica, merece un apartado —aunque sea breve— el tratamiento del matrimonio en el Derecho Romano, Derecho este que extendió su vigencia desde la fundación de Roma (753 a. C.) hasta la compilación del emperador Justiniano a mitad del siglo VI d. C, abarcando los tres períodos de la vida de Roma antigua: la Monarquía, la República y, finalmente, el Imperio.

Básicamente, antes de la República Romana, había estas modalidades de matrimonio en el Derecho romano:

Confarretio: celebrado por la ceremonia religiosa. Su denominación obedecía a que se dividía una tarta de cebada entre los cónyuges como símbolo de la vida común que estaba comenzando. Lo que indica el origen cultural de la tarta nupcial.

Coemptio: esta forma de unión de la pareja era una modalidad de *mancipatio*, un negocio jurídico formal utilizado para una gran cantidad de negocios, comenzando con la compra y la venta. No fue más que una "venta" de la mujer por quien ejercía el patrio poder sobre la misma.

Usus: por esta modalidad, la esposa se sometía al poder de su esposo después de un año de convivencia. Si se detectaban eventuales vicios de una *mancipatio* —como en una compra y venta—, dichos vicios podrían ser facilitados por *usucapion*, vicios de *coemptio* y la falta de ellos también podría ser proporcionada por *usus*; es decir, la vida común ininterrumpida durante un año. El efecto de este matrimonio era *cum manum*, ya que el *coemptio* implicaba la ruptura completa entre la mujer y la familia de su padre. Pasando a integrar la familia de su marido.

Solo como referencia, conviene recordar que el efecto de la interrupción completa por parte de la mujer con su familia de origen fue alterado más tarde por el *trinocitium*, que introdujo el matrimonio '*sine manu*', en el que la mujer continuaba permaneciendo bajo la autoridad de su *pater*, para que no perdiera la herencia de su familia, a pesar de que vivía en la familia de su esposo y en la posición de su esposa.

En general, en el Derecho Romano, la llamada *familia*, o *famulus*, era ese núcleo constituido no solo por el esposo, la esposa y los hijos, sino también por los esclavos, con el poder del *pater familiae*, que tenía la potestad y dominio legal del hogar, de la vida y la muerte sobre todos ellos. Es decir, la familia romana era el grupo de personas unidas por la identidad del culto, dado que el *pater* también ejercía los deberes de sacerdote en el grupo, representando a las personas que no necesariamente estaban unidas por lazos de sangre, y, bajo el amparo de jefe de familia, practicaba con total libertad su *pater potestas*. La influencia del estado familiar para la formación social fue muy importante en el período del Derecho romano, siendo desde entonces el matrimonio el vínculo sagrado por excelencia.

En la época de la República el marido asumía el dominio pleno y, sin que el matrimonio fuese estable, las desventajas para la esposa eran mucho mayores, a excepción del adulterio, que era castigado tanto para uno como para el otro⁴⁷.

Se atribuye al jurista Modestino (ya en el Imperio, siglo III d. C.) el siguiente concepto del matrimonio romano: “El matrimonio es la unión de un hombre y de una mujer para toda la vida, según la ley divina y la ley humana”⁴⁸. Las leyes Julia y Papea Poppena destacaban la importancia de la procreación como bien social. El carácter público y la función y sentido del matrimonio fueron destacadas por Cicerón en la obra sobre los deberes (*De officiis*), cuando denominó el matrimonio como ‘*seminarium reipublicae*’. Por ello, no era bien vista la soltería y, por el contrario, se recompensaba a los casados⁴⁹.

Perozzi apunta que la organización familiar temprana formó los '*gens*' y su unión, las llamadas '*civitas*', derivadas de la agregación de otras gentes⁵⁰. Por lo tanto, la familia puede entenderse como un organismo natural, cerrado y formado por el parentesco de sangre o por el matrimonio, inspirado por el espíritu y los deberes propios de la sociedad doméstica, que está sujeta a la *potestas* del *pater*

⁴⁷ FERNÁNDEZ, Aurelio. “*Qué es y qué no es el matrimonio*”, *cit.*, pp.36-37.

⁴⁸ *Ídem*, p.36.

⁴⁹ FERNÁNDEZ, Aurelio. “*Qué es y qué no es el matrimonio*”, *cit.*, p.37.

⁵⁰ PEROZZI, Silvio. *Istituzioni di diritto romano*, 2ª. ed., Vol. I, Roma, Athaeneum, Casa Vallardi, 1928, p. 311.

familiae.

Sin embargo, al Estado romano no se le permitió inmiscuirse en asuntos o decisiones familiares, ya que la familia fue modelada durante mucho tiempo por las costumbres (*mores maiorum*). Posteriormente, la ley solo contemplaría algunos casos en los que no habría *connubius* —es decir, la capacidad de casarse—, como, por ejemplo, entre aristócratas y plebeyos, en la línea del contexto actual de impedimentos para un casamiento.

En todos los casos, para que el matrimonio romano fuera legítimo eran necesarios ciertos requisitos, entre ellos: consentimiento, edad de núbil (pubertad —la nubilidad comenzó a los 12 años para las mujeres y a los 14 para los hombres—) y *conubium* (que incluye la posesión de libertad, ciudadanía, observancia del servicio militar, monogamia, posesión de la función *coeundi*).

También eran circunstancias que impedían el matrimonio: el parentesco, la afinidad, el estatus social y la observancia de razones prácticas o políticas. Es importante incluir entre estas causas de impedimentos la imposibilidad del matrimonio entre ciudadanos romanos y bárbaros o *gentis*, impedimentos de origen religioso y las diferentes condiciones sociales de las partes.

El requisito de la diversidad de sexo entre los contrayentes se puede observar en el *Liber Primus* del Digesto de Justiniano (533 d.C.): “La ley natural es lo que la naturaleza ha enseñado a todos los animales; de ahí la unión del macho y la hembra, que llamamos matrimonio; de ahí la procreación de niños”⁵¹.

Por lo tanto, podemos decir que el matrimonio en Roma se basó en la heterosexualidad, la monogamia, la consensualidad (a pesar de que la mujer consintió en ser representada por su padre) y la disolubilidad, ya que el divorcio era

⁵¹ Título IX: *Nuptiae autem, sive matrimonium, est viri et mulieris conjunctio, individuum vitae consuetudinem continens*; Título X: *Justas autem nuptias inter se cundum praecepta legum coeunt, masculi quidem puberes, feminae autem viri potentes, sive patres familias sint, sive filii familias*. (Título IX: “Las nupcias o matrimonio consisten en la unión del hombre y de la mujer, con la obligación de vivir en una sociedad indisoluble”; Título X: “Contraen entre sí justas nupcias los ciudadanos romanos, cuando se unen según los dictámenes de la ley los varones púberes con las mujeres núbiles, sean *patres familias*, sean *filii familiae*”). ORTOLÁN, M. *Instituciones de Justiniano*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, [s.d.]. pp. 42-43.

posible, al igual que la posibilidad de volverse a casar. Así, en Roma, el divorcio se practicaba ampliamente: en su mente, el consentimiento o *affectio maritalis* el matrimonio —entendido como mutua intención de permanecer unidos— debía mantenerse a lo largo de la vida del matrimonio, con lo que este terminaba cuando cesaba la *affectio maritalis* ; de modo que el divorcio se podía oponer entre los cónyuges.

Concubinatus era una unión muy común entre los romanos, pero no había *affectio maritalis* ⁵². Basdevent-Gaudemet apunta que el concubinato fue teóricamente ignorado por el derecho, pero tuvo una gran aceptación social. Fue efectivo cuando no se cumplían los requisitos para el matrimonio legal. En el período correspondiente al Bajo-Imperio, se regulará y producirá efectos jurídicos, principalmente con respecto a la sucesión y especialmente con Constantino⁵³.

Como señalaba Mazeaud, la afluencia de riqueza y la disolución de las costumbres antiguas llevaron a una ruptura en la estructura familiar conocida hasta ahora, marcada por el poder decreciente del *pater familias* , la multiplicación de divorcios, la celebración frecuente de matrimonios *sine manus* , donde la mujer ya no pertenece a la familia de su marido. Como consecuencia directa de estos cambios, se apunta la baja tasa de natalidad, lo que llevó al emperador Augusto a elaborar una serie de medidas a favor del establecimiento de familias numerosas, así como la reducción del adulterio⁵⁴. Concretamente, tanto la *Lex Iulia de adulteriis* y la *Lex Iulia de maritandis ordinibus* tenían como objetivo frenar el adulterio y fomentar los matrimonios y los nacimientos. Unos años más tarde, todavía en el principado de este mismo emperador, en el año 9 d. C., se promulgó la *Lex Papia Poppaea* la cual, aunque mantenía los mismos objetivos, modificó ligeramente la *Lex Iulia de maritandis ordinibus* .

⁵² BASDEVENT-GAUDEMET, Brigitte. “Um contrat entre l’homme et la femme? Quelques points à travers l’histoire em occident», en: FENOUILLET, Dominique; DE VAREILLES SOMMIÈRES, Pascal (Dirs.), *La contractualisation de la famille* , Paris, Económica, 2001. p. 18.

⁵³ BASDEVENT-GAUDEMET, Brigitte. « Um contrat entre l’homme et la femme? Quelques points à travers l’histoire em occident », *cit.* , p. 17.

⁵⁴ MAZEAUD, Henri et LEON MAZEAUD, Jean. *Leçons de droit civil* , 6ª. ed., Tomo I, vol. 3, París, Éditions Montchrestien, 1976, pp. 28-29.

En general, y entre otras medidas, la legislación establece que todos los ciudadanos entre las edades de veinte y cincuenta años debían estar casados. Los solteros y los que estaban casados pero que no tenían hijos fueron penalizados financieramente.

Con Constantino, en el siglo IV d. C., una nueva concepción de la familia penetró en la realidad romana, la concepción cristiana, con sustanciales cambios: en el lugar de la gran familia romana vino la familia formada por la pareja y su descendencia, cuya cohesión se basaba en el sacramento del matrimonio. Sin embargo, este emperador no revocó la posibilidad de divorcio.

Se puede observar, que el verdadero origen de la protección jurídica de la familia no se basó en las necesidades económicas y de supervivencia de las personas y del Imperio Romano.

Con la caída del Imperio y la sociedad nacida del cristianismo, lentamente las normas del Derecho Romano dieron paso a las inspiradas por la doctrina cristiana. Sin embargo, los paganos protestaron mucho, por ejemplo, a favor del divorcio. En definitiva, fue con el reconocimiento de la religión cristiana como religión oficial del Imperio cuando los emperadores, poco a poco, empezaron a atenerse a las leyes de la Iglesia⁵⁵.

4. El Matrimonio en el Derecho Canónico

Hay una circunstancia histórica que explica la importancia del Derecho Canónico para nuestra temática, sobre todo en términos de la impronta que tal sistema jurídico deja en el legislaciones civiles posteriores sobre el matrimonio: el hecho de que durante Edad Media, el matrimonio fuera competencia exclusiva de la Iglesia; de modo que “ningún poder seglar le discutió su autoridad ni su doble monopolio, jurisdiccional y legislativo”⁵⁶. De ahí que, como ha escrito el civilista

⁵⁵ FERNÁNDEZ, Aurelio. “Los avatares del matrimonio a lo largo de la historia”, *Burguense: Collectanea Scientifica*, n.º. 56, I, 2015, pp. 9-63.

⁵⁶ GHIRARDI Mónica e IRIGOYEN LÓPEZ, Antonio. “El matrimonio, el Concilio de Trento e Hispanoamérica”, *Revista de Indias*, n.º 246, 2009, p. 242.

Arechederra, “cuando el movimiento secularizador alcanzó al matrimonio”, el Estado lo que hizo fue recibir “una institución consolidada y decantada a lo largo del tiempo”, de modo que al Estado el bastaba con “traducir lo canónico en civil poniendo una inequívoca seña de identidad civil: la disolubilidad de lo indisoluble”⁵⁷.

De entrada, ha de señalarse que la expresión canónica del matrimonio se fundamenta en un modelo antropológico. Las claves que caracterizan esa expresión son básicamente las siguientes: el principio de la consensualidad; su naturaleza de su compromiso entero y recíproco; la índole del vínculo conyugal como único, exclusivo e indisoluble; la sacramentalidad; la inseparabilidad entre unión conyugal y procreación educadora de los hijos y el fundamento y límites del poder de la Iglesia y del Estado en la regulación jurídica del matrimonio⁵⁸.

Centremos nuestra atención en el elemento consensual del matrimonio. Un punto fundamental para la distinción del tratamiento dado al matrimonio por el Derecho romano si se compara con el Derecho canónico es que se ha realizado una travesía histórica entre una época en que el consentimiento de los esposos podría ser manifestado por los padres hasta una época en que el consentimiento de los contrayentes se convirtió en fundamental e indispensable para el matrimonio. Pero, sobre todo, surge el problema de los justos términos de exigibilidad del consentimiento de los contrayentes. Lo que ha conducido a que el Derecho canónico regulase cómo aquel debería manifestarse, cuándo y de qué manera, para que fuese válida la formación del vínculo.

Acuña Guirola ha apuntado que:

“Se ha afirmado múltiples veces que la legislación canónica sobre el matrimonio cristiano es una cristianización de la romana, en el sentido que esta constituye la estructura jurídica en que aquella se apoyó como en una base a partir de la cual hubo de

⁵⁷ ARECHEDERRA, Luis. “El matrimonio informal (nadie puede querer, lo que realmente quiere, sin quererlo”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 21, n° 2, 1994, p.227.

⁵⁸ VILADRICH, Pedro-Juan. *El modelo antropológico del matrimonio*, Instituto de Ciencias para la Familia, Universidad de Navarra, Madrid, Ediciones RIALP, 2001, pp.17-18

proyectarse en la historia para ir adquiriendo su carácter propio y peculiar”⁵⁹.

Hay que subrayar, no obstante, que no es exclusivamente la forma lo que distingue el matrimonio canónico del civil, siendo esta solo una de las diferencias. Del mismo modo, Acuña Guirola ha subrayado que “para muchos civilistas, la forma constituye el nervio de la distinción entre matrimonio canónico y matrimonio civil”⁶⁰.

Más allá de la forma, con el Derecho canónico el matrimonio se ha convertido en sacralizado e indisoluble. El marco ha sido el Concilio de Trento, en 1563⁶¹. En palabras de Leite:

“El concilio resultó en la afirmación del matrimonio como un contrato indisoluble y en el reconocimiento del principio monógamo con la determinación del libre consentimiento de los contrayentes para contraer el matrimonio ante la presencia obligatoria del ministro eclesiástico y los testigos, con la bendición”⁶².

Sobre el fenómeno de la sacralización del matrimonio apunta González Pérez:

⁵⁹ Y continúa la autora: “Sin entrar a analizar el valor de tal tesis, -lo que quedaría fuera de lugar en este momento- debo partir de ella en la medida en que significa que es preciso realizar una somera referencia al Derecho romano, como camino imprescindible para abordar el estudio del matrimonio cristiano en los primeros siglos de su evolución”. ACUÑA GUIROLA, Sara. *Nacimiento y evolución de la forma de celebración del matrimonio canónico: el mito del eterno retorno*, Ocre Editorial, 2012 (versión ebook).

⁶⁰ ACUÑA GUIROLA, Sara. *Nacimiento y evolución de la forma de celebración del matrimonio canónico: el mito del eterno retorno*, cit., pp.14-18.

⁶¹ ACUÑA GUIROLA, Sara. *Nacimiento y evolución de la forma de celebración del matrimonio canónico: el mito del eterno retorno*, cit.

⁶² DE OLIVEIRA LEITE, Eduardo. *Temas de Direito de Família*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, p.251. Por su parte, Clovis Bevilacqua señala: “Por lo tanto fue prescrito por esta asamblea religiosa: primero, que el casamiento debe ir precedido por tres llamamientos realizados por el párroco que corresponda al domicilio de cada uno de los contrayentes; segundo, que la manifestación libre del mutuo consentimiento se produzca, de modo inequívoco, ante el párroco celebrante; tercero, que la celebración se realice por el párroco de uno de los contrayentes o por un sacerdote debidamente autorizado, en la presencia de al menos dos testigos; cuarto, finalmente, que el acto concluya con la solemnidad de la bendición nupcial.” En: “*Direito de Família*”, Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1976, p.55.

“La religión, toda religión, se caracteriza precisamente por sacralizar, fijando los correspondientes tabúes, los llamados grandes ritos de paso de la existencia del hombre sobre la tierra: el nacimiento, el sexo como procreación, y la muerte. En estos tres momentos solemnes de la vida, el individuo se ve especialmente constreñido por las pautas de conducta ritual. Si se observa con atención que los tres momentos están fuertemente bautizados (aborto, adulterio, y suicidio) sobre la misma base sacra: la vida es un don de Dios...

El Estado, heredero secularizado, al fin y al cabo, de gran parte de las funciones que cumplió originalmente la religión, la secunda celosamente a través de una intrincada y minuciosa normativa legal...”⁶³.

En el año 866, el Papa Nicolau I consideró innecesario en la celebración del matrimonio cualquier ceremonia religiosa en la Europa Occidental. El consentimiento de los cónyuges ante el ministerio de la Iglesia solo empieza a plantearse en los siglos XI y XII, cuando aparece la idea del matrimonio como sacramento. Y hasta el siglo XVI son válidos los matrimonios celebrados al margen del rito religioso.

El siglo XII, así como el XIII, son los dos más importantes para la evolución del Derecho canónico. Acuña Guirola ha manifestado al respecto:

“En efecto, la formación del llamado derecho canónico clásico no significa para la institución matrimonial solamente la aparición de nuevas normas o la modificación de tales o cuales requisitos, sino también y especialmente el nacimiento de un sistema completo de derecho matrimonial, en cual, como consecuencia de la afirmación del principio de la exclusiva competencia de la iglesia en esta materia, se constituye

⁶³ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *La Dignidad de la Persona*, 2ª Edición, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2011, pp. 298-299.

prácticamente en el único régimen jurídico del matrimonio dentro del marco de la cristiandad”⁶⁴.

El nacimiento del sistema canónico del matrimonio ha ejercido un papel muy importante, por ejemplo en cuanto a la inhibición de los matrimonios ocultos o clandestinos. Al respecto, es preciso hacer referencia también a la misma autora española, Acuña Guirola, cuando sostiene que:

“... una serie de causas concurrirán para hacer precisa una reforma decisiva de la disciplina matrimonial a fin de acabar con las uniones ocultas. [...] Tales causas eran las siguientes: a) la imposibilidad de prueba en el foro externo de unos matrimonios válidos y eficaces en el fuero interno, con los consiguientes inconvenientes de orden tanto sustantivo como procesal; b) la vía abierta a los dobles matrimonios, materia en la que se ya es grave el problema jurídico sobre la determinación de cuál de ellos resulte el verdadero y válido, no hay que quitarle importancia al camino que se abre al dolo, a la decepción en muchos casos irremediable de personas inocentes, etc.; c) la problemática en torno a la legitimidad de los hijos nacidos del matrimonio clandestino, y en caso de doble matrimonio de uno y otro de ellos”⁶⁵.

Como paso determinante en el sistema matrimonial canónico se puede mencionar el decreto *Tametsi*, aprobado, tras una “ardua discusión”⁶⁶, en el marco de Concilio de Trento, y que representa un hecho fundamental en este sistema. Decreta la obligación de la “forma canónica” para el matrimonio entre los católicos; de modo que han de observarse, para los católicos, una serie de formalidades como condición de validez del matrimonio: en concreto, ha de celebrarse ante el párroco y ante dos o tres testigos. Este decreto, a su vez, cierra una época donde se puede

⁶⁴ ACUÑA GUIROLA, Sara. *Nacimiento y evolución de la forma de celebración del matrimonio canónico: el mito del eterno retorno*, cit.

⁶⁵ *Ídem*.

⁶⁶ En palabras de ARECHEDERRA, Luis, *Op. Cit.*

vislumbrar la consolidación de la forma matrimonial y abre la etapa de la forma asegurada, que viene aplicándose hasta nuestros días⁶⁷.

El contenido de este decreto fue acogido en lo esencial por la codificación de 1917, con la aprobación del Código de Derecho Canónico de 27 de mayo de 1917, que entró en vigor el 19 de mayo de 1918. Para redactar el referido código canónico, el Papa Pío X había creado una comisión redactora, la cual, tras doce años de trabajo, aprobó el texto normativo, que ha estado en vigor hasta el año de 1983, a pesar de las modificaciones e innovaciones de que fue objeto⁶⁸.

En el año 1983 se aprueba una nueva codificación canónica que confirma como necesaria la forma de celebración. El canon 1108 ratifica la doctrina anterior, aunque suavizándola para garantizar el derecho al matrimonio —*ius connubi*— de todas las personas, también de los que se hayan apartado de la Iglesia católica.

El canon 1117 expresa la obligatoriedad de la forma en los siguientes términos:

“la forma (canónica) [...] se ha de observar si al menos uno de los contrayentes fue bautizado en la Iglesia católica o recibido en ella y no se ha apartado de ella por acto formal [...]”⁶⁹.

Como se ve, la innovación del códex de 1983 sobre el sistema anterior es la de excluir de la obligatoriedad *ad valorem* de la forma canónica a los que, habiendo sido bautizados en la Iglesia católica o recibidos en ella, posteriormente la abandonarían por acto formal.

Lo cierto es que, hasta hoy, los sistemas matrimoniales civiles occidentales tienen base y fundamento en el sistema matrimonial canónico, aunque aquellos hayan vaciado las características más significativas y sustanciales de este.

Así lo ha puesto de manifiesto el profesor Fornés:

⁶⁷ *Ídem.*

⁶⁸ *Ídem.*

⁶⁹ www.vatican.va. Consultado el 12/12/2018.

“Incluso puede afirmarse —como se ha manifestado con frecuencia— que los actuales sistemas matrimoniales civiles tienen su base y su raíz en el sistema matrimonial canónico, pese a que, en el trasplante, este último haya sido desposeído de sus más sustanciales características. Pero, en efecto, los sistemas matrimoniales occidentales han surgido como una derivación del Derecho matrimonial canónico, del que toman sus elementos y construcciones técnicas, en un proceso de secularización del matrimonio canónico que se inicia en el siglo XVI y culmina en la Constitución francesa de 1791 y el sucesivo Código Napoleón de 1804”⁷⁰.

Es claro cuál es el punto central que separa a los sistemas civiles del canónico: el divorcio no estaba previsto, por razones lógicas, en el Derecho canónico, dado que el vínculo era indisoluble, a menos que, en la hipótesis de un matrimonio no consumado, este hecho se pudiera alegar, rompiéndose así el vínculo. Excepcionalmente, y a partir del siglo XIII, existía la posibilidad de separación, siempre que se cumplieran ciertos requisitos, pero manteniéndose la unión.

En resumen, puede afirmarse que el matrimonio, en el Derecho canónico, se basa en tres cuestiones: ¿quién puede contraer matrimonio?; ¿cómo se constituye el matrimonio? Y ¿cuál es la forma para contraer matrimonio?

En otras palabras, Fornés apunta:

“El sistema matrimonial canónico oscila en torno a tres pilares fundamentales: a) capacidad e impedimentos matrimoniales; b) consentimiento, y c) forma.

- a) Se estudia, en primer lugar, quiénes pueden contraer matrimonio. Y en este sentido es fundamental el c. 1058, que formaliza en un precepto positivo el derecho fundamental o natural de toda persona a contraer matrimonio (el *ius connubi*): “pueden contraer

⁷⁰ FORNÉS, Juan. *Derecho matrimonial canónico*, 7ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 2018, p.13.

matrimonio todos aquellos a quienes el derecho no se lo prohíbe”[...].

- b) En segundo término, se afronta la cuestión de cuál sea la causa del matrimonio: cómo se contrae, o mejor, cómo se constituye el matrimonio. Y en este punto resultará fundamental el c. 1057, §1: “El matrimonio lo produce el consentimiento de las partes legítimamente manifestado entre personas jurídicamente hábiles, consentimiento que ningún poder humano puede suplir” [...].
- c) Pero no basta con el consentimiento, sino que el matrimonio debe contraerse en una determinada forma, a tenor de lo escrito en los cc.1.108 ss.”⁷¹.

En el Derecho español, la relevancia del derecho matrimonial canónico resulta patente a la vista del acuerdo entre España y la Santa Sede, sobre asuntos jurídicos, firmado el 3 de enero de 1979 (donde, fundamentalmente, se reconocen efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico), y de la Ley 30/1981, que reformó el Código Civil (y que asumió tal previsión del acuerdo de 1979).

En la actualidad, en los Can. 1055 a 1165 del Código del Derecho Canónico de 1983⁷² se regula la materia referente al matrimonio canónico.

5. De la familia occidental medieval a la familia moderna: presentación de una “brutal mutación” del sistema matrimonial.

Como se observa, la familia occidental moderna ha estado fuertemente influenciada por el Derecho romano, por el canónico y por el bárbaro/germánico.

Pues bien, nos parece que se puede apuntar la siguiente definición de la familia: la *familia occidental clásica* puede describirse como un grupo social formado por un hombre, una mujer, sus hijos y un número variable de parientes.

⁷¹ *Ídem*, p.14.

⁷² http://www.vatican.va/archive/ESL0020/_P3X.HTM. Consultado el 01/04/2019.

Como en la Edad Media para el matrimonio bastaba el simple consentimiento, sin ninguna formalidad, el matrimonio clandestino fue un verdadero flagelo, debido a la situación muy desfavorable a que abocaba a los niños nacidos en estas relaciones.

Para poner fin a esto, el Concilio de Letrán de 1215 emitió unas reglas para la celebración de matrimonios, penando a aquellos que se casaban sin la bendición nupcial o que no procedían a las *denuntiationes* o anuncio del matrimonio (proclamaciones). En ese mismo siglo XIII, la Iglesia elaboró la teoría de los impedimentos matrimoniales⁷³.

Los bárbaros introdujeron el llamado "régimen de ley personal", preservando sus instituciones y permitiendo a los romanos mantener las suyas en paralelo. El tipo de familia establecida por ellos era de estructura simple, basada en el tipo paterno (y no patriarcal), adoptando un matrimonio con gran valor moral donde la mujer participaba en la comunión de la vida conyugal, siendo el matrimonio germánico también el primero en admitir la participación del Estado, representado por un funcionario⁷⁴.

Sintetiza el autor brasileño Santiago Dantas, que a partir de la coexistencia y de las influencias recíprocas entre las tres formas de matrimonio seguidas durante la Edad Media —la germánica, la romana y la eclesiástica— resultará el régimen matrimonial moderno⁷⁵.

La Reforma Religiosa afectó gravemente a la autoridad de la Iglesia en el ámbito del matrimonio. En respuesta, la Iglesia, en el Concilio de Trento (1545-1563), tomó medidas importantes en la materia. Ya advertimos que, por el Decreto *Tametsi* de 1563, el matrimonio se convierte en un contrato solemne, por el cual se deben observar varias formalidades, lo que hace que los matrimonios clandestinos se consideren inválidos, ya que, desde entonces, el matrimonio deberá efectuarse *in*

⁷³ ACUÑA GUIROLA, Sara. *Nacimiento y evolución de la forma de celebración del matrimonio canónico: el mito del eterno retorno*, cit.

⁷⁴ DANTAS, Santiago. *Direitos de Família e das Sucessões*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 1991, p.52.

⁷⁵ DANTAS, Santiago. *Direitos de Família e das Sucessões*, cit., p.54.

face ecclesiae.

Antes de esto, en 1517, el Derecho eclesiástico fue fuertemente sacudido por la doctrina protestante de Lutero, que negaba expresamente el carácter sacramental del matrimonio, con lo que esto comporta para el régimen matrimonial. Este planteamiento tuvo gran importancia para la evolución del matrimonio, en cuanto lo adoptaron las grandes naciones europeas. Es bien conocido el interés al respecto del rey Enrique VIII de Inglaterra, cara a obtener el divorcio y poder contraer sucesivas nupcias⁷⁶.

Es en la Holanda de 1580 donde se instituye el matrimonio civil, tal como es conocido en los sistemas actuales. A partir de entonces convivirán estos sistemas: religioso obligatorio, civil obligatorio, civil facultativo y civil subsidiario. En ese momento, en ese país los no calvinistas debían casarse ante el magistrado civil, los judíos eran exonerados y para los calvinistas era facultativo⁷⁷.

Burgos cita a Navarro-Valls para explicar las características de este modelo clásico de matrimonio. A su juicio, este matrimonio consiste en:

“Un vínculo monogámico entre personas de sexo diferente, generador de un grupo familiar y reconocido por el Derecho como fuente de derechos y obligaciones. Vínculo que nace del insustituible consentimiento de las partes y que presupone, por tanto, en los contrayentes la capacidad de entender y querer en orden a los compromisos que se adquieren. Vínculo no a plazo, en el que es un elemento *natural* (aunque *esencial*, solamente, en los ordenamientos no divorcistas) el tener que durar cuanto dure la vida de los que lo generan y en el que la disolución, cuando se admite, sólo podrá ser fruto de una voluntad manifestada *después* de haber nacido el vínculo, nunca en el momento de su nacimiento.

⁷⁶ *Ídem.*

⁷⁷ CAÚS BRANDÃO, Debora Vanessa. “Do casamento religioso com efeitos civis e o novo código civil”, *Neófito- informativo jurídico*, Brasil, Ano 2001, p. 2, Disponible en: www.neofito.com.br.

Rasgos generales a los que habría que añadir la *formalización* del momento constitutivo; es decir, la necesidad de que el consentimiento matrimonial sea recibido a través de ciertas formalidades que den noticia social de su existencia, no bastando, por tanto, la simple convivencia para que de ella derive un *status* matrimonial o a él asimilado en la plenitud de sus virtualidades”⁷⁸.

Por tanto, el hombre y la mujer están unidos de forma estable y exclusiva a través del matrimonio, que es el resultado —se le supone— de un proceso de enamoramiento entre ambos. Consecuentemente, de ese proceso se decide la creación de un proyecto de vida, la familia, con el que se desea compartir la vida y hacer fructificar el amor a través de la generación y educación de los hijos.

Este proyecto de vida debe ser entendido como una decisión vital, irrevocable, porque tanto el marido como la mujer se comprometen enteramente y para toda su vida, y, por ello, invierten en ella una parte importante de sus recursos y de sus capacidades intelectuales y afectivas⁷⁹.

Establecida la universalidad del hecho-familia, hay que dar otro paso que nos conduce a la familia occidental, que consiste en una especificación entre muchas otras posibles de esa estructura humana básica. Y es, en concreto, la que se ha dado en la cultura europea y, por extensión, en la occidental, sobre la base de la influencia griega, romana y cristiana.

Cabría pensar que se trata de un concepto muy amplio y, por lo tanto, muy difuso, ya que se aplica a un periodo de tiempo de más de 2000 años en el que la familia ha sufrido notables variaciones, pero, a nuestro juicio, es posible determinar un núcleo esencial que se ha mantenido básicamente inalterado a lo largo de los siglos y que permite dar consistencia al concepto.

A la vista del pensamiento clásico, Robert P. George y Patrick Lee señalan

⁷⁸ Juan Manuel Burgos es Presidente de la Asociación Española de Personalismo. Estas ideas se encuentran recogidas de modo más desarrollado en: BURGOS, Juan Manuel. *Diagnóstico de la familia*, Madrid, Palabra, 2004.

⁷⁹ *Ídem*.

que el matrimonio es la comunidad de un hombre y una mujer que aceptan públicamente compartir toda su vida, en todos los niveles de su ser, incluido el corpóreo, en un tipo de relación que naturalmente se complementaría con la concepción conjunta, el cuidado y la educación de los hijos (incluso si alguno de los matrimonios no da lugar a hijos) [y que] por su propia naturaleza requiere reglas de exclusividad y permanencia⁸⁰. De modo que lo que crea la unidad es la acción común: actividad dirigida a fines comunes. Por eso dicen estos autores: “Dos cosas son partes de algo más grande —son una— si actúan como una, y actúan como una cuando sus acciones se coordinan con el mismo fin”⁸¹.

Además, con respecto a la ceremonia de celebración del acto, teniendo en cuenta la legislación vigente en los dos países objeto de esta investigación —España y Brasil—, vale la pena mencionar que el “ritual” todavía se ve hoy en día, con fiesta, vestidos, velos y muchos otros. Estos detalles se heredaron, no en cuanto a la ceremonia religiosa, como uno podría imaginar, sino en relación con costumbres adoptadas de la antigua Grecia, transmitidas a la cultura romana y mantenidas hasta el día de hoy sin cuestionarse su origen o su razón de ser⁸².

Vázquez de Prada apunta que desde fines del siglo XVIII, así como en el siglo XIX, diversas las leyes fueron, poco a poco, transfiriendo el control del matrimonio desde la Iglesia al Estado⁸³. A la vez, comienza a sustentarse la idea —errada— de que el matrimonio no era más que un contrato, concepción esta que abierto las puertas al divorcio. La misma autora describe también la evolución en

⁸⁰ GEORGE, Robert P.; LEE, Patrick. “*Conjugal Union: what marriage is and why it matters?*”, New York, Cambridge University Press, 2014, p. 9. Texto original: “Marriage is the community formed by a man and a woman who publicly consent to share their whole lives, on every level of their being, including the bodily, in a type of relationship that would be fulfilled by begetting, nurturing, and educating children together (even if in fact this or that marriage does not result in children). [...] marriage is by its nature exclusive and binding until the death of one of the spouses.”

⁸¹ GEORGE, Robert P.; GIRGS, Sherif; ANDERSON, Ryan T., “*What is marriage? Man and woman: a defense*”, New York, Encounter Books, 2012, Loc. 400. Texto original: “What makes for unity is common action: activity toward common ends. Two things are part of a greater whole — are one— if they act as one, and they act as one if they coordinate toward one end that encompasses them both.”

⁸² Con respecto a los rituales del matrimonio en la antigua Grecia, es objeto de análisis en un apartado específico en este Capítulo.

⁸³ VÁZQUEZ DE PRADA, Mercedes. *Historia de la familia contemporánea. Principales cambios en los siglos XIX y XX*, Instituto de Ciencias para la Familia, Madrid, Ediciones Rialp, 2008, pp. 55-60.

la concepción de la realidad familiar. Comienza afirmando que a lo largo de la Historia “ha habido diversos tipos de familia”, es decir, de articular en un grupo a personas unidas por lazos de matrimonio y de parentesco, de afinidad y de consanguinidad. Y señala la industrialización como punto de referencia, aunque rechazando simplificaciones sobre su relevancia. Así, sostiene que en las sociedades occidentales de la etapa preindustrial “predominaba un tipo de familia rural y extensa en la que convivían varias generaciones: los abuelos, los padres y los hijos”. En ella, los lazos de sangre eran los aglutinadores, “consolidados por los rituales asociados con el matrimonio, el nacimiento y la muerte”. Apunta la autora que la industrialización produjo en las sociedades occidentales cambios importantes en las familias. Aunque reconoce que no se conocen bien las razones de ese proceso, el hecho es que “comenzó a generalizarse la familia conyugal o nuclear”, compuesta por el matrimonio y sus hijos. Ahora bien, advierte que está comprobado que “la familia nuclear no es una creación de la industrialización”. “De hecho — concluye—, el declive de la familia patriarcal y extensa y la generalización de la familia nuclear no fue un proceso brusco y rápido. Dependió de múltiples factores y adquirió diversas características según los distintos grupos sociales, las culturas y los países”⁸⁴.

Habiendo convivido durante la Edad Media las instituciones romanas, canónicas y germánicas, se separaron en la Edad Moderna debido a los puntos conflictivos entre ellas.

Así, con el monopolio de la Iglesia sobre el matrimonio, puesto en jaque, hubo espacio para la regulación estatal del matrimonio, lo que condujo a una secularización del matrimonio, impulsado por los ideales de la Revolución Francesa y concretada en el Código Civil napoleónico de 1804. El matrimonio se definió ahora como un contrato civil (art. 7, Título 2 de la Constitución francesa de 1791), seguido de la autorización del divorcio por ley (votada el 20 de septiembre de 1792).

⁸⁴ VÁZQUEZ DE PRADA, Mercedes. *Historia de la familia contemporánea. Principales cambios en los siglos XIX y XX, cit.*, pp. 28-30.

Considerado durante muchos siglos como un acto de naturaleza religiosa y privada de la Iglesia, se convirtió en muchos países en un acto eminentemente civil, con lo que esto implica de formalización (señala Carreras que "en la cultura jurídica occidental, el mundo del derecho se identifica con el mundo de las formas: testigos, registros, firmas, notificaciones, etc."⁸⁵). Pero no en todos. Con lo que, explica Dias, nos topamos con una situación de convivencia, así como —como ya advertimos más atrás— de influencia de la concepción cristiana en el concepto de matrimonio. Tanto el Estado como la Iglesia —dice la autora— “se apropiaron de este fenómeno (la familia), con el objetivo de que cada una de estas instituciones sirviera a sus propios intereses”. Por un lado, “la Iglesia ha hecho del matrimonio un sacramento”: apoyado en la máxima “crecer y multiplicarse”, atribuye a la familia la función reproductiva, para poblar el mundo de los cristianos. Por su parte, también “el Estado vio a la familia como una verdadera institución...”⁸⁶.

El hecho cierto es que el matrimonio, influido en el inicio de su regulación por la Iglesia Católica y luego incorporado a las leyes del Estado, asumió en los países occidentales, desde el principio, un papel central y único para legitimar la formación de una verdadera familia. La concepción antropológica y natural del matrimonio aún perdura en el inconsciente colectivo, a pesar de los ataques que recibió con la reforma protestante de Lutero y el movimiento de la Ilustración en la sociedad europea.

En la celebración del matrimonio moderno, ha desaparecido el signo principal de las antiguas nupcias, que era el lecho conyugal —se acompañaba a los contrayentes o se esperaba afuera para asegurar la consumación del matrimonio—. Se recordaba así que la no consumación era razón suficiente para la anulación del matrimonio ante la Iglesia. La sexualidad moderna —como veremos más adelante— es, por lo tanto, una realidad privada⁸⁷.

⁸⁵ CARRERAS, Joan. *Casamento: sexo, festa e direito*, Trad. de KOWALIK, Adam, São Paulo, Edição Loyola, 2004, p. 13.

⁸⁶ DIAS, Maria Berenice. “*Casamento: nem direitos nem deveres, só afeto*”. Disponible en: www.mariaberenicedias.com.br. Consultado el 18/05/2016, p.1.

⁸⁷ *Ídem*.

A pesar de que el matrimonio tiene un sustrato natural, también es necesario reconocer una existencia histórica y cultural, ya que no existe oposición entre tales planos, puesto que la cultura actúa como una fuerza impulsora para que un grupo estrecho llamado familia pueda dinamizarse en el tiempo y en el espacio, incorporando ciertos valores predominantes según la época y el espacio que habita⁸⁸. Así, el jurista español Viladrich, fundador y presidente del Instituto de Ciencias de la Familia (Universidad de Navarra), explica la incidencia de los valores culturales en el matrimonio:

“El matrimonio ‘sigue’ a la persona humana [...] Cada cultura selecciona un paradigma de relación entre varón y mujer como aquel que mejor expresa los valores del modelo antropológico que dicha cultura posee y estima como verdadero. Más allá de las etimologías, ‘la idea de matrimonio’ responde a esta selección del modelo de excelencia antropológico en la configuración de relación unitiva y procreativa entre varón y mujer”⁸⁹.

De este modo, se observa que convencionalmente el modelo familiar aceptado era el originado en el matrimonio, el denominado por la doctrina como el “modelo natural”, caracterizado por ser un modelo jurídicamente comprometido, por derivar de un vínculo jurídico estable entre los cónyuges —por mor de su indisolubilidad—; vínculo que, finalmente, tenía como características esenciales la heterosexualidad y la monogamia, destinadas ambas a la procreación cabal de la especie⁹⁰. Por lo tanto, durante mucho tiempo, el matrimonio se consideró la única forma posible de fundar y constituir una familia, considerándola como un modelo anclado en la antropología humana.

⁸⁸ NAVARRO FERRER, Ana María. *Feminismo, familia y mujer*, Pamplona, Ed. Universidad de Navarra, 1982, pp.58-59.

⁸⁹ VILADRICH, Pedro-Juan. “*El modelo antropológico del matrimonio*”, *cit.*, pp.9-10.

⁹⁰ MATINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos. “El matrimonio desestructurado”, en GARCIA CANTERO, Gabriel; BLANCO, María; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos; ELÓSEGUI ITXASO, María; NAVARRO VALLS, Rafael; GARCIMARTIN, Carmen; GARRIDO DE PALMA, Víctor y CABRILLO, Francisco, *El matrimonio: ¿contrato basura o bien social?*, Jornada de Estudio The family Watch, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 16 de noviembre de 2007, Pamplona, Aranzadi.

Un hecho, pues, resulta evidente: al estudiar el Derecho de Familia, en los aspectos conceptuales relativos al matrimonio, a su disolución, así como a la posibilidad de atribuir efectos jurídicos similares a otros “arreglos familiares”, las diferencias culturales, sociales y conceptuales se proyectan en las legislaciones vigentes, así como en las posiciones doctrinales y jurisprudenciales acerca del tema. Es por lo que Viladrich advierte del *mayoritario desdibujamiento del matrimonio entre los juristas modernos*. Así, afirma que, “salvo algunas excepciones”, el matrimonio aparece caracterizado, desde hace mucho tiempo, “como una institución legal, una estructura formal y abstracta, inconexa de su fundamentación y significados antropológicos por considerarse estos elementos meta-jurídicos”⁹¹. Así que el autor advierte sobre el hecho de que, desgraciadamente, los juristas, y con ellos los ordenamientos jurídicos, están perdiendo de vista la fundamentación y el significado antropológico del matrimonio.

Un ejemplo de este desdibujamiento del matrimonio —que se verá más adelante con más detenimiento, al igual que los ejemplos que siguen—, es que, tanto en la doctrina jurídica como en los ordenamientos estudiados (Brasil y España), se ha producido un “divorcio” jurídico —en palabras de Escrivá-Ivars— entre el matrimonio y la familia⁹². Es decir, el matrimonio se viene considerando como una de las varias formas con la que se puede formar una familia. Esto implica vaciar al *ius connubii* de su contenido originario, que no es otro, precisamente, que fundar una familia⁹³.

El anterior es solo, insistimos, un mero ejemplo del desdibujamiento de la institución, seguramente no el más relevante. En este sentido, Aurelio Fernández se cuestiona “qué ha sucedido para ese cambio tan sustancial sobre la naturaleza del matrimonio que llega a reconocer como matrimonio la unión homosexual y las parejas de hecho”. Como evidente resulta la brutal mutación que ha sufrido el tratamiento legal de la estabilidad matrimonial, en el que hemos pasado de la indisolubilidad del vínculo a que el matrimonio actual merezca, a la vista de la

⁹¹ VILADRICH, Pedro-Juan. *El modelo antropológico del matrimonio*, cit., p.11.

⁹² ESCRIVÁ-IVARS, Javier. “Sistema matrimonial y derechos fundamentales”, VVAA, *La reforma del modelo de familia en el Código civil español*, Comares, Granada, 2005, p. 88.

⁹³ *Ibíd.*, p. 90.

nueva regulación del divorcio, el calificativo de contrato-basura⁹⁴. Fernández se muestra sorprendido de que tales cambios, además de recientes, hayan sido “tan bruscos que afectan a todas las realidades que lo constituyen y definen como tal”⁹⁵.

En fin, una vez realizada una síntesis de la evolución histórica de la familia y del matrimonio, daremos cuenta —también someramente— del devenir legislativo del matrimonio en los ordenamientos jurídicos de España y Brasil, antes de atender a las regulaciones vigentes.

6. Breve análisis histórico del matrimonio (y su disolución) en el ordenamiento jurídico español.

En el caso de España, la cultura y la religión (en realidad, la religión no deja de ser un relevante elemento cultural) han tejido durante siglos la idea —y, con ella, la regulación— del matrimonio. Se puede afirmar que en la fidelidad a su modelo antropológico está la razón de la fuerza histórica y de la profundidad de significados de la expresión canónica del matrimonio⁹⁶.

Esta influencia religiosa se justifica, en gran medida, por el hecho de que las numerosas Constituciones españolas del siglo XIX declararon la religión católica como la oficial del Estado. Así fue desde la primigenia Constitución de 1812 (su art.12 decía: “La religión de la Nación Española es y será perpetuamente la católica apostólica romana, única y verdadera”). La Constitución de 1837 también partía de la confesionalidad estatal, en los artículos 7º y 9º; como lo hicieron las Constituciones de 1845 (los artículos 2º, 5º, 7º y 9º), de 1854 (artículos 3º, 6º, 8º y 10) y de 1876 (en el art.11). Solamente en la Constitución de 1931 se proclamó que el Estado dejaba de tener una religión oficial, como establecía su art. 3º⁹⁷.

⁹⁴ Se acaba de citar el libro colectivo *El matrimonio: ¿contrato basura o bien social?*

⁹⁵ FERNÁNDEZ, Aurelio. “Los avatares del matrimonio a lo largo de la historia”, *cit.*, p.49.

⁹⁶ ROUDINESCO, Elizabeth. *A família em desordem*, Trad. de TELLES, André, Rio de Janeiro, Ed. Zahar, 2003, p. 16.

⁹⁷http://www.congreso.es/porta1/page/porta1/Congreso/Congreso/Hist_Normas/ConstEsp1812_1978/Const1812

Durante mucho tiempo el matrimonio no apareció regulado en las Constituciones españolas. Ocurrió en la Constitución de 1808 —conocida como el Estatuto de Bayona—, otorgada por Napoleón; y también en la Constitución gaditana de 1812, y en las Constituciones de 1837, 1845, 1856, 1869 y 1876⁹⁸. Una vez más solo en la Carta Magna de 1931 el constituyente español hizo referencia al matrimonio, en el artículo 43, al objeto de reconocer la igualdad de sexos y de incluir la posibilidad de disolución del vínculo jurídico entre los esposos.

Así disponía el artículo 43:

“La familia está bajo la salvaguardia especial del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos, y podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges, con la alegación en este caso de justa causa”⁹⁹.

En el constitucionalismo europeo de la segunda mitad del siglo XX, marcado por la posguerra, y también en las Declaraciones Internacionales de la época, el matrimonio aparece en los textos como una materia de Derecho público, dada la importancia de la familia y la necesidad primordial de reconstrucción y repoblación del continente que había sido destruido y marcado por las barbaries pasadas.

La Constitución española de 1978 reguló la familia fundada en el matrimonio, como se deduce de la lectura del artículo 32.

“1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.

2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”¹⁰⁰.

⁹⁸http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Hist_Normas/ConstEsp1812_1978/Const1812

⁹⁹ http://www.congreso.es/docu/constituciones/1931/1931_cd.pdf

¹⁰⁰ http://www.congreso.es/docu/constituciones/1978/1978_cd.pdf

Esencial resulta también la previsión constitucional del artículo 39, cuyo apartado 1 reza: “Los públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”, mientras el segundo alude a “la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil”. Como tener ocasión de tratar en otros momentos de este trabajo, todo este entramado regulador y proteccionista tiene como razón de ser en la esencial orientación del matrimonio y de la familia a la generación humana, a las relaciones de paternidad, maternidad y filiación, sin las cuales esta regulación y esta protección constitucional —y más tarde, la legal— carecían de sentido.

De la interpretación conjunta de los preceptos citados (32 y 39) se deduce que la familia que la Constitución obliga a proteger “es una realidad específica, con perfiles básicos suficientemente determinados, un determinado modelo de familia y no cualquier género de asociación, reunión o convivencia”¹⁰¹: hablamos del mandato de proteger *una familia, como única amparada por el orden constitucional, basada en el matrimonio* (sin perjuicio de que haya de protegerse —de manera “integral”— especialmente a los hijos menores, cualquiera que sea su filiación¹⁰², y a las madres que no lo fueran “en el seno de una familia matrimonial”)¹⁰³. Como bien expresa Martínez López-Muñiz, “la Constitución no obliga a proteger del mismo modo “todo cuanto pueda darse en la espontaneidad social”; es decir, todo aquello que pueda idear la autonomía de la voluntad distinto a la peculiarísima relación jurídica —la matrimonial— que se acaba de describir: para el establecimiento de otras relaciones o asociaciones de personas basta invocar los correspondientes derechos constitucionales y legales (en último término, la autonomía de la voluntad del artículo 1255 del Código civil).

¹⁰¹ Palabras de MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. “La familia en la Constitución española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 58, 2000, p.17. Se publicó también en PRIETO ÁLVAREZ, Tomás (ed.). *Acoso a la familia. Del individualismo a la ideología de género*, Comares, 2016, p.1.

¹⁰² Es discutible que, a la vista de cuanto se acaba de decir, el mandato de “protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación” implique que el hecho de que su filiación sea matrimonial o extramatrimonial resulta absolutamente irrelevante desde el punto de vista de los derechos de los hijos vinculados al hecho familiar.

¹⁰³ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. “Desquiciamiento constitucional de la familia protegida por el Derecho civil”, VVAA, *La reforma del modelo de familia en el Código civil español*, cit., p.73.

Es claro que el matrimonio referido en el artículo 32 de la Constitución es el “formalizado”, aquel que, producto del “prejuicio formalista” impuesto en Trento¹⁰⁴, se generalizó también para el matrimonio civil. Así pues, el texto de la Carta constitucional española no reconoce que la unión estable entre dos personas no formalizada como matrimonio merezca una protección jurídica equivalente al “verdadero” (formal) matrimonio.

Sin embargo, no puede perderse de vista lo expresado desde las primeras páginas de este texto: que el matrimonio es una realidad natural, con unos contornos definitorios de entrada ajenos a una formalización pública que solo la experiencia acumulada a través de los siglos —en el fondo, la conveniencia para la organización social— erigió en elemento constitutivo. Así, es un hecho universalmente generalizado el creciente número de personas que deciden vivir juntas sin la celebración de un matrimonio, ya sea por rito religioso o civil.

Para cumplir con los llamados “nuevos arreglos familiares”, ahora se afirma que tales uniones *de facto*, no formales, podrían ser legalmente reconocidas por el Estado. Ha de reconocerse un cierto contrasentido en que, quienes voluntariamente rehúyen el sistema matrimonial legal para unirse solo privada y legalmente, sean ahora “presa” de una regulación pública “matrimonial” que opera, en realidad, como alternativa legal al matrimonio formal. Así llama la atención que el prestigioso civilista Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, al enfrentarse a estas uniones, hable de “nuevas clases de matrimonio, distintas del matrimonio regulado por nuestro Código civil y los Derechos civiles, forales y especiales”¹⁰⁵. El hecho es que el Tribunal Constitucional español —en sus sentencias 184/1990, de 15 de noviembre; 29/1991, de 14 de febrero; 66/1994, de 28 de febrero; 214/1994, de 14 de julio— reconoció que el matrimonio y las uniones estables no son realidades constitucionalmente equivalentes, y el matrimonio se ha consagrado como un derecho fundamental en la Constitución española, mientras que la unión de *facto* estable no se ha reconocido en el texto fundamental.

¹⁰⁴ ARECHEDERRA, Luis, *op. cit.*, p. 229.

¹⁰⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. “La competencia para legislar sobre parejas de hecho”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 17, 2003, p.84.

En la práctica, tales decisiones suponen que el legislador ordinario debe ser quien —si lo considera necesario— regule estas uniones o parejas de hecho. Y así fue que, poco a poco, las Comunidades Autónomas comenzaron a regularlas, dada la ausencia de la ley estatal sobre el tema.

En este sentido se han aprobado las siguientes leyes:

- Ley 9/1998 en la Comunidad de Cataluña, modificada por la ley 3/2005;
- Ley 6/99 en la Comunidad de Aragón;
- Ley 2/2003 en la Comunidad del País Vasco;
- Ley 5/2002 en Andalucía;
- Ley 1/2005 en Cantabria;
- Ley 18/2001 en las Islas Baleares
- Ley 4/2002 en Asturias;
- Ley 1/2001 en la Comunidad de Valencia;
- Ley 5/2003 en Extremadura;
- Ley 5/2003) en la Comunidad de Canarias;
- Ley 6/2000 en Navarra;
- Ley 11/2001 en la Comunidad de Madrid.

A pesar de las leyes anteriormente citadas, las parejas estables no casadas, que viven como si estuvieran casadas, representan una realidad. Siempre han existido en el mundo y así continuará siendo. También estas parejas son parte del tejido social, aunque vivan juntas sin las ceremonias tradicionales, las solemnidades y el sello del Estado.

Por eso es natural que el Poder legislativo establezca, como mínimo, unas distinciones, reconociendo la existencia de esas parejas, pero debería de dejar claro qué tutela les corresponde y, por ende, qué protección deben y pueden reclamar al Estado.

El Derecho español ha introducido —como se ha indicado— a través de los legisladores de las Comunidades Autónomas, las normativas sobre las uniones de

hecho. Pero es de gran importancia cuestionarnos la competencia de estos órganos legislativos de las Comunidades autonómicas para regular esta materia.

Sobre el tema competencial ya se ha manifestado el Tribunal Constitucional y la doctrina jurídica. No hace mucho que José Gabriel Martínez de Aguirre aludía a que la eventual inconstitucionalidad de las leyes autonómicas reguladoras del fenómeno de las uniones de hecho “ha hecho correr ríos de tinta por parte de la doctrina”, además de ser causa de diversos recursos de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Asumiendo que estas leyes autonómicas resultan “muy poco convincentes en sus motivaciones —más que discutibles—” y que las Comunidades Autónomas carecen de “competencia clara para regular estas figuras” —es más, admite las “altas posibilidades de haber incurrido en varias y diversas causas de inconstitucionalidad”—, sobre todo el autor resalta, sin ambages, la inestabilidad de la situación que han creado: son, a su juicio, leyes “generadoras de un importante cuadro de desigualdades e inseguridades jurídicas a lo largo de todo el territorio español, merced a la heterogeneidad existente entre las diferentes regulaciones: la unión de hecho es tratada en modo diverso según la normativa autonómica que se aplique”¹⁰⁶.

Con más contundencia se han manifestado otros autores. Bercovitz Rodríguez-Cano, que se acaba de citar, para quien esta regulación autonómica “debe ser considerada inconstitucional” por contraria al artículo 149.1.8º CE que reserva al Estado “en todo caso, las reglas relativas a (...) las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio”. En el mismo sentido se ha manifestado el profesor De la Cuesta, para quien la inconstitucionalidad de estas leyes autonómicas “resulta indudable, por falta de competencia legislativa alguna de las Comunidades Autónomas correspondientes”; no sin señalar también que “ningún Derecho foral regulaba la materia de las uniones de hecho, ni materia

¹⁰⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, José Gabriel. *El matrimonio invertebrado*, Documentos del instituto de Ciencias para la familia, Madrid, Ediciones Rialp, 2012, p.57 y p. 66.

alguna conexas con ella, de modo que no puede acudir al desarrollo del Derecho foral o especial existente”¹⁰⁷.

Viladrich, a su vez, ya había anunciado la agonía del matrimonio o de la familia institucionalizada, que reflejaría el proceso de descomposición del modelo clásico, vino provocada por las transformaciones ocasionadas por las nuevas regulaciones de la materia, las cuales fueron responsables de un giro de 180 grados en los últimos treinta años, proceso que alcanzó su cumbre en 2005, con las leyes 13 y 15 de 2005¹⁰⁸.

Esto nos introduce en el tema de la disolución del vínculo matrimonial. La Ley 30/1981, de 7 de julio, modificó la regulación del matrimonio en el Código civil y determinó el procedimiento que se debería seguir en las causas de nulidades, separación y divorcio: con ella desapareció del ordenamiento español la indisolubilidad del matrimonio.

Valorando la reforma legislativa el antes citado José Gabriel Martínez de Aguirre señala esta ruptura con el sistema matrimonial es “más radical de lo que parece”. Esto en la medida en que la nueva ley “no solo determina la desaparición de la indisolubilidad como propiedad esencial de todo matrimonio, sino que da un paso más, al imponer la disolubilidad como ‘propiedad necesaria’ de todo matrimonio”. A su juicio, esta Ley, en lugar de llamarla Ley del Divorcio, “sería más acertado o preciso llamarla Ley del vínculo obligatoriamente disoluble”¹⁰⁹.

En cuanto este punto será abordado en el capítulo siguiente con mayor detenimiento, baste ahora decir que, como históricamente se partía de que el consentimiento de los esposos era imprescindible para el matrimonio, se equiparó este a la figura jurídica de los contratos, donde las personas también se vinculaban mediante el consentimiento. La cuestión para los canonistas es que la teoría de los contratos, y con ella el consentimiento, poseía límites para su traslación a la figura

¹⁰⁷ DE LA CUESTA SÁENZ, José María. “El Derecho Civil español y su diversidad legislativa”, *Revista Jurídica del Notariado*, nº 62, 2007, p. 168.

¹⁰⁸ VILADRICH, Pedro-Juan. *Agonía del matrimonio legal. Una introducción a los elementos conceptuales básicos del matrimonio*, Pamplona, EUNSA, 2010.

¹⁰⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, José Gabriel. *El matrimonio invertido*, cit., p.57 y p.66.

del matrimonio, pues en el matrimonio el consentimiento no sería revocable después de su manifestación, al contrario de lo que sucedía con los contratos.

Pero lo cierto es que la aplicación de la teoría de los contratos a la realidad del matrimonio ha traído efectos que han supuesto justificar la aparición del divorcio. Y así fue partiendo de la premisa básica que preside los contratos, de que: “todo el consenso que crea, es capaz de disolver”¹¹⁰.

Así se presenta un breve orden cronológico de la relación histórica de la aceptación y regulación del divorcio en el sistema jurídico en España, recordando que el sistema vigente en la actualidad será objeto de análisis posterior:

- Hasta el siglo XX la legislación no admitía el divorcio como causa de la extinción del matrimonio.
- En 1870, la ley del matrimonio civil llamaba divorcio a la separación de los esposos.
- Con la Constitución de la 2ª República, el artículo 43, ha previsto la posibilidad del divorcio, tanto por mutuo consentimiento, o por cualquiera de los cónyuges, siempre que hubiese justa causa y así lo confirmó la ley del divorcio de 1932.
- En el año de 1938, los efectos jurídicos de la ley de 1932 fueron suspendidos, siendo derogada la ley por el régimen franquista en 1939.
- Tras la aprobación de la Constitución de España en 1978, en el año 1981, se reintrodujo el divorcio en el país a través de la ley 30/1981, aprobada el 7 de julio¹¹¹.

¹¹⁰ *Ídem*, *ibídem*.

¹¹¹ se alteraba la redacción del Código Civil español, modificando las disposiciones relativas a separación y divorcio, estableciendo lo siguiente los artículos 85 y 86:

Art.85 del Cód. Civil:

“El matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte, o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio.” (Art.85 del Cód. Civil con la redacción de la ley 30/1981.)

“Artículo 86: Son causas de divorcio:

1ª- El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación formulada por ambos cónyuges o por uno de ellos con el

- Actualmente, desde 2005, la materia se encuentra regulada por la ley 15/2005, de 8 de julio.

Se realizará un análisis más profundo y detallado sobre el sistema jurídico de divorcio en el correspondiente Capítulo de la Tesis Doctoral, así como un intento de profundizar las ideologías que inspiran el sistema actual. Ahora, nos limitamos a presentar solo un breve compendio cronológico de cómo la legislación española ha tratado la materia.

Como veremos más adelante, nos hemos abocado a un sistema de divorcio “facilitado”, en cuanto aparece —dice Dias Costa— “vinculado a una idea de crisis del vínculo matrimonial, sin necesidad de invocar una causa precisa o una búsqueda de culpa¹¹²”. Por eso escribe el mismo autor que las legislaciones occidentales han evolucionado de una “fase del divorcio restrictivo”, aplicable solo en situaciones insostenibles, hacia “concepciones de divorcio consensual y/o divorcio unilateral, a petición de una de las partes, o por la simple constatación de una ruptura de la relación matrimonial, sin motivos de consideraciones de culpa”¹¹³.

Tras un apresurado proceso legislativo que ha supuesto una reforma completa en materia matrimonial se llega hasta las dos leyes más importantes de

consentimiento del otro cuando aquella se hubiera interpuesto una vez transcurrido un año desde la celebración del matrimonio.

2ª- El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación personal, a petición del demandante o de quien hubiere formulado reconvencción conforme a lo establecido en el artículo 82, una vez firme la resolución estimatoria de la demanda de separación o, si transcurrido el expresado plazo, no hubiera recaído resolución en la primera instancia.

3ª- El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos:

a) Desde que se consienta libremente por ambos cónyuges la separación de hecho o desde la firmeza de la resolución judicial, o desde la declaración de ausencia legal de alguno de los cónyuges, a petición de cualquiera de ellos.

b) Cuando quien pide el divorcio acredite que, al iniciarse la separación de hecho, el otro estaba incurso en causa de separación.

4ª- El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de al menos cinco años, a petición de cualquiera de los cónyuges.

5ª- la condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes.

Cuando el divorcio sea solicitado por ambos o por uno con el consentimiento del otro, deberá necesariamente acompañarse a la demanda o al escrito inicial la propuesta de convenio regulador de sus efectos, conforme artículos 90 y 103 de este Código.

¹¹² DIAS COSTA, Eva. *Da relevância da culpa nos efeitos patrimoniais do divórcio*, Coimbra, Editora Almedina, 2005, p.35.

¹¹³ DIAS COSTA, Eva. *Da relevância da culpa nos efeitos patrimoniais do divórcio*, cit., p. 31.

esta transformación, las publicadas en el año 2005, que serán objeto de análisis más adelante.

7. Breve análisis histórico de la intervención jurídica en Brasil en cuanto a la formación y la disolución del matrimonio

En la época de la colonización imperial, Brasil solo conocía el matrimonio católico, ya que esta era la religión oficial. Hasta el año 1861 no se permitió el matrimonio civil en el país, facultativamente¹¹⁴.

Como desarrollo de la ley de 1861, el Decreto 3.069/1863 estableció normas con respecto al registro de nacimientos, matrimonios y defunciones de no católicos. En aquel momento, en Brasil había tres tipos de matrimonio: el católico (que debía observar las disposiciones del Concilio de Trento y de la Constitución del Arzobispado de Bahía); el mixto (que mezclaba las disposiciones católicas con las de otras creencias); y el de no católicos (regulado conforme a la Ley 1.144/1861, la cual otorgaba a los jueces la jurisdicción para decidir sobre la materia)¹¹⁵.

Previamente, el 12 de septiembre de 1564, Portugal había promulgado el *alvará* o decreto regio por el cual se ordenaba observar las disposiciones del Consejo Tridentino en todos los dominios de la monarquía portuguesa, extendiéndose también a Brasil¹¹⁶.

Curiosamente, en la cultura brasileña, incluso hoy, persiste en la sociedad la creencia de la necesidad de ambas ceremonias, la religiosa y la civil, , aunque solo esta última es obligatoria¹¹⁷. Quizás la creencia popular pueda explicarse por los antecedentes culturales del pueblo, ya que en el momento de la colonización la Iglesia regulaba la vida privada de las personas desde el nacimiento hasta la muerte,

¹¹⁴ Ley 1.144 de 11/09/1861.

¹¹⁵ WALD, Arnaldo. *Direito Civil*, volume 5, *Direito de Família*, 19ª edição, São Paulo, Saraiva, 2015, p.20.

¹¹⁶ WALD, Arnaldo. *Direito Civil*, cit., p. 17

¹¹⁷ Ley 1.110/1950 que establece la obligación del matrimonio civil. Permite también el religioso con la condición de que se registre en un notario para producir sus efectos legales. http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Leis/1950-1969/L1110.htm

dando a sus actos un carácter oficial. Los actos y registros de nacimiento, matrimonio y muerte eran responsabilidad del sacerdote. Los cementerios estaban bajo el control de la iglesia.

La influencia de la religión y de la Iglesia Católica en los asuntos familiares, especialmente cuando se trata del matrimonio, es incuestionable. De esta opinión es el jurista Gomes:

“(…) La influencia de la Iglesia, a través de su doctrina y acción, no puede quedar ausente de la elaboración del estatuto familiar. (….) La Religión y la Moral influyen en la formación de las costumbres familiares y, por lo tanto, en la legislación que dicta el Estado para regular la constitución de la familia y las relaciones que de ella se derivan”.

No hay duda de que, en términos históricos, en un momento determinado de la colonización de Brasil, a la vista de la promiscuidad sexual que se había establecido entre los inmigrantes recién llegados y las mujeres que pertenecían a los pueblos indígenas, se hizo necesario establecer una regulación matrimonial para que sirviera, entre otras funciones, al menos en aquel momento, como un medio para controlar el comportamiento sexual del pueblo¹¹⁸.

Confirmando esta función de control conductual de la sociedad, que también se atribuyó al matrimonio en Brasil, con respecto al comienzo de su regulación por parte del Estado, el autor brasileño Berenice Dias ha señalado que “el matrimonio siempre ha sido identificado como el ejercicio de la sexualidad, ya que sirvió para ‘legalizar’ las relaciones sexuales. Era el remedio contra la lujuria (‘inclinación a disfrutar los placeres sexuales’)¹¹⁹”.

En términos legislativos, hasta la entrada en vigor del Código Civil de 1916, estaban en vigor las Ordenanzas del Reino. Concretamente, las Ordenanzas Filipinas servían de base para la regulación del matrimonio, aunque hubo varios

¹¹⁸ SAMUR, Namir. *Autonomia Privada para a Constituição da Família*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2014.

¹¹⁹ DIAS, María Berenice. *Débito ou crédito conjugal?*, p.1. Disponible en: www.mariaberenicedias.com.br. Consultado el 18/05/2016.

cambios, como los promovidos por las siguientes leyes: la Ley del 6 de octubre de 1784 que regulaba a los cónyuges; la Ley del 29 de octubre de 1775 que mitigaba las costumbres con respecto al consentimiento paterno para el matrimonio; o, la Ley del 9 de abril de 1772, que estableció la obligación de proporcionar solidariamente alimentos entre los familiares; el Decreto del 3 de noviembre de 1827 —ya citado—, que instituyó el matrimonio civil por primera vez en territorio nacional para los no católicos; el Decreto n. 181 del 24 de enero de 1890 que, bajo el gobierno de Rui Barbosa, introdujo el matrimonio civil para todos, que se convirtió en el único acto jurídico capaz de constituir una familia.

A partir del mismo año de 1890 se fueron separando la Iglesia y el Estado. Así, se revocó el decreto que en 1827 había adoptado el Derecho Canónico, aprobando la Constitución del Arzobispo de Bahía; si el matrimonio se hubiera celebrado por la autoridad civil, se admitía la disputa contenciosa y el consentimiento mutuo; el Decreto núm. 521 prohibió la celebración del matrimonio religioso antes del matrimonio civil¹²⁰.

El artículo 108 del Decreto de enero de 1890 disponía:

“Esta ley comenzará a aplicarse desde el 21 de mayo de 1890 y, a partir de esta fecha, solo los matrimonios celebrados en Brasil se considerarán válidos si cumplen con sus disposiciones.

Párrafo Único: “El matrimonio civil, el único válido según el artículo 108 del Decreto 181 del 24 de enero, siempre llevará a cabo las ceremonias religiosas de cualquier culto, con el que deseen solemnizarlas los contrayentes”¹²¹.

El año 1890 fue, por lo tanto, un hito para el Derecho brasileño, puesto que se lleva a cabo la relevante separación entre Estado e Iglesia, especialmente en términos de fijar el matrimonio civil como la forma válida para la constitución de la familia.

¹²⁰ <http://www.a12.com/redacaoa12/historia-da-igreja/33-paginas-de-historia-da-igreja>. Consultado el 01/09/2018.

¹²¹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D181imprensa.htm. Consultado el 10/09/2018.

Además del mencionado Decreto, en ese mismo año se aprueba el Decreto 521, por el que se prohíbe la celebración religiosa antes de la celebración civil y tipifica tal conducta como un delito¹²².

Las diversas Constituciones brasileñas regulan la materia en los siguientes términos:

La primera, la Constitución Imperial de 1824, se inspiró en los principios fundamentales de la ideología liberal y, aunque conservara tintes propios del absolutismo, no hacía ninguna referencia relevante al derecho de familia. Solo se contemplaba el matrimonio religioso como fuente formal de la familia¹²³.

Con la proclamación de la República, la Constitución de 1891, la segunda en Brasil, redactada por Rui Barbosa, se inspiró en el modelo republicano liberal americano y trató de neutralizar teóricamente el poder personal de los gobernantes y distanciar, en la medida de lo posible, al Estado de la sociedad. Con respecto al matrimonio, lo proclamó civil y de celebración libre, desvinculando la institución matrimonial de la religión, ya que separaba al Estado de la Iglesia.

En relación a este tema, el padre Inácio Medeiros apunta:

“El imperio brasileño dejó de existir a partir del 15 de noviembre de 1889. En su lugar vino la República, que trajo como primera consecuencia la separación entre Iglesia y Estado. El sistema regalista estaba superado y los republicanos impulsados por el positivismo querían llevar al país a la modernización. Un estado confesional ya no coincidía con el sistema vigente en el país. La primera Constitución republicana (y la segunda del país) sellaría definitivamente la separación. La propuesta de los positivistas, como todavía nos dice nuestra bandera, fue el orden y el

¹²² El Decreto establece lo siguiente: Artículo 2º: “El ministro de cualquier confesión, que celebre las ceremonias religiosas del matrimonio antes del acto civil, será sancionado con seis meses de prisión y una multa correspondiente a la mitad del tiempo”. <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-521-26-junho-1890-504276-publicacaooriginal-1-pe.html>

¹²³ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Consultado el 03/05/2018.

progreso”¹²⁴.

Solo con el advenimiento de la República, el 15 de noviembre de 1889, se consumó la idea de la modernidad de la separación del Estado y de la iglesia (Decreto 119-A, 17/01/1890). La Constitución de 1891 estableció que “ningún culto o iglesia gozará de subsidio oficial, ni tendrá relaciones de dependencia en alianza con el gobierno de la Unión o los Estados” (art. 72, §.7º)¹²⁵.

Por lo tanto, en el caso de Brasil, fueron casi 400 años de influencia religiosa, lo que ha dejado huellas en la sociedad brasileña, tal y como expresa Lôbo:

“Durante casi 400 años, desde el comienzo de la colonización portuguesa hasta el advenimiento de la república, el Estado y la Iglesia católica formaron parte del orden político brasileño. La constitución imperial de 1824, a pesar de su inspiración iluminista y liberal, estableció en su artículo 5º: “La religión Católica Apostólica Romana seguirá siendo la religión del imperio. Todas las demás religiones serán permitidas con su culto doméstico o privado en casas destinadas para este propósito sin ninguna manifestación exterior al templo”. Así, la Iglesia Católica se aseguró el dominio del espacio político, y a los demás, el espacio privado”¹²⁶.

La Constitución de 1934 presenta una nueva declaración de derechos, propia de un Estado social en Brasil, incorporando una concepción de intervención estatal en el orden económico y social y otorgando al mismo la obligación de amparar a las familias con prole numerosa, estimulando aún más la indisolubilidad del matrimonio —que todavía era civil y gratuito—, sin perjuicio de la hipótesis de suspensión y de anulación. Es decir, que aunque el texto constitucional de 1934 aceptara los efectos del matrimonio religioso, hizo una recomendación expresa para

¹²⁴ <http://www.a12.com/redacaoa12/historia-da-igreja/33-paginas-de-historia-da-igreja>.

¹²⁵ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm.

Consultado el 10/08/2018.

¹²⁶ LÔBO, Paulo. “Estado laico é conquista de todos e das famílias”, Revista Consultor Jurídico, Disponible en: <http://www.conjur.com.br/2015-dez-06/processo-familiar-estado-laico-conquista-todos-familias>. Consultado el 06/02/2016.

el examen de la salud física y mental de los contrayentes¹²⁷.

A diferencia de las dos primeras Constituciones, a los legisladores constitucionales de 1934 les preocupaba insertar el tema de la familia en el cuerpo del texto constitucional para establecer la llamada "socialdemocracia".

El Título V, en su Capítulo I, trataba sobre las disposiciones relativas a la familia. El artículo que inauguró la materia disponía:

Artículo 144 - La familia, constituida por el matrimonio indisoluble, está bajo la protección especial del Estado.

Párrafo único: La ley civil determinará los casos de anulación de matrimonio, siempre *ex officio*, con efecto suspensivo.

El artículo 146 de dicho texto constitucional establecía así:

“El matrimonio será civil y su celebración será gratuita. El matrimonio ante un ministro de cualquier confesión religiosa, cuyo rito no contradiga el orden público o la moralidad, sin embargo, producirá los mismos efectos que el matrimonio civil, siempre ante la autoridad civil, en la habilitación de los contrayentes, en la verificación de cualquier impedimento y en los procedimientos de oposición, observando las disposiciones del Derecho civil y la inscripción en el Registro Civil. El registro será gratuito y obligatorio”¹²⁸.

Poco después, en la Constitución de 10 de noviembre de 1937 —el mismo día en que se implementó la dictadura del nuevo Estado en Brasil—, se establecieron los mismos principios ya contemplados en el texto constitucional de 1934, añadiendo el de igualdad entre los hijos naturales y los legítimos —a partir de la influencia de la Constitución polaca y de los ideales fascistas de Mussolini—. Sin embargo, en la Constitución no se extendieron los efectos civiles al matrimonio religioso¹²⁹.

¹²⁷<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1930-1939/constituicao-1934-16-julho-1934-365196-publicacaooriginal-1-pl.html>. Consultado el 10/08/2018.

¹²⁸http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm

¹²⁹http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm.

La familia se reguló en los artículos 124 a 127:

“Art. 124 “La familia, constituida por un matrimonio indisoluble, está bajo la protección especial del Estado. A las familias numerosas se les atribuirán compensaciones en proporción a sus cargas”.

Art. 125 “La educación de la prole es el primer deber y el derecho natural de los padres. El Estado no será ajeno a este deber”.

Art. 126 “Para los hijos naturales, al facilitar su reconocimiento, la ley garantizará la igualdad con los legítimos”.

Art. 127 “La infancia y la juventud deben ser objeto de cuidados y garantías especiales por parte del Estado, que tomará todas las medidas para garantizarles las condiciones físicas y morales de una vida sana y el desarrollo armonioso de sus facultades”.

Después de la fase dictatorial del Nuevo Estado Vargas, la Constitución del 18 de septiembre de 1946 —que representó una evolución jurídica que ya había comenzado su esquema básico en las Constituciones de 1934 y 1937— renovó los derechos otorgados a la familia, agregándoles la vocación hereditaria de los brasileños, en relación a los bienes dejados por extranjeros en el país¹³⁰.

La familia se trató en los artículos 163 a 165, en el Capítulo I del Título VI, de donde se puede extraer que la familia está constituida por el matrimonio válido de vínculo indisoluble con la protección del Estado; la celebración del matrimonio civil es gratuita para lo que los matrimonios religiosos serán equivalentes; protección estatal a las familias con prole numerosa, así como a la maternidad, a la infancia y a la juventud.

La Constitución de 1967 no alteró la protección de la familia con respecto a las Constituciones predecesoras. Así, la familia que merecía la protección del Estado era la familia constituida por un matrimonio válido, de carácter indisoluble. Sin embargo, esta Constitución no estableció el concepto de familia. Redujo a un

Consultado el 20/08/2018.

¹³⁰<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1940-1949/constituicao-1946-18-julho-1946-365199-publicacaooriginal-1-pl.html>. Consultado el 20/08/2018.

solo artículo el espacio dedicado a la familia, el artículo 167, manteniendo los derechos ya conferidos por la Constitución anterior¹³¹.

La enmienda 1 de 1969 mantuvo el matrimonio indisoluble, que fue modificado por la Ley de Divorcio de 1977, la cual estipulaba que el matrimonio podía disolverse después de una previa separación judicial durante tres años, según lo dispuesto en el Artículo 175, § 1º. Más tarde, mediante la Enmienda n. 2, 1977, se permitió el divorcio directo, para las separaciones *de facto* durante más de cinco años y las anteriores. Otras disposiciones se ocuparon del matrimonio civil con celebración gratuita; el religioso con efectos civiles; la asistencia a la maternidad, el cuidado de la infancia y la juventud y otros casos excepcionales.

En 1988, con la conquista del Estado Democrático de Derecho, se promulgó la Constitución federal de 1988, que vino a reflejar las aspiraciones de la sociedad brasileña en relación a una normalización democrática, basándose en la experiencia constitucional europea, donde el predominio del ámbito social es manifiesto, puesto que el respeto de los valores más altos de la naturaleza humana ocupa un lugar destacado¹³².

El artículo 226, *caput*, establece que la familia es la base de la sociedad y, por lo tanto, merece una protección especial por parte del Estado¹³³. El matrimonio en Brasil es civil, aunque se permite que el religioso produzca los efectos civiles, siempre que esté debidamente registrado, según lo dispuesto en el artículo 226, párrafo 2º de la Constitución Federal¹³⁴.

En palabras de Samur: “La elección de la dignidad humana por la Constitución como principio fundamental de la República garantiza una tutela

¹³¹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm.

Consultado el 01/09/2018.

¹³² http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Consultado el 01/09/2018.

¹³³ Artículo 226: La familia, base de la sociedad, tiene especial protección por parte del Estado. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm

Artículo 226: La familia, base de la sociedad, tiene especial protección por parte del Estado. §1º El matrimonio es civil y su celebración es gratuita. § 2º El matrimonio religioso tiene efecto civil, en los términos de la ley. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm

especial y privilegiada a cualquier persona humana en sus relaciones”¹³⁵. En la doctrina brasileña, es unánime la opinión de que la Constitución de 1988 reescribió el Derecho civil y especialmente el derecho de familia, apartando la centralidad del Código civil y trasladándolo al texto constitucional, dando como resultado lo que se denomina en el país “constitucionalización del Derecho civil, o Derecho civil constitucional”¹³⁶.

Además de la familia formada por el matrimonio, la Constitución de 1988 reconoció la familia existente fuera del mismo, a través de la “unión estable”. A pesar de que no exista diferencia entre las formas familiares y aunque reconozca los derechos de esta última, permite que dicha unión se convierta en matrimonio, lo que significa que no son institutos idénticos¹³⁷.

Así pues, la Constitución Federal de Brasil de 1988 comenzó a proteger las formas familiares distintas, además de la familia constituida por el matrimonio, admitiendo la familia formada por la unión estable y la familia uniparental o monoparental, formada por uno de los padres y su prole.

Tal clasificación presentada por la Constitución brasileña ya ha sido observada por la doctrina brasileña, como señala Fernandes Novaes Hironaka:

“Los modelos familiares expresamente previstos en la Constitución de 1988 son: (i) familia matrimonial, que resulta del matrimonio entre hombre y mujer (artículo 226, § 1º, 2º y 5º); (ii) familia informal, resultante de la unión estable entre hombre y mujer (artículo 226, §3º); y (iii) familia monoparental,

¹³⁵ SAMUR, Namir, Op. Cit., p.83.

¹³⁶ En este sentido ver: FERNANDES NOVAES HIRONAKA, Giselda Maria. “O conceito de família e sua organização jurídica”, En: DA CUNHA PEREIRA, Rodrigo (Coordinador), *Tratado de Direito das Famílias*, 2ª ed., Belo Horizonte IBDFAM – IBDFAM, p. 47

¹³⁷ Artículo 226, §3º de la CF/88. “Artículo 226: La familia, base de la sociedad, tiene especial protección del por parte del Estado. §3º: Para efecto de la protección del Estado, se reconoce la unión estable entre el hombre y la mujer, como entidad familiar, debiendo la ley facilitar su conversión en matrimonio.”

http://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_26.02.2015/art_226_.asp. Consultado el 01/09/2018.

constituida por el vínculo existente entre uno de los padres y su prole o descendencia (artículo 226, § 4º)¹³⁸.

Por lo tanto, la reforma más relevante realizada en Brasil en términos de Derecho de Familia se produjo con la promulgación de la Constitución Federal de 1988 y, por esta razón se alude a ella en la presente investigación, ya que es un hito importante en relación al cambio de perspectiva del legislador (o de la Administración Pública) en la forma de intervenir en la familia brasileña y en la rama del Derecho que regula sus relaciones.

La unión estable se destaca en el texto constitucional brasileño de 1988, ya que el legislador, con el propósito de que quedara protegida por el Estado, reconoció una posibilidad de formación familiar distinta del matrimonio, pero que también merecía la protección por parte del sistema jurídico brasileño.

Con respecto a la disolución del vínculo conyugal, conviene destacar la evolución que experimentó la legislación brasileña:

El código civil de 1916 no permitió la disolución. Más tarde, en los años 70, se produjo un verdadero revuelo jurídico para que finalmente se pudiera aprobar la ley del divorcio en Brasil, que entró en vigor en noviembre de 1977 (Ley 6.515). Y, aun así, hubo numerosas restricciones sobre la disolución del vínculo, restricciones estas que se han ido modificando a lo largo de los años (las grandes modificaciones que aporta la Carta Constitucional al respecto serán tratadas en un Capítulo específico).

En términos de codificación civil, el Código Civil brasileño de 1916, legislación vigente hasta el 10 de enero de 2003, retrató inicialmente a la familia brasileña del siglo XIX, traducida en una sociedad patriarcal y jerarquizada a partir de la figura central del 'padre' y 'esposo', quien era el titular del poder llamado *poder patrio*. Por otro lado, la mujer era una figura relegada a un segundo plano y sometida a la figura central de aquella estructura familiar. El esposo asumía todas

¹³⁸FERNANDES NOVAES HIRONAKA, Giselda Maria. *O conceito de família e sua organização jurídica, cit.*, p.58.

las decisiones familiares, y entre ellas le correspondía autorizar el trabajo externo de la mujer, que era considerada como una persona relativamente incapaz (como los indios y los pródigos, entre otros)¹³⁹.

Así pues, el Código de 1916 estipulaba que la familia brasileña legítima, la única digna de protección estatal, era la establecida mediante el matrimonio, que era indisoluble. Incluso la descendencia o prole fuera de la relación matrimonial no tenía, según el primer Código civil brasileño, ningún derecho reivindicable, lo que demuestra que el legislador necesariamente vinculaba la prole al matrimonio, denominado a los hijos fuera del matrimonio como ilegítimos.

En relación al reconocimiento de la Unión Estable como un modelo familiar que merece protección por parte del legislador brasileño, a pesar de que la Constitución Federal de 1988 la consideró como una familia legítima digna de protección y derechos, solo fue una década más tarde —concretamente, en 1994 y en 1996— cuando se aprobaron las leyes 8.971 y 9.278, que regularían fundamentalmente la materia, indicando sus requisitos, características, confiriéndole derechos civiles y estipulando los deberes jurídicos de los convivientes.

El jurista y profesor brasileño Tepedino condensa la evolución legislativa en el tratamiento de la Unión Estable en tres fases o etapas:

¹³⁹<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-norma-pl.html>. Consultado el 01/09/2018.

Con respecto a la capacidad jurídica de las mujeres, solo en 1962, con la promulgación de la Ley 4.121, se erigió a la mujer casada como una persona totalmente capaz en ese país. Previamente, se la consideraba relativamente incapaz de ciertos actos o de la forma de ejercerlos.

Conviene destacar que en Brasil, hasta noviembre de 1977, la adopción del apellido del esposo era una medida obligatoria para las mujeres casadas y el régimen de bienes que regulaba el matrimonio era, por regla general, el de la comunión universal.

Con perplejidad se observa que el ordenamiento jurídico brasileño, a tenor del Código Civil promulgado en 1916 y vigente hasta 2002, contemplaba que solo las mujeres casadas serían incapaces jurídicamente, pero no las mujeres solteras que normalmente adquirirían capacidad plena en aquel entonces a los 21 años. Es decir, hasta el minuto anterior a la celebración del matrimonio, si ya tenían 21 años, eran totalmente capaces y en el momento exacto de la celebración del matrimonio debían renunciar a la capacidad jurídica total para que el esposo administrara a la familia.

“a) La primera comienza con el rechazo puro y simple del concubinato, estigmatizado por el código civil de 1916 como una relación adulterina.

(b) Seguidamente, se delinea nítidamente la relevancia atribuida por el legislador especial al concubinato (siempre que no sea adulterino), ya no como una mera relación del derecho obligacional, sino como una vida lícita común, atribuyéndole los efectos jurídicos en la esfera de la asistencia, la seguridad social, locataria, etc. Esta fase puede considerarse como de entrada del concubinato en el derecho de familia;

c) La tercera fase, finalmente, comprende la protección constitucional de las entidades familiares no fundadas en el matrimonio, admitiendo el artículo 226, 3º, formas familiares no fundadas en el matrimonio”¹⁴⁰.

El mismo autor analiza después cada una de estas etapas. Al principio, la relación de convivencia entre dos personas, aunque se presentara a los ojos de todos como una familia, es decir, incluso sin clandestinidad, merecía la desaprobación por parte de la sociedad brasileña y esta desaprobación se reflejaba también en el poder legislativo y en la visión del jurista.

Tal rechazo se debía, principalmente, a la preocupación por el adulterio, que estaba previsto como un tipo penal por el Código Penal de 1940 -hasta 2005-¹⁴¹.

El profesor Tepedino apunta que en Brasil:

“Así que se estableció, a través de decisiones pretorianas repetidas, florecidas puntualmente a partir de los años 30 y consolidadas en los años 60 en el ámbito, incluso, del STF, que los bienes adquiridos en la constancia del concubinato deberían compartirse, siempre que se demostrara el esfuerzo directo o

¹⁴⁰ TEPEDINO, Gustavo. “Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio”, *Temas de Direito Civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro Editora Renovar, 2001, p. 329.

¹⁴¹ El artículo 240 do CP fue derogado por la ley 11 de junio de 2005, la cual despenalizó la referida conducta.

incluso indirecto por parte del otro cónyuge, asegurándose por otro lado, una indemnización judicial a título de servicios prestados en el caso de que no se consiguiera demostrar el concurso del esfuerzo común necesario para la repartición de los bienes. A raíz de esta tendencia, el STF enfatizaba que estos efectos patrimoniales derivaban de las relaciones obligacionales creadas por el vínculo tanto en la formación de una sociedad de *facto* como en la hipótesis de la simple prestación de servicios domésticos, rechazando cualquier fundamento propio del derecho de familia en tales decisiones”¹⁴².

El Estado refrendando esta aceptación gradual aprobó y publicó las siguientes leyes: L. 6367/75, L. 8213/91, diciembre L. 7036/44, L 6194/74, L 6015/73, L 6649/79, 8245 / 91, 7250/84¹⁴³.

Con relación a la indisolubilidad o no del vínculo matrimonial, conviene apuntar que históricamente, no era aceptada la ruptura del vínculo por parte de la legislación civil, de acuerdo con el Código Civil de 1916, que estuvo en vigor hasta 2003, en el que se aprobó el Código vigente.

Como ya se ha indicado anteriormente, la principal ley que regulaba a las familias en Brasil durante décadas, el código civil de 1916, establecía que el matrimonio era indisoluble. Preveía solo tres formas por las cuales el vínculo matrimonial podría verse afectado: la posibilidad de anulación matrimonial, la muerte y la separación, de las cuales, la extinción del vínculo solo se daba, en rigor, en el segundo de los casos: en caso de anulación se entiende que el vínculo no había llegado a nacer, con lo que se volvía al estado civil anterior, de soltería; con la muerte, sí se extingue el vínculo, así que el estado civil se modificaba de casado a viudo; y con la separación, la sociedad matrimonial se rompía, pero no se disolvía el vínculo del matrimonio, impidiéndose a los contrayentes, por lo tanto, que contrajeran nuevas nupcias.

¹⁴² TEPEDINO, Gustavo. *Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio, op.cit.*

¹⁴³ www.planalto2.gov.br

La lucha en Brasil por la disolubilidad del matrimonio fue encabezada durante más de treinta años por el Diputado y luego Senador Nelson Carneiro. A impulso suyo se aprobó la EC 9 en junio de 1977, que a su vez permitió que se aprobara la ley del divorcio en noviembre del mismo año (Ley 6.515/77).

Aun así, es necesario enfatizar que la ley, a pesar de aprobar el divorcio, lo hizo con numerosas advertencias, por las reticencias a esta reforma. Así, solo podría reclamarse una vez en la vida. Es decir, únicamente podría disolverse el primer matrimonio de una persona, pero no el segundo matrimonio válido que se contrajera. Este trato desigual de los matrimonios celebrados a lo largo de la vida fue eliminado del ordenamiento jurídico en 1989.

Posteriormente, el Código Civil de 2002, que entró en vigor en enero de 2003, mantuvo el sistema anterior en relación con la disolución del matrimonio y la finalización de la relación matrimonial, alterando sin embargo los plazos previamente establecidos de separación de hecho y de matrimonio.

Entre las posibilidades de separación jurídica, como medida previa al divorcio, existía la posibilidad de separación mediante imputación de culpa al otro cónyuge. El artículo 1.572 del Código Civil brasileño permitió la discusión notoria de la culpa en la separación legal de la pareja ante el Poder Judicial (artículos. 1572, 1573, 1578 y 1704 del Código Civil brasileño).

En relación con el tema de esta “culpa”, independientemente de estar (o no) en línea con las conclusiones finales que se presentarán de la Tesis Doctoral, conviene subrayar lo que escribió Cristiano Chaves de Faría. A su juicio, lo que históricamente se ha llamado “culpa” (en el sentido de la causa de la disolución) no es más que una consecuencia. Pues, dice, “es la consecuencia de la única razón que causa la disolución de una relación afectiva: el fin del amor, el deseo de compartir proyectos comunes. ¡Esta es la única causa verdadera de la extinción del matrimonio!”¹⁴⁴. La cuestión de la culpa y el afecto, o el amor, se tratará en un Capítulo posterior: abordaremos entonces cómo el llamado “afecto o amor” ha sido

¹⁴⁴ CHAVES DE FARIA, Cristiano. *Chaves de Direito de Família*, São Paulo, Ed. Saraiva, 2011.

mal interpretado como base aparentemente única para establecer y romper el vínculo. Se debatirá entonces si el afecto es realmente el único interés que le importa al legislador cuando regula las relaciones matrimoniales.

En 2007, el legislador brasileño aprobó la Ley 11.441, que promovió un cambio en este punto de la disolución del vínculo: previó la posibilidad, hasta entonces inédita en el país, de llevar a cabo la separación y el divorcio por medios extrajudiciales, mediante escritura pública redactada en la Notaría. Ya hemos tenido la oportunidad de dedicarnos al estudio de esta Ley en una obra lanzada en el mismo año de su aprobación, que ahora recordaremos en parte, con el fin de indicar solo los cambios realizados en el Ordenamiento en aquel momento¹⁴⁵.

Antes de la llegada de esta ley, la separación y el divorcio solo se promovían mediante procedimientos judiciales. Con su aprobación, surgió la posibilidad de llevar a cabo separación y divorcio mediante Escritura Pública otorgada en una Oficina Notarial, siempre que no hubiera hijos menores o incapaces y, siempre que se cumplieran los plazos establecidos en la legislación del momento para que el vínculo pudiera romperse permanentemente o no. Dicha ley no cambió nada en relación con los plazos que existían hasta entonces para la separación consensuada (un año de casados) o para el divorcio (dos años de separación *de facto*). Estos plazos establecidos desde el Nuevo Código Civil de 2002 permanecieron vigentes hasta la EC66/2010, como veremos más adelante.

¹⁴⁵ PENA LUCAS, Isabella y al. “As modificações trazidas pela lei 11.441, de 4 de janeiro de 2007 – A possibilidade de inventários, partilhas, separações e divórcios extra-judiciais”, en: MOURA DA FONSECA PINTO, Adriano (Coordinador), *Na marcha da reforma processual*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 2007, pp. 97-114.

CAPÍTULO II - ¿QUÉ ES REALMENTE EL MATRIMONIO?

En realidad, ¿qué define, de verdad, el matrimonio? ¿La naturaleza o la cultura? ¿O el legislador?

Cualquier persona tiene una idea de lo que es el matrimonio, aunque no sea especialista en el tema —ni como antropólogo, ni como jurista o sociólogo—. Incluso si no sabe exactamente cómo conceptualizarlo, si se le pregunta sobre esta institución, nadie puede decir que no sabe lo que es. Sin embargo, sin dudar del sentido común, en una investigación sobre esta temática —como es una Tesis Doctoral—, sin pretender agotar el tema, resulta imprescindible precisar el concepto y la esencia del matrimonio.

Esta necesidad de presentar lo que realmente significa el instituto del matrimonio se justifica por el objetivo central del presente estudio: comprender cómo, en general, las más recientes intervenciones legislativas en materia de matrimonio y de familia se han alejado de su concepto más genuino y puro, hasta el punto de vaciarlo y convertirlo en algo *muy, muy lejano* de lo que antropológicamente siempre ha sido (y sigue siéndolo, claro está).

Por esta razón, hemos optado comenzar este análisis haciendo una descripción histórica de la intervención legislativa sobre la materia, sin aportar en este primer momento una visión crítica al respecto.

Para explicar la *ratio* de la intervención estatal en la constitución y disolución del matrimonio a lo largo del tiempo, conviene acometer una suerte de “pausa reflexiva” antes de continuar. Esta pausa se entiende necesaria, porque, para comprender la etapa actual de la intervención legislativa acerca del reconocimiento y la extinción del matrimonio, resulta imprescindible mirar al pasado —y observar cómo se ha producido esa intervención a lo largo del tiempo—. A la vez, también es necesario analizar la verdadera naturaleza del instituto que estamos tratando, al objeto de poder después analizar críticamente, sin ningún tipo de “venda en los ojos”, las normativas más recientes.

1. Concepto y esencia del Matrimonio

“Al hombre contemporáneo, a este ciudadano de una sociedad muy artificial, le cuesta el contacto con las realidades naturales. Pero le cuesta intelectualmente, porque se ha acostumbrado a informarse de sí mismo y del entorno más personal de la realidad. Del mismo modo que muchos de nosotros decimos que conocemos un volcán, las islas del sur del Pacífico, los jardines de Aranjuez o el planeta Marte por sus lecturas sobre estos lugares, sin tener un conocimiento directo, personal e inmediato de los mismos; también hemos acabado acostumbrándonos a creer que sabemos más del matrimonio, de la familia y de la sexualidad cuantos más libros hemos leído sobre el tema. Y así, las realidades naturales se desvanecen poco a poco, siendo sustituidas por artificios culturales. Porque un libro o una idea, en elaboración intelectual – verdadera o falsa o, en todo caso, una aproximación – de un autor sobre la realidad. El contacto real, directo e inmediato con lo natural es imprescindible e insustituible. Sobre todo cuando se trata de realidades tan *básicamente naturales* como son el matrimonio y la familia”¹⁴⁶.

¹⁴⁶ VILADRICH, Pedro-Juan. *La agonía del matrimonio legal. Una introducción a los elementos conceptuales del matrimonio*, 5ª edición, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, EUNSA, 2010, p.46.

Comenzamos con una premisa básica, no dependiente de la cultura, la época histórica u otros factores sociales. Es un hecho que, a lo largo de los siglos, el hombre ha cultivado ciertas características sorprendentes en las relaciones subjetivas, incluida la inclinación sexual y reproductiva. Ya nos hemos percatado de la verdad de esta afirmación al comenzar esta Tesis Doctoral con una descripción histórica del matrimonio. Por esta razón hemos optado por este comienzo.

Por lo tanto, se puede decir que el matrimonio sirvió como una base natural para el desenvolvimiento del hombre en la sociedad, como un cauce necesario para la realización de sus impulsos naturales¹⁴⁷. Y es que hemos de partir de que la institución del matrimonio es tan antigua como la humanidad, es un dato de la naturaleza y no un invento histórico y cultural. El “tema” matrimonial y familiar, por lo tanto, hace referencia al sustrato *más natural y primario* del hombre¹⁴⁸.

Aunque el matrimonio sea un hecho natural, definirlo no es una tarea fácil. Por esta razón, es necesario prestar atención a la cuestión definitoria, ya que, solo comprendiendo la verdad sobre el matrimonio podremos evaluar de la legitimidad y la legalidad de las normas jurídicas que lo regulan en la actualidad.

Sobre la dificultad para definir lo que es el matrimonio se han manifestado muchos juristas, entre ellos, Hervada:

“El matrimonio es una de las instituciones sociales más difíciles de comprender en toda su profundidad, a la vez que, por ser vida de los hombres..., existe en todo ser humano el conocimiento nuclear y suficiente para contraerlo y vivirlo. Ocurre con el matrimonio algo parecido a lo que sucede con el hombre mismo”¹⁴⁹.

¹⁴⁷ En la misma línea se ha manifestado el jurista español al que se acaba de hacer referencia: VILADRICH, Pedro-Juan. *La institución del matrimonio: los tres poderes*, Documentos del Instituto de Ciencias para la Familia, nº 35, Navarra, Ediciones Rialp, 2005, pp.9-10.

¹⁴⁸ VILADRICH, Pedro-Juan. *La agonía del matrimonio legal*, cit., pp. 45-49.

¹⁴⁹ HERVADA, Javier. *Escritos de Derecho Natural*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1986, p.15.

En otras palabras, el matrimonio hunde sus raíces en la humanidad del hombre y la mujer¹⁵⁰.

Así pues, cuando se busca precisar la noción de lo que realmente es el matrimonio es necesario aproximarse antes —aunque sea brevemente— a sus raíces antropológicas, lo que aportará al jurista una base estructural más sólida para hablar del concepto de este instituto.

Varias ciencias han aportado un concepto de matrimonio. El sociólogo italiano Donati reconoce la importancia de sus raíces antropológicas cuando apunta que: “el matrimonio es un hecho socio-cultural que se ha dado en todos los tiempos y en todas las culturas. Es también un dato esencialmente antropológico, propio y específico del ser humano”¹⁵¹.

También, en la doctrina jurídica española, Viladrich se ha manifestado en la misma línea: Más allá de las etimologías, “la idea de matrimonio” responde a esta selección del modelo de excelencia antropológico en la configuración de relación unitiva y procreativa entre varón y mujer”¹⁵².

Una prueba más de la importancia de la noción antropológica de este instituto es que, aún hoy, se adopta muchas veces la definición clásica de matrimonio de los tiempos romanos, y se recurre a las Instituciones de Justiniano: “*Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio individuum consuetudinem vitae continens*” (Inst. 1,9,1)¹⁵³; es decir: nupcias o matrimonio es la unión del varón y de la mujer, que contiene la comunidad indivisible de vida.

Otra posibilidad es recurrir al texto del Vaticano II, en la Const. *Gaudium et Spes*, 48: “Fundada por el Creador y en posesión de sus propias leyes, la íntima

¹⁵⁰ SARMIENTO, Augusto. *La espiritualidad matrimonial*, Instituto de Ciencias para la Familia. Universidad de Navarra, Navarra, EUNSA, 2008.

¹⁵¹ DONATI, Pierpaolo. *La familia como raíz de la sociedad*, Biblioteca de autores cristianos, Madrid, 2013, XIV.

¹⁵² VILADRICH, Pedro-Juan. *El modelo antropológico del matrimonio*, Documentos del Instituto de Ciencias para la Familia, Madrid, Ediciones Rialp, 2001, p.10.

¹⁵³ <https://www.derechoromano.es/2017/09/nupcias-instituciones-justiniano.html>. Consultado el 20/01/2019.

comunidad conyugal de vida y amor se establece sobre la alianza de los cónyuges, es decir, sobre su consentimiento personal e irrevocable”¹⁵⁴.

Un concepto de matrimonio podría ser, por tanto, el de una unión integral de un hombre y una mujer, que incluye todas las dimensiones de la persona, corpórea y espiritual. Dicha unión, por su propia naturaleza, presupone exclusividad y estabilidad. Como ya se ha dicho, “una unión integral de mentes, proyectos, emociones y *corpus*”¹⁵⁵.

Por eso no es por casualidad que, cuando se habla del matrimonio, se haga referencia a la expresión *una caro*¹⁵⁶, porque se puede describir como una comunidad que forman un hombre y una mujer en la naturaleza y en el amor. Así pues, siguen los cónyuges siendo dos personas, con dos naturalezas individualizadas, pero forman una unidad social y jurídica, de participación y comunicación producida por un vínculo jurídico del que deriva un conjunto de deberes y derechos¹⁵⁷.

Posiblemente sea esta la principal dificultad para una adecuada comprensión de lo que al final es el matrimonio, decir que los cónyuges son dos y —a la vez— uno. Como advierte Hervada:

“Varón y mujer representarían seres humanos completos en la personalidad, pero incompletos en la humanidad; cada uno de

¹⁵⁴http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vatii_const_19651207_gaudium-et-spes_sp.html, consultado el 02/10/2019.

¹⁵⁵ *Ídem*.

¹⁵⁶ La expresión es usada varias veces en el derecho español por Javier HERVADA, quien al explicarla lo hace de varias maneras, incluso cuando apunta: “Obviamente varón y mujer siguen siendo dos personas humanas y dos naturalezas individualizadas, pero en algo ya no son dos, sino una unidad; ha de tratarse, pues, de una unidad, sin que esta sea ontológica o sustancial, Una unidad de la que se predique la nota de indisolubilidad (que es propiedad de índole jurídica; es decir, una unidad jurídica producida por un vínculo jurídico). Pero unidad en la carne. [...] Esta “una caro” es el matrimonio, como unión constituida por un vínculo perpetuo. [...] los cónyuges forman, por el matrimonio, una unidad en las naturalezas. HERVADA, Javier, “¿Qué es el matrimonio?”, En: *Una caro. Escritos sobre el matrimonio*, Ediciones Universidad de Navarra, EUNSA, 2000, p.35.

¹⁵⁷ Explica también HERVADA: “¿Qué significa ser “una sola carne”? Desde el punto de vista de la exégesis literal del texto bíblico, la interpretación común entiende que quiere decir una unión tan íntima y profunda, que ambos cónyuges, sin dejar de ser dos personas distintas como es obvio, forman “como una sola persona”. Supone, pues, una profunda unión, por la que varón y mujer, en virtud del vínculo jurídico, se pertenecen mutuamente.” HERVADA, Javier. *Una caro. Escritos sobre el matrimonio*, cit., p.573.

ellos poseería una humanidad incompleta, de manera que la humanidad quedaría completada en la pareja unida en matrimonio (entendida la humanidad no como el género humano, sino como la total condición humana, individualizable, la íntegra ontología humana)”¹⁵⁸.

Pero como ya se ha afirmado, no se puede situar el matrimonio solamente en la comunidad de vida y de amor, porque eso traería una consecuencia lógica devastadora, como es que el matrimonio fuera inaccesible para el Derecho: porque el amor libre por conciencia estaría liberado de estructuras jurídicas. Sencillamente, ha de comprenderse que la comunidad de vida y amor es el desarrollo esencial —o la consecuencia— del matrimonio¹⁵⁹.

En la modernidad es frecuente hablar de “unión de amor” cuando se hace referencia al matrimonio, como si el instituto fuera tan solo eso, lo que arrojaría una visión privatista, voluntarista y superficial acerca del tema. El amor conyugal se expresa por la “íntima unión, como entrega mutua de dos personas, lo mismo que el bien de los hijos, exigen plena fidelidad conyugal y urgen su indisoluble unidad. (...) Supera por tanto, con mucho la inclinación puramente erótica, que, por ser cultivo del egoísmo, se desvanece rápida y lamentablemente”¹⁶⁰. Sobre la cuestión del amor y el llamado principio de afectividad, así como sobre la exacerbación de la cultura voluntarista, se tratará en un momento posterior de la Tesis.

Siguiendo con el concepto de matrimonio, además de ser una comunidad de vida de y amor, como se ha mencionado, durante muchos siglos ha sido considerado un acto puramente religioso y privativo de la Iglesia. Una vez establecida la libertad

¹⁵⁸ HERVADA, Javier. “¿Qué es el matrimonio?”, *Una caro. Escritos sobre el matrimonio, cit.*, p.571.

Y añade el autor que: “La complementariedad varón-mujer es ontológica, afecta a una serie de potencias naturales, corpóreas unas, psíquicas y espirituales otras, de modo que la unión, respetando la dualidad, les une en su mismo ser.”(*Ibidem*, p.572).

¹⁵⁹ HERVADA, Javier, *Una caro. Escritos sobre el matrimonio, cit.*, pp. 580-582.

¹⁶⁰ Es el que consta del texto del Vaticano, *Gaudium et Spes*, 48, disponible en: http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vatii_const_19651207_gaudium-et-spes_sp.html. Consultado el 02/10/2019.

de cultos y creencias en los distintos países, el matrimonio pasó a considerarse un acto eminentemente civil.

Deben tenerse presentes la naturaleza y el cauce del matrimonio para poder comprender que el vínculo jurídico, que une a los cónyuges, solo puede unir lo que es posible unir por ello¹⁶¹. Nos explicamos: el vínculo jurídico no crea el matrimonio, sino que lo reconoce. Por lo tanto, hay que subrayar que el vínculo jurídico nunca creó el matrimonio. No lo inventó. Tampoco podría inventarlo, ya que el instituto precede al ordenamiento jurídico. La propia naturaleza del matrimonio explica su existencia anterior y la manera de cómo el Estado deberá respetar ciertos límites para regular la institución. A esto se hará referencia más adelante.

Por consiguiente, queda claro que lo que une a los cónyuges no es solo su amor, su personalidad, su temperamento, sus cuerpos, almas y voluntades, además de las potencias corpóreas sexuadas naturales, sino también el vínculo jurídico que se establece por el consentimiento conyugal.

Aunque el tema de los “matrimonios homosexuales” será objeto de estudio detallado más adelante —cuando se aborde un análisis crítico sobre esto en los ordenamientos jurídicos de España y Brasil—, no puede ahora dejar de señalarse que, su mismo planteamiento como “matrimonios” incurre en un error de plano, porque —ya lo hemos dicho— en el matrimonio el vínculo jurídico va al encuentro de lo que por naturaleza está ordenado a unirse.

Además, puesto que al Derecho nunca le ha correspondido “crear” la figura del matrimonio, ya que es un instituto de Derecho natural y único, aunque la ley admita o prevea el matrimonio entre personas del mismo sexo, eso no será suficiente, porque no es la ley la que lo crea, sino la misma razón y naturaleza del hombre.

En otras palabras, la unión matrimonial entre personas del mismo sexo implica, como señala Fernández, una flagrante violación de los datos

¹⁶¹ HERVADA, Javier. *Una caro. Escritos sobre el matrimonio*, cit., p.576.

antropológicos más elementales y, además, vacía de contenido al verdadero matrimonio¹⁶².

Por ello, la unión entre personas del mismo sexo será otra cosa, pero no un matrimonio. Esto no significa una discriminación o exclusión arbitraria de ciertos grupos, o ciertas ideologías, ya que las uniones que muchos desean establecer prescindiendo del dato de la heterosexualidad —o de otros elementos esenciales de la institución matrimonial— no será del tipo de unión que supone el matrimonio. Aceptar un concepto de matrimonio que venga a incluir algo distinto de la heterosexualidad implica, inequívocamente, neutralizar todo el contenido natural y antropológico de la institución del matrimonio.

El filósofo y sociólogo italiano Donati hace una comparación muy propia y pertinente para explicar lo que supone la alteración del concepto de matrimonio, cuando apunta lo siguiente:

“La forma natural de la familia corresponde con su “genoma”, que no es biológico, sino social. Si este genoma se altera hasta el punto de no tener ya su dotación natural, generamos otros tipos de formas sociales que no son ya la familia. Lo mismo sucede si el genoma humano se altera hasta el punto de generar otros seres que ya no son humanos”¹⁶³.

Continuando con el concepto y la noción del matrimonio, en la misma línea que se planteaba anteriormente relativa a la definición del matrimonio como la más amplia unión entre dos personas, Escrivá-Ivars ya aportó un concepto muy claro:

“El matrimonio puede definirse como la unión jurídica, plena y total, de un varón y una mujer en la virilidad y en la feminidad, que comporta una comunidad indivisible de vida, ordenada a la generación y educación de los hijos y a la mutua ayuda”¹⁶⁴.

¹⁶² FERNANDEZ, Aurelio. *Qué es y qué no es el matrimonio. El matrimonio: origen de la familia y bien de la sociedad*, Ediciones Cristiandad, Madrid, 2019, p.65.

¹⁶³ DONATI, Pierpaolo. *La familia como raíz de la sociedad*, cit., XIV.

¹⁶⁴ ESCRIVÁ-IVARS, Javier. *Teoría general del matrimonio, Manual del alumno*, Master in matrimonio y familia:

<http://matrimonioyfamilia.campusvirtual.org/contexto/00.php?s=nGmgDGIJKR&a=09&estado1=>

Por lo tanto, no se puede considerar que el matrimonio sea una institución del pasado, que se pueda modificar a voluntad o en la cual el afecto o los sentimientos de cada cual determinen su esencia. No. El matrimonio es mucho más, como se pretende demostrar en esta investigación.

En el Derecho brasileño, Rodrigues Pereira, hace muchos años, conceptualizaba así el matrimonio:

“El matrimonio es un acto solemne por el cual dos personas de sexo diferente se unen para siempre, bajo la promesa mutua de fidelidad en el amor y la comunión más cercana de la vida. Legitimar la procreación de la descendencia, involucrando en el ámbito del Derecho, la relación física de ambos sexos es, por supuesto, uno de los principales institutos de matrimonio; pero el fin último, la razón de ser de esta institución, radica en esta admirable identificación de dos existencias, la cuales, confundiéndose, comparten los mismos destinos, sufren los mismos dolores y comparten igualmente la parte de felicidad que le corresponde a cada uno, en las vicisitudes de la vida. (...) El matrimonio abarca la toda personalidad humana; crea la familia; funda la legitimidad de los hijos; da origen a las relaciones que solo se extinguen con la muerte: los derechos y las obligaciones que de ellos se derivan llevan el sello de la necesidad y, en lo que respecta a las personas, no pueden ser alterados, modificados o limitados al arbitrio del cónyuge”¹⁶⁵.

También, en la doctrina española, Fernández ha dado clara explicación sobre el concepto del matrimonio:

“El nombre matrimonio (*matrimonium*) deriva del latín “*mater*” (madre) y “*monium*” (calidad de, carga, peso); es decir, el

[psubmenu&estado2=psubmenu&estado3=psubmenu&estado4=current&estado5=psubmenu&estado6=psubmenu&estado7=psubmenu&estado8=psubmenu&estado9=psubmenu&estado10=psubmenu&estado11=psubmenu&estado12=psubmenu&estado13=psubmenu&estado14=psubmenu&estado15=psubmenu&estado16=psubmenu&SecProg=1&estado1a=current&leccion=0102&seccion=s=abd&apartado=a&titulo=S%C3%ADntesis&src=no&cursomoodle=](#) Consultado el 20/12/2018.

¹⁶⁵ RODRIGUES PEREIRA, Lafayette. *Direitos de Família*, atualizado por Ricardo Rodrigues Gama, Campinas: Russel, 2003, pp. 47-48.

matrimonio significa que se lleva a cabo entre un hombre y una mujer y que esta puede ser madre. A su vez, por etimología se reconoce que la procreación es calidad de ser madre”¹⁶⁶.

Este texto revela también un dato esencial en la conceptualización del matrimonio: su orientación a la procreación, indudable fin social que justifica por sí sola la “juridificación” de una institución inicialmente natural¹⁶⁷. Dice al respecto el civilista español García Cantero: “el matrimonio está destinado a la procreación, constituyendo la institución básica que la sociedad ha organizado para garantizar su supervivencia a lo largo de la historia”¹⁶⁸. En otras palabras habló Escrivá-Ivars: “La familia es hábitat natural para nacer, crecer y morir precisamente como personas”¹⁶⁹.

Por todo lo que se ha presentado, debe considerarse que el matrimonio es una institución que no debe su existencia al legislador humano, sino que los sistemas matrimoniales funcionan como sistemas de formalización. Dicha formalización se circunscribe a aquellos aspectos del matrimonio que sean susceptibles de ser objeto de ordenación y regulación.

Claro está que el matrimonio no es solo su formalización, aunque la formalización sea importante en la creación del vínculo jurídico, de modo que establezca efectos jurídicos.

En relación a la forma que adopta, D'Agostino ya intentó aclarar en la doctrina italiana:

¹⁶⁶ FERNANDEZ, Aurelio. *Qué es y qué no es el matrimonio. El matrimonio: origen de la familia y bien de la sociedad*, cit., p.64.

¹⁶⁷ Lo expresa muy claramente MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ: “Es la enorme importancia que tiene la procreación, atención, crianza y educación de cada nueva persona humana en orden al adecuado respeto de su dignidad personal y de sus derechos fundamentales —y de los propios progenitores, muy especialmente los de la madre, que, por naturaleza, lleva la mayor carga—, así como para la conservación de la especie y el futuro de la sociedad, lo que principalmente justifica el papel del Estado y de la ley en la protección y consiguiente regulación de la familia y, con ello, del matrimonio, de las madres y de los hijos”. Vid. “Desquiciamiento inconstitucional de la familia protegida por el Derecho civil”, en VVAA, *La reforma del modelo de familia en el Código civil español*, Comares, Granada, 2005, pp. 68-69.

¹⁶⁸ GARCÍA CANTERO, Gabriel. “Sobre el llamado ‘matrimonio homosexual’, Análisis de algunas de las cuestiones debatidas”, en: VVAA, *La reforma del modelo de familia...*, cit., p. 52.

¹⁶⁹ ESCRIVÁ-IVARS, Javier. “Las funciones estratégicas de la familia y su protección social”, *Sí Familia*, Asociación Galega de Familias Numerosas, N.º.9, Coruña, Dec./2009, pp.11-12.

“Con pocas palabras: el mismo problema relativo a forma y la experiencia más adecuada del matrimonio acaba por transformarse en nuestro siglo en un problema de retaguardia: pues lo que debe discutirse es el matrimonio *tout court*, como organización jurídica de la convivencia conyugal, o —si se quiere ser coherente hasta el final— la injerencia, la indebida injerencia de la ley en la existencia de la pareja”¹⁷⁰.

Se trata, entonces, de un pacto cuya naturaleza conlleva determinadas exigencias de justicia —es por lo que se formaliza por medio de un acto jurídico—, por el que los cónyuges, entregándose y aceptándose como esposos, dan origen a derechos y deberes mutuos¹⁷¹.

Los esposos a través del vínculo jurídico, fruto de la voluntad y libertad de ambos, forman la mayor unión que en el plano natural puede darse entre dos seres humanos. De modo que debe hacerse una distinción entre el matrimonio y las demás sociedades; y es que la noción de sociedad ciertamente se aplica al matrimonio, pero no de manera unívoca, sino análoga¹⁷²: solo de modo análogo porque en el matrimonio, además de la unión y vinculación en la actividad y en los fines —como existe en las sociedades— hay una unión más profunda que es la unión de los seres en todas sus dimensiones¹⁷³.

Por tanto, de la consideración del concepto, la estructura, la naturaleza y los fines del matrimonio se deduce la razón por la cual hay que entender que el vínculo matrimonial solo puede ser llevado a cabo entre un hombre y una mujer; y aún más: que se trata de un vínculo exclusivo, único y permanente.

D’Agostino, al comentar el carácter universal y homólogo del matrimonio, apunta:

“Matrimonio y familia son fenómenos de carácter universal; no gozan de un específico fundamento biológico – y, en este sentido,

¹⁷⁰ D’AGOSTINO, Francesco. *Filosofía de la familia*, Instituto de Ciencias para la familia. Universidad de Navarra. Ediciones Rialp, 2006, p.36.

¹⁷¹ HERVADA, Javier. *Una caro. Escritos sobre el matrimonio*, cit., pp. 651-676.

¹⁷² HERVADA, Javier, *Ibidem*.

¹⁷³ HERVADA, Javier. *Una caro. Escritos sobre el matrimonio*, cit., pp. 569-583.

son definibles como instituciones propiamente dichas -, sino que más bien conllevan una manipulación simbólica de la realidad; no son el producto de la historia de los hombres, sino que constituyen el presupuesto de ella; presente en todas las culturas formas homólogas; es decir, no solo garantizan la sucesión de las generaciones, sino que constituyen además el fundamento, tanto material como simbólico, del orden social”¹⁷⁴.

Y además sobre la naturaleza misma del instituto aclara también el autor:

“El matrimonio no es solo, ni principalmente, un encuentro de almas; es el encuentro de dos personas y, por ende, también de dos cuerpos: un encuentro que el derecho protege, y que la Iglesia incluso honra como sacramento”¹⁷⁵.

Conviene destacar que, precisamente porque no se reducen a las formas o normas jurídicas, la familia y el matrimonio, más allá de esto, a su manera, *sui generis*, contribuyen decisivamente a solucionar las necesidades más apremiantes de cualquier ser humano y de la sociedad de la que forman parte.

Por consiguiente, el matrimonio trae consigo una concepción que le es propia y natural, además de antropológica; o incluso, en las palabras de Donati, una concepción “universal cultural”¹⁷⁶, ya que se encuentra empíricamente en diferentes culturas —prácticamente en todas las culturas del mundo— y en todo tiempo, pasado y presente.

Sin embargo, en la actualidad, hay un problema muy importante: se confunde la regulación legal del matrimonio con lo que sería su propio concepto y naturaleza. O, dicho de otro modo, olvidándose de la verdad acerca del matrimonio, de su naturaleza, fines y características, se entiende que la regulación jurídica puede cambiar sus parámetros configuradores. Y, seguramente, esta tergiversación impide una comprensión adecuada de lo que sería el matrimonio y cuál es su naturaleza.

¹⁷⁴ D’AGOSTINO, Francesco. *Filosofía de la familia, cit.*, p.47.

¹⁷⁵ D’AGOSTINO, Francesco. *Filosofía de la familia, cit.*, p.43

¹⁷⁶ D’AGOSTINO, Francesco. *Filosofía de la familia, cit.*, p.7.

La materia que aquí se trata —el concepto basado en la esencia antropológica del matrimonio y la imposibilidad de mudar su concepto sin cambiar su esencia— lo condensa muy bien un pasaje escrito por Hervada acerca de la invención de una nueva esencia del matrimonio:

“Es posible mejorar el conocimiento, aprehender con mayor riqueza y profundidad la esencia del matrimonio, descubrir matices, interpretar mejor la realidad conyugal. Pero el “descubrimiento” de una nueva esencia del matrimonio no es pensable”¹⁷⁷.

En este sentido, se concluye que el concepto y la esencia del matrimonio no se pueden cambiar arbitrariamente y en cualquier momento, de acuerdo con el gusto y la moda, simplemente cambiando un texto de ley: una institución como esta no es la ley la responsable de crearla, o de asignarle un concepto, o una naturaleza. Al texto legal, como ya se ha mencionado, solo le compete regular el reconocimiento de un hecho que siempre ha existido, y de atribuirle determinadas formas y ritos con el fin de que sea reconocido por el Estado —y por todos— a través de los tiempos.

Conviene insistir en la preexistencia del matrimonio con respecto al ordenamiento jurídico, dado que su exacta comprensión se considera de fundamental de cara a las aportaciones que se harán en las páginas que siguen de esta Tesis. En este sentido, destacamos la concepción al respecto del profesor Hervada —a la que nos adherimos—:

“El matrimonio es preexistente a cualquier legalidad y anterior a cualquier legalización. Ni la legalidad ni la legalización crean o constituyen el matrimonio; su función consiste en regular, dar publicidad y otorgar seguridad jurídica a lo que ya existe antes que ellas por naturaleza; es decir, el matrimonio”¹⁷⁸.

¹⁷⁷ HERVADA, Javier. *Una caro. Escritos sobre el matrimonio, cit.*, p.428.

¹⁷⁸ HERVADA, Javier. *Una caro. Escritos sobre el matrimonio, cit.*, p.654.

En consecuencia, lo que se ha presenciado hoy en día es una verdadera negación o distanciamiento de la comprensión primaria de los fundamentos del matrimonio; lo que generalmente se hace con el propósito de expandir su concepto hasta el punto de desnaturalizarlo y, por supuesto, ha llevado también a oscurecer la realidad acerca de la institución, además de confundir y desconstruir progresivamente su propia naturaleza.

En síntesis, Viladrich denomina a este fenómeno como la *agonía del matrimonio legal*, porque, gradualmente, al regular una unión natural, se inició un distanciamiento de lo natural hasta el punto de subvertir la naturaleza del propio instituto, convirtiéndolo, en muchos casos, en lo que este no es y nunca lo fue.

Una vez clarificado este aspecto, conviene presentar un concepto que sea acorde con la naturaleza del matrimonio, incluso aunque no se encuentre positivado en ninguna legislación vigente.

Además de los conceptos ya presentados, agregamos uno propuesto en el derecho estadounidense por George y Lee, los cuales apuntan que:

“El matrimonio es la comunidad formada por un hombre y una mujer, que aceptan públicamente compartir toda su vida, en todos los niveles de su ser, incluso el corpóreo, en un tipo de relación que se complementarían naturalmente con la concepción y la concepción conjunta, el cuidado y la crianza de los hijos (y aunque no resulte en descendencia) [...] por su propia naturaleza, requiere exclusividad y permanencia”¹⁷⁹.

Ya en el derecho español, Carreras apunta que el matrimonio es “el acto social y litúrgico de carácter complejo en el cual se celebra la unión del hombre y

¹⁷⁹ GEORGE, Robert P.; LEE, Patrick. *Conjugal Union: what marriage is and why it matters*, New York, Cambridge University Press, 2014, Ebook, p.9.

Texto original: “Marriage is the community formed by a man and a woman who publicly consent to share their whole lives, on every level of their being, including the bodily, in a type of relationship that would be fulfilled by begetting, nurturing, and educating children together (even if in fact this or that marriage does not result in children). [...] marriage is by its nature exclusive and binding until the death of one of the spouses.”

la mujer, quienes, mediante un pacto conyugal, se convierten en cónyuges y constituyen la primera relación familiar”¹⁸⁰.

Hervada, a su vez, añade:

“El matrimonio no es una institución jurídico-social en cuyo interior se legitime el desarrollo de la sexualidad. El matrimonio, por el contrario, es el desarrollo de la *inclinatio* natural, el desarrollo mismo de la sexualidad conforme a la estructura ontológica de la persona humana, conforme a la naturaleza personal del hombre. Representa el recto desarrollo de la persona humana en el orden de la sexualidad, en cuanto esta se orienta a la unión con el sexo opuesto”¹⁸¹.

También hay que hacer mención a otros aspectos relevantes para la comprensión correcta y adecuada del significado del matrimonio: así, además de lo que ya se ha apuntado, no puede entenderse el matrimonio sin tres características básicas inherentes al mismo, a saber: heterosexualidad, estabilidad (indisolubilidad) y exclusividad, características que se derivan de la naturaleza y de las finalidades del instituto y el vínculo que une a los cónyuges. Tampoco es posible entender el matrimonio sin tener en cuenta que está destinado a un fin o doble fin; a saber, la procreación de los hijos y su educación, y el bien de los cónyuges.

Con respecto a estas características, en lugar de analizarlas exclusivamente en este momento de la investigación, nos limitamos enumerarlas para analizarlas en diferentes momentos de la investigación, porque habrá que recuperarlas cuando afrontaremos el tema del divorcio.

Sin embargo, sobre la heterosexualidad como una característica inherente del matrimonio, conviene, además de lo que ya se ha descrito, citar al respecto a Martínez de Aguirre Aldaz y De Pablo Contreras:

¹⁸⁰ CARRERAS, Joan. *Casamento: Sexo, Festa e Direito*, Trad. de Adam Kowalik, São Paulo, Edições Loyola, 2004, p.133.

¹⁸¹ HERVADA, Javier. *Una caro. Escritos sobre el matrimonio*, cit., pp.379-380.

“A estos efectos, es muy significativo que en nuestra cultura jurídica todas las definiciones de matrimonio incorporen la diferencia de sexo entre los cónyuges: desde la ya citada de *Modestino* recogida en el *Digesto*, hasta las formuladas por la doctrina más reciente. Desde este punto de vista, la historia del Derecho demuestra que el principio de heterosexualidad como calificador del matrimonio tiene mucha más fuerza, por ejemplo, que el de la estabilidad (debilitado progresivamente por la ampliación del campo de actuación del divorcio)...”¹⁸².

En el Derecho brasileño, a pesar de que la doctrina mayoritaria reconozca la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, Venosa apunta que la heterosexualidad es un elemento natural:

“No hay matrimonio sino solo en la unión de dos personas de sexo opuesto. Se cuida el elemento natural del matrimonio. (...) Aunque haya sido defendida más recientemente la protección de la relación afectiva de personas del mismo sexo —la relación homo-afectiva—, cualquier legislación en este sentido implica cambiar el precepto constitucional, el cual, tanto para el matrimonio como para la unión estable, establece la diversidad de sexos (art. 226, § 3º)”¹⁸³.

A su vez, Fernández ¹⁸⁴ subraya que el matrimonio, tanto etimológicamente como en su desarrollo social, más allá de la unión entre un hombre y una mujer, responde a una cuestión de espontaneidad biológica del propio ser humano, a un instinto primitivo y primario y, además, confirma y representa una constante común en el tiempo.

¹⁸² MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos; DE PABLO CONTRERAS, Pedro. *Constitución, Derecho al matrimonio y uniones entre personas del mismo sexo*, Documentos del Instituto de Ciencias para la Familia, Madrid, Ediciones RIALP, 2007, pp. 72-73.

¹⁸³ DE SALVO VENOSA, Sílvio. “A família conjugal”, En: DA CUNHA PEREIRA, Rodrigo (org.), *Tratado de Direito das Famílias*, 2ª edição, Belo Horizonte, IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2016, p.140.

¹⁸⁴ FERNÁNDEZ, Aurelio. *¿Qué es y qué no es el matrimonio?*, cit.

Con relación a las finalidades o a la función social del matrimonio, estas se analizarán en el curso del presente Capítulo y, además, en los momentos apropiados cuando sean relevantes para el estudio de distintos aspectos de este tema.

De ahí que, comprendido el concepto sobre el matrimonio, se hace necesario hacer algunas distinciones entre la esencia del matrimonio y la forma del mismo, además de las que ya fueron hechas.

En relación a la esencia, no hay duda de que siempre será una mujer y hombre unidos entre sí, mientras que el vínculo jurídico sea un principio formal del matrimonio.

En cuanto a la forma, es necesario aclarar que el término matrimonio se aplica muchas veces indistintamente a la propia comunión entre los esposos y a la celebración de la boda, tal y como señala Hervada:

“La palabra matrimonio se aplica indistintamente a dos cosas diferentes, si bien unidas entre sí por una relación de causa y efecto: la sociedad conyugal, o comunidad que forman marido y mujer; y la celebración del matrimonio, o sea el acto por el cual ambos se entregan mutuamente como esposos”¹⁸⁵.

En otro giro:

[...] “a la palabra matrimonio suele añadirse las expresiones latinas *in fieri e in facto esse*, que —queriendo decir “constituyéndose” y “ya constituido”— hacen respectivamente referencia a los dos momentos —causal y existencial— del matrimonio”¹⁸⁶.

Aclaremos que el término matrimonio será tratado en la presente Tesis como el matrimonio *in facto esse*, o la sociedad conyugal, mientras que para la celebración se hablará del término del pacto conyugal. Este pacto conyugal es la causa eficiente

¹⁸⁵ HERVADA, Javier. *Una caro. Escritos sobre el matrimonio*, cit, p.27.

¹⁸⁶ HERVADA, Javier. *Una caro. Escritos sobre el matrimonio*, cit, p.27

del matrimonio; es decir, con el pacto se constituye el matrimonio y con ello se origina los deberes y los derechos conyugales.

Pero, aunque el mutuo consentimiento sea la causa del vínculo, eso no es una creación original de la voluntad, por lo que se verá que la voluntad ha de ser limitada, entre otros por el orden público y el bien común, puesto que como se ha subrayado se trata de un vínculo de derecho natural.

Antes de analizar la naturaleza jurídica del matrimonio, conviene explicar primero las finalidades esenciales del matrimonio, a las que se hará referencia seguidamente.

2. Fines del Matrimonio

Llegados a este punto, parece evidente que el matrimonio tiene funciones imprescindibles, únicas y, por lo tanto, relevantes para que el Estado lo regule y lo proteja jurídicamente. Por eso es importante analizar cuáles son estas funciones.

Después de observar y comprender bien estas finalidades, debe verificarse si algo ha cambiado al respecto, que pueda justificar los cambios legislativos recientes experimentados en algunas partes del mundo y, especialmente, en los ordenamientos jurídicos objeto de estudio, Brasil y España.

Conviene destacar que cuando se intenta investigar qué funciones sociales cumple el matrimonio, se quiere saber no solo cuáles son, sino también por qué otros modelos de convivencia no pueden obtener la misma protección legal. En la medida en que no cumplan las mismas funciones, no tienen por qué recibir el mismo trato ya que solo hay que tratar como igual lo que es igual.

Con estas premisas se podrá cuestionar más adelante si ciertas reglas jurídicas, relacionadas con el matrimonio, tienen o no legitimidad.

Cuando se hace referencia a los fines del matrimonio también se intenta precisar qué bienes se consiguen a través del mismo en la sociedad, o qué frutos

produce. El término “fin” puede usarse de varias maneras. Ya sea para designar un objetivo a alcanzar, un resultado, o bien para designar los principios de orden de lo que se comenta. En otras palabras, lo que está ordenado por su propia naturaleza, o predispuesto a ello.

Explicando este último sentido de la expresión “fin”, aplicado al matrimonio, Viladrich apunta con claridad: “En resumen, la tendencia a los fines objetivos es una ordenación interna y esencial de la propia unión conyugal, sin la cual esa unión no es matrimonio”¹⁸⁷.

¿Cuáles serían entonces los fines sociales del matrimonio, que incluso justificarían la intervención estatal? ¿Qué es lo que añade el matrimonio a la sociedad?

Al reflexionar sobre las preguntas planteadas, es necesario tener en cuenta que del matrimonio surgen nuevas familias y que, en su seno, está el primer *locus* donde se origina la socialización de los nuevos seres humanos, por lo que, por sí solo, ya se podría hablar de una primordial importancia para la sociedad. Además, la convivencia familiar es el ámbito propio que permite el desarrollo de la identidad de la persona.

Ciñéndonos exclusivamente del matrimonio, se han apuntado básicamente dos fines como los principales del instituto: a) procrear y educar a los hijos; b) promover el bien de los esposos.

El primer fin del matrimonio es, sin duda, la procreación y la educación de los hijos que derivan de tal matrimonio. En relación a esto, en primer lugar, debe partirse de que el matrimonio hace posible la continuación de la especie humana, un hecho que por sí solo merece la protección por parte del Estado.

En realidad, cuando se habla de la procreación como fin del matrimonio, es cierto aclarar que: “por su índole natural, la misma institución del matrimonio y el

¹⁸⁷ VILADRICH, Pedro-Juan. *Agonía del Matrimonio Legal. Una introducción a los elementos conceptuales básicos del matrimonio*, 5ª Edición, Pamplona, EUNSA, Ediciones Universidad de Navarra, 2010, p.166.

amor conyugal están ordenados a la procreación y educación de la prole, que constituyen su cumbre y corona”¹⁸⁸. La "piedra de toque" es la apertura a la fecundidad del amor conyugal.

Sobre la finalidad procreadora del matrimonio señala Fernández:

“La alteridad sexual entre el hombre y la mujer conlleva al amor esponsalicio, que, por su propia naturaleza, es un amor sexuado, pues se quieren como hombre y mujer. Y así la fecundidad es el fruto del amor. Tal amor sexuado puede ser fecundo y en determinados momentos ocasiona la procreación, pues los hijos son un don del matrimonio”¹⁸⁹.

La procreación responde a una inclinación sexual instintiva entre el hombre y la mujer, y es cierto que contrarrestar este instituto natural solo es posible a través de acciones que se dirigen positivamente contra la concepción. En esta misma línea de pensamiento, en el derecho español enseña Viladrich:

“El que la inclinación sexual entre varón y mujer conlleva dentro también, como parte suya, la tendencia a engendrar juntos un hijo común es una realidad natural transcultural evidente. Solo una posición positiva y expresa de la libertad y de la cultura de las personas concretas puede plantearse la posibilidad de su disociación y realizarla de hecho. Es más, para disociar el amor sexual de su conexión engendradora hay que actuar positivamente en contra, hay que actuar contraceptivamente. Si no hay acción positiva ninguna, la cópula sexual, como es patente, contiene de por sí la posibilidad de engendrar. Sin oponer una ‘nueva posición voluntaria en contra’, la relación entre unión sexual y procreación es un nexo sugerido por nuestro modo de ser sexuado al amar recta y sin reservas”¹⁹⁰.

¹⁸⁸ Es lo que consta del Vaticano II, *Gaudium et Spes*, 48, disponible en: http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vatii_const_19651207_gaudium-et-spes_sp.html, consultado el 02/10/2019.

¹⁸⁹ FERNÁNDEZ, Aurelio. *¿Qué es y qué no es el matrimonio?*, cit., p.246.

¹⁹⁰ VILADRICH, Pedro-Juan. *El concepto antropológico del matrimonio*, Madrid, Ediciones Rialp, 2001, p. 97.

Como también ya dialogaran Escrivá-Ivars y Hervada, “en realidad, sexualidad y procreación están naturalmente vinculados: anatómica y fisiológicamente, el sexo está ordenado a la generación”. Es como algo impreso en la naturaleza del hombre, y continúan: “como principio de operación que es, y sus fines son *normae agendi*, normas del obrar moral (y jurídico en su caso) la apertura del matrimonio a la procreación y educación de los hijos es incuestionable”¹⁹¹.

La procreación es pues, “fin especificador último o superior”¹⁹² del matrimonio, o en otras palabras “elemento formal que imprime su sello en toda la realidad matrimonial”¹⁹³.

Sin embargo, es esencial señalar que el matrimonio existe válida y perfectamente aun en los casos en que no haya descendencia. Con esto, se puede decir que un matrimonio en el que solo viven juntos los cónyuges es plenamente válido; cosa bien distinta es la unión que, de antemano, excluye la posibilidad de la futura procreación. Es decir, es necesario que por la propia índole de la unión esa sea fecunda, pero por factores externos puede ser que no haya hijos.

En otras palabras, el matrimonio y la procreación están intrínsecamente vinculados, pero el primero no depende necesariamente de la realización concreta del segundo. Aunque na haya dudas de que: “Los hijos son el don más excelente del matrimonio y contribuyen sobremanera al bien de los propios padres”¹⁹⁴.

Del mismo modo ya se ha manifestado Sciortino:

“Es cierto que una familia se constituye al margen de que haya o no hijos, aunque no sea más que porque eso es algo que no se puede saber antes de que la familia misma se constituya. Defender lo contrario equivaldría a defender que la familia se

¹⁹¹ ESCRIVÁ-IVARS, Javier. *Relectura de la obra científica de JAVIER HERVADA. Preguntas, diálogos y comentarios entre el autor y Javier Hervada*, Parte I, Pamplona, Gráficas Egúzkiza, 2008, p. 473.

¹⁹² ESCRIVÁ-IVARS, Javier, *Ídem*, p.474.

¹⁹³ ESCRIVÁ-IVARS, Javier, *Ibidem*.

¹⁹⁴ Como está en el documento del Vaticano II, *Gaudium et Spes*, 50, disponible en: http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vatii_const_19651207_gaudium-et-spes_sp.html. Consultado el 02/10/2019.

construye *ex post* solo en presencia de hijos, y no es así: existen parejas estériles o que contraen matrimonio en una edad avanzada y otras situaciones que objetivamente constituyen un impedimento para la procreación. Pero también es cierto que la familia es el lugar que, por elección, está llamado a la función procreativa, como testimonian las disposiciones sucesivas en el tema de la tutela de los hijos. Ahora bien, una cosa es decir que no existe relación de co-esencialidad entre matrimonio y procreatividad y otra distinta es afirmar que esta está excluida de raíz”¹⁹⁵.

Como ya se ha mencionado, para que un matrimonio exista, es necesario que la unión conyugal esté predispuesta a “los fines-meta”¹⁹⁶ —recurriendo a la expresión utilizada por Viladrich—. La falta de obtención debe obedecer a causas extrínsecas como, por ejemplo, en el caso de la persona estéril o que se contraiga matrimonio a edades más avanzadas. Por ello, tiene pleno sentido hablar de matrimonio en caso de esterilidad, así como en el caso de las personas mayores.

En la actualidad, se intenta a toda costa separar la procreación del matrimonio, lo que significa querer disociar lo que naturalmente une, ya que el matrimonio está esencial y naturalmente abierto a la posibilidad de fecundar¹⁹⁷. Según Hervada, el objetivo que muchos persiguen es destruir la idea de que el matrimonio es una unión originalmente orientada hacia la procreación¹⁹⁸.

Acerca de la apertura a la fecundidad como fin del matrimonio, Viladrich ha escrito:

¹⁹⁵ SCIORTINO, Antonella. “La tutela constitucional de la familia”, en PRIETO ÁLVAREZ, Tomás (ed.), *Acoso a la familia. Del individualismo a la ideología de género*, Granada, Editorial Comares, 2016, p.39. En la misma línea ha advertido MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ que: “Es evidente que una cosa es la estructura relacional propiamente constitutiva del matrimonio — esencialmente vinculada a la posibilidad de generación— y otra cosa es que en casos concretos un matrimonio, por la razón que sea, aun reuniendo en principio los elementos esenciales que permiten reconocerlo como tal, carezca de descendencia.” MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis, “en PRIETO ÁLVAREZ, Tomás (ed.), *Acoso a la familia. Del individualismo a la ideología de género*, cit., p.18.

¹⁹⁶ VILADRICH, Pedro-Juan. *Agonía del Matrimonio Legal*, cit.

¹⁹⁷ VILADRICH, Pedro-Juan, *Ibidem*.

¹⁹⁸ HERVADA, Javier. *Una caro. Escritos sobre el matrimonio*, cit.

“Del mismo modo que la distinción y la complementariedad natural entre los sexos masculino y femenino tiene como finalidad básica y primaria la fecundidad, así también la unión conyugal (esto es, la unión del varón y la mujer, en cuanto y por cuanto son varón y mujer) tiene como uno de sus fines la fecundidad humana: la procreación y educación de los hijos. [...] De manera que una entrega total entre varón y mujer implica en sí misma —nunca como un añadido externo y opcional— la entrega de la paternidad y la maternidad potenciales. Por eso el amor conyugal, es un amor procreador”¹⁹⁹.

Esta tentativa de disociación entre la procreación y el matrimonio fue, sin duda, un paso importante en la continua deconstrucción de la naturaleza del matrimonio, como lo ha sido también la cultura del divorcio implementada gradualmente en varios países. En palabras del profesor antes citado, “la deconstrucción entre amor, sexo, matrimonio, procreación y familia destruye el parentesco real”²⁰⁰. Y añade, en relación a esta disociación:

“La disociación comienza en la introducción contraceptiva de una acción que incomunica el acto sexual de su posibilidad de concebir: sexo sin riesgo de embarazo. Pero esta primera desconexión “inicial”, no ha hecho sino ampliarse más y más. En efecto, la contracepción disoció el acto conyugal de la concepción, promoviendo con frecuencia que uno y otra no tengan ninguna relación entre sí”²⁰¹.

Es conclusión inexorable que la unión conyugal, por su misma naturaleza, se vincula a la procreación. Pero también, la procreación es uno de los principales elementos que diferencian el amor entre los cónyuges de otros modelos de convivencia y ha sido así desde siempre en la cultura occidental²⁰².

¹⁹⁹ VILADRICH, Pedro-Juan. *Agonía del Matrimonio Legal*, cit., pp.169-170.

²⁰⁰ VILADRICH, Pedro-Juan. *El concepto antropológico del matrimonio*, cit., p. 100.

²⁰¹ VILADRICH, Pedro-Juan. *El concepto antropológico del matrimonio*, cit., p.98.

²⁰² VILADRICH, Pedro-Juan, *ibídem*.

Además de la procreación está la educación de los hijos, que merece una atención singular. El propósito principal del matrimonio es de suma importancia para la sociedad. En la familia es donde el ser humano socializa por primera vez con otros seres humanos y también es a través de la propia familia como aprende a hablar y a comunicarse. También es donde se adquieren los valores y donde se transmite la cultura. Sin mencionar la coexistencia entre las diversas generaciones familiares o, incluso, la dimensión económica que esta posee; datos estos que no se analizarán deliberadamente en esta Tesis para no exceder los objetivos propuestos previamente.

Sobre el ámbito educativo de la familia, apunta Altarejos Masota: “La realidad familiar, la familia originaria, aparece así como escenario educativo o también como ámbito educativo, noción que trasciende la de ‘ambiente’, de tonalidad afectiva y sensitiva”²⁰³.

Aún es cierto que es en el ámbito de la familia donde se producen los aprendizajes decisivos para la formación de la personalidad humana, es en ella donde promoviese el descubrimiento capaz de permitir el desarrollo de la propia identidad personal. No hay, por cierto, otro ambiente mejor, más barato y eficaz que el de la familia para propiciar la dignidad, sociabilidad y la humanización del menor, su crecimiento y su realización en cuanto persona.

De ahí que, considerando el propósito de la presente investigación, se subraye esta función educativa primordial de la familia con las enseñanzas ya planteadas por Castillo Ceballos —que compensa reproducir, pese a su extensión—
:

“Lo que educa a las personas no son los discursos, las clases o los libros. Lo que educa es pertenecer a una comunidad que tiene una buena forma de vivir: una cultura auténtica; un carácter formativo.

²⁰³ ALTAREJOS MASOTA, Francesco. *Cambios y expectativas en la familia*, en BERNAL, Aurora (ed.), *La familia como ámbito educativo*, 2ª Edición, Madrid, Ediciones Rialp, Instituto de Ciencias para la Familia, Universidad de Navarra, 2009, p.37.

La virtud no se puede enseñar (Sócrates); al menos mediante las palabras principalmente, sino a través de las obras. Las virtudes se adquieren en comunidades educativas en las que se viven valores auténticos que hay que hacer propios.

En la familia hay una forma de aprender que no se da fuera de ella: es un aprendizaje por impregnación del modo de vida adulto. Desde las primeras edades los hijos aprenden, como por ósmosis, lo que ven y oyen en su casa: criterios, costumbres, modales, normas de conducta. Detrás de todo eso (de lo que se les presenta o propone cada día) hay valores.

Solamente en una comunidad de convivencia tan intensa y de relaciones tan informales, donde las personas se comportan con tanto espontaneidad y naturalidad; solamente en un ambiente en el que cada persona se siente querida por sí misma —y no por lo que hace o por lo que tiene— es posible tal aprendizaje por impregnación.

Para que las personas mejoren como personas, para que se realicen, lo fundamental es que encuentren un auténtico ambiente educativo en su familia”²⁰⁴.

Es más, conforme se ha propuesto en el ámbito del Congreso Internacional “Culturas y Racionalidad. Líneas de dialogo y convergencia en la sociedad plural”, realizado en Pamplona a Noviembre de 2007, que: “La familia es al ámbito más íntimo y natural de resistencia –el antídoto primario- frente a cualquier atentado contra la libertad”²⁰⁵.

Pero como se ha subrayado antes, el matrimonio no ha sido instituido exclusivamente para la procreación y creación de los hijos, sino que “la propia

²⁰⁴ CASTILLO CEBALLOS, Gerardo. “Educación de la libertad y de la afectividad”, en BERNAL, Aurora (ed.), *La familia como ámbito educativo*, p. 175.

²⁰⁵ La Propuesta de Manifiesto: “Familia y Libertades”, ha sido el resultado de los debates realizados por el Instituto de ciencias para la familia en el Congreso Internacional “Culturas y Racionalidad. Líneas de dialogo y convergencia en la sociedad plural, Realizado en Pamplona, a 19 de Noviembre de 2007.

Disponible en: <http://www.javierescriva.com/wp-content/uploads/2007/11/familia-y-libertades-pdf.pdf>. Consultado el 02/10/2019.

naturaleza del vínculo indisoluble entre las personas y el bien de la prole requieren que también el amor mutuo de los esposos mismos se manifieste, progrese y vaya madurando ordenadamente. Por eso, aunque la descendencia, tan deseada muchas veces, falte, sigue en pie el matrimonio como intimidad y comunicación total de la vida y conserva su valor e indisolubilidad”²⁰⁶.

Así que no podemos olvidar que el matrimonio en sí ya conlleva también a la búsqueda del bien de los cónyuges, independientemente de la procreación y la educación de los hijos. Este fin del matrimonio se presenta claramente cuando en su concepto se indica que es la unión integral en todas las dimensiones de la persona de los cónyuges.

El bien común a que se orienta el matrimonio es, además de la procreación y creación de la prole, también la unión integral y pluridimensional que se establece entre los esposos en ella misma. Hay sin duda un doble fin, el unitivo y el procreativo y educativo de los hijos. Por esa razón se defiende que la familia fundada en el matrimonio es la célula primaria de la sociedad, el núcleo básico de la misma.

Hasta el siglo pasado, la explicación de Santo Tomás sobre los fines del matrimonio era la principal y tradicional al respecto, al definir la naturaleza del matrimonio. Ha sido a partir del siglo pasado cuando se ha empezado a explicar finalidad del matrimonio desde la perspectiva existencial y fenomenológica²⁰⁷.

Según la doctrina clásica y tradicional de Santo Tomás, como explica Sarmiento²⁰⁸, es necesario especificar la naturaleza y la esencia del matrimonio para alcanzar su propósito.

Hay que distinguir una doble finalidad del matrimonio y es lo que hace Santo Tomás desde una perspectiva de la causa del matrimonio. Diferencia fines

²⁰⁶ Es lo que dice el documento n.50, del Vaticano II, *Gaudium et Spes*, disponible en: http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vatii_const_19651207_gaudium-et-spes_sp.html. Consultado el 02/10/2019.

²⁰⁷ SARMIENTO, Augusto. *El matrimonio cristiano*, 4ª edición, Pamplona, EUNSA, Ediciones Universidad de Navarra, 2012, p. 363 e ss.

²⁰⁸ SARMIENTO, Augusto. *Ibidem*.

esenciales y accidentales del matrimonio. Los primeros son la procreación de los hijos y la ayuda mutua entre los esposos, mientras que los accidentales son aquellos que los esposos pueden tener por su propia cuenta al casarse. En relación a los fines esenciales, se pueden diferenciar fines esenciales primarios o principales y, fines esenciales secundarios²⁰⁹.

Como ya se ha adelantado, por diversas razones, a partir del siglo XX, se difunde una teoría por la cual se busca un análisis fenomenológico y existencial del matrimonio, lo que hace que se reaccione contra la utilización de la terminología de fines primarios y secundarios.

A partir de entonces se sigue un nuevo camino, y en este, no habría que hablar en un fin por encima del otro, siendo por esa teoría, más importante el valor unitivo de la comunión de los cónyuges. En otras palabras, el bien común de los cónyuges, su unión y comunión de vida integral, asumen un carácter preponderante sobre el fin biológico, que se presenta como consecuencia del primer fin²¹⁰.

Pero, conviene subrayar que el amor conyugal y la apertura a la fecundidad no solo no se contradicen, sino que se complementan entre sí. En el acto conyugal los aspectos unitivos y procreadores están inscritos en la verdad más íntima y por ser donación mutua de dos personas, y por el bien de los hijos, la unión exige plena fidelidad e indisoluble unidad.

La cuestión pasa a ser que la procreación y educación, según la teoría desarrollada en el siglo XX, son consecuencias del primer fin, como es el de la unión integral entre los esposos, dirigida a la obtención de una vida plena, común y el perfeccionamiento de los mismos. En esta línea, Sarmiento subraya no haber ninguna contradicción entre los fines, los cuales están íntimamente relacionados y solo pueden darse conjuntamente, o sea, la procreación y creación de la prole solo

²⁰⁹ Los fines esenciales primarios son la procreación y educación de la prole y los fines esenciales secundarios, la fidelidad y el sacramento. Pero no se debe confundir que los fines esenciales secundarios no están al servicio del fin primario, valiendo por sí mismos. Cf. SARMIENTO, Augusto. *El matrimonio cristiano, cit.*, p. 367.

²¹⁰ Es lo que se puede extraer de la doctrina de varios autores, entre los cuales: ARJONILLO, R.B. *Sobre el amor conyugal y los fines del matrimonio*, Pamplona, 1999, pp. 79/130. Y también en: SARMIENTO, Augusto. *El matrimonio cristiano, cit.*, pp.367-369.

puede darse, si hay donación mutua del hombre y mujer, como el autor ya ha apuntado:

“Entre los diversos fines del matrimonio o las diferentes dimensiones de la finalidad inscrita en el matrimonio no puede haber contradicción objetiva alguna. Aunque cada uno tiene su consistencia propia y su razón de ser —no se justifica solo por estar al servicio de los demás fines— todos están tan íntimamente relacionados que no se pueden dar separadamente. Son, en el fondo, dimensiones de la misma finalidad. Todos ellos responden al designio de Dios sobre el ser y la naturaleza del matrimonio”²¹¹.

En realidad utilizando las palabras de Bañares: “no se trata de dos piezas aisladas o superpuestas, sino de una única realidad - el consorcio constituido por ambos cónyuges - que contiene y se desarrolla en dos dimensiones”²¹². La dimensión propia de los esposos, procurando cada uno el bien del otro, el que exige la donación y aceptación integral, y naturalmente la ordenación del consorcio a la generación y educación de la prole, la cual debe realizarse de modo conyugal. Es decir, la donación plena de la persona no es posible sin la posibilidad de la paternidad y maternidad y cuando se habla de la posibilidad de la generación, resulta inexcusable considerar el modo en que se relacionan las personas concretas que la hacen posible.

La comprensión de los fines del matrimonio resulta muy importante para comprender adecuadamente las propiedades, o características que derivan y se exigen para cada uno de los fines.

Tiendo así, la ordenación natural a la procreación y creación de los hijos, se puede decir que el matrimonio tiene como finalidad servir a la prole, al bien de los esposos, que se perfeccionan con la misma prole y su educación, y así mismo al bien común. Por eso mismo, como ya se ha advertido anteriormente, son inherentes

²¹¹ SARMIENTO, Augusto. *El matrimonio cristiano, cit.*, p.373.

²¹² BAÑARES, Juan Ignacio. *Derecho matrimonial canónico*, Documentación del curso académico 2019/2020 del Master en Matrimonio y Familia, promovido por el Instituto de ciencias para la Familia, Universidad de Navarra, p. 2.

al compromiso asumido y a la unidad e indisolubilidad. Estas características derivan de la naturaleza del compromiso, de la esencia y de las finalidades. La unidad es esencial para que exista la entrega plena al otro, lo que solo sucede a través de la exclusividad y la indisolubilidad, que aparecen, entre otras razones, como consecuencia del compromiso asumido.

La monogamia es, así, exigencia de la unidad, pues partiendo de los conceptos anteriormente presentados, no puede entenderse la entrega total y la comunión en todas sus dimensiones sin unidad. No es posible la entrega integral a más de uno.

La indisolubilidad, como principio, deriva del propio compromiso que asumen los cónyuges, el cual no está solo vinculado a la voluntad, sino que se destina al alcance de los fines que, por su propia naturaleza imponen la estabilidad y el bien de la familia formada por el matrimonio, lo que se sitúa por encima de los sentimientos temporales. En relación a estos rasgos se hará referencia más adelante.

La llamada “ayuda mutua” se proyecta en la convivencia conyugal y en la fidelidad. Es necesaria una comunicación recíproca, lo que implica una estabilidad, una permanencia y una fidelidad. Es una ayuda en el mutuo perfeccionismo y en las necesidades del otro. De ahí se derivan los llamados “deberes” que no puede afirmarse que sean solo jurídicos, porque están en la propia naturaleza de la unión.

Sobre la ayuda mutua, Hervada indica que:

“La mutua ayuda, por tanto, comprende infinidad de aspectos de mutua interrelación, comunidad y compañía —unidad de afectos, de servicio recíproco, de consejo, de amparo, de convivencia, etc.— que son muy difíciles de expresar y, sobre todo, de enumerar exhaustivamente. [...]

Conviene tener muy claro, no obstante, que la mutua ayuda no es un medio para la obtención de otros fines, *sino un fin en sí misma*²¹³.

Tratándose de una relación recíproca, lograr su propio bien hace que los cónyuges se complementen entre sí, en la medida en que los mismos se ayudan, se apoyan y se sirven mutuamente, de modo que esta ayuda mutua es al mismo tiempo fin y dinámica que desarrollarán a lo largo de su vida.

Una vez más se repite que los diversos ordenamientos no han procedido a crear el matrimonio, el cual tiene su propia naturaleza, esencia y fin; y por esta razón, tampoco pueden los mismos establecer cuáles serían los llamados derechos y deberes de los cónyuges, en el ámbito de la convivencia conyugal, limitándose a reconocer algo preexistente.

Por consiguiente, sin temor a la repetición, a lo largo de la presente Tesis se insiste en la premisa de que el ordenamiento jurídico no se puede inventar el matrimonio y amoldarlo según los dictados de la moda, del gusto y de la época. Las costumbres y la cultura pueden cambiar, pero debe reconocerse que la naturaleza del ser humano y ciertos institutos son inmutables.

Así, cuando los esposos contraen matrimonio, la decisión compromete la humanidad de sus hijos y su propia humanidad, por lo que se puede afirmar que la decisión influye en la sociedad de modo externo y público.

No puede sostenerse que la institución del matrimonio sea meramente privada, lo que sería un grave error, como advierte Sarmiento:

“A lo largo de los siglos, sin embargo, se han difundido concepciones erróneas sobre el matrimonio. Como si fuera un asunto exclusivamente privado o, a lo sumo, sometido únicamente al arbitrio de la autoridad civil. Se deben, en el fondo, a una concepción secularista de la sociedad, desvinculada de su referencia a Dios. Ésa es la razón de que “la dignidad de esta

²¹³ VILADRICH, Pedro-Juan. *Agonía del Matrimonio Legal*, cit., p.173.

institución no brille en todas partes con el mismo esplendor, puesto que está oscurecida por la poligamia, la epidemia del divorcio, el llamado amor libre”²¹⁴.

Hay que ponderar que, por encima de la voluntad de los esposos en el consentimiento matrimonial, hay una “institución” que entre otras motivaciones existe por una norma fundamental, por la cual la persona jamás puede ser tratada como medio. Por eso, es preciso estar atentos y prevenidos con relación a las normas jurídicas que subvierten actualmente el matrimonio, dando lugar a la creación de otra institución, pervirtiendo su origen y su finalidad.

Volviendo a la doble finalidad del matrimonio, además de lo que ya se ha indicado, conviene subrayar lo apuntado por Sarmiento cuando afirma que:

“El matrimonio, ciertamente, está estructurado en torno a una doble finalidad: el bien de los esposos, en torno a la dignidad de los esposos en cuanto personas que forman la comunidad conyugal; y la apertura a la fecundidad, en torno a la existencia como valor básico de la persona”²¹⁵.

Vistas estas funciones esenciales del matrimonio, es importante, antes de proseguir, poner de manifiesto que estas funciones afectan no solo a la familia establecida por el matrimonio —es decir, a sus miembros—, sino también a la propia sociedad. Así, como veremos más adelante, las funciones del matrimonio, contribuyendo al bien común, legitiman al Estado para regular y proteger a la familia. Más que una “forma alternativa de convivencia”, el matrimonio ha demostrado ser la forma más efectiva de producir tales resultados en la sociedad.

Del mismo modo se manifiesta Viladrich:

²¹⁴ SARMIENTO, Augusto. *El matrimonio cristiano, cit.*, p.59.

²¹⁵ SARMIENTO, Augusto. *El matrimonio cristiano, cit.*, p. 400. Véase también el texto del Código de Derecho Canónico, Canon 1055, §1º: La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados.

Disponible en: http://www.vatican.va/archive/ESL0020/_P3T.HTM. Consultado el 03/10/2019.

“La cultura del siglo XX sobre el matrimonio ha sido desconcertante. El siglo se inició con los círculos intelectuales más progresistas pronosticando la muerte de la institución matrimonial. El mismo siglo se ha despedido con aquellos pronósticos incumplidos y archivados. [...] Los resultados de la investigación sociológica y económica no dejan lugar a dudas. Ninguna otra de las llamadas ‘formas alternativas de familia’ ha tenido la fuerza de asumir, de manera masiva y estable, las funciones y los servicios sociales que presta, de manera más fluida y económica, la familia de fundación y núcleo matrimonial. [...] Coincidiendo con la evidencia de sus funciones sociales estratégicas, el matrimonio ha coexistido a lo largo de la última centuria, cada vez más, con otras fórmulas de relación sexual y afectiva que se presentan, contra el dato de la historia, como novedades progresistas dentro de un escenario de gran confusión intelectual y vital”²¹⁶.

Para saber cuál es la piedra angular de la construcción sistemática jurídica del matrimonio es necesario conocer la naturaleza jurídica del mismo, a lo que se hará referencia en el siguiente apartado.

3. Naturaleza jurídica del matrimonio y el pacto conyugal

A partir del pensamiento institucionalista o contractualista sobre el matrimonio, debe quedar claro que:

“El matrimonio no es solo un vínculo de unión, sino un varón y mujer unidos entre sí. Es cierto, también lo hemos dicho, que esa unidad en la que consiste el matrimonio no es solo una situación de hecho, sino que comporta esencialmente un nexo o vínculo calificable de jurídico. Más todavía, ese vínculo es el principio formal y marca la diferencia entre el matrimonio y otras

²¹⁶ VILADRICH, Pedro-Juan. *La institución del matrimonio: los tres poderes*, Documentos del Instituto de Ciencias para la Familia, Madrid, Ediciones RIALP, 2005, pp.68-69.

situaciones o uniones no matrimoniales. Todo lo cual nos indica que el vínculo jurídico es el principio formal, pero no toda la esencia del matrimonio”²¹⁷.

De ahí que haya que establecer una premisa básica: la estructura jurídica es solo una de las dimensiones, pero el matrimonio es más que aquella estructura, o más que el vínculo jurídico, o que simplemente un conjunto de deberes y derechos. Sin tener en cuenta esa premisa quedaría comprometida la noción precisa sobre el matrimonio.

Según la tesis de Gasparri, la esencia del matrimonio es doble: la del *in fieri* y la del *in facto esse*. El origen no está en la ley, sino en la voluntad irrevocable manifestada en el pacto conyugal, el cual sería un contrato, y el matrimonio una relación jurídica contractual²¹⁸. La tesis así expuesta por el autor es la *tesis contractualista* del matrimonio. Pero a ella se opone la *tesis institucionalista*, en la cual no se niega el carácter contractual del pacto conyugal.

Es común —aunque no se pueda concordar con esta teoría— tipificar el matrimonio como un contrato, y cuando así se hace, se tiene en cuenta que lo que une a los cónyuges creando derechos y deberes es el consentimiento mutuo expresado entre las partes.

Como ya se ha advertido en esta investigación, entendemos que una visión meramente contractual del matrimonio, además de reduccionista y superficial, conlleva en sí misma un error y una tergiversación sobre la realidad del matrimonio. Es a partir de esa concepción puramente contractual del matrimonio que se empieza su proceso de desnaturalización y desfamiliarización.

En la misma línea se ha manifestado Martínez de Aguirre en la doctrina española:

“... la noción de contrato aplicada al matrimonio se ha revelado como una noción muy peligrosa... Y es, también, una noción con una importante carga valorativa en cuanto transmite la idea de

²¹⁷ HERVADA, Javier, *Una caro. Escritos sobre el matrimonio*, cit., p.164.

²¹⁸ Así lo ha manifestado HERVADA, Javier. *Una caro. Escritos sobre el matrimonio*, cit., p.175.

que lo verdaderamente importante es la voluntad de los contrayentes; bien poco importa que ese consentimiento tuviera su eficacia limitada, en su planteamiento inicial, al momento constitutivo del vínculo: el paralelismo con los contratos de derecho patrimonial, y la concurrencia de otros factores... se encargarían de ir ensanchando, poco a poco, el campo de actuación de voluntad individual. (...) basta señalar que la configuración del matrimonio como contrato abre la puerta al proceso de subjetivización”²¹⁹.

La visión del matrimonio como un contrato, acaba por apartar la naturaleza del instituto, además de alejar la solidez y estabilidad del vínculo entre los esposos, que como se ha visto, son necesarios para las consecuciones de los fines inherentes a ello.

La corriente que considera el matrimonio como una institución —la llamada corriente institucionalista— es representada, entre otros autores, por Viladrich, que manifiesta al respecto lo siguiente:

“La naturaleza institucional del matrimonio contiene tres grandes y diferentes significados naturales. Cada uno de ellos se corresponde con un peculiar poder capaz de instituir; es decir, de inyectar espíritu en el impulso sexual y reproductor y transformarlos en *ordenación digna de la persona humana*, en “*institución*”. Pues bien, el matrimonio es resultado de la acción formalizadora de tres poderes. Pero esta triple acción de tres

²¹⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos. *Diagnóstico sobre el derecho de familia*, Instituto de Ciencias para la Familia, Universidad de Navarra, Madrid, Ediciones RIALP, 1996, pp. 31-32. Profundizando el tema, el autor añade en nota al pie, No. 39, que el problema no es otro que el de la equivocada calificación dogmática del matrimonio como contrato y su ulterior equiparación a los demás contratos, olvidándose de sus peculiaridades.

Véase también lo expuesto por CARRERAS: “lo cierto es que la teoría del contrato fue el vehículo técnico-jurídico con el que se logró imponer el principio consensual. Si había que lograr que prevaleciera la voluntad marital de la mujer por encima de los planes y pactos esponsales realizados por la familia, y si el consentimiento personal de los cónyuges se hacía depender de su expresión mediante palabras de presente, entonces se comprenderá que la figura del contrato cuadraba perfectamente con el espíritu del siglo XII. Mediante el contrato matrimonial se lograba zanjar la diferencia esencial entre los esponsales de futuro y el consentimiento matrimonial con palabras de presente. Esto último no solo era indisoluble, sino que además no podía ser contraído por nadie más que los cónyuges. (Traducción propia) CARRERAS, Joan. *Casamento: sexo, festa e direito*, cit., pp.56-57.

diferentes requiere una inseparable conjunción armónica entre dichos poderes institucionales. Esta armonía, a lo largo de la historia del matrimonio, ha sufrido desnaturalizaciones y desequilibrios a favor de uno de esos tres poderes, interpretado y ejercido al margen, o incluso, contra los otros”²²⁰.

Se puede añadir, también, que la naturaleza institucional del matrimonio se produce a través del pacto matrimonial, donde los cónyuges manifiestan conjuntamente sus respectivas voluntades; además de la propia inclinación natural conyugal; y, finalmente, por el reconocimiento jurídico y social del instituto a través de las normas jurídicas.

Para explicar la naturaleza institucional del matrimonio, el autor se refiere a tres poderes que posee todo ser humano, los cuales son poderes para instituir, como ya hemos explicado, y que conviene reproducir aquí:

“El primer significado por el que el matrimonio es institución hace referencia a la naturaleza del “acto de instituir” [...] el poder de unir solo lo tiene la *voluntad conjunta* de los propios esposos. Este poder se denomina consentimiento matrimonial, pacto o alianza conyugal”²²¹.

“El segundo significado, por el que el matrimonio es institución, proviene de la naturaleza de la ‘conjunción conyugal instituida’ o estructura esencial del matrimonio, en cuanto estado de unión propiamente dicha entre los esposos. [...] el consentimiento aprovecha esta capacidad de conjunción que la masculinidad y la feminidad poseen entre sí —que la terminología clásica llamaba *inclinatio naturalis* o atracción complementaria entre los sexos—, pero el consentimiento no la crea desde la nada. La potencia de conjunción y su orden están ya ahí por naturaleza, el consentimiento de los novios actualiza esa posibilidad aquí y ahora entre ellos”²²².

²²⁰ VILADRICH, Pedro-Juan. *La institución del matrimonio: los tres poderes*, cit., p.66.

²²¹ VILADRICH, Pedro-Juan. *La institución del matrimonio: los tres poderes*, p.67.

²²² VILADRICH, Pedro-Juan. *La institución del matrimonio: los tres poderes*, pp.68-69.

“El tercer significado, por fin, hace referencia a la naturaleza del ‘reconocimiento social de lo instituido’ o derecho matrimonial vigente. Este tercer significado nos trae a escena la presencia del *poder público* y de su competencia para organizar justamente su sociedad mediante un *ordenamiento jurídico*. Una cosa es unirse un hombre y una mujer en matrimonio, y otra, las reglas que la sociedad instituye para regular los efectos del nacimiento, vida y extinción ‘ante la sociedad’ de dicha unión conyugal”²²³.

Asimismo, se puede decir que el matrimonio es una institución porque deriva de estos tres poderes naturales del ser humano, con los cuales, se “inyecta” espíritu, racionalidad y libertad en la inclinación y empuje sexual y reproductivo. El resultado de la manifestación armónica y natural de estos tres poderes es el matrimonio.

Se concluye que el pacto conyugal representa la causa y el momento constitutivo del matrimonio²²⁴. Pero, adviértase, el pacto no es la causa, es la forma externa de expresar el consentimiento, así que la causa sigue siendo la voluntad inequívoca. En el matrimonio, el pacto formado por el consentimiento de los cónyuges da lugar a los derechos y los deberes conyugales. Obviamente, el consentimiento es fundamental para su celebración, sin el cual no se puede hablar de matrimonio. Sin embargo, no debe confundirse el pacto conyugal con el matrimonio mismo.

Como puede observarse, la tesis institucionalista no niega el consentimiento ni el carácter contractual que posee el pacto matrimonial, en el sentido de que los cónyuges se obligan mutuamente a través de la manifestación de voluntad.

En Brasil, Santiago Dantas, al tratar acerca de la naturaleza jurídica del matrimonio, aclaró que es un acto jurídico complejo, un acto jurídico *sui generis*, puesto que es necesario el consentimiento de los cónyuges y también el consentimiento y la celebración de la forma solemne por parte del Estado. En este sentido, el autor explica que la doctrina del matrimonio difiere mucho y,

²²³ VILADRICH, Pedro-Juan. *La institución del matrimonio: los tres poderes*, p.69.

²²⁴ HERVADA, Javier. *Una caro. Escritos sobre el matrimonio*, cit., p. 150.

jurídicamente hablando, sería un acto por el cual el Estado reconoce y funda a la familia que debe protegerse en la sociedad²²⁵.

Consideramos que las corrientes brevemente expuestas acerca de la naturaleza del matrimonio siguen siendo, en realidad, insuficientes para caracterizar la naturaleza y esencia del matrimonio: a nuestro juicio, resulta demasiado superficial y reduccionista afirmar que el matrimonio es un contrato, como también resulta demasiado simplista afirmar que es solo una institución.

Por lo tanto, nos adherimos en este punto al pensamiento de Hervada, el cual, con claridad y precisión, sugiere que el planteamiento de esas dos corrientes resulta insuficiente para responder a la naturaleza del matrimonio. A su juicio, el matrimonio no se reduce a un contrato por el hecho de que sea una relación jurídica; tampoco se puede reducir el vínculo matrimonial a una relación bilateral de intercambio de prestaciones porque, más bien, se inscribe en las relaciones jurídicas comunitarias²²⁶.

En esta perspectiva, el vínculo matrimonial es consecuencia de una libertad responsable de los cónyuges y se caracteriza por dos notas distintas, como son: una unión que supone mutua y común participación; y la existencia de una solidaridad entre los cónyuges para la obtención de los fines naturales de la unión²²⁷.

Es decir, y esto es determinante, la voluntad humana es solo causa del nacimiento del vínculo entre los esposos; el contenido y fuerza del vínculo son predeterminados por la naturaleza y el sentido de la distinción sexual²²⁸. Por tanto, el pacto conyugal es un compromiso que pertenece a la categoría de actos jurídicos constitutivos, pero el matrimonio no es solo el pacto, sino que es mucho más que eso²²⁹.

²²⁵ DANTAS, Santiago. *Direitos de Família e de Sucessões*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, Brasil, 1991, p.127 y ss.

²²⁶ HERVADA, Javier. *Una caro. Escritos sobre el matrimonio*, cit., p.178.

²²⁷ HERVADA, Javier, *op. cit.*, p. 575.

²²⁸ HERVADA, Javier, *op. cit.*, p. 576.

²²⁹ HERVADA, Javier, *op. cit.*, pp. 255-256.

El matrimonio puede describirse también como una comunidad que forman el varón y la mujer, cuya estructura básica estriba en una unidad jurídica (no ontológica, que eso sería un craso error) en las naturalezas; dos naturalezas individualizadas y complementarias en lo accidental se integran entre sí, comunicándose ambas en lo que tienen de distintas, mediante una relación jurídica que las vincula y en cuya virtud cada cónyuge es copartcipe del otro en la virilidad y en la feminidad”²³⁰.

Así, se puede concluir que la comunidad de vida y amor está contenida en la esencia del matrimonio, pero la esencia no es formada solo por ella. La comunidad de vida y amor, formándose *una caro*, son aspectos complementarios de la esencia del matrimonio.

Hablar de la comunidad de vida y amor como la esencia misma del matrimonio —ya se ha advertido— es una subversión, ya que el vínculo jurídico sería reducido a una función subsidiaria y sin duda alguna habría una pérdida de sentido. La comunidad de amor y vida es un desarrollo natural del matrimonio. La comunidad de vida y amor no crea derechos y deberes, lo que crea es el vínculo jurídico²³¹.

Se trata además de un pacto por el cual los esposos se entregan y se aceptan como tales creando deberes y derechos. Siendo el matrimonio un vínculo jurídico y, además, una comunidad de vida y amor, comunidad total entre los esposos, la indisolubilidad es una consecuencia inexorable de su esencia.

En la misma línea explica Sarmiento:

“La “unidad de dos” o el ser “una sola carne”, que se origina por el pacto o consentimiento matrimonial, es de tal naturaleza y compromete de tal manera la totalidad de la feminidad y masculinidad de los esposos que solo puede tener lugar entre un solo varón y una sola mujer. Es una propiedad esencial del matrimonio. Esa ‘unidad de dos’ es, además, ‘indisoluble’ (para

²³⁰ HERVADA, Javier, *op. cit.*, p. 578.

²³¹ HERVADA, Javier, *Ibidem*.

siempre). La comunión conyugal, una vez que esta se ha constituido, ya no se puede disolver. No está en la voluntad de los cónyuges poder romper al vínculo conyugal que han contraído. En este sentido se dice que el matrimonio es intrínsecamente indisoluble”²³².

En otra línea, el conocido filósofo alemán Hegel no excluía la disolubilidad del matrimonio, aunque rechazaba que fuera disuelto de modo arbitrario —lo que aporta alguna luz para valorar el *statu quo* normativo en España al respecto—. Tomaba en consideración el vínculo jurídico que une a los sujetos, lo que obligaba a que honrasen el derecho y a que reconozcan que el matrimonio contiene el momento del sentimiento. Por eso, consideraba que la unión no era absoluta, sino que contiene en sí la posibilidad de la disolución²³³.

Sin embargo, Sarmiento explica que la indisolubilidad no se puede entender como una condición extrínseca, yuxtapuesta al matrimonio, sino como propiedad y requisito indispensable de la donación matrimonial, opinión con la que concordamos²³⁴. Por eso se ha dicho que la comprensión de los fines iba a ser de fundamental importancia para llegar a las propiedades del matrimonio, dada la intrínseca vinculación entre ellos.

Como consecuencia, puede afirmarse que la indisolubilidad va a ser un elemento esencial —o no— en función de lo que se entienda por esencia del matrimonio. A esto se hará referencia más adelante, cuando se trate de la afectividad —o el principio del afecto—, que actualmente impregna los debates en el derecho de familia.

Presentando la cuestión, baste ahora decir que, para una ideología muy extendida en nuestros días, el matrimonio sería tan solo la comunidad de vida y amor, basado en el afecto, de modo que, si este se acaba, se acabaría con él el matrimonio. Por el contrario, tradicionalmente, lejos de una concepción simplista

²³² SARMIENTO, Augusto. *La espiritualidad matrimonial*, Instituto de Ciencias para la Familia. Universidad de Navarra, 2008, p.93.

²³³ HEGEL, G. *Grundlinien des Philosophie des Rechts*, §163, añadido, p. 347; también, D’AGOSTINO, Francesco. *Filosofía de la familia*, cit., p.40.

²³⁴ SARMIENTO, Augusto. *La espiritualidad matrimonial*, cit., p.93.

del instituto, se había rechazado aquella visión, en cuanto se partía de que el matrimonio desarrolla una comunidad de vida y de amor, pero su esencia no se reduce a ella. Por tanto, no acaba de modo tan simple.

Esta investigación también se ocupará de la cuestión de la afectividad y de la manera como ha sido utilizada para distorsionar la realidad del matrimonio. Por ahora, sirva afirmar que el matrimonio no es solo un “capricho afectivo” de las personas, sino que es mucho más que eso. Hay que subrayar que la unidad indisoluble del matrimonio es fundamental para que se realice su doble finalidad: el bien de los esposos y, por supuesto, su dignidad y la procreación, educación y bien de la prole.

Como sintetiza Hervada, sobre la esencia del matrimonio: “El matrimonio, antes que ser, como es, unión en la actividad, en la vida y en el amor, es vínculo jurídico en el ser, es unidad en las naturalezas”²³⁵.

Frente a la afirmación anterior, es claro que algunas ideologías modernas han pretendido “revolucionar” y “redescubrir” la sociedad, distorsionando y desnaturalizando —como piezas esenciales de esta— el propio matrimonio y la familia. Con ese deseo, han promovido cambios legislativos en los distintos países —Brasil y España son ejemplo de esto—, apoyados en grandes falacias.

A modo de conclusión de esta parte de la investigación, el matrimonio se presenta jurídicamente como un pacto de derecho natural, una institución enraizada en la naturaleza humana, con algunos aspectos regulados por la ley. Con gran precisión lo expresó el profesor Hervada con estas palabras: “se trata de una institución perteneciente a la naturaleza humana, y, en concreto, tres cosas: que el matrimonio no tiene su origen en la inventiva humana; que es de derecho natural; que es la forma humana del desarrollo completo de la sexualidad”²³⁶. De igual modo, concluyó Llano Cifuentes: “El Matrimonio, en sus características y

²³⁵HERVADA, Javier. *Una caro. Escritos sobre el matrimonio*, cit., p. 578.

²³⁶HERVADA, Javier. *Una caro. Escritos sobre el matrimonio*, cit., p.607.

propiedades esenciales, es una institución de Derecho Natural y tiene, por ende, en este sentido, una estructura inmutable”²³⁷.

Una vez expuesto y justificado lo que realmente debe entenderse por matrimonio (su concepto, su esencia, sus fines y su naturaleza en el mundo jurídico), la investigación se ocupará ahora del análisis de la teoría *iusnaturalista* propuesta por John Finnis, de modo a una adecuada comprensión sobre la regulación del matrimonio por el Poder Estatal.

4. La teoría del *Iusnaturalismo* de John Finnis como fundamento para una regulación adecuada del matrimonio.

“La familia, como el amor, no se aprende precisamente en los libros de texto. Y la familia, como el amor, siempre es lo mismo. Así, por seguir con nuestro ejemplo, mientras el Estado es extraordinariamente complejo, la familia es una realidad muy simple e elemental. Mientras el Estado evoluciona continuamente a lo largo de la historia, la estructura medular de los lazos familiares es, de modo sorprendente, igual en su sustancia ahora que hace miles de años”²³⁸.

En primer lugar, conviene aclarar que, dado el objetivo central de esta Tesis Doctoral, lo que ahora vamos a analizar no pretende agotar las complejas cuestiones que sugiere el llamado *iusnaturalismo*; tampoco nos detendremos en las controversias entre este y el *iuspositivismo*. Al proponer este tema, tan solo intentaremos defender que, dada la naturaleza del matrimonio —descrita anteriormente—, la teoría del *iusnaturalismo*, tal como la propone el filósofo australiano John Finnis, fundamenta adecuadamente la protección de la familia constituida a través del matrimonio. Se presentarán para ello argumentos

²³⁷ LLANO CIFUENTE, Rafael. “A natureza jurídica do matrimônio à luz do novo código de direito canônico”.

<http://www.clerus.org/clerus/dati/2007-11/23-13/14NatJuridica.html>. Consultado el 01/09/2019.

²³⁸ VILADRICH, Pedro-Juan. ‘El reencuentro con el matrimonio natural’, en: *Agonía del matrimonio legal*, 5ª ed., Ediciones Universidad de Navarra, EUNSA, 2010, pp. 45-49.

convincentes, que serán utilizados más adelante, en la presente investigación, para cuestionar la intervención legislativa acerca de la constitución y disolución del matrimonio en los países objeto de análisis —Brasil y España—.

En primer lugar, es preciso aclarar que, siguiendo la tradición aristotélica-tomista, el derecho positivo y el derecho natural se coordinan y coexisten entre sí. Sin embargo, desde la edad moderna, el racionalismo, como ideología dominante, partía de que la razón aliada con la voluntad debía triunfar, separando así el derecho natural del concepto histórico y cultural, como si fuera posible suprimir el derecho natural.

Conviene destacar que, aunque el derecho positivo tenga su propia fuerza en cuanto se proyecta en la coercibilidad de la norma, de ninguna manera puede negar la ley natural, ni pretender regular en contra de ella. En otras palabras, el derecho positivo planteado no puede negar la legitimidad de los derechos que son immanentes a la propia condición humana.

En este sentido, las aportaciones de John Finnis, profesor en Oxford y Notre Dame, parten de la tradición clásica de la ley natural, enfatizando la importancia de los llamados “bienes básicos” para la plenitud y el florecimiento humano en sociedad.

Como apunta Hespanha acerca de las principales corrientes iusnaturalistas, históricamente se pueden delinear tres corrientes iusnaturalistas fundamentales — la cosmológica, la teológica y la racionalista—, que determinan, de manera diferente, el significado de “naturaleza” y de “natural”²³⁹.

Entre el desarrollo de cada una de estas corrientes en el derecho natural hay un gran espacio, según apunta Sales, en el Derecho brasileño:

“Hay una brecha que separa el derecho natural tradicional, de Platón, Aristóteles y Tomás de Aquino, del derecho natural moderno revolucionario, de Hobbes, Locke y Rousseau. El

²³⁹ HESPANHA, Antonio Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um milênio*, Coimbra, Almedina, 2012.

iusnaturalismo se convierte en *iusracionalismo*, y la naturaleza ya no es un orden cósmico del que emana normatividad, sino lo que deriva de la razón humana²⁴⁰.

La teoría adoptada por Finnis en su obra *Los derechos naturales y las leyes naturales*²⁴¹ presenta una visión moderna del *iusnaturalismo*, proponiendo un *iusnaturalismo* racionalista, basado en la razonabilidad práctica. La naturaleza humana, según la teoría de Finnis, comienza a ser vista como inmanente y racional; hecho este incuestionable para cualquier ley, que, por el contrario, deberá respetar la naturaleza racional y responder a los preceptos de moral y justicia. El hombre, como ser eminentemente racional que es, busca la razón de ser de todas las cosas, sin someterse pasivamente al derecho positivado por la norma, si esta no tiene un fundamento ético²⁴².

Así, las relaciones humanas intersubjetivas se guían por varios valores que siempre estarán orientados al bien común de todos; y la ley planteada no puede cuestionarlos, sino que debe basarse en aquellos valores. El derecho, por lo tanto, va más allá de la ley planteada y debe obedecer a la búsqueda del bien común. En este sentido, y de manera complementaria, el derecho natural no sería incompatible con el derecho positivo, sino que, por el contrario, son aspectos que se complementan.

Sin embargo, en la teoría de Finnis, corresponde al derecho natural revigorizado, valorar si las leyes positivadas son leyes justas o injustas, lo que deberá hacerse de acuerdo con los llamados “bienes básicos” que desarrollan el ser humano, siempre basados en la búsqueda del bien común para todos. Los referidos bienes básicos, fundamentados en los valores que inspiran las relaciones intersubjetivas, son bienes incuestionables y evidentes desde el punto de vista de la razonabilidad práctica, que pueden explicarse y fundamentarse. Son siete los bienes básicos incuestionables y obvios, según la teoría de John Finnis: 1- vida; 2-

²⁴⁰ SALES PINHEIRO, Victor; BORGES SOUZA, Elden. “A fundamentação ética dos direitos humanos em John Finnis”, *Revista de direitos Humanos e Democracia*, Editora, UNIJUÍ, ano 4, N. 7, Jan/Jun 2016, pp. 65-83.

²⁴¹ FINNIS, John. *Natural law and natural rights*, 2º ed., Clarendon Law series, Versión Ebook.

²⁴² NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1996, p.157.

conocimiento; 3- juego (ocio); 4- amistad (sociabilidad); 5- religión; 6- experiencia estética; 7- razonabilidad práctica²⁴³.

El matrimonio se inserta en el primero de los bienes básicos: la vida. Es a través del propio matrimonio como se da la perpetuación de la especie humana y la fundación de nuevas familias, además de tener, entre sus finalidades esenciales, la apertura a la fecundidad o a la procreación y a la educación de los hijos. Como hemos visto anteriormente, el matrimonio deriva, ante todo, de una inclinación natural del hombre dirigida a la vida en sociedad y para servir a la familia como base.

La teoría de Finnis aplicada al matrimonio parte de un concepto antropológico basado, entre otras características, en la heterosexualidad, realmente importante para la sociedad, puesto que solamente esta podrá atender al florecimiento humano, a la generación de nuevas vidas. El matrimonio está destinado a cumplir sus propios fines, como la procreación y el establecimiento de lazos sólidos, permanentes e indisolubles, que protejan a la familia constituida, así como a la descendencia que derive de ella.

Al explicar tales fundamentos, Finnis apunta lo siguiente:

“El matrimonio es racional y natural, principalmente porque es la institución que físicamente, biológicamente, emocionalmente y en todos los otros sentidos prácticos es peculiarmente apto para promover adecuadamente la reproducción de la pareja a través de la generación, crianza y educación de la prole en último análisis”²⁴⁴.

No solo Finnis analiza la importancia del matrimonio como hemos indicado anteriormente. También la doctrina de Sto. Tomás de Aquino es explicada, entre otros, por Naha, quien, en un pasaje precioso —digno de ser transcrito—, describe

²⁴³ FINNIS, John. *Natural law and natural rights*, cit.

²⁴⁴ Marriage is rational and natural primarily because it is the institution which physically, biologically, emotionally, and in every other practical way is peculiarly apt to promote suitably the reproduction of the couple by the generation, nurture, and education of ultimately mature offspring. FINNIS, John. “Marriage: a basic and exigent good”, *The Monist*, nº 91, 2008, pp. 388-406.

cómo aquel defiende la importancia del matrimonio como un medio apropiado para la institución de un bien humano básico:

“Aquí Aquino establece la razón cristiana básica para el matrimonio. Es del interés de la prole que la pareja continúe viviendo junta, después del nacimiento de sus hijos para proporcionarles las condiciones básicas para su supervivencia, tales como la alimentación y la educación. Él dice: En la especie humana, es preciso dedicar una pequeña cantidad de tiempo para criar a los hijos durante un largo período de vida. Por lo tanto, dado que entre todos los animales es necesario que el macho y la hembra permanezcan juntos por el tiempo que la permanencia del padre sea necesaria para el crecimiento de la prole, es natural en el ser humano que el hombre establezca una larga asociación con una mujer en particular, durante un período de tiempo que no sea corto. Llamamos a esta sociedad matrimonio. Por consiguiente, el matrimonio es natural para los hombres, y el desempeño promiscuo del acto sexual, fuera del matrimonio, es contrario al bien del hombre y, por ello, debe ser un pecado”²⁴⁵.

Solo esta familia atendería al bien común pretendido por todos en la sociedad y por la sociedad misma —y por el Derecho que la regula—. Este valor sería un criterio básico para buscar la verdadera justicia.

La afirmación anterior se vuelve importante, en la medida en que, al intentar negar tales propiedades naturales del matrimonio, se confunde la comprensión de su real significado, así como, de lo que puede o no regularse al respecto.

En el Derecho portugués, Lobo Xavier ya llamó la atención sobre esta cuestión, al afirmar que:

“...Quien considere a la Familia como una realidad natural, preexistente al Estado y al derecho positivo tiene en cuenta la realidad antropológica subyacente y no puede dejar de aceptar

²⁴⁵ NAHRA, Cinara. “Os novos filósofos da lei natural e a visão cristã da homossexualidade”, *Bagoas-Estudos gays: gêneros e sexualidades*. Vol. 1, n. 01, Rio Grande do Norte. Disponible en: <http://www.cchla.ufrn.br/bagoas/v01n01art05_nahra.pdf>. Consultado el 01/09/2019.

que existe una regulación intrínseca de la familia que es, en sí misma, jurídica. Puede, por lo tanto, afirmarse que el Derecho de Familia es tan antiguo como la propia familia²⁴⁶.

Por consiguiente, se entiende que, aunque el Estado pueda y deba regular algunos aspectos del matrimonio y de la familia, existen ciertos límites para esta regulación jurídica, y estos se refieren a la protección de la institución del matrimonio, antropológicamente entendido, en la medida en que el mismo es anterior al poder de legislar, anterior al Estado; y no habiendo sido inventado por este, tampoco puede ser violado por él alterando su esencia y perjudicando su comprensión.

Esto es así porque, como hemos visto a lo largo de este Capítulo, el matrimonio tiene una estructura y finalidad propias, las cuales no se pueden negar y, estas, no dependen de las normas jurídicas del derecho positivo que lo regulan. Sus propiedades intrínsecas están dirigidas a finalidades naturales.

Martínez de Aguirre Aldaz, en la doctrina española, también ya llamó la atención sobre estas caracteres naturales del matrimonio cuando señaló:

“Y la índole natural del matrimonio se comprende mejor cuando no se separa de la institución natural familiar. Si hay matrimonio es para la familia: que es unión y bien de los cónyuges, y apertura a la procreación y educación de los hijos. [...] Intentar negar esta índole natural de la unión sexual entre hombre y mujer sería también cerrar los ojos a una evidencia universal e histórica tanto personal como societaria que, a pesar de las dificultades, limitaciones y desviaciones, en sus líneas fundamentales trasciende ampliamente las diversidades socio-culturales”²⁴⁷.

En esta línea de pensamiento se sitúan, además del citado John Finnis, otros autores, como Germain Grisez o Robert P. George y Patrick Lee. Estos dos últimos

²⁴⁶ LOBO XAVIER, Rita. “O Público e o privado no Direito da família”, *Revista portuguesa de Filosofia*, n.º. 70, Portugal, 2014, p.660.

²⁴⁷ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, José Gabriel. *El matrimonio invertebrado, Evolución y crítica de la legislación matrimonial en España (1981-2011)*, Ediciones RIALP, España, Madrid, 2012, p.48/49.

autores tuvieron la oportunidad de expresarse sobre el matrimonio como comunidad de naturaleza integral, aunque poniendo de manifiesto que hay también normas imperativas que regulan el tema dada la esencia del instituto. A este respecto, destaca esta cita:

“[El] matrimonio es la comunidad formada por un hombre y una mujer que aceptan públicamente compartir toda su vida, en todos los niveles de su ser, incluyendo el corpóreo, en el tipo de relación que naturalmente se complementaría con la concepción conjunta, el cuidado y la crianza de los hijos (incluso si un matrimonio u otro no da lugar a hijos) [y que], por su propia naturaleza exige normas de exclusividad y permanencia²⁴⁸.

Y en este aspecto, la indisolubilidad de este vínculo se justifica principalmente en aras a la educación y el bien de los hijos, permitiendo que, estos, como seres humanos, puedan desarrollar ampliamente sus necesidades y capacidades —como ya se ha apuntado anteriormente—.

En el Derecho italiano, D`Agostino ya había destacado la relevancia del *iusnaturalismo* racionalista ante la esencia natural de la familia constituida a través del matrimonio:

“Esta apelación al carácter natural de la familia, a su intrínseca anterioridad respecto al Estado y a cualquier otra comunidad, no constituye, por tanto, una puntualización erudita, ni un residuo de anticuadas perspectivas iusnaturalistas. Representa la expresión de una convicción profunda: la fraternidad (y, como consecuencia, la paz) son los valores primordiales de la humanidad, que descubren precisamente en la familia —en cuanto comunidad natural— su ámbito originario...²⁴⁹.

²⁴⁸ GEORGE, Robert P. y LEE, Patrick. *Conjugal Union: what marriage is and why it matters*, New York: Cambridge University Press, 2014, p.9

²⁴⁹ D`AGOSTINO, Francesco. *Filosofía de la Familia*, Instituto de Ciencias para la Familia, Universidad de Navarra, Madrid, Ediciones RIALP, 2006, p.31. En el mismo sentido véase: KOJEVE, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, París, 1981, p.483 ss.

Frente a este planteamiento, el positivismo jurídico se encargó de elaborar un concepto abstracto de matrimonio, desconectado de su fundamento antropológico. La gran cuestión es que, como resultado, los manuales jurídicos generalmente llegaron a presentar conceptos de matrimonio no relacionados con el modelo antropológico original. Como explica Viladrich: “Se trata de un desajuste entre el texto abstracto y el significado vital”²⁵⁰.

Se puede decir que el concepto y la naturaleza del matrimonio no están definidos por la norma jurídica, sino por su propio significado. Y precisamente por esta razón se afirma que la familia es la base de la sociedad, ya que el matrimonio es la institución principal que recibe y desarrolla los nuevos miembros de aquella. En palabras de Hervada: “los rasgos esenciales y nucleares del matrimonio vienen dados por la misma naturaleza y el resultado natural”²⁵¹.

Por lo tanto, cuando el Estado regula otras formas convivenciales calificándolas como “familiares”, ajenas a la naturaleza del matrimonio y de la familia aquí descrita, en realidad los están descalificando; e incluso los vacía de contenido cuando legisla faltando de respeto a los aspectos intrínsecos de la institución. Siguiendo el mismo pensamiento en el Derecho brasileño, Sales y Riker señalan que:

“Sin embargo, hay grupos que efectivamente no quieren formar el tipo de comunidad integral que es el matrimonio. En este sentido, consolidar jurídicamente a las comunidades no integrales bajo los auspicios del matrimonio es una actitud derivada del desconocimiento analítico de la realidad conyugal, en la mejor de las hipótesis o, deliberadamente falaz, en la peor de ellas. [...]

No es posible instituir un matrimonio homo-afectivo o poli-amoroso sin redefinir públicamente lo que significa “matrimonio”²⁵².

²⁵⁰ VILADRICH, Pedro-Juan. *El modelo antropológico del matrimonio*, cit., p.13.

²⁵¹ HERVADA, Javier. *Una caro. Escritos sobre el matrimonio*, cit., p.429.

²⁵² SALES PINHEIRO, Victor y RIKER, Dienny Estefhani M. B., “A racionalidade do casamento como comunidade integral diante da ética emotivista moderna”, *Arquivo Jurídico*, V3, N.2, Jul-

Por consiguiente, lo que actualmente se está difundiendo es una verdadera negación de la cabal comprensión de los fundamentos del matrimonio, con el fin de expandir su concepto, lo que ha llevado a oscurecer su realidad, además de confundir y deconstruir su propia naturaleza. D'Agostino llega a decir que “la normatividad del derecho se constituye desde lo ‘familiar’”²⁵³.

La anterioridad de la familia y del matrimonio en relación con el Derecho es reconocida por la doctrina jurídica en varios países —como hemos señalado en esta investigación—. Además de la doctrina española, también en Portugal, Lobo Xavier se ha posicionado sobre el tema:

“En este contexto, es imperativo tener en cuenta que la Familia es una institución natural, anterior a cualquier organización política o jurídica: no es el mero producto de una cultura, simplemente el resultado de una evolución, una forma de vida puramente comunitaria vinculada a una cierta organización social en un momento histórico determinado. La familia y las relaciones familiares son realidades intrínsecamente jurídicas. Solo es posible comprender la juridicidad constitutiva o intrínseca de la familia, comenzando por aceptar la dimensión normativa de la propia naturaleza humana. El ser humano tiene su propia naturaleza, que debe respetar y ‘no puede manipular como le plazca’, ya que el ser humano no se crea a sí mismo. La naturaleza humana tiene una dimensión normativa (de venir a ser), en el sentido de incluir un principio de orientación para el bien del ser humano, su realización como persona, también en el contexto de las relaciones familiares”²⁵⁴.

Sobre la preexistencia del matrimonio al ordenamiento jurídico ya apuntamos en el presente apartado las palabras aclaradoras de Hervada, con lo cual estamos de acuerdo en la presente Tesis Doctoral, considerando la preexistencia

Dez/2016, Brasil, Terezina, p.62.

²⁵³ D'AGOSTINO, Francesco. *Filosofía de la Familia*, cit., p.112.

²⁵⁴ LOBO XAVIER, Rita. “*O Público e o privado no direito da família*”, cit., pp.678-679. En el mismo sentido del derecho español: HERVADA, Javier. *¿Qué es el derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico, Una introducción al Derecho*, Pamplona, Ediciones RIALP, EUNSA, 2002, p.252.

incuestionable del matrimonio a cualquier manera de legalización. Por eso incluyo si ha optado por iniciar con un Capítulo que trataba de confirmar lo que ahora continuase a defender.

Burgos, citando a Leclercq, también ha tenido la oportunidad de afirmar que:

“Respecto a la familia, afirma Leclercq, se da un acuerdo universal del género humano que se explica por el mismo carácter de la institución familiar. No hay institución más cercana a la naturaleza. Sociedad simple, apoyada de manera muy inmediata en ciertos instintos primordiales, la familia nace espontáneamente del mero desarrollo de la vida humana”²⁵⁵.

Entonces se puede decir que el matrimonio funda la familia y la familia enriquece el matrimonio²⁵⁶.

Sin embargo, una vez más se insiste en que la tesis del derecho natural no contempla otras formas de convivencia, en la medida en que entiende que la protección del matrimonio se produce por su propia esencia y destino para el bien común en la sociedad; características estas que no estarían presentes en todos los tipos de convivencia experimentados en la sociedad. Parece que hoy existe un cierto acuerdo erróneo de que la única diferencia entre las uniones estables *de facto* y el matrimonio estaría en las formalidades requeridas para la celebración del segundo. Ciertamente, tal punto de vista es una distorsión de la realidad. Como ya hemos visto, el matrimonio no se limita a su legalidad, ni tampoco a las normas que lo formalizan.

Y sobre el tema ha tratado de explicar en el mismo sentido Viladrich:

²⁵⁵ BURGOS, Juan Manuel. “¿Es la familia una institución natural?”, *Cuadernos de bioética*, XVI, 2005/ 3ª, pp.359-374.

²⁵⁶ SALES PINHEIRO, Victor; RIKER, Dienny Estefhani M.B., *A racionalidade do casamento como comunidade integral diante da ética emotivista moderna*, cit., pp.47-68.

“Formalismo y legalidad son hoy dos grandes cortinas de humo que dificultan extraordinariamente la percepción de la verdadera naturaleza de la alianza matrimonial o pacto conyugal. [...]

La cuestión es de la máxima importancia, porque en ella se juega la distinción entre substancia y forma, entre realidad natural del matrimonio y apariencias legales, entre el ser matrimonio verdadero y el parecerlo con la ayuda de la legalidad. Esta confusión es demasiado frecuente en nuestros días”²⁵⁷.

Esta confusión entre la realidad de lo que es el matrimonio y su forma legal oscurece la verdadera naturaleza del instituto. Por lo tanto, el legislador puede y debe regular el matrimonio, puesto que es de fundamental importancia en la esfera social para el bien común, pero sin olvidar que los límites de la regulación vienen dados por la propia naturaleza de esa unión.

En la misma línea, en otro pasaje acerca del tema, concluye Viladrich:

“...Pero ni tales personas, ni el legislador que los amparase, pueden cambiar la realidad natural de las cosas. Si lo intentan, habrá ‘matrimonios legales’ que no serán, sin embargo, *matrimonios reales y naturales*. [...]

Como resultado, se difumina el sentido natural y estricto del matrimonio, y se termina integrando bajo el nombre puramente legal de matrimonio toda una serie de fórmulas sexuales cuyo único denominador común reside en que las partes han ‘pasado ante el juez’, el matrimonio queda convertido en una palabra que no significa otra cosa que ‘una formalidad legal y social convencional’ carente de contenido preciso, concreto y estricto.

A este estado de las cosas lo he calificado como agonía del matrimonio legal”²⁵⁸.

²⁵⁷ VILADRICH, Pedro-Juan. *Agonía del matrimonio legal, cit.*, pp.119-120.

²⁵⁸ VILADRICH, Pedro-Juan. *Agonía del matrimonio legal, cit.*, pp.123-124.

En el Derecho portugués, Lobo Xavier, cita a Bigotte Chorão (defensor de una concepción del derecho llamado iusnaturalismo realista, de naturaleza fuertemente personalista) cuando este argumenta:

“El orden jurídico es una unidad constituida por un núcleo natural (derechos naturales de la persona, normas de derecho natural) y, subordinada y complementada, por elementos positivos (derechos positivos, normas de derecho positivo), derivados, el primero, de la ‘naturaleza de las cosas’ y, en primer lugar, de la naturaleza humana (condición personal del hombre), y, los segundos, a su vez, de determinaciones humanas históricamente establecidas. Por lo tanto, todos los derechos tienen su fundamento último y presupuesto necesario en la naturaleza de la persona humana, que representa, por eso, el soporte —natural— del ordenamiento jurídico”²⁵⁹.

En este sentido, y considerando todo lo que ya se ha discutido sobre el instituto, no se puede afirmar que el matrimonio sea algo exclusivo de dos personas; he aquí el hecho de que estas se amen y se quieran, que es algo diferente del reconocimiento social de la relación, lo cual constituye la realidad jurídica del matrimonio. Debe hacerse una distinción entre el “hecho en sí” y el “hecho debidamente reconocido”²⁶⁰. Del mismo modo, el jurista Navarro-Valls²⁶¹ ya había adelantado que no todo en el matrimonio es derecho y, por otro lado, tampoco se puede pensar en eliminar del matrimonio toda regulación jurídica.

Uno no puede ir de un extremo a otro, como hemos observado constantemente en términos legislativos hoy en día. He aquí que no se puede

²⁵⁹ LOBO XAVIER, Rita. “*O Público e o privado no direito da família*”, cit., p. 677; también, vid. BIGOTTE CHORÃO, Mário Emilio F. “Memória de uma experiência pedagógica (apontamentos de lições propedêuticas sobre o conceito de Direito)”, en: *Direito e Justiça, Verdade, Pessoa humana e Ordem Político-Jurídica*, Colóquio Internacional em Homenagem a Mário Emilio Forte Bigotte Chorão, volume especial, Lisboa, Editora da Universidade Católica, 2008, pp.249-316.

²⁶⁰ CHOZA, Jacinto. *Antropología de la Sexualidad*, Madrid, Ediciones RIALP, 1991.

²⁶¹ NAVARRO-VALLS, Rafael. “Matrimonio y Derecho”, en GARCÍA CANTERO, Gabriel y otros, *El matrimonio: ¿contrato basura o bien social?*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2008, pp.55-71.

pretender una concepción excesivamente privada del matrimonio, ni tampoco una visión excesivamente pública, ya que ambas serían igualmente insuficientes²⁶².

De lo anterior se puede deducir que es fundamental la exacta comprensión del Derecho, que debe buscarse más allá de la legalidad de cualquier norma que regule el matrimonio y, por supuesto, evitando el vaciado de su esencia. No se puede caer en la falacia de que la juridicidad sea lo mismo que la legalidad, porque las expresiones pueden o no coincidir.

Vega Gutiérrez, utilizando las palabras de Bañares, llega a la misma conclusión:

“Y, en definitiva, el reconocimiento de determinados efectos jurídicos a una realidad es consecuencia del reconocimiento de sus valores específicos. ‘Por eso —advierte con razón Bañares— antes de reclamar equiparaciones en derecho, conviene pararse a considerar si los hechos —y su dimensión de justicia— son equiparables’. Porque al final, si cualquier relación entre dos personas cualesquiera es igual al matrimonio, esta palabra, y la institución que designa, se vuelve vacía y jurídica y moralmente inútil”²⁶³.

La preocupación del Estado por regular a la familia para organizarla ya fue advertida por Garrido de Palma cuando señaló que: “cuando el legislador se ha preocupado por la familia no ha sido para constatar las relaciones que la naturaleza ha creado, sino para organizarlas a fin de que constituyan el ideal de vida social que perseguía”²⁶⁴.

En la misma línea, Viladrich ya afirmó los límites de competencia por parte del Estado en cuanto a la protección de la familia:

“No es competencia del Estado definir la verdad, sino proteger eficazmente los derechos fundamentales, que son espacios de

²⁶² CARRERAS, Joan. *Casamento: Sexo, Festa e Direito*, cit.

²⁶³ VEGA GUTIÉRREZ, Ana María, *Políticas familiares en un mundo globalizado*, Navarra Gráfica Ediciones, Navarra, 2002, p.54

²⁶⁴ GARRIDO DE PALMA, Víctor. “La verdad sobre el matrimonio y la familia”, en GARCÍA CANTERO, Gabriel y otros, *El matrimonio: ¿contrato basura o bien social?*, cit., p.195.

libertad en los que cada ciudadano, en y por sí mismo, puede y debe hallar la verdad y realizarla en su vida. Es más competencia del Estado la protección de la libertad que la definición de la verdad”²⁶⁵.

Ciertamente, el Estado puede y debe lidiar con la formalización del matrimonio, imponiendo reglas que incluyen la validez del mismo. Así, Carreras, en relación a la posibilidad de que el Estado intervenga legislando sobre el matrimonio, para protegerlo y establecer ciertos criterios para la validez, apunta:

“Considerando que el matrimonio no es una realidad privada, ya que se constituye en una célula de la sociedad, esta última tiene el derecho de decir qué matrimonios pueden y no pueden celebrarse: en otras palabras, la sociedad tiene el derecho de establecer impedimentos e igualmente negarse a reconocer la validez de una unión que se haya desarrollado ilegítimamente y sin motivo, en rebeldía con respecto a la comunidad social”²⁶⁶.

Y conviene observar que estos límites estatales se basan en la anterioridad incuestionable del matrimonio en relación con el ordenamiento positivado por la norma así como en la naturaleza del vínculo creado con este.

En conclusión, debe reseñarse la tesis de Vega Gutiérrez:

“[...] Su primaria juridicidad es intrínseca: brota de su propia naturaleza, y no es una creación del Poder legislativo, ejecutivo o jurisdiccional; por el contrario, esa originaria dimensión de justicia se presenta como exigente, en la medida en que reclama ser reconocida y acogida sin manipulaciones por las normas jurídicas”²⁶⁷.

Blanco también reconoce que el vínculo entre los cónyuges es de Derecho natural, por lo que no está disponible y es independiente de la voluntad del hombre. Por lo tanto, no es tarea del Estado definir el matrimonio, sino solo garantizar los

²⁶⁵ VILADRICH, Pedro-Juan. *El modelo antropológico del matrimonio*, cit., p. 50.

²⁶⁶ CARRERAS, Joan. *Casamento: Sexo, Festa e Direito*, cit. p.130.

²⁶⁷ VEGA GUTIÉRREZ, Ana María. *Políticas familiares en un mundo globalizado*, cit., pp. 25-26.

efectos jurídicos del mismo. A este respecto señala:

“No es el matrimonio un ‘producto’ cultural, sociológico o legal, sino una realidad natural. No depende de la voluntad arbitraria, más o menos cambiante de los hombres y mujeres de cada periodo histórico. En efecto, no es resultado de condicionamientos sociológicos y, en última instancia, subjetivos, pues al pertenecer a la naturaleza humana, no cabe hablar de libre disposición, porque la persona no tiene esa libre disposición respecto a lo que es natural, porque ni es dueña ni puede disponer a título de dueño. Más aún, el vínculo que se origina es de derecho natural, solo la propia naturaleza lo puede disolver. [...]

Es decir, de la misma manera que el Estado no define qué es el hombre, la persona humana o la naturaleza —como hábitat que proteger—, pero sí los efectos que la acción de las personas o las cosas producen en ellos, no corresponde al Estado definir el matrimonio, sino tan solo organizar según criterios de justicia y equidad los diferentes efectos jurídicos del pluralismo de fenómenos sociales de convivencia, al mismo tiempo que se modere o se abstenga de definir, en cuanto Estado, la esencia de las realidades humanas naturales, como es la unión conyugal”²⁶⁸.

Del mismo modo, Navarro-Valls apunta que, dado que el matrimonio es una realidad natural, delicada y compleja, no todos los asuntos relativos al matrimonio pertenecen al campo del Derecho positivado por la ley y sería erróneo que el legislador pretendiera regular todo al respecto. Había manifestado anteriormente:

“Ante todo adelantamos un hecho evidente, que no siempre todos los juristas comparten: el matrimonio no solo es una realidad jurídica, también juegan en él datos muy diversos: filosóficos, sociológicos, teológicos, políticos, etc. [...] la incongruencia de

²⁶⁸ BLANCO, María. “La ecología del matrimonio” en GARCÍA CANTERO, Gabriel y otros, *El matrimonio: ¿contrato basura o bien social?*, cit., p.73-93, pp.76-77; En esta misma línea, VILADRICH, Pedro-Juan. “La definición del matrimonio”, en: *El matrimonio y su expresión canónica ante el III milenio: X Congreso Internacional de Derecho Canónico, Pamplona 2001*, p.228.

la pretensión estatal de penetrar en profundidad en la disciplina de una realidad natural. Es decir, la inidoneidad de tal realidad natural a una hetero-reglamentación, a un derecho tentacular que le prive de su originaria autonomía.

Puesto, pues en su exacto lugar la tendencia de los juristas a tener una visión enfermizamente reglamentaria, no conviene tampoco olvidar que el derecho matrimonial es un “derecho intermitente”: actúa primordialmente al principio y al final del matrimonio. En el intermedio tiende a enmudecer en una suerte de paz jurídica. Interviene vigorosamente para decirnos los requisitos que un matrimonio, para serlo, debe tener, la forma en que debe celebrarse, las normas a la que debe someterse²⁶⁹.

Por consiguiente, el Derecho matrimonial debe limitarse a un sistema que trate de formalizar la estructura jurídica del matrimonio, pero no puede “crear” acerca del mismo, especialmente en lo relativo a su esencia y su contenido, por resultar estos inherentes a la naturaleza humana.

En los próximos Capítulos de la presente Tesis Doctoral se profundizará en este punto de la intangibilidad de la esencia del matrimonio para el legislador. Para ello, se procederá a un análisis de las leyes vigentes en Brasil y España sobre la configuración y disolución del matrimonio. Leyes estas —lo adelantamos— que parecen ignorar unas enseñanzas de Hervada que condensan cuanto se ha dicho en este apartado sobre los límites del Estado al regular esta institución. A saber:

“La legislación positiva no da origen al matrimonio, ni de ella recibe la fuerza su dimensión jurídica. Los ‘sistemas matrimoniales’, o legislación positiva del matrimonio dentro de un ordenamiento jurídico concreto, se limitan a ser ‘sistemas de formalización’ de la estructura jurídica del matrimonio y de su celebración. En cuanto sistemas de formalización regulan y ordenan el matrimonio y el *ius connubi* de los contrayentes, incluso con requisitos *ad validitatem*, pero sin sobrepasar esos

²⁶⁹ NAVARRO-VALLS, Rafael. “Matrimonio y derecho”, en GARCÍA CANTERO, Gabriel y otros, *El matrimonio: ¿contrato basura o bien social?*, cit., p.55-71, pp. 57-58.

límites; esto es, formalizan, pero no crean el matrimonio ni su
juridicidad”²⁷⁰.

²⁷⁰ HERVADA, Javier. *Una caro. Escritos sobre el matrimonio, cit.*, pp.211-212.

**PARTE SEGUNDA - LA CRISIS DEL
MATRIMONIO Y LA NECESIDAD DE
RESCATAR LOS VERDADEROS
FUNDAMENTOS DE LA INTERVENCIÓN
ESTATAL**

Una vez analizado el instituto del matrimonio desde una perspectiva antropológica, conceptual y jurídica, es necesario ocuparse de la llamada "crisis social de la familia", o "crisis del matrimonio", al objeto de comprender la transición cultural que la sociedad moderna ha operado en ellos. Para conseguirlo, habremos de atender a las ideologías que han intentado y que, de alguna manera, han conseguido alterar significativamente las ideas consolidadas acerca de la familia y del matrimonio.

Tal análisis resulta de fundamental importancia para comprender qué subyace en las normas vigentes en los ordenamientos jurídicos de Brasil y de España sobre la materia. A la vez, esto permitirá —como veremos más adelante— determinar si estas normas regulan de modo adecuado el matrimonio o si es preciso repensarlas.

Al analizar la llamada “crisis” por la que atraviesa el matrimonio, no es difícil apreciar una enorme contradicción. Precisamente los grupos que atacaron ferozmente el matrimonio, llamándolo opresor, son los mismos que se han interesado por buscar que formas de convivencia distintas a las tradicionales pudieran acogerse bajo la terminología del “matrimonio” al objeto de que recibieran la misma protección estatal que aquel al que denominaban "instituto opresivo".

Así pues, después de describir la trayectoria histórica de regulación del matrimonio (Capítulo I), su significado y lo que aporta a la sociedad con sus funciones (Capítulo II), es el momento de ver cómo ciertas ideologías y transformaciones socioculturales intentan transformar el matrimonio en un concepto vacío y sin sentido.

Este es el contenido del Capítulo III. En ello será posible observar que en esta búsqueda desenfundada por banalizar el matrimonio es decisivo estudiar cómo el “principio del afecto” ha conducido a la (falaz) "premisa" de que para casarse o

estar casado basta la afectividad. Por consiguiente, el presente Capítulo también tratará de cuestionar el referido principio de afectividad para demostrar cómo este no puede servir de fundamento para la regulación jurídica del matrimonio bajo pena de vaciarlo de contenido y significado, banalizándolo, convirtiéndolo —como ya se indicado— en un “contrato basura”²⁷¹.

Después de profundizar en este punto, es que en el Capítulo IV se analizarán los fundamentos que, hoy como siempre, justifican la intervención del Estado en materia de matrimonio. En este sentido, se examinará qué tipo de familia interesa al legislador y el porqué de tal interés.

Finalmente, en esta segunda parte de la presente Tesis Doctoral, que incluye el III y IV Capítulos, precisamente en este se abordará la siguiente cuestión: ¿es la cabal intervención estatal en el matrimonio una manifestación de paternalismo estatal? Nos limitamos ahora a adelantar la respuesta negativa a esta pregunta, así como a dar cuenta de la razón: lo que realmente subyace en esa intervención pública no es otra que la función social del matrimonio —y de la familia que deriva de él—, de modo que la *ratio* fundante de su regulación es su contribución al bien común social (*ratio* esta que, en realidad, debe subyacer en toda ley).

²⁷¹ La expresión dio nombre a la obra colectiva, ya citada, titulada: *Matrimonio: ¿contrato basura o bien social?*, (AAVV, Editorial Aranzadi, Navarra, 2008).

CAPÍTULO III - RAÍCES HISTÓRICAS Y DOGMÁTICAS DE LA CRISIS DEL MATRIMONIO

“La nuestra es una época de crisis, de revisión de configuraciones precedentes de la idea matrimonio.

No es la primera, ni será la última época de crisis.

No obstante, debemos conocer bien las peculiaridades de este escenario crítico.

Las razones para ello son muchas”²⁷².

(Pedro-Juan Viladrich)

1. La hecatombe conceptual del matrimonio: raíces

Vivimos en constante movimiento. Comenzando con el propio planeta en el que habitamos, todo lo que nos rodea es dinámico. La historia de la humanidad y de la civilización constituye una prueba de esa dinamicidad.

La familia se presenta como la manifestación primaria de la agrupación social. Aunque se reconozca que el ser humano esté en un constante cambio y movimiento, debe admitirse que en toda época de su historia ciertos aspectos de convivencia social han estado siempre presentes. En este sentido, es una evidencia que la idea jurídica de familia está cambiando al compás del sistema político y

²⁷² VILADRICH, Pedro-Juan. *El modelo Antropológico del Matrimonio*, Instituto de Ciencias para la Familia, Universidad de Navarra, Madrid, Ediciones RIALP, 2001, p. 20.

social dominante, ya que refleja los anhelos, los valores y la cultura de la vida de un pueblo.

Como hemos visto en los Capítulos anteriores, la noción de familia es tan antigua como la de la sociedad. No obstante, como un fenómeno natural y social que es, la familia —y también la sociedad— han experimentado verdaderas revoluciones. Lo cual da lugar a que el matrimonio no haya permanecido incólume a todo esto. De hecho, la institución del matrimonio ha estado sufriendo duros ataques durante décadas.

No es que estas transformaciones sean buenas y deseadas en sí, sino que hay que observar qué transformaciones se han producido en la estructura de la familia occidental del último siglo y, a partir de ahí, sacar conclusiones.

No se pueden analizar las modificaciones sufridas en el seno familiar sin mencionar las alteraciones económicas, sociales, religiosas, sociológicas, y políticas por las cuales ha transitado toda la humanidad. Pero, como ha apuntado Altarejos Masota, desde una perspectiva sociológica, de todos los cambios que se producen en el mundo, ninguno supera en importancia a los que tienen lugar en nuestra vida privada, en el matrimonio y en la familia²⁷³.

Aunque se conserve el núcleo esencial de este grupo y a pesar de que ha sido frecuentemente atacado, resulta innegable que se han producido transformaciones notables desde la sociedad romana hasta la sociedad contemporánea: basta contemplar las redes sociales e internet... Como ya señaló Veiga, la pluralidad y multiculturalidad es seña de identidad de la sociedad actual, que recela de los consensos vitales. Esto porque “la apertura al mundo y en el mundo” —que la autora asocia a factores variados como “la movilidad, la inmigración, la desintegración de las fronteras, los nuevos centros de decisión política, o, en una expresión muy actual, la globalización de las interdependencias”—, ha generado “sociedades plurales, siendo la mayor parte de

²⁷³ ALTAREJOS MASOTA, Francisco. “Cambios y expectativas en la familia”, en BERNAL, Aurora (ed.), *La familia como ámbito educativo*, Instituto de Ciencias para la Familia, Universidad de Navarra, Madrid, Ediciones Rialp, 2009, p.17.

ellas incluso sociedades multiculturales”. A su juicio en estas nuestras (y nuevas) sociedades “ya no es posible el consenso sobre un modo o estilo de vida, si es que alguna vez fue deseable”²⁷⁴.

La familia, por supuesto, no es ajena a este proceso: son así tan heterogéneos los factores y numerosos los aspectos que han provocado el cambio de valores sociales que han afectado al núcleo más íntimo de la sociedad, es decir, a la familia.

Por lo tanto, resulta imprescindible que el desarrollo de una Tesis Doctoral que pretende estudiar el matrimonio y la familia incluya los factores que les han afectado, para comprender a qué punto “evolutivo” (o podríamos llamar más precisamente involutivo) se ha llegado y el porqué de los cambios legislativos producidos de manera tan generalizada —aunque nos centremos en España y Brasil—.

Como punto de partida e hito fundamental podríamos tomar la Revolución Francesa como referencia. Esto porque, sin duda alguna, ningún hecho histórico en la civilización moderna ha provocado más cambios con respecto a la forma de vivir de la población occidental. Es entonces cuando el Estado asume sobre sí mismo la tarea de regular los llamados impedimentos para contraer matrimonio, ya previstos anteriormente por el Derecho Canónico, así como otras materias relacionadas con la familia, las cuales, antes de la Revolución, eran establecidas y juzgadas por la Iglesia Católica y por el Tribunal Eclesiástico.

Perrot ha analizado los efectos a corto y largo plazo de la Revolución francesa en la vida en familia:

“El ámbito en el que se hace más evidente la invasión de la autoridad pública es el de la propia vida familiar. El matrimonio fue secularizado y la ceremonia, para ser legal, debía celebrarse en presencia de un funcionario municipal. En el Antiguo Régimen, el matrimonio consistía en el intercambio del “sí”, y el sacerdote solo desempeñaba el papel de testigo de este

²⁷⁴ VEIGA, Paula, “CIDADANIA. “Cambiante de um conceito e suas incidências político-constitucionais”. *BFD* 82 (2006), p.397.

consentimiento mutuo. Mediante el importante decreto del 20 de septiembre de 1792, un funcionario se encargaba del estado civil y también debía declarar a la pareja unida ante la ley. A partir de ese momento, la autoridad pública asumió una participación activa en la formación de la familia”²⁷⁵.

El cambio de paradigma del matrimonio y su control por parte del Estado se produjo con los ideales iluministas derivados del movimiento revolucionario burgués en Francia, que culminaron con la elaboración de la primera Constitución Francesa de 1791, la cual, en su artículo 7º, contemplaba el matrimonio como un contrato civil, que debía celebrarse ante el Estado. Asimismo, también sometió todos los asuntos relacionados a los Tribunales eclesiásticos, como estipula el artículo 5º de la misma ley. Hasta entonces, la sociedad entendía el matrimonio solo como un acto natural y sacramental, celebrado en presencia del sacerdote. La llamada “secularización del matrimonio” acabó vaciando el contenido familiar del matrimonio, fijando el centro de atención en su aspecto puramente legal²⁷⁶. Lo que supone ser el inicio de una trayectoria equivocada, porque pasa a tratar del matrimonio como no más que un simple contrato civil.

Pero, como es sabido, antropológicamente hablando, el matrimonio no es pura y simplemente la realización de un acto solemne, regulado por el Derecho, sino más bien el momento constitutivo de la familia. Y esta última, por supuesto, no puede reducirse a un mero hecho social que reciba la aprobación o un sello por parte del Estado.

Claro está que la Revolución Francesa —como un hito histórico impulsor de la secularización del matrimonio— no ha sido el único evento histórico responsable de tales cambios. De hecho, fue uno de los eventos precursores, pero no el único. Después de la Revolución Francesa se producen una serie de eventos

²⁷⁵ PERROT, Michelle. *História da vida privada, 4: Da Revolução Francesa à Primeira Guerra*, Traducción de Denise Bottmann y Bernardo Joffily, São Paulo, Companhia das Letras, 2009, pp.30-31.

²⁷⁶ “El sexo, la fiesta y el derecho son tres dimensiones separadas del matrimonio. La cultura moderna ha tratado de separar y automatizar tales dimensiones sin, sin embargo, suprimirlas y erradicarlas de la sociedad.” Conforme: CARRERAS, Joan, “Casamento: Sexo, Festa e Direito, *cit.*, p. 150.

que contribuyeron a arraigar nuevos valores, que se sumaron a la nueva visión contractual del matrimonio.

Por lo tanto, la Revolución actuó en el mundo occidental como la germinación o brote de un árbol que ha estado creciendo desde entonces, expandiéndose en troncos, hojas y frutos, a una velocidad cada vez mayor, lo que hizo cada vez más difícil controlar su crecimiento.

Otros movimientos sociales se sumaron a la Revolución burguesa de Francia, tales como el feminismo y, posteriormente, la ideología de género y la “revolución sexual” ligada al mayo del 68 francés, que han operado como verdaderos frutos del árbol que crecía desde la primera Constitución francesa de 1791, inicial responsable de la secularización del matrimonio.

En relación a este recorrido experimentado por la sociedad con el fin de desconfigurar el matrimonio como institución, aplicándole la teoría de los contratos, apunta el jurista español Carreras que “el derecho familiar occidental comenzó a ‘desfamiliarizar’ el matrimonio al convertirlo en un simple vínculo de naturaleza contractual” lo que no obligaría a los cónyuges más que en un contrato de arrendamiento. Y lo remata diciendo que: “mediante el divorcio, el contrato matrimonial sólo produciría lazos de naturaleza temporal”²⁷⁷.

Como ya ha sido objeto de estudio en el Capítulo anterior, el matrimonio va mucho más allá de un pacto o vínculo de naturaleza contractual. Sin embargo, esta mentalidad acabó debilitando esta institución milenaria y fundamental para la humanización de la sociedad y del propio hombre en sí mismo. Conviene recordar la definición del Concilio Vaticano II según la cual, el matrimonio es “la íntima comunidad de vida y de amor conyugal fundada en el pacto matrimonial”. El matrimonio, por lo tanto, no es un acto sino una realidad permanente²⁷⁸.

²⁷⁷ CARRERAS, Joan. *Casamento: Sexo, Festa e Direito, cit.*, p. 156.

²⁷⁸ CARRERAS, Joan. *Casamento: Sexo, Festa e Direito, cit.*, p.130.

En definitiva, debido a una sucesión de actos e ideologías que se sucedieron tras la Revolución Francesa, el matrimonio se vio fuertemente atacado, tambaleándose en su esencia, tal como muestra actualmente el escenario mundial.

Pues bien, es precisamente en la fase de transición, entre el siglo XIX y el mundo contemporáneo, cuando se desarrollan grandes movimientos filosóficos como el existencialismo, el relativismo y el positivismo lógico, influenciados por una cultura de la decepción, por la caída de valores morales y por la necesidad de rescatar a toda la sociedad de las destrucciones derivadas de las guerras²⁷⁹.

A partir de la Primera Guerra Mundial, las mujeres se vieron obligadas a ocupar puestos de trabajo hasta entonces reservados a los hombres, ya que muchos estaban a disposición de las tropas de los Estados. Con este incremento de las mujeres en la vida social, laboral y pública, se impusieron algunas reformas legislativas principalmente impulsadas por el comienzo del movimiento feminista, marcado por la lucha de los derechos de la mujer, especialmente por la posibilidad de votar.

Las reivindicaciones sufragistas comenzaron a finales del siglo XIX, con las mujeres inglesas. El comienzo del feminismo está así marcado por la reivindicación de un derecho fundamental, básico y evidente. No obstante, la historia nos muestra que este derecho solo fue socialmente asumido después de duras y largas reivindicaciones. Tal movimiento, que comenzó con el pleito sufragista, desencadenó un movimiento global por los derechos de la mujer, el feminismo. Después de la primera conquista, con el derecho al voto se reivindicaron otros derechos tales como autonomía económica, financiera, educación superior, plena capacidad jurídica, libre desempeño de cualquier profesión, acceso a la posiciones de poder en las esferas económicas y políticas hasta alcanzar la igualdad total con los hombres²⁸⁰.

²⁷⁹ VÁZQUEZ DE PRADA, Mercedes. *Historia de la familia contemporánea. Principales cambios en los siglos XIX y XX*, Instituto de Ciencias para la Familia, Universidad de Navarra, Madrid, Ediciones Rialp, 2008, pp.119-129.

²⁸⁰ Para profundizar en las diversas fases del movimiento feminista, véase: BURGOS, Juan Manuel. "Dos formas de afrontar la identidad sexual: personalismo e ideología de género", en Angela APARISI (ed.), *Persona y género*, Pamplona, Thomson Reuters-Aranzadi, 2011, pp. 405-421.

Ahora bien, junto a notables y justos avances, la emancipación femenina tuvo un impacto en las costumbres y valores de la sociedad y, con ello, se difundió, en las primeras décadas del siglo XX, un modelo de matrimonio conocido como “*companionate marriage*”. Sobre este nuevo modelo, Vázquez de Prada ha apuntado que “trataba de introducir un tipo de compañerismo sexual en la que la mutua adaptación y satisfacción de la pareja se transformó en una de las medidas principales de armonía”. Con la consecuencia de que —añade— los “conceptos básicos del modelo matrimonial de compañeros” serán “el amor y la posibilidad de elección”²⁸¹.

Fue así como la sociedad, después de asimilar socialmente el llamado ‘matrimonio por amor’, entró en la fase posmoderna, marcada por la consolidación de un sistema que solo se preocupa por los intereses meramente individuales, más que por el bien común y el interés colectivo que hasta entonces habían subyacido en el sistema matrimonial.

A seguir, el período entre las dos Guerras Mundiales estuvo marcado por muchas incertidumbres e inseguridades. Por lo tanto, se puede decir que en la década de los 20 la familia se mostró menos integrada, dada la preocupación excesiva por los intereses individuales y la diseminación del progreso en masa de las industrias.²⁸²

Además, dicha cultura individualista se consolida a través de un sistema capitalista, basado en la reciente revolución industrial que pasa a imponer un consumo de masa, efímero y compulsivo. Las consecuencias de tal sistema ideológico y de mercado acabaron impregnando el matrimonio, así como paso en otros sectores de la vida humana, donde se fueron incorporando propósitos egocéntricos, presididos por un excesivo individualismo. Tales propósitos, como se puede concluir, son absolutamente incompatibles con la verdadera noción de familia y matrimonio, ya estudiada en el Capítulo anterior.

²⁸¹ VÁZQUEZ DE PRADA, Mercedes. *Historia de la familia contemporánea. Principales cambios en los siglos XIX y XX, cit.*, pp.119-129.

²⁸² VÁZQUEZ DE PRADA, Mercedes. *Historia de la familia contemporánea. Principales cambios en los siglos XIX y XX, Ibídem.*

En este *modus vivendi*, a partir de ahí cada vez más globalizado, acelerado y frenético, los cuadros de depresión, el vaciamiento del sujeto, la compulsión y la violencia, crecieron, y mucho, fluyendo en todos los escenarios de la vida humana, incluso en la esfera más íntima de las personas, en sus relaciones dentro del hogar que, lamentablemente, se ha reflejado en el Derecho regulador de las relaciones familiares²⁸³.

Un cierto debilitamiento de la familia fue constatado por muchos sociólogos, basándose principalmente en razones tales como la disminución de la natalidad, el auge del movimiento feminista, la cultura individualista, la exacerbación de la libertad, y la educación obligatoria, entre otros²⁸⁴.

Es a partir de 1945, con el final de la Segunda Guerra Mundial, cuando en la mayoría de los países se consolida el régimen democrático de Derecho y con él un crecimiento económico sin precedentes.²⁸⁵ En estos años, que siguieron hasta la década de los 60, la familia basada en el matrimonio volvió a vivir tiempos áureos de valorización en el escenario mundial, culminando en el así llamado “*baby boom*”, caracterizado por el aumento de las tasas de matrimonios y natalidad²⁸⁶.

Así, desde la década de 1950 en adelante, se observa una revolución ideológica, nunca vista a lo largo de cinco mil años de civilización y, a partir de ella, se invierte la relación entre política y vida privada.

La década de los 60, en cambio, quedó marcada como un gran hecho histórico que quebraría el llamado “familismo” de manera extremadamente dura, cuyas marcas se encuentran presentes en la sociedad posmoderna de la actualidad. Fue en esta década cuando se sumaron los movimientos “hyppies” y de la llamada

²⁸³ Conforme al interesante estudio realizado por EDLER, Sandra, *Tempos Compulsivos*, Rio de Janeiro, Editora Casa da Palavra, 2017.

²⁸⁴ VÁZQUEZ DE PRADA, Mercedes. *Historia de la familia contemporánea. Principales cambios en los siglos XIX y XX*, *Ibidem*. Entre los mencionados sociólogos que se ha manifestado sobre la debilitación de la familia se puede citar a Augusto Comte. y a Tocqueville.

²⁸⁵ A excepción de Portugal, España y Brasil, que mantuvieron regímenes dictatoriales durante algún tiempo. Véase: VÁZQUEZ DE PRADA, Mercedes. *Historia de la familia contemporánea. Principales cambios en los siglos XIX y XX*, *cit.*, p.139 y ss.

²⁸⁶ VÁZQUEZ DE PRADA, Mercedes. *Historia de la familia contemporánea. Principales cambios en los siglos XIX y XX*, *cit.*, pp.119-129.

“revolución sexual”, que predicaban el sexo libre y sin compromiso. Al mismo tiempo, ya se puede ver una disminución considerable en las tasas de natalidad en Europa occidental.

De la década de los 60, con el mayo del 68 como epicentro y sus movimientos de contracultura, Vázquez de Prada destaca la “gran agitación política” reinante y, con ella, el “marcado carácter contracultural”, que apuntaba a “forjar nuevos estilos y formas de vida”. “Se trató —concluye— de un complejo movimiento: plural, reivindicativo, perturbador, deseoso de libertad total y de cambiar los conceptos fundamentales sobre la vida”²⁸⁷.

A su vez, en América hubo un gran movimiento estudiantil en los EEUU, que se fundamentó en los estudios de Herbert Marcuse, miembro de la escuela de Frankfurt, el cual reunió una síntesis de las teorías de Marx y Freud, destacando que la represión sexual estaba vinculada a la alienación económica y social. El movimiento universitario se difundió de tal manera que el 1968 fue un año decisivo para la revolución sexual²⁸⁸.

Todos estos protestos pugnaron por proclamar ‘el sexo’ —entendido como “amor libre”— comenzaría a tener entonces una función de puro placer, fruto de ese pensamiento hedonista, desvinculando ya no solo sexualidad y matrimonio —nunca ligados monolíticamente, claro está—, sino también sexualidad y procreación, y banalizando las relaciones sexuales, estimulando el uso de los métodos contraceptivos, especialmente el de la píldora anticonceptiva. Como apunta Vázquez de Prada, este movimiento contracultural “hizo de la libertad sexual y de la exaltación del ‘amor’ una nueva forma de entender la vida y la libertad”²⁸⁹: ahora se trata de una libertad entendida como ausencia total de compromiso. A este planteamiento, la orientación de una unión personal exclusiva,

²⁸⁷VÁZQUEZ DE PRADA, Mercedes. *Historia de la familia contemporánea. Principales cambios en los siglos XIX y XX, cit.*, pp. 161-162.

²⁸⁸ VÁZQUEZ DE PRADA, Mercedes. *Historia de la familia contemporánea. Principales cambios en los siglos XIX y XX, cit.*, pp.163-166.

²⁸⁹ VÁZQUEZ DE PRADA, Mercedes. *Historia de la familia contemporánea. Principales cambios en los siglos XIX y XX, cit.*, p.166. Advierte que este “amor libre” es un concepto “que nace en el medio libertario y anarquista de finales del XIX, entendido como igualdad y libertad para el hombre y la mujer en la relación afectiva y sexual”.

perpetua y destinada a la procreación resultaba totalmente ajena, y hasta la misma idea de cualquier vínculo —y más su estabilidad, y no digamos su indisolubilidad—

La historiadora brasileña Roudinesco, al comentar el papel del movimiento feminista en la transformación de la visión secular de la familia y del matrimonio, apunta:

“Basada durante siglos en la soberanía divina del padre, la familia occidental fue desafiada, en el siglo XVIII, por la irrupción del feminismo. Fue entonces cuando, con el advenimiento de la burguesía, que se convirtió en una célula biológica, se dio a la maternidad un lugar central”²⁹⁰.

Merece la pena observar que la herencia capital de estos movimientos ha sido, sin lugar a duda – una radicalización de la libertad. Fue durante el desarrollo de aquellos movimientos sociales, que ocultaban un existencialismo extremado, cuando surgieron varios ideales que comenzaron a cuestionar el concepto de familia y, por consiguiente, el concepto de matrimonio, incluso colocándolo como modelo de opresión del individuo, por lo que comenzaron a exigir una extensión de este modelo con el fin de “reajustar” el concepto de familia, incluyendo nuevas posibilidades nunca antes amparadas por el legislador.

Paralelamente a este escenario y particularmente en Francia y Alemania, el objetivo del Estado durante tales movimientos sociales fue la recuperación y el fortalecimiento de la Nación, para paliar los efectos terribles de las dos Guerras Mundiales: como bien apunta Ferry²⁹¹, cualquier bienestar para esta población vendría como consecuencia de la necesidad de reconstruir estos países. Así que se puede decir que las ideologías revolucionarias encontraron un terreno fértil y oportuno en un momento en que el Estado, en general, estaba preocupado por la reconstrucción y el fortalecimiento de las naciones, y no propiamente por los

²⁹⁰ ROUDINESCO, Elizabeth. “A família em desordem”, Trad.: TELLES, André, Rio de Janeiro, Ed.Zahar, 2003, p. XXX.

²⁹¹ FERRY, Luc. *Famílias, amo vocês: política e vida privada na época de globalização*, Traducción de BASTOS, Jorge, Rio de Janeiro, Objetiva, 2008, pp. 76-77.

individuos, quienes siguieron al margen de las prioridades estatales, anclados en los ideales del individualismo extremo.

Asociado a estos movimientos revolucionarios del 68, conviene también destacar el “neo feminismo”. Ahora, en la vertiente radical, este movimiento no luchaba por la igualdad, sino contra una llamada opresión que los hombres practicaban contra las mujeres en el sistema patriarcal.

Burgos analiza las diversas vertientes que asumió el feminismo desde el principio —cuando reivindicaba los derechos pares para las mujeres— hasta la vertiente marxista más radical —en el que se atacaba la masculinidad y al hombre, como agente opresor—, y concluye que esta segunda se convirtió en la bandera principal, en la que se sitúa la ideología de género. En la medida en que el hombre era un ser represor y “enemigo”, esta ideología —que ya no tiene nada que ver con el feminismo inicial— tiende a destruir la sexualidad porque, en la medida en que se ataca a la masculinidad, se ataca también a la feminidad. Y si no hay feminidad y masculinidad, tampoco hay sexualidad²⁹².

La sexualidad deja de ser entendida como elemento configurador de la identidad personal, para convertirse en un rasgo que se determina por el gusto, por la voluntad, por la moda, así como cualquier otro capricho, como si eso fuese posible. Así se conducen las premisas básicas de la ideología de género que acaban contradiciendo la naturaleza humana²⁹³.

Con respecto a la aparición de la ideología de género —movimiento que se entiende como el ápice de las teorías individualistas, narcisistas y hedonistas—, se manifestó Burgos al advertir la contradicción de estas premisas ideológicas:

²⁹² BURGOS, Juan Manuel. *Dos formas de afrontar la identidad sexual: personalismo e ideología de género*, cit., pp. 405-421.

²⁹³ “Es así como la deconstrucción del sexo, posterior a la deconstrucción de la masculinidad realizada por el feminismo radical, conduce a las premisas básicas de la ideología de género. El sexo, la sexualidad, deja de ser algo configurador de la identidad personal –varón, mujer- para convertirse en un rasgo determinable por la persona según sus gustos y cualidades.” *Vid.* BURGOS, Juan Manuel. “Dos formas de afrontar la identidad sexual: personalismo e ideología de género”, *Ibidem*.

“El concepto de naturaleza humana es uno de los bastiones en los que se apoya la ideología de género para fundamentar teórica y filosóficamente su propuesta. Si bien podría parecer, en principio, que justamente el concepto de naturaleza debería echar por tierra la posición de la ideología de género, en cuanto que la naturaleza muestra lo que es inmutable en las personas frente a la supuesta movilidad de la identidad sexual que postula la ideología de género, las cosas no son tan sencillas. El problema, en efecto, consiste en establecer qué entendemos exactamente por naturaleza humana y cuáles son las características o rasgos de esta naturaleza, cuestión ciertamente compleja.” [...]

“La naturaleza (*physis*), como su mismo nombre indica, se refiere al mundo de lo natural, es decir, de *lo no humano*: lo material, lo vegetal, lo animal. Y, justamente por ser no humano, es fijo, estable y definido. Está sujeto a las ‘leyes de la naturaleza’ y no cambia.” [...]

“La sexualidad, para la ideología de género, se sitúa en el nivel natural porque se es hombre o mujer como resultado de la genética y de los cromosomas. Pero, justamente por ello, este dato ‘natural’ no debe esclavizar al hombre si su parte cultural se siente a disgusto con ella. El hombre no está al servicio de la naturaleza, sino viceversa”²⁹⁴.

Así fue como el modelo tradicional de la familia, basado en el matrimonio, perdió su hegemonía social. Esta pérdida se fundamentó en la redefinición de la dignidad de la persona humana, entendida como la ausencia de límites externos que condicionaran la autonomía de cada cual. Como si la persona fuera solo una libertad que se auto-proyecta. Se hace un raciocinio inverso del correcto, donde la libertad pasa a ser el valor supremo y la dignidad aparece, de modo falaz, como consecuencia de aquella. Olvidan que la dignidad personal es primaria e inherente al hombre y que es la libertad la que deriva de la dignidad y no al contrario. Sobre

²⁹⁴ BURGOS, Juan Manuel. *Dos formas de afrontar la identidad sexual: personalismo e ideología de género*, *Ibídem*.

esta falacia de la libertad absoluta que se fue construyendo, conviene recordar lo apuntado por Carreras:

“El problema consiste en que la ‘persona’ no es una libertad que se auto-proyecta, sino que para llegar a un sujeto social es preciso recorrer un largo camino, evitando en primer lugar los problemas que pueden surgir en la difícil etapa intrauterina, pasando después por el largo período de la infancia y la adolescencia...Y en este trayecto, no son indiferentes los comportamientos de las personas más cercanas al niño...

El hombre y la mujer no son solo libertad: antes de poder ejercerla responsablemente necesitan recibir en patrimonio personal una serie de realidades que podemos llamar identidades y relaciones personales. Esas identidades preceden y posibilitan el uso de la libertad, porque es en atención a ellas como la persona se coloca como autora y señora de sus actos”²⁹⁵.

Evidentemente, esta revolución ideológica y conductual fue recibida inicialmente con cierta perplejidad, ignorando de las consecuencias desastrosas que conllevarían en la esfera social de las décadas siguientes.

En Brasil, en una conferencia pronunciada en 1969, en la ciudad de Curitiba, el abogado y famoso jurista brasileño Orlando Gomes señalaba que:

“Los tiempos actuales están marcados por signos visibles de un proceso revolucionario que socava los cimientos de la sociedad y erosiona sus valores tradicionales.

Esta patente revolución, llena de objeciones rápidas y desconcertantes, no puede dejar de afectar al Derecho, tanto en las soluciones que ofrece a los problemas de la vida individual y social del hombre, como en la formulación de conceptos y normas técnicas que se condensan en los institutos jurídicos”²⁹⁶.

²⁹⁵ CARRERAS, Joan. *Casamento: Sexo, Festa e Direito*, cit., p. 161.

²⁹⁶ GOMES, Orlando. “A função renovadora do direito”, *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, vol. 12, Curitiba, Brasil, 1969, p.40.

Los años 70 fueron testigos de la consolidación de los movimientos ideológicos y revolucionarios antes experimentados. Y en esta línea reactiva, Cooper anunciaba entonces que la familia estaba destinada a morir, que funcionaba como la institución de mayor represión y asfixia de la individualidad y, por lo tanto, estaba destinada a desaparecer de la sociedad²⁹⁷.

De hecho, gran parte de la revolución socialmente operada en el contexto familiar está relacionada con el papel de la mujer en la sociedad y la familia, tomando como ejemplo el descubrimiento y el uso de métodos anticonceptivos, desencadenando una planificación familiar y la disminución de la prole, la fecundación *in vitro*, la filiación disociada del matrimonio, el sexo por mero placer individual o, en otras palabras, la liberalización del sexo sin matrimonio, entre otros.

Pero, además de eso, hay que añadir la importancia que ha tenido la ideología de género, que se observa en todo el mundo y, como resultado, la promoción jurídica por parte de los Estados, con la promulgación de varias leyes sobre el tema, las cuales han traído consecuencias que parecen que sólo serán percibidas en el futuro.

Sobre la revolución y las posibles consecuencias causadas por la ideología de género se han manifestado en la doctrina española Prieto Álvarez y Sánchez Sáenz, en el mismo sentido que se ha propuesto en la presente Tesis Doctoral:

“Esta revolución apunta hacia un modelo de sociedad en la que, en materia de sexualidad, la autonomía del individuo no se encuentra limitada por nada... ni siquiera por la propia corporeidad [...]

Y es indubitable, además, que las raíces morales, que las tiene, de la ideología de género son claramente marxistas, esto es, de

²⁹⁷ COOPER, David. *A morte da família*” São Paulo, Brasil, Editora Martins Fontes, 1980. La obra original fue publicada por la primera vez en Inglaterra, en el año de 1974.

matriz materialista y centrada en la lucha entre sexos y del individuo contra su propio cuerpo”²⁹⁸.

Desde la percepción de las profundas consecuencias de la propagación de esta ideología, los medios de comunicación y la política comenzaron a difundir masivamente la idea de que la familia estaría corriendo un gran riesgo e, incluso, estaría en declive.

Pero esa falacia del declive, o muerte de la familia, fue sin duda, un artificio para que no se fijara la atención a otros verdaderos problemas causados, como ya ha sido subrayado por Vázquez de Prada: “Se ha destacado también que la amenaza del colapso de la familia es solo una cortina de humo para distraer la atención de los defectos y problemas estructurales de la sociedad”²⁹⁹.

La gran contradicción que se produce es que las relaciones afectivas no solo asumen nuevos contornos, sino que también, irónicamente, buscan en su totalidad la misma protección del tan “criticado” y “fatídico” matrimonio. Tratase de una gran ironía, además de una contradicción porque precisamente los mismos que dirigieron duras críticas al matrimonio pasaran a buscar el derecho a casarse (como si fuera lo mismo).

Es decir, se supera la errónea visión de las décadas anteriores de que este modelo es un ‘entorno de asfixia y opresión’, para convertirse en un ejemplo que debe ser alcanzado o conquistado por todos y debidamente sancionado por el Estado. Comienza entonces la búsqueda de reconocimiento por el Estado de las diversas formas de convivencia en la sociedad, cualesquiera que sean. A lo largo de las páginas que siguen intentaremos demostrar que tal pretensión no es razonable, ni sostenible.

²⁹⁸ PRIETO ÁLVAREZ, Tomás; SÁNCHEZ SÁENZ, Antonio José, “Ideología de género y libertad ideológica: Estudio crítico de las recientes leyes autonómicas sobre orientación e identidad sexual”, en PRIETO ÁLVAREZ, Tomás (ed.), *Acoso a la Familia. Del individualismo a la ideología de género*. Granada, Editorial Comares, 2016, p.171 y p. 173.

²⁹⁹ VÁZQUEZ DE PRADA, Mercedes. *Historia de la familia contemporánea. Principales cambios en los siglos XIX y XX*, cit., p.171.

Otra gran ironía es que el matrimonio pasa a representar un objeto de deseo y un derecho a ser reconocido para todas las formas de convivencia, incluso para los críticos, pero convirtiéndola en una reivindicación que subvierte la naturaleza y esencia del instituto.

Bajo argumentos y banderas tales como extensión de derechos, libertad, libre desarrollo de la personalidad y lucha contra las discriminaciones de cualquier origen, se reivindicó instituir jurídicamente el matrimonio homosexual, lo cual implica —insistimos— subvertir toda la concepción antropológica del matrimonio.

La cuestión de la intervención del Estado en las convivencias homosexuales y en los llamados matrimonios entre personas del mismo sexo será objeto de análisis en los siguientes Capítulos. Basta, pues, ahora un apunte conceptual sobre este supuesto matrimonio. En la línea de cuanto defendemos en esta Tesis Doctoral, Burgos considera que no es posible afirmar que las parejas homosexuales constituyan una forma familiar cuando viven juntos, y mucho menos un matrimonio. El siguiente texto, aunque extenso, merece ser transcrito, entre otras razones porque se redactó antes de la aprobación en España de la Ley 13/2005:

“Ya hemos visto que la familia se presenta de manera muy diversa según las culturas y lo que está sucediendo ahora en Europa es que el cambio cultural está generando nuevas estructuras familiares que, si bien son diversas de la familia occidental y, además, menos rentables desde un punto de vista antropológico y social, no por ello se les puede negar su carácter familiar. Los elementos clave que conforman la estructura familiar —conyugalidad, paternidad, maternidad, filiación— están ahí presentes de una manera decidida e inconfundible aunque en concreciones culturales diversas de la familia occidental.

Pero en la unión de homosexuales ninguno de esos elementos está presente.

El único factor decisivo en la conformación de esta unión es la *afectividad*. Ahora bien, ¿qué tiene que ver la mera afectividad indiferenciada con un matrimonio? Porque, advirtámoslo,

existen infinitas posibilidades de asociaciones afectivas. No suelo argumentar *ad absurdum* pero en esta situación parece inevitable [...].

Una cuestión muy diversa es que dos homosexuales deseen vivir juntos e incluso que deseen crear entre ellos algún tipo de pacto que regule su vida futura en caso de separación o de muerte de uno de ellos.

Esto puede tener sentido y, de hecho, es la modalidad que se ha adoptado en Francia para regular este tipo de uniones. Pero lo que no tiene sentido, desde un punto de vista conceptual, es que a este tipo de realidad pretenda llamársele matrimonio [...].

Y esto por la sencilla razón de que el matrimonio entre personas del mismo sexo es imposible. Cada uno es muy libre de hacer lo que quiera con su vida privada, pero las acciones humanas tienen unos contornos biológicos y antropológicos que no siempre se pueden modificar a voluntad. Yo puedo desear volar sin ninguna ayuda técnica pero esto es sencillamente imposible. Y no porque nadie me lo prohíba sino porque lo impide mi anatomía.

Pues algo similar sucede con las parejas homosexuales. Nunca podrán establecerse como matrimonio real porque son incapaces de crear una vida y, por tanto, de fundar las relaciones familiares básicas: maternidad, paternidad, filiación, fraternidad. No se trata, por tanto, de que no puedan formar matrimonio porque la sociedad se lo prohíbe sino porque son incapaces³⁰⁰.

Como subrayamos, los homosexuales pueden generar, y nadie les niega eso, una relación afectiva cualquiera que sea; pero algo muy distinto es que se pueda deformar la idea antropológica y multiseccular del instituto del matrimonio para atender a los intereses individuales y de unas minorías. La materia será tratada de modo más profundizado adelante.

³⁰⁰ BURGOS, Juan Manuel. “*Familia y formas familiares*”, En: www.personalismo.org, Consultado el 19/08/2018.

Por ahora, conviene aclarar que, en la presente investigación, no abordaremos cuestiones relacionadas con el “transgénero”, ya que excederían su objeto. Sin embargo, no hay duda de que esta pérdida de identidad y del sentido ontológico y natural del ser humano es también una consecuencia de los movimientos mencionados anteriormente, que terminan autorizando a que una autonomía personal sin límites determine el concepto y el contenido de las cosas — ¡también de la sexualidad de cada persona!—, como si esto fuera posible, o razonable...

Por consiguiente, lo que se observa principalmente en las décadas de posguerra es que, en nombre de una supuesta expansión de derechos, que nunca fueron y nunca serían absolutos, se intenta justificar unas reformas legislativas sobre conceptos históricos y sociales. Con ello, el movimiento individualista extremo intenta legitimar sus pretensiones en el ámbito del derecho de familia, desfigurándolo al objeto de dar cabida a pretensiones individuales ajenas a sus finalidades intrínsecas, pretensiones en ocasiones con consecuencias no inocuas en el entorno familiar colectivo e incluso en la propia sociedad. Olvidan que el matrimonio y la familia nunca fueron y nunca serán la mera suma de intereses individuales.

Con respecto a la transformación en el modelo legislativo operado en los últimos tiempos, Prieto Álvarez y Sánchez Sáenz expresaron sus puntos de vista al analizar la acogida de la ideología de género en las leyes autónomas españolas, comentarios que ahora se transcriben para evaluar el cambio legislativo en el Derecho de familia en su conjunto:

“Se trata de un ataque en toda regla al modelo histórico de la antropología del hombre, así conformado desde hace milenios según el modelo nacido de la filosofía griega y de la moral y escolástica Cristiana europeas, basado en el estudio de la realidad objetiva, que ahora con estas leyes quiere subvertirse de un modo radical, sobre las bases de un modernismo filosófico de raíz

kantiana y freudiana, cuyos caballos de batalla son el personalismo, el subjetivismo y el relativismo”³⁰¹.

El hecho es que estos últimos años la institución familiar ha entrado en una espiral de consecuencias aún desconocidas. En este sentido, la jurista española Vega Gutiérrez apunta que el mismo concepto de familia “está sufriendo, sin duda alguna, una de las transformaciones mayores de su historia”, hasta el punto de ser calificado este proceso como de “descomposición absoluta del modelo clásico o de agonía de la familia institucionalizada”. Esto sobre la base de que diversos “tipos de convivencia” reclaman para sí la calificación de “familia”, exigiendo “idéntica protección social, jurídica y económica”. La autora apunta al impulso de altas instituciones europeas a tal pretensión³⁰². Todo apuntando —añade— a “una progresiva deslegalización de la familia institucional, que va acompañada, en contrapartida, por una correlativa juridificación de las convivencias *more uxorio*”³⁰³.

Así es que, de hecho, el matrimonio ha sido trivializado, banalizado, en la sociedad contemporánea, en cuanto su contenido y significado han sido desdibujados: lo que se observa actualmente es exactamente un vaciamiento de su esencia y contenido. La continua ampliación de su concepto ha provocado, en efecto, lo que se puede llamar pérdida de identidad o desviación de su naturaleza propia. Carreras, en la misma línea, explica que “la cultura moderna y contemporánea transmitió al hombre de hoy una noción absolutamente ‘plana’ y pesimista del matrimonio”. En cuanto “la idea de ‘entrega de la persona’ brillaba absolutamente por su ausencia”, la consecuencia es que todo quedaba limitado “a

³⁰¹ PRIETO ÁLVAREZ, Tomás; SÁNCHEZ SÁENZ, Antonio José, *Ideología de género y libertad ideológica: Estudio crítico de las recientes leyes autonómicas sobre orientación e identidad sexual*, cit., p.198.

³⁰² “El propio Comité de Ministros del Consejo de Europa afirmó en 1994 que ‘las políticas familiares deberían tener en cuenta la pluralidad de estructuras familiares y sus necesidades específicas’. Desde entonces, el Parlamento Europeo ha aprobado sucesivas Resoluciones en las que recomienda a los países miembros de la Unión Europea que modifiquen su legislación para reconocer las relaciones no matrimoniales (también denominadas convivencias registradas) entre personas del mismo sexo o de sexo opuesto y para concederles los mismos derechos, e incluso se insta para lograr el reconocimiento recíproco en la Unión Europea del matrimonio legal entre personas del mismo sexo. Vid. VEGA GUTIERREZ, Ana María. *Las políticas familiares en un mundo globalizado*, Navarra, Gráfica Ediciones, 2002, pp. 30-32.

³⁰³ *Ídem*.

los moldes estrechos del contrato matrimonial, en el que lo que se cede son derechos y deberes relacionados con la sexualidad”³⁰⁴.

La antropología nos muestra que el establecimiento de los lazos familiares y del matrimonio implican esencialmente una donación total y recíproca, una estabilidad, una colectividad y un bien común y mayor, que involucra a la persona en todas sus dimensiones y en su integridad (corpórea, espiritual y física), características estas que son diametralmente opuestas a las propuestas por la cultura hedonista que prevalece en la actualidad. En base a esto, se podrá ver adelante que el matrimonio se ha convertido, vistas las reformas legislativas recientes, en un *vínculo fluido*, una *relación líquida*, recurriendo a la expresión típica del pensador, recientemente muerto, Zygmund Bauman³⁰⁵.

Pretendemos demostrar a lo largo de esta Tesis que este movimiento de banalización del matrimonio solo podrá revertirse —y es necesario y urgente hacerlo—, con una contracultura que rescate los valores y la esencia natural del instituto matrimonial, el cual exige amor; pero un amor integral, en el que ambos cónyuges se dan y se reciben en su totalidad. Y como apunta el filósofo brasileño Pondé, acerca del amor constructivo: “El amor depende de una cierta cantidad de madurez para resistir al estancamiento que trae un protocolo cotidiano como el nuestro”³⁰⁶. Y todo lo que la cultura contemporánea del *‘self’*, de lo efímero y de lo compulsivo, no instituyen es esta “cierta cantidad de madurez”, necesaria para la construcción de verdaderos lazos amorosos y familiares.

Por consiguiente, hemos sido testigos de una nueva relación de la política y, en particular, del Derecho con la vida privada y los intereses individuales. Al Derecho interesa la persona —cada individuo, con sus particulares intereses—, pero solo en su necesaria interdependencia social —es decir, la medida en que las relaciones interpersonales tengan alguna incidencia en la colectividad—. De ahí que se diga que la última *ratio* del Derecho es el bien común social. Lo que exceda

³⁰⁴ CARRERAS, Joan. *Casamento: Sexo, Festa e Direito*, cit., p. 129.

³⁰⁵ BAUMAN, Zygmund. *Amor Líquido. Sobre a fragilidade dos laços humanos*, Traducción de: MEDEIROS Carlos Alberto, Rio de Janeiro, Zahar, 2004.

³⁰⁶ PONDÉ, Luis Felipe. *Amor para corajosos*, São Paulo, Planeta do Brasil, 2017, p.49.

de este “marco” competencial y regulador no corresponde al Derecho. Insistimos en algo ya referido y que nos volverá a ocupar: los afectos/desafectos interpersonales privados no interesan al Derecho más allá de las sociales consecuencias (buenas o malas) que de ellos pudieran derivarse: en cuanto estas consecuencias sociales están presentes en la relación conyugal —evidentemente, por mor de la connatural progeñe—es por lo que el Derecho la regula y protege. Sin embargo, hoy parece que se han olvidado por completo los motivos por los que el Estado deba regular, fomentar y proteger la relación matrimonial: para que alcance las finalidades que solo ella tiene en la sociedad y en la humanización de las personas.

Y con este olvido, o con una especie de cortina de humo, actualmente se insiste en amparar un modelo de convivencia “como si fuera” matrimonial, que reciba la protección del Estado, incluso llegando a proclamarse un supuesto derecho fundamental absoluto y basado en la libertad individual, que debe reconocerse a todos sin distinciones, independientemente de cualesquiera características sexuales: una especie de “*ius connubi*” absoluto, además de desvirtuado.

Se ha buscado —y lamentablemente han conseguido— la sanción legal a estos modelos de vínculo, equiparándolos al verdadero matrimonio, como si una legalización de este género fuera capaz de redefinir la institución. Pero no olvidemos que no se llega a la familia únicamente con una inscripción en un registro o después de una convivencia prolongada. Es un error pensar que la simple técnica y publicidad de la forma resuelvan la cuestión.

Resulta evidente que la mera formalidad de inscribir o calificar como matrimonio a esas modalidades de convivencia no las convierten en tales. Porque el matrimonio no se confunde, como ya se ha apuntado a lo largo del estudio, con la mera formalidad, aun siendo esta importante. Interpretar de esta manera simplista el matrimonio significa trivializarlo, como si el mismo pudiera reducirse a un simple acto formal y solemne en el que se altera el estado civil de los cónyuges. Después de todo, los instrumentos técnicos y de registro pueden ser sustituidos unos por otros —o incluso podría prescindirse de ellos— y no se puede pensar en que

una institución antropológica y fundamental para la sociedad, como es el matrimonio, pueda ser reducida a tan poco.

En definitiva, esta cultura moderna y posmodernista ha provocado una creciente banalización del matrimonio, transformándolo en un *acto de la vida civil inconsistente*, pues los que constituían sus elementos realmente definidores se han visto postergados o excluidos:

- en primer lugar, el matrimonio acogido hoy en las legislaciones civiles no tiene *causa o finalidad* propia y específica (no es lo es, desde luego, el simple hecho de compartir la vida, sin otros deberes precisos, pues tal pacto es arbitrable por otras vías convencionales);
- en segundo lugar, carece de *objeto* (pues no obliga a nada en particular, la desatención a lo poco a que vincula carece de efectos —por ejemplo, la infidelidad—, se permite romper el vínculo sin alegar causa alguna y, en particular, se prescinde de la presencia potencial de los hijos como cualificante necesario);
- y, en tercer y último lugar, acorde con lo anterior, renuncia a determinar sus *sujetos* (al abandonar el objeto propio del vínculo, también lo hace de la complementariedad sexual de los contrayentes).

Pensamos que los que así entienden el matrimonio no conocen su esencia y naturaleza. Lo grave es que se ha creado un nuevo escenario mundial sin precedentes, que trae consigo una serie de consecuencias más allá de lo social, también jurídicas, las cuales, después de tanto tiempo y omisión, son difíciles de revertir. Es decir, vivimos un período del que Bañares dice que se producido un “oscurecimiento (...) de la verdad del origen”³⁰⁷, donde la presión cultural ha desfigurado el matrimonio y la familia.

³⁰⁷ BAÑARES, Juan Ignacio. “Persona y Sexualidad humanas, Verdad antropológica y dimensión de justicia”, *Ius Canonicum*, [S.I.], v.39, feb/2018, pp. 505-517. Disponible en: <https://www.unav.edu/publicaciones/revistas/index.php/ius-canonicum/article/view/15819> , Consultado el 28/09/2018. <http://dx.doi.org/10.15581/016.3.505-517>.

No puede, en este punto, dejar de llamarse la atención, en especial, de una circunstancia que se acaba de referir: la desnaturalización causada al instituto matrimonial trae consigo un modelo de matrimonio donde impera la inestabilidad.

Para percibir las confusiones sobre familia y matrimonio, típicas de la época en la que vivimos, conviene diferenciar dos dimensiones de la convivencia entre personas: 1º - que las personas se agrupen de diferentes formas, buscando una convivencia que realice proyectos y elecciones personales, intentando materializar así la ‘felicidad plena’; y 2º - que el Estado tenga que regular, de igual forma y con la misma nomenclatura, y prestándoles el mismo apoyo público, a todas esas formas de convivencia entre las personas, asegurándoles los mismos derechos y protección, por el simple hecho de que sean libres de decidir sobre sus destinos y sus relaciones interpersonales. Lo que queremos decir con esto es que la regulación y amparo por el Derecho del hecho natural matrimonial tiene como única razón de ser su especificidad relacional, su funcionalidad social, por ser cauce óptimo y privilegiado para el nacimiento y desenvolvimiento cabal de las personas. Es evidente que tanto el establecimiento de relaciones interpersonales como el hecho reproductivo puedan tener lugar sin institución jurídica alguna que los cobije; lo que ocurre es que *hay razones de bien común o colectivo* que aconsejan la institucionalización jurídica de esta singular relación humana orientada a la procreación y educación de los niños, y que goce de la razonable estabilidad que resulta necesaria para cumplir su misión. Otras relaciones que carezcan de esta funcionalidad y este carácter serán... ¡otra cosa!

Como enseña Prieto Álvarez, la persona puede establecer las relaciones que se le antojen, puede tener la identidad que quiera, puede dirigir su vida por los derroteros que crea conveniente —siempre que, con ello, no contraríe el ordenamiento jurídico—; pero otra cosa es que esto dé lugar a un derecho reconocido por el Estado³⁰⁸. Si este reconoce y regula expresamente el *ius connubi* es porque esta relación intersubjetiva tiene una peculiar finalidad —harto recordada en estas líneas— que la hace particularmente útil al bien común de la sociedad.

³⁰⁸ Le escuché este razonamiento en el transcurso de una ponencia que pronunció en la Universidad de Burgos en octubre de 2019.

Confundir, y más tratar igualitariamente, este específico derecho a fundar una familia mediante el matrimonio con otras opciones personales relacionales que se presentan amparadas —todo lo más— por una genérica libertad personal (o por la autonomía de la voluntad, diríamos en términos civilísticos) comporta una portentosa injusticia.

En realidad, la razón última que subyace en este desquiciamiento legal de una institución tan básica como es el matrimonio no se circunscribe al cabal entendimiento de este, sino que proyecta su inteligencia sobre todo el sistema jurídico: y es que corremos el riesgo de subvertir el propio sistema legal, desde el momento en que el vértice del tal sistema amenaza con trasladarse desde la dignidad humana a la autonomía personal. Así lo expresaban los profesores Prieto Álvarez y Sánchez Sáez al inicio de un trabajo que ya citamos:

“Puede afirmarse que el Derecho vive momentos convulsos... como también los vive —por los mismos motivos— la familia. Ocurre esto porque el eje central de tan excelsa disciplina, que en buena ley se situaba en las exigencias ontológicas del ser humano —que determinan su dignidad inalienable y unos derechos humanos objetivos que le son inherentes, a cuya promoción debe atender el poder público al dotar a la sociedad de unas normas—, se viene desplazando hacia la autonomía de las personas, entendida en clave radicalmente individualista, a la que en el momento actual se atribuye el mayor de los protagonismos en la inspiración y concreción de las normas jurídicas. Estas han dejado de orientarse al bien humano objetivo —lo que requiere realizar juicios de valor sobre las conductas más adecuadas a la dignidad humana— para perseguir la consecución de la mayor cota posible de libertad, entendida en clave absolutamente individualista; se trata de una libertad solo contorneada, si acaso, por el daño ajeno”³⁰⁹.

A lo que añaden los autores: “La sexualidad [y con ella, el matrimonio, claro está], quizá como ninguno otro ámbito humano, ha sido punta de lanza en este

³⁰⁹ Vid. *Ideología de género y libertad ideológica...*, cit., p. 163-164.

proceso de hipertrofia de la autonomía personal y de promoción del individualismo radical”³¹⁰.

En la misma línea, acerca de esta desfiguración del instituto del matrimonio, entendido exclusivamente al servicio del individuo y de sus intereses particulares, Vega Gutiérrez apuntaba lo siguiente:

“...la transformación del concepto de familia arranca de los países occidentales, concretamente de la Unión Europea, Estados Unidos y Canadá. En todos ellos el modelo clásico de familia basada en el matrimonio se ha ido erosionando paulatinamente debido, sobre todo, a dos factores relacionados entre sí: por un lado, una *crisis* antropológica sin precedentes, que define la dignidad humana como absoluta libertad del individuo y desde ese presupuesto elabora su peculiar visión de la sexualidad, de la naturaleza y de la libertad. Y, por otro, una *crisis* de valores motivada por la persistente relativización de la verdad”³¹¹.

Es decir, a pesar de que comúnmente se proponga un nuevo "look" para la familia constituida por el matrimonio, estos nuevos moldes que se proponen claramente acaban por descalificar la verdadera idea del matrimonio, considerando todo como matrimonio, incluso relaciones de convivencia que no son y nunca fueron matrimonio.

Además de las transformaciones anteriormente mencionadas, se debe enfatizar la creciente aceptación de las uniones estables como una forma de constituir una familia, además de la pretendida equiparación de derechos y efectos jurídicos al matrimonio —movimiento que se subraya una vez más (y de forma repetida) en la presente Tesis Doctoral—, que solo contribuye al ‘vaciamiento’ del concepto de matrimonio ya que, después de todo, si las uniones de hecho son, de *facto*, lo mismo que el matrimonio, ¿por qué entonces las personas deberían seguir casándose?

³¹⁰ Vid. *Ideología de género y libertad ideológica...*, cit., p. 163-164.

³¹¹ VEGA GUTIERREZ, Ana María. *Políticas familiares en un mundo globalizado*, cit., p. 63.

Carreras apunta que la expresión “familia de facto” es una contradicción en el término en sí, puesto que:

“El consentimiento sigue siempre siendo la causa eficiente de la familia, porque en él contiene el poder soberano para generar las identidades familiares. Por esta razón, la expresión “familia de facto” es una *contradictio in terminis*”³¹².

Si no bastaran todos estos avances, incluso las parejas homosexuales, como ya subrayado, comenzaron a exigir su normalización jurídica. Inicialmente a través del reconocimiento de sus uniones, como uniones de hecho, o uniones ‘estables’, y seguidamente para equipararlas al matrimonio, después en otro paso, con la reivindicación de la posibilidad de adopción de niños conjunta - aunque este tema no va a ser tratado en la presente Tesis, ya que en este Capítulo nos limitamos a la intervención del Estado en el reconocimiento del matrimonio y su disolución-.

Pero con tantos cambios sociales observados en las últimas décadas, especialmente con relación a los homosexuales y a la reivindicación de inserción en la normalización jurídica, cabe realmente pensar en el interrogante que planteaba Roudinesco:

“... Después de todo, ¿por qué los homosexuales, hombres y mujeres, manifiestan el deseo de normalización, y por qué demandan el derecho al matrimonio, a la adopción y a la procreación médicamente asistida? ¿Qué ha sucedido en los últimos treinta años en la sociedad occidental, para que sujetos calificados alternativamente como sodomitas, invertidos, perversos o enfermos mentales, hayan deseado no sólo ser reconocidos como ciudadanos plenos, sino que también hayan deseado incorporarse a la cobertura del orden familiar que tanto contribuyó a su desgracia?”³¹³.

Además de la retirada de la heterosexualidad como elemento natural del matrimonio, otra cuestión importante en ese camino fue la renuncia a la

³¹² CARRERAS, Joan. *Casamento: Sexo, Festa e Direito*, cit., p. 175.

³¹³ ROUDINESCO, Elizabeth. “*A família em desordem*”, cit., p.7.

indisolubilidad del vínculo matrimonial, fruto de la cultura ‘divorcista’, que se ha globalizado desde estos mismos movimientos sociales. Esto nos lleva a preguntarnos: ¿qué queda hoy del matrimonio?

También sobre el divorcio se ocupará la presente tesis en los siguientes capítulos, cuando se analizará los cambios jurídicos experimentados- en Brasil y España-. Sin embargo, de momento, cabe traer la observación subrayada por Burgos en relación al impacto del divorcio en la sociedad:

“(…) la generalización y banalización del divorcio acaba fragmentando y dañando la familia de manera significativa. El divorcio, aunque hoy se tienda a silenciarlo, es un fracaso y una notable fuente de problemas personales y sociales. Por eso, si bien un número pequeño de divorcios puede tener un impacto social relativamente débil, si el divorcio se generaliza la cuestión cambia”³¹⁴.

Sin embargo de todo lo que se ha dicho, se puede observar en la sociedad que la familia, tan masacrada en las últimas décadas, sigue siendo inquebrantable y útil para la sociedad y, como explica Navarro Ferrer, todavía se considera en nuestros días como un lugar de equilibrio y refugio afectivo³¹⁵.

Podría afirmarse entonces que la llamada “crisis de la familia” culminó con la falaz pretensión de instaurar un nuevo concepto jurídico de familia que atiende —se dice— a todos los anhelos sociales, así como a las reivindicaciones de los movimientos ideológicos, ya mencionados.

A esta falacia anterior hay que añadir una gran incoherencia como es que la “invención” de las nuevas fórmulas de “hacer familia” no mejoró en nada la convivencia humana, ni engrandeció al hombre como persona. Una realidad esta que describió crudamente el profesor Viladrich:

³¹⁴BURGOS, Juan Manuel. “*Familia y formas familiares*”, Disponible en: <http://www.personalismo.org/burgos-familia-y-modelos-de-familia/>. Consultado el 10/05/2019.

³¹⁵ NAVARRO FERRER, Ana María. *Familia, Feminismo, Mujer*, Pamplona, EUNSA, 1982, p.66.

“...toda esa imponente e incomparable dedicación de energías en busca de una mejor fórmula familiar coincide en nuestra época con una degradación – no menos imponente e incomparable- de aquellos índices de calidad humana de la convivencia social más directamente relacionados con el acierto o fracaso de las estructuras familiares: por ejemplo, el descenso de la tasa de matrimonios contraídos y de la natalidad, los incrementos de la contracepción, del aborto clandestino y legalizado, de las rupturas matrimoniales de hecho y de derecho, del número de niños abandonados y maltratados, del suicidio infantil y juvenil, de la tasa de psicopatías de los niños y los adolescentes de etiología familiar, de la delincuencia, drogadicción y alcoholismo juvenil, del índice de delitos sexuales...”³¹⁶.

Enfrentada toda esta continua revolución en la sociedad, en la economía y en la política posteriormente, hoy en día, con la gran mayoría de las reformas jurídicas experimentadas, especialmente en Brasil y en España, pueden hacerse dos afirmaciones: La primera, que se perdió la noción exacta de lo que debería ser protegido por parte del Estado bajo el término de ‘matrimonio’, al extender su concepto a hipótesis que, de asumirse, merecerían otra clasificación jurídica. Y la segunda, que las recientes reformas sobre el matrimonio parecen no haber tomado ‘conciencia’ de la desnaturalización causada a la institución del matrimonio al ampliarlo horizontalmente, en la medida en que el interés central a proteger comenzó a ser algo que se escapa del control del Estado, como es el afecto o el sentimiento del amor.

Los ordenamientos jurídicos de alguna manera “sucumbieron” a las nuevas ideas, abarcando un gran número de situaciones para darles un marco jurídico de familia, justo cuando se debilitaron ya que, al menos en el caso de Brasil y de España, la legislación comenzó a permitir la ruptura del vínculo matrimonial con el simple consentimiento de cualquiera de los contrayentes, sin que estos tengan que alegar alguna causa o motivo para tal ruptura.

³¹⁶ VILADRICH, Pedro-Juan. *La Agonía del matrimonio legal. Una Introducción a los elementos conceptuales básicos del matrimonio*, 5ª ed., Pamplona, EUNSA, 2010, p. 18.

Si en la década de los setenta se hablaba de “crisis”, o incluso de “muerte” de la familia³¹⁷, en los años noventa, se exalta la búsqueda de una vida de pareja e incluso, muchas veces con hijos, ya sean biológicos, o adoptivos. Cualquier forma de lograr el placer y la felicidad se ha convertido en el objetivo fundamental del matrimonio, lo que lo convierte en un objetivo incesante y en un ideal a realizar.

En la doctrina española, Martínez de Aguirre sostiene que esta ideología extrema del individualismo acabó generando un fenómeno que puede considerarse como una verdadera “deslegitimación de la familia”³¹⁸, que podría ejemplificarse, entre otras formas, con las reformas legislativas sobre facilitación del divorcio en países como Brasil y España, como se pondrá de manifiesto en los últimos Capítulos de la Tesis Doctoral.

Según el mismo autor, el matrimonio civil en España se ha desnaturalizado y deshumanizado después de las reformas de 1981 y, finalmente, de 2005, caracterizándose actualmente por un modelo sin compromiso jurídico y por un vínculo inestable, totalmente a disposición de cualquiera de los cónyuges, sin la necesidad de alegar ninguna causa para poner fin al mismo³¹⁹.

Como veremos a continuación, la visión formalista y contractual del matrimonio, traída y consolidada inicialmente por la Revolución Francesa, enturbió completamente la idea original del matrimonio, vaciándolo, banalizándolo, desvirtuándolo en su significado y, precisamente por ello, las normas jurídicas relativas al matrimonio han pasado por un proceso de verdadero calvario o bien, como apunta Viladrich, por la llamada “agonía del matrimonio legal”³²⁰.

Por consiguiente, sin querer agotar la cuestión —que se seguirá analizando en adelante— es imperativo *a priori* constatar la esquizofrenia legislativa que se ha producido en ambos países objeto de estudio puesto que, al abogar por una familia

³¹⁷ COOPER, David. *A morte da família*, São Paulo, Brasil, Editora Martins Fontes, 1980. La obra original fue publicada por la primera vez en Inglaterra en 1974.

³¹⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos. “*Diagnóstico sobre el Derecho de Familia. Análisis sobre el sentido y los contrasentidos de las transformaciones contemporáneas del Derecho de Familia*”, Universidad de Navarra, Madrid, Ediciones Rialp, 1986.

³¹⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos. *Diagnóstico sobre el Derecho de Familia*, cit.

³²⁰ VILADRICH, Pedro-Juan. *La Agonía del matrimonio legal. Una Introducción a los elementos conceptuales básicos del matrimonio*, cit.

más fuerte, moderna y más democrática, han acabado privándola de seguridad y estabilidad, fundamentos estos que justificaron la intervención del Estado en ella.

El derecho de familia ha sucumbido a todos estos cambios y revoluciones, alterando sus cimientos seculares en nombre de una supuesta neutralidad cuando, en realidad, se ha producido exactamente lo contrario: no hay nada de neutral en las alteraciones jurídicas experimentadas por el matrimonio en las últimas décadas. Contra esta supuesta neutralidad nos previene De la Cuesta Sáenz, pues considera que esta “pretendida neutralidad pluralista no es más que una máscara deformada de la libertad individual...”. A su vez dice de esta libertad que “lo difícil es saber si los excesos de esa libertad no llegan a ser la negación de la subordinación del instinto a la conciencia puramente espiritual”. Como también deja constancias de las consecuencias de esta desajuste: “Y es también difícil saber qué progreso es el que se busca, porque el universo de los pueblos occidentales se nos muestra hoy en su totalidad como más torpe para dirigirse a sí mismo de lo que nunca haya sido”³²¹.

Somos consciente de que esta crisis parece estar lejos de terminar; pero también lo somos de que la necesidad de impulsar algún contra-movimiento. Es por lo que se propone, en esta Tesis Doctoral, el rescate de las nociones antropológicas del matrimonio, al objeto de salvaguardar a la familia y sus funciones principales en la sociedad. Se propone la necesidad urgente de repensar los sistemas jurídicos en materia de matrimonio. El camino no parece ser fácil, pero estamos convencidos de que necesario para un futuro más humano. Y es que, como afirmaba Calvo Charro, la época actual refleja una crisis que no es solo de la familia, del matrimonio, o de la sociedad, sino también de la vida misma³²².

³²¹ DE LA CUESTA SÁENZ, José María. “Familia y Tipos de Familia”, en PRIETO ÁLVAREZ, Tomás (ed.), *Acoso a la Familia, cit.*, p.97.

³²² CALVO CHARRO, María. “La ideología de género y su repercusión en el ser humano y la familia”, en PRIETO ÁLVAREZ, Tomás (ed.), *Acoso a la Familia, cit.*, p.134.

2. En particular, la falacia de la afectividad como elemento clave de la regulación del matrimonio.

“Las leyes familiares no deben tener la intención de regular el amor y las relaciones afectivas, sino solo las cuestiones jurídicas específicas”.³²³

a) El principio de afectividad y el proceso de subjetivación del matrimonio

En el anterior apartado hemos aludido a la relevancia que se viene confiriendo a la cuestión del afecto en el derecho de familia, como si este debiera constituir un elemento clave en la regulación del matrimonio. Se hace necesario, pues, en este momento de la investigación, analizar en qué consiste el llamado *principio de afectividad*, lo que resulta esencial a fin de entender los cambios legislativos en el derecho de familia. Habremos aquí de cuestionarnos si el afecto constituyese como un fundamento sólido, razonable y adecuado para orientar las relaciones sponsales de modo que provean al bien común.

Y es que el afecto ha comenzado a impregnar ciertas modificaciones legislativas, como si en la formación y disolución del vínculo conyugal el afecto de los contrayentes resultara determinante para el Derecho y no algo que se da por supuesto y que no resulta jurídicamente relevante en la medida en que afecta directamente a la intimidad de las personas. Notables son los trastornos derivados de considerar el afecto como el pilar de las relaciones conyugales y de las reglas jurídicas que las regulan. Se trata, pues, de una cuestión que merece un análisis.

En los años que siguieron a la revolución del 68, el matrimonio experimentó cada vez más influencias ideológicas. Se empezó a considerar que era una institución ajena a factores antropológicos, objetivos y naturales, hasta transformarla en una institución subjetiva, un cauce más para la “autonomía afectiva” de la voluntad humana³²⁴.

³²³ LOBO XAVIER, Rita. “O Público e o Privado no Direito da Família”, *Revista Portuguesa de Filosofia*, n.º. 70, 2014, p.679.

³²⁴ VÁZQUEZ DE PRADA, Mercedes. *Historia de la familia contemporánea. Principales cambios en los siglos XIX y XX*, cit., p. 170.

Con respecto al triunfo de la afectividad —del “del amor-sentimiento”— como fundamento y razón de ser del matrimonio, Vázquez de Prada señala que este propició la generalización de un “modelo de neutralidad, pluralismo, privatización, desjuridificación e igualitarismo”. De modo que el matrimonio y la familia pasan a contemplarse “como cauce de satisfacción de intereses estrictamente individuales de sus miembros”, y esto tanto en el momento de su constitución como a lo largo de toda su vida. Los reflejos más palmarios de este cambio de los valores es —dice la autora— “la aprobación del divorcio de mutuo acuerdo y la extensión del derecho a la privacidad en lo respectivo al aborto”³²⁵.

De este modo, al quedar relegado el matrimonio al ámbito del afecto, su permanencia se vincula a un hecho jurídicamente inaccesible e indemostrable: a que dure ese afecto. Se asiste así a una deconstrucción o un vaciamiento tanto del concepto y del contenido del matrimonio como de todos los rasgos y características que siempre le fueron inmanentes. Ya no se acepta la indisolubilidad, ni se impone la fidelidad como deber, ni tampoco la heterosexualidad como requisito.

Ello corrobora lo sentado en el capítulo anterior: la comprensión sobre la familia y el matrimonio se ha oscurecido hasta el punto de que se desafía la protección y el prestigio social del que esos institutos han gozado siempre en los distintos ordenamientos jurídicos. Con el pretexto de la satisfacción del afecto, del libre desarrollo de la personalidad, de la diversidad y de la no discriminación, muchos países han acabado por promulgar leyes que en las que se vacía el contenido del matrimonio.

El caso es que, con este planteamiento, un vínculo sólido —como el que siempre representó el matrimonio y por el cual se constituye una familia— comienza a basarse exclusivamente en el sentimiento de los individuos que componen la pareja, como si el fundamento del vínculo pudiera situarse exclusivamente en el sentimiento. Resultaría suficiente que este sentimiento vacilara un poco para poner fin a una relación estable y sólida.

³²⁵ VÁZQUEZ DE PRADA, Mercedes. *Historia de la familia contemporánea. Principales cambios en los siglos XIX y XX, cit.*, pp.170-171.

Cabría pensar que toda unión de personas puede recibir la aprobación y la protección del Estado en base a la voluntariedad y al afecto entre ellas, con lo que los rasgos naturales y distintivos del matrimonio ya no lo distinguen de las otras uniones. Esto es un craso error. Y ello porque el matrimonio no se puede considerar un vínculo sometido a la variable y cambiante preferencia de una voluntad individual y subjetiva, que, por ello, no sea tendencialmente estable.

Estamos ante un fenómeno jurídico al que Martínez de Aguirre acertadamente ha denominado “proceso de ‘subjetivización’ del matrimonio y de la familia”³²⁶. Este proceso comienza, según el mencionado autor, con la configuración del matrimonio como contrato, lo que habría sido el primer paso para la “subjetivización”³²⁷. El individualismo exacerbado y la exaltación de la voluntad individual sería el paso siguiente en el citado proceso. Advierte este civilista que este proceso implica una radical vuelta de tuerca en el sentido del matrimonio, que se convierte, única y exclusivamente, “en un instrumento de gratificación recíproca, o meramente individual”, y que “deja de tener sentido si no sirve ya para obtener la felicidad individual para cuya exclusiva consecución es empleado”. Según esta perspectiva, concluye, “matrimonio y familia se justifican únicamente en la medida en que favorezcan el desarrollo de la personalidad de sus miembros”, y aquellos “serán lo que la voluntad de sus miembros quiera que sean; y durarán lo que la voluntad de sus miembros quiera que duren”³²⁸. En la misma línea, dice Vázquez de Prada que la familia, como otras instituciones, “se convierte, más que en un lugar de expresión de obligaciones sociales, en un elemento para la autorrealización personal”³²⁹. En definitiva, como ya ha advertido D’Agostino, “afectividad y des-

³²⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos. *Diagnóstico sobre el derecho de familia*, Instituto de Ciencias para la Familia, Universidad de Navarra, España, Ediciones RIALP, Madrid, 1996, p. 29 y ss.

³²⁷ Tal y como destaca en su obra, en una nota a pie de página: “El origen de la subjetivización no está en la afirmación de que son los consentimientos de los contrayentes los que hacen el matrimonio, sino en la calificación teórica, sobre esa base cierta e irrenunciable, del matrimonio como contrato, y su ulterior equiparación a los demás contratos, olvidadas ya o discutidas sus peculiaridades”, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos. *Diagnóstico sobre el derecho de familia, cit.*, p. 32, Nota 39.

³²⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos. *Diagnóstico sobre el Derecho de Familia, cit.*, pp. 37-38.

³²⁹ VÁZQUEZ DE PRADA, Mercedes. *Historia de la familia contemporánea. Principales cambios en los siglos XIX y XX, cit.*, p.147

institucionalización” “parecen ser las palabras claves con las que se define la familia ‘moderna’”³³⁰.

Como se puede observar, la inserción de un fundamento puramente afectivo acaba por vaciar el matrimonio y vaciar de sentido las normas jurídicas que pretenden regularlos, en la medida en que desprecian la naturaleza del instituto, además de su importancia social y de los fines que siempre lo han caracterizado.

Todo ello no es más que el reflejo de una época de búsqueda intensa del placer y de la eterna felicidad como objetivo de vida. El matrimonio, en cuanto institución, sigue siendo débil y da lugar a proyectos de vida individuales que buscan en el mismo la felicidad plena y eterna, como si esta fuera posible. Las pasiones y los sentimientos comenzaron a asumir un lugar central en la existencia de las personas, creando una falsa expectativa de que sería la única forma de vincularse a alguien.

La falsa idea de que familia y matrimonio pueden ser cualquier cosa, distintos de aportar beneficios al bien común, provoca que se rechace el valor que deben tener esos institutos en la promoción de valores fundamentales para la sociedad. Es decir, la ideología del individualismo exacerbado y narcisista no toma en consideración el hecho de que cada uno de los individuos ha crecido en el seno de una familia, donde ha aprendido sus primeros valores morales, sus virtudes y su cultura. Por el contrario, vacía cada vez más su base y estructura provocando a su vez el vacío del propio individuo, que crecerá en un entorno hostil, egoísta, inestable y alejado de valores colectivos. Todo ello desemboca, como ya se ve en nuestros días, en unos efectos perjudiciales de gran magnitud para toda la paz social de la humanidad.

b) ¿Es el afecto lo que importa al Estado al regular el matrimonio?

Reconociendo la inestabilidad de la familia que se apoya solo en los sentimientos, D’Agostino advierte que “el fenómeno estructural (familiar) no se

³³⁰ D’AGOSTINO, Francesco. *Filosofía de la familia*, Instituto de Ciencias para la Familia, Universidad de Navarra, Madrid, Ediciones RIALP, 2006, p.107.

apoya sobre los denominados sentimientos”; es claro, señala, que estos “resultan completamente inestables, ambivalentes, momentáneamente inquietos o incluso, y más que nada, pueden no estar disponibles”³³¹.

Por ello, se imponen unas preguntas a modo de reflexión: el afecto ¿puede servir como cauce para regulación jurídica del matrimonio por parte del Estado? Y, además: ¿se interesa el Estado por el afecto?

Estos interrogantes son acertadamente respondidos por las precisas palabras de Martínez López-Muñiz:

“...no es el afecto ni el amor entre dos personas humanas que deciden vivir juntas establemente lo que le importa ni le ha importado nunca, en rigor, a la ley o a los Poderes públicos al regular y proteger el matrimonio y la familia. Esa relación interpersonal de una ‘pareja’ solo es específicamente relevante para ellos en cuanto se orienta, en principio, estructuralmente, a la generación, crianza, atención y educación de nuevas vidas, como decíamos. Es esto lo específicamente importante para el interés general.”³³².

Por eso dice más adelante que “nunca ha sido en rigor requisito de validez legal del matrimonio el que se tengan o no afecto los contrayentes: basta que se acepten realmente como esposos en la forma establecida”.

El matrimonio, por supuesto, no solo tiene que ver con el sentimiento del amor (que, insistimos, se supone entre los contrayentes: ¿es que tiene el Derecho o el poder público algún mecanismo para comprobar su presencia en cada unión?), sino con las múltiples dimensiones de la existencia y, cuando se le procura robar esa esencia pluridimensional, se está reduciendo, peligrosamente, a los intereses sociales y políticos del momento. No es que la unión matrimonial no sea también

³³¹ D’AGOSTINO, Francesco. *Filosofía de la familia*, cit., p. 27. El autor también hace referencia a LUHMAN, N., “El sistema social de la familia”, en AA.VV., *Nuove tecnologie, comunicazione e mundi vitali*, Milán, 1989, p. 239.

³³² MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. “Desquiciamiento inconstitucional de la familia protegida por el derecho civil”, en AA.VV., *La reforma del modelo de familia en el código civil español*, España, Comares, Granada, 2005, p.70.

afectiva —claro que lo es³³³—, sino que no puede reducirse solo a eso, porque es muy poco ante las otras dimensiones fundamentales que acompañan al vínculo conyugal.

Unas minorías, apoyadas por una confluencia de distintos intereses, han influido en las reformas legislativas de muchos países, hasta convertir el matrimonio en uno capricho más de los sentimientos. No por el hecho de que nuestra sociedad quiera relativizar y liquidificar los conceptos de matrimonio y familia debemos todos naufragar en esas aguas.

Sin embargo, la doctrina jurídica en Brasil se muestra prácticamente unísona a la hora de considerar que el afecto es un principio jurídico, o para otros una guía, que debe servir como base para el Estado en materia de derecho de familia. Varios autores ya se han pronunciado al respecto, alegando para ello la Constitución Federal de 1988, a pesar del texto constitucional no contemplar ninguna previsión expresa sobre la afectividad. Como ejemplo, citamos las palabras de Da Cunha Pereira, para quien en la “nueva estructura” matrimonial —o la “nueva familia”— prevalece el móvil afectivo al económico, en una singular contraposición:

“Ante esta nueva estructura, la familia comenzó a vincularse y a mantenerse principalmente por vínculos afectivos, en detrimento de motivaciones económicas, que adquirieron una importancia secundaria. La mujer dejó de estar ‘vinculada’ al esposo por cuestiones económicas y de supervivencia, y su vínculo comenzó a ser predominantemente por motivaciones afectivas, debido a que adquirió la posibilidad de mantenerse por su propio trabajo. De hecho, una familia no debe basarse en razones de dependencia económica mutua sino, exclusivamente, por constituir un núcleo afectivo que se justifica, especialmente, por la solidaridad mutua. [...] Además, el art.226, §8º de la Constitución Brasileña de 1988, asimiló el marco ahora tratado de la nueva familia, con

³³³ Dice MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, “la entrega mutua que es propia de la unión conyugal en la que naturalmente se produce la generación humana, solo parece apropiada a la dignidad personal de ambos cónyuges si es expresión, no ya de un afecto mutuo, sino de un verdadero amor conyugal por el que cada cónyuge asuma y se adhiera íntegra e incondicionalmente al otro”: vid. “Desquiciamiento inconstitucional de la familia...”, *cit.*, p. 69.

diferentes contornos. Por lo tanto, se prioriza la necesidad de la realización de la personalidad de sus miembros; es decir, la familia-función, en que subsiste la afectividad, lo que, a su vez, justifica la permanencia de la entidad familiar. Esta es la familia constitucionalizada, que traemos a la luz en el presente trabajo”³³⁴.

Al hoy ministro del Supremo Tribunal Federal de Brasil, Luiz Edson Fachin, la trascendencia de la relación de afectividad le sirve para relativizar la formalización del vínculo, pues, “al estrechar los lazos formales, se valoran las relaciones de ayuda y afecto mutuos, con índices cada vez mayores de uniones no matrimoniales, en las que el individuo se inserta, se libera y permite la realización personal”³³⁵.

Reconociendo que se adhería a la doctrina generalmente mayoritaria, Lôbo trató de explicar el principio de afectividad y, además, cómo sería la base del derecho de familia. A su juicio “la afectividad” es reconocida “como un principio fundador implícito del derecho de familia en la actualidad”, que se presenta como “una especialización de los principios de solidaridad y dignidad humana”³³⁶.

Al tratar de resolver el dilema entre los sentimientos humanos y la autogestión de la libertad, Tepedino apunta también en la misma línea de los juristas

³³⁴ DA CUNHA PEREIRA, Rodrigo. *Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família*, Tesis presentada como requisito para el Doctorado, ‘Universidade Federal do Paraná’, Curitiba, 2004, p.128 y p. 130. En este mismo sentido, *vid.* FACHIN, Luiz Edson. “Famílias: entre o público e o privado”, en CUNHA PEREIRA, Rodrigo da (Org.). *Família: entre o público e o privado*. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2012, p.162; también, SCHREIBER, Anderson. “*Famílias simultâneas e redes familiares*”, Disponible en: <http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/Familias_Simultaneas.pdf>. Consultado el 14/05/2017; y también, NAMUR, Samir. *Autonomia privada para a constituição da família*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2014, pp.164-166.

³³⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. Teoria crítica do direito civil. À luz do novo código civil brasileiro*, Rio de Janeiro: Renovar, 2ª Ed, 2003, pp.3-6.

³³⁶ LÔBO, Paulo Luiz, “Direito de família e os princípios constitucionais”, en DA CUNHA PEREIRA, Rodrigo (Org.), *Tratado de direito das famílias*, Belo Horizonte, IBDFAM, 2016, 2ª Ed, p.118.

En este sentido, también FACHIN, Luiz Edson, “Do direito de família. Do direito pessoal. Das relações de parentesco. Arts. 1.591 a 1.638” En: FIGUEIREDO TEIXEIRA, Sálvio de (Coord.). *Comentários ao novo código civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2008. v. XVIII. p.22.; también, *vid.* LUCAS CALDERÓN, Ricardo. *Princípio da afetividade no direito de família*, Rio de Janeiro, Renovar, 2013, pp.248-249.

brasileños citados anteriormente, pues también él otorga “prioridad” en el ámbito del derecho de familia, al “*valor sustancial de los sentimientos* en detrimento de las *formalidades de los vínculos*”, lo que considera “un logro extraordinario”, pues hace que “las relaciones jurídicas de la familia sean mucho más *humanas y vivas*”³³⁷.

Calmon Nogueira Da Gama, a su vez, justifica el afecto como un elemento fundador del derecho de familia a través de la relectura necesaria de las diversas formas de constituir familias en la sociedad brasileña, cuando apunta: “Se propone, a través de la re-personalización de las entidades familiares, preservar y desarrollar lo que es más querido para los familiares: el afecto, la solidaridad, la unidad, el respeto, los proyectos de vida en común de cada miembro”³³⁸.

Dias va más allá, alegando que el pluralismo y la búsqueda de la felicidad hicieron que el afecto operara como legitimación jurídica por parte del Estado, llegando la autora a clasificarlo como un derecho fundamental: a su juicio, “el vínculo afectivo que une a las personas” sería “el único enlace capaz de generar consecuencias personales y patrimoniales”³³⁹.

Como podemos ver, actualmente la doctrina jurídica brasileña, mayoritariamente, considera al afecto como el fundamento de la familia y el matrimonio, consecuencia de lo cual este constituye solo una de las formas de constituir una familia y ya no la forma de constituir la por excelencia: junto al matrimonio, otras formas familiares exigirían iguales estatus y protección, puesto que el afecto es la fuerza motriz de todas ellas; solo así, sobre la base de la plena

³³⁷ TEPEDINO, Gustavo. *Dilemas do Afeto*, En: <http://jota.info/dilemas-do-afeto>. Consultado el 18/03/2016.

³³⁸ En otro pasaje, NOGUEIRA DA GAMA afirma que la afectividad es un valor jurídico que subyace a la constitución de las familias en el derecho brasileño: “... se puede reconocer como fundamental en las relaciones familiares contemporáneas, independientemente de su tipo, afectividad, que debe elevarse a un valor jurídico de fundamental importancia para la constitución y mantenimiento de las familias modernas”. CALMON NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme. *Princípios Constitucionais de Direito de Família*, São Paulo, ATLAS, 2008, p.127.

³³⁹ DIAS, Maria Berenice. *Sociedade de afeto*, en: www.mariaberenice.com.br. Consultado el 18/05/2016.

autonomía para decidir sobre los sentimientos, se promovería la familia con libertad e igualdad, o de forma “democrática”³⁴⁰, en el Estado de Derecho.

Pocos en Brasil disienten de estos planteamientos. Citemos a Sales Pinheiro y Riker:

“En el campo del derecho de familia, en menos de cincuenta años, ha habido una ruptura significativa en el corazón de su conceptualización y origen. Las características y las normas relativas al matrimonio y su interacción con la familia, se han flexibilizado y algunas, eventualmente, han sido abandonadas. La nueva propuesta presentada, basada en la pluralidad y la suposición emotiva, tampoco ha conllevado seguridad o aprecio para el instituto del matrimonio o la familia. [...]

Lejos de promover la apreciación plural de la familia y el matrimonio, este tipo de perspectiva niega el valor objetivo de estas comunidades y borra la base principal de las reglas tan importantes de la estructura familiar como la fidelidad y la permanencia”³⁴¹.

Por consiguiente, como ya se ha afirmado, se defiende en esta investigación que el llamado principio de afectividad, como fundamento regulador del derecho de familia, carece de consistencia jurídica al ser estrictamente subjetivista, lo que hace que la familia o incluso el matrimonio puedan ser cualquier cosa que uno quiera, lo cual es evidentemente arbitrario y totalmente inocuo. Además, proponer que el fundamento de la constitución del matrimonio se base en el afecto implica

³⁴⁰ La expresión “familia democrática” es utilizada por Maria Celina BODIN DE MORAES para expresar la familia funcionalizada de acuerdo con los preceptos constitucionales: “En otras palabras, en oposición al modelo familiar tradicional, y una vez que las desigualdades mencionadas han terminado, es posible proponer una configuración democrática de la familia, en la que no existan derechos sin responsabilidades, ni autoridad sin democracia. La democratización en el contexto familiar implica algunos supuestos específicos, como la igualdad, el respeto mutuo, la autonomía, la toma de decisiones a través de la comunicación, la protección contra la violencia y la integración social”. BODIN DE MORAES, Maria Celina. “A nova família de novo. Estruturas e função das famílias contemporâneas”, *PENSAR- Revista de Ciências Jurídicas*, V.18, N.2, 2013, Disponible en: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2705>, consultado el 20/03/2016.

³⁴¹ SALES PINHEIRO, Victor e RIKER, Dienny Estefhani M.B., “A racionalidade do casamento como comunidade integral diante da ética emotivista moderna”, *Arquivo Jurídico*, V.3, N.2, Teresina, Piauí, Julho-Dezembro/ 2016, pp. 47-68.

nada menos que olvidar las finalidades del matrimonio (ya explicadas en el Capítulo anterior), que son las que justifican que el Estado lo regule.

Amén de la cita anterior, en la doctrina española —a diferencia de casi toda la doctrina brasileña—, es fácil encontrar autores que hacen valoraciones del afecto distintas a las ahora expuestas, reconociendo —felizmente— el que consideramos como verdadero fundamento y el móvil del Estado en la regulación y protección de la familia y el matrimonio. Entre tantos, baste recordar las enseñanzas de Legaz y Lacambra, para quien “al derecho no le interesa el amor de enamoramiento, no puede ni debe interesarle, porque no puede ni ordenarlo ni impedirlo”, como “tampoco, en realidad, puede prohibir ni mandar el otro amor, el de caridad, pero sí, en ciertos supuestos y en cierta medida, la práctica de los actos sociales correspondientes, que son como su ‘signo externo’”³⁴².

Del mismo modo ha manifestado la profesora Belloso Martín sobre la falacia del afecto como fundamento de vínculos jurídicos:

“El Derecho no regula las relaciones de afectividad. La afectividad no constituye un elemento que sea valorado por el Derecho. Ni en las relaciones de familia, ni en cuanto al deber de mantener a hijos o a ascendientes del núcleo familiar hay referencia a sentimientos y emociones: sólo a deberes y obligaciones. La afectividad es un fenómeno personal libre, siempre y cuando los partícipes no afecten a terceros. El Estado no puede inmiscuirse en las relaciones de afectividad porque son personales”³⁴³.

En la misma línea de pensamiento, Hervada, también ha se manifestado:

³⁴² LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *El derecho y el amor*” Barcelona, Bosch Editorial, 1976, p.137.

³⁴³ BELLOSO MARTÍN, en relación a la afectividad, subraya que: “La afectividad tiene escasa presencia en el Derecho. Es decir, la afectividad no tiene como consecuencia la creación de vínculos que conlleven una obligación jurídica. El Derecho no se basa en la afectividad. Tampoco el Derecho se ocupa apenas del cuidado.” Véase: BELLOSO MARTÍN, Núria. “La proyección del cuidado y de la afectividad en el principio de solidaridad (familiar): una propuesta del cuidado como derecho social” en Tania DA SILVA PEREIRA, Antônio Carlos MATHIAS COLTRO e Guilherme FREIRE FALCÃO DE OLIVEIRA (Organizadores), *Cuidado y afectividad*, São Paulo, Editora Atlas / Grupo GEN, 2016, pp. 406-435.

“Si la esencia del matrimonio fuese la comunidad de vida y amor, el vínculo jurídico solo tendría una función subsidiaria, de ayuda para regular y estabilizar lo que de suyo podría ser energía vital incontrolada. Pero nada más. De ninguna forma el vínculo jurídico sería el primario constitutivo esencial del matrimonio, que lo sería, en cambio, el hecho mismo de la comunidad. La consecuencia es clara; terminada, por las razones que sean, la comunidad de vida y amor, el compromiso —el vínculo jurídico— se haría anulable o disoluble”³⁴⁴.

También en el derecho portugués, la ya citada Rita Lobo Xavier resalta lo que de hecho es una valoración distorsionada de la razón de la intervención del Estado en la formación y disolución del vínculo matrimonial, que es asegurar el bien común y no los intereses meramente individuales —que no afectan a la sociedad, ni tampoco interesan al Estado—. Es decir, a los poderes públicos les interesan las consecuencias sociales de las relaciones interpersonales: esto es particularmente palmario en materia de familia e implica una llamada a la responsabilidad de los contrayentes. Lobo Xavier parte de que “el afecto es hoy señalado como el nuevo paradigma en el Derecho de la Familia e, incluso, como un deber jurídico”. Pero considera que:

“la tendencia a un enfoque de las relaciones familiares centrada en la dimensión afectiva, emocional y subjetiva, no debe ser predominante ni debe implicar que no se tome en consideración la dimensión de la voluntad, el compromiso y la responsabilidad por el mismo”³⁴⁵.

Defendemos, pues, que nada justifica que el Estado y la sociedad consideren que el matrimonio debe fundarse en el afecto, aunque lo presuponga. Las normas jurídicas y las morales deben situar al matrimonio en las coordenadas de los intereses del bien común. Al Estado no deben interesarle las arbitrariedades subjetivas en materia de matrimonio y familia. Al Derecho no le corresponde

³⁴⁴ HERVADA, Javier. *Una caro. Escritos sobre el matrimonio*, cit., p.581.

³⁴⁵ LOBO XAVIER, Rita. “O público e o privado no Direito de Família”, *Revista Portuguesa de Filosofia*, número 70, 2014, p.668/669.

satisfacer los deseos o voluntades psicológicas de los individuos —también porque eso sería imposible—, por el contrario, es necesario que el Derecho sea coherente con ciertos valores culturales y morales que deben ser protegidos³⁴⁶.

El matrimonio —como ya se ha venido defendiendo en el Capítulo 2 esta Tesis —, constituye una institución de Derecho Natural, donde hay un vínculo jurídico, además del amor y de la afectividad. Su esencia no es exclusivamente el amor, aunque esté contenido en el misma. Si la esencia fuese solo la afectividad o el amor, el vínculo jurídico sería subsidiario, como un apoyo estatal para regular lo que fuera necesario.

Pero no es esa la esencia del matrimonio. El vínculo conyugal establece deberes y derechos, instituyendo así el matrimonio. Si se defiende que la comunidad de vida, el afecto y el amor son la esencia, una vez que se terminan esos sentimientos se concluye también el matrimonio, tal y como actualmente defiende el movimiento “divorcista”, con su claro propósito de vaciamiento del contenido del matrimonio.

Recuperamos unas palabras de San Ambrosio que cita el profesor Hervada: “el matrimonio es ciertamente vínculo de amor, pero vínculo”³⁴⁷. Y el afecto, como también ya ha subrayado Belloso Martín, no es capaz de crear vínculos jurídicos y mucho menos deberes y derechos³⁴⁸.

Vega Gutiérrez también ha destacado que el matrimonio no es meramente un acto privado ni tampoco un mero sentimiento amoroso:

“El pacto matrimonial no es un mero sentimiento amoroso, ni tampoco un acto privado, sino un acto de voluntad nuevo y fundante de un estatus jurídico diverso: el estado matrimonial,

³⁴⁶ GARRIDO DE PALMA, Víctor. “La verdad sobre el matrimonio y la familia”, en *El matrimonio: ¿Contrato basura o bien social?*, cit., p. 200.

³⁴⁷ HERVADA, Javier. “Una Caro. Escritos sobre el matrimonio”, cit., p.574.

³⁴⁸ En relación a la afectividad, Belloso Martín defiende que: “La afectividad tiene escasa presencia en el Derecho. Es decir, la afectividad no tiene como consecuencia la creación de vínculos que conlleven una obligación jurídica. El Derecho no se basa en la afectividad. Tampoco el Derecho se ocupa apenas del cuidado.” Véase: BELLOSO MARTÍN, Núria. “La proyección del cuidado y de la afectividad en el principio de solidaridad (familiar): una propuesta del cuidado como derecho social”, cit.

con la plena relevancia social, porque en él se constituyen las dos primeras identidades familiares – la de marido y la de esposa – sobre la que se articulan las restantes: padre, madre, hijo/a, abuelo/a, etc. Esa nueva relación de justicia – el matrimonio – engendra derechos y obligaciones entre los esposos, cuyo contenido no es arbitrario”³⁴⁹.

Las consecuencias de esa falsa idea de que el afecto es lo que define actualmente una relación familiar pueden ser drásticas. Primero, porque se vacía de sentido un concepto básico, natural y universal como es el matrimonio; y segundo, porque poniendo el acento en los afectos sentido por los contrayentes se altera la institución familiar que deriva del matrimonio, que deviene una estructura contingente y frágil; con lo que se causa un daño grave a la propia sociedad, en particular a las futuras generaciones.

Blanco también ya ha señalado las consecuencias del recurso al afecto para definir lo que es o no el matrimonio. A su juicio, la consecuencia inmediata es doble: “de un lado se concibe el matrimonio como una realidad contingente —como pueden serlo los sentimientos humanos— y, paralelamente, se presenta como una superestructura legal que la voluntad humana puede manipular a su capricho, privándola incluso de su índole heterosexual”³⁵⁰.

Si la norma matrimonial atiende tan solo en el afecto, erigiéndolo en el criterio de constitución y disolución del matrimonio, se estaría reconociendo que cada matrimonio o cada familia no es más que la suma de los intereses individuales. Y lo individual es precisamente lo opuesto a lo colectivo.

En esa línea, si observamos la esencia del matrimonio y sus elementos y, en particular, su finalidad —que es la principal razón para que el Estado siga teniendo interés y legitimidad en regularlo—, observaremos que al Estado no le interesa el afecto entre las personas y que el Derecho no debe entrar a regularlo: ni puede, ni

³⁴⁹ VEGA GUTIÉRREZ, Ana María. *Políticas familiares en un mundo globalizado*, Instituto Martín de Azpilcueta, Navarra, Navarra Gráfica Ediciones, 2002, p. 24.

³⁵⁰ BLANCO, María. “La ecología del matrimonio”, en AA.VV., *El matrimonio: ¿contrato basura o bien social?*, cit., p.74.

debe hacerlo. Adhiriéndonos a las palabras de Beloso Martín, “el afecto es, como de sobra sabemos, un sentimiento que se relaciona de manera compleja con la independencia, la autonomía o la autodeterminación”³⁵¹, no con las instituciones sociales, que son las que interesan y competen al Derecho y al Estado. Con agudo ingenio, D’Agostino apunta que:

“estamos todavía inmersos en la teoría romántica del amor; y esta ha hecho todo lo posible por invertir la relación a la que acabamos de referirnos, con la indudable intención de ennoblecer el vínculo conyugal; pero, al intentar ennoblecerlo, ha acabado por destruirlo”³⁵².

Hay que reseñar que las críticas que se han presentado acerca del principio de afectividad como fundamento del matrimonio y de la familia no se fundan solo en el hecho de que el afecto no es relevante para el Estado, sino en el entendimiento de que fundamentar el matrimonio exclusivamente en el afecto lo reduciría a una dimensión utilitarista, privatista, arbitraria, que no se compagina con su esencia misma y sus fines. Además, tampoco se entenderían las razones por las cuales el Estado interviene en la institución del matrimonio para protegerlo y regularlo.

³⁵¹ BELLOSO MARTÍN, Núria. “La proyección del cuidado y de la afectividad en el principio de solidaridad (familiar): una propuesta del cuidado como derecho social”, *cit.*

³⁵² D’AGOSTINO, Francesco. *Filosofía de la familia, cit.*, p.42.

CAPÍTULO IV - ¿POR QUÉ EL DERECHO DEBE REGULAR Y PROTEGER EL MATRIMONIO?: EL BIEN COMÚN

“¿Acaso el legislador de antaño era intervencionista e invasor de las conciencias? Opino por el contrario que no se pensaba en la uniformidad de conductas como objetivo, sino que simplemente se creía que era posible, y ciertamente fue así durante largo tiempo, un mínimo de convergencia en cuanto a los modelos a seguir. El pluralismo no parte de esa misma base, sino que se concibe como una respuesta a circunstancias (sociales, económicas, técnicas) que se consideran nuevas e inéditas y, en consecuencia, el legislador tiende a desprenderse de toda moral, de manera que tras siglos de mutuo apoyo entre la moral y el derecho, ambos órdenes normativos tienden a desvincularse, y el derecho se desentiende, aparentemente, de modelos en materia de familia”³⁵³.

³⁵³ DE LA CUESTA SÁENZ, José María. “Familia y Tipos de Familia”, en PRIETO ÁLVAREZ, Tomás (ed.), *Acoso a la Familia, cit.*, p.94.

1. Razones para una regulación del matrimonio: autonomía, interés individual y pluralismo social *versus* interés social y bien común

De cuanto se ha dicho en el capítulo precedente bien pudo concluirse que el interés del Estado en intervenir en el ámbito matrimonial/familiar no obedece a un deseo de salvaguardar las querencias sentimentales de la ciudadanía. Lejos de tal pretensión, la finalidad de esta intervención estatal apunta al hecho de que la familia es la unidad nuclear conformadora del ser humano o su primer *lugar* de referencia social. De esta *ratio* fundante se han derivado las características esenciales que, desde siempre —con un mayor o menor acierto en su concreción—, han distinguido al matrimonio. Como manifestación de esas características, se puede decir también —usando las palabras de Carbonnier— que el Estado, a través del Derecho (del Derecho matrimonial), siempre había privilegiado “un esquema familiar en detrimento de otros”. Y es que al Estado compete, partiendo necesariamente de la realidad natural del matrimonio, atender al ideal de vida social que todo poder público debe proteger. Continuando con el pensamiento de De la Cuesta —con el que abrimos este capítulo—, con la básica convergencia histórica en las pautas o “modelos a seguir” en el Derecho matrimonial, el legislador no pretendía invadir las conciencias de los ciudadanos, y mucho menos ejercer sobre ellos una función paternal (de esto nos ocuparemos específicamente en el capítulo siguiente), llevándolos por el “buen camino”. Es decir, en lo que ahora interesa, el legislador no se proponía interferir en las decisiones afectivas o sexuales de las personas, no quiso imponerles modelos convivenciales. Simplemente —y no es poco, claro está— seleccionó determinado modelo convivencial —el matrimonio— que *sí regularía y sí promovería...* porque identificaba en él la mejor manera de servir a la sociedad.

Ahora bien —y esto es lo que justifica *in totum* esta investigación—, en un momento determinado, que podemos situar en la segunda mitad del siglo pasado, el legislador dejó de primar un “modelo” sobre los otros (y en este proceso, en la vecina Francia, precisamente el citado Carbonnier tuvo su responsabilidad). Esto porque —se razonaba— así lo exigía el pluralismo social y la neutralidad ética que

se impone al Estado. Por esto es importante indagar, en este capítulo y en el siguiente, en las razones para que el matrimonio sea... lo que naturalmente es.

A este respecto conviene mencionar la opinión de Solari Ballesteros que ha destacado la relación entre el matrimonio y la familia, a la vez que ha reafirmado la repercusión de esta en la organización del Estado y su función educativa:

“La familia se fundamenta en la pareja (...). La familia es la célula básica de la sociedad política. (...) La familia es el receptáculo del hombre y la esfera en la que él empieza a ser, a crecer y a formarse. En ella recibe una serie de valores: la educación, la moral y la costumbre. (...) Mediante la familia otras sociedades más amplias como el Estado son posibles y, además, deseables y beneficiosas. Sin la familia el hombre sería un ser desnudo y desprotegido no solo física sino espiritual y culturalmente (...). Una cultura desarraigada crea necesariamente un Estado totalitario”³⁵⁴.

Puesto que el propósito de esta investigación se limita a las relaciones matrimoniales, no se analizarán las demás relaciones reguladas por el derecho de familia, como, por ejemplo, las relaciones paterno-filiales —tal y como ya hemos advertido desde el inicio de la Tesis—.

Si no es el afecto el elemento que orienta y guía la regulación del matrimonio, debemos preguntarse: ¿qué es lo que realmente importa al Estado y a los Poderes Públicos en relación al matrimonio? Y también, ¿cuál es el ámbito de competencia de la regulación de los sistemas jurídicos matrimoniales?

Tratando de contestar a estos interrogantes, se puede recurrir a las palabras del sociólogo italiano Donati, cuando afirma que “la familia es y sigue siendo, en lo que la sociedad tiene de más cohesivo, productivo y proyectivo, la base estructural más esencial, en cuanto que es su *paradigma ético de base*”³⁵⁵. En el Derecho español, Viladrich ofrece una respuesta precisa, remitiendo, en la

³⁵⁴ BALLESTEROS, Solari. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 27ª reunión, continuación de la 7ª sesión ordinaria (especial), agosto 19 de 1986, 3735.

³⁵⁵ DONATI, Pierpaolo. *La familia como raíz de la sociedad*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 2013, p.243. La cursiva es del propio autor italiano.

configuración del matrimonio, a “lo que ya está dispuesto por la propia naturaleza humana”. De tal manera que, a su juicio, quedan fuera de la libre disposición del legislador estos elementos: “la constitución de la esencia de la unión conyugal, las propiedades esenciales de esta unión, el contenido nuclear de lo conyugal, las líneas básicas del desarrollo de la vida matrimonial y familiar y la esencia del pacto matrimonial”³⁵⁶.

Otras preguntas esenciales serían estas: ¿por qué la familia es tan relevante como para que el Estado la proteja? ¿De qué familia estamos hablando?

Rodriguez de Araújo y Megías Quirós han intentado dar respuesta a este interrogante apuntando que la principal razón por la que el Estado se interesa por la familia: el cumplimiento de sus fines sociales y, por lo tanto, la estrecha relación de la familia con el bien común para la sociedad. Así lo expresan:

“La familia, como comunidad de personas, guarda una estrecha relación con el bien común de la sociedad en general. En efecto, del mismo modo que la sociedad impulsa el desarrollo personal de los ciudadanos y vela por su bienestar, también la familia cumple esta función con sus miembros para que alcancen el pleno desarrollo de la personalidad y su bienestar. [...]

El motivo por el que la sociedad y el poder público se interesan por la familia está relacionado con las importantes funciones que esta desempeña en la sociedad y su relación con el bien común, fin de la sociedad y del Estado. Son funciones fundamentales porque las familias proporcionan las condiciones óptimas para el desarrollo de la persona humana, de ahí que a menudo se utilice una expresión biológica como analogía para relacionar la familia con la sociedad: la familia es la célula básica, que solo puede crecer y renovarse si existen nuevas familias. La familia cumple pues, la función de transmitir la vida, educar, socializar las

³⁵⁶ VILADRICH, Pedro-Juan, *Agonía del matrimonio legal, Una introducción a los elementos conceptuales básicos del matrimonio*, 5ª Edición, Pamplona, EUNSA, 2010, p. 179.

nuevas generaciones, cohesionar con solidaridad y facilitar la convivencia pacífica entre generaciones”³⁵⁷.

Completando esta idea, Camargo Viana apunta que: “La familia interesa al Estado como fuente generadora de la población, de ahí las normas y políticas para el control de la natalidad”³⁵⁸.

En resumen, se podría decir que la familia instituida por el matrimonio y funcionalmente hablando sería un espacio para la efectividad de los derechos fundamentales.

En el Derecho argentino, Arias Ronchietto ha señalado que la familia matrimonial es un “bien jurídico indisponible del varón y de la mujer”, por lo que su protección por parte del Estado deriva del intento de “salvaguardar el orden público nacional”³⁵⁹.

Es en la familia donde se aprenden los valores morales desde la infancia, se construye la personalidad del individuo, se promueven las oportunidades de desarrollo, la educación, se adquieren las nociones de buena convivencia en sociedad, el respeto mutuo y la solidaridad humana. Por todo ello, resulta imprescindible estimular esta forma de agrupación humana para el progreso de las naciones.

En esta línea, Vega Gutiérrez llama a la familia “estructura de humanización”, y la califica, entre ellas, como la “más barata y eficaz”: no solo eso: la considera “irreemplazable”³⁶⁰. De ahí deriva el deber de protegerla que impone

³⁵⁷ RODRIGUES DE ARAÚJO, Elisa y MEGÍAS QUIRÓS, José Justo. *Derechos Humanos y derechos de la familia*. Material didáctico de la Asignatura 20 del Máster en matrimonio y familia, Instituto de Ciencias para la Familia, Universidad de Navarra, julio de 2019, p. 16. (Disponible solamente para alumnos: https://matrimonioyfamilia.campusvirtual.org/contexto/p/20_i.pdf), acceso el 31/08/2019.

³⁵⁸ CAMARGO VIANA, Rui Geraldo. *A família e a filiação*. 1996. Tese (Professor Titular) - Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito”, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1996, p.48.

³⁵⁹ ARIAS RONCHIETTO, Catalina Elsa. “La familia matrimonial: indisponible bien jurídico del varón y la mujer”, en *El matrimonio. Un bien jurídico indisponible*, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica Argentina, UCA, 2010, pp. 9-18.

³⁶⁰ VEGA GUTIÉRREZ, Ana María. *Políticas familiares en un mundo globalizado*, Navarra, Navarra Grafica Ediciones, 2002, pp. 25-26.

la Declaración Universal de Derechos, como lo hacen los sucesivos textos internacionales sobre derechos humanos. Hay pues, un interés social por la familia, que obliga a facilitarle “cumplir las funciones que le son propias, del mejor modo posible”. La autora insiste en la necesidad de que los poderes públicos respeten los principios rectores de autonomía y subsidiariedad en la regulación de la familia. Esto en cuanto la misión de tales poderes “no es la de suplir, sino la de asistir a la familia en sus necesidades”, de modo que no se admitan “injerencias arbitrarias en la intimidad familiar”³⁶¹.

El matrimonio es una institución jurídica que influye en la sociedad y también una institución que recibe influencias de ella. Así que no se puede limitar el concepto de matrimonio al consentimiento manifestado por aquellos que pretenden contraerlo, o al vínculo jurídico que une a ambos, puesto que el matrimonio es mucho más que eso.

Fuera las nociones de institución y contrato de derecho civil, que se pueden debatir, el matrimonio posee otros elementos. Interesa resaltar que no es tan solo una relación entre dos personas, sino que incide en la sociedad en que se vive; y es por esto —aunque no solamente por esto— por lo que se afirma que el matrimonio es un bien público, idóneo para impulsar el bien común en la sociedad.

Por tanto, se puede concluir que el matrimonio es un bien jurídico indisponible de indudable valor social. Nos adherimos a lo manifestado por Garrido de Palma cuando afirma que “cuando el legislador se ha preocupado de la familia no ha sido para constatar las relaciones que la naturaleza ha creado, sino para organizarlas a fin de que constituyan el ideal de vida social que perseguía”³⁶².

³⁶¹ VEGA GUTIERREZ, Ana María. *Ibid.*, p. 26.

³⁶² Así comienza GARRIDO DE PALMA, V.M., su trabajo “En torno al matrimonio y la familia”, publicado en el *Libro Homenaje a Alberto Ballarín Marcial*, Colegios Notariales de España, Madrid, 2008, p. 1098. Tiene interés al respecto el siguiente aporte de J.L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ: “La muy especial importancia de la familia para el interés general —para la más fácil consecución de las condiciones que permitan a todos ejercer con plenitud y armonía sus derechos y libertades y cumplir sus deberes— explica su relevancia constitucional y la muy amplia atención que le dispensa en concreto la Constitución española de 1978. No hay ninguna otra institución jurídico-privada que cuente con tantas determinaciones constitucionales” (*vid.* “La familia en la Constitución española”, *cit.*, p. 12).

Además de lo que ya se ha explicado en el Capítulo II de la presente Tesis Doctoral, más allá de un concepto propio y de una esencia derivada de la propia naturaleza, el matrimonio posee funciones importantes para la sociedad y, por ende, para el bien común; y es esto lo que justifica su regulación y el trato de que es objeto por parte del Estado. Lo que se protege no es solamente la institución en sí, sino lo que ella representa para el interés público y colectivo. Sin embargo, allá donde se conciba el matrimonio extendiéndolo a personas del mismo sexo se está buscando atender a los intereses puramente individuales de las personas.

Y es que hoy en día está muy extendida una idea errónea, puramente individualista, sobre los fundamentos de la protección jurídica de la familia. A la par, se despliega una gran presión por parte de movimientos ideológicos y políticos, que impide un debate abierto sobre la noción verdadera del matrimonio, su esencia y sus funciones sociales.

Es decir, el Derecho de familia —rama del Derecho que nació con el fin de reconocer, proteger y fomentar a la familia fundada en el matrimonio, partiendo del reconocimiento de una relevancia para la sociedad demostrada a través de los tiempos— se está convirtiendo en un conjunto de normas al servicio de los intereses individuales. En este proceso subyace un desatino apuntado más atrás: concebir el servicio a la dignidad humana al que el Estado —y el Derecho— deben orientarse, no como la consecución de un progreso humano en sociedad acorde con una dignidad ontológica objetiva, sino como el logro de mayores cotas de autonomía de la voluntad, sea cual sea el sentido u orientación de tal voluntad. Error grave repetido hoy hasta el agotamiento en este ámbito familiar y, en realidad, en todos los del humano desenvolvimiento. Se nos dice que el matrimonio y la familia, concebidos bajo estos parámetros pro-autonomía, servirían mejor al pluralismo civil o social. Para el jurista francés Christian Atias, este pluralismo es presentado como un “grado superior de la democracia” y consiste en “tratar todos los comportamientos sin instaurar una jerarquía, una preferencia, entre ellos”. El caso es asistimos a la pretensión de que tal pluralismo impregne también al Derecho:

estaríamos —se alega por sus partidarios— ante una “concepción pluralista del Derecho”³⁶³.

Nadie puede pensar que la opción por este “pluralismo” proyectado a lo familiar, que renuncia a definir un “esquema familiar” (en expresión, recuérdese, de Carbonnier) como más idóneo a la dignidad humana, resultaría socialmente indiferente. La legitimización que se propone, al objeto de abarcar varios “modelos” de constitución de una familia, conlleva implicaciones jurídicas, costes sociales, consecuencias que serán más relevantes colectivamente que la mera alteración de un estado civil del individuo. En otras palabras, el matrimonio, no puede ser considerado como una mera formalidad apta para cambiar un estado civil. Tal cambio, por sí sólo, es lo que menos importa.

Son numerosos los autores que sostienen que las relaciones estables de hecho, hetero u homosexuales, no pueden recibir igual el tratamiento jurídico por parte del Estado que el matrimonio tal como se ha concebido desde tiempos inmemoriales: siendo diferentes realidades, no hay razón para entender que un tratamiento diverso viola el principio de igualdad. Sin embargo, en el Derecho brasileño, la doctrina jurídica es casi unísona a favor del tratamiento equiparado o igualitario a cualquier forma de convivencia estable y duradera, independientemente de la orientación sexual y de que se haya optado o no por el matrimonio estable.

Por su parte, la jurista argentina Arias Ronchietto sostiene que las relaciones homosexuales no son aptas para constituir un matrimonio ni tampoco para formar una familia. Estas relaciones estarían en el ámbito de las relaciones privadas, amparadas por el legislador, pero sin interés público que justifique su promoción y protección. La justificación del trato diferenciado sería objetiva y se referiría a las finalidades del matrimonio: al Estado le interesa privilegiar las relaciones que tienden a la continuidad de la especie humana ya que sirven para la procreación y

³⁶³ ATIAS, Christian. *Philosophia du droit*, PUF, París, 1991, pp. 224-225.

base para la familia. Por lo tanto, tales relaciones pueden ser amparadas en la autonomía de la voluntad del derecho civil, pero no por el derecho de familia³⁶⁴.

Admitir una posición en un sentido contrario, es decir, afirmar que todas las formas de convivencia merecen un tratamiento igualitario —como, ciertamente, se extiende hoy en día en no pocas partes del planeta—, equivaldría, en nuestra opinión, a vaciar de contenido —y de verdadero sentido— al matrimonio para la sociedad y el Estado. Conviene, en este sentido, recordar la vieja máxima de Boaventura de Souza Santos, cuando con relación a la igualdad señala: “Tenemos el derecho a ser iguales cuando las diferencias nos hacen inferiores y tenemos el derecho a ser diferentes cuando la igualdad nos descaracteriza. *De ahí la necesidad de una igualdad que reconozca las diferencias...*”³⁶⁵. (*La cursiva es nuestra*).

Aunque el matrimonio entre personas del mismo sexo será objeto de análisis en el próximo Capítulo, conviene sin embargo traer a colación lo apuntado por Sales Pinheiro y Riker, al objeto de comprender claramente que el tratamiento diferenciado de unas y otras uniones es totalmente legítimo y no viola ningún derecho o principio jurídico, tal y como apuntan los autores:

“No es posible fundar o instituir el matrimonio homo-afectivo o poli-amoroso sin redefinir públicamente lo que significa el matrimonio³⁶⁶. [...]

En este sentido, consolidar jurídicamente las comunidades no integrales, bajo la égida del matrimonio, es una actitud que deriva del desconocimiento analítico de la realidad conyugal, en la mejor de las hipótesis, o deliberadamente engañosa, en el peor de

³⁶⁴ ARIAS RONCHIETTO, Catalina Elsa. “*La familia matrimonial: indisponible bien jurídico del varón y la mujer*”, *cit.*, pp.9-18. La autora afirma textualmente: “Sostenemos que el trato homosexual no constituye matrimonio ni es apto para fundar una familia. Se trata de una convivencia – estable o no; exclusiva o no- entre personas adultas y capaces – *conditio sine qua non*- del mismo sexo, que queda exenta de la regulación jurídica y dentro de las acciones privadas amparadas en el artículo 19 de la Constitución Nacional, con los recaudos exigidos. Reconocemos la dignidad de las personas que practican la homosexualidad, por serlo; pero ello no implica admitir la equiparación de la homosexualidad con la heterosexualidad” (*op. cit.*, p.15).

³⁶⁵ DE SOUZA SANTOS, Boaventura. *Reconhecer para libertar: Os caminhos do cosmopolitanismo multicultural*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003, p.56.

³⁶⁶ SALES PINHEIRO, Victor e RIKER, Dienny Estefhani M.B., *A racionalidade do casamento como comunidade integral diante da ética emotivista moderna*, *cit.*, p.63.

los casos. De todos modos, si el Derecho atribuye la denominación de matrimonio a las comunidades no integrales y a las comunidades integrales indistintamente, en función del afecto, como postulan algunos civilistas, estará promoviendo públicamente, irrazonablemente y arbitrariamente la idea de que no existe nada específico en relación con el matrimonio: la idea de que, en el fondo, el matrimonio es solo una cuestión de decisión subjetiva, sin reglas, sin continuidad, sin valor objetivo —el matrimonio, así como el yo emotivista, no es nada en sí, no tiene naturaleza moral propia”—³⁶⁷.

Reflexionando sobre el camino que debe seguir el derecho de familia, en el sentido de equiparar o no las diversas formas de convivencia, traemos a colación la contribución reflexiva de Martínez de Aguirre, cuando cuestiona:

“Como he apuntado, algo parecido pasa con el Derecho de Familia, y más en concreto con la relación entre los diferentes modelos de familia. ¿Qué es lo que debemos hacer? ¿Hay que extender a todos las reglas del matrimonio? ¿Hay que suprimir el matrimonio, bien directamente, bien cambiado su contenido y su regulación hasta hacerlo irreconocible (que es, en realidad, lo que han hecho las reformas de 2005)? ¿O más bien habrá que mantener una regulación específica para cada una de esas formas (o incluso no regular específicamente alguna de ellas)”³⁶⁸.

Conviene señalar exactamente lo que delimita o debería definir el ámbito de intervención del Estado en la regulación del matrimonio para que no se produzca lo que lamentablemente se ha producido en las últimas décadas, una desproporcionada publicación de normas con el objetivo exclusivo de atender al individualismo y no a los intereses que llevaron al Estado a regular la materia. En este sentido se ha expresado Viladrich en la doctrina española, cuando se pregunta:

“¿Cuál debe ser el límite del legislador al acometer esas competencias? Debiera ser, sencillamente, que el matrimonio no

³⁶⁷ *Ídem*, p.62.

³⁶⁸ MARTINEZ DE AGUIRRE, Carlos. “El matrimonio desconstruido”, en *El matrimonio: ¿Contrato basura o bien social?*, cit., p. 117.

sea desvirtuado en su esencia, propiedades y fines naturales. La extralimitación de un sistema jurídico histórico comienza, pues, cuando la realidad natural del matrimonio, como resultado de su regulación por el legislador, deja de ser en el plano legal aquella unión perpetua y exclusiva entre varón y mujer ordenada hacia la fecundidad y la mutua ayuda convirtiéndose en una relación sexual, que puede establecerse entre personas de un mismo sexo, o que se considera transitoria y pasajera, o que tolera la pluralidad de esposas o esposos (poligamia y poliandria), o que se instaure al margen por completo de una orientación hacia los fines matrimoniales objetivos, o muchas de estas distorsiones simultáneamente”³⁶⁹.

Lo que ha sucedido en los últimos años es que revoluciones sociales e ideológicas de dimensiones universales comenzaron a cuestionar los antiguos valores sociales y a sostener que la familia debería concebirse como un instrumento al servicio de los intereses puramente individuales, erigidos en supremos.

Excediendo el ámbito propiamente del derecho de familia hay que advertir que tal patología está presente en la propia apreciación de los derechos humanos. En este sentido, Arias Ronchietto³⁷⁰ señala que los rasgos fundamentales de la interpretación dominante sobre los derechos humanos son el individualismo, el racionalismo, el subjetivismo, el antinaturalismo y el hedonismo; rasgos estos que menoscaban la naturaleza de la familia y condicionan su regulación y contenido a la arbitrariedad de los individuos.

Lo expuesto conduce a suprimir los límites de cara a satisfacer la voluntad y los deseos del individuo. Lo individual se acaba imponiendo así a lo colectivo, como si fuera autónomamente posible perseguir la realización de los deseos e

³⁶⁹ VILADRICH, Pedro-Juan. “*Agonía del matrimonio legal, Una introducción a los elementos conceptuales básicos del matrimonio, cit.*”, p. 180.

³⁷⁰ ARIAS RONCHIETTO, Catalina Elsa. *La familia matrimonial: indisponible bien jurídico del varón y la mujer, cit.*, pp.9-18. En este sentido, la autora cita un artículo de Carlos Ignacio Massini Correas publicado el 10 de diciembre de 1990, titulado: “La filosofía de los derechos humanos y la regulación jurídica de la familia”, *El Derecho* n°.7635, 1990, Buenos Aires.

intereses de cada uno individualmente, sin llegar a afectar o colisionar con la vida del otro.

Carreras ya llamó la atención acerca de la limitación a los deseos del individuo cuando subrayó que “se prometen libertad y felicidad y, en virtud de la fuerza seductora de estos dos nombres, se niega la posibilidad de compromisos duraderos y estables”.³⁷¹ Porque el individualismo prioriza la pasión y el enamoramiento, en detrimento de los vínculos para toda la vida, lo que se muestra completamente represivo, como de hecho ya apuntó Ballesteros, para quien el individualismo “tiende a establecer como fundamento de las relaciones afectivas humanas exclusivamente el fenómeno del enamoramiento y rechaza de plano la presencia del Derecho para establecer derechos y obligaciones recíprocas entre los cónyuges, y muy especialmente lo que signifique compromiso de fidelidad para el largo plazo o para toda la vida”, lo que considera “totalmente como represivo”³⁷².

Como ha apuntado Ferry³⁷³, la tendencia de las últimas décadas es contraria a la política posterior al siglo XVIII, en la que la esfera pública tenía un valor infinitamente mayor que la esfera privada. Hoy en día, la gran mayoría de los individuos considera que lo que da sentido a sus vidas reside en el ámbito de la vida privada, que, en sus mentes, ocupa un lugar infinitamente más importante que las utopías políticas, que ya se han demostrado inalcanzables e inaccesibles.

Como correctivo a este pensamiento individualista, en el derecho portugués, Lobo Xavier recuerda que “la persona humana se realiza en la vida con la relación”, y que, en concreto, “la atención a las funciones sociales relevantes de la familia requiere la intervención de lo ‘público’ dentro de lo ‘privado’ y la consiguiente regulación jurídica”, mientras que “la atención al ámbito personal e íntimo de las

³⁷¹ CARRERAS, Joan. *Casamento: Sexo, Festa e Direito, cit.*, p. 55.

³⁷² BALLESTEROS, Jesús. “La Familia en la Posmodernidad”, *Acta Philosophica* 13, fascículo 1, 2004, p. 12. pp.1-21.

³⁷³ FERRY, Luc. *Famílias, amo vocês: política e vida privada na época de globalização*, trad. de BASTOS, Jorge, Rio de Janeiro, Objetiva, 2008, p.28.

relaciones familiares apoya la defensa de la deslegalización, privatización y contractualización”³⁷⁴.

Como veremos seguidamente en esta Tesis, una de las principales cuestiones actuales en el derecho de familia es que el ordenamiento jurídico se está utilizando como una forma de control social, un instrumento político para satisfacer ciertas ideologías. Sin embargo, conviene destacar que tales cambios legislativos se están alejando cada vez más de la función real de la familia y de las razones que en tiempos pasados llevaron a regular jurídicamente el vínculo matrimonial, que a su vez se ha tratado cada vez más alejado de la realidad antropológica que lo acompaña³⁷⁵.

Se olvida que, con las recientes reformas que el Estado ha realizado con respecto al matrimonio, se ha pretextado la búsqueda del bien común. Pero no puede hablarse de bien común y bien público sin que tomar en consideración la autonomía de la voluntad. Es competencia del Estado asegurar el bien común en cuanto gestor de las libertades individuales.

Prieto Álvarez subraya que “el bien común opera, en último término, al servicio de la persona humana”³⁷⁶. Sin embargo, no por ello hay que entender que esto sea siempre el exclusivo y único objetivo directo de las acciones del Estado, puesto que a veces hay que imponer límites, deberes y obligaciones al individuo para que se logre el beneficio social.

En relación al bien común, Burgos hace una adecuada reflexión cuando apunta: “cuestionarse la esencia o contenidos del bien común, no es otra cosa que

³⁷⁴ LOBO XAVIER, Rita. “O Público e o Privado no Direito de Família”, *Revista Portuguesa de Filosofia*, número 70, 2014, p. 672. En otro pasaje del mismo texto, la autora declara en el mismo sentido que: “Una discusión sobre el tema de las leyes relacionadas con las relaciones familiares es si deben integrarse en el ámbito del derecho público o del derecho privado. Es cierto que las relaciones jurídicas familiares son de naturaleza privada y sus sujetos son personas físicas. Sin embargo, en vista de la importancia de la familia para la sociedad, la ley protege el interés colectivo que a menudo se superpone con los intereses de los propios sujetos de las relaciones familiares” (p. 662).

³⁷⁵ LOBO XAVIER, Rita. “O Público e o Privado no Direito de Família”, *cit.*, pp.659-679.

³⁷⁶ PRIETO ÁLVAREZ, Tomás. “La intervención del Estado en la libertad individual: liberalismo, paternalismo, bien común”, *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, jan.-jun./2015, p.57. Disponible en: <<http://civilistica.com/la-intervencion-del-estado-en-la-libertad-individual/>>. Consultado el 10/02/2017.

cuestionarse la vinculación ética del hombre con la sociedad en la que vive”³⁷⁷. Y añade que “el bien común es el fin del *todo social*”³⁷⁸. El gran problema de la actualidad es que se ha difundido la idea de un individualismo y liberalismo exacerbado que separa la existencia del hombre de su característica pertenencia a la sociedad, como si fuera posible una existencia autónoma en esa sociedad.

Es necesario y urgente que nuestra sociedad rescate la sociabilidad y la comunicación como elementos de la dignidad de la persona. Salinas advierte del peligro de “aceptar la idea de que la persona así considerada implica un reduccionismo irreal y peligroso, y que resulta necesario apoyarse en la otra nota de la dignidad humana (la comunicabilidad) para poner las bases que faciliten vivir la vida de una manera acorde a esa dignidad”³⁷⁹.

El hombre moderno adolece de una falta de pertenencia social y por lo tanto ignora qué es el bien común³⁸⁰. Tal síntoma es impulsado sin duda alguna por el relativismo moral, el liberalismo y el individualismo que se han difundido en nuestra cultura actual. En este sentido, Prieto Álvarez recuerda que:

“El individualismo y el relativismo moral, alimentados —según vimos— por el liberalismo, han calado extraordinariamente en el hombre contemporáneo. Pese a la generalización del primero, el individuo actual no puede dejar de percibir que necesita de la sociedad”³⁸¹.

Obsérvese que estamos hablando del mismísimo fin del Estado [el bien común], como ya se señaló más atrás: “la función del Estado ha de hallarse regida por la idea de que este no es nada

³⁷⁷ BURGOS, Juan Manuel. “La paradoja de la vida social. Un análisis del bien común en Jacques Maritain”, en J. H. Gentile (ed.), *La persona humana y el bien común*, Altera Ediciones, Córdoba (Argentina), 2012, pp. 51-75.

³⁷⁸ BURGOS, Juan Manuel. “La paradoja de la vida social. Un análisis del bien común en Jacques Maritain”, *Ibidem*.

³⁷⁹ SALINAS, Juan José. *El matrimonio como institución del derecho constitucional, Su consolidación como derecho humano fundamental y como institución clave de la comunidad política*, Tesis doctoral, Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, 2014.

³⁸⁰ BELLAH, Robert N.; MADSEN, Richard; SULLIVAN, William M.; SWINDLER, Ann y TRIPTON, Steven M., *Habits of the heart. Individualism and Commitment in American Life*, University of California Press, Berkeley and Los Angeles 1996.

³⁸¹ PRIETO ÁLVAREZ, Tomás. “La intervención del Estado en la libertad individual: liberalismo, paternalismo, bien común”, *cit.*, p.57.

más, ni nada menos, que una ayuda precisa para el bien común de todos los miembros que componen la sociedad civil”, nos dice el filósofo Millán-Puelles. Y, en la misma línea, desde el Derecho Administrativo nos dice Martínez López-Muñiz que “todo poder público lo es y está investido de potestades exclusivamente por su necesidad para el específico servicio que ha de rendir a la sociedad que lo erige y sustenta para su bien común”. Fin esencial del Estado que operará, por tanto, como su límite, en la medida en que aportará legitimidad a sus actuaciones”³⁸².

Queda así claro que la noción del bien común va más allá del interés general y tiene como fin último buscar una forma mejor y más plena de condiciones de vida en la sociedad. Y esa es la razón por la cual se ha creado el Estado, su fin principal, que, tal y como subraya Prieto Álvarez, ha de entenderse en un sentido amplio, pues el Estado, “en su tarea de gestor de la sociedad, no tiene por qué ceñirse a la consecución del bien material de los ciudadanos, sino que puede y debe atender a su ‘bien integral’, que incluye aspectos morales”³⁸³.

Conviene subrayar que el bien común tiene, por supuesto, un elemento moral, aunque ello sea controvertido. El mito de la neutralidad del Estado no se contraponen a un “Estado ético”, como puedan suponer los adeptos del liberalismo, puesto que es evidente que en alguna parte de la normativa y del sistema jurídico habrá cuestiones que incidan o dependan de la moralidad pública. La cuestión ya fue aclarada por Prieto Álvarez:

“Esta tesis exige esclarecer el mito de la neutralidad ética del Estado (tan manido y malinterpretado como el de su neutralidad religiosa). Que esta neutralidad ética se pretenda derivar de la neutralidad ideológica y religiosa del Estado ex artículo 16 CE es solo una posibilidad, un tanto forzada. Está más extendida la hipótesis de ligarla a la proclamación del principio de autonomía.

³⁸² PRIETO ÁLVAREZ, Tomás. “La intervención del Estado en la libertad individual: liberalismo, paternalismo, bien común”, *cit.*, *Ibidem*.

³⁸³ PRIETO ÁLVAREZ, Tomás. “La intervención del Estado en la libertad individual: liberalismo, paternalismo, bien común”, *cit.*, *Ibidem*.

Frente a estas posiciones, no puede dejar de advertirse que es un hecho evidente que una parte importante de las leyes civiles incide sobre cuestiones morales. Con lo cual, la realidad práctica confirma que el Estado no puede escapar de adoptar opciones morales, sean en el sentido que sean.

Debe, por tanto, resaltarse que imponer al Estado una incapacidad o inhibición ética sobre los valores humanos que inspiren el bien común tiene un efecto neutralizador de tales valores, pero —precisamente por eso— no supone, en realidad, un ejercicio de neutralidad ética: implica una opción pública por el no-valor”³⁸⁴.

De acuerdo con lo expresado, debe afirmarse: primero, que el fundamento del derecho de familia no puede ser el de los intereses meramente individuales —estos están protegidos por otras partes del Derecho civil—; segundo, y el pilar que sustenta la dignidad de la persona humana nunca ha sido la autonomía de la voluntad irrazonable y sin restricciones, sino las razonables exigencias de la naturaleza humana; tercero, esta ontología humana es radicalmente social, de modo que no se vive individualmente, sino colectiva y socialmente, y que el interés individual debe ceder ante el interés colectivo; cuarto, que la armonización entre lo individual y lo social es una tarea imprescindible y necesaria por parte del Estado, de manera tal que el Derecho no acoja libertad individual alguna que atente contra el bien común de la comunidad en la que se inserta el individuo.

De modo que, aplicado lo anterior a nuestra temática, la institución del matrimonio aporta intereses sociales fundamentales; de modo que no es posible que la función social de la familia quede anulada, absorbida, por las exigencias individuales de sus componentes. Que es lo mismo que afirmar que el derecho regulador del matrimonio debe existir el servicio al bien común de la sociedad para que el instituto matrimonial pueda seguir cumpliendo las funciones que, en la humanidad, siempre ha venido desempeñando.

³⁸⁴ PRIETO ÁLVAREZ, Tomás. “La intervención del Estado en la libertad individual: liberalismo, paternalismo, bien común”, *cit.*, *Ibidem*.

2. La intervención reguladora del matrimonio ¿refleja un paternalismo estatal?

a) El planteamiento paternalista, en general.

Después de analizar los fundamentos que permiten la intervención del Estado en la constitución y la disolución de las relaciones conyugales conviene analizar si esta regulación estatal en materia de matrimonio y familia constituye una manifestación de paternalismo —por tanto, intolerable— por parte del Estado.

Es decir, el Estado, en materia de matrimonio y familia, al imponer límites —coactiva y “paternalmente”— a las libertades individuales a los contrayentes, ¿está asumiendo un estándar ético del mejor modelo social, limitando la libertad de esos contrayentes por el propio bien?

Según Viladrich, el ámbito de intervención de los sistemas matrimoniales debería limitarse a cuatro apartados: a) el *ius connubii*, fijando los requisitos de capacidad de las partes y forma legítima de celebración del matrimonio; b) la relevancia de los vicios y defectos del pacto matrimonial; c) las vicisitudes normales y patológicas del estado matrimonial; y d) los efectos jurídicos de todo tipo —en especial, familiares y patrimoniales— del matrimonio respecto del resto de las instituciones jurídicas y sociales³⁸⁵.

Por otro lado, Carreras, partiendo de que “el matrimonio no es una realidad privada”, considera que “la sociedad tiene el derecho de decir qué matrimonios pueden y cuáles no pueden celebrarse”: lo que concreta en que aquella “tiene el derecho de establecer impedimentos e igualmente negarse a reconocer la validez de una unión, que se haya desarrollado ilegítimamente y sin motivo, enfrentándose a la comunidad social”³⁸⁶.

³⁸⁵ VILADRICH, Pedro-Juan. *Agonía del matrimonio legal. Una introducción a los elementos conceptuales básicos del matrimonio*, cit., pp. 179-180.

³⁸⁶ CARRERAS, Joan. *Casamento: Sexo, Festa e Direito*, cit., p. 23.

En consecuencia, no representaría ningún síntoma de paternalismo estatal una regulación legislativa en materia matrimonial siempre que la misma fuera acorde con la naturaleza, la esencia y las finalidades de este instituto. Además, también sería imprescindible que dicha regulación se ajustara a las funciones del Estado como gestor y limitador de las libertades individuales.

Tal y como sostiene Prieto Álvarez: “...compete en primer lugar al Poder Público garantizar el libre desarrollo en sociedad de los derechos y libertades individuales, asegurando un ejercicio de estos sin daño recíproco y para el bien común”³⁸⁷. Recordando que el Estado, cuando interviene en las libertades del individuo —ya sea en el ámbito legislativo o en el ejercicio de los otros Poderes, Ejecutivo y Judicial— actúa sobre su libertad negativa o sobre la llamada libertad positiva.

No obstante, es necesario explicar, brevemente, lo que se puede considerar como paternalismo. En general, se puede afirmar que el paternalismo supone una intervención estatal realizada en la libertad del individuo para su autoprotección. Conviene también aclarar que la libertad que nos importa en esta investigación es la llamada libertad positiva; es decir, la capacidad de los seres humanos para autogobernarse, tomar sus propias decisiones, libertad para pensar, querer y actuar. Bien conocerá el lector la proverbial incompatibilidad de estos planteamientos paternalistas con el pensamiento liberal, de una libertad irrestricta, representado, clásicamente, por el autor inglés del siglo XIX John Stuart Mill. Es muy conocida la máxima que recogió en su libro *Sobre la libertad*:

“La única parte de la conducta de cada uno por la que es responsable ante la sociedad es la que se refiere a los demás. En la parte que le concierne meramente a él, su independencia es, de hecho, absoluta. Sobre su propio cuerpo y espíritu, ese individuo es soberano (...). Cada uno es el guardián natural de su propia salud, sea física mental o espiritual. La humanidad sale más

³⁸⁷ PRIETO ÁLVAREZ, Tomás. “La intervención del Estado en la libertad individual: liberalismo, paternalismo, bien común”, *cit.*, p.8.

beneficiada si permite a cada cual vivir a su manera y no obligándole a vivir según el criterio de los demás”³⁸⁸.

Proyectado este planteamiento sobre la institución familiar, implica, particularmente, la libertad del individuo de poder, de acuerdo con sus propias elecciones y deseos, casarse o, a la inversa, la libertad de romper sin razón los lazos con la persona que eligió establecer un proyecto de vida en común.

Ahora bien, este paternalismo conoce en la doctrina distintas modalidades o intensidades, y es objeto, por ello, distintos juicios de valor; de modo que algunos liberales lo admiten en determinadas condiciones, hablándose, entonces, de un paternalismo intolerables y de otro tolerable... que viene denominándose ‘paternalismo jurídico’, en cuanto asumido por el Derecho (también conocido como ‘paternalismo del Estado’ o ‘estatal’, expresiones que aquí se utilizaran como sinónimas).

Alemany explica que el uso de la expresión “paternalismo” comenzó a ser empleada desde la segunda mitad del siglo XIX y en las primeras décadas del siglo XX, cuando incluso se usó para describir ciertas conductas que expresaban una forma de paternalismo en el mercado industrial. Ocurrió por ejemplo en las relaciones laborales, especialmente en el ámbito de las fábricas³⁸⁹. Garzón Valdés entiende por paternalismo jurídico “la intervención coactiva en el comportamiento de una persona a fin de evitar que se dañe a sí misma”³⁹⁰. Antes en el tiempo, Gerald Dworkin explicó que el paternalismo sería “una interferencia en la libertad de acción del individuo, justificada por razones que se refieren exclusivamente al bienestar, al beneficio, a la felicidad, a las necesidades y a los intereses o valores de la persona coaccionada”³⁹¹. Y Camps, a su vez, clasifica el paternalismo estatal

³⁸⁸ STUART MILL, John. *Sobre la Libertad*, traducción de Pablo de Azcárate, 3ª Ed., 1ª reimpresión, 2015, Madrid, Alianza Editorial, p.178.

³⁸⁹ Como explica el autor: “prácticas sociales desarrolladas por los patronos en relación a sus trabajadores caracterizadas por la asunción de responsabilidades en la mejora da calidad de vida del obrero, las cuales rebasaban con creces el cumplimiento de las condiciones contractuales en materia de salario y condiciones de trabajo”. ALEMANY, Macario. *El paternalismo jurídico*, Madrid, Iustel, 2006, p.30.

³⁹⁰ GARZÓN VALDÉS, E. “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 5, 1988, p. 156. (este trabajo se publicó más tarde en la monografía *Derecho, ética y política*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 155).

³⁹¹ DWORKIN, Gerald. “Paternalism. Monist”, *LVI*, n. 1, junho de 1972, p. 65.

como *justo* o *injusto*, teniendo en cuenta que existen casos en los que el paternalismo no es justo solo como medida obligatoria para la protección y la ayuda al ciudadano³⁹².

Es importante subrayar que la consideración de un *paternalismo jurídico* — y por tanto *justo o tolerable*— se presenta, en palabras del profesor Díaz Pintos, como “una de las teorizaciones más sofisticadas del liberalismo político”, que había sido objeto “en los últimos años [decía en 1993] de gran atención por parte de la doctrina iusfilosófica”³⁹³. Es decir, los autores que preconizan el paternalismo como razón excepcional —en unas condiciones muy precisas— de limitación de la libertad personal son, en realidad, liberales: es decir, como regla general, son antipaternalistas, *no conciben más límites a la autonomía individual que el daño a los demás*. Como visión rebajada de tal liberalismo, estos autores “paternalistas” admiten intromisiones públicas en esta libertad al objeto de proteger a la persona contra sí misma; pero esta limitación está condicionada, normalmente, a la incompetencia básica del sujeto afectado y/o a un defecto del consentimiento³⁹⁴. Pero allá donde la limitación a la autonomía no responda a estas exigencias, identifican un paternalismo intolerable por incompatible con la autonomía personal. Paternalismo —es importante advertirlo ya— que no pocos atribuyen a las clásicas características y condicionantes del *ius connubi*.

Como se puede ver, algunos autores entienden que, para la configuración del paternalismo estatal, es necesario imponer un estándar coercitivo de conducta, mientras que otros entienden que el establecimiento del estándar de conducta, por sí solo, aunque no sea coercitivamente, ya representa una modalidad de intervencionismo excesivo en la libertad individual, o de paternalismo por parte del Estado.

³⁹² CAMPS, Victoria. “Paternalismo y bien común”, *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 5, 1988, p. 195: “El término ‘paternalismo’ es ya peyorativo”, advierte CAMPS al comienzo de su artículo.

³⁹³ Vid. DÍAZ PINTOS, G., *Autonomía y paternalismo*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1993, p. 11.

³⁹⁴ Dice GARZÓN VALDÉS, E, “Solo cuando la medida en cuestión, aplicada a un incompetente básico, promueve y defiende su autonomía o aspira a la superación de un déficit de igualdad puede hablarse de paternalismo éticamente justificado”.

El paternalismo jurídico, de todos modos, se entiende como una imposición coercitiva del Estado, o como un mero establecimiento de normas de conducta y está definitivamente ligado a los efectos que se producen y se extienden en las varias calificaciones en función del grado de intensidad de las intervenciones restrictivas y de los intereses dirigidos a la tutela. La principal distinción sobre los tipos de intervención paternalista se relaciona con el fin al que se destinan³⁹⁵.

Es notorio que el poder que cada uno tiene para hacer sus libres elecciones, además de expresar libertad, se traduce en la capacidad de autodeterminación. Sin embargo, debe recordarse que algunos actos de intervención del Estado en la autonomía individual deben ser considerados instrumentos de concreción de los valores constitucionales y que, a menudo, representan el cumplimiento de las funciones primarias del Estado en busca de una convivencia social armoniosa. Como explica Prieto Álvarez, esta autodeterminación implica respeto a las opciones personales, la autonomía individual y la privacidad. No obstante, es claro que esta autonomía no puede ejercerse con daños para la sociedad³⁹⁶.

Partimos de que la limitación a las libertades, en el campo de las relaciones existenciales, debe estar debidamente justificada, debiendo mediar razones suficientes que justifiquen que el Estado intervenga a favor del interés público. Prieto Álvarez también apunta que la limitación de las libertades es una excepción y, como tal, debe interpretarse de manera restrictiva: siendo la libertad un componente esencialísimo de la dignidad, la regla deberá ser “pro-libertad” y su limitación, la excepción. Ahora bien, el mismo autor enseña que esta supervalorización de la libertad individual ha generado el fenómeno de la

³⁹⁵ Para profundizar, vale la pena transcribir el análisis de Fermin Schramm sobre el tema: “La especificidad de la ética contemporánea (enraizada en el humanismo moderno) consiste en oponer alguna forma de autogobierno a alguna forma de aceptación del paternalismo, en una gradación que se puede clasificar de la siguiente manera: 1) el paternalismo “duro” (*hard paternalism*), que implica una restricción de las libertades o una violación de la autonomía; 2) el paternalismo “fuerte” (*strong paternalism*), que implica, además de restricción o violación, el carácter de no justificado; 3) el paternalismo “suave” (*soft paternalism*), que no implica restricciones ni violaciones, sino solo medios retóricos de persuasión; 4) el paternalismo “débil” (*weak paternalism*), es decir, una forma de *hard paternalism* justificado”. SCHRAMM, Fermin. “A autonomía difícil”, *Bioética*, Brasília, v. 6, n. 1, p. 27- 37, 1998.

³⁹⁶ PRIETO ÁLVAREZ, Tomás. *La dignidad de la persona. Núcleo de la moralidad y el orden públicos, límites al ejercicio de libertades públicas*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2005, p.200 y p.210.

“patologización” del principio de individualidad, que se olvida de la naturaleza social del ser humano y se preocupa exclusivamente por los intereses privados y el bien particular³⁹⁷. Y añade, en otro lugar, que “la sexualidad, quizá como ningún otro ámbito humano, ha sido punta de lanza en este proceso de hipertrofia de la autonomía personal y de promoción del individualismo radical”³⁹⁸.

Al Estado no tiene como misión principal mejorar a las personas, ni tampoco intentar que sean individualmente felices. Por el contrario, el Estado debe buscar una vida digna para todos en la sociedad y mantener un orden social. En la misma línea de pensamiento ya escribió Prieto Álvarez, citando, a Joseph Ratzinger: “no es misión del Estado —ha escrito Joseph Ratzinger— traer la felicidad a la humanidad”. A lo que añade: “Ni es competencia suya crear nuevos hombres. Tampoco es cometido del Estado convertir el mundo en un paraíso y, además, tampoco es capaz de hacerlo. Por eso, cuando lo intenta, se absolutiza y traspasa sus límites”³⁹⁹. En definitiva, asumiendo este planteamiento, entendemos que carece de todo sentido hablar de paternalismo del Estado como patrón en materia de derechos y libertades.

b) ¿Estamos ante un Derecho de familia paternalista?

Ahora bien, ya hemos visto que el ansia humana de libertad —esencial emanación de la dignidad de la persona— es fácilmente malinterpretada, como prueba el Derecho de familia. Las crecientes transformaciones mundiales en este derecho, con la mutación del paradigma familiar, ampliaron vertiginosamente el ejercicio de las libertades para todos los actores de esta relación familiar, en un intento de sustituir, según algunos autores, el “autoritarismo” de la familia tradicional por una familia que acoja realmente la “democracia” en la relación entre

³⁹⁷ PRIETO ÁLVAREZ, Tomás. “La intervención del Estado en la libertad individual: liberalismo, paternalismo, bien común”, *cit.*, p.15.

³⁹⁸ PRIETO ÁLVAREZ, Tomás y SÁNCHEZ SÁEZ, Antonio José. “Ideología de Género y libertad ideológica: Estudio crítico de las recientes las leyes autonómicas sobre orientación e identidad sexual”, *cit.*, p.164.

³⁹⁹ PRIETO ÁLVAREZ, Tomás. “La intervención del Estado en la libertad individual: liberalismo, paternalismo, bien común”, *cit.*, p.8. El autor cita a la obra de RATZINGER, J., “El significado de los valores morales y religiosos en la sociedad pluralista”, en *Verdad, valores, poder. Piedras de toque de la sociedad pluralista*, 3ª ed., Madrid, Rialp, 2000, p. 90.

sus miembros⁴⁰⁰. Sin embargo, es preciso analizar cuidadosamente lo que se entiende por “ejercitar la democracia” en estas relaciones, bajo pena de estar alterando la naturaleza de las cosas.

En este debate sobre los límites de la intervención estatal en las familias, con respecto al matrimonio, conviene presentar dos líneas distintas de pensamiento para después llegar a la conclusión más coherente y razonable.

b.1) La consideración de los condicionantes y límites del ius connubi como un caso de paternalismo por parte del Estado.

Se puede decir que hoy prima —en el Derecho brasileño, claramente— la interpretación que defiende una mínima intervención por parte del Estado en las relaciones interpersonales del derecho de familia puesto que, según la mayoría de la doctrina, el derecho de familia en la actualidad ha adoptado una orientación hacia el interés y la libre y autónoma realización de cada uno de sus miembros, con el fin —se dice— de hacer posible ampliamente su dignidad personal.

Con respecto a la supuesta intromisión excesiva del Estado en las relaciones de familia de naturaleza existencial y no patrimonial, Brochado Teixeira muestra su rechazo porque “el Estado entra en nuestros hogares y nos brinda formas de educar a los hijos, interfiriendo con la intimidad de la familia en sectores que sólo competen a los miembros de la entidad familiar”. “Lo que no se puede aceptar —añade— es un Estado Democrático de Derecho que no respete las elecciones existenciales de cada persona, el proyecto de vida construido, los valores que viven, etc.”. Al objeto de marcar un límite a la autonomía familiar y, con ello, a la

⁴⁰⁰ En este sentido, entre otros, cabe destacar las siguientes publicaciones: BODIN DE MORAES, María Celina. *A nova família de novo. Estruturas e função das famílias contemporâneas*, cit.; también, DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, 5ª Ed, Brasil, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009; *Sociedade de afeto*, In: www.mariaberenice.com.br, consultado el 18 março 2016; CALMON NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme. *Princípios Constitucionais de Direito de Família*, São Paulo, ATLAS, 2008; FACHIN, Luiz Edson. “Famílias: entre o público e o privado” en CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. (Org.), *Família: entre o público e o privado*, Porto Alegre, Magister/IBDFAM, 2012; también del mismo autor: *Teoria Crítica do Direito Civil à luz do novo Código Civil brasileiro*, 2ª Ed, Rio de Janeiro, Renovar, 2003; CHAVES DE FARIAS, Cristiano. *Escritos de Direito de Família*, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2007.

intervención estatal —el único límite a su entender— invoca “la conocida expresión de que la libertad de uno termina cuando comienza la del otro”⁴⁰¹.

En la misma línea, en el Derecho Italiano, Stefano Rodotà analiza los efectos de la omnipresencia del Derecho en los diversos campos de la vida, especialmente en la esfera privada, lo que fomentaría una crisis de legitimidad jurídica, ya que de la inflación legislativa deriva la ruptura de la funcionalidad del Derecho:

“Una exigencia social opuesta caracteriza el recurso al derecho cuando encuentra los ‘mundos vitales’, la vida cotidiana, las elecciones que conciernen a la existencia. En esta dimensión el derecho puede convertirse en el instrumento de ideologías o religiones que quieren imponer ciertos valores como, por ejemplo, en lo que se refiere al aborto, a la contracepción, a la reproducción asistida, a la experimentación con los embriones, a la eutanasia. En términos más generales, el derecho puede considerarse como un elemento esencial de una ‘disciplina’ global autoritaria de la vida, de la ‘biopolítica’, a la que se refiere Michel Foucault. Pero en los últimos tiempos, se han multiplicado las demandas de intervenciones jurídicas por parte de la opinión pública, dirigidas a regular los momentos de la vida que deberían dejarse a las decisiones autónomas de los interesados, su personalísima manera de comprender la vida, las relaciones sociales, su relación con el propio ser”⁴⁰².

En el mismo sentido de Stuart Mill y de Rodotà se ha manifestado alguna parte de la doctrina en el Derecho brasileño como por ejemplo Ávila Dalsenter Viveiros de Castro:

“La premisa que debería guiar esta reflexión sobre la legitimidad de las restricciones a la autonomía existencial, a la luz de la

⁴⁰¹ BROCHADO TEIXEIRA, Ana Carolina. *Autonomia privada e intervenção do Estado nas relações de família*, en: www.correiobrasiliense.com.br/app/noticia/brasil/2010/09/02/interna_brasil,211193/index.shtml publicacao de 2/9/10. Consultado el 28/03/2016.

⁴⁰² RODOTÀ, Stefano. Conferencia impartida en Rio de Janeiro, el 11 de marzo de 2003. Disponible en: <http://www.rio.rj.gov.br/pgm/publicacoes/UerjPalestraStefanoRodota.pdf>. Consultado el 12/02/2012.

legalidad constitucional, está en la expansión de la autonomía privada en función de la potencia de la noción de privacidad para garantizar espacios para el ejercicio de la libertad de escoger los rumbos de su existencia”⁴⁰³.

En la misma línea, Bodin de Moraes se ha manifestado en relación a la tensión entre libertad y paternalismo en el contexto brasileño:

[...] en lo que se refiere a las relaciones extra patrimoniales, el Código Civil, a la luz de una interpretación constitucionalizada, posiblemente pueda considerarse que ha retrocedido. De hecho, actualmente se debate si en virtud del mismo principio fundamental de la protección de la dignidad humana, no derivaría, lógicamente, una expansión de la autonomía privada en lo que se refiere a las elecciones de la vida privada de cada persona humana. Es decir, ¿la privacidad garantizada por la Constitución a una persona digna, plenamente capaz, no significaría, al menos en principio, un poder de elección más amplio sobre sus bienes más importantes⁴⁰⁴?

En otro lugar, Bodin de Moraes considera que el principio de libertad se materializa actualmente en términos de privacidad, intimidad y ejercicio libre de la vida privada y de los proyectos de vida individuales, lo que implica ausencia de interferencia de cualquier género y cualquiera grado⁴⁰⁵.

En una línea de radical rechazo del paternalismo, alienado claramente con Stuart Mill, se muestra el sociólogo alemán Wolfgang Sofky: en relación a la intervención por parte del Estado en la vida privada, afirma que las actividades que afectan a la autonomía del individuo son irrenunciables para el pluralismo social y para el propio desarrollo de la persona; y esto porque —dice— cada individuo “sabe

⁴⁰³ ÁVILA DALSENTER VIVEIROS DE CASTRO, Thamís. *Autonomia existencial na legalidade constitucional: critério para interpretação da cláusula geral de bons costumes no código civil de 2002*, Tese de Doutorado, UERJ, Brasil, Rio de Janeiro, p.66.

⁴⁰⁴ BODIN DE MORAES, Maria Celina. “Ampliando os Direitos da Personalidade” en José RIBAS VIEIRA. (Org.). *20 anos da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional?*, Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 371.

⁴⁰⁵ BODIN DE MORAES, Maria Celina. “Dignidade da pessoa humana”, En: *Princípios de Direito Civil contemporâneo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p.30.

mejor que las autoridades lo que es bueno para él”. Así que concluye que el paternalismo “es un engendro del pesimismo del Estado, y se apoya en la falsa idea de que los hombres no son capaces de cuidarse de sí mismos ni de conocer lo que les conviene”⁴⁰⁶. En la misma obra, apunta el mismo autor:

“Bajo las banderas de la seguridad social y la previsión social se van restringiendo más y más los espacios libres [...] El Estado nunca se ha contentado con asegurar la libertad [...] Siempre se ha afanado por la ampliación de su dominio, aunque sea bajo el pretexto de mejorar éticamente la sociedad”⁴⁰⁷.

En fin, los autores que se acaban de citar se muestran radicalmente antipaternalistas. Pero la razón para rechazar que el Estado pueda condicionar la autonomía personal —en el ámbito familiar o en los demás— es que solo puede ser invocado para ello el daño a otro, y no valoración alguna sobre el bien humano.

Otros autores muestran posturas más abiertas hacia el bien humano que pueda, eventualmente, ser asumido por el Estado. Así, los estadounidenses Sunstein y Thaler —jurista el primero, economista el segundo— han defendido una suerte de paternalismo que únicamente se plantea “influir” en las elecciones que los individuos deben adoptar. Tal interferencia en la libertad del individuo no trata de suprimirla, sino que la dirige a opciones que el Estado, desde el punto de vista del bienestar y el bien común, entiende o establece como buenas opciones. Según esta línea de pensamiento, en algunas materias el Estado procedería a establecer las reglas “estándar” a las que el individuo podría o no adherirse, garantizando así su libertad de elección, pero tratando de influir en esas elecciones, en la medida en que esta previsión ya indicaría una opción a seguir. De esta manera, optan por una línea de “paternalismo libertario”⁴⁰⁸, en una modalidad que puede denominarse también “paternalismo débil”, en cuanto, a pesar de la indicación del Estado, esta solo sería una mera opción a seguir o no por los individuos.

⁴⁰⁶ SOFSKY, Wolfgang. *Defensa de lo Privado*, trad. de VILLANUEVA SALAS, Marciano, Valencia, 2009, p. 59.

⁴⁰⁷ SOFSKY, Wolfgang. *Defensa de lo Privado*, cit., p. 31.

⁴⁰⁸ El primero de los autores, profesor de Derecho en Harvard, ha publicado él solitario la obra: *Paternalismo libertario. ¿Por qué un empujoncito?*, trad. de PALACIO AVENDAÑO, Martha, Ed. Herder, 2017 (original publicado en inglés en 2014).

A este respecto, Sunstein y Thaler aclaran que este paternalismo considera “legítimo que las instituciones privadas y públicas intenten influir en el comportamiento de las personas, incluso cuando no haya efectos para terceros”. De modo que abogan “por un esfuerzo autoconsciente por parte de las instituciones públicas y privadas, para guiar las elecciones de las personas en direcciones que contribuirán a mejorar su propio bienestar”⁴⁰⁹. Pero parece que esta capacidad de “guiar” a las personas no la consideran legítima para los poderes públicos en materia de matrimonio: sería un paternalismo —en su terminología— intolerable. Veámoslo.

Específicamente sobre al matrimonio, estos autores proponen su “privatización” porque entienden que la retirada de esta materia del ordenamiento jurídico podría resolver muchos problemas en el ámbito del derecho de familia, incluyendo la posibilidad de reconocimiento de las parejas homo-afectivas y el conflicto existente entre la posibilidad de reconocer los efectos jurídicos a estas uniones, en conflicto con algunas creencias religiosas que no aceptan dicha posibilidad. La llamada privatización del matrimonio, o “desjurisdificación”, presupone que los asuntos inherentes a la pareja competen a los cónyuges, siendo los mismos sus propios legisladores, lo que hace suponer que el legislador debería eliminar paulatinamente los contenidos tratados anteriormente acerca del matrimonio⁴¹⁰.

Según estos autores, privatizando el matrimonio se atendería perfectamente a ambas libertades: la de constituir libremente una familia y la de profesar libremente cualquier religión. La propuesta también incluye que el Estado confiriera a las personas solo el *status* de unión civil cuando optasen por establecer una convivencia duradera, pública y con la intención de constituir una familia, tratando indistintamente los diversos arreglos o modalidades familiares, todo ello sin olvidar que la función del matrimonio habría cambiado en la sociedad, así como

⁴⁰⁹ CASS SUNSTEIN, R. y THALER, Richard. “O paternalismo libertário não é uma contradição em termos”, traducción de Fernanda Cohen, *Civilistica.com., Revista eletrônica de direito civil*, Rio de Janeiro, 4, n.º.2, 2015, p. 4, Disponible en: <<http://civilistica.com/o-paternalismo-libertario-nao-e-uma-contradicao>>. Data de acceso: 06/04/2016.

⁴¹⁰ SUNSTEIN, Cass y THALER, Richard. “O paternalismo libertário não é uma contradição em termos”, *Ibidem*.

otros valores, lo que conllevaría la necesidad de revisar la legislación sobre la referida materia:

“En la medida en que ha sido establecida a través del Gobierno, la institución matrimonial fue originalmente una forma gubernamental de autorizar las actividades sexuales y la procreación. [...] Pero el matrimonio oficial ya no desempeña este papel. De hecho, las personas ahora tienen el derecho constitucional de tener relaciones sexuales incluso sin estar casadas —y las personas se convierten en padres, incluso los padres adoptivos, sin el beneficio del matrimonio—. Ahora que el matrimonio ya no es un requisito previo para que se pueda hacer sexo o tener hijos, el papel legitimador del Estado parece menos importante”⁴¹¹.

Al reproche de paternalismo jurídico al intento de configurar legalmente un matrimonio que coarte la autonomía personal se suma también la filósofa mexicana Paulette Dieterlen. Atribuye al “estado de la opinión pública del llamado Primer Mundo”, el mérito de haber esfumado “la identidad del matrimonio”: lo ha sido “entre la privacidad y el pluralismo ilimitado del mundo de ‘la opinión subjetiva’”⁴¹². El resultado es que, a su juicio, en este escenario, “se empieza a cuestionar si una única e inequívoca definición del matrimonio —como también de la familia— es una pretensión políticamente correcta o si, por el contrario, estamos ante un propósito radicalmente antidemocrático”. Y el dictamen que hace es este: “La imposición desde arriba de un único modelo legal para la convivencia sexual y para la procreación y educación de los hijos ¿no resulta contraria a la libertad y al pluralismo cultural y social del sistema democrático? Y esa liberación y privatización del ámbito sexual ¿no vuelve a exigir, en una segunda pero inmediata fase, soltar las amarras entre la sexualidad y el matrimonio suprimiendo la heterosexualidad del matrimonio?”. A lo que añade: “¿Cómo imponer en

⁴¹¹ SUNSTEIN, Cass y THALER, Richard. “O paternalismo libertário não é uma contradição em termos”, *cit.*, p. 237.

⁴¹² DIETERLEN, Paulette. “Paternalismo y bienestar”, *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 5, 1988, pp.178-191. “La secuencia” de este proceso la describe “en tres pasos” y sería la siguiente: “a) la pareja —cada pareja concreta— es lo importante y lo real; b) Qué sea una pareja es algo que solo a ella compete; y c) cada una de estas es libre en diseñarse como mejor le parezca”.

democracia un modelo cerrado, inequívoco, definido de matrimonio en el que heterosexualidad, matrimonio, procreación y familia vayan inseparablemente unidos, sin que por esta misma imposición se traiciona el pluralismo democrático⁴¹³? En definitiva, el paternalismo del Estado, también en materia de matrimonio, produciría como efecto reducir “la utilidad” y violar “los derechos de las personas a elaborar sus propios planes de vida”⁴¹⁴.

Específicamente también sobre la familia, según el influyente sociólogo inglés Antony Giddens, es mejor que el Estado deje las decisiones al libre albedrío de las personas. Así, entiende que en el ámbito de la familia “es suficiente con dejar que las cosas vayan a su aire”⁴¹⁵. Es cierto que, al menos, Giddens otorga un cierto papel o responsabilidad a la “política familiar”: esta “ha de intentar promover la igualdad sexual total en la esfera doméstica, protegiendo los intereses de los niños y ayudando a estabilizar la vida familiar”⁴¹⁶. Pero, a su juicio, en los países industriales la vida familiar ha cambiado tanto “que no puede haber marcha atrás hacia la familia tradicional como comúnmente se la ha venido entendido. La idea de modernización es tan aplicable aquí como en cualquier otro ámbito”.

Para finalizar, Lôbo, siguiendo a la doctrina brasileña mayoritaria, confiere al “principio de libertad” un protagonismo omnímodo en la globalidad de la vida familiar: a él concierne, sobre todo, “el libre poder de elección o autonomía de constitución, realización y extinción de la entidad familiar, sin imposición o restricciones externas de parientes, de la sociedad o del legislador” (no cabrían, pues, ni la imposición de condiciones subjetivos a los contrayentes, como los impedimentos, ni apuesta por la estabilidad...); como también confiere el protagonismo a aquel principio en cuanto “a la libre adquisición y administración del patrimonio familiar; a la libre planificación familiar; a la libre definición de los

⁴¹³ La autora atribuye a la Iglesia Católica la negación de este pluralismo democrático; en estos términos: “¿No será la tradición judeo-cristiana, consolidada en la institucionalización canónica de una única forma de matrimonio, la que se pretende imponer desde el autoritarismo fundamentalista ideológico-religioso de la Iglesia Católica?”.

⁴¹⁴ DIETERLEN, Paulette. “Paternalismo y bienestar”, *cit*.

⁴¹⁵ GIDDENS, Antony. *La tercera vía y sus críticos*, Madrid, Taurus, 2000, pp. 55-56.

⁴¹⁶ Añade al respecto: “La política social para la familia como también para la economía ha de ser predominantemente ‘de oferta’. Debe fomentar las condiciones en las que los individuos sean capaces de establecer lazos estables con otros, especialmente donde haya niños implicados y acepten las responsabilidades que vienen aparejadas con las libertades contemporáneas”.

modelos educativos, de los valores culturales y religiosos; a la libre formación de los hijos, siempre que se respeten sus dignidades como personas humanas; a la libertad de actuar, basada en el respeto de la integridad física, mental y moral”⁴¹⁷.

b.2) No hay paternalismo en una configuración del ius connubi que atienda al bien común

En una segunda vertiente, que se contempla en esta investigación, también se rechaza el paternalismo jurídico como pretensión legítima del Estado. Sin embargo, según esta línea de pensamiento, no habrá ningún tipo de paternalismo cuando el Estado intervenga a fin de cumplir fielmente sus funciones primarias, para las cuales fue incluso concebido.

Ocurre, desde luego, en la materia de matrimonio y familia, siguiendo los fundamentos que se han venido presentando en esta Tesis, de forma que cuando el Estado limita la libertad individual no está siguiendo los postulados paternalistas, sino que solo estará ejerciendo su papel de gestor de los derechos y libertades individuales en el marco de las relaciones interpersonales. El Estado, a través del Derecho, no persigue —paternalmente— hacer a las personas “buenas” o “dignas”, y menos protegerlas contra ellas mismas, sino asumir ciertas exigencias jurídicas en relación con las personas, expresivas también de una ética pública mínima que dimana de la dignidad humana⁴¹⁸. Con ello, el Derecho está tutelando la dignidad de la persona, protegiendo *per se* a cada individuo, pero solo en su necesaria interdependencia social: en esto reside principalmente el bien común y el fin de la sociedad.

En esta línea de pensamiento se ha manifestado Prieto Álvarez: “rechazado el paternalismo como pretensión legítima del Estado” (advierte que también lo hace el liberalismo), entiende que “la justificación de la intervención pública en la libertad personal se sitúa en lo que constituye, en último término, la finalidad de

⁴¹⁷ LÔBO, Paulo. “Direito de família e os princípios constitucionais”, En: DA CUNHA PEREIRA, Rodrigo (Org.), *Tratado de Direito das famílias*, Instituto Brasileiro de Direito de Família, Belo Horizonte, Ed. IBDFAM, 2ª Ed., 2016, p.118.

⁴¹⁸ DORN GARRIDO, Carlos. “La dignidad de la persona: límite a la autonomía personal”, *Revista de Derecho*, n° 26, 2011.

todo poder público: la consecución del bien común social”⁴¹⁹. Es decir, no obedece a ningún tipo de paternalismo la intervención estatal que esté plenamente justificada por la función inherente de lograr el bien común. Y ello porque es precisamente la finalidad del bien común la que debe orientar la ordenación de la sociedad y del propio actuar del Poder Público.

Tal orientación ya había sido incluida, resumida hace más de cien años, en la Encíclica *Rerum Novarum*, cuando sentó que “lo justo es dejar a cada uno obrar con libertad hasta donde sea posible, sin daño del bien común y sin injurias de nadie. No obstante, los que gobiernan deberán atender a la defensa de la comunidad y de sus miembros”⁴²⁰.

El problema es que el hombre contemporáneo parece no percibir que necesita de la vida en sociedad. El hecho de que esté impregnado de un relativismo moral y de un individualismo extremo le hace desconfiar del bien común y es lo que le lleva a reivindicar un orden social neutral y puramente formal⁴²¹. En definitiva, más allá de las libres y autónomas opciones afectivo-sexuales personales y privadas, cuando el poder público regula el derecho al matrimonio lo hace atendiendo al bien común, razón de ser de su existencia.

Si acogiéramos (en realidad, no es necesario hacerlo) la clasificación propuesta por Camps —según el cual no hay paternalismo cuando se trata de paternalismo justificado y, por otro lado, sí hay paternalismo cuando el Estado interfiere en la vida y en las elecciones de las personas o de un grupo, pretextando un cierto interés que solo concierne a la ideología que se quiere imponer⁴²²— se entiende paternalista la intervención estatal que limita las elecciones individuales

⁴¹⁹ PRIETO ÁLVAREZ, Tomás. “La intervención del Estado en la libertad individual: liberalismo, paternalismo, bien común”, *cit.*, p.10.

⁴²⁰ PRIETO ÁLVAREZ, Tomás. “La intervención del Estado en la libertad individual: liberalismo, paternalismo, bien común”, *Ibidem*. En este artículo, el Profesor Prieto Álvarez hace referencia a la *Encíclica Rerum Novarum*, de 15 de mayo de 1891, del Papa León XIII.

⁴²¹ PRIETO ÁLVAREZ, Tomás. “La intervención del Estado en la libertad individual: liberalismo, paternalismo, bien común”, *Ibidem*.

⁴²² “Hay “paternalismo”, en el sentido peyorativo, común, no justificable del término, cuando bajo la apariencia de que se está protegiendo a un individuo o grupo, de hecho se está persiguiendo el propio bien, defendiendo el propio interés. Bajo el nombre del bien común, quiere imponerse una cierta ideología”. CAMPS, Victoria. “Paternalismo y bien común”, *cit.*, p. 198

en lo que se refiere a la libertad de constituir una familia, o de no estar casado. Así, podemos preguntarnos ¿la eliminación de nuestro ordenamiento de la libertad de contraer un matrimonio indisoluble es una medida paternalista? (se tratará de esto en la próximo capítulo).

En este sentido, Elósegui Itxaso se ha referido a la interferencia de la ética en el Derecho; aunque se trate de una cita extensa, vale la pena la transcripción.

“La primera perspectiva se basa en las éticas de larga tradición en el pensamiento griego, judío y árabe, proyectada principalmente en la concepción del matrimonio que se refleja en el derecho canónico, más que en el derecho napoleónico (ya que este último es poco igualitario). Esta visión concibe que el derecho debe de respetar ciertos criterios éticos y dar forma jurídica a instituciones sociales ya existentes, como la familia y el matrimonio.

La segunda concepción considera que el derecho puede regular lo que quiera, con independencia de los juicios de valor que merezcan determinadas conductas. Esta visión basada en ciertas éticas anglo-sajonas y en el liberalismo (y como contraste en la filosofía marxista), defiende que el derecho prioritario es la autonomía del individuo, con el solo límite del daño a terceros. Inicialmente esta filosofía se caracterizó por exigir del Estado la no intromisión en las conductas individuales desarrolladas en la esfera privada, pero en estos últimos años ha dado un giro y exige no solo la no penalización o descriminalización, sino la intervención positiva de los poderes públicos para especial protección jurídica de ciertas conductas. [...]

Precisamente en el mundo occidental se ha desencadenado una fuerte polémica referente a los límites de la tolerancia. Para algunos, la sociedad, debe servirse del derecho para la protección de ciertas instituciones. Subyace aquí un problema más amplio como es el de los límites entre los derechos individuales y el derecho del grupo social en cuanto a la imposición de determinados valores que les protegen a ellos mismos como parte

de dicha comunidad. Hasta qué punto, se preguntan, hay actuaciones privadas que no repercutan en el ámbito de lo público, más aún cuando son conductas que indudablemente conllevan una valoración ética⁴²³.

Este texto se hace eco de una gran contradicción: aquellos que sostienen que el Estado no debe intervenir para limitar la autonomía de las personas, justifican su posición a partir de la libertad de escoger el mejor proyecto de vida conforme a su voluntad; es decir, en función de la intimidad del ser humano. Sin embargo, lo que reclaman es precisamente lo opuesto, ya que al querer el reconocimiento del matrimonio en situaciones que no se adecuan a su esencia antropológica, lo que efectivamente desean es hacer pública su condición, imponiendo a toda la sociedad una redefinición de la institución en cuestión —en este caso la matrimonial—. No perciben el salto cualitativo entre, de una parte, el respeto —indudable— a la autonomía y privacidad de cada cual y, de otra, el acogimiento público que sus privadas querencias. Recuerda este salto lo que al respeto ha escrito el italiano Claudio Sartea: esta “entronización del individuo con sus deseos”, que “impone al Estado la protección de todo interés para el que el individuo pida protección”, supone colocar “en el corazón mismo del sistema legal una bomba de relojería”⁴²⁴.

En la misma línea de pensamiento, Basset ha explicado que “la vida privada exige secreto”. Pero la pretensión bajo análisis —se refiere a la de acceder al matrimonio— “es una pretensión inversa a la de la privacidad”: de publicidad, de reconocimiento y protección por parte del Estado. Pero que, en este caso, dice, “conlleva una redefinición del concepto de matrimonio, que abarcaría tanto a los nuevos matrimonios que se celebrarían si se aprobara una ley como a los matrimonios ya contraídos entre personas heterosexuales, que verían redefinida retroactivamente la institución que contrajeron —sin poder optar por otra solución—”. De modo que esta la consecuencia: “las asociaciones que solicitan el

⁴²³ ELÓSEGUI ITXASO, María. “Antropología y Matrimonio”, *cit.*, pp.154-155 y p.175.

⁴²⁴ SARTEA, Claudio. “Aventuras y desventuras del derecho a la privacidad”, en SANTOS, José Antonio, ALBERT, Marta y HERMIDA, Crisitna (eds.). *Bioética y nuevos derechos*, Comares, Granada, 2016, p. 193. Esta “bomba de relojería” sería: “cada vez que un individuo, en nombre de su privacidad, pida protección para un interés arbitrario, no sería posible oponerle exigencias de coherencia y de justificación racional de su pretensión, con excepción del caso en que su pretensión ponga en peligro la libertad de otros análogamente reconocidos y protegidos por el ordenamiento”.

derecho a casarse para las parejas del mismo sexo terminarían imponiendo totalitariamente a todos los ciudadanos una definición de matrimonio que conviene a sus pretensiones, de manera retroactiva y sin que los afectados por esta redefinición pudieran optar”⁴²⁵.

Como ya hemos indicado, esta Tesis Doctoral defiende que el Estado, al intervenir en el matrimonio, estableciendo reglas para su constitución y disolución, no está llevando a cabo ningún tipo de paternalismo estatal, sino que cumple un rol que le compete y para el cual fue creado, que es la consecución del bien común social, en virtud del cual le corresponde administrar las libertades en la sociedad. Obviamente, este papel implica imponer límites, siempre que existan justificaciones para ello. Y este es indudablemente el caso del tema aquí tratado, de enorme trascendencia de cara a la convivencia armónica entre los ciudadanos, en la socialización y en el civismo de un pueblo.

Sin embargo, somos conscientes de la necesidad de crear una nueva cultura o una contracultura para rescatar la verdad sobre la naturaleza y la esencia del matrimonio, o para que no se transforme en un instituto vacío o se altere sustancialmente su contenido, hasta hacerlo irreconocible.

Es frecuente que se alegue que al Estado no le corresponde decidir sobre las mejores opciones para el bien social, en materia de matrimonio o en tantos otros, pues al hacerlo está violentando su neutralidad ética. Estamos ante un verdadero mito, un imposible metafísico, pues no puede el poder público librarse de decisiones de implicaciones morales. El Estado, por lo tanto, en el ejercicio de su función como administrador del bien común, puede y debe asumir determinadas opciones morales y, en concreto, la moral puede ser utilizada como límite de las libertades. La neutralidad ética estatal, pues, no existe, pues el Estado no puede dejar de tomar postura sobre cuestiones de incidencia moral —como es, indudablemente, el matrimonio—; y decir que, ante él, se opta por un pluralismo éticamente aséptico, en el que todo cabe, resulta palmariamente falaz: es claro que esta “inhibición” no

⁴²⁵ BASSET, Ursula Cristina. “Parejas de personas del mismo sexo, Derechos humanos y derecho civil”, en *El matrimonio, un bien jurídico indisponible*, Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica Argentina, abril de 2010, pp.35-36.

tiene nada de neutralidad ética, sino que lo implica es una neutralización de los valores éticamente más comprometidos. En la misma línea también ya se manifestó Prieto Álvarez:

“Debe, por tanto, resaltarse que imponer al Estado una incapacidad o inhibición ética sobre los valores humanos que inspiren el bien común tiene un efecto neutralizador de tales valores, pero —precisamente por eso— no supone, en realidad, un ejercicio de neutralidad ética: implica una opción pública por el no-valor”⁴²⁶.

Así, siguiendo a modo de conclusión, reproducimos las palabras de Prieto Álvarez, las cuales suscribimos, en el sentido de que el Estado, cuando establece coactivamente las líneas maestras de la institución matrimonial, no incurre en ningún tipo de paternalismo jurídico.

“Este razonamiento es aplicable a lo que para algunos supondrá un ejercicio de paternalismo estatal intolerable. Ciertamente, no corresponde al Estado interferir en las opciones o acciones afectivo-sexuales de las personas que no supongan agresión a otros⁴²⁷. Pero cuando aquel configura —constitucional o legislativamente— el derecho al matrimonio, aportando un refrendo público a las uniones entre personas (refrendo al que liga determinadas consecuencias sociales), no puede sino atender al bien común que debe servir. Y por ello, el Estado puede, muy legítimamente, sin censurar las acciones privadas en este ámbito, dejar fuera de aquel reconocimiento público ciertas uniones (en concreto, la poligamia, la poliandria y las uniones homosexuales, o incluso otras opciones afectivas y/o sexuales); ello en la medida

⁴²⁶ PRIETO ÁLVAREZ, Tomás. “La intervención pública en la libertad individual. Liberalismo, Paternalismo del Estado, Bien común”, *cit.*, p.112.

⁴²⁷ Bien explicaba el maestro RECASÉNS SICHES que “el Derecho no debe prohibir muchos vicios, por horriblos y detestables que sean, cuando tales vicios no tienen inmediata y directa repercusión sobre el bien común. El fin del Derecho positivo no es la beatitud del individuo, sino solo aquello que resulta necesario para la convivencia y cooperación sociales ordenadas de modo pacífico, seguro y justo. Así, por ejemplo, manifiesta Suárez que el Derecho positivo no puede, no debe, prohibir la fornicación simple no escandalosa. No debe prohibirla, porque el afán del Derecho no es lograr la perfección moral de los individuos (...), sino tan solo ordenar la paz y la justicia exteriores”. Cfr. *Introducción al estudio del Derecho*, 7ª ed., Porrúa, México, 1985, p. 97.

en que estas no colaboran a la consecución del bien común como lo hacen las uniones estables heterosexuales de un hombre y un mujer, las normalmente reconocidas en la mayoría de las legislaciones. Cuando esto se hace, el poder público no incurre en un paternalismo jurídico (pues en realidad no está buscando el bien de las personas afectadas); tampoco en un perfeccionismo o moralismo que impongan a sus ciudadanos una determinada idea de lo que conviene para su bien moral (o “ideales de vida”, suele decirse): lo que está haciendo, sencillamente, es discernir lo que contribuye al bien común social de lo que no lo hace”⁴²⁸.

Por el contrario, la gran mayoría de la doctrina brasileña se inclina por el liberalismo radical, que impide que el Estado intervenga en la autonomía y libertad en lo que se refiere a las relaciones existenciales de la persona.

El que se pretendan reconocer iguales derechos y efectos jurídicos a las familias formadas a partir de la institución del matrimonio y a las demás formas de convivencia (parejas estables, heterosexuales, homosexuales, matrimonios homosexuales, poligamia, etc.), además de no proteger el bien común de la sociedad, dejan de proteger y fomentar a las familias estructuradas, causando también daños a quienes quieran optar, o que ya hayan optado por el matrimonio. Otorgar iguales efectos jurídicos a todos estos variados casos, vacía el fin y contenido del matrimonio —como ya se ha visto—, haciéndolo vulnerable ante la sociedad, restándole la relevancia que merece en cuanto instituto formador de nuevas familias; y también, a medio y largo plazo, provocan daños a la sociedad y a las próximas generaciones, en la medida en que establecen igualdad de efectos jurídicos a situaciones muy distintos, equiparando a la familia formada por el matrimonio a la de los arreglos que solo atienden a intereses individuales.

Debe añadirse, además, que la protección por parte del Estado, en igualdad de condiciones, a las familias estables y potencialmente generadoras de nuevas vidas y a las “familias” desestructuradas, inestables, no abiertas a la fecundidad, y

⁴²⁸ PRIETO ÁLVAREZ, Tomás. “La intervención pública en la libertad individual. Liberalismo, Paternalismo del Estado, Bien común”, *cit.*, p.118.

que, por tanto, no promueven el bienestar colectivo, acabará estimulando el narcisismo, el individualismo exacerbado y el relativismo moral. Es decir, acaba impulsando todo aquellos que es contrario al bien común colectivo ya que no incentiva la construcción de vínculos sólidos y permanentes —tal y como como se aprecia en la actualidad—. Tales valores y preceptos son fundamentales para el pleno desarrollo del ser humano en el seno familiar y romperlos afectaría precisamente a los más vulnerables (a los menores) que crecerían en este entorno con innumerables problemas de orden psicológico. Debe cuidarse de que los menores no se encuentren en entornos inseguros, inestables, no siempre acogedores, porque de lo contrario surgirán problemas de socialización para estos individuos en el futuro.

Por consiguiente, al contrario de los que defienden la no la intervención del Estado en las relaciones existenciales (la libre constitución de vínculos “conyugales” estaría entre ellas)⁴²⁹, estamos totalmente de acuerdo con la idea de que el paternalismo no es lo que impulsa al Estado a limita la autonomía del individuo a la constitución del vínculo matrimonial⁴³⁰, ya que resulta justificable y

⁴²⁹ Entre ellos conviene citar algunos autores brasileños anteriormente mencionados: LÔBO, Paulo. “Direito de família e os princípios constitucionais”, *Tratado de Direito das Famílias*, 2ª ed., Belo Horizonte, Brasil, IBDFAM, 2016, p.118; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Dignidade da pessoa humana, Princípios de Direito Civil contemporâneo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, pp. 1-61, p.30 ; BODIN DE MORAES, Maria Celina. “Ampliando os Direitos da Personalidade”, en José RIBAS VIEIRA (Org.), *20 anos da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional?*, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 371; ÁVILA DALSENTER VIVEIROS DE CASTRO, Thamís. *Autonomia existencial na legalidade constitucional: critério para interpretação da cláusula geral de bons costumes no código civil de 2002*, Tese de Doutorado, UERJ, Brasil, Rio de Janeiro, p.66; BROCHADO TEIXEIRA, Ana Carolina. *Autonomia privada e intervenção do Estado nas relações de família*, en www.correiobrasiliense.com.br/app/noticia/brasil/2010/09/02/interna_brasil,211193/index.shtml.p_ublicacao_de_2/9/10. Consultado el 28/03/2016. CALMON NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme. *Princípios Constitucionais de Direito de Família*, São Paulo, ATLAS, 2008; FACHIN, Luiz Edson. “Famílias: entre o público e o privado”, en CUNHA Pereira, Rodrigo da (Org.), *Família: entre o público e o privado*, Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2012.

⁴³⁰ De la misma manera por ejemplo: PRIETO ÁLVAREZ, Tomás. “La intervención pública en la libertad individual. Liberalismo, Paternalismo del Estado, Bien común”, Op. Cit., p.118. ELÓSEGUI ITXASO, María. “Antropología y Matrimonio”. En: *El matrimonio: ¿contrato basura o bien social?*, AAVV, Navarra, Editorial Arandazi, 2008, p.145/193. BASSET, Úrsula Cristina, “Parejas de personas del mismo sexo, Derechos humanos y derecho civil”, En: *El matrimonio, un bien jurídico indisponible*, Publicación de la Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica Argentina, Abril de 2010, pp.35-44, CAMPS, Victoria, “Paternalismo y bien común”, *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 5, 1988. p. 198. RATZINGER, J., “El significado de los valores morales y religiosos en la sociedad pluralista”, en *Verdad, valores, poder. Piedras de toque de la sociedad pluralista*, colección de ensayos del mismo autor, Rialp, Madrid, 2000, 3ª ed., p. 90.

fundamentada esta intervención. También defendemos que existiría un paternalismo estatal precisamente en los casos defendidos por los liberales radicales, casos en los cuales el Estado se abstendría de funciones que le son inherentes. Ocurriría, por ejemplo, si el Estado —por acción u omisión, ya sea promulgando leyes o no tomando decisiones en relación con el tema— atendiera intereses que no debiera —casos en los que cediera a los antojos a los “desvaríos” de algunos grupos—. El Estado debe ser cuidadoso y vigilante porque si no, con su permisividad estaría impulsando incluso daños futuros por culpa de su omisión. Estaría fomentando una población cuya mentalidad tendría tendencia a ser arbitraria, déspota, egoísta e intolerante, lo que a largo plazo produciría efectos devastadores para la convivencia entre las personas.

En otras palabras, y en última instancia, los liberales radicales, cuyo axioma central es la autonomía sin restricciones, sostienen que el Estado no puede actuar como una especie de “padre” que restringe la libertad personal. Y tienen razón: no es ese el papel del Estado. Pero, en realidad, cuando el Estado deja de cumplir su papel principal de administrador y limitador de las libertades individuales también actúa como “padre”, pero un “padre” que con su conducta (por acción u omisión) causará un daño irreparable, no sólo a los más vulnerables, sino también al colectivo, al que ya no protegerá.

PARTE TERCERA - DOS PUNTOS
CLAVES EN LA NECESARIA
REAFIRMACIÓN DEL MATRIMONIO:
LA HETEROSEXUALIDAD Y LA
ESTABILIDAD

La tercera y última Parte de esta Tesis Doctoral parte de la siguiente premisa fundamental: el matrimonio siempre ha sido y continúa siendo la unión exclusiva, estable y fecunda entre un hombre y una mujer. De ahí que resulta imprescindible reafirmar dos elementos que han sido tratados de forma absolutamente equivocada: la heterosexualidad y la indisolubilidad.

Por ello, en esta parte se hará un análisis crítico precisamente sobre estos dos puntos clave del matrimonio en los sistemas jurídicos de Brasil y de España: 1º- El reconocimiento de la convivencia homosexual como matrimonio, con la equiparación de efectos jurídicos —eliminando el elemento heterosexualidad— y; 2º - El tratamiento dado en los dos países a la disolución del matrimonio, a través del divorcio —eliminando otro elemento esencial, la indisolubilidad—.

Bajo este análisis crítico, lo que se pretende demostrar es que el tratamiento dado a estos dos elementos esenciales del matrimonio, la heterosexualidad y la indisolubilidad, menoscaba el bien común social, además de desvirtuar la institución del matrimonio, vaciando su contenido y menospreciando sus finalidades principales.

Asimismo, y atendiendo al objetivo principal de la presente Tesis Doctoral, en esta Parte final se tratará de sustentar por qué es necesario y resulta urgente repensar los temas propuestos (reconocimiento y disolución del matrimonio) en los ordenamientos jurídicos objeto de estudio. ¿Qué se debe y qué se puede hacer?

La cuestionable reglamentación de estos dos temas en los sistemas jurídicos brasileño y español constituye la preocupación central de esta investigación. Sin embargo, para tratar la cuestión ha sido necesario recorrer un camino para poder extraer las conclusiones a las que se pretende llegar.

Después de observar la regulación que respectivamente ofrecen los dos sistemas jurídicos de Brasil y de España en las legislaciones anteriores a la

actualmente en vigor (Capítulo I), y de rescatar el verdadero sentido, concepto, naturaleza y fines del matrimonio (Capítulo II), también se han analizado los movimientos políticos, sociológicos, culturales e ideológicos que a lo largo de los años han contribuido a una tergiversación generalizada de la intervención del Estado en materia de reconocimiento y disolución del matrimonio.

En este sentido, ahora se va a intentar explicar y reconocer que los sistemas jurídicos de Brasil y España (como muchos otros), se dejaron arrastrar por una serie de ideologías e ideas políticas. Estas ideologías, de alguna manera, aportaban una supuesta legitimidad jurídica a sus propuestas sobre el matrimonio —a pesar de que se pueda cuestionar su misma constitucionalidad—, pero estas han desembocado en una verdadera "desnaturalización y desfamiliarización" del matrimonio, convirtiéndolo en algo muy diferente a lo que realmente es y siempre ha sido.

El problema va mucho más allá de cambiar las leyes. El contexto en el que se sitúan esos cambios legislativos tiene un origen profundo. Tales cambios engarzan con el hecho de que los sistemas políticos modernos, como ya ha resaltado Donati, parten de una "concepción de democracia basada en la neutralidad ética y, por tanto, no pueden tomar posición sobre lo que constituye una familia"⁴³¹. Ya hemos defendido a lo largo de la presente Tesis Doctoral que dicha "neutralidad", además de falaz, es un equívoco, puesto que, cuando el Estado no toma posición ninguna en aspectos del matrimonio con alguna relevancia ética, entendemos que está tomando una posición: la de renuncia ese valor ético y, y con ello, la de no proteger el matrimonio y la familia fundada por él.

Por una cuestión metodológica, y con el fin de evitar la repetición de argumentos, hemos optado por tratar en esta Parte, en un primer Capítulo —que sería el quinto en la serie total—, la cuestión de la heterosexualidad como elemento inherente que es al concepto de matrimonio, que debe ser rescatado en los sistemas jurídicos de Brasil y España, en cuanto parecen haber olvidado su razón y relevancia. De ahí que el primer tema que se propone replantear en los

⁴³¹ DONATI, PIERPAOLO, *La familia como raíz de la sociedad*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 2013, pp.81-82.

ordenamientos jurídicos de los dos países es el tratamiento dado a las convivencias homosexuales, reconocidas erróneamente como matrimonio, ya sea mediante la ley o por la jurisprudencia.

El segundo punto que esta tercera Parte —como Capítulo sexto— se propone replantear, en el ordenamiento jurídico de ambos países, es el divorcio. En realidad, lo que se pretende es rescatar el elemento esencial de la estabilidad, permanencia o indisolubilidad del matrimonio, de modo que el compromiso matrimonial, frente a otras relaciones humanas, no nace sometido a término o plazo. De hecho, antes de examinar cómo cada uno de los sistemas jurídicos han abordado la materia, se destacará la importancia de la estabilidad familiar para el bien común de la sociedad; también se apuntarán —aunque sea brevemente ya que afecta a otras ciencias— las principales consecuencias que el divorcio trae consigo no solo para la familia misma, sino también para la sociedad. Además, se sugerirán otras alternativas al tratamiento jurídico dado al divorcio por los sistemas jurídicos de los dos países objeto de estudio.

Al analizar el tratamiento jurídico que se ha otorgado al divorcio, será importante también reflexionar sobre lo que representa para la sociedad la regulación actual del divorcio y si el mismo atiende a los intereses que el Estado debe proteger a favor del bien común. En otras palabras, se analizará la importancia del elemento de "indisolubilidad" del matrimonio desde la perspectiva del bien común.

Entendemos que repensar estos dos temas acerca del matrimonio es el primer paso para rescatar su tratamiento adecuado y digno, así como rescatar la dignidad de aquellos que optan por él. Es mucho lo que está en juego: en último término, se trata de promover el bien común (muy mal interpretado actualmente); para ello se ha posibilitar el logro de las principales finalidades del instituto, tanto en el ámbito familiar como en la sociedad, con el efecto de promover un futuro más humano para las próximas generaciones, que pueda invertir la subversión de los valores en la que estamos inmersos en la actualidad. Porque como ya ha afirmado san Juan Pablo II: "El futuro de la humanidad se fragua en la familia!" (FC 86). Y no queda ninguna duda de que la familia fundada por el matrimonio "sigue siendo

en lo que la sociedad tiene de más cohesivo, productivo y proyectivo, la base estructural más esencial, en cuanto que es su *paradigma ético de base*⁴³², como ha advertido Donati.

Sería ingenuo creer que solo una nueva regulación de estos temas pueda resolver de pronto todos los problemas en materia de familia y matrimonio; pero entendemos que el tratamiento jurídico adecuado puede fortalecer, en principio, al Derecho de familia, de modo que este vuelva a tener sentido y recupere su racionalidad y su justificación objetiva.

Puede parecer un objetivo meramente teórico y, por ello, incipiente, pero estamos convencidos de que una adecuada regulación del matrimonio repercute y mucho en la práctica en nuestra sociedad, por lo que entendemos necesario dar este primer paso.

⁴³² DONATI, PIERPAOLO, *La familia como raíz de la sociedad*, cit., p.243.

CAPÍTULO V - LA HETEROSEXUALIDAD COMO NOTA ESENCIAL DEL MATRIMONIO

“Buscar lo que es verdad no es buscar lo que uno desea”. (Albert Camus)

1. Atribuir a cualquier tipo de convivencia los mismos efectos jurídicos del matrimonio, ¿es una forma de protección e inclusión para todos?, ¿es la solución correcta y justa?

La primera reflexión crítica que proponemos sobre la regulación del matrimonio puede reflejarse con los interrogantes que dan el título a este apartado.

El punto nodal que se pretende cuestionar aquí es el siguiente: cuando el Estado interviene jurídicamente, ya sea promulgando normas jurídicas o a través de la jurisprudencia, equiparando el matrimonio con cualquier tipo de convivencia homosexual, incluso de varias personas, ¿está el Poder Público cumpliendo con sus funciones esenciales?, ¿estaría así asegurando el principio de igualdad en la sociedad? Además, ¿la homogeneidad del tratamiento para cualquier modelo de convivencia, constituye una solución democrática?

Como ya se ha indicado, a lo largo de la presente Tesis Doctoral sustentaremos que la respuesta es negativa para todos los interrogantes anteriores. Tratando de igual manera cualquier convivencia social, heterosexual u homosexual, monógama o polígama, el Estado en realidad no está cumpliendo con la función para la que fue creado que es la de administrar las libertades individuales en las relaciones intersubjetivas en beneficio del bien común. Y, además, tampoco está para aplicando el principio de igualdad, ya que no cabe tratar de la misma manera

y atribuir los mismos derechos y deberes a quienes se encuentran en situaciones muy distintas.

Detrás de estas cuestiones, surgen otras preguntas: prescindir de la heterosexualidad como elemento fundamental del matrimonio ¿es la solución a ciertas demandas que se plantean?; al legislador ¿se le da la posibilidad de 'reformular' o 'reinventar' algún concepto esencial de esta institución?; ¿es democrático inventar nuevos contenidos para un instituto multiseccular socialmente establecido?

Hay que responder negativamente a todas estas cuestiones. Sin embargo, el mayor problema tal vez no sea el de presentar respuestas fundadamente negativas a estas preguntas. ¡No es solo eso! Lo que resulta aún más grave es que, actuando de esta manera, ya sea por acción u omisión, el Estado de hecho está desnaturalizando el matrimonio, convirtiéndolo en un instituto vacío y desprovisto de finalidades o, como se ha dicho antes, “convirtiéndolo en una cáscara vacía”⁴³³.

La explicación de lo que se ha sustentado anteriormente debe comenzar de la manera más básica posible, porque a partir de ahí será posible comprender que el problema no tiene nada que ver con creencias, formalismos, modas, discriminación o cualquier otro argumento. A menudo, y en el Derecho esto resulta ser muy común, se debate mucho acerca de un tema y cada "corriente" de pensamiento acaba repitiendo los mismos argumentos, sin darse cuenta de que no se trata solamente de "tener una opinión", sino de conocer el significado de las palabras, su etimología y, con respecto a un instituto, conocer su sentido antropológico.

Por ello, hay que comenzar por el significado etimológico de la palabra matrimonio. En primer lugar, existe un grave error al atribuir esta palabra o término a todas las situaciones de convivencia. El término ‘matrimonio’, deriva del latín “*matrimonium*”, – “*mater*” y “*monium*”, que respectivamente significan madre y

⁴³³ ESCRIVÁ-IVARS, Javier. La expresión fue utilizada en una ponencia realizada en mayo de 2012, en el Congreso Mundial de familias, Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=05PKawXa3U0>. Consultado el 04/10/2019.

función, misión (variación fonética de *munus*). “*Mater*”, a su vez, significa la que da a la luz, o la que da la vida. Por lo tanto, no hay duda de que el término ‘matrimonio’, de origen latino, está aludiendo a la maternidad de la que deriva esta modalidad unitiva, lo que por cuestiones naturales solo permite suponer una unión entre un hombre y una mujer. La palabra está etimológicamente vinculada a la unión con una misión de la procreación.

Por consiguiente, a partir de esta fundamentación muy básica, ya se concluye que el término matrimonio no se está utilizando adecuadamente. Obviamente, no se trata solo de una cuestión de nomenclatura. Esta argumentación inicial se presta al menos para entender que los que pretenden utilizar este término para designar una cosa distinta de su verdadero sentido, solo pueden estar actuando así por alguna de las dos razones siguientes: si de buena fe no conocen el origen de la palabra, ni siquiera saben lo que defienden porque no conocen su significado; si, por el contrario, actúan de mala fe, a pesar de saber perfectamente lo que la palabra significa, aun así anhelan “apropiarse” de ella para que la misma signifique cualquier cosa, y con ello, al mismo tiempo, no tenga ningún sentido.

En una conferencia celebrada en la Universidad de Burgos, tuvimos la oportunidad de escuchar las palabras del profesor IORIO, quien explicó que es una práctica común “vaciar el significado de una palabra para luego darle el significado que se quiere dar”⁴³⁴. Esto parece ser lo que está sucediendo hoy con el matrimonio.

Aunque lo que esté en juego no sea solamente una cuestión de mal uso de las palabras, sino algo mucho más profundo. Merece ser recordada una cita sobre el mal uso de las palabras del célebre escritor Camus: “nombrar mal las cosas es agravar la desgracia del mundo”⁴³⁵. Así que “el nombrar mal” de que aquí se trata revela un intento peligroso de construir un modelo trastocado de sociedad, cuya consecuencia solo podrá verse más adelante.

⁴³⁴ Frase del profesor Rafael Mário Iorio Filho, pronunciada en una conferencia en la Universidad de Burgos, en el mes de octubre de 2019.

⁴³⁵ CAMUS, Albert.

Por lo tanto, las palabras tienen su propio significado, derivado del lenguaje y la etimología misma. No se pueden vaciar para entonces inventar aleatoriamente un nuevo significado. Por el contrario, usarlas de manera inapropiada constituye no solo un uso liviano, sino también un desconocimiento del propio lenguaje. Sería lo mismo que, en otras palabras y estableciendo una comparación superficial, querer llamar a una naranja un limón. La naranja siempre será naranja, incluso si alguien quiere llamarla limón.

No es posible pensar que el uso de la palabra matrimonio, tal y como viene siendo empleada, no vaya a tener consecuencias relevantes en nuestra sociedad. Con la misma preocupación planteada aquí, ya se ha señalado que una de las cinco áreas que merecen especial atención en relación con la familia es precisamente la de proteger el concepto de matrimonio, como una unión entre marido y mujer, que surge necesariamente de la complementariedad biológica y psicológica y social entre uno y otro⁴³⁶.

Una vez presentado este argumento inicial, es necesario hacer una aclaración relevante antes de continuar: en el presente apartado no pretendemos analizar cualquier argumento jurídico acerca de la constitucionalidad o no de la convivencia homosexual como matrimonio. Esto se hará en los siguientes apartados, cuando analicemos los casos específicos de los Ordenamientos jurídicos brasileño y español. Por ahora, la intención de este epígrafe inicial es presentar las razones por las cuales los ordenamientos en general yerran cuando tratan de forma homogénea situaciones distintas.

Además, también queremos recordar que la heterosexualidad (y sin duda este argumento se aplica a cualquiera de los ordenamientos estudiados) no es una

⁴³⁶ La preocupación por la protección del concepto de matrimonio como unión entre marido y mujer fue uno de los temas destacados en el documento en el cual se enunciaron los llamados diez principios de Princeton, sobre el Matrimonio y el bien común. En España se ha publicado una versión del documento que derivó de debates académicos planteados en 2004, en una reunión celebrada en Princeton, Nueva Jersey, la cual fue patrocinada por el Social Trends Institute y por el Witherspoon Institute. La conferencia reunió a especialistas de diversas ciencias, como economía, psiquiatría, derecho, sociología, historia y filosofía, los cuales decidieron compartir el resultado de sus investigaciones sobre por qué el matrimonio es un tema de interés público. Así ha surgido la obra: *Matrimonio y bien común: los diez principios de Princeton*, Barcelona, Social Trends Institute, 2007.

creación, una moda, una ideología, una invención, o una creencia, sino que está presente multiseccularmente y se muestra como el elemento natural que conduce a la inclinación conyugal y, por tanto, forma parte de la esencia misma de esta unión, independientemente de cualquier ley positivada, puesto que se trata de elemento natural —tema que ya se ha abordado en el segundo Capítulo de la presente Tesis Doctoral—.

La heterosexualidad es, pues, inherente al amor conyugal, porque como hablamos anteriormente, el amor conyugal es un amor pleno y total. Su totalidad encuentra su razón de ser en el hecho de que el amor conyugal abarca toda la esencia, todos los aspectos, de la *inclinatio* natural. Se orienta a la unión de los esposos en la posesión mutua y total de su feminidad y virilidad. Entonces amar a la esposa, es amarla en toda su dimensión de mujer, en todo aquello que es distinta y como complemento de la propia personalidad en lo que se es varón, como potencia generativa.

Entonces el amor conyugal, con sus propiedades —plenitud y totalidad— orienta y dirige al varón y la mujer al matrimonio, une a los cónyuges del modo más fuerte posible en el plano natural. Así ningún vínculo humano tiene la fuerza de unidad e indisolubilidad del matrimonio. Si el amor conyugal origina unas fuertes responsabilidades es porque tiene en sí la capacidad de asumirlas en la tendencia amorosa de convertirlas en actos de amor.

Como apunta Fernández, en todas las culturas el carácter heterosexual del matrimonio es una realidad correlativa y complementaria, debido a la importancia de la entrega mutua, por la cual solo hombre y mujer se dan a sí mismos en la unidad corpóreo-psíquica. Utilizando las palabras del citado filósofo español:

En primer lugar, denominar “matrimonio” a tal unión, espontáneamente, pone en cuestión la naturaleza misma de esta institución natural, tal como se entendió y se vivió en las culturas más primitivas. La crónica universal en torno al matrimonio es

unánime: el matrimonio toma origen precisamente en la diferencia sexual [...] ⁴³⁷.

Del mismo modo, apunta Bañares que la heterosexualidad es uno de los presupuestos antropológicos en que se funda el matrimonio. “La persona humana está abierta a la trascendencia” ⁴³⁸. No olvidemos que como ya destacado anteriormente, en la primera parte de la presente Tesis Doctoral, la prole, como enseña Hervada, “es un bien que se obtiene por el matrimonio en virtud de la potencialidad inherente a la integración de varón y mujer”. Y la complementariedad es la única capaz de realizarla, y para eso se supone una diferencia y la posibilidad de relación. La complementariedad, utilizando las palabras de Bañares, “significa ‘interrelación’ beneficiosa de los sujetos” ⁴³⁹.

Establecer lo contrario —como ya advirtió De los Mozos y de los Mozos—, se trata de “una cultura de lo contranatural” ⁴⁴⁰, la cual se niega a ver la realidad porque la heterosexualidad es la única capaz de alcanzar el principal fin del matrimonio, que es la procreación —al que ya se ha hecho referencia en apartados anteriores—.

De la Cuesta Sáenz, a su vez, ha explicado que “la razón última por la que el Derecho civil regula a la familia, no es otra que la procreación real o presunta” ⁴⁴¹. Y como ha advertido Hervada: “hay que admitir en la naturaleza humana una ‘*ordinatio ad procreationem*’ que se refleja en el doble plano corpóreo–espiritual de la naturaleza”. En la unión de homosexuales ninguno de los elementos que Burgos señaló como “los elementos clave que conforman la estructura familiar” ⁴⁴²

⁴³⁷ FERNÁNDEZ, Aurélio, *¿Qué es y qué no es el matrimonio?*, Madrid, Ediciones Cristiandad, 2019, p.71

⁴³⁸ BAÑARES, José Ignacio. “Matrimonio, Género y cultura”, *IUS CANONICUM*, XLVIII, N. 96, 2008, págs. 415-431. Texto de la conferencia del autor con motivo de la Jornada Académica en honor del profesor Eloy Tejero, organizada por la Facultad de Derecho Canónico de la Universidad de Navarra el 20.05.2008.

⁴³⁹ BAÑARES, José Ignacio. *Op cit.*, p.418.

⁴⁴⁰ DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, José Luis, “El matrimonio de los homosexuales: una tergiversación de los derechos fundamentales”, AAVV, *La reforma del modelo de familia en el Código civil español*, Granada, Editorial Comares, 2005, p. 63.

⁴⁴¹ DE LA CUESTA SÁENZ, José María, “La filiación en las reformas del código civil”, en AAVV, *La reforma del modelo de familia en el Código civil español*, Granada, Editorial Comares, 2005, pp.133-139.

⁴⁴² BURGOS, J. M, *Diagnóstico de la familia*, Madrid, Palabra, 2004, p.14.

—conyugalidad, paternidad, maternidad, filiación— están ahí presentes. Así que no cabe hablar de amor conyugal entre personas del mismo sexo, pues en el amor conyugal verdadero se destina a la persona del otro sexo, en cuanto potencial madre o padre.

De ahí que el mismo autor proponga lo siguiente:

“Si dos homosexuales pretender tener derecho a casarse porque ‘se quieren’, ¿qué razones puede haber para no extender este presunto derecho a cualquier agrupación de personas que presente esa misma marca de afectividad?: dos hermanos, dos amigos, un padre y su hijo o, ¿por qué no?: una agrupación de personas. Al fin y al cabo, eso facilitaría la atención de los pequeños. Una cuestión muy diversa es que dos homosexuales deseen vivir juntos e incluso que deseen crear entre ellos algún tipo de pacto que regule su vida futura en caso de separación o de muerte de uno de ellos”⁴⁴³.

Precisamente en esta línea, la Real Academia de la Lengua española acaba de señalar que no tiene sentido aplicar el término “matrimonio” a las parejas de homosexuales. El único factor decisivo en la conformación de estas uniones es la afectividad y sobre ella ya hablamos como justificativa falaz para constituir cualquier vínculo jurídico. Además, ya tratamos de la irrelevancia del afecto para el Estado: no tiene ningún sentido regular los sentimientos por una norma jurídica, so pena de que “el Derecho de familia se introduzca en esferas que nada tienen que ver con la familia”⁴⁴⁴, como ha advertido De la Cuesta Sáenz.

George, Girgis y Anderson, a su vez, sostienen que “las parejas del mismo sexo, cualquiera que sea su *status* moral, no pueden ser matrimonios porque carecen de la orientación esencial hacia los hijos o la descendencia”.⁴⁴⁵ Así que no pueden ser consumadas por actos generativos. Sobre la misma imposibilidad de una unión

⁴⁴³ *Ídem*.

⁴⁴⁴ DE LA CUESTA SÁENZ, José María, “La filiación en las reformas del código civil”, *cit.*, p.138.

⁴⁴⁵ SHERIF GIRGIS, ROBERT P. GEORGE, & RYAN T. ANDERSON, “¿Qué es el matrimonio?”, Artículo publicado originalmente en inglés en el *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Vol. 34, Na. 1, Invierno 2010. Traducción al español de Tomás Henríquez Carrera, edición de Claudio Alvarado Rojas, p.12.

fecunda, en el caso de las parejas homosexuales, también ha apuntado Martínez de Aguirre “que por naturaleza están absolutamente cerradas a la procreación por la falta de complementariedad sexual”, por lo cual “son terminantemente incompatibles con la institución matrimonial”⁴⁴⁶.

Por ello, las uniones entre personas del mismo sexo solo pueden tener un carácter asociativo, quedando amparadas por el Derecho civil general, pero claramente por una razón distinta por aquella por la que el Derecho de familia protege el matrimonio⁴⁴⁷.

Además, es muy común invocar, como fundamento para el reconocimiento y la protección jurídica del “matrimonio” homosexual, que el derecho a casarse es un derecho humano fundamental instituido en la carta de 1948 por la Declaración Universal de los derechos humanos, argumento este que no nos parece atendible. El artículo 16 de la Declaración establece:

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

II) Solo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

III) La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”⁴⁴⁸.

Como se desprende de la lectura del artículo, este derecho —y solamente este— se atribuye de modo explícito a los hombres y a las mujeres, utilizando el

⁴⁴⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, José Gabriel, *El matrimonio invertebrado – Evolución crítica de la legislación matrimonial en España (1981-2011)*, Instituto de Ciencias para la Familia, Madrid, Ediciones RIALP, 2012, p.22

⁴⁴⁷ En este mismo sentido se ha manifestado DÍEZ PICAZO en el prólogo del libro de ROCA Y TRÍAS, Encarna. *Familia y cambio social. De la casa a la persona*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1999, p.24.

⁴⁴⁸ Declaración Universal de Derechos Humanos, disponible en: <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>. Consultado el 10/01/2017.

verbo “contraer”, como también sucede en las Constituciones de Brasil y España, que se examinarán a continuación.

Los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos ratificados con posterioridad han respetado inicialmente las pautas marcadas por la Declaración Universal. Sin embargo en la actualidad, como subraya Vega Gutiérrez, “el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia es polisémico pues se han incluido bajo esa denominación posibilidades y facultades muy diversas y hasta contradictorias con las realidades originales reconocidas...”⁴⁴⁹. Para la misma autora, en los documentos de las conferencias internacionales “se confunden dos asuntos diferentes: la libertad de amar o fundar lo que cada uno quiera, y la atribución de efectos propios, el reconocimiento de derechos y deberes por parte de la sociedad a cada tipo de unión”⁴⁵⁰.

Lo que se invoca en la actualidad sería una especie de *'ius connubi'* absoluto, que podría ejercerse independientemente de la argumentación racional y objetiva. En otras palabras, a los que predicán el derecho fundamental a contraer matrimonio, para todos, indistintamente del carácter de los contrayentes, les falta objetivamente la reflexión sobre la naturaleza misma que fundamenta tal derecho.

Como sugiere el documento 40 ‘ONGs’ sobre la familia:

El derecho fundamental a casarse y a fundar una familia, en cuanto derecho humano universal, expresa en el mundo del derecho un fondo de soberanía de la persona, en cuanto varón o mujer, innata y previa a la del Estado, cuyo reconocimiento, además de inspirar necesariamente su desarrollo legal, no puede ser ignorado ni traicionado por el poder político al elaborar las leyes, al globalizar o administrar la justicia⁴⁵¹.

⁴⁴⁹ VEGA GUTIÉRREZ, Ana María. *Políticas familiares en un mundo globalizado*, Instituto Martín de Azpilcueta, Navarra, Navarra Gráfica Ediciones, 2002, pp.29-30.

⁴⁵⁰ VEGA GUTIÉRREZ, Ana María, *Políticas familiares en un mundo globalizado*, cit., p.53.

⁴⁵¹ Documento 40 ONGs sobre la familia, presentado en Madrid el 26 de noviembre de 1994 en conmemoración del Año Internacional de la Familia, N°14, p. 33; también vid. VEGA GUTIÉRREZ, Ana María. *Políticas familiares en un mundo globalizado*, cit., p. 26.

Por lo tanto, que cada uno puede vivir “como quiera” y que la homosexualidad ha existido siempre como realidad factual no significa que *cada opción vital personal se convierta en un derecho*. Aquí no se pretende hacer un juicio sobre los valores subyacentes al hecho en sí; sin embargo, aunque entendemos que no se puede aplicar la categoría de matrimonio a la convivencia entre personas del mismo sexo, esto no significa privarles de la debida protección, sino que habrá de hacerse de manera adecuada. Por ejemplo, podrían establecer un pacto de convivencia con las reglas que quisieran adoptar.

El civilista De los Mozos y de los Mozos alertó en su momento sobre un imperativo que parece dominar la mentalidad en relación a esta materia, hasta el punto de que se llega a calificar de homófobos a todos aquellos que se manifiesten en contra esos supuestos derechos: “según el ‘pensamiento políticamente correcto’ —afirmó— si los homosexuales no pueden contraer matrimonio, si no se admite el matrimonio entre personas del mismo sexo, se produce una injusticia, un agravio comparativo que hay que eliminar”⁴⁵².

Además de que resulta *contra naturam* proponer la indiferencia sexual para el matrimonio, podría concluirse lo que acertadamente ha afirmado De la Cuesta Sáenz: “nunca la humanidad concedió tanta importancia a la voluntad desatada de toda traba”, lo que desemboca en que pueda considerarse una arbitrariedad “afirmar la igualdad de lo esencialmente desigual”⁴⁵³.

Acerca de la exacerbación de la autonomía personal y de la libertad para introducir en materia de familia cualquier creación, la profesora Vega Gutiérrez ha advertido que parece haberse producido una “familia a la carta”, una familia que se crea exclusivamente a partir de la voluntad individual:

“Es decir, una familia subordinada a la voluntad e interés de los individuos —una familia “a la carta”— que daría lugar a tantos “tipos de familia” como deseos individuales. En este esquema sería familia cualquier tipo de unión acordada mediante un pacto

⁴⁵² DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, José Luis, *El matrimonio de los homosexuales: una tergiversación de los derechos fundamentales*, cit., pp. 60-61.

⁴⁵³ DE LA CUESTA SÁENZ, José María. “La filiación en las reformas del código civil”, cit.

—sobre la base de un consentimiento cuyo contenido determinarían las partes a su arbitrio—, siempre negociable, por definición”⁴⁵⁴.

Resulta obvio que se ha subvertido la jerarquía de los principios, de manera que la libertad y la autonomía personal se colocan en la parte superior del sistema jurídico, desbancando a la dignidad personal —esta sí verdadero pilar del Estado Democrático de Derecho—. Con respecto a esta subversión provocada por el sistema actual, se ha expresado claramente Martínez López-Muñiz, afirmando que:

“Claro que lo que está por ver es precisamente que el desarrollo y la propia personalidad pueda justificarlo todo y, sobre todo, pueda justificar un derecho a fingir o a falsear realidades jurídicas institucionales que tienen su propia razón de ser y una estructura esencial definida e inmutable. La protección y regulación jurídica del matrimonio y la familia no encuentran tampoco su fundamento en el derecho al desarrollo de la propia personalidad. Si ese fuera su fundamento no requeriría la regulación ni la protección específica que le es propia”⁴⁵⁵.

Podemos decir, en otras palabras, que considerar como fundamento último de la familia y del matrimonio el libre desarrollo de la personalidad significa erosionar la importancia del vínculo y de las responsabilidades asumidas con respecto al consentimiento matrimonial. O, en palabras de Lacruz Berdejo, “supone errar en el enfoque”, puesto que relega a la familia al arbitrio “de ese libre desarrollo de la personalidad, identificado con cualquiera que sea el interés subjetivo de cada uno de los cónyuges”⁴⁵⁶. Una sociedad cuya mentalidad esté arraigada en estas bases, sin lugar a duda es una sociedad débil e inestable, o como subraya Lacruz Berdejo, no será “una sociedad mínimamente sólida y vertebrada”.

Una vez invocada una supuesta extensión de los derechos basados en la libertad y la igualdad, se construye un razonamiento inequívocamente frágil y poco

⁴⁵⁴ VEGA GUTIÉRREZ, Ana María. *Políticas familiares en un mundo globalizado*, cit., p.53.

⁴⁵⁵ MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, José Luis. *op. cit.* p.70.

⁴⁵⁶ LA CRUZ BERDEJO, Juan Luis. *Elementos de Derecho Civil*, cit. p.32.

profundo que no está exento de críticas, tal como apunta De los Mozos y de los Mozos:

“Por la libertad, resulta que hay matrimonio para todos, porque se llama matrimonio a lo que no es matrimonio, en virtud de que cualquiera tiene derecho a elegir su “orientación sexual” en el libre desarrollo de su personalidad [...]

Por la igualdad, siendo todos iguales, lo que no es del todo exacto y con olvido de la naturaleza específica del matrimonio, y también de la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el principio de igualdad, se estima que el acceso al mismo, su derecho a contraerlo para que no haya desigualdad entre parejas heterosexuales y homosexuales, deriva como consecuencia de tal principio erróneamente aplicado”.⁴⁵⁷

Por consiguiente, la tutela de la familia queda, según Vega Gutiérrez, “sometida y condicionada al dato sociológico, a lo que la sociedad —en el Estado los grupos de presión— consideran bueno para ella, ignorando el respeto a su naturaleza como algo debido en justicia”⁴⁵⁸.

Para finalizar este análisis crítico de la supresión de la heterosexualidad que se ha promovido en distintos ordenamientos jurídicos, como consecuencia de una ideología de “imperio de la voluntad soberana”, hay que recordar las ideas planteadas por Díez-Picazo —las cuales compartimos—, en el sentido de que actualmente se puede afirmar que “las sociedades modernas son cada vez más pluralistas y que corresponde a los individuos diseñar la opción por el tipo de unión que quieran establecer”. Sin embargo, por más pluralista que se quiera ser habrá que reconocer que “una cosa son las opciones personales, que sin duda deben mantenerse en la órbita del pluralismo, y otra cosa bien distinta las instituciones que el ordenamiento haya de acoger y regular”⁴⁵⁹.

⁴⁵⁷ DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, José Luis. “*El matrimonio de los homosexuales: una tergiversación de los derechos fundamentales*”, *cit.*, pp. 60-61.

⁴⁵⁸ VEGA GUTIÉRREZ, Ana María. *Políticas familiares en un mundo globalizado*, *cit.*, p.51.

⁴⁵⁹ DÍEZ-PICAZO, Luis. “Prólogo” a: ROCA Y TRIAS, Encarna. *Familia y cambio social* (de la “casa” a la persona), Madrid, Cuadernos Civitas, 1999, p.24.

Además de todos los argumentos que se han presentado —con los que ya se justificaría rechazar el reconocimiento de la convivencia entre personas del mismo sexo como matrimonio—, hay otro aspecto poco debatido que merece ser puesto en relieve: el reconocimiento del matrimonio a los homosexuales afecta a la conciencia religiosa de las personas bautizadas o a los fieles cristianos. Por ello, quitar la elemental heterosexualidad del matrimonio, además de vaciarlo de contenido, plantea a los cristianos la cuestión de que consientan un modelo que altera y contradice la esencia misma del instituto matrimonial.

Recurriendo al argumento de la “democratización” del matrimonio y de la familia se pretenden imponer unas estructuras desdibujadas del matrimonio de origen, a lo que una persona que siga su propia conciencia no está obligada a aceptar, ya que implica una vulneración de su propia libertad religiosa. Como apunta Escrivá-Ivars sobre el tema:

“Al repensar el concepto de sistema matrimonial en un ordenamiento basado en los derechos fundamentales de la persona, es necesario observar, por una parte, que ciertas libertades y derechos fundamentales —por ejemplo, libertad religiosa, ideológica y de creencias— no pueden verse conculcadas mediante el establecimiento de una regulación del matrimonio que imponga a todos los ciudadanos un único modelo de matrimonio ya sea de inspiración religiosa o de inspiración ideológica. Este límite tampoco se respeta mediante el sistema de que el Estado suministre un único y posible modelo de matrimonio —el civil— de inspiración ideológica laica y no confesional. Ambas pretensiones son abusivas, porque extrapolan la verdadera naturaleza del ser real del Estado, y permiten que bajo una abstracta entidad se esconda la ideología de instituciones o de personas físicas concretas, con pretensión de ser impuestas a todos los ciudadanos al margen del respeto debido a los derechos y libertades fundamentales antes mencionados”⁴⁶⁰. (*La negrita es nuestra*)

⁴⁶⁰ ESCRIVÁ-IVARS, Javier. “Separación conyugal y mediación”, *IUS CANONICUM*, XLI, N. 81, 2001, p.265. Ponencia leída en el XXII Curso de Actualización en Derecho Canónico, Moral y

La premisa falaz de la democratización, que equivale al tratamiento homogéneo de situaciones distintas, aconseja traer a colación un incisivo interrogante que el profesor Prieto Álvarez ha planteado —en una reciente ponencia— la cual va más allá de la literalidad de la pregunta: “¿café con leche para todos los ciudadanos en el desayuno es democrático?”⁴⁶¹. Trayéndolo a nuestro tema, equivale a preguntarse si tratar como matrimonio todas las situaciones de convivencia es democrático.

Lógicamente, se impone una respuesta negativa. La igualdad es precisamente dar a cada uno lo que le es debido por razones de justicia (sería redundante continuar repitiendo los mismos conceptos y fundamentos de este principio que ya se ha tratado a lo largo de esta investigación).

Respaldando los argumentos sobre la vulnerabilidad religiosa que se provoca al prescindir del elemento heterosexual en el matrimonio, conviene mencionar las palabras de George, Girgis y Anderson:

“Esto vulnerará la libertad religiosa y los derechos de los padres para dirigir la educación y enseñanza de sus hijos”⁴⁶².

“Luego, los proponentes de la concepción conyugal a menudo responden a este desafío —a nuestro juicio, correctamente— señalando que la abolición de la concepción conyugal del matrimonio tendría como efecto el debilitamiento de la institución social del matrimonio, obscurecería el valor del parentesco de sexos opuestos como un ideal, y amenazaría la libertad moral y religiosa”⁴⁶³.

Esta preocupación por la violación de la dignidad personal de los padres y madres que están siendo casi "coaccionados" socialmente para que acepten naturalmente esta nueva realidad que influye en la educación de sus hijos, e incluso

Derecho ante la conflictividad matrimonial, Pamplona, 18-20 de septiembre de 2000.

⁴⁶¹ La frase, lanzada a modo de reflexión, se pronunció durante una ponencia en la que asistí en la Universidad de Burgos en octubre de 2019.

⁴⁶² SHERIF GIRGIS, ROBERT P. GEORGE, & RYAN T. ANDERSON, *¿Qué es el matrimonio?*, cit., p.18.

⁴⁶³ SHERIF GIRGIS, ROBERT P. GEORGE, & RYAN T. ANDERSON. *¿Qué es el matrimonio?*, cit., p.15.

puede influir en el propio registro civil, donde las expresiones "padre" y "madre" pueden llegar a desaparecer llegándose a afectar así la propia dignidad de los hijos que tienen el derecho a tener en sus registros civiles tales referencias. En el Derecho español, Vega Gutiérrez también ha manifestado su preocupación por la violación de la dignidad personal de estos padres y madres, así como con respecto a sus hijos, cuando apunta:

“La dignidad de la persona humana —de los padres y los hijos— reclama que su origen sea la conyugalidad, única relación que se da en el orden del ser y que no proviene de un proceso exclusivamente biológico, sino de un acto específico de libertad por el que una mujer y un varón se constituyen esposos. El acto sexual realizado fuera del contexto conyugal no tiene en sí mismo el poder de convertir a los amantes en cónyuges: ese poder solo pertenece a la voluntad. Lo mismo sucede con el hecho de la generación y el nacimiento: La dignidad del ser personal exige que tanto una como otra sean parte integrante de la relación filial, es decir, fruto y signo del amor conyugal. La identidad del hijo se funda en la unidad conyugal. Sobre esta realidad natural (conyugalidad y consanguinidad) operó siempre el derecho con sus funciones organizativas, de constatación y de solución de conflictos”⁴⁶⁴.

Por todo lo que se ha expuesto, podemos concluir que prescindir de la heterosexualidad como elemento esencial del matrimonio desvirtúa radicalmente la institución matrimonial, por cuanto queda afectada la razón última por la cual el Estado siempre ha intervenido en la familia. Es claro, además, que se ha tergiversado el sentido del lenguaje, violando la propia etimología de la palabra “matrimonio”.

Un “matrimonio” en el que se prescinda de la necesaria complementariedad sexual solo sirve a la absolutización de la autonomía personal, por lo parece tener razón Vega Gutiérrez cuando afirma que, “se precisa un nuevo equilibrio entre unidad y pluralismo, para lo cual se hace necesario abrir un dialogo entre la libertad,

⁴⁶⁴ VEGA GUTIÉRREZ, Ana María. *Políticas familiares en un mundo globalizado*, cit., p. 24.

la cultura y la antropología”⁴⁶⁵.

A partir del próximo epígrafe, para organizar los principales argumentos de cada uno de los sistemas jurídicos tratados, procederemos al análisis los casos brasileño y español, en los que encontraremos en este punto notables diferencias.

2. La alteridad sexual en el Derecho matrimonial brasileño

A) Regulación constitucional y legal

El matrimonio, tal como se regula en el Derecho brasileño —y en otros países—, constituye, junto con el testamento, el acto más solemne previsto en el sistema jurídico. En ningún otro momento de la vida civil se requiere tanto formalismo y solemnidad como en el matrimonio.

La Constitución Federal de la República del país prevé expresamente el instituto del matrimonio en el artículo 226, en sus §1º, §2º, §5º y §6º⁴⁶⁶. El artículo 226 se inserta en el Título VIII, que trata sobre el 'Orden social', Capítulo VII, titulado: “La familia, los niños, el adolescente, el joven y el anciano”. El *caput* del mencionado artículo 226 de la CFRB reconoce que: “La familia, base de la sociedad, tiene una protección especial del Estado”⁴⁶⁷. Sin embargo, de la lectura de todos los párrafos que forman parte del artículo se observa que el legislador constituyente de Brasil reconoció y aseguró una atención especial, junto a la familia fundada en el matrimonio, a otras dos modalidades familiares, tales como: la unión estable y la familia 'monoparental' (la formada por cualquiera de los cónyuges con

⁴⁶⁵ VEGA GUTIÉRREZ, Ana María. *Políticas familiares en un mundo globalizado*, cit., p. 76.

⁴⁶⁶ Art. 226. La familia, la base de la sociedad, tiene una protección especial del Estado.

1º. El matrimonio es civil y su celebración es gratuita.

2º. El matrimonio religioso tiene efecto civil, en los términos de la ley.

[...]

5º. Los derechos y deberes referentes a la sociedad conyugal serán ejercidos con igualdad por el hombre y por la mujer.

6º. El matrimonio civil puede disolverse por divorcio, después de previa separación judicial por más de un año en los casos expresadas en la ley, o probándose la separación de hecho por más de dos años. .

⁴⁶⁷ Constitución de la República Federativa de Brasil 1988, disponible en:

http://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_07.05.2015/art_226_.asp. Consultado el 05/10/2019.

sus descendientes). Dada la relevancia del tema, conviene transcribir los apartados del precepto constitucional referidos a estas modalidades:

§ 3º A los efectos de la protección del Estado, se reconoce la unión estable entre el hombre y la mujer como entidad familiar, debiendo la ley facilitar su conversión al matrimonio.”

“§ 4º Se entiende también como entidad familiar la comunidad formada por cualquier de los progenitores y sus descendientes⁴⁶⁸.”

Del tenor literal de estas dos disposiciones puede observarse que la Constitución brasileña no menciona expresamente el reconocimiento de la unión homosexual estable ni el matrimonio entre personas del mismo sexo como formas familiares previstas en el país y tuteladas con una protección especial del Estado. Por el contrario, el legislador constituyente se refiere expresamente a que es matrimonio el contraído entre un hombre y una mujer.

Asimismo, el Código Civil vigente —Ley 10.406/2002— establece que estos dos modelos familiares, la unión estable y el matrimonio, se contraen solo entre personas de diferente sexo⁴⁶⁹.

De mismo modo, solamente las uniones estables heterosexuales están expresamente reconocidas por el texto constitucional. Otro modelo de familia podría ser cuestionada, ya que si se plantea otro modelo —que supuestamente tendría el mismo fin de constituir una familia—, tal reconocimiento debilitaría el matrimonio como institución en Brasil. Explica Venosa que “el reconocimiento

⁴⁶⁸ Constitución de la República Federativa de Brasil 1988.

⁴⁶⁹ Es lo que se desprende de la lectura de los artículos 1511, 1514, 1517, 1565 y 1723. Todos del Código Civil:

Art. 1.511. El matrimonio establece la comunión plena de vida, basada en la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges.

Art. 1.514. El matrimonio tiene lugar en el momento en que el hombre y la mujer manifiestan ante el juez su voluntad de establecer un vínculo matrimonial, y el juez declara que están casados.

Art. 1.517. Hombres y mujeres de dieciséis años pueden casarse, requiriendo el permiso de ambos padres o sus representantes jurídicos hasta alcanzar la madurez civil.

Art. 1.565. Por matrimonio, hombres y mujeres asumen mutuamente el estado de consortes, parejas y cuidadores familiares.

Artículo 1.723. Se reconoce como entidad familiar la unión estable entre hombres y mujeres, configurada en convivencia pública, continua y duradera y establecida con el propósito de constituir una familia.

legal de las uniones sin matrimonio, distinta de la reconocida en la Constitución Federal de Brasil de 1988, cuestiona la importancia y vitalidad del matrimonio solemne”⁴⁷⁰.

Sin embargo, en relación con la convivencia entre personas del mismo sexo, a diferencia de muchos países⁴⁷¹, Brasil no cuenta con una ley de ámbito nacional que reconozca cualquier tipo de convivencia homosexual como formadora de una familia. No obstante, el reconocimiento de las uniones estables entre personas del mismo sexo se ha producido a través de leyes estatales, promulgadas únicamente a efectos de reconocimiento de las prestaciones de la Seguridad Social y los beneficios económicos de los funcionarios que declaren vivir de esta manera⁴⁷².

En relación a esta cuestión hay que apuntar que desde 1995 se están tramitando varios Proyectos de Ley⁴⁷³ en el Senado Federal, con el fin de reconocer legalmente la unión estable entre personas del mismo sexo. Concretamente, dos de estos proyectos de Ley (PL 2285/07 - anexados al PL 674/2007 y PL 5120/2013) están planteados para modificar el Código civil y permitir el matrimonio en esta hipótesis.

Este comportamiento disconforme y absoluto “estandarizado” ha suscitado ciertas manifestaciones y presión en el ámbito político con la finalidad de que se

⁴⁷⁰ DE SÁLVIO VENOSA, Sílvio. “A família conjugal”, 2ª ed., *Tratado de Direito das Famílias*, Belo Horizonte (Brasil), IBDFAM, p. 175.

⁴⁷¹ Veinte países actualmente regulan expresamente por ley el matrimonio entre personas del mismo sexo. En orden cronológico de regulación jurídica son los siguientes: Países Bajos, Bélgica, España, Canadá, Sudáfrica, Noruega, Suecia, Portugal, Islandia, Argentina, Dinamarca, Francia, Uruguay, Nueva Zelanda, Reino Unido, Luxemburgo, Eslovenia, Irlanda, Finlandia y Alemania. Otros cuatro ya han aprobado la materia sólo en el ámbito de las decisiones del Poder Judicial, a saber: Brasil, México, Estados Unidos y Colombia. Disponible en: <https://www.semprefamilia.com.br/maior-parte-dos-paises-do-mundo-nao-aceita-casamento-gay-veja-quais-o-aprovaram/>. Consultado el 17/10/2019.

⁴⁷² Tanto Río de Janeiro como Rio Grande do Sul fueron pioneros en promulgar leyes estatales que reconocían la seguridad social y los beneficios económicos para las personas del mismo sexo que declararan que mantenían una unión de convivencia a largo plazo.

⁴⁷³ Están pendientes ante el Senado los Proyectos de Ley: 1151/95 (unión civil del mismo sexo), 2285/07 (adjunto a PL 674/07) - prevé el llamado "estatuto de familia - que reconoce la posibilidad de matrimonio entre personas del mismo sexo, PL 4914/09 (por el cual se pretende modificar el Artículo 1727 del Código Civil para permitir la unión entre personas del mismo sexo), PL 612/2011 (que reconoce como familia la unión estable entre dos personas) y PL 5120/2013 (prevé la enmienda del Código Civil para permitir el matrimonio estable y el matrimonio entre personas del mismo sexo. www.senadofederal.org.br. Consultado el 17/10/2019.

regule el tema en cuestión, tal como ya ha manifestado Moura da Fonseca Pinto: “Más allá del aspecto teórico, en el campo práctico del derecho de las personas, de las corporaciones privadas y de los propios gobiernos, la falta de reconocimiento, discusión y posicionamiento teórico con respecto a lo que viene haciéndose en la actuación (o no) de nuestros jueces y tribunales en el ámbito del derecho fundamental de acceso a la tutela judicial efectiva, finaliza en una anarquía comportamental por los órganos que deberían, entre otros valores, traslucir la seguridad jurídica y dosificación determinada de previsibilidad, al menos en el campo del Derecho”⁴⁷⁴.

B) Respuesta jurisprudencial a la opción constitucional por la heterosexualidad en los matrimonios y las uniones estables: la sentencia del Supremo Tribunal Federal de 2011.

En Brasil, ha sido frecuente que el Tribunal Constitucional, llamado en el sistema brasileño Supremo Tribunal Federal (STF), se haya pronunciado en temas sobre los que el Poder Legislativo aún no se ha posicionado. Ha ocurrido incluso en asuntos de políticas públicas, al estimar que se venían reclamando reformas legislativas que no habían sido debidamente atendidas por el Poder Legislativo, el competente para hacerlo.

Esta sustitución del Poder Legislativo ha sido objeto de varias críticas, aduciendo la falta de legitimidad del Poder Judicial para sustituir al Legislativo en tales funciones: Ya hemos manifestado en otro lugar que “el riesgo de esta sustitución está en la posibilidad de arbitrariedad por parte del juez, el cual, bajo el pretexto de la omisión legislativa, puede terminar gobernando solo, sustituyendo no solo al Poder Legislativo en la elaboración de los preceptos que asumen fuerza normativa, sino también estableciendo políticas públicas en sustitución del Poder Ejecutivo”⁴⁷⁵.

⁴⁷⁴ MOURA DA FONSECA PINTO, Adriano, *El Derecho a la tutela judicial efectiva – en busca de un concepto moderno de la acción* - Tesis Doctoral presentada en la Universidad de Burgos, España, 2016.

⁴⁷⁵ PENA LUCAS, Isabella e JORDACE, Thiago. “Reflexões sobre o ativismo judicial praticado pelo Supremo Tribunal Federal de acordo com as teorias de Jurgen Habermas.” En: Eduardo A. JAPIASSÚ, Carlos (Coordenador), *Direito, Pesquisa e Inovação*. Estudos em homenagem ao

El hecho que esta “vía judicial” se haya utilizado en Brasil para ampliar el matrimonio y la familia constitucionalmente previstos puede merecer dos valoraciones: la primera, resulta preocupante que el legislador brasileño se haya mostrado indiferente ante la posibilidad de que se formen familias entre personas del mismo sexo - sea por matrimonio o por la unión estable-; la segunda, el silencio de la Constitución ante tal posibilidad puede interpretarse como una negativa a su reconocimiento. Por ello, el proceder del Tribunal puede considerarse una extralimitación o incluso la invasión de una competencia que corresponde al constituyente o, en todo caso, al legislador ordinario.

No podemos olvidar que hay que hacer una distinción entre reconocer derechos y hechos mediante resoluciones judiciales y regular tales situaciones con normas jurídicas, abstractas y genéricas. La cuestión de la omisión legislativa sobre la materia, y el camino recorrido en Brasil hasta admitirse “derechos matrimoniales” en los convivientes del mismo sexo, con la pretensión de equipararlos a quienes están institucionalmente casados, es un tema de largo recorrido y muy debatido.

A pesar de la creencia de que Brasil sea un país de costumbres liberales, en 1999 Brasil ocupó el primer puesto en las estadísticas de asesinatos de homosexuales, derivados, precisamente, de la orientación sexual de las víctimas⁴⁷⁶.

Teniendo en cuenta la lentitud unida a la resistencia por parte de una parte legislativa elegida a partir de criterios de cuño religioso —especialmente la religión evangélica—, a diferencia del freno legislativo, tanto la doctrina jurídica como la jurisprudencia de los Tribunales de mayor jerarquía en Brasil (STF y STJ), han prestado especial atención a la materia. La trayectoria judicial culminó en los juicios emblemáticos de la ADPF 132/RJ, propuesta en su momento por el Gobierno del Estado de Río de Janeiro, además de la ADIN 4277/DF. Estos juicios constituyeron verdaderos paradigmas innovadores desde el punto de vista jurídico en la sociedad

professor Maurício Jorge Pereira da Mota. Juiz de Fora, Editar Editora Associada Ltda, 2016, pp. 269-270.

⁴⁷⁶ Datos disponibles en el sitio web del Instituto Brasileño de Geografía y Estadística. <http://ibge.gov.br>.

brasileña, y serán objeto de análisis en este apartado. Sumado a esto, existe también un parecer "prácticamente unánime" por parte de los juristas en el país por el que ya reclaman alguna solución al respecto.

Dado que no hay ley que regule expresamente el tema, es necesario analizar la referida decisión, emitida el 5 de mayo de 2011, al juzgar conjuntamente las acciones, la ADPF 132/RJ (por iniciativa del entonces Gobernador del Estado de Río de Janeiro, Sérgio Cabral Filho), y la ADIN 4277/DF. Por la extensión del contenido completo de la cosa juzgada (que tiene cerca de 270 páginas), se hará solo referencia a la *Ementa*⁴⁷⁷ y al *Acórdão*⁴⁷⁸, así como por los principales fundamentos de la decisión, además de los decisivos argumentos sostenidos por el entonces Procurador General del Estado de Río de Janeiro, Luís Roberto Barroso, quien años más tarde pasó a integrar el cuadro de los Ministros del STF.

La *Ementa* y el *Acórdão* que cambiaron el Derecho de Familia en el sistema jurídico brasileño establecen:

“*EMENTA*: UNIÓN HOMO-AFECTIVA Y RECONOCIMIENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGENCIA DE OBJETOS ENTRE ACCIONES DE NATURALEZA ABSTRACTAS. JUICIO CONJUNTO. Incorporación de los fundamentos de la ADPF en el 132-RJ por la ADI en el 4,277-DF, con el propósito de dar una "interpretación de conformidad con la Constitución" al art. 1.723 del Código Civil. Observancia de las condiciones de la acción.

PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS EN RAZÓN DEL SEXO, YA SEA EN EL PLANO DE LA DICOTOMÍA HOMBRE/MUJER (GÉNERO), YA SEA EN EL PLANO DE LA ORIENTACIÓN SEXUAL DE CADA UNO DE ELLOS. LA PROHIBICIÓN DEL PREJUICIO COMO CAPÍTULO DEL CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAJE AL PLURALISMO COMO VALOR SOCIO-

⁴⁷⁷ La *Ementa*, en el ámbito jurídico es la síntesis -o resumen- del contenido previsto en una ley determinada, y que generalmente se describe en el preámbulo del texto.

⁴⁷⁸ El *Acórdão* es un fallo o una sentencia final sobre un caso de un tribunal superior que actúa como paradigma para resolver casos similares.

POLÍTICO-CULTURAL. LIBERTAD PARA DISPONER DE LA PROPIA SEXUALIDAD, INSERTADA EN LA CATEGORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL INDIVIDUO, EXPRESIÓN QUE ES LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. DERECHO A LA INTIMIDAD Y A LA VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA.

TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL DE LA INSTITUCIÓN FAMILIAR. RECONOCIMIENTO DE QUE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL NO OTORGA AL SUSTANTIVO "FAMILIA" NINGÚN SIGNIFICADO ORTODOXO O DE LA PROPIA TÉCNICA JURÍDICA. LA FAMILIA COMO CATEGORÍA SOCIO-CULTURAL Y PRINCIPIO ESPIRITUAL. DERECHO SUBJETIVO DE CONSTITUIR UNA FAMILIA. INTERPRETACIÓN NO REDUCCIONISTA.

UNIÓN ESTABLE. NORMATIVA CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMBRE Y MUJER, PERO SÓLO PARA LA PROTECCIÓN ESPECIAL DE ESTE ÚLTIMA. ENFOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABLECER RELACIONES JURÍDICAS HORIZONTALES O SIN JERARQUÍA ENTRE LAS DOS TIPOLOGÍAS DEL GÉNERO HUMANO. IDENTIDAD CONSTITUCIONAL DE LOS CONCEPTOS DE "ENTIDAD FAMILIAR" Y "FAMILIA".

DIVERGENCIAS LATERALES CON RESPECTO A LA FUNDAMENTACIÓN DEL ACÓRDÃO. Anotación de que los ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes y Cezar Peluso convergieron acerca de la comprensión particular de la imposibilidad del marco ortodoxo de la unión homo-afectiva en las tipologías familiares establecidas constitucionalmente. Sin embargo, reconocieron la unión entre personas del mismo sexo como una nueva forma de entidad familiar. Materia abierta a la conformación legislativa, sin perjuicio del reconocimiento de la auto-aplicación inmediata de la Constitución.

INTERPRETACIÓN DEL ART. 1,723 CÓDIGO CIVIL DE ACUERDO CON LA CONSTITUCIÓN FEDERAL (TÉCNICA DE “INTERPRETACIÓN CONFORME”). RECONOCIMIENTO DE LA UNIÓN HOMO-AFECTIVA COMO FAMILIA. PROCEDENCIA DE ACCIONES.

ACÓRDÃO: Habiendo visto, informado y discutido estos autos, acuerdan los Ministros del Supremo Tribunal Federal en conocer la argumentación del incumplimiento del Precepto Fundamental (*Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF*) 132 como una acción directa de inconstitucionalidad, y juzgarla en conjunto con la ADI 4277, mediante votación unánime. Rechazadas todas las preliminares mediante votación unánime. Los ministros de esta Cámara de Justicia, también por votación unánime, acuerdan juzgar procedentes las acciones, con eficacia *erga omnes* y efecto vinculante, con las mismas reglas y consecuencias de una unión hetero-afectiva estable, autorizados los Ministros para decidir de forma monocrática sobre la misma cuestión, independientemente de la publicación del *Acórdão*. Todo en una sesión presidida por el Ministro Cezar Peluso, de acuerdo con las actas del juicio y de las notas taquigráficas. Votó el presidente. Brasilia, 5 de mayo de 2011. MINISTRO AYRES BRITTO – RELATOR.

La primera constatación, en nuestra opinión, es la más importante. Con el fin de no tratar erróneamente la decisión de la Corte Suprema, el STF reconoció únicamente la posibilidad de aplicar a los homosexuales las reglas relativas a las uniones estables (que, recuérdese, la Constitución refiere a “la unión estable entre el hombre y la mujer”). Además de haber sido expresamente manifestada en la votación de varios ministros, la propia *Ementa* y el *Acórdão* en sí no dejan ninguna duda.

Aun así, desde la decisión dictada, se extendió erróneamente la idea de que Brasil había regulado el matrimonio homosexual y que, desde entonces, los efectos jurídicos eran los mismos que los matrimonios entre hombres y mujeres. Tales voces, ciertamente, estaban proclamando algo sin conocerlo. Ya que es evidente

que lo se estaba queriendo admitir, guste esto o no, era la unión estable (la del artículo 226.3 CFRB) pero entre personas del mismo sexo.

Sin embargo, hay que recordar que en 2013 el Consejo Nacional de Justicia publicó una Resolución ampliando la decisión del Supremo Tribunal Federal aquí mencionada, para que los Notarios no se abstuvieran de celebrar “matrimonios” entre personas del mismo sexo —cuestión a la que se hará referencia después de analizar la decisión del STF—.

Volviendo a la decisión del Supremo Tribunal Federal en la ADPF 132/RJ, cuya síntesis de la Ementa y del Acórdão hemos transcrito más arriba, se entendió que el artículo 1.723 del Código Civil —que conceptualiza la unión estable entre un hombre y una mujer, sin que hubiera ningún cambio legislativo sobre la misma— debía interpretarse con el fin de comprender que estaban insertadas en el mismo artículo las uniones homosexuales. Tal interpretación se impuso, según el STF, porque el artículo del Código Civil debía interpretarse a la luz de la Constitución Federal. Con la debida venia, esta fundamentación no puede sostenerse. Basta con la simple lectura del artículo 226 de la CRFB, así como del artículo 1.723 del Código Civil, para darse cuenta de que el legislador, en los dos casos, fue literal y expresamente firme al *no prever como familia ningún tipo de convivencia entre personas del mismo sexo*. Aun así, como “por arte de magia”, Brasil se despertó el día 06 de mayo de 2011 con un supuesto “nuevo modelo familiar”, que según la decisión que se había dictado, ya se encontraba allí, pero que desde 1988 nunca ¡nadie lo había visto!

Para insistir en lo que se considera un “invento”, o clara demostración de “subjetivismos” que partieron de premisas repetidas en todo momento y sin ningún tipo de debate con la ciudadanía, recordamos ahora las disposiciones ya mencionadas:

Artículo 226 de la CRFB: § 1º “La familia, base de la sociedad, tiene una protección especial del Estado. § 3º A los efectos de la protección del Estado, se reconoce *la unión estable entre el hombre y la mujer como entidad familiar*, debiendo la ley facilitar su conversión en matrimonio”.

Artículo 1.723 del Código Civil: “Se reconoce como entidad familiar la *unión estable entre el hombre y la mujer*, configurada en la convivencia pública, continua y duradera y establecida con el objetivo de constituir una familia”.

A lo largo de la presente Tesis Doctoral ya hemos insistido mucho en tres aspectos imprescindibles que deben de considerarse con respecto al tema tratado: 1.º El hecho importante de que debemos prestar atención al significado de las palabras. 2.º La presión política y cultural que promueven ciertas ideologías, las cuales incluso han impuesto de forma globalizada una cierta dictadura de la “conducta políticamente correcta” que debe seguirse. 3.º La aplicación errónea de los principios fundamentales, con argumentos distorsionados, los cuales, siendo repetidos hasta el agotamiento, se establecen como “verdades absolutas”, hasta el punto de penalizar su cuestionamiento.

Además de lo que ya se ha apuntado, también debe subrayarse que en la orden de la *Enmienda del decisum*, el STF, además de encontrar estas uniones en los artículos jurídicos mencionados (donde —repetimos— nunca han sido acogidas), también han fundamentado su decisión en los siguientes principios: 1- igualdad; 2- no discriminación; 3- falta de significado “ortodoxo” de la palabra familia; 4- pluralismo como un valor adoptado políticamente; 5- autonomía de la voluntad; 6 - derecho a la intimidad y a la vida privada.

Algunas otras afirmaciones contenidas en la decisión demuestran la debilidad de su fundamentación al decidir una cuestión tan importante. A modo de ejemplo y para no alargarnos en exceso, citaremos solo tres.

La primera afirmación que cuestionamos es: “Derecho a la búsqueda de la felicidad. El uso concreto de la sexualidad forma parte de la autonomía de la voluntad de las personas naturales”⁴⁷⁹. “Buscar” la felicidad no deja de ser una opción personal ligada al derecho general de libertad. Pero la felicidad en sí no es

⁴⁷⁹ La declaración fue retirada de todo el contenido de la *Ementa* y de la Decisión que ahora se comenta. Disponible en: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Consultado el 12/10/2019.

un objetivo de la acción pública. En concreto, ya se ha indicado que no son los sentimientos —cauce para la felicidad, sin duda— los que motivan que el legislador regule la familia mediante el Derecho. Nunca fue así. Además, la felicidad es un concepto relativo y subjetivo y hoy en día representa una idea fija que todos deben alcanzar plenamente, como si esto fuera posible, o —mejor aún— como si la felicidad fuera “algo” que pudiéramos exigir ante alguien, como auténtico derecho. Comte-Sponville, en una obra sobre la felicidad en nuestra sociedad, *La felicidad, desesperadamente*⁴⁸⁰ explica que la felicidad, como es notorio, es un estado emocional particular, íntimo y personal. El Derecho, al regular la familia, tiene que considerar al ser humano como un sujeto inter-relacional, y, en esas relaciones entre sujetos (en el marco de la familia o no), al Derecho no le compete la consecución de “estados” objetivos o subjetivos de las personas (ni los objetivos como la salud, la buena forma física o la inteligencia, y menos aún los subjetivos, como la felicidad). Por eso, en esas relaciones intersubjetivas, la persona puede exigir al Estado —y a los demás— las regulaciones o prestaciones sanitarias, deportivas, educativas o familiares, pero no puede “exigir”, en ellas, la consecución de la salud o la felicidad: el Estado, ni tiene competencia para su logro, ni está en su mano garantizarlas. En cuanto, específicamente, a la felicidad, al Derecho solo competen los hechos externos que, ciertamente, pudieran contribuir a la subjetiva felicidad de los implicados: nada más.

La segunda afirmación que cuestionamos es la siguiente: “Libertad para disponer de la propia sexualidad, insertada en la categoría de los derechos fundamentales del individuo, una expresión que significa autonomía de la voluntad. Derecho a la intimidad y a la vida privada”⁴⁸¹. También entendemos que a lo largo de la presente Tesis Doctoral ya se ha explicado que, obviamente, no se niega que todo ser humano puede disponer de la sexualidad como lo desee —lo haga o no en un sentido socialmente provechoso—, además de que pueda también vivir como quiera, siempre que esto no cause daños a terceros. Sin embargo, esta “libertad” —

⁴⁸⁰ COMTE-SPONVILLE, André, *A felicidade desesperadamente*, São Paulo, Editora Martins, 2001. Otros filósofos destacados también trataron el tema, como: BRUCKNER, Pascal. *A euforia perpétua. Ensaio sobre o dever de felicidade*, Rio de Janeiro, Editora Bertrand, 2016. Y también: DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*, Rio de Janeiro, Editora Contraponto, 2017.

⁴⁸¹ La declaración fue retirada de todo el contenido de la *Ementa* y de la Decisión que ahora se comenta. Disponible en: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Consultado el 12/10/2019.

entendida como mera ausencia de prohibición de sentido contrario— no significa que el Estado deba incorporar sus concreciones como “derechos” exigibles erga omnes, o que deba regularlas legalmente, y menos estimularlas: sabemos que lo hará en la medida de su interés para el bien común, a cuya cabeza está la cabal atención de la dignidad humana en aquellas relaciones intersubjetivas. Son, pues, cuestiones bien distintas. Con respecto al pasaje en el que se menciona como argumento el derecho a la intimidad y a la vida privada ya hemos tenido también, en esta Tesis, la oportunidad de mencionar la gran contradicción que encierra este argumento, ya que todo lo que los homosexuales pretenden es dar publicidad a sus uniones, en la medida en que no reclaman el derecho a vivirlas, sino más bien el reconocimiento público, lo que por tanto, queda fuera del ámbito privado y de la intimidad.

Finalmente, la tercera afirmación que cuestionamos deriva del Ministro Luiz Fux al formular su voto (con el no estamos particularmente de acuerdo), pero dada su importancia, conviene hacer referencia a la misma:

“A pesar de la omisión legislativa sobre el tema, la mayoría, a través de sus representantes elegidos, no podría incluso 'democráticamente' decretar la pérdida de los derechos civiles de la minoría por la cual eventualmente tenga cierta aversión. Por lo tanto, al contrario de lo que piensan los críticos, la democracia se fortalece, ya que se reafirma como una forma de gobierno, no de las **mayorías ocasionales**, sino de todos. **Si bien el Congreso Nacional, en el caso brasileño, no asume explícitamente su coparticipación** en este proceso constitucional de defensa y protección de los socialmente vulnerables, **el Poder Judicial no puede eludir este compromiso, bajo pena de aceptación tácita.**” *(La negrita es nuestra).*

Con respecto a la invasión del Poder Judicial en la esfera de actuación del Poder Legislativo, ya hemos comentado que la postura activista por parte del primero perjudica, en nuestra opinión, la tripartición de los poderes y el propio sistema democrático. No repetiremos tales argumentos. Sin embargo, llama nuestra atención, particularmente en este caso, que en el voto se mencione lo que se llama

“mayorías ocasionales”, que serían las uniones estables heterosexuales y el matrimonio (también heterosexual partiendo del concepto del instituto). En este caso, las convivencias entre personas de diferente sexo, formalizadas o no por un vínculo jurídico, ¿son ocasionales? ¡No es lo que pareció cuando analizamos histórica y antropológicamente el tema!

En relación con la argumentación realizada durante el juicio por el entonces Procurador General del Estado de Rio de Janeiro, Luís Roberto Barroso, quien actuaba representando los intereses del autor de la acción, son necesarias algunas consideraciones, dado que el mencionado discurso forma parte de la historia del país y logró obtener la unanimidad de votos para un cambio radical en esta cuestión⁴⁸².

El Ministro actual del STF se basó fundamentalmente en cuatro puntos: 1- Principio de afectividad; 2- Alega que la historia de la civilización está marcada por la superación de los prejuicios; 3- Principio de Dignidad de la persona humana y como corolario de esto, los Principios de Igualdad y Libertad; 4- Uso de la analogía para la equiparación de los derechos. Reconoció que no había (y sigue sin haberla) ninguna norma jurídica que tutele a estas minorías. Habiendo una laguna en el ordenamiento jurídico, habrá que solucionarla a través de los principios constitucionales y por la analogía con el artículo 226, §3º de la CRFB.

⁴⁸² En el sitio web de YouTube se puede ver que este argumento oral tuvo al menos más de 5 millones de visitas, <https://www.youtube.com/watch?v=1Rg4ejuWTjk>, Consultado el 20/06/2016. El discurso fue transmitido en directo en una red nacional y literalmente "detuvo" al país, incluso como si fuera el día del partido de la Copa del Mundo. Comenzó afirmando: “Lo que vale en la vida son nuestros afectos. El amor y la búsqueda de la felicidad están en el centro de los principales sistemas filosóficos y en el centro de las principales religiones”. **“Lo que se pide aquí en primer lugar es que esta Corte declare esta tarde que cualquier forma de amar valga la pena y declare la consecuencia natural de esta constatación: nadie debería verse disminuido en esta vida por sus afectos y por compartir sus afectos con quien elija.** El amor homosexual ha sido víctima de prejuicios a lo largo de los siglos. Y aquí hay tres ejemplos: el primero en 1521, en las Ordenanzas Manuelinas que contemplaban que los homosexuales fueran ejecutados en la hoguera, sus bienes confiscados y las siguientes dos generaciones de su familia serían infames. Otro ejemplo en 1876, cuando Oscar Wilde fue sentenciado a dos años de trabajo forzado y encarcelamiento por escribir el poema en el que asume su pasión homosexual, titulado "amor que no se atreve a decir su nombre". Tercero y último, un soldado americano condecorado en la Guerra de Vietnam que, al asumir su homosexualidad, fue licenciado sumariamente de las Fuerzas Armadas”... **“Esta es una tarde de "gala" para este Tribunal porque representa la posibilidad de un punto de inflexión histórico, de superación de un prejuicio y el mundo nos mira con ansiedad”.** *(La negrita es nuestra)*

En relación con tales fundamentos, las diversas argumentaciones y consideraciones que se vienen exponiendo a lo largo de la presente Tesis Doctoral ya han adelantado la respuesta.

Por lo tanto, después de la mencionada decisión dictada por el Tribunal Constitucional de Brasil, siguió la decisión del STJ (Superior Tribunal de Justicia) en el Resp. 1.183378/RS, dictada por la 4ª Sala, teniendo como ponente al Ministro Luís Felipe Saloma, el 25/10/2011. No obstante, en esta se juzgó procedente la solicitud de habilitación del matrimonio civil por parte de dos mujeres a las que se les había denegado su solicitud en el ámbito del Tribunal de Justicia de Rio Grande do Sul. Se debe subrayar que cada Sala del Superior Tribunal de Justicia, está compuesta por cinco Ministros, así como el Plenario de la Corte está compuesto por treinta y tres. La decisión mencionada, incluso reconociendo que el Supremo Tribunal Federal es el Tribunal a quien compete velar por la constitucionalidad de cualquier materia, sin embargo, considera correcto extender el derecho de los homosexuales al matrimonio, limitándose al caso concreto juzgado y sin efectos vinculantes, ya que el Tribunal no era competente para ello⁴⁸³.

⁴⁸³ Art. 102. Corresponde principalmente al Supremo Tribunal Federal defender la Constitución, y le corresponde: I - procesar y juzgar, originalmente: a) la acción directa de inconstitucionalidad de la ley federal o estatal o el acto normativo y la acción constitucionalidad declaratoria de la ley o del acto normativo federal; p) la solicitud de medida cautelar de acciones directas de inconstitucionalidad; [...].r) acciones contra el Consejo Nacional de Justicia y contra el Consejo Nacional del Ministerio Público; (Incluido en la Enmienda Constitucional N° 45, 2004) III - juzgar, por apelación extraordinaria, las causas decididas en la única o última instancia, cuando la decisión apelada contra: a) contraviene una disposición de esta Constitución; b) declara la inconstitucionalidad de un tratado o ley federal; c) considere válida una ley o acto de gobierno local impugnado de conformidad con esta Constitución; d) juzgar la ley local válida impugnada bajo la ley federal.

§ 1º El Tribunal Supremo Federal evaluará el argumento de incumplimiento del precepto fundamental, derivado de esta Constitución, de conformidad con la ley.

§ 2º Las decisiones definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, en acciones directas de inconstitucionalidad y acciones declarativas de constitucionalidad deberán producir eficacia contra todos y efecto vinculante, en relación con los otros órganos del Poder Judicial y la administración pública directa e indirecta, en las esferas federal, estatal y municipal.

§ 3º En la apelación extraordinaria o recurrente, el apelante deberá demostrar la repercusión general de las cuestiones constitucionales discutidas en el caso, de conformidad con los términos de la ley, para que el Tribunal pueda examinar la admisión de la apelación, y solo puede rechazarla por la manifestación de dos tercios de sus miembros.

[La redacción de esta disposición se ha transcrito sólo en parte debido a su extensión. Los extractos eliminados no tratan ningún tema debatido en esta Tesis Doctoral].

Entendemos que una sentencia sobre esta materia implica necesariamente interpretar qué familia protege la Constitución, lo que corresponde al tribunal competente para ello, bajo pena de usurpación de la competencia prevista en la Carta Magna.

El hecho es que, a pesar de tanto esfuerzo y empatía para regular la materia en todos los ámbitos, el Poder Legislativo continúa sin tomar una posición sobre el tema, observándose así, en relación con el mismo, un verdadero activismo judicial y sustitución de un Poder por parte de otro. Además, debe recordarse que no actuar, y omitir, no implica neutralidad, sino que implica una falta de respuestas con respecto a la materia, especialmente porque ya existen proyectos de ley y movimientos sociales que presionan para su reforma. Por lo tanto, si no ha habido hasta ahora ninguna regulación, es precisamente porque el Poder Legislativo, en nuestra opinión, entiende que la materia no debe ser regulada.

C) La modificación de la decisión del Supremo Tribunal Federal brasileño mediante la resolución 175/2013 del Consejo Nacional de Justicia (CNJ): ¿es legal y legítima?

Tras las sentencias emblemáticas de los más altos tribunales del País acerca del tema, el CNJ (Consejo Nacional de Justicia), como ya adelantamos y veremos a continuación, emitió dos años después, en 2013, una resolución que obliga a los notarios a aceptar los requisitos de habilitación y el consecuente matrimonio civil entre los homosexuales. También el Centro de Estudios Jurídicos del Consejo de Justicia Federal⁴⁸⁴ emitió la declaración 601, en la *VII Jornada de Direito Civil*, aunque la misma no tenga ningún efecto vinculante.

⁴⁸⁴ El CJF —*Conselho da Justiça Federal*— es el órgano central de las actividades sistémicas de la Justicia Federal. Es responsable de la supervisión administrativa y presupuestaria, con poderes correccionales, cuyas decisiones son vinculantes; es decir, son obligatorias y deben ser observadas por todas las Unidades de Justicia Federal de primer y segundo grado, según lo establecido por el art. 105, párrafo único, inc. II, de la Constitución Federal y en el art. 3 de la Ley n. 11,798 / 2008. La estructura orgánica del Consejo está compuesta por la Secretaría General de Justicia Federal, el Centro de Estudios Judiciales y la Sala Nacional de Uniformización de Tribunales Especiales Federales. La Junta de la CJF está compuesta por el presidente y el vicepresidente del Superior Tribunal de Justicia (STJ), otros tres ministros del mismo tribunal y los presidentes de los cinco tribunales regionales federales (TRF) del país.

En la práctica, lo cierto es que, hoy en día en Brasil, incluso sin regulación jurídica, los diversos Notarios Titulares de Oficinas de Registros que se encargan de celebrar matrimonios civiles y registros de Unión Estable, están registrando de forma indiscriminada y celebrando cualquiera de estas dos figuras jurídicas en el caso de los homosexuales.

El Consejo Nacional de Justicia (CNJ) es una institución pública que tiene por finalidad el incremento o perfeccionamiento del Poder Judicial en Brasil, sobre todo con relación a la transparencia y correcto funcionamiento de los trámites procesales en el país. Se ha creado para impulsar que el Poder Judicial en Brasil actué con la debida moralidad, eficiencia y efectividad.

No solo es un órgano creado para contribuir a mejorar el Poder Judicial, sino también para atender a reivindicaciones de la población sobre el funcionamiento de la Justicia e incluso de los notarios, de manera que es competente para juzgar disciplinariamente a los jueces y a los notarios por sus actos en el desempeño de sus funciones.

Además, el CNJ puede diseñar objetivos, resoluciones y planes para el correcto funcionamiento del Poder Judicial y de las Notarías en el país. Su creación ha sido el punto principal de la Reforma del Poder Judicial promovida en el país mediante la EC 45, promulgada el 30 de diciembre de 2004.

Desde su establecimiento, el CNJ ha contribuido no solamente a la transparencia de la Jurisdicción brasileña, elaborando y publicando estadísticas — que antes no se hacían—, sino que también ha trazado metas y planes para que la Jurisdicción incrementara tanto su nivel de efectividad como de funcionamiento. Para ello, ha establecido metas sobre procesos judiciales que trataran de determinadas materias o cuya tramitación solía demorarse durante muchos años en la Administración de justicia. Así, entre sus funciones están la gestión del Poder Judicial y la fiscalización de los operadores de la Administración de justicia.

Desde su creación en 2004, el CNJ también ha desarrollado metas y proyectos cuyo propósito era satisfacer las aspiraciones de la sociedad para el buen

funcionamiento de la Justicia y de los Notarios, como fue el caso de la llamada “meta anti-nepotismo”, así como de las jornadas promovidas para fomento y efectividad de la llamada Ley “Maria da Penha” (Ley de lucha contra la violencia hacia la mujer en el ámbito doméstico).

Entre las resoluciones establecidas por el CNJ hay que destacar la n.º.175, que se aprobó en 14 de mayo de 2013, mediante la cual se prohíbe a los notarios que puedan negarse a realizar la habilitación y celebración del matrimonio civil entre personas del mismo sexo. También prohíbe que los notarios dejen de realizar los actos de la llamada “conversión de las uniones estables de parejas homosexuales en matrimonio” cuando así fuera requerido, a tenor del artículo primero de la dicha resolución⁴⁸⁵.

La resolución en cuestión tuvo como fundamento el contenido de las sentencias dictadas por el Supremo Tribunal Federal (STF) en las acciones emblemáticas ADPF 132/RJ y ADIN 4277/DF, que acabamos de tratar, ambas rubricadas en la misma fecha y que se restringen al reconocimiento de las *uniones estables o de hecho* entre personas del mismo sexo. Además de estas, la resolución que ahora se comenta también se fundamentó en la sentencia dictada por el Superior Tribunal de Justicia (STJ) en el RESP 1.183.378/RS, también antes comentada.

Tras la publicación de la citada resolución 175/2013, la doctrina parece haber quedado subyugada por la “moderna” solución dada al tema, y anestesiada hasta el punto de no poder resistir o criticar la legalidad y la legitimidad de la resolución publicada por el CNJ como si este Órgano fuera indiscutiblemente legítimo, y hubiera reproducido sólo la decisión de la más alta Corte brasileña.

Sin embargo, la resolución a la que estamos haciendo referencia, aduce en su redacción que este acto normativo estaba basado en la competencia que tiene el CNJ según el artículo 103-B de la CRFB/88 —el cual, a nuestro juicio, no atribuye

⁴⁸⁵ Artículo 1º: se prohíbe a las autoridades competentes denegar la habilitación, la celebración del matrimonio civil o la unión estable de conversión en el matrimonio entre personas del mismo sexo. En la web: www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao_175_14052013_16052013105518.pdf. Consultado el 18/03/2016.

esa competencia—. Al contrario, establece textualmente: primeramente sobre la composición del Consejo; y después, sobre la composición y el mandato de sus miembros; la presidencia del Consejo; la competencia administrativa y financiera del Poder Judicial; la fiscalización de los jueces; la posibilidad en expedir actos reglamentarios que controlen el funcionamiento adecuado de la justicia; la competencia de fiscalizar sobre la legalidad de los actos ejecutados por jueces, incluso por sus servicios auxiliares; la competencia disciplinaria de los mismos; la posibilidad de instaurar procedimientos disciplinarios; posibilidad de remitir noticias a los órganos del Ministerio Fiscal, además del poder en elaborar estadísticas sobre las sentencias dictadas en los diversos estados miembros del país⁴⁸⁶. De esta manera —y de acuerdo con la transcripción que se ofrece en la nota

⁴⁸⁶ Art. 103b. El Consejo Nacional de Justicia está compuesto por 15 (quince) miembros con un mandato de 2 (dos) años, admitida 1 (una) renovación, siendo:

§ 1° El Consejo estará presidido por el Presidente del Supremo Tribunal Federal y, en sus ausencias e impedimentos, por el Vicepresidente del Supremo Tribunal Federal.

§ 2° Los demás miembros del Consejo serán nombrados por el Presidente de la República, previa aprobación de la mayoría absoluta del Senado Federal.

§ 3° Si no se hacen, en el plazo legal, las indicaciones previstas en este artículo, la elección corresponderá al Supremo Tribunal Federal.

§ 4° El Consejo será responsable de controlar el desarrollo administrativo y financiero del Poder Judicial y el cumplimiento de los deberes funcionales de los jueces y también de otros deberes que le fueran conferidos por el Estatuto de la Magistratura:

I - asegurar la autonomía del Poder Judicial y el cumplimiento del Estatuto de la Magistratura, pudiendo emitir actos reglamentarios dentro de su competencia o recomendar medidas;

II - garantizar el cumplimiento del art. 37 y evaluar, de oficio o a instancia de parte, la legalidad de los actos administrativos practicados por miembros u órganos del Poder Judicial, y puede ignorarlos, revisarlos o establecer un plazo para la adopción de las medidas necesarias para el cumplimiento exacto de la ley, sin perjuicio de la competencia del Tribunal de Cuentas de la Unión;

III - recibir y conocer la reclamaciones contra miembros u órganos del Poder Judicial, incluso contra sus servicios auxiliares, servicios públicos y proveedores de servicios notariales y de registro que actúen por delegación del Poder Público u oficializados, sin perjuicio de competencia disciplinaria y correccional de los tribunales, pudiendo avocar procedimientos disciplinarios en curso y determinar su remoción, disponibilidad o retiro con asignaciones o beneficios proporcionales a la duración del servicio y aplicar otras sanciones administrativas, garantizando la debida defensa;

IV - representar al Ministerio Público en caso de delito contra la administración pública o abuso de autoridad;

V - revisar, de oficio o por instancia de parte, los procedimientos disciplinarios de los jueces y miembros de los tribunales que han sido juzgados por menos de un año;

VI - elaborar cada seis meses un informe estadístico sobre procesos y sentencias emitidas por la unidad de la Federación en los diferentes órganos del Poder Judicial;

VII - elaborar un informe anual, proponiendo las medidas que considere necesarias, sobre la situación del Poder Judicial en el país y las actividades del Consejo, que incluirá el mensaje del Presidente del Supremo Tribunal Federal que se enviará al Congreso Nacional, en ocasión de la apertura de la sesión legislativa.

§ 5° El Ministro del Superior Tribunal de Justicia desempeñará la función de Ministro-Corregidor y quedará excluido de la distribución de los procedimientos en el Tribunal y, además de las funciones que le confiere el Estatuto de la Magistratura, deberá:

a pie de página, relativa al artículo de la Constitución brasileña que establece la competencia del referido Órgano, con el fin de que no haya ninguna duda sobre su creación y propósito—, resulta necesario leer la disposición cuidadosamente. Ello permitirá reflexionar sobre la posibilidad jurídica de emitir una Resolución que obligue a los Notarios a que efectúen tales registros, sin que la materia esté sujeta a regulación legal y sin que tampoco haya sido aprobada efectivamente por parte de la Corte Constitucional del País, la cual, por el contrario, ha declarado expresamente que solo estaba tratando la unión estable y no el matrimonio.

Además de cuestionarse la competencia para la emisión de esta resolución, debemos reflexionar también sobre si este organismo que aprobó el acto —con el que obligó a los Notarios a celebrar estos “matrimonios”— es el que tiene la competencia para hacerlo cumplir y sancionar los casos de desobediencia.

Conviene también subrayar que el artículo que creó y atribuyó competencia y funciones al CNJ, está insertado en el capítulo relativo al Poder Judicial; y especialmente en la sección II del citado capítulo. La Constitución Federal de 1988 asegura que es el Supremo Tribunal Federal el órgano encargado de garantizar la correcta aplicación e interpretación del Texto Constitucional. Por lo tanto, además de no otorgarle al CNJ poderes para publicar actos normativos sustituyendo al Poder Legislativo —lo que sería una aberración jurídica—, tampoco le otorgó poderes para revisar, en ningún caso, las decisiones tomadas por el Tribunal Constitucional. En realidad, no le otorgó poderes para revisar ninguna decisión judicial ya que el órgano no forma parte de los órganos judiciales del País: su naturaleza es otra.

I recibir las reclamaciones y las denuncias de cualquier parte interesada, relativas a los magistrados y a los servicios judiciales;

II ejercer las tareas ejecutivas del Consejo, de inspección y de corrección general;

III solicitar y nombrar magistrados, delegándoles atribuciones y solicitar funcionarios de juicio o de tribunales, incluso en los Estados, en el Distrito Federal y en los Territorios.

§ 6º El Fiscal General de la República y el Presidente del Consejo Federal del Colegio de Abogados de Brasil deberán officiar con el Consejo.

§ 7º La Unión, incluso en el Distrito Federal y en los Territorios, creará defensores del pueblo, competentes para recibir reclamaciones y denuncias de cualquier parte interesada contra los miembros o los órganos del Poder Judicial, o contra sus servicios auxiliares, representando directamente el Consejo Nacional de Justicia.

Por lo tanto, sostenemos que el citado órgano no tiene competencia ni legitimidad para readecuar las decisiones judiciales a su propio antojo, o adaptarlas a las demandas sociales de cualquier grupo: el texto constitucional que lo creó no le ha conferido tales poderes.

El CNJ, al emitir la resolución 175, dos años después de las decisiones emblemáticas sobre uniones y matrimonio entre personas del mismo sexo en el país, las ha “combinado” para modificar la primera (dictada por el STF). Tal actitud revela de algún modo que el CNJ se colocó por encima del STF —la Corte más alta del país—, alterando la decisión tomada por los Ministros dos años antes. La resolución publicada pretendió estandarizar el tratamiento que debe darse a esta cuestión en todo el territorio nacional, cuando ni el Poder Legislativo ni el STF habían decidido sobre el mismo.

No puede argumentarse que el propio STJ ya había resuelto la cuestión; esto porque la interpretación del alcance constitucional de una disposición es competencia exclusiva del STF, tal como dispone de manera inequívoca el artículo 102 de la CF/88.

Además de todos los argumentos que se deducen en este punto del texto constitucional —modificado por la EC45/2004, que promovió una reforma judicial en el país—, consta que el CNJ fue creado para una finalidad diferente, que se vincula sobre todo a mejorar y supervisar el funcionamiento del Poder Judicial, a través de un órgano que está fuera de su estructura y, por lo tanto, presumiblemente imparcial para emitir un juicio al respecto. Antes de su creación, en Brasil se afirmaba que el Poder Judicial era el único que no tenía control externo, tarea que el nuevo ente podía asumir.

En último análisis, aun suponiendo se defienda que cualquier forma de convivencia debería equipararse al matrimonio, ha de advertirse que tal equiparación solamente sería posible a través de la aprobación de una enmienda constitucional que modificara el artículo 226, incorporando una nueva forma familiar que merezca una protección por parte del Estado.

A nuestro juicio, un sistema realmente democrático solo puede funcionar bajo ciertos valores de fondo que se reconocen como válidos por todos y que sean valores que no deben sustraerse a la decisión de la mayoría de la ciudadanía. De los Mozos y de los Mozos, en su análisis sobre el sistema español, ofrece una argumentación que resulta aplicable a cualquier democracia: “una democracia no es capaz de funcionar sin valores; por consiguiente, no puede ser neutral ante los valores”⁴⁸⁷.

En definitiva, no puede sostenerse que en un sistema democrático los valores sean dictados por un sencillo acto normativo, y menos por un órgano creado no para decidir, sino que para fiscalizar el funcionamiento del poder judicial del país.

3. El panorama europeo sobre la heterosexualidad en el matrimonio; en especial, en el ordenamiento jurídico español tras la Ley 13/2005.

“La cuestión sexual —y el matrimonio y la familia— no es cosa trivial —como la moda que nos gusta—, ni tampoco cosa del capricho individual y privado —como la elección de nuestro club favorito—, sino una cuestión social y pública de extraordinaria transcendencia, en la que la conducta de uno afecta a toda la comunidad social, y para la que es necesaria la cuidada y seria atención de la ética, el derecho y la política”⁴⁸⁸.

Antes de adentrarnos en el punto crítico que se presenta con la reforma legislativa derivada de la Ley 13/2005, hay que recordar cómo regula la Constitución española de 1978 el instituto matrimonial. Y ello porque, con toda

⁴⁸⁷ DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, *op. cit.*, p. 65.

⁴⁸⁸ VILADRICH, Pedro-Juan, *La Agonía del matrimonio legal. Una Introducción a los elementos conceptuales básicos del matrimonio*, Navarra, 5ª Edición, Ediciones Universidad de Navarra, EUNSA, 2010, pp. 45-49 y p. 59.

evidencia, será necesario cuestionar si la ley antes mencionada, posterior a la Constitución, se ajusta al marco jurídico de la Carta Magna española.

En su artículo 32, § 1º, la Constitución española establece el derecho a contraer matrimonio en estos términos: “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”⁴⁸⁹.

Para la correcta hermenéutica que ha de aplicarse, es imperativo prestar atención al hecho de que el citado artículo 32 se inserta en el Título I, Capítulo 2º, sección 2ª. Pese a esta ubicación —que le priva del acceso al recurso de amparo— se ha defendido que el Texto Constitucional español consagra el matrimonio no solo como un derecho, sino también como un derecho fundamental⁴⁹⁰.

En la misma línea de las otras Constituciones europeas, el derecho a contraer matrimonio se erige como un derecho fundamental, debiendo ser ejercido en igualdad de derechos entre hombres y mujeres, y también debe ser respetada la libertad individual para su ejercicio, de acuerdo con el libre desarrollo de la personalidad para promover la dignidad de cada uno de los cónyuges⁴⁹¹. El texto constitucional español también establece —además de preceptuar la igualdad entre los cónyuges—, la posibilidad de que el legislador ordinario pueda regular el matrimonio, sus formalidades, establecer la edad mínima para contraerlo, los

⁴⁸⁹ Artículo 32:

1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.

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

⁴⁹⁰ DE PABLO CONTRERAS advierte que se trata de un derecho fundamental, aunque no tenga la protección cualificada del recurso de amparo constitucional. *Vid.* DE PABLO CONTRERAS, Pedro. “La Constitución y la ley 13/2005, de 1 de Julio, de reforma del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio”, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos y DE PABLO CONTRERAS, Pedro. *Constitución, Derecho al matrimonio y Uniones entre Personas del mismo sexo*, Instituto de Ciencias para la Familia, Universidad de Navarra, Madrid, Ediciones RIALP, 2007, p.94.

Una posición contraria a que el derecho al contraer matrimonio sea derecho fundamental, puede verse en: DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón. “Principio de libre desarrollo de la personalidad y *ius connubii* (A propósito del auto del Tribunal Constitucional 222/1994), *Revista de Derecho Privado*, Madrid, Ortega Ediciones Gráfica, 1998, pp. 683-736.

⁴⁹¹ Como ya se ha apuntado, tal línea de pensamiento de que el 'libre desarrollo de la personalidad' hace entender que existe un 'derecho fundamental de cualquier persona a contraer matrimonio', no goza de consenso en la doctrina española. *Vid.* RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE, José, *Ibidem*.

deberes y los derechos derivados del mismo, las causas de separación y divorcio, además de sus efectos jurídicos.

Independientemente del tratamiento dado a la materia, siempre se debe recordar que el derecho a unirse en matrimonio es connatural al ser humano, deriva de su propia naturaleza; y es en este marco natural —en el que la conformación corpórea del hombre y la mujer se complementan mutuamente— donde la heterosexualidad se erige en principio irrenunciable de esta unión⁴⁹².

De Pablo Contreras⁴⁹³, en el Derecho español, aclara acertadamente que cuando el constituyente deja a cargo del legislador la regulación de las formas de matrimonio, la edad y la capacidad —entre otros temas— lo hace afirmando la competencia del Estado para "establecer el sistema matrimonial". En la misma línea, Vega Gutiérrez⁴⁹⁴ advierte que el Estado no puede abusar de su soberanía para definir que cualquier unión afectiva deba calificarse como matrimonio, porque la juridicidad primaria del instituto está mucho más allá del poder estatal.

Así que, como veremos más adelante, gran parte de la doctrina jurídica española cuestionó, incluso constitucionalmente, la reforma legislativa del matrimonio derivada de la Ley 13/2005.

En este debate, los juristas han discutido si la citada Ley se ajusta a los artículos 10, 32.1 y 39 del texto constitucional. El artículo 10 establece el principio de la dignidad de la persona humana y del libre desarrollo de su personalidad como fundamento de la paz social y del orden público. El artículo 32.1 consagra específicamente el derecho a contraer matrimonio y, por último, el artículo 39 establece que la familia merece protección jurídica en el sistema jurídico español.

Según afirma Martínez López-Muñiz, “la Constitución contiene unos cuantos elementos, pocos, pero muy decisivos, sobre lo que entiende por familia y

⁴⁹² El tema ya se trató en el Capítulo II de esta Tesis Doctoral, cuando se analizó el concepto, la esencia y los fines del matrimonio.

⁴⁹³ DE PABLO CONTRERAS, Pedro. “La Constitución y la ley 13/2005, de 1 de Julio, de reforma del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio”, *cit.*, p.104.

⁴⁹⁴ VEGA GUTIÉRREZ, Ana María. *Políticas familiares en un mundo globalizado*, *cit.*, p. 52.

eso es el modelo de familia constitucionalmente garantizado”⁴⁹⁵. Esos elementos a los que se refiere el autor no están presentes en las convivencias homosexuales, y por eso sostiene que “brindarle la misma protección que a la familia basada en el verdadero matrimonio es algo que daña a este y le priva de la protección que el artículo 39 obliga a dispensarle como pieza esencial de la familia constitucional”⁴⁹⁶.

En el ámbito europeo, la Resolución del Parlamento Europeo de 8 de febrero de 1994 solicitaba a la Comisión la elaboración de una propuesta de recomendación dirigida a conceder a la unión entre personas del mismo sexo los derechos y beneficios del matrimonio. En la misma se reclamaba la eliminación de discriminaciones de los homosexuales e instó a los Estados miembros a que garantizaran a las parejas del mismo sexo la igualdad de derechos. Posteriormente, la Resolución de 15 de enero de 2003, recomendó una vez más a los Estados miembros que reconocieran las relaciones no matrimoniales, tanto entre personas de distinto y del mismo sexo, y que concedieran a las personas que mantienen esas relaciones los mismos derechos que a las que celebran el matrimonio⁴⁹⁷.

En el pasado, la homosexualidad fue objeto de criminalización por parte del ordenamiento jurídico de varios países. En el caso europeo, tuvo relevancia la sentencia del TEDH del 22/10/81, en el caso de *Dudgeon contra el Reino Unido*. Para reprobado la condena penal a la homosexualidad entre adultos establecida entonces en la legislación penal británica, el Tribunal de Estrasburgo acudió al derecho al respeto a la vida privada del artículo 8 del Convenio Europeo. Esta decisión dio fundamento a la Recomendación número 924 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, que instó a los diversos Estados miembros a abolir las leyes que sancionaban penalmente la homosexualidad. Pero, también a partir de entonces, en algunas latitudes se dio un salto a todas luces injustificado: surgen reivindicaciones de un necesario reconocimiento jurídico de las relaciones afectivas del mismo sexo. Y en este sentido, Dinamarca y Noruega en 1989 y 1993,

⁴⁹⁵ MARTINÉZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. “La familia en la Constitución Española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 20, Num.58, 2000, p.13.

⁴⁹⁶ MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, José Luis. “Desquiciamiento inconstitucional de la familia protegida por el derecho civil”, *cit.*, p.73

⁴⁹⁷ VEGA GUTIÉRREZ, Ana María. *Políticas familiares en un mundo globalizado*, *cit.*, p. 43.

respectivamente, de forma pionera, comenzaron a regular lo que denominaron convivencia registrada —ojo: no matrimonio—, abierta a personas del mismo sexo⁴⁹⁸. Ha de señalarse que, efectivamente, el derecho a la vida privada exige que se respete la decisión libre de las personas que se consideran orientadas sexualmente de una determinada manera (hacia la homosexualidad u otras posibilidades, como las relaciones incestuosas o la zoosexualidad); pero esta libertad para nada implica que tales opciones sexuales se deban considerar legalmente como idénticas en materia de unión matrimonial⁴⁹⁹.

Antes de la promulgación de la Ley española 13/2005 conviene citar dos importantes marcos europeos, los cuales influyeron en la modificación legislativa de varios países europeos. Se trata de las Conferencias Internacionales del Cairo y Beijing, que reconocieron el "derecho a la libre orientación sexual" y la Resolución del Parlamento Europeo sobre Igualdad de derechos homosexuales y lesbianas en la Unión Europea, adoptada el 08/02/1994. En esta última se instó a los distintos Estados miembros a que suprimieran cualquier prohibición de contraer matrimonio o establecer uniones estables entre personas del mismo sexo y, también se reclamaba que no se establecieran restricciones a la posibilidad de adoptar niños⁵⁰⁰. A partir de entonces, varios países comenzaron a regular la materia: Groenlandia (1994), Suecia (1995), Islandia y Hungría (1996), los Países Bajos (1998 y 2001), Francia (1999), Alemania (2001), Portugal y España (2005).

Como ya se ha explicado en esta investigación, el concepto de familia sufrió transformaciones sin precedentes en su historia y todos los tipos de convivencia pasaron a reclamar la posibilidad de que se los reconociera legalmente como 'familia'. Y como si eso no fuera suficiente, las diversas modalidades de convivencia entre pareja pretenden equipararse al matrimonio, llegándose a pugnar por el derecho humano de todos a contraer matrimonio, independientemente de su orientación sexual.

⁴⁹⁸ *Ídem*.

⁴⁹⁹ Muy acertadamente, el juez Matscher en su voto particular disidente en la sentencia *Dudgeon*, afirmó que el artículo 8 del CEDH "no exige que se considere [por el poder público] la homosexualidad como una variante equivalente a la heterosexualidad".

⁵⁰⁰ *Ídem*, pp. 40-42.

En el caso Europeo, el Parlamento ha aprobado sucesivas resoluciones en las que recomienda a los países miembros de la Unión Europea que modifiquen su legislación para reconocer las relaciones no matrimoniales entre personas del mismo sexo o de opuesto y para concederles los mismos derechos; e incluso se insta para lograr el reconocimiento recíproco en la Unión Europea del matrimonio legal entre personas del mismo sexo (Resolución del Parlamento europeo sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y de las lesbianas en la Unión Europea, aprobada el 8 de febrero de 1994). Además, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha negado reiteradamente que del artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que regula el derecho a contraer matrimonio⁵⁰¹, derive una obligación para los Estados miembros de tener que acoger el matrimonio homosexual⁵⁰².

En España se aprobó la Ley 13/2005, por la cual se modificó el artículo 44 del Código Civil español para reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo, atendiendo a las ideas del movimiento transnacional que abogaba por permitir y regular el matrimonio homosexual. La citada Ley adoptó una técnica legislativa como mínimo cuestionable cuando hizo tan larga transformación sistemática al insertar en el artículo citado un segundo párrafo, por el cual se permite que el matrimonio pueda ser contraído entre personas del mismo sexo⁵⁰³.

De la lectura de la exposición de motivos de la Ley 13/2005 se puede subrayar que el legislador considera el matrimonio como un derecho de la persona previsto en el artículo 32 de la Constitución española, además de una institución

⁵⁰¹ “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”.

⁵⁰² Vid. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. “Una crítica a la STC 198/2012 sobre el matrimonio en la Constitución española”, en PRIETO ÁLVAREZ, Tomás, *Acoso a la familia, cit.*, pp. 76 y ss.

⁵⁰³ El artículo 44 del Cód. Civil español, con la modificación introducida por la Ley 13/2005, dispone:

“El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código.

El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.” <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>. Consultado el 10/03/2018.

jurídica con relevancia social. No obstante ello, denota que concibe el matrimonio como si fuera una simple convivencia entre parejas basada en el afecto⁵⁰⁴.

Defendemos que el matrimonio nunca ha sido y no será una unión o una relación basada principalmente o únicamente en el afecto de dos personas. Los propósitos de esta reforma expresan, según Martínez López-Muñiz, “con toda claridad el profundo y arbitrario desplazamiento”⁵⁰⁵, que el legislador español trató de producir “en cuanto a la razón fundante de la familia, protegida hasta ahora por ley”.

De modo muy diferente a lo que sucedió en otros países de Europa, en España la aprobación de esa Ley no fue precedida de ningún debate entre los ciudadanos, ningún estudio previo o informe de una comisión parlamentaria.⁵⁰⁶ La reforma apresurada se ha cuestionado por su forma y contenido. Sobre ella se ha pronunciado firmemente García Cantero:

“De repente el legislador español nos traslada a un territorio marciano en donde se trata de asentar las bases de un nuevo régimen matrimonial y familiar español, sin vinculación con el pasado y, a lo que se conoce, sin posibles semejanzas o parecidos con los hoy existentes”⁵⁰⁷.

⁵⁰⁴ La exposición de motivos de la Ley 13/2005, dispone en su inicio: “La relación y convivencia de pareja, basada en el afecto, es expresión genuina de la naturaleza humana y constituye cauce destacado para el desarrollo de la personalidad, que nuestra Constitución establece como uno de los fundamentos del orden político y la paz social. En consonancia con ello, una manifestación señalada de esta relación, como es el matrimonio, viene a ser recogida por la Constitución, en su artículo 32, y considerada, en términos de nuestra jurisprudencia constitucional, como una institución jurídica de relevancia social que permite realizar la vida en común de la pareja.

Esta garantía constitucional del matrimonio tiene como consecuencia que el legislador no podrá desconocer la institución, ni dejar de regularla de conformidad con los valores superiores del ordenamiento jurídico, y con su carácter de derecho de la persona con base en la Constitución. Será la ley que desarrolle este derecho, dentro del margen de opciones abierto por la Constitución, la que, en cada momento histórico y de acuerdo con sus valores dominantes, determinará la capacidad exigida para contraer matrimonio, así como su contenido y régimen jurídico.” Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2005-11364>.

Consultado el 10/06/2018.

⁵⁰⁵ MARTINEZ LÓPEZ-MUNIZ, José Luis. “Desquiciamiento inconstitucional de la familia protegida por el derecho civil”, *cit.*, p.66

⁵⁰⁶ GARCÍA CANTERO, Gabriel. ¿Unde enis et quo vadis, hispanica familia?, en PANIZO ORALLO, Santiago; GARCÍA CANTERO, Gabriel y otros, *¿Crisis matrimonial? Sobre el futuro del matrimonio y la familia*. Madrid, CEU Ediciones, 2009, pp.126-127.

⁵⁰⁷ GARCÍA CANTERO, Gabriel. “Vértigo ante el abismo”, en GARCÍA CANTERO, Gabriel, *El matrimonio: ¿contrato basura o bien social?*, The Global Law Collection, Jornada de Estudio, The

La Ley 13/2005 aprobada en España reformula el concepto milenarista del matrimonio. Martínez de Aguirre ha subrayado la ruptura frontal con el sistema anterior que la ley supone, señalando que, en realidad, tal ruptura se produce “con toda la tradición jurídica española”, ya que esta desde siempre “ha mantenido que el matrimonio es una institución en la que la diferenciación de sexos es esencial”⁵⁰⁸. Realmente, se puede hablar de una “tradición jurídica milenaria” en este sentido, cuya razón de ser —no nos engañemos— entronca con el sentido común⁵⁰⁹.

Hay que advertir que la aprobación de la Ley 13/2005 había sido precedida por diversas regulaciones autonómicas sobre las uniones de hecho, de una manera que se marcaba una tendencia a la equiparación de las mismas con la institución matrimonial. De modo que puede afirmarse que se ha introducido frontalmente una alternativa en el Derecho de familia español, que contrasta de modo radical y absoluto con la nota esencial en la institución matrimonial de la complementariedad sexual orientada a la procreación.

La exposición de motivos de la Ley 13/2005⁵¹⁰, hace referencia a los artículos 1.1, 9.2 y 10.2 de la Constitución de España, como fundamento del matrimonio entre personas del mismo sexo. Se alega que la opción sexual no sea

Family watch, Real Academia de Jurisprudencia y legislación, Madrid, 16 de noviembre de 2007, Thomson Reuters– Aranzadi, p. 242.

⁵⁰⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, José Gabriel, *El matrimonio invertido*, versión E-book, Posición 12.

⁵⁰⁹ Apunta De los Mozos y de los Mozos:

“Pretender que personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio es absolutamente imposible, aunque pueda llegar a decir lo contrario, nada más y nada menos, que el Código Civil. Resulta un disparate y un absurdo que no sólo va contra una tradición jurídica milenaria, común a todos los pueblos civilizados y que, además, es aceptada y reconocida por la Constitución (art. 32), como un derecho que las leyes no pueden modificar, sin respetar su contenido esencial (art. 53-1), sino que repugna al más elemental sentido común, va contra la gramática, contra la moral y contra el respeto debido, tanto a la propia dignidad de la persona, como a las convicciones sociales de una gran mayoría de los ciudadanos.”

⁵¹⁰ EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY 13 /2005: “Ciertamente, la Constitución, al encomendar al legislador la configuración normativa del matrimonio, no excluye en forma alguna una regulación que delimite las relaciones de pareja de una forma diferente a la que haya existido hasta el momento, regulación que dé cabida a las nuevas formas de relación afectiva. Pero Además, la opción reflejada en esta Ley tiene unos fundamentos constitucionales que deben ser tenidos en cuenta por el legislador. Así la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad (art. 9, 2 y 10, 1 de la CE), la preservación (art. 1, 1 da CE) y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (art. 14 da CE) son valores consagrados constitucionalmente cuya plasmación debe reflejarse en la regulación de las normas que delimitan el estatus del ciudadano, en una sociedad libre, pluralista y abierta.”

una traba al libre desarrollo de la personalidad, ni fuente de desigualdad de derechos. También se dice que la Ley opera una ampliación de derechos. Pero se trata de motivaciones que no podemos compartir, como pasamos a comentar.

Sobre la invocación al libre desarrollo de la personalidad —principio constitucional de muy difícil concreción, que con frecuencia, torticeramente, ha venido a identificarse con el derecho general de libertad o la libertad general de acción⁵¹¹—, nadie duda de que, como dice la Exposición de Motivos de la Ley española, el matrimonio “constituye cauce destacado” para tal desarrollo. Pero lo que no resulta admisible es que la supuesta satisfacción de este principio constitucional pueda exigir la tergiversación de un auténtico derecho constitucional. Así, por ejemplo, uno puede considerar que su libre desarrollo personal requiere acceder a un puesto de trabajo público, pero este comprensible deseo no le habilita para desatender los principios constitucionales del acceso al empleo público..., u otro puede considerar que cierta unión afectiva le desarrolla personalmente, pero esto no implica que puede violentar la configuración constitucional del matrimonio. Así lo entiende también Verda y Beamonte, que sostuvo —mucho antes de la reforma legal que comentamos— que el hecho de que el libre desarrollo de la persona sea un principio constitucionalmente consagrado no permite desfigurar el derecho a contraer matrimonio, cuando es el propio texto constitucional el que en el artículo 32.1 otorga este derecho exclusivamente a personas de diferente sexo⁵¹².

Acerca de la invocación de la igualdad de derechos, ya en otro momento aludimos la correcta interpretación de este derecho constitucional, lo que nos libera ahora de un mayor detenimiento. Basta decir que no se trata, evidentemente, de negar los derechos fundamentales a los homosexuales, como subraya De los Mozos y de los Mozos —“nadie pone en duda que los homosexuales tienen los mismo

⁵¹¹ Vid. PRIETO ÁLVAREZ, Tomás, “¿¿A qué ‘desarrollo de la personalidad’ se refiere el artículo 10.1 de la Constitución Española??”, en BELLO PAREDES, Santiago (dir.), *40 años de Constitución Española: un análisis desde España e Iberoamérica*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 301-354

⁵¹² DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón. “Principio de libre desarrollo de la personalidad e *ius connubii* (A propósito del auto del Tribunal Constitucional 222/1994)”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, Ortega Ediciones Gráfica, 1998, pp. 683-736. Dice así: “Ahora bien, el principio de libre desarrollo de la personalidad no presta cobertura a un pretendido derecho a contraer matrimonio al margen de lo previsto en la propia Constitución, la cual, a mi entender, contempla, exclusivamente, el matrimonio celebrado entre personas de sexo diverso”.

derechos que cualquier ciudadano, en toda su plenitud”—. Pero hecho muy distinto es que estén autorizados a contraer matrimonio de modo diverso al previsto en esta institución, porque “ello no forma parte de sus derechos civiles”, como aduce el mismo autor⁵¹³.

Decíamos que, como tercera argumentación, se clama comúnmente que la nueva ley amplía derechos. De los Mozos y de los Mozos ya afirmó de forma contundente que “no se trata de extender derechos”, no nos engañemos, sino de todo lo contrario, de socavarlos y, a la corta o a la larga, de destruirlos. De esta manera, el autor reconoce que la Ley 13/2005 “es una ley contra”⁵¹⁴, que evidentemente termina negando al matrimonio el prestigio que debería.

Por esta razón la doctrina francesa creó la categoría de inexistencia como diferenciadora de la categoría de nulidad jurídica, resolviendo así la inviabilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo en varios países, que no lo habían excluido expresamente en los impedimentos matrimoniales; entre estos países se incluye también el caso brasileño.

De los Mozos y de los Mozos no es partidario de que se reconozcan ni tampoco de que se regulen las “uniones homosexuales”, básicamente por tres razones: la primera, porque no favorecen en nada a los homosexuales; la segunda, porque indirectamente va en contra “terceros” (los que quieren contraer el verdadero matrimonio); y la tercera porque también la regulación de las “uniones de hecho” atenta contra el propio Derecho de familia.⁵¹⁵

⁵¹³ DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, José Luis. “El matrimonio de los homosexuales: una tergiversación de los derechos fundamentales”, *cit.*, p.61.

⁵¹⁴ DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, José Luis. “El matrimonio de los homosexuales: una tergiversación de los derechos fundamentales”, *cit.*, p.61.

⁵¹⁵ DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, José Luis. “El matrimonio de los homosexuales: una tergiversación de los derechos fundamentales”, *cit.*, p.62. En relación a esta cuestión señala el autor: “en primer lugar, porque no creo que favorezcan en nada a los homosexuales, más que de una forma imaginaria, no real, lo que no justifica suficientemente la regulación legal; en segundo lugar, porque indirectamente va en contra de “terceros”; siendo estos, por un lado, los verdaderos matrimonios... y en tercer lugar, porque yo también soy contrario a la regulación de las “uniones de hecho”, en general, como reiteradamente he manifestado por escrito, por las mismas razones ya expuestas y, además, porque su reconocimiento es la negación evidente del Derecho y, en particular, del Derecho de familia...”.

El distinguido jurista Rafael Navarro-Valls también se muestra contrario al matrimonio entre personas del mismo sexo, alegando que su realización desnaturaliza el propio significado de la institución del matrimonio, aunque entienda que la mayor culpa de esto no sería solo del legislador —que habría atendido a los llamamientos de la sociedad—, sino de los propios heterosexuales quienes a lo largo de los años han debilitado la institución del matrimonio, ya sea aumentando las prácticas sexuales previas al mismo; ya sea acelerando las rupturas de estas relaciones; ya sea por el uso de la medicina preventiva para la procreación —lo que también llevó a la conclusión de que esta no sería una de las principales funciones sólo del matrimonio—; y, también, por la multiplicación de los hogares monoparentales. Todo esto, según el autor, provocó que la idea del matrimonio en la sociedad cambiara, vinculándolo a algo que guarda principalmente relación con los sentimientos y las necesidades privadas, lo que hizo más fácil que se defendiera la posibilidad de matrimonios entre personas del mismo sexo⁵¹⁶.

En definitiva, el cambio legislativo de 2005 desnaturalizó la institución matrimonial al desatender a la naturaleza humana⁵¹⁷. El régimen salido de la reforma, además de negar el concepto antropológico del matrimonio, también parece ignorar los fines estructurales de la institución —ordenación a la procreación—⁵¹⁸y, por lo tanto, las razones por las cuales el Estado comenzó a intervenir jurídicamente en ella. En esta línea, D'Agostino escribe que “toda

⁵¹⁶ NAVARRO-VALLS, Rafael. “Matrimonio y Derecho”, En En: AAVV, *Matrimonio: ¿Contrato basura o bien social?*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2008, pp. 60-62.

⁵¹⁷ Dice MARTINEZ DE AGUIRRE:

“...no es que el matrimonio civil se haya apartado del matrimonio canónico... sino que se ha apartado de la naturaleza humana: se ha desnaturalizado, y por ello se ha deshumanizado; y al desnaturalizarse y deshumanizarse, ha introducido dosis importantes de desnaturalización y de deshumanización en la propia sociedad”. MARTINEZ DE AGUIRRE. “El matrimonio deconstruido”, *cit.*, p.97.

⁵¹⁸Lucidas resultan estas reflexiones de D'AGOSTINO:

“La institución de que el matrimonio es fundamento de la familia, es decir, de la célula fundamental de la sociedad – según una expresión que a algunos puede resultar anticuada, pero que es absolutamente insuperable-, se basa sobre la percepción (al menos implícita) de que el matrimonio posee una finalidad estructural, es decir, la reglamentación del ejercicio de la sexualidad con objeto de garantizar el orden de las generaciones, y que esta finalidad no es un dato condicionado culturalmente o que haya surgido en el curso de la historia sólo en un determinado momento del desarrollo económico de la humanidad, sino que constituye un principio que caracteriza constitutivamente el ser mismo del hombre”.

Vid. D'AGOSTINO, Francesco. *Filosofía de la Familia*, Instituto de Ciencias para la Familia, Universidad de Navarra, Madrid, Ediciones RIALP, 2006, pp.150-151.

analogía entre matrimonio y convivencia homosexual es falaz”, con lo que, concluye, esta segunda convivencia no debe estar tutelada por el Derecho, ya que “por el solo hecho de no estar abierta objetivamente a la finalidad procreadora, la convivencia homosexual *no posee relevancia pública alguna*”⁵¹⁹, aunque deba ser, por supuesto, respetada socialmente.

Y es que el hecho de que dos personas “se quieran” solo afecta a ellos. Es necesario reconocer que, en gran parte, las recientes legislaciones que se han aprobado en este sentido, además de basarse en una visión individualista y relativista, también buscan como base de sus proposiciones el llamado “principio de afecto” —Vela Sánchez habla de la “juridificación de la vida afectiva”⁵²⁰—, como fundamento para la creación de vínculos jurídicos, cuando, en realidad, el mero afecto carece de relevancia pública⁵²¹. El argumento falaz del afecto como un elemento sobre el cual fundamentar una relación matrimonial ya se ha analizado en el Capítulo anterior. A lo largo de todo el trabajo hemos mantenido la orientación procreativa como base de la “configuración objetiva de la institución”, frente a la subjetividad que supone basar la institución en los sentimientos subjetivos de cada cual. Es por lo que no podemos compartir la siguiente valoración de Vela Sánchez: “En consecuencia, los efectos del matrimonio, que se mantienen en su integridad respetando la configuración objetiva de la institución, serán únicos en todos los ámbitos con independencia del sexo de los contrayentes”⁵²². Asumiendo la misma posición anterior, se posiciona ROCHA ESPÍNDOLA, cuando subraya que la familia es un proyecto de vida y que hoy en día se priorizan los proyectos personales del individuo⁵²³.

⁵¹⁹ D’AGOSTINO, Francesco. *Filosofía de la Familia*, cit., p.222.

⁵²⁰ VELA SÁNCHEZ, J, *El carácter personalista del derecho civil como eje de la juridificación de la vida afectiva*

⁵²¹ “Según algunos, el problema estribaría hoy en reconocer la existencia de estas uniones, fundadas sobre el afecto. [...] En el caso del matrimonio el ejercicio de la sexualidad es, en su mismo principio, funcional a la lógica de la generación: este es tradicionalmente el motivo por el que el derecho le otorga relevancia pública. Pero cuando tal ejercicio es estéril por su intrínseca naturaleza, ¿qué tipo de relevancia pública podría pretender, sino el de ser, como ya se ha dicho, la imitación de la sexualidad heterosexual?”. D’AGOSTINO, Francesco. *Filosofía de la Familia*, cit., p. 223.

⁵²² VELA SÁNCHEZ, J, *El carácter personalista del derecho civil como eje de la juridificación de la vida afectiva*, *Ibidem*.

⁵²³ ROCHA ESPÍNDOLA, Martín. “La familia, Comunidad de personas e interés familiar”, *Revista de Derecho Privado*, Núm. 4, Julio-Agosto 2014, pp. 29-49.

Por supuesto, no estamos de acuerdo con los dos últimos juristas mencionados, por los fundamentos que ya venimos desarrollando a lo largo de toda esta Tesis doctoral y que, creemos, son mucho más sólidos e objetivos de aquellos que sustentan la radical modificación bajo premisas emotivas y subjetivistas. Además de ello, ya fue subrayado que los que defienden posicionamientos como arriba expuestos, dejan de tener en cuenta la verdad antropológica del matrimonio, vaciándolo totalmente de contenido y dándole una nueva concepción, como si fuera posible cambiar una institución que es de Derecho natural e inherente a la propia naturaleza del hombre.

CAPÍTULO VI - LA NECESIDAD DE REAFIRMAR LA UNIDAD Y PERMANENCIA DEL MATRIMONIO EN ARAS DEL BIEN COMÚN

“Cada caso es singular. Como decía León Tolstoi, «todas las familias felices se parecen; las familias infelices son infelices cada una a su modo». No hay recetas mágicas”⁵²⁴.

El primer apartado de este nuevo capítulo, por cuestiones metodológicas, hemos decidido iniciarlo con el tratamiento de la unidad y de la estabilidad (o permanencia o indisolubilidad) como propiedades esenciales o elementos inherentes al matrimonio adecuadamente concebido. Como revela el título del capítulo, el objeto de nuestro estudio se centrará específicamente en la nota de la permanencia o estabilidad, pero aludiremos también a la unidad, pues *ambas son inescindiblemente definitorias de nuestra institución*. Entender la nota de la unidad del vínculo resulta notoriamente más sencillo (de hecho, los sistemas jurídicos matrimoniales, generalizadamente —más allá del mundo islámico—, rechazan la poligamia y la poliandria). Sin embargo, comprender la nota de estabilidad o no sometimiento a plazo del vínculo matrimonial resulta infinitamente más dificultoso (prueba de ello es su rechazo casi universal en los sistemas matrimoniales civiles). Podríamos decir que la primera de estas propiedades esenciales, la unidad, es de

⁵²⁴ ESCRIVÁ-IVARS, Javier. “Separación conyugal y mediación”, *IUS CANONICUM*, XLI, N. 81, 2001, p.272. Ponencia leída en el XXII Curso de Actualización en Derecho Canónico, *Moral y Derecho ante la conflictividad matrimonial*, Pamplona, 18-20 de septiembre de 2000.

derecho natural primario, mientras que la segunda, la indisolubilidad pertenece al derecho natural secundario. El tratamiento conjunto de ambas notas tiene un sentido claro: percibir la necesaria exclusividad o unidad del vínculo ayuda a captar la nota de la estabilidad, en realidad tan connatural al matrimonio como la unidad. Por eso decía Hervada que “aceptar el principio de unidad y rechazar el de indisolubilidad significa no haber comprendido el verdadero sentido de ninguno de los dos”⁵²⁵.

Tratar de la indisolubilidad del vínculo nos llevará a abordar, posteriormente, la “otra cara de la moneda”, la disolución del vínculo, producido por el divorcio, y las consecuencias más perversas que la inestabilidad familiar puede traer —según algunos estudios realizados en el ámbito mundial—.

Después del análisis de estas dos “caras de la moneda”, se analizará el tratamiento jurídico dado al divorcio en los dos países estudiados (Brasil y España), con el objetivo de evaluar y concluir si la actual regulación protege a la familia, si cumple con las funciones del Estado y si, finalmente, es necesario reconsiderar este tratamiento desde una nueva perspectiva, la del bien común, como se refiere en el propio título de esta Tesis.

1. Unidad e indisolubilidad (*versus* disolubilidad) del matrimonio.

A) Unidad y estabilidad como notas connaturales a la institución del matrimonio por razón del bien común, concretado, fundamentalmente, en su orientación a la procreación y educación de los hijos

Las ideas de unidad e indisolubilidad ya se han presentado páginas atrás de esta Tesis Doctoral, especialmente en el Capítulo II, donde se ha tratado de rescatar la verdad antropológica del matrimonio, analizando su concepto, sus elementos, sus finalidades y su naturaleza. También en los Capítulos I y II se ha hecho referencia a estos caracteres del matrimonio con el fin de poder analizar cómo se han tratado

⁵²⁵ HERVADA, Javier, *Una caro...*, *cit.*, p. 64.

a lo largo del tiempo. En particular, intentamos comprender la propagación de la mentalidad “divorcista”, que ha banalizado el vínculo jurídico del matrimonio, generalizando su disolubilidad en la cultura moderna contemporánea.

A efectos de aportar algunas luces sobre las notas del matrimonio que ahora nos ocuparán, unidad e indisolubilidad, permítasenos aportar una definición (una más) de la institución. El matrimonio es la *unión vital entre un hombre y una mujer, única y exclusiva, tendencialmente perpetua, formalizada ante la sociedad y encaminada a la procreación y educación de la prole*. Todos estos elementos conceptuales resultan esenciales, definitorios. Ya advertimos, con machaconería, que el último de estos elementos —el finalista: la orientación a la procreación y educación— era el más determinante de ellos, el que de verdad justifica la intervención del poder público en esta singular relación humana (su “juridificación”) por razón de su radical aportación al bien común de la sociedad. Entendemos, pues, que es de esa contribución al bien social que supone la finalidad procreativa y educadora de la que derivaban, en mayor o menor medida, todos los demás elementos constitutivos del matrimonio: los repasamos someramente, incidiendo, por contraposición, en las consecuencias que se derivarían de negar cada una de estas notas (consideramos que resultará muy gráfico para su comprensión):

- a) El matrimonio es una *unión vital* porque su importante misión procreativo-educacional compromete a los contrayentes/progenitores de manera vital, “global” (“de la mañana a la noche y de la noche a la mañana”), lo que comporta el establecimiento entre ellos de una comunidad convivencial en plena igualdad. Sabemos que el afecto de los cónyuges se presenta como presupuesto y, como tal, se le presupone en el establecimiento y pervivencia de la relación.

Se desvirtuaría esta nota si concibiéramos el matrimonio como encuentro encaminado solo a desplegar el mutuo afecto, de un modo temporalmente esporádico, circunscrito a unas horas del día o a unos días al año. Así concebida, esta relación sería, sin duda, apta para generar nuevas vidas, pero frustraría su desarrollo futuro y educación.

- b) La necesaria presencia de *un hombre y una mujer* es la exigencia más directamente derivada de la razón de ser de la institución (como se acaba de exponer en el capítulo precedente).

Otras uniones humanas (afectivas o de cualesquiera finalidades) que carezcan de capacidad generativa no son matrimonio: podrán encajarán, y encontrar cobijo jurídico, en otras figuras o instituciones.

- c) Si el matrimonio es una institución natural —como sentamos aquí desde el inicio— no sería intrínsecamente necesaria su *formalización ante la sociedad*. Pero esta formalización se ha erigido en una nota esencial como garantía del cumplimiento de los fines asociados al matrimonio, fundamentalmente del procreativo y educacional.

La pura pareja de hecho (su inscripción se justifica plenamente por la misma razón que se acaba de apuntar, pero le priva de su estricta condición de “de hecho”) puede ser materialmente matrimonio —si mediase un intercambio de voluntad matrimonial y no un puro “hecho” o encuentro— y esto aun en el caso de que tal intercambio sea ignorado por la sociedad (cual Robinsones Crusoes); pero es claro que tal pareja no rinde cuenta ante la sociedad de su excelsa misión... con gran detrimento para la misión y para la sociedad. Por eso el hecho de convivir no puede ser asimilado de ningún modo al matrimonio, y la formalización se erige en nota esencial. Obsérvese que es tal la excelsitud de la misión procreativa/educacional que, aunque la unión de la pareja permanezca ajena a cualquier formalización o acogida social, los frutos de su relación (los hijos) deben *necesariamente* ser registrados ante el Estado.

Pero vayamos con las dos notas del matrimonio que ahora interesan más:

- d) El matrimonio solo puede ser concebido como una unión monogámica, es decir, como la unión *única y exclusiva* de los dos contrayentes. Dos razones contribuyen a considerar contrarias al derecho natural primario las uniones

poligámicas (formalizadas o no) entre varias personas heterosexuales (ya se trate de poligamia en sentido estricto o de poliandria⁵²⁶).

1. En primer lugar, es cierto que con frecuencia se invoca como razón prioritaria del principio de unidad y consiguiente rechazo a la poligamia el hecho de que en las uniones poligámicas falta la *entrega recíproca entre los esposos*; con ello se frustraría el mandato convivencial antes referido por vulnerar la “exigencia de justicia de la relación interpersonal” (Hervada). Es decir, no hay igualdad allí donde una de las partes se obliga enteramente en su dimensión conyugal, mientras que la otra parte, en cambio, comparte su conyugalidad con terceras personas: en la poligamia las prestaciones son desiguales. Por eso dice también Hervada que la razón de la monogamia implícita al matrimonio “es la igualdad en dignidad y en valor que existe entre varón y mujer”⁵²⁷.
 2. Sin dudar de la esencialidad de cuanto se acaba de exponer sobre la igualdad, pensamos que más peso aún merece la segunda razón de la unidad del matrimonio, la más vinculada al servicio del matrimonio al bien común y a su fin primario: la poligamia malogra la responsabilidad educacional implícita a la familia (¿podría un padre garantizar la educación de cien hijos habidos de múltiples relaciones simultáneas?).
- e) Por último, en el hecho de que el matrimonio sea una relación *tendencialmente perpetua* pesa la misma razón que venimos alegando: la procreación y consiguiente educación de la prole establece una relación y un encargo que pueden calificarse de vitalicios —que abarca, incluso, más allá de la emancipación de los hijos—, y, como *ratio* de la institución, tal encargo quedaría perturbado, o al menos enormemente dificultado, con la ruptura del vínculo —más, incluso, si uno o ambos progenitores

⁵²⁶ Se puede considerar la “poligamia” como el género, dentro del cual, como especies, se incluyen la “poligamia en sentido estricto” o *poliginia* (unión de un varón con varias mujeres) y la *poliandria* (unión de una mujer con varios varones). Así lo explica HERVADA (*Una caro...*, *cit.*, p. 64).

⁵²⁷ HERVADA, Javier. *Ibid.*, p. 65. También Ignacio GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ pone el acento en el principio de igualdad: “Quizá esa igualdad entre los cónyuges en el matrimonio heterosexual sea, por cierto, el mejor argumento constitucional contra la admisión de la poligamia”. Vid., “La garantía del matrimonio en la Constitución: estabilidad y apertura como criterios de interpretación”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, n° 2137, 2011, p. 13.

encadenaran sucesivas relaciones (de modo tendencialmente ilimitado: si el vínculo es disoluble no cabe imponer límite numérico a nuevas rupturas y sucesivas relaciones)—. Es importante advertir que la esencial aportación al bien común que supone la estabilidad matrimonial por razón del bien de la prole va más allá de la concreta asunción de esta responsabilidad por una pareja determinada; es decir, la infertilidad de unos esposos —o la emancipación de los hijos— no habilita a inaplicar esta nota. Y es que es el matrimonio mismo como institución el que está ordenado a la prole y es el matrimonio mismo en cuanto “institución-ordenada-a-la-prole” el que queda dañado por la posibilidad de divorcio de una pareja concreta: porque si un concreto matrimonio *verdadero* es disoluble, eso significa que todo matrimonio es disoluble.

Ha de reconocerse, según se adelantó, que esta última nota de la estabilidad del vínculo es, a todas luces, la que topa con menos aceptación a escala mundial, más allá del Derecho matrimonial canónico. En la mentalidad moderna, las “patologías” en las relaciones matrimoniales —derivadas, en último término, de la “condición humana”— han abocado a que se conciba tal relación como absolutamente disponible, lo que nos obliga a un esfuerzo argumental que contrarreste esta mentalidad —que se acometerá en las páginas que siguen—. Bien entendido que la estabilidad consustancial al matrimonio no queda en entredicho por dos situaciones que pueden presentarse: en primer lugar, con la “ruptura” del vínculo en virtud del posterior conocimiento de causas que determinaban la falta de aptitud para suscribirlo (en estos casos, en realidad, no se rompe ningún vínculo, solo se reconoce que no ha existido nunca); y en segundo lugar, tampoco debería minar la indisolubilidad del vínculo la presencia de actos contrarios a lo más esencial del compromiso matrimonial —piénsese en actos de infidelidad o de uso de la violencia—: erigir estos comportamientos en causa excepcionales para la disolución del vínculo supondría fomentarlos, al objeto de lograr tal disolución. Causas como estas determinen una justificación evidente para la suspensión temporal o definitiva del deber de convivencia (luego se tratará de la separación), pero no para disolver el vínculo.

**B) En particular, el matrimonio permanente como bien social:
argumentos en pro de la estabilidad**

Sabemos que el matrimonio es la “unión indisolublemente fecunda”⁵²⁸. Al adoptar tal concepto, extraemos del mismo el elemento de indisolubilidad del vínculo conyugal. Hervada, a su vez, explica que la indisolubilidad del vínculo matrimonial puede observar tres grados inseparables de las mismas características, a saber: estabilidad, perpetuidad y la propia indisolubilidad. El primero indica que la unión no es transitoria, sino permanente; el segundo indica que es de por vida, y el tercero muestra la fuerza del vínculo establecido entre los cónyuges⁵²⁹. Conviene señalar que, en su mayor parte, los términos perpetuidad e indisolubilidad se usan como sinónimos.

¿Y de dónde proviene esta indisolubilidad? Hervada responde que deriva de la propia capacidad de unión entre el hombre y la mujer, de su inclinación natural que posee desde el desarrollo de la sexualidad hasta la muerte. Como apunta este autor esta capacidad de unión entre varón y mujer “no es episódica o transitoria, no es una posibilidad propia de un periodo intermedio de la vida del hombre, sino que se extiende desde que se alcanza el desarrollo de la sexualidad hasta la muerte”⁵³⁰. En otras palabras, como explica Fernández, la propia naturaleza del amor conyugal demanda la eternidad. Ahora bien, “la indisolubilidad del matrimonio encierra no pocas dificultades, todas ellas nacen del hecho de la fragilidad del ser humano”⁵³¹.

La estabilidad de la familia implica varios beneficios sociales, especialmente para los que son la parte más vulnerable, los hijos. La familia es un bien social insustituible, y sus funciones en el proceso de desarrollo de cada persona —con la socialización y la humanización— ya han sido destacadas en esta investigación.

⁵²⁸ Las palabras fueron pronunciadas por Javier ESCRIVÁ-IVARS en una conferencia pronunciada en el Congreso Mundial de Familias en Madrid (España), celebrada entre los días 26 y 27 de mayo de 2012. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=dXR42g_eito. Consultado el 20/10/2019.

⁵²⁹ HERVADA, Javier. *Una Caro. Escritos sobre el matrimonio*, cit., pp.66-67.

⁵³⁰ HERVADA, Javier. *Una Caro. Escritos sobre el matrimonio*, cit., p.66.

⁵³¹ FERNANDEZ, Aurélio, *Op. Cit.*, p.244/245.

El tema de la estabilidad del matrimonio fue un motivo de estudio en un encuentro organizado en Princeton (Nueva Jersey) en 2004, de cuyos resultados se publicó la obra *Los diez principios de Princeton*. La relevancia de la estabilidad matrimonial se pone de manifiesto en el siguiente pasaje, a modo de ejemplo:

“El matrimonio protege a hijos, hombres y mujeres, y a su bienestar. Es especialmente importante que el matrimonio goce de buena salud en una sociedad libre, que depende de sus ciudadanos para gobernar sus vidas privadas y educar a sus hijos de forma responsable, haciendo posible la deseable limitación del alcance, la envergadura y el poder del Estado”.⁵³²

En otro punto, el mismo documento destaca como cuarto principio, entre los diez establecidos, el siguiente:

“El ambiente familiar que proporciona el matrimonio permite que los hijos crezcan, maduren y prosperen. Para los jóvenes, que aprenden de sus padres y de sus hermanos, el matrimonio forja su sociabilidad y sus virtudes. En especial, las parejas casadas satisfacen la necesidad de sus hijos de conocer sus orígenes biológicos, los une a su madre y a su padre, establecen un ambiente de amor en el que crecen, supervisan su educación, su desarrollo personal, y determinan su identidad mientras aprenden a moverse en un mundo más amplio”⁵³³.

Por otro giro, los males que ocasiona el divorcio, como apunta Fernández, “son ingentes: representa un fracaso del amor, se deshace la familia, se origina una situación lastimosa de los hijos”, sin tener en cuenta además que las estadísticas confirman el aumento de la pobreza en la familia, la multiplicación de problemas éticos, psíquicos entre otros para todos los involucrados, incluso los hijos. En

⁵³² AAVV, *Matrimonio y bien común: los diez principios de Princeton*, Barcelona, Social Trends Institute, 2007, p.8.

⁵³³ Los diez principios de Princeton son el resultado del debate académico que tuvo lugar en diciembre de 2004, en una reunión celebrada en Princeton, Nueva Jersey, patrocinada por el *Social Trends Institute* y por el *Witherspoon Institute*. Esta conferencia reunió a especialistas en historia, economía, psiquiatría, derecho, sociología y filosofía que compartieron el resultado de sus investigaciones sobre por qué el matrimonio es un tema de interés público. Los participantes acordaron en esta conferencia compartir el fruto de su colaboración con un público más amplio. AAVV, *Matrimonio y bien común: los diez principios de Princeton*, Barcelona, Social Trends Institute, 2007, p.9.

definitiva, “el divorcio es una fuente inagotable de problemas personales y sociales muy severos”⁵³⁴.

Toda ruptura matrimonial trae numerosas consecuencias, en general devastadoras. Martínez Vázquez de Castro, en relación a la importancia de la estabilidad familiar para el Estado, apunta que “la desorganización de la familia lleva a la desorganización del Estado”⁵³⁵. La falta de estabilidad familiar, por lo tanto, implica un desorden social. En 1803 Carion-Nisas ya advertía sobre las consecuencias de la ley del menor esfuerzo, la cual, según el autor, “todo lo corrompe: individuo, familia, sociedad y Estado”⁵³⁶.

Sin embargo, la creciente “desjurisdicción” o “desjuridificación” del matrimonio en materia de divorcio ha sido aplaudida por muchas personas. De hecho, es preciso reflexionar sobre la función del Estado en la deconstrucción de estos vínculos. Y hacerlo con un evidente telón de fondo: el vínculo resultante del matrimonio no es un asunto meramente privado, que afecta únicamente a la vida de la pareja. Muy al contrario, resulta un punto esencial para el bien común.

Además de la importancia del vínculo matrimonial que hace posible que se fundan las nuevas familias, estas familias —como ya se ha dicho— representan un bien social fundamental y promueven funciones esenciales, tal como ya hemos tenido la oportunidad de examinar. Además de la función educativa de los hijos, la socialización de los miembros de la familia, la preservación de las tradiciones y la cultura de un pueblo, la familia también desempeña unas funciones económicas relevantes, y su disolución puede conllevar grandes costes sociales, cuestión que parece no haberse tomado apenas en consideración.

⁵³⁴ FERNANDEZ, Aurélio, *Op.cit.*, p. 254.

⁵³⁵ MARTINEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis. *El concepto de matrimonio en el Código civil*, Navarra, Thomson- Civitas, 2008, p.137.

⁵³⁶ Luis MARTINEZ VÁZQUEZ DE CASTRO cita el discurso de CARION-NISAS pronunciado en el Tribunalado, en la sesión de 19 de marzo de 1803, sobre el divorcio en el Código Napoleónico. Él se opuso al divorcio porque entendía que la indisolubilidad estaba más acorde con los sentimientos del corazón humano que la ruptura del vínculo, porque convenía más al orden social, mientras que sabía que Napoleón acariciaba la idea de divorciarse de Josefina de Beauharnais, con quien había se casado en 1796.

Con el fin de llamar la atención sobre esta función económica de la familia, el sexto principio de Princeton dispone que: “El matrimonio es una institución que crea riqueza, al aumentar el capital humano y social”⁵³⁷. Para ello, basta pensar que actualmente muchos países fomentan políticas públicas para promover el aumento de la natalidad, ya que el envejecimiento de la población es una de las principales causas del aumento de los costes sociales, además de afectar directamente al equilibrio de la seguridad social.

Las consecuencias públicas del divorcio son, pues, significativas. La ruptura matrimonial reduce el bienestar de los hijos, lleva al límite el sistema judicial, debilita a la sociedad civil y, en consecuencia, aumenta la necesidad de intervención estatal en la vida privada, para establecer el orden de las cosas y ejercer las funciones que las familias disgregadas ya no desarrollan.

Cuando la familia no esté sana, padece también la sociedad, porque la familia acaba por absorber los costes de los que no se ocupa el Estado para la promoción del bienestar. En la misma línea de razonamiento, ya se ha manifestado Belloso Martín cuando apunta que, aunque la Constitución española (y añadimos, también la brasileña) establezca que los poderes públicos deben adoptar medidas para la protección social, económica y jurídica de la familia, acaba produciéndose:

Sin embargo, y de una manera indirecta, el hecho de que los poderes públicos no atiendan suficientemente muchos de los derechos sociales establecidos en el Título I, Capítulo III CE supone un ataque frontal y directo a la estabilidad de las familias españolas, pues es innegable y un hecho constatado que cuando el Estado falla, en España las cargas se transfieren inmediatamente a las familias, de manera que son éstas las que acaban teniendo que encargarse de cuidar a sus ancianos, de acoger a los hijos jóvenes desempleados y sin vivienda, de

⁵³⁷ AAVV, *Matrimonio y bien común: los diez principios de Princeton*, Barcelona, Social Trends Institute, 2007, p.9.

atender a los familiares disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, de cuidar de los menores, etc.⁵³⁸.

Por lo tanto, la familia no interesa solo a sus miembros, sino que también —por su funcionalidad, su sanidad y su preservación— acaba repercutiendo en toda la sociedad. Por consiguiente, la familia fundada a través del matrimonio resulta muy importante para el Estado, ya que la convivencia social, el bienestar y la propia economía estatal sufrirían las consecuencias que se derivarían de su destrucción.

Lamentablemente, una gran niebla perturba la visión de algo tan evidente, dado que uno de los grandes problemas es que muchos ordenamientos jurídicos se olvidan del Estado al intervenir en el ámbito familiar. Precisamente, con respecto a la ruptura de los vínculos conyugales, hay que tener en cuenta la importancia de la estabilidad familiar para todos los implicados en la relación conyugal, especialmente para aquellos que son los más vulnerables y quienes resultan los más afectados por esta ruptura: los hijos.

Una vez más, el interés que parece primar hoy en este campo familiar no es el bien común, sino la autonomía de la voluntad personal. En nombre de la dignidad de la persona humana, se propone la libertad absoluta, una autonomía sin restricciones e incluso un rechazo al establecimiento de vínculos efectivos sólidos.

Se ha invertido el orden de los valores y de los principios establecidos en los diferentes sistemas jurídicos. En la actualidad, parecen ser la libertad y la autonomía los principios primarios, como si de estos derivara la dignidad, y no al revés. Es decir, la idea que parece imponerse en el panorama jurídico, también en el campo de la familia, es que restringir de cualquier forma y bajo cualquier argumento la libertad individual, aunque sea por el bien común, equivale a quebrar la propia dignidad.

¡Precisamente, es lo contrario! La libertad individual y la autonomía de la voluntad solo existen en función de la dignidad personal. Esta sí es

⁵³⁸ BELLOSO MARTÍN, N., “La proyección del cuidado y de la afectividad en el principio de solidaridad (familiar): una propuesta del cuidado como derecho social”, *cit.*, p.17.

inequívocamente el rasgo distintivo de la especie humana y lo que fundamenta el Estado de Derecho. Por lo tanto, en primer lugar siempre estará la dignidad, y subordinadas, la libertad y la autonomía de la voluntad.

Es por esto que en la sociedad actual prima un individualismo exacerbado, donde el compromiso, la estabilidad y el bien social se consideran bienes extraños. Como es planteado por Lipovetsky⁵³⁹, en nuestra sociedad se busca la realización personal inmediata y nadie tiene fe en el futuro, en un proyecto común, así que lo que domina el hombre de nuestro tiempo es el vacío y lo que si pretende es vivir el aquí y ahora. Teniendo esos valores como fuente inspiradora de la regulación matrimonial, se entiende que se renuncie a que el Estado proteja el matrimonio y la familia constituida en su seno.

La vida matrimonial, en cuanto perfeccionamiento diario, trae consigo la demanda de virtudes como tolerancia, paciencia, resignación, donación, aceptación, entre otras. Es cierto que esto no es nada fácil. A nuestro juicio, cuando el Estado facilita o estimula la ruptura de tal vínculo es como si le restara credibilidad o, incluso, como si estuviera vaciando la importancia del mismo. Con ese desinterés estatal por la preservación del vínculo —de modo que, como veremos con más detenimiento, puede romperse en cualquier momento, sin ningún motivo y/o por cualquier razón— se fomenta la idea de que el matrimonio ya no es tan sólido, tan duradero y, en definitiva, tan relevante.

El panorama en este punto de la estabilidad familiar es desolador. Recuerda Burgos que “el divorcio forma parte de la estructura de la familia occidental en cuanto que socialmente no es necesaria una indisolubilidad estricta (como, sin embargo, propone la doctrina de la Iglesia católica)”. Y la consecuencia se rebela diáfana: “la generalización y banalización del divorcio acaba fragmentando y dañando la familia de manera significativa”, por cuanto “si bien un número pequeño

⁵³⁹ LIPOVETSKY, Gilles, *A era do vazio, Ensaios sobre o individualismo contemporâneo*, São Paulo, Editora Manole, 2005.

de divorcios puede tener un impacto social relativamente débil, si el divorcio se generaliza la cuestión cambia”⁵⁴⁰.

Como se ilustrará más tarde, los ordenamientos jurídicos acaban atribuyendo al matrimonio un vínculo mucho menor al que se atribuye a la mayoría de los contratos civiles, ya que en estos la ruptura no puede darse con tanta facilidad. ¡Y no es solo esto! —que ya es mucho—: al tratar de esta manera el vínculo matrimonial, el Estado está transmitiendo a la sociedad cuál es la importancia que le atribuye.

Una reciente obra colectiva tiene un título que resulta enormemente expresivo del planteamiento imperante acerca de la estabilidad matrimonial: *El matrimonio: ¿contrato basura o bien social*⁵⁴¹? Viene a ser una advertencia de los peligros de hacer primar el interés individual de cada cónyuge sobre el bienestar social y sobre el bien de la propia prole.

Por lo tanto, la constatación a la que se llega, inexorablemente, es la de que, en último análisis —como se verá seguidamente—, las regulaciones actuales, tanto en España como en Brasil, revelan que estos países parecen no saber o no entender lo que es realmente el matrimonio y cuáles son sus funciones en la sociedad. Obviamente, esta conclusión es más optimista que imaginar que el vaciado de contenido rampante que vive la institución natural y multiseccular del matrimonio se hubiera hecho a propósito, al objeto de debilitarla. Pero, en fin, debe recordarse que la familia fundada en el matrimonio siempre ha tenido y aún tiene una fuerza muy grande, razón por la cual preferimos atribuir el tratamiento dispensado al primer argumento.

El escenario del mundo contemporáneo, a su vez, favorece en gran medida este tipo de cortina de humo porque —como sabemos—, son rasgos característicos del comportamiento humano moderno, entre otros: desapego, provisionalidad, incertidumbre, exaltación del individualismo y de la superficialidad. Y, como ya se

⁵⁴⁰ BURGOS, Juan Manuel. “Familia y formas familiares”, pp.11-12. Estas ideas se encuentran recogidas de modo más desarrollado en J. M. Burgos, *Diagnóstico de la familia*, Madrid, Palabra, 2004. Disponible en: SITE PERSONALIST.

⁵⁴¹ AAVV, *Matrimonio: ¿contrato basura o bien social?*, cit.

anticipó, al observar tales rasgos del hombre moderno, Bauman lo expresó en lo que denominó “relaciones líquidas” o “amor líquido”⁵⁴², ideas indicativas la fragilidad de los lazos humanos que se establecen en la actualidad.

Como secuela de esta fragilidad, se observa que los seres humanos están más distantes entre sí, propensos a cambios, inconsistencias, a establecer vínculos superfluos, a desconectarse, constatando un cierto enfriamiento de las relaciones humanas en todas las esferas de la vida social. Este panorama también mereció la atención de otro sociólogo, Richard Sennet, quien ha caracterizado la modernidad por la “fuerza de los lazos débiles”. Resulta necesario reflexionar sobre esta individualización extrema, característica de nuestro tiempo y sus consecuencias en la identidad del sujeto y en el comportamiento social contemporáneo. Tal rasgo, incluso, ya fue apuntado como causa de corrosión del carácter del individuo y de la ambigüedad de la idea de ciudadanía⁵⁴³.

Es decir, al Estado bajo ninguna perspectiva debería fomentar y promover el divorcio porque la ruptura del vínculo familiar conlleva perjuicios sociales, económicos y de bienestar, a pesar de que apenas se hace referencia a estos efectos perniciosos cuando se aprobaron las leyes actualmente en vigor. Varios estudios desarrollados en diferentes ramas de la ciencia y en los más varios países atestiguan este hecho. A modo de ejemplo, y dada la importancia del tema, para concluir este *excursus* sobre la esencialidad de la estabilidad familiar, en favor del bien común, transcribimos tres párrafos que, aunque sean extensos, resultan muy pertinentes:

“La estructura familiar y su desarrollo son decisivas para lo que más nos afecta: los datos demuestran que las consecuencias de ambientes familiares distintos no ofrecen las mismas perspectivas de futuro, ni para menores ni para adultos, y que las políticas públicas deberían tenerlo en cuenta. Los niños que crecen en familias formadas por un hombre y una mujer casados tienen más posibilidades de crecer felices, sanos y con éxito que

⁵⁴² BAUMAN, Zygmund. *Amor líquido- sobre a fragilidade dos laços humanos*, Traducción de Carlos Alberto Medeiros, Rio de Janeiro, Editora Zahar, 2004.

⁵⁴³ SENETT, Richard. *A corrosão do carater*, Rio de Janeiro, Record, 1999.

aquellos que no gozan de ese nivel de seguridad y estabilidad familiar”⁵⁴⁴.

“Esta recopilación pone de manifiesto la relación sustancial entre la ruptura de las relaciones y el empeoramiento de la salud física y psicológica, especialmente en los primeros años después de esa ruptura. Muestra cómo la mejora de la salud de los casados —en comparación con los divorciados y los solteros— depende directamente de la calidad del matrimonio. En otras palabras, hay mucho que decir todavía sobre las políticas que pueden mejorar las relaciones de pareja y evitar su ruptura”⁵⁴⁵.

“La ruptura de relaciones supone un coste social considerable: 37 mil millones de libras. Solo si este coste se toma en serio podrá reconocerse la trascendencia de las relaciones para el bienestar y la felicidad. A la luz de eso, decimos que los legisladores y quienes aplican las leyes pueden y deben tomar buena nota para informarse siempre que tienen que tomar decisiones que afectan a la opinión pública, y considerar si son oportunas, si tienen apoyo y si llevan a mejorar la vida de todos y a reducir los costes del fracaso”⁵⁴⁶.

Sobre los hijos, para no alejarnos mucho del objetivo de la presente Tesis, nos limitaremos a comentar que los estudios estadísticos muestran las graves consecuencias para los hijos en diversos ámbitos de sus vidas e incluso en la fase adulta⁵⁴⁷. Basta consultar el informe 2009 de “The Family watch” y en otros

⁵⁴⁴ <https://www.thefamilywatch.org/wp-content/uploads/Informe2009.pdf>.

Consultado el 10/06/2019. Every Family Matters The Centre for Social Justice, 2009

⁵⁴⁵ <https://www.thefamilywatch.org/wp-content/uploads/Informe2009.pdf>, When couples part: Understanding the consequences for adults and children One Plus One Marriage and Partnership Research, 2009

⁵⁴⁶ <https://www.thefamilywatch.org/wp-content/uploads/Informe2009.pdf>

When Relationships Go Wrong - Counting the cost of family failure Relationships Foundation, 2009

⁵⁴⁷ Respecto a los hijos de familias estables, esos estudios muestran los siguientes beneficios:

- Menores índices de mortalidad infantil. En comparación con los hijos de matrimonios estables, el riesgo de mortalidad infantil aumenta un 25-30% en el caso de padres que conviven pero no están casados y un 45-68% en el de familias monoparentales (ver ANEXO 13: SCHUMAN, J., *Childhood, Infant and Perinatal Mortality*, 1996; *Social and Biological Factors in Deaths of Children Aged Under 3*).

- Menores índices de alcoholismo y drogadicción. Cuando los padres mantienen su matrimonio, el consumo de alcohol y drogas es significativamente más pequeño en los hijos menores de edad (SUTHERLAND, I. and SHEPHERD, J.P., “Social Dimensions of Adolescent Substance Use”,

muchos estudios internacionales⁵⁴⁸.

Hay todavía otra cuestión que conviene examinar. Puesto que el Derecho regula la disolución matrimonial a menudo parece estimular el conflicto en lugar de tratar de promover la paz social, principal finalidad a la que debe de orientarse. Obviamente no existe una receta única y mágica para unir a las familias que se han roto. Tampoco puede argumentarse que se debe abolir la ruptura bajo cualquier tipo de fundamento, lo que ciertamente tampoco se va a proponer.

No es necesario un amplio estudio psicológico, social y jurídico para saber lo difícil que es aceptar un fracaso, cuando se trata de fracaso emocional. Al ver que se desmoronan tantos proyectos y perspectivas no siempre el ser humano reacciona mostrando grandeza; por el contrario, es precisamente en estos momentos cuando se revelan ciertos aspectos de la personalidad de una persona.

Addiction 96[3], 2001, pp. 445-458; TURNER, R.A. et al., "Family Structure, Family Processes, and Experimenting with Substances During Adolescence", *Journal of Research on Adolescence* 1, 1991, pp. 93-106; FLEWELLING, R.L. and BAUMAN, K.E., "Family Structure as a Predictor of Initial Substance Use and Sexual Intercourse in Early Adolescence", *Journal of Marriage and the Family*, n° 52, 1990, pp. 171-181; HOFFMAN, J.P., "Exploring the Direct and Indirect Family Effects on Adolescent Drug", *Journal of Drug Issues*, n° 23[3], 1993, p. 535).

- Menores índices de delincuencia a partir de la pubertad. En Estados Unidos, el número de personas condenadas a una pena de cárcel por sentencia penal a los 30 años es más del doble en hijos de familias monoparentales que en hijos de familias estables y más del triple en hijos de padres divorciados (HARPER, C. y MCLANAHAN, S., 'Father Absence and Youth Incarceration', San Francisco, 1998).

- Mejores resultados académicos. En el Reino Unido, el número hombres y mujeres de 33 años que son licenciados universitarios es un 36% mayor si son hijos de padres casados (KIERNAN, K., 'The Legacy of Parental Divorce: Social, Economic and Family Experiences in Adulthood', Londres, CASE paper 1, 1997).

- Menor incidencia de enfermedades mentales. Los hijos de familias monoparentales tienen una probabilidad del 15% de padecer una enfermedad mental y los de divorciados un 11%, frente al 7% de la media total (ver ANEXO 9: MELTZER, H. y otros, *Mental Health of Children and Adolescents in Great Britain*, London, The Stationery Office, 2000').

- Menos relaciones sexuales precoces y, por tanto, menos embarazos adolescentes y no deseados. El número de embarazos adolescentes es aproximadamente el doble en las adolescentes cuyos padres no están casados que en las que sí lo están (CHERLIN, A.J. y otros, 'Parental Divorce in Childhood and Demographic Outcomes in Young Adulthood', *Demography*, n° 32, 1995, pp. 299-318). <https://www.thefamilywatch.org/wp-content/uploads/Informe2009.pdf>

⁵⁴⁸ Para acceder a un listado de estos estudios y profundizar en el tema: <https://www.thefamilywatch.org/wp-content/uploads/Informe2009.pdf>, p. 20/26.

2. Separación y mediación como técnicas a favor de la estabilidad.

Por ello, en este apartado vamos a presentar alguna propuesta que podría ayudar a la preservación de la estabilidad familiar. En concreto, considerar la posibilidad del restablecimiento de la separación judicial, en los ordenamientos jurídicos, como forma previa al divorcio, para permitir que aquel matrimonio que atraviesa un momento complicado pueda serenamente buscar una terapia familiar. O también la inserción en grupos de apoyo que puedan, en su caso, ayudar a sobrellevar la crisis, la reconciliación, y el restablecimiento del vínculo.

En concreto sobre la separación conyugal, Escrivá-Ivars recuerda que esta puede ser “de hecho”⁵⁴⁹, y afirma que, en cualquier caso, “no es una relajación del vínculo matrimonial creadora de un estado intermedio entre la plena validez y la disolución o nulidad del matrimonio”. Esto porque en ella “el vínculo pervive con la misma fuerza que en todas las formas posibles de normalidad matrimonial”⁵⁵⁰.

Lo que se propone en esta investigación es que la vía judicial en materia familiar sea el último recurso, intentando antes la asistencia a grupos sociales de apoyo y de la posibilidad de realización de terapia familiar, alternativas que entendemos deban ser fomentadas por el Estado con el fin de permitir que el vínculo no se rompa. Tal medida debería implementarse a través de una política pública preocupada por el bienestar colectivo, dadas las aflicciones y los costes sociales que conlleva el divorcio.

En esta línea, Escrivá-Ivars afirma: “la vía judicial debe ser la última” ya que es cierto que: “en cuestiones de familia no podemos permitirnos el lujo de dejar más heridas abiertas o ir abriendo fuentes de lucha a cada paso”⁵⁵¹.

⁵⁴⁹ “Por separación de hecho se reconoce, en el ámbito civil, a aquella separación que se acuerda libremente por los cónyuges, plasmada o no en documento privado o público”. ESCRIVÁ-IVARS, Javier. “Separación conyugal y mediación”, *cit.*, p.262

⁵⁵⁰ *Ibid.*, p. 259. En otro lugar, el mismo autor dice que “A diferencia de la disolución conyugal, que atenta a la indisolubilidad del matrimonio, la separación conyugal no atenta al vínculo matrimonial, sino que *sólo* origina la suspensión, no la desaparición, del conjunto de derechos y deberes que dimanaban del vínculo, y, correlativamente, interrumpe la convivencia conyugal” ESCRIVÁ-IVARS, Javier. “El matrimonio como «unión en el ser» y como despliegue existencial de la unión”, *Ius Canonicum*, Vol. 39, n° extra 1, 1999, p.574.

⁵⁵¹ *ídem*, p. 268.

Además de la medida preventiva propuesta anteriormente, también consideramos de suma importancia que los poderes públicos fomenten la mediación familiar como forma alternativa de resolución de conflictos. La mediación es una de las principales fórmulas alternativas de resolución de conflictos, de cara a solucionarlos fuera de los tribunales; “un tipo de intervención profesional que se presta a los esposos en conflicto en el momento en que se han separado o han tomado ya la decisión de separarse”⁵⁵². Como explica Escrivá-Ivars, “supone la posibilidad de que dos partes en conflicto puedan solventar sus controversias negociando en presencia de una tercera persona neutral —el mediador—, que carece de poder de decisión y cuya misión es facilitar la búsqueda de una salida o solución pacífica al conflicto que enfrenta a las partes”. Su interés estriba también en que en ella “el protagonismo lo tienen de forma inequívoca las personas en conflicto”⁵⁵³.

La mediación puede resultar una técnica muy positiva en favor de los más vulnerables en el seno familiar, como son los hijos menores; pero también puede favorecer que el enfrentamiento entre los cónyuges que pueda esconderse tras un litigio procesal quede mitigado. La mediación, como forma positiva de gestión de los conflictos, fomenta la cooperación y permite favorecer una relación cordial posterior entre los cónyuges, lo que redundaría en beneficios para todos los implicados.

Desde nuestro punto de vista, si el matrimonio tiene que disolverse por alguna razón, el Estado, por el bien común, debe proporcionar los medios para que la ruptura se lleve a cabo de la manera más indolora posible y con la menor exposición posible sobre la vida privada de cada uno de los integrantes de la relación. Las demandas que se tramitan en los Juzgados de familia muestran que esta ruptura trae consigo numerosas situaciones, incluso de cuño psicológico e íntimo, para las cuales, si el Estado continúa estimulando litigios, provocará serios perjuicios de todo tipo, incluso en lo que respecta al buen funcionamiento del Poder Judicial, abarrotado de demandas que, al menos en Brasil, a menudo se demoran

⁵⁵² ESCRIVÁ-IVARS, Javier. “Separación conyugal y mediación”, *cit.*, p.276.

⁵⁵³ ESCRIVÁ-IVARS, Javier. “Separación conyugal y mediación”, *cit.*, p.277.

durante largos años. Tales demandas podrían y deberían resolverse de manera más pacífica, rápida, eficaz y económica para todos, incluso para el Estado.

Este procedimiento de la mediación familiar resulta acorde con la verdadera función del Estado cuando interviene en la disolución de las relaciones conyugales. Las ventajas de la mediación en materia familiar ya han sido señaladas por distintos autores, tales como Beloso Martín y Escrivá-Ivars. Este último señala específicamente que: “junto a las ventajas (...) de economía y rapidez, no hay que olvidar otra que consideramos fundamental: no hay vencedores ni perdedores, no existe la sensación de derrota y fomenta una cultura de la paz”⁵⁵⁴.

Además, para los menores, las ventajas son extremadamente extensivas y en relación a esta cuestión Beloso Martín ha incidido en que potencia la tutela del interés superior del menor⁵⁵⁵.

⁵⁵⁴ BELLOSO MARTIN, Nuria, “Formas alternativas de resolución de conflictos. Experiencia Latinoamericana”, *Revista Sequencia*, N°48, UFSC, Brasil, p.176.

⁵⁵⁵ BELLOSO MARTIN, Nuria. “La concreción del interés (superior) del menor a partir de los conceptos jurídicos indeterminados: la ¿idoneidad? de la mediación familiar”, *Anuario de la Facultad de Derecho - Universidad de Alcalá X* (2017) pp. 1-42. En el artículo citado, en una nota pie de página, BELLOSO MARTIN, citando a T. BERNAL, subraya las ventajas para los menores de acudir a la mediación en lugar de ir a los tribunales: “El conflicto que se produce cuando la pareja se separa es inevitable, y las formas de resolverlo mediante la coacción no ayudan a su resolución, más bien ocasiona consecuencias negativas para los menores y para ellos mismos. Acudir a la vía legal supone otra forma fallida de resolverlo, ya que nuestras leyes procesales se basan en la acusación y en la defensa, manteniendo también un sistema de confrontación poco adecuado para resolver el conflicto. Con esto sólo se consigue involucrar a los menores en el conflicto y agudizarlo. Las parejas con hijos necesitan un contexto adecuado donde resolver sus discrepancias, de manera que puedan poner fin a su relación de pareja y acordar cómo organizar conjuntamente la atención y el cuidado que sus hijos necesitan. La fórmula que sirve a este fin es la Mediación, entendida como una técnica de resolver conflictos sin que exista el esquema vencedor-perdedor, y donde las partes cuentan con la ayuda de una persona imparcial que diseña un proceso para que éstas puedan dialogar, proporcionándoles aquellas habilidades que les capaciten para tomar sus propias decisiones acerca de cómo organizar su vida futura y cómo ejercer conjuntamente sus funciones parentales”. [...] “Para los menores, que los padres lleguen a acuerdos a través de la mediación, conlleva algunas ventajas: No se involucran en el conflicto emocional de la pareja; No se introducen en el enfrentamiento judicial; Continúan relacionándose con la familia extensa; Aprendan, junto a sus familias, formas negociadas de resolver los problemas. En las distintas fases de un procedimiento de mediación (recepción, información, negociación individual, negociación conjunta, resolución y seguimiento) se contempla una fase específica, optativa, que es la “fase de información a los hijos”. El objetivo de esta fase está en dar a conocer a los hijos qué es lo que sus padres hacen en mediación; cómo intentan conseguir acuerdos, aunque elementos emocionales les dificulten pensar con racionalidad. También se les explica cómo pueden ayudarles, no interviniendo en el conflicto que sus padres mantienen y no tomando partido por ninguno. Si los hijos tienen suficiente edad, resulta útil preguntarles su parecer respecto a los acuerdos de sus padres, pudiendo matizarlos en función de sus estudios, amistades y actividades. Si presentan ideas equivocadas o sentimientos negativos en relación a la separación, se intenta corregirlos o modificarlos.” (T. BERNAL, “Mediación

3. ¿La posibilidad/necesidad de ofertar un matrimonio civil indisoluble?

También proponemos una forma alternativa al matrimonio necesariamente disoluble, único que ofertan las legislaciones de familia del mundo actual. Planteamos que aquellos que lo deseen puedan optar de forma libre y consciente por una modalidad de matrimonio realmente perpetuo, caracterizado por la indisolubilidad. Dado que la promoción de la autonomía personal ha abocado —según vimos— a tratar como matrimonio lo que no naturalmente no debería serlo, parece que esa misma autonomía debería servir para habilitar, para cualquiera que lo desee, un matrimonio indisoluble. Posiblemente no sea la mejor alternativa el establecimiento de dos modalidades distintas de matrimonio, una disoluble y otra no. Pero como paso en la evolución del rescate antropológico del matrimonio puede ser una alternativa...

Tal propuesta aquí formulada no es nueva dado que otros autores ya han propuesto este tipo de matrimonio, *lege ferenda*⁵⁵⁶. Es más, hay autores que han entendido que la reforma del año 1981 que introdujo en España el divorcio como nota irrenunciable al matrimonio civil podría ser parcialmente inconstitucional por no dejar que los contrayentes pudieran optar libremente por un matrimonio indisoluble⁵⁵⁷. Entre otros fundamentos, se puede decir que esta propuesta, además de obedecer a lo que se entiende como la verdad sobre el matrimonio —como se ha explicado en el Capítulo II—, está en consonancia con la perspectiva de servir al

extrajudicial”, *Cuadernos de la Escuela Judicial. Mediación y protección de menores en Derecho de familia*, vol.5, Madrid, CGPJ, pp.1-35.

Disponible en:

www.atymediacion.es/.../6.%20MEDIACION%20Y%20PROTECCION%20DE%20M.; también, vid. S. HINOJOSA LÓPEZ, “Los menores ante la mediación familiar”, *Cuadernos de la Escuela Judicial. Mediación y protección de menores en Derecho de familia*, Madrid, CGPJ.”

⁵⁵⁶ Confr. CARRERAS, Joan, *op. cit.*, p.165; NAVARRO-VALLS, Rafael. “Matrimonios blindados”, *Aceprensa*, servicio 122, 1997. Aquí se comenta la Ley Luisiana (*new Louisiana Convent Marriage Law*) mediante la cual, a partir del 18 de agosto de 1997 (fecha de su entrada en vigor), las parejas que se hayan sometido libremente a ella tendrán más dificultades para acceder al divorcio vincular; HERVADA, Javier. “Carta sobre el divorcio”, *Cuadernos del Instituto Martín de Azpilcueta*, nº1, Pamplona, 1998; también, MARTINEZ DE AGUIRRE, Carlos, *El divorcio revisitado, op. cit.*p.130.

⁵⁵⁷ Así, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (“Posible inconstitucionalidad parcial de la ley española de divorcio de 1981”, *Persona y Derecho*, nº 11, 1984), donde afirma que con esta Ley “se suprime toda protección jurídico-positiva a la indisolubilidad del matrimonio” (p. 173).

bien común, que aquí se propone con la relectura de los dos ordenamientos jurídicos objeto de análisis y, por último, tiene como base también el principio de soberanía de la familia.

4. El divorcio en Brasil tras la EC 66/2010. La tendencia a la desjudicialización del matrimonio.

En 2010 se aprobó la Rectificación Número 66 a la Constitución Federal de la República brasileña que trató de modificar la redacción del §6º, del artículo 226 del texto constitucional, teniendo la mencionada enmienda la siguiente redacción: “Art. 1º - El § 6º del art. 226 de la Constitución Federal entrará en vigor con la siguiente redacción: § 6º: El matrimonio civil puede disolverse por divorcio”⁵⁵⁸. Como establece el preámbulo de la mencionada Enmienda, la misma “da nueva redacción al § 6º del art. 226 de la Constitución Federal, que dispone sobre la disolubilidad del matrimonio civil por divorcio, suprimiendo el requisito de separación judicial previa por más de 1 (un) año o de comprobada separación de hecho durante más de 2 (dos) años”⁵⁵⁹.

Como puede observarse, esta modificación a la Constitución marca una tendencia de intervención menor por parte del Estado en las decisiones de la vida privada y entre ellas, en la decisión de permanecer o no casado. Y ello porque, al eliminar la separación judicial como procedimiento previo al divorcio en el derecho brasileño, la Enmienda constitucional también extinguió todos los plazos existentes hasta entonces para la presentación del procedimiento de ruptura del vínculo matrimonial.

Asimismo, al combinar el contenido de la EC/66 con la reforma anterior realizada mediante la Ley 11.441/07, el divorcio, de acuerdo con ciertos requisitos, y si es de común acuerdo, además de no necesitar motivación y tiempo de casado o

⁵⁵⁸ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm. Consultado el 10/02/2016.

⁵⁵⁹ *Ídem*.

de separación de hecho, puede ser celebrado ante la Oficina del Registro por el Notario, sin necesidad de intervención judicial.

Es decir, el legislador brasileño entiende que se trata de una decisión en el ámbito de los proyectos personales de vida que deben ser ejercidos de acuerdo con una libertad y autonomía responsable, lo que como ya hemos visto raya en la ingenuidad, puesto que los costes sociales de esta facilitación son muy altos.

Para comprender mejor el alcance que ha supuesto este cambio, hay que recordar el texto anterior de la Constitución Federal de 1988, que decía: “El matrimonio civil puede disolverse por divorcio, tras separación judicial previa por más de un año en los casos expresados en la ley, o comprobada separación de hecho durante más de dos años”⁵⁶⁰.

Del texto original de la CF/88 deducimos que había dos condicionantes necesarios para decretar el divorcio: 1º la separación judicial durante más de un año; 2º la separación de hecho durante al menos dos años. La rectificación promovida por la mencionada enmienda constitucional de 2010 redujo el texto anterior, haciéndolo mucho más simple, como acabamos de ver.

En la doctrina brasileña, la enmienda fue aplaudida de forma prácticamente unánime. Delgado ya ha declarado que según el sistema jurídico brasileño, “el derecho al divorcio, constituye un derecho fundamental que emana de la libertad en el ámbito de las relaciones de familia”⁵⁶¹. Con el cambio provocado por la EC 66/2010, se convirtió en “un derecho potestativo”, contra el cual ni el otro cónyuge, ni el Estado-juez, pueden oponerse”⁵⁶².

Lo curioso es que la doctrina en Brasil no niega que la familia tenga un papel relevante, pero ligan este papel a la Constitución Federal de 1988, en cuanto cauce pare para promover libremente el desarrollo de la persona humana, simplemente por el hecho de que el texto constitucional haya consagrado el

⁵⁶⁰ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

Consultado el 10/10/2017.

⁵⁶¹ DELGADO, Mario Luis. “Divorcio”, *Tratado de Direito das Famílias*, Instituto Brasileiro de Direito das famílias, Belo Horizonte, 2016, p.640.

⁵⁶² *Ídem*, p.641.

principio de dignidad de la persona humana como pilar del Estado. Una vez más, insistimos, se interpreta la libertad y, con ella, la autonomía de la voluntad, como valores absolutos, considerando que solo a través de ellos —además de la tan proclamada igualdad— se realiza la persona como ser humano. No es más que un burdo engaño.

El hombre es libre, se le debe respetar su autonomía, tiene el derecho a un tratamiento igualitario ante una igualdad de condiciones, pero ninguno de estos derechos es ilimitado y constituye un valor absoluto, de modo que corresponde al poder público los condicionantes para su ejercicio. Y no lo olvidemos: tales derechos y valores existen como resultado de la dignidad de la persona humana y no al contrario.

Da Cunha Pereira, tras la aprobación de la mencionada Enmienda a la Constitución, publicó un artículo jurídico titulado “Facilidades jurídicas para la separación ayudan a preservar el amor”⁵⁶³, de cuyo título puede deducirse la posición adoptada por el Presidente del IBDFAM (*Instituto Brasileiro de Direito de Família*). En relación a la reforma, señaló el autor que “las facilidades jurídicas para poner fin a un matrimonio, traídas por la Enmienda Constitucional 66/2010, en contra de lo que se pensaba, ayudaron a preservarlo. A medida que el Estado deja de tutelar a las parejas, establece plazos y culpa por el fin de la conyugalidad...”⁵⁶⁴. No faltaron tampoco las invocaciones al “derecho a la felicidad” como motor del nuevo régimen de la disolución del matrimonio, que quedaba así entregado al puro albur de los contrayentes⁵⁶⁵.

⁵⁶³ DA CUNHA PEREIRA, Rodrigo. “Facilidades jurídicas para a separação ajudam a preservar o amor”, *Revista Consultor Jurídico*. Disponible en: www.conjur.com.br, publicado el 8 de febrero de 2015.

⁵⁶⁴ *Ídem*.

⁵⁶⁵ Mari BERENICE DIAS ha escrito al respecto: El nuevo Orden Constitucional llegó para satisfacer el anhelo de todos y apartar concluyentemente la culpa del ámbito del Derecho de Familia. Ya era hora de poner fin a una excrecencia que sólo había sido sostenida durante años por la resistencia histórica a la adopción del divorcio. Pero, pasados más de 30 años, nada, absolutamente nada, justifica una doble vía para asegurar el derecho a la felicidad, que no siempre está en el mantenimiento coaccionado de un matrimonio ya roto”. “EC 66/2010, e agora?”, Disponible en: www.mariaberenice.br. Consultado el 10/03/2016, p.3.

No compartimos esa opinión. Y ello porque ya se ha demostrado que al Estado no le interesa, en ningún caso, facilitar e incentivar la ruptura del vínculo familiar, transformándolo en un vínculo estructuralmente frívolo, lo que no se corresponde ni con el orden familiar ni con el bien común, además de violar la propia esencia del vínculo en sí.

En otras palabras, es fácil concluir que la EC 66/2010 revocó el antiguo requisito de exigir un cierto plazo de separación *de facto* para que se pudiera solicitar el divorcio. Por lo tanto, puede gustar o no la brutal reforma producida, estar de acuerdo o no con la misma, el hecho es que no puede interpretarse la redacción actual del artículo 226, párr. 6º de la CF/88 buscando cualquier plazo o término, requisito u obstáculo. La regulación es clara y establece que está permitido disolver el matrimonio en Brasil mediante divorcio, sin establecer ningún requisito para su concesión, más allá de la existencia de un matrimonio civil y de la voluntad de disolverlo, sin necesidad de ninguna motivación⁵⁶⁶.

Sin embargo, la posibilidad de la separación de cuerpos y la separación *de facto* siguen vigentes y pueden funcionar en la práctica como un período de reflexión entre la pareja, que podrá reanudar la relación. Conviene destacar que jurídicamente hay una distinción entre los dos conceptos, a pesar de las discusiones jurídicas sobre la naturaleza de la separación de cuerpos, como instituto procesal civil ya que existe la cautela o la anticipación de la tutela.

En la separación *de hecho* no hay una decisión judicial: se produce cuando uno de los cónyuges se aleja del hogar conyugal. Como en la llamada “separación de cuerpos”, existe una decisión judicial pudiendo esta darse mediante acuerdo, o no, de los cónyuges, habiendo una previsión de disposición o autorización, dependiendo de la parte demandante, en la Ley del divorcio (artículo 7º), en el

⁵⁶⁶ Dice CRISTIANO CHAVES DE FARIA: “Por lo tanto, una vez que terminan los proyectos y los anhelos comunes, la disolución del matrimonio surge como una consecuencia natural, incorporando un derecho ejercitable por la simple voluntad del individuo”. CHAVES DE FARIA, Cristiano, *Escritos de Direito de familia*, Belo Horizonte, IBDFAM, 2006.

Código Procesal Civil, en el Código civil, así como en las medidas de protección previstas en la ley de violencia de género -Ley 'Maria da Penha' ya citada-⁵⁶⁷.

Apunta el IBGE (Instituto Brasileño de Geografía y Estadística) que el número de divorcios en Brasil es creciente. Son diversos los factores que contribuyen a este dato estadístico. A juicio de Da Cunha Pereira, presidente del IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família), además de que la EC 66/2010 haya ayudado a liberar una demanda reprimida, también debe tomarse en consideración el aumento de la población y el número de matrimonios⁵⁶⁸.

Es un hecho que el cambio legislativo comentado ha facilitado enormemente la ruptura de la relación matrimonial en Brasil. Por lo tanto, como ya se ha explicado, además de extirpar del ordenamiento jurídico brasileño el instituto de la separación judicial, que funcionaba a menudo como medida previa al divorcio, la innovación legislativa también extinguió cualquier plazo anteriormente existente para la posibilidad de la ruptura. Por consiguiente, la facilidad para disolver el vínculo es tremenda considerándose, además, que en algunos casos es posible formalizar la ruptura en una Oficina de Registro Notarial, conforme a lo ya expuesto.

Con el tratamiento dado a la disolución del matrimonio, el legislador ha ignorado la importancia de la estabilidad como elemento conformador del mismo, lo convierte en un vínculo banal, que puede extinguirse incluso en el día siguiente de su formalización, ya que no hay ningún plazo que limite tal potestad.

Además de los comentarios aportados a la reforma derivada de la EC 66/2010, es preciso aquí reiterar todos los argumentos ya presentados en los epígrafes anteriores, que se aplican a cualquiera de los ordenamientos jurídicos. Es

⁵⁶⁷ En relación a esta cuestión, el abogado brasileño DIAS apunta: "...habiendo dudas o la necesidad de un plazo de reflexión, tanto la separación *de facto* como la de los cuerpos preservan el interés de la pareja. Cualquier acción de este tipo suspende los deberes del matrimonio y pone fin a la comunicabilidad de los bienes. La separación de cuerpos, incluso, puede ser llevada a cabo de modo consensual mediante escritura pública. Y cuando se produce la reconciliación, todo vuelve a ser como era antes". BERENICE DIAS, Maria. "EC 66/2010 E AGORA?". Disponible em: www.mariaberenice.br.

⁵⁶⁸ DA CUNHA PEREIRA, Rodrigo, "Facilidades jurídicas da separação ajudam a preservar o amor", Op. Cit.

decir, sostenemos que, en materia de matrimonio, en relación al elemento de indisolubilidad hay que repensar el ordenamiento brasileño para adecuarlo a las razones por las cuales el Estado interviene en el matrimonio y la familia, bajo pena de tener un Derecho de Familia absolutamente distorsionado y al albur de las demandas sociales. Finalmente, es necesario replantear la disolubilidad para fortalecer la sociedad brasileña, en la que los problemas producidos por las rupturas familiares son patentes e influyen directamente en la vida de la población.

5. El tratamiento para las rupturas matrimoniales en España: el llamado “divorcio exprés” tras la Ley 15/2005.

La Ley 15/2005, de 8 de julio, modificó el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento en materia de separación y de divorcio. Su finalidad era facilitar la ruptura del matrimonio y disminuir la lentitud de su tramitación procesal; además, la reforma conlleva que se supere el concepto de separación-sanción; se eliminan las causas de separación, se evita la perpetuación de los conflictos entre los cónyuges cuando exista separación *de facto*; elimina la exigencia de separación judicial previa *de facto* para que se pueda producir el divorcio. Lo único que todavía se exige en España es el plazo mínimo de que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio.

Es decir, el único requisito existente hoy en España para solicitar la separación judicial o el divorcio es el hecho de estar casado durante al menos tres meses. Sin embargo, existe la previsión legal con la posibilidad de suprimir este requisito siempre que se compruebe uno riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad sexual del cónyuge demandante, o de los hijos de uno o de ambos, conforme se deduce de la actual redacción del artículo 81.2º del CCE⁵⁶⁹.

Hasta 2015 el divorcio en España era solo judicial. A partir de la reforma introducida mediante la Ley 15/2005, en ciertos casos podrá obtenerse mediante

⁵⁶⁹ Artículo 81.2º del CCE con la redacción actual.

acuerdo de los cónyuges ante el Notario o el Secretario Judicial (actualmente letrado de la Administración de Justicia).

Así, también en la legislación española, como lo hace actualmente la brasileña, para proceder a la ruptura del vínculo matrimonial no hay que alegar incumplimiento de ninguna obligación o deber jurídico, ni tampoco que se haya violado derecho alguno; basta manifestar la voluntad de que se disuelva el vínculo, de modo que al consorte solo le cabe someterse a la voluntad del solicitante del divorcio. Algunas voces sostienen que asistimos prácticamente a una “recreación” de la figura del divorcio a través del repudio de antaño, aunque de manera encubierta⁵⁷⁰.

En la Constitución española de 1978 no se consagra la indisolubilidad del matrimonio, como tampoco la imposición del divorcio. El artículo 32 simplemente establece que corresponde al legislador regular las causas de separación y disolución del matrimonio, así como sus efectos. El tratamiento, en este aspecto, difiere mucho de lo que se puede observar con respecto al ordenamiento brasileño, donde el divorcio se contempla en uno de los párrafos relacionados con el matrimonio.

La Ley española que anteriormente regulaba el divorcio era la de 1981 y se promulgó bajo el gobierno de UCD, aunque gran parte de los miembros de ese grupo se oponían a la ley, la cual se llevó a cabo con el apoyo de los grupos comunistas, socialistas y nacionalistas⁵⁷¹. Por esta razón, España admitió la posibilidad del divorcio después de un largo período. En ese momento, la Ley aprobada preveía tanto la posibilidad de la separación judicial, como del divorcio, pudiendo producirse de modo consensual o litigioso. La separación era, en aquella

⁵⁷⁰ Véase entre otros: DE PABLO CONTRERAS, Pedro, “El matrimonio y el Derecho Civil”, en MARTINEZ DE AGUIRRE, Carlos; DE PABLO CONTRERAS, Pedro y PÉREZ ÁLVAREZ, M., *Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de Familia*, 4ª Ed, Madrid, Colex, 2013, p. 64.

⁵⁷¹ FERNANDEZ, Aurelio, Op. Cit., p.254. Subraya aún el autor que el resultado de la votación de la ley del Divorcio de 1981 en España fue de 102 votos a favor, 117 abstenciones y 22 en contra. El número de las abstenciones comprueba que gran parte del grupo político del gobierno de la época se oponía al proyecto. Las leyes divorcistas en España han ocasionado como subraya el mismo autor, la multiplicación del divorcio, en el año de 2010 por 10 veces y en el año 2017 el país encabezaba el número de divorcios en Europa.

Ley, un prerequisite para la concesión del divorcio, lo que fue abolido también con la reforma que trajo la Ley 15/2005.

Por lo tanto, desde 1981, para el divorcio, fuera o no consensual, era necesaria la separación previa de derecho o *de facto*. La mencionada Ley establecía unas causas para respaldar las solicitudes de separación y divorcio; básicamente, tales causas se fundamentaban en la violación de los deberes del matrimonio.

Tanto la Ley de 1981 como la anterior de 1932, no contemplaban la posibilidad del divorcio sin causas. En lo que se refiere a la duplicidad de demandas judiciales, la de la separación y la de divorcio, se criticaba la falta de economía procesal que esto producía⁵⁷². Consumado el divorcio conforme a la Ley de 1981, muchas personas optaban por vivir en una unión estable, cuyo término no requería trámite alguno.

Actualmente, hemos de atender a los artículos 81, 85, 86 del Código Civil, según la redacción salida de la Ley de 2015⁵⁷³. Como ya se anticipó, el sistema español vigente no impone la existencia de causas para la solicitud del divorcio, bastando la voluntad de uno o ambos cónyuges, siempre que haya transcurrido el

⁵⁷² *Ídem*, p.92.

⁵⁷³ Art. 81 CCE: Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio:

1º A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 de este Código.

2º A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.

A la demanda se acompañará propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación.

[Este artículo ha sido redactado conforme a la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (BOE núm. 163, de 09-07-2005, pp. 24458-24461). Para ver la antigua redacción haga clic [aquí](#).]

Art. 85 CCE: El matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio.

Art.86 Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, la petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos y circunstancias exigidos en el artículo 81.

[Este artículo ha sido redactado conforme a la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (BOE núm. 163, de 09-07-2005, pp. 24458-24461).

plazo de tres meses desde la celebración del matrimonio —requisito este que se exige de igual forma para la separación—, salvo en casos excepcionales donde haya riesgo de vida, o para la integridad física de cualquiera de las partes, o cualquier riesgo de violación de la integridad física o moral para los hijos, o cualquiera de los cónyuges.

Tal reforma —como apunta Martínez de Aguirre—, “no afecta únicamente a la disolución del matrimonio, sino a la propia consistencia del matrimonio civil, que con ella pierde buena parte de sus contenidos”⁵⁷⁴. Además de todo esto, la reforma atribuye un nuevo derecho paralelo al derecho a casarse o de divorciarse y —como apunta el autor mencionado— también “da un paso de gigante en su acercamiento a las uniones no matrimoniales”⁵⁷⁵.

Carreras, en relación al divorcio, afirma que este “es radicalmente injusto porque establece en el seno de la sociedad una lógica por la cual se hace muy difícil la creación de una familia”, además de poner “muchos obstáculos a la fidelidad debida inherentes a cada una de las relaciones familiares”⁵⁷⁶.

Otro aspecto que merece ser subrayado en el caso español es que la reforma producida por la Ley 15/2005 no suprimió el instituto de la separación, aunque tampoco lo exija como necesario y previo al divorcio, que puede concederse directamente. A diferencia del sistema brasileño —donde, a través de Enmienda Constitucional, se suprimió la separación—, en el caso español el cambio legislativo se produjo por ley ordinaria de ámbito nacional.

Martínez de Aguirre advierte que la respuesta del Estado ante una situación de crisis conyugal ha sido facilitar legalmente las rupturas. Sin embargo, el autor entiende que serviría mejor a todos los intereses implicados que hubiera una política de prevención con el fin de evitar las rupturas —lo que ya se ha sostenido en el

⁵⁷⁴ MARTINEZ DE AGUIRRE, Carlos, “El divorcio revisitado. Datos y reflexiones sobre estabilidad matrimonial y divorcio” en PRIETO ÁLVAREZ (ed.), *Acoso a la familia, Del individualismo a la ideología de género*, Editorial Comares, Granada, 2016, p.114.

⁵⁷⁵ *Ídem*.

⁵⁷⁶ CARRERAS, Joan. *Casamento: sexo, festa e direito*, cit., p. 168

epígrafe anterior⁵⁷⁷—. Según el autor —opinión que compartimos—, si se consideran los costes de la asistencia social o sanitaria, debería protegerse *el interés social en el mantenimiento de las familias* ya que la ruptura puede reconocidamente perjudicar a los hijos, a los cónyuges y a toda la sociedad. Sin embargo, la política pública que se ha impuesto en España ha sido la de facilitar legalmente el divorcio, como es manifiesto en la Ley 15/2005. Parece claro, por tanto, que la opción del legislador español de eliminar la separación como un procedimiento previo del divorcio busca facilitar la ruptura, eliminando los obstáculos procesales y los requisitos sobre la motivación o causa de la solicitud.

Para poner remedio a situaciones insostenibles, pero preservando el vínculo, existe —como sostiene Martínez de Aguirre— “el instituto de la separación”. Por ello, apunta que “la indisolubilidad del matrimonio no es una imposición religiosa o ideológica, sino que deriva tanto de los caracteres propios del amor conyugal, como de razones de interés social en la estabilidad del matrimonio y la familia (ligadas a la propia subsistencia de la sociedad como tal, y a la calidad de vida de sus miembros)”⁵⁷⁸. El mismo autor defiende —como en la línea mencionada anteriormente— que sería más eficaz la implementación de la mediación familiar preventiva, con el fin de evitar tales rupturas. También propone un período previo de reflexión antes de la posibilidad de instar el divorcio ya que considera que el Estado debe fomentar la reconciliación. Ello contrasta con la medida adoptada por el legislador en la Ley 15/2005, cuando previó solo la mediación en las acciones ya propuestas, de manera que se resuelvan consensualmente, pero sin romper el vínculo matrimonial⁵⁷⁹.

Con el sistema inaugurado por la Ley 15/2005, ya no solo la separación de los contrayentes decae en su interés, siendo sus requisitos los mismos que los del divorcio. También conviene destacar que el sistema pondrá “en jaque” el sistema de las nulidades matrimoniales, ya que con el “divorcio exprés” resulta mucho más fácil y rápido extinguir el vínculo jurídico, además de que no se exige prueba —lo

⁵⁷⁷ MARTINEZ DE AGUIRRE, Carlos. “Crisis matrimoniales: de la reacción a la prevención”, www.thefamilywatch.org. Consultado el 19/04/2016.

⁵⁷⁸ MARTINEZ DE AGUIRRE, Carlos. *El divorcio revisitado*, cit., p. 127.

⁵⁷⁹ MARTINEZ DE AGUIRRE, Carlos, *El divorcio revisitado*, cit.

que sí resulta necesario para el reconocimiento de las nulidades—. Como señala Martínez de Aguirre, la posibilidad teórica de divorciarse de manera tan sencilla “hace que en situaciones de crisis el divorcio parezca como la salida más cómoda y deseable”⁵⁸⁰.

El preámbulo de la Ley 15/2005 destaca, entre los principios inspiradores de la misma, la igualdad jurídica de los cónyuges y la libertad individual, como valores superiores que impregnan la institución matrimonial. Como ya hablamos en el capítulo anterior, los últimos cambios legales en este campo son una herencia de los movimientos revolucionarios, precisamente marcados por una absolutización o sacralización de la libertad.

Esta doble formulación de igualdad y libertad elimina las reminiscencias que se encontraban en la Ley 30/1981 de la separación como sanción y, en definitiva, consagra que el mismo principio de libertad extrema que impregna la opción individual de contraer matrimonio persiste durante toda la unión. Además, esta omnímoda autonomía personal de los contrayentes se erige, en cualquier momento, en causa suficiente para la separación o para la disolución del vínculo — que la Ley prácticamente equipara—, razón por la cual disentimos de tal regulación.

En la exposición de motivos, la Ley 15/2005 también dispone que el divorcio directo “expres” se basa en el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10.1 de la Constitución Española. Como ya se ha criticado en el apartado anterior, la lógica del ordenamiento español, al aprobar esta Ley, fue la de ampliar la libertad de los cónyuges. Por lo tanto, de la simple lectura del preámbulo de la Ley se deduce que su principio inspirador no es la protección de la familia, sino la protección exclusiva del individuo (en realidad, de su autonomía). Esto resulta absolutamente confeso: el propio legislador dice que entre los principios que inspiran la Ley esté la protección individual, y no familiar, o del propio bien común, en la medida en que la Ley regula el Derecho de familia.

⁵⁸⁰ MARTINEZ DE AGUIRRE, Carlos. “Diagnóstico sobre el Derecho de familia”, *Análisis sobre el sentido y los contrasentidos de las transformaciones contemporáneas del Derecho de Familia*, Universidad de Navarra, Madrid, Ediciones Rialp, 1996, p.207.

Una parte de la doctrina española reconoce que la lógica actual divorcista que se ha impuesto legalmente aleja la institución matrimonial de su esencia, desvirtuándola al suprimir cualquier atisbo de estabilidad. Pero muchos no comparten esta valoración. Así, Ortuño Muñoz entiende que la estabilidad del matrimonio no queda menoscabada por una ley liberal⁵⁸¹. Sostiene que la Ley de 2005 “ha reforzado la institución matrimonial, puesto que se encontraba desfasada y en decadencia, rehén de unas determinadas concepciones del pasado”⁵⁸². En fin, no nos parece que la Ley que posibilita el divorcio sin ninguna restricción pueda reforzar un vínculo, sino que al contrario: lo debilita.

Los datos estadísticos van en contra la opinión de Ortuño. Según datos publicados en el Informe anual de 2009, de “*The Family Watch*”, sobre la familia sostenible: “En términos absolutos, en diez años —entre 1999 y 2008— se ha pasado de 216.451 a 196.613 matrimonios (un descenso de casi un 10%) y de 36.101 a 110.036 divorcios (un incremento superior al 300%)⁵⁸³, eso sin tener en cuenta el aumento de población —el cual fue de un 15%—, porque si este fuera tomado en consideración, el mismo estudio muestra que “se ha pasado de 5,38 a 4,26 los matrimonios ‰ habitantes (un descenso real de un 20%)”, mientras que los divorcios han pasado de “un 0,90 a un 2,38 divorcios ‰ habitantes (un aumento real de un 380%)”⁵⁸⁴. Parece claro que, frente al vaticinio (o deseo) de Ortuño Muñoz de que la Ley fuera “una contribución importante para eliminar la lacra de la violencia doméstica”⁵⁸⁵ —los hechos lo han desmentido—, lo único cierto es que ha supuesto una multiplicación exponencial de las rupturas.

Sostenemos que el camino que sigue el legislador español cuando aprobó la Ley comentada es el de la tendencia a la privatización del matrimonio, como ocurre

⁵⁸¹ “Pero numerosos estudios realizados mostraron que no existía relación entre el derecho libre a la separación y el número de los divorcios. La idea según la cual la estabilidad del matrimonio y de la familia se debilita por una ley liberal sobre el divorcio o, al contrario, se refuerza por una legislación rigurosa, ha sido fuertemente contestada por la realidad estadística.” ORTUÑO MUÑOZ, Pascual. *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*, Navarra, Thomson Civitas, Editorial Aranzadi, 2006, p. 9.

⁵⁸² *Ídem*.

⁵⁸³ Disponible en: <https://www.thefamilywatch.org/wp-content/uploads/Informe2009.pdf>, Consultado el 10/06/2016.

⁵⁸⁴ *Ídem*.

⁵⁸⁵ ORTUÑO MUÑOZ, Pascual. *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*, cit., pp.10-12.

en diversos países —entre ellos, como ya visto, en Brasil—. Fenómeno al que Martínez de Aguirre ha denominado “desjudicialización de la familia”⁵⁸⁶.

Por lo tanto, es necesario reconocer que, como advierte Viladrich, el matrimonio civil en España se ha desnaturalizado e incluso deshumanizado tras las reformas de 1981 y finalmente con la de 2005, caracterizándose en la actualidad como un modelo donde no hay compromiso jurídico y en el cual hay un vínculo inestable, dado enteramente a la disposición de cualquier de los cónyuges, sin que sea necesario alegar ninguna causa para que se pueda poner fin al mismo⁵⁸⁷.

Jordán Villacampos entiende que la Ley 15/2005 pasó desapercibida ante la aprobación, días antes, de la Ley 13/2005, que introdujo en ordenamiento jurídico español el “matrimonio” homosexual, una alteración de mayor virulencia y mucho menor consenso que la que ahora nos ocupa. Este cambio —en opinión de la autora— ofuscó la materia del divorcio. La autora también considera que la Ley es peligrosa al prever el divorcio y la separación sin causa porque en los países donde se adoptó esa postura la tasa de natalidad disminuyó considerablemente⁵⁸⁸.

Más allá de esta cuestión, Jordán Villacampos considera —opinión a la que nos sumamos— que la Ley 15/2005 modifica la propia naturaleza jurídica del matrimonio convirtiéndose en un contrato de disposición que iguala las uniones *de facto*⁵⁸⁹, o en palabras de Martínez de Aguirre, “pasa de ser, como ya se ha dicho, de más que un contrato, a mucho menos que cualquier contrato”⁵⁹⁰.

En relación con las obligaciones jurídicas de los cónyuges, esta Ley también tiene notables consecuencias, ya que —como afirma Jordán Villacampos, se vacía, “si cabe, aún más el contenido de la institución matrimonial civil puesto que el

⁵⁸⁶ MARTINEZ DE AGUIRRE, Carlos. *Diagnóstico sobre el Derecho de familia*, cit.

⁵⁸⁷ VILADRICH, Pedro-Juan, La institución del matrimonio: los tres poderes, cit., p.11.

⁵⁸⁸ JORDÁN VILLACAMPA, María Luisa. “El Divorcio en España: la Ley 15/2005, de 8 de Julio”, en SOUTO NIEVES, Guadalupe (Coord.), *El nuevo régimen legal del matrimonio civil en España*. Estudios en honor del profesor Víctor Reina Bernáldez 2008, p. 92.

⁵⁸⁹ JORDÁN VILLACAMPA, María Luisa. “El Divorcio en España: la Ley 15/2005, de 8 de Julio”, cit., p.91

⁵⁹⁰ MARTINEZ DE AGUIRRE, Carlos. “El divorcio revisitado. Datos y reflexiones sobre estabilidad matrimonial y divorcio”, en PRIETO ÁLVAREZ (ed.), *Acoso a la Familia. Del individualismo a la ideología de género*, Editorial Comares, Granada, 2016, pp.107-131.

incumplimiento de obligaciones por parte de la pareja no implica efecto alguno respecto a los efectos primarios del matrimonio, lo que desde la óptica de las características de la norma jurídica resulta una incongruencia”⁵⁹¹. Martínez Vázquez de Castro, en la misma línea, añade que con esta Ley “el propio Código Civil está haciendo inútil el consentimiento matrimonial”⁵⁹² al poder liberarse de manera tan sencilla y arbitraria de las obligaciones que comportaba.

CONCLUSIONES

⁵⁹¹ ⁵⁹¹ JORDÁN VILLACAMPA, María Luisa. “El Divorcio en España: la Ley 15/2005, de 8 de Julio”, p. 91

⁵⁹² MARTINEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis. *El concepto de Matrimonio en el Código Civil*, Navarra, Thomson- civitas, 2008, p.30.

En una entrevista publicada en febrero de 2019 la conocida directora de cine española Isabel Coixet declaraba ser “anti-matrimonio”; a lo que añadía: “pero creo que cada uno debería poder casarse con una planta si quiere”. Las dos aseveraciones de la cineasta, causándonos cierto estupor —desde el respeto—, no nos cogen por sorpresa. Ciertamente, en nuestra sociedad, el matrimonio tiene cada vez menos aceptación (en España, en una década, se ha pasado de celebrar al año 200.000 enlaces a 160.000: notable caída). Pero nos interesa más el segundo mensaje de la entrevistada, trasunto de la percepción del matrimonio que tiene una parte importante (y creciente) de la sociedad: aunque muchas personas acepten la institución —o incluso opten por casarse— lo hacen “a su manera”, hasta vaciarla de contenido. El resultado es doble: el desquiciamiento conceptual de una institución multiseccular y, producto lógico de él, una enorme volatilidad del compromiso matrimonial (actualmente, también en España, el 70 % de los matrimonios acaban en ruptura). Por cierto, en esta línea de desquiciamiento, ha de admitirse que, si se pierde el sentido y la esencia del matrimonio, concibiéndolo como mero cauce de fines afectivo/personales, hace bien Coixet en admitirlo como posible vínculo entre humanos y cualesquiera seres y objetos destinatarios de nuestro afecto. La tantas veces útil regla hermenéutica de llevar los argumentos hasta sus últimas consecuencias nos conduce al más palmario de los absurdos, y nos sirve para ilustrar a dónde nos lleva aquel desdibujamiento de la institución matrimonial.

Así pues, el objeto de esta Tesis Doctoral, en el marco estrictamente jurídico, ha sido el de llamar la atención acerca de la *urgente necesidad de reafirmar la esencia del matrimonio*, cuyo concepto ha sido —insistimos— enormemente trivializado por el Derecho de familia de la actualidad, así como alertar de la importancia de una adecuada reglamentación de la institución. Esto solo es posible con una profunda y verdadera comprensión del sentido del matrimonio, ligado al bien social insustituible que aporta a la sociedad.

Así, una vez formuladas estas premisas, se presentan ahora a modo de conclusiones de esta Tesis Doctoral los siguientes puntos:

1. *La defensa y la promoción de la familia fundada en el matrimonio son tarea prioritaria para el Derecho y para el Estado.* Y podemos afirmar que uno y otro han incumplido su responsabilidad. Y es que los sistemas matrimoniales de distintos países —entre ellos el de Brasil y España, que aquí nos ocuparon— parecen olvidar los rasgos más básicos que siempre hicieron parte de la esencia del matrimonio. Tal olvido de los rasgos fundamentales del instituto matrimonial es fruto de la profunda crisis ética característica de la actualidad, donde la moral se identifica con la tolerancia a cualquiera planteamiento que se haga en nombre de la libertad.
2. Entendemos que el rescate de la sensibilidad moral solo se hace posible en el marco del respeto de los valores históricos que han estado en el origen de la civilización. Y al observar la historia de la humanidad es posible afirmar que la familia siempre ha formado parte de la civilización desde su origen y que el matrimonio hunde sus raíces en la humanidad. Esto porque el matrimonio trasciende al Derecho por ser una *institución natural* que hace parte de la estructura constitutiva del hombre, así que no es un invento del poder público de turno, ni un dato meramente histórico y cultural. La propia Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU admite el carácter central y radical de la vida familiar, cuando afirma en su artículo 15, apartado 3º, que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y del Estado”. Lo que ha hecho la ONU ha sido solo reconocer una realidad intemporal, la de que el matrimonio y la familia hacen parte del sustrato más natural y primario del hombre. Por lo tanto, entendemos que es imprescindible conocer la naturaleza humana para conocer la realidad del matrimonio. Así que, como parte de la estructura del propio hombre y de su realidad natural, se puede concluir que el matrimonio no es cualquier tipo de unión de convivencia, sino una unión con sentido y finalidades propias. Los esposos, al unirse, se comprometen no solo uno con el otro, sino que se comprometen con una realidad que les supera y les engloba: se comprometen con la familia y la sociedad.

3. Al entender incorrectamente la naturaleza del hombre, se desconocen la esencia y los fines del matrimonio. Lo que ha implicado, en palabras de Ratzinger, “una verdadera rebeldía ante lo humano”. Ni el hombre, ni el Estado pueden rehacer la realidad humana, y es precisamente eso lo que ha ocurrido con el desdibujamiento de la institución del matrimonio: “reconstruir” su concepto hasta el punto de vaciarlo de contenido. Al faltar una correcta comprensión del matrimonio se han producido cambios legislativos que modificaron la naturaleza de la institución matrimonial. Pero, el Estado, cuando regula el matrimonio no lo inventa: el matrimonio, como elemento natural, le antecede; de modo que no está legitimado para cambiar la naturaleza inscrita en el hombre y la mujer.

4. El fundamento para que el Estado intervenga en el matrimonio y en la familia instituida por él no es otro que *su contribución al bien común de la sociedad*. Y el mayor de los bienes sociales que aporta el matrimonio es crear un ambiente propicio a la perpetuación de la especie humana. Por tanto, el matrimonio, como unión fecunda que es, sostiene la sociedad. Esta constatación no se trata de creencia, ideología, moda o gusto. Esto es tanto como decir que el Estado solo tiene interés en el matrimonio por constituir la unión entre un hombre y una mujer abierta a la fecundidad. Es a partir de la familia constituida a través de la unión fecunda, exclusiva y estable entre un hombre y una mujer como serán generadas, *del mejor de los modos posibles*, nuevas vidas; y esto fundamentalmente porque, más allá de la mera generación y posterior sustento físico, es en el ámbito de esta familia *donde mejor crecerán y serán educados nuevos ciudadanos*. La relevancia social y jurídica del matrimonio resulta, pues, clarividente. De ahí que también se puede concluir que el Estado, cuando regula el matrimonio, no pretende regular la sexualidad de las personas: solo le compete proteger una singularísima relación entre personas (hombre y mujer) de esencial aportación a la sociedad: y en este punto insistimos en que, más allá de generar nuevas vidas —podría lograrlo el propio instinto natural—, el matrimonio propicia el primer ámbito educativo, socializador y de humanización del ser humano: la familia, por tanto, además de crear un

ambiente adecuado para la generación de nuevas vidas, propiciará un hogar de transmisión de valores, cultura, lenguaje, de modo a socializar y desarrollar futuros ciudadanos. Así, se puede concluir que *ninguna institución resulta más relevante e insustituible para el Estado como la familia instituida por el matrimonio*. Y de ahí deriva la razón de fomentar y proteger el matrimonio; y de dotarlo de unas propiedades esenciales necesarias para esta excelsa misión.

5. Por lo que se ha expuesto, también es posible concluir que equiparar el matrimonio a otras formas de convivencia viola el principio jurídico de la igualdad, por la sencilla razón de que no se puede tratar de la misma manera situaciones muy distintas, que no tienen la misma relevancia porque no aportan lo mismo a la sociedad. De modo que *no es posible invocar los principios de igualdad y no discriminación para homogenizar el tratamiento de todo tipo de convivencia*, como si en cuestión de matrimonio y familia todo fuese la misma cosa o expresase la misma realidad. No se trata de negar la importancia al hecho de las parejas estables, e incluso de darles una reglamentación jurídica propia, así como a las otras formas de convivencia —cuyo encaje jurídico sería, normalmente, el de cualesquiera sociedades humanas, conforme a las reglas generales civilísticas—. Pero entendemos que el Estado no puede intervenir jurídicamente para reinventar un concepto antropológico, bajo unas premisas equivocadas de lo que constituyen la igualdad y la no discriminación.
6. Así también se sostiene que *resulta falaz hablar en nuevos tipos de familia, o de un supuesto nuevo matrimonio basado en el afecto*, porque, conforme a la conclusión anterior, al Estado no interesa la sexualidad en sí misma, ni el afecto, cuando regula el matrimonio. El interés del Estado, como se ha sostenido, está en el bien común que el matrimonio aporta, la posibilidad de generar y educar nuevas vidas. Las otras situaciones afectivas o convivenciales que reclaman los mismos efectos jurídicos del matrimonio existen desde siempre, pero nunca han sido, ni nunca serán, matrimonios:

no son lo mismo, ni aportan lo mismo, con lo que no concurre el interés público que justifique su reglamentación.

7. Por tanto, sostenemos que en materia de familia no todo contribuye al bien social (o, al menos, no lo hace de la misma manera). A esto se une el hecho de que un discurso relativo a los derechos deberá hacerse desde lo colectivo, buscando el bien común. Somos consciente de que este enfoque no es el habitual: se tiende a concebir el derecho del individuo como algo desconectado de los demás e insensible al bien social; esto cuando *la sociabilidad (y la solidaridad) constituyen elementos constitutivos del mismo concepto de derecho* y, por tanto, una exigencia estructurante del ordenamiento jurídico.
8. Se entiende, por las mismas razones, que constituiría verdadero abuso por parte del Estado, o una suerte de totalitarismo, si intentase a través del Derecho reglamentar la vida afectiva y sexual de las personas, pues que no hay interés jurídicamente relevante para tal intervención. Como hemos sostenido a lo largo de la presente Tesis Doctoral, *el matrimonio no es solamente enamoramiento, comunidad de vida y amor*; aunque exista el amor, este es un asunto estrictamente privado y que se presupone en las relaciones matrimoniales; con lo que no constituye la razón por la cual el Estado interviene en ellas. Los sentimientos solo interesan a los individuos, no al Estado. Además, sería irrazonable imaginar que el Estado se proponga regular lo que nadie puede regular, que son los afectos. Usar el afecto como causa o fundamento de relaciones supuestamente matrimoniales, además de vaciarlas de contenido real, implicaría aportar una inmensa inestabilidad a un modelo relacional que necesita de la permanencia para alcanzar sus fines.
9. *La inestabilidad matrimonial, por otro lado, nada bueno aporta a la sociedad y por ello el Estado no puede, ni debe fomentarla.* Por el contrario, el fracaso de la familia y del matrimonio suponen un coste incalculable para los Estados. Tómese como ejemplo el de los costes generados al Estado por personas ancianas sin familia, por personas con discapacidad, por niños abandonados. Todos ellos cuando no tienen familia establecen una relación

de dependencia con el Estado que genera costes sociales inmensos. Lo que una vez más reafirma que no hay ninguna institución que pueda sustituir a la familia en su papel de solidaridad y humanización; ni siquiera el Estado podrá asumir el papel ejercido por la familia en el ámbito social.

10. Por todo esto, también se puede afirmar que la inestabilidad familiar que lleva consigo la posibilidad de disolución del matrimonio —más en regímenes como el español y el brasileño— solo provoca consecuencias gravísimas, además de una enorme vulnerabilidad. Por el contrario, *la estabilidad y la indisolubilidad pertenecen a la naturaleza del instituto* y permiten que alcance en sociedad sus fines de eficaz servicio al bien común. Razón por la cual, se espera del Estado que no incentive de ninguna manera el conflicto familiar, o la posibilidad de ruptura del vínculo jurídico que une a los esposos: causan perjuicios enormes al bien común. Al contrario, lo propio es que el Estado ponga los medios a su alcance para facilitar la estabilidad matrimonial.
11. Por lo tanto, sostenemos que *no cabe hablar de una supuesta neutralidad del Estado en materia de matrimonio*. Apuntan algunos que esta (pretendida) neutralidad ética estatal debería llevar a los poderes públicos, al atender al matrimonio, a no tomar parte por la opción moralmente mejor, y menos a imponerla. De modo que tal neutralidad impondría —se dice— el “pluralismo” sobre el matrimonio y la familia, incompatible con acoger modelos afectivos únicos, con apuestas por la estabilidad, etc. Esta neutralidad resulta una falacia, pues el concebir de esta “plural manera” la relación matrimonial implica una opción tan poco neutra como la tachada de moralista, pero, eso sí, tendrá unos efectos sobre la colectividad —lo único que interesa al Estado— poco halagüeños. Ajeno a neutralidades hueras, ya hemos dicho que el Estado debe proteger y fomentar el matrimonio por su aportación relevante al bien común.
12. Sostenemos además que *la indisolubilidad deriva de la totalidad del amor conyugal* —Viladrich habla de “uno entregase totalmente a una por toda la vida”—; y si el amor conyugal es total y consiste en la entrega plena y

recíproca, implica un despliegue vital de la virilidad y la feminidad, lo que solo puede suponer una relación marcada por la perpetuidad.

13. Nos parece pues, razonable que *el Estado, desde una perspectiva del bien común, desarrolle políticas públicas para evitar y limitar las rupturas matrimoniales*. Así estaría reconociendo que la indisolubilidad no deriva solamente de la propia naturaleza de la institución matrimonial, como deriva también del interés de la sociedad por su propia subsistencia y por la importancia de la estabilidad para la sociedad.
14. De este modo, se propone primeramente *el restablecimiento del instituto de la separación conyugal* (que en el Derecho brasileño ha caído en radical desuso, fagocitado por el divorcio sin causa). Primero, por entender que protege la indisolubilidad, ya que no rompe el vínculo conyugal ante patologías de la convivencia; y segundo, porque la separación ya sería medida suficiente y adecuada para solucionar los casos de ruptura aparentemente irreparable.
15. Del mismo modo también se concluye que es adecuado y razonable que el Estado adopte políticas públicas que permitan prevenir los conflictos y rupturas, como, significadamente, el caso de la *mediación familiar preventiva*. Sostenemos, además, que la mediación familiar responde mejor a los conflictos y es más concorde con la propia naturaleza del vínculo establecido por el matrimonio. No supone impedir, ni sustituir la vía judicial: solo aportar otra opción para la resolución de los conflictos. Se trata de una vía más rápida y que proporciona mayor satisfacción por no haber “ganadores y perdedores”. Así que la orientación familiar, la mediación preventiva, las unidades de terapia familiar y los mecanismos de conciliación también pueden servir para hacer frente con éxito a las crisis matrimoniales. La ruptura no es siempre la mejor solución y a veces provoca problemas añadidos que hacen peor el remedio que la enfermedad.
16. En nuestros días, de manera silenciosa e inconsciente, se ha instalado una cultura del divorcio. De un tiempo a esta parte se trata de advertir acerca de la tendencia moderna a la normalización de la ruptura de la familia, como

una realidad demasiado presente, que deja de lado a los hijos como víctimas silenciosas. Se puede decir que nos estamos enfrentando al desmoronamiento social de la familia con sus consiguientes crisis de separaciones, divorcios, soledad, entre otros. Sostenemos que *esa cultura divorcista, añadida a la ideología de género que se ha implementado en nuestra sociedad, es fruto de una crisis ideológica radical y devastadora que subvierte la jerarquía de las cosas y desconoce preceptos antropológicos básicos de la humanidad, en la medida que niega que exista una naturaleza humana y parte de un prejuicio de que las personas son pura libertad, sin responsabilidad. El hombre, le guste o no, sí es naturaleza y esta se realiza en la libertad. No al contrario. En las recientes reformas producidas en Brasil y España sobre el matrimonio, la autonomía personal se ha erigido en el principio rector, el valor que hoy el Estado acoge como valor superior. Con eso, los sistemas estudiados imponen radicalmente la libertad por encima de cualquier otro principio o valor. Y por proteger la libertad como valor supremo estamos asistiendo a una deconstrucción jurídica y política de la familia. Busca imponerse el afecto como elemento que justifique formación y disolución de vínculos conyugales. Se ignora con ello la orientación al bien común como fundamento que permiten al Derecho intervenir en la familia. En nombre de la libertad asociada al afecto, pretenden sustraerse dos de los más importantes elementos inherentes al instituto matrimonial, que son: la heterosexualidad (se concibe el matrimonio como cauce de afectos, sean cuales sean) y la indisolubilidad (se exige la libertad de romper el vínculo cuando se quiera, sin más explicación que la libertad personal). Con este planteamiento del “imperio de la voluntad absoluta”, la nota de la unidad también es cuestionada, ya que si todo es matrimonio, si todo es posible, ¿por qué no permitir varias uniones matrimoniales simultáneas si es lo que uno quiere?*

17. Sostenemos que este escenario de sobrevaloración o absolutización de la libertad y de la autonomía personal en materia de familia confronta con los valores que deben ser priorizados, y ahora rescatados, en los sistemas jurídicos, para que el Estado torne a proteger adecuadamente el matrimonio

y la familia por él instituida. El contrasentido que encierra este escenario libertario en materia de matrimonio es que las personas que, en ejercicio de su libertad de conciencia, deseen contraer un *vínculo dotado de indisolubilidad* no encuentran amparo en el ordenamiento jurídico. Por tanto, proponemos que el legislador prevea una modalidad de matrimonio indisoluble, para que las personas que quieran libremente elegir este modelo puedan hacerlo.

18. Pero debe quedar claro que lo que se propone, en último término, es *el rescate de la indisolubilidad como esencia del matrimonio*, por los motivos que ya hemos subrayado. La medida del matrimonio opcional indisoluble sería una medida a tomar en el largo camino hacia el tratamiento adecuado del matrimonio. La propuesta que hacemos es clara: reafirmar la importancia de la indisolubilidad para el bien común y como elemento inherente al matrimonio. Ahora bien, conscientes de que a corto plazo no es fácil concretar legislativamente este deseo, se propone ofrecer la posibilidad de contraer matrimonio indisoluble.
19. Para finalizar, defendemos que el marco inicial de la desnaturalización y “desfamiliarización” del instituto del matrimonio no ha sido otro sino la *equivocada aplicación que se ha hecho al mismo de la teoría del contrato*. Porque ahí entendemos que está el inicial problema que, por distintos factores, acabó por vaciar el contenido del matrimonio. Nos explicamos: la aplicación de la teoría contractual al matrimonio se extendió cuando se produjo su desacramentalización por parte del Estado: al pretender reglamentarlo rechazando toda influencia religiosa, le aplicó la teoría contractual por entender que, como en un contrato de Derecho civil, el matrimonio tendría como causa el consentimiento, con lo que podría aplicársele la teoría de los contratos. Olvidaron que el consentimiento manifestado por los esposos nunca ha sido igual que el consentimiento que dos personas manifiestan cuando realizan un negocio jurídico. Primero, por la sencilla razón de que, en la teoría de los negocios jurídicos —y en ella se encuentran los contratos— las partes pueden modificar sus efectos jurídicos,

lo que no se admite en el matrimonio. Segundo, porque el matrimonio nunca ha tenido una naturaleza de simple contrato privado, porque —como ya insistimos— no es el consentimiento el que atribuye al Estado el máximo interés en regularlo (aunque, como causa, es muy relevante), sino precisamente porque la relación que se establece en el matrimonio es una relación abierta a una nueva vida, a la trascendencia de la especie. Eso es la razón —trasunto del bien común— que demanda del Estado intervenir en el matrimonio. Por el contrario, en la relación contractual el Estado la regula para evitar abusos y enriquecimientos ilícitos, asegurando intereses de los contratantes. En el matrimonio, los intereses que debe ser regulados no son intereses individuales de los esposos, sino un interés público presente en la relación que más aportara a la sociedad: la familia instituida por el matrimonio.

Así que nos parece muy claro que todo esto resulta especialmente relevante en materia de matrimonio y familia porque en modo alguno cabe concebirlas como desligadas de su funcionalidad social. La protección adecuada a la familia formada por el matrimonio es imperiosa y necesaria ante todo para recuperar la esperanza en medio del caos, lo cual solo es posible cuando se deja de vivir para uno mismo, y cuando no se concibe a la familia como un mero proyecto individual.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., *Matrimonio y bien común: los diez principios de Princeton.*, Barcelona, Social Trends Institute, 2007.

AA.VV., *La familia. Documento 40 ONGs sobre la familia*, presentado en Madrid el 26 de noviembre de 1994 en conmemoración del Año internacional de la familia, N14, Madrid, Rialp, 1998.

AA.VV., *El matrimonio importa. Veinteseis conclusiones de las ciencias sociales*, Barcelona, Social Trends Institute, 2006.

ABBAGNANO, N, *Diccionario de Filosofía*, São Paulo, Ed. Martins Fontes, 2007.

ACUÑA GUIROLA, Sara. *Nacimiento y evolución de la forma de celebración del matrimonio canónico: el mito del eterno retorno*, Ocre Editorial, 2012, versión e-book.

ALEMANY, Macario. *El paternalismo jurídico*, Madrid, Iustel, 2006.

ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad.de V. A. da Silva, 2ª ed., São Paulo, Ed. Malheiros, 2006.

ALTAREJOS MASOTA, Francisco. “Cambios y expectativas en la familia”. En: BERNAL, Aurora (ed.), *La familia como ámbito educativo*, Instituto de Ciencias para la Familia, Universidad de Navarra, Madrid, Ediciones Rialp, 2009.

ÀNGEL JUSDADO RUIZ-CAPILLAS, Miguel. “Raíces del matrimonio occidental y discusión del modelo”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, Ed. Reus S.A., Nov./Dec., pp. 97-113.

ANTONIO SOUTO PAZ, José. “El nuevo régimen legal del matrimonio civil en España”. En: *Estudios en honor del Profesor Víctor Reina Bernáldez*, Departamento de Derecho Eclesiástico del Estado, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Granada, 2008.

ARECHEDERRA, Luis. “El matrimonio informal (nadie puede querer, lo que realmente quiere, sin quererlo)”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 21, nº 2, 1994.

ARIAS RONCHIETTO, Catalina Elsa. “La familia matrimonial: indisponible bien jurídico del varón y la mujer”. En: *El matrimonio. Un bien jurídico indisponible*,

Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica Argentina, UCA, 2010, pp. 9-18.

ARJONILLO, R.B.. *Sobre el amor conyugal y los fines del matrimonio*, Pamplona, 1999, pp. 79-130.

ATIAS, Christian. *Philosophia du droit*, PUF, Paris, 1991.

ATIENZA, Manuel, “Discutamos sobre Paternalismo”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1998, nº.5, Alicante, p. 203-214.

ÁVILA DALSENTER VIVEIROS DE CASTRO, Thamís. *Autonomia existencial na legalidade constitucional: critério para interpretação da cláusula geral de bons costumes no código civil de 2002*, Tese de Doutorado, UERJ, Brasil, Rio de Janeiro.

BALLESTEROS, Jesús. “La Familia en la Posmodernidad”, *Acta Philosophica* 13, fascículo 1, 2004, pp.1-21.

BALLESTEROS, Solari. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 27ª reunión, continuación de la 7ª sesión ordinaria (especial), agosto 19 de 1986, 3735.

BAÑARES, José Ignacio. “Matrimonio, Género y cultura”, *IUS CANONICUM*, XLVIII, N. 96, 2008, pp. 415-431. Texto de la conferencia del autor con motivo de la Jornada Académica en honor del profesor Eloy Tejero, organizada por la Facultad de Derecho Canónico de la Universidad de Navarra el 20.05.2008.

BAÑARES, Juan Ignacio y MIRAS, Jorge. *Matrimonio y familia, Iniciación Teológica*, Madrid, Ediciones Rialp, 2015.

BAÑARES, Juan Ignacio. *Derecho matrimonial canónico*, Documentación del curso académico 2019/2020 del Master en Matrimonio y Familia, promovido por el Instituto de Ciencias para la Familia, Universidad de Navarra.

BAÑARES, Juan Ignacio. “Persona y Sexualidad humanas, Verdad antropológica y dimensión de justicia”, *Ius Canonicum*, [S.I.], v.39, feb/2018, pp. 505-517.

Disponible en:

<https://www.unav.edu/publicaciones/revistas/index.php/iuscanonicum/article/view/15819> , Consultado el 28/09/2018. <http://dx.doi.org/10.15581/016.3.505-517>.

BARRETO MOREIRA ALVES, LEONARDO. *Direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

BARROSO, LUÍS ROBERTO. “A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v.5, n.2, 2015,

Disponible en:

<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/RBPP/article/view/318>, Consultado el 22/03/2016.

BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação; direitos fundamentais e relações privadas*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. “Diferente, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil”, *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, n.17, jan./jun. 2011, pp.105-138.

BARROSO, Luís Roberto. “Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós positivismo”, *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v.1, n.6, set. 2001. Disponible en: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Consultado el 10/11/2015.

BARZOTO, Luis Fernando. “Ley natural y amor. El amor como principio de ley natural”. En: ETCHEVERRY, Juan B. (Ed.), *Ley, Moral y Razón. Estudios sobre el pensamiento de John Finnis a propósito de la segunda edición de Ley natural y derechos naturales*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, pp.57-72.

BASDEVENT-GAUDEMET, Brigitte. « Um contrat entre l’homme et la femme ? Quelques points à travers l’histoire en occident ». En: FENOUILLET, Dominique; DE VAREILLES SOMMIÈRES, Pascal (Directores), *La contractualisation de la famille*, París, Economique, 2001. p. 17.

BASSET, Ursula Cristina. “Parejas de personas del mismo sexo, Derechos humanos y derecho civil”. En: *El matrimonio, un bien jurídico indisponible*, Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica Argentina, abril de 2010, pp.35-44.

BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*, Traducción de MEDEIROS, Carlos Alberto, Rio de Janeiro, Zahar, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. *Tiempos líquidos. Vivir en un época de incertidumbre*, Traducción de CORRAL SANTOS, Carmen, 2º Ed., Ed. Ensayo Tusques, Barcelona, 2009.

BAUMAN, Zygmunt y DONSKIS, Leonidas. *Ceguera moral. La pérdida de sensibilidad en la modernidad líquida*, Traducción de RODRIGUÉZ ESTEBAN, Antonio Francisco, Barcelona, Espasa Libros, S.L.U., 2015.

BELLAH, Robert N.; MADSEN, Richard; SULLIVAN, Willian M.; SWINDLER, Ann y TRIPTON, Steven M., *Habits of the heart. Individualism and Commitment in American Life*, University of California Press, Berkeley and Los Angeles, 1996.

BELLOSO MARTÍN, Nuria. “Formas alternativas de resolución de conflictos, Experiencia Latinoamericana”, *Revista Sequência*, N.48, Ano 2004 (Jul.), pp.173-202.

BELLOSO MARTÍN, Nuria. “La proyección del cuidado y de la afectividad en el principio de solidaridad (familiar): una propuesta del cuidado como derecho social”. En: DA SILVA PEREIRA, Tânia; MATHIAS COLTRO,

Antônio Carlos e FREIRE FALCÃO DE OLIVEIRA, Guilherme (Organizadores), *Cuidado y afectividad*, Editora Atlas /Grupo GEN, São Paulo, 2016, pp. 406-435.

BELLOSO MARTÍN, Nuria. “La concreción del interés (superior) del menor a partir de los conceptos jurídicos indeterminados: La ¿idoneidad? de la mediación familiar”, *Anuario Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá, Numero X, Año 2017, pp. 1-42.

BELLOSO MARTÍN, Nuria. “El derecho de acceso a la ‘Justicia Integral’: ¿Un nuevo derecho ciudadano?”. En: DALLA BERNARDINO DE PINHO, Humberto e PEREIRA HILL, Flavia (Editores), *Diálogos sobre o código de processo civil: críticas e perspectivas*, Santa Cruz do Sul (Brasil), Editora Essere nel mondo (E-Book), Prefácio de Paulo César Pinheiro Carneiro, 2019, pp. 241-270. E-Book.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. “La competencia para legislar sobre parejas de hecho”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 17, 2003.

BERQUÓ, ELZA. “Arranjos familiares no Brasil: uma visão demográfica”. En: SCHWARCZ, Lilia (Org.), *História da vida privada no Brasil*, Companhia das Letras, São Paulo, 1998, v.4, p.411-438.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito de Família*, Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1976.

BIGOTTE CHORÃO, Mário Emilio F., “Memória de uma experiência pedagógica (apontamentos de lições propedêuticas sobre o conceito de Direito)”. En: *Direito e Justiça, Verdade, Pessoa humana e Ordem Político-Jurídica, Colóquio Internacional em Homenagem a Mário Emilio Forte Bigotte Chorão*, volume especial, Editora da Universidade Católica, Lisboa, 2008, pp.249-316.

BLANCO, Benigno. *En defensa de la familia*, Madrid, Espasa, 2010.

BLANCO, María. “La ecología del matrimonio”. En: GARCIA CANTERO, Gabriel; BLANCO, María; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos; ELÓSEGUI ITXASO, María; NAVARRO VALLS, Rafael; GARCIMARTIN, Carmen; GARRIDO DE PALMA, Víctor y CABRILLO, Francisco. *El matrimonio: ¿contrato basura o bien social?*, Jornada de Estudio *The family Watch*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 16 de noviembre de 2007, Aranzadi, Pamplona, 2008, pp.73-93.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico, lições de filosofia do direito*, São Paulo, Ed. Ícone, 1995.

BODIN DE MORAES, Maria Celina, “A caminho de um direito civil constitucional”, *Direito, Estado e Sociedade*: Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio, Rio de Janeiro, n.1, jul./dez. 1991, pp.59-73.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. “Dignidade da pessoa humana”. En: *Princípios de Direito Civil contemporâneo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, pp. 1-61.

BODIN DE MORAES, Maria Celina, “Ampliando os Direitos da Personalidade”. En: José Ribas Vieira. (Org.). *20 anos da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional?*, Rio de Janeiro, Forense, 2008.

BODIN DE MORAES, Maria Celina, *A família democrática*. Em: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro, Renovar, 2010, pp. 207-234.

BODIN DE MORAES, Maria Celina, *A utilidade dos princípios na aplicação do direito*. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v.2, n.1, 2013. Disponible en: <http://civilistica.com/utilidade-principios/>. Consultado el 18/02/2016.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. “A nova família de novo. Estruturas e função das famílias contemporâneas”, *PENSAR- Revista de Ciências Jurídicas*, V.18, N.2, 2013, Disponible en: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2705>. Consultado el 20/03/2016.

BROCHADO TEIXEIRA, Ana Carolina. *Autonomia privada e intervenção do Estado nas relações de família*, en: [www.correiobrasiliense.com.br/app/noticia/brasil/2010/09/02/interna_brasil,211193/index.shtml.publicacao de 2/9/10](http://www.correiobrasiliense.com.br/app/noticia/brasil/2010/09/02/interna_brasil,211193/index.shtml.publicacao%20de%2029%2F10). Consultado el 28/03/2016.

BUENO SALINAS, Santiago. “El pensamiento jurídico sobre el matrimonio en las leyes 13/2005 y 15/2005, y en la Constitución Gaudium et spes del Concilio Vaticano II”. En: SOUTO PAZ, José Antonio (Coord.), *El nuevo régimen legal del matrimonio civil en España*, Estudios en honor del profesor Víctor Reina Bernáldez, Departamento de Derecho Eclesiástico del Estado, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Granada, Editorial Comares, N 17, Colección Religión, Derecho y Sociedad, 2008.

BURGIERE, André; KLAPISCH-ZUBER, Cristiane; SEGALLEN, Martine e ZONABEND, Françoise, “E amanhã, a família?”. En: *História da família. O ocidente: Industrialização e urbanização*, 4º vol., Editora Terramar, Lisboa, 1999, pp. 139-145.

BURGOS, Juan Manuel. *Familia y formas familiares, ¿qué es la familia?*, Disponible en: <http://www.personalismo.org/burgos-familia-y-modelos-de-familia/>. Consultado el 20/07/2018.

BURGOS, Juan Manuel. *Diagnóstico de la familia*, Madrid, Palabra, 2004.

BURGOS, Juan Manuel. “¿Es la familia una institución natural?”, *Cuadernos de bioética*, XVI, 2005/ 3ª, pp.359-374.

BURGOS, Juan Manuel. “Dos formas de afrontar la identidad sexual: personalismo e ideología de género”. En: APARISI, Angela (ed.), *Persona y género*, Pamplona, Thomson Reuters-Aranzadi, 2011, pp. 405-421.

BURGOS, Juan Manuel. “La paradoja de la vida social. Un análisis del bien común en Jacques Maritain”. En: J. H. GENTILE (ed.), *La persona humana y el bien común*, Córdoba (Argentina), Altera Ediciones, 2012, pp. 51-75.

BRUCKNER, Pascal. *A euforia perpétua. Ensaio sobre o dever de felicidade*, Rio de Janeiro, Editora Bertrand, 2016.

CADENAS, Hugo, “La familia como sistema social: Conyugalidad y parentalidad”, *REVISTA MAD* - Universidad de Chile, N° 33, 2015, pp. 29-41.

CALMON NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme, *Função social da família, Revista Brasileira de Direito de Família*, v.39, 2007, p.154-170.

CALMON NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme. *Princípios Constitucionais de Direito de Família*, São Paulo, ATLAS, 2008.

CALMON NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme, “Separação de fato e ética no direito de família”, *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v.13-14, 2010, p.11-34.

CALVO CHARRO, María. “La ideología de género y su repercusión en el ser humano y la familia”. En: PRIETO ÁLVAREZ, Tomás (ed.), *Acoso a la Familia. Del individualismo a la ideología de género*, Granada, Editorial Comares, 2016, pp. 133-161.

CAMARGO VIANA, Rui Geraldo. *A família e a filiação*. 1996. Tese (Professor Titular) - Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1996.

CAMPS, Victoria. “Paternalismo y bien común”, En: DOXA. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.5, Alicante, 1988, pp.195-202.

CARBONNIER, Jean. *Droit civil: la famille: les incapacités*, Paris, Puf, 1992.

CARRERAS, Joan. *Casamento: Sexo, festa e direito*, Trad. de KOWALIK, Adam, São Paulo, Edição Loyola, 2004.

CASTILLO CEBALLOS, Gerardo. « Educación de la libertad y de la afectividad ». En: BERNAL, Aurora (ed.), *La familia como ámbito educativo*, Madrid, Ediciones Rialp, 2010.

CASS SUNSTEIN, R., *Paternalismo libertario. ¿Por qué un empujoncito?*, trad. de PALACIO AVENDAÑO, Martha, Ed. Herder, 2017 (original publicado en inglés en 2014).

CASS SUNSTEIN, R.; THALER, Richard H., “Libertarian Paternalism is not an Oxymoron”, *Civilistica.com – Revista eletrônica de direito civil*, Rio de Janeiro, v.4, n.2, 2015. Disponible en: <<http://civilistica.com/libertarian-paternalism-is-not-an-oxymoron>>. Consultado el 05/01/2016.

CASS SUNSTEIN, R.; THALER, Richard H., *Nudge: improving decisions about health, wealth and happiness*, New Haven, CT: Yale University Press, New Haven, 2008.

CASTANHEIRA NEVES, A. “O direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, Vol. LXXXIII, Coimbra, 2007, pp. 1-73.

CAÚS BRANDÃO, Debora Vanessa. “Do casamento religioso com efeitos civis e o novo código civil”, *O Neófito- Informativo jurídico*, Brasil, Ano 2001, pp1-10. Disponible en: www.neofito.com.br.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo. “¿Es constitucional, hoy, el matrimonio “homosexual” (Entre personas de idéntico sexo)?,” *Revista de Derecho Privado*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., Marzo/Abril – 2005, pp. 37-56.

CHACÓN, Francisco. *FAMÍLIAS. Historia de la sociedad española (del final de la Edad Media a nuestros días)*, Madrid, Ediciones Cátedra, 2011.

CHAVES DE FARIA, Cristiano. *Escritos de Direito de Família*, Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2007.

CHAVES DE FARIAS, Cristiano. “Redesenhando contornos da dissolução do casamento. Casar e permanecer casado: eis a questão”, CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, nº4, Belo Horizonte, Del Rey, 2004. pp.105-126.

CHAVES DE FARIA, Cristiano. *Escritos de Direito de Família*, São Paulo, Ed. Saraiva, 2011, pp.42-69.

CHOZA, Jacinto. *Antropología de la sexualidad*, Madrid, Editora Rialp, 1991.

COMTE-SPONVILLE, André. *A felicidade desesperadamente*, São Paulo, Editora Martins, 2001.

COOPER, David. *A morte da família*, São Paulo, Ed. Martins Fontes, 1980.

CORRAL TALCIANI, Hernán. “¿Del Derecho de familia a un Derecho a un Derecho de las familias? Reflexiones críticas sobre la teoría de la ‘Pluralidad de Formas de Familiar’”. En: DÍAZ ALABART, Silvia, *100 años de la Revista de Derecho Privado 1913-2013*, Madrid, 2014, pp.43-73.

CORTÉS, António. “O princípio da dignidade humana em Kant”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, Vol. LXXXI. Pág. 601/631.

CRUZ CRUZ, Juan. *Formas y Génesis de la familia*. <http://www.leynatural.es/2012/11/18/formas-y-genesis-de-la-familia>. Consultado el 10/03/2018.

D’AGOSTINO, Francesco. *Filosofía de la Familia*, Instituto de Ciencias para la familia. Universidad de Navarra, Madrid, Ediciones Rialp, 2006.

DA CUNHA PEREIRA, Rodrigo, *Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família*, Tesis presentada como requisito para el Doctorado, 'Universidade Federal do Paraná', Curitiba.

DA CUNHA PEREIRA, Rodrigo. "Facilidades jurídicas para a separação ajudam a preservar o amor", *Revista Consultor Jurídico*. Disponible en: www.conjur.com.br/2015-FEV-08/processo-familiar-facilidades-juridicas-separacao-ajudam-preservar-amor. Consultado el 26/02/2016.

DA CUNHA PEREIRA, Rodrigo. *Tratado de Direito de Família*, 2ª edição, Belo Horizonte, IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2016.

DA SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil*, 15.ed., atual. por DA SILVA PEREIRA, Tânia, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2003, v.5.

DANTAS, Santiago. *Direitos de Família e das Sucessões*, 2ª Edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1991.

DE LA CUESTA SÁENZ, José María. "El Derecho Civil español y su diversidad legislativa", *Revista Jurídica del Notariado*, nº 62, 2007.

DE LA CUESTA SÁENZ, José María. "Familia y Tipos de Familia". En: PRIETO ÁLVAREZ, Tomás (ed.), *Acoso a la Familia. Del individualismo a la ideología de género*, Granada, Editorial Comares, 2016, pp. 91-106.

DE LA CUESTA SÁENZ, José María. "La filiación en las reformas del código civil". En: *La reforma del modelo de familia en el Código civil español*, AAVV, Granada, Editorial Comares, 2005, pp.133-139.

DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, José Luis. "El matrimonio de los homosexuales: una tergiversación de los derechos fundamentales". En: *La reforma de modelo de familia en el Código Civil español*, Granada, Editorial Comares, 2005, pp.59-65.

DE MESQUITA SAMARA, Eni. "A história da família no Brasil", *Revista Brasileira de História*, São Paulo, v.9, n.17, p.7-35, set. 1988/fev.1989.

DE MESQUITA SAMARA, Eni. *O que mudou na família brasileira*. Disponible en: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-65642002000200004>>. Consultado el 28/11/2014.

DE OLIVEIRA, Guilherme. "Queremos amar-nos... mas não sabemos como", *Revista de legislação e de jurisprudência*, Ano 133, (2000-2001), N. 3910-3921, pp. 41-47.

DE OLIVEIRA LEITE, Eduardo. *Temas de Direito de Família*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994.

DE PABLO CONTRERAS, Pedro. "La Constitución y la ley 13/2005, de 1 de Julio, de reforma del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio". En: MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos y DE PABLO CONTRERAS, Pedro,

Constitución, Derecho al matrimonio y Uniones entre Personas del mismo sexo, Instituto de Ciencias para la Familia, Universidad de Navarra, Ediciones RIALP, Madrid, 2007, pp. 89-129.

DE PABLO CONTRERAS, Pedro. “El matrimonio y el Derecho Civil”. En: MARTINEZ DE AGUIRRE, Carlos; DE PABLO CONTRERAS, Pedro y PÉREZ ÁLVAREZ, M., *Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de Familia*, 4ª Ed, Madrid, Colex, 2013.

DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón. “Principio de Libre desarrollo de la personalidad e *ius connubi* (A propósito del auto del Tribunal Constitucional 222/1994)”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, Ortega Ediciones Gráfica, 1998, pp. 683-736.

DE SALVO VENOSA, Sílvio. “A família conjugal”. En: DA CUNHA PEREIRA, Rodrigo (Org.), *Tratado de Direito das Famílias*, 2ª edição, Belo Horizonte, IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2016, pp.140-156.

DE SOUZA SANTOS, Boaventura. *Reconhecer para libertar: Os caminhos do cosmopolitanismo multicultural*, Rio de Janeiro, Ed. Civilização Brasileira, 2003.

DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*, Rio de Janeiro, Editora Contraponto, 2017.

DEL PRIORI, Mary. *Histórias íntimas: sexualidade e erotismo na história do Brasil*, São Paulo, Planeta do Brasil, 2011.

DELGADO, Mário Luis. “Divorcio”. En: *Tratado de Direito das Famílias*, Belo Horizonte, Instituto Brasileiro de Direito das famílias, 2016, pp.639-691.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, 5ªed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. *Sociedade de afeto*. Disponible en: www.mariaberenice.com.br. Consultado el 18/05/2016.

DIAS, Maria Berenice. *Casamento: nem direitos nem deveres, só afeto*, Disponible en: www.mariaberenicedias.com.br. Consultado el 18/05/2016.

DIAS, Maria Berenice, *Débito ou crédito conjugal?* Disponible en: www.mariaberenicedias.com.br. Consultado el 18/05/2016.

DIAS COSTA, Eva. *Da relevância da culpa nos efeitos patrimoniais do divórcio*, Coimbra, Editora Almedina, 2005.

DÍAZ PINTOS, G., *Autonomía y paternalismo*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1993.

DIETERLEN, Paulette. “Paternalismo y estado de bienestar”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.5, Alicante, 1988, pp.175-194.

- DIEZ-PICAZO, Luis. *Familia y Derecho*, Madrid, Editorial Civitas, 1984.
- DÍEZ PICAZO, Luis. “Prólogo” a: ROCA Y TRÍAS, María Encarna, *Familia y cambio social. De la casa a la persona*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1999.
- DONATI, Pierpaolo. *La familia como raíz de la sociedad*, Madrid, Biblioteca de autores cristianos, 2013.
- DORN GARRIDO, Carlos. “La dignidad de la persona: límite a la autonomía personal”, *Revista de Derecho*, nº 26, 2011.
- DWORKIN, Gerald. *Paternalism. Monist*, LVI, n. 1, Junho de 1972, p. 65.
- EDLER, Sandra. *Tempos Compulsivos*, Rio de Janeiro, Editora Casa da Palavra, 2017.
- ELÓSEGUI ITXASO, María. “Antropología y Matrimonio”. En: AAVV, *El matrimonio: ¿contrato basura o bien social?*, Navarra, Editorial Arandazi, 2008, pp.145-193.
- ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*, Trad. de MIORANZA, Ciro, São Paulo, Editora La fonte, 2017.
- ESCRIVÁ-IVARS, Javier, “El matrimonio como ‘unión en el ser’ y como despliegue existencial de la unión”. En: *Escritos en honor a Javier Hervada*, Ediciones Universidad de Navarra, Instituto Martín de Azpilcueta, 1999, pp.573-584.
- ESCRIVÁ-IVARS, Javier. “La separación conyugal: sentido y futuro”. En: VILADRCIH, Pedro-Juan (Coord.), *El matrimonio y su expresión ante el III milenio*, X Congreso Internacional de Derecho Canónico, 2000, pp.705-770.
- ESCRIVÁ-IVARS, Javier. *Matrimonio y mediación familiar: principios y elementos esenciales del matrimonio para la mediación familiar*, Instituto de Ciencias para la Familia, Universidad de Navarra, Madrid, Ed. Rialp, 2001.
- ESCRIVÁ-IVARS, Javier. “Separación conyugal y mediación”, *IUS CANONICUM*, XLI, N. 81, 2001, pp. 247-292. Ponencia leída en el XXII Curso de Actualización en Derecho Canónico, *Moral y Derecho ante la conflictividad matrimonial*, Pamplona, 18-20 de septiembre de 2000.
- ESCRIVÁ-IVARS, Javier. *Sistema matrimonial y derechos fundamentales*, VVAA, *La reforma del modelo de familia en el Código civil español*, Granada, Comares, 2005.
- ESCRIVÁ-IVARS, Javier. “La formalización de los derechos fundamentales del fie”, *Anuario de historia de la Iglesia*, Numero 15, Ed. Universidad de Navarra, 2006, pp.143-181.

ESCRIVÁ-IVARS, Javier. *Relectura de la obra científica de JAVIER HERVADA. Preguntas, diálogos y comentarios entre el autor y Javier Hervada*, Parte I, Pamplona, Gráficas Egúzkiza, 2008.

ESCRIVÁ-IVARS, Javier. “Las funciones estratégicas de la familia y su protección social, *Sí Familia*, Asociación Galega de Familias Numerosas, N.9, Coruña, Dec./2009, pp.11-12.

ESCRIVÁ-IVARS, Javier. *Mi experiencia de la inesperada, sorprendente y apasionante navegación de un gran proyecto científico y universitario*, Disponible en: [https://www.unav.edu > web > biblioteca-virtual > high](https://www.unav.edu/web/biblioteca-virtual/high).

Josemaría Escrivá de Balaguer and Opus Dei Virtual Library, pp.51-66.

ESCRIVÁ-IVARS, Javier, Congreso Mundial de familias, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=05PKawXa3U0>. Consultado el 04/10/2019.

ESCRIVÁ-IVARS, Javier, Derecho natural, matrimonio y familia, En: MOLINA, Enrique; TRIGO OUBIÑA, Tomás Ángel, *Matrimonio, familia, vida: homenaje al Prof. Dr. Augusto Sarmiento*, Navarra, Ed. Barañain, 2011, pp.125-146.

ESCRIVÁ-IVARS, Javier. “Mediación y restauración de la vida familiar”. En: BAÑARES, Juan Ignacio y PARERA, Jorge (Coords.), En: *La formación de la voluntad matrimonial: anomalías, patologías y normalidad*. Actas del X Simposio Internacional del Instituto Martín de Azpilcueta, 2014, pp.217-264.

ESCRIVÁ-IVARS, Javier, *Teoría general del matrimonio*”, *Manual del alumno*, Master in matrimonio y familia:

<http://matrimonioyfamilia.campusvirtual.org/contexto/00.php?s=nGmgDGIJKR&a=09&estado1=psubmenu&estado2=psubmenu&estado3=psubmenu&estado4=current&estado5=psubmenu&estado6=psubmenu&estado7=psubmenu&estado8=psubmenu&estado9=psubmenu&estado10=psubmenu&estado11=psubmenu&estado12=psubmenu&estado13=psubmenu&estado14=psubmenu&estado15=psubmenu&estado16=psubmenu&SecProg=1&estado1a=current&leccion=0102&secciones=abd&apartado=a&titulo=S%C3%ADntesis&src=no&curso Moodle=>

Consultado el 20/12/2018.

ESPÍN ALBA, Isabel. “Discriminación, orientación sexual y derecho privado”. En: NAVAS NAVARRO, Susana y otros (Direcs.), *Iguales y diferentes ante al Derecho Privado*, Universidad Autónoma de Barcelona, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp.223-261.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*, 2ª Ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil à luz do novo Código Civil brasileiro*, 2ª Ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. “Do direito de família. Do direito pessoal. Das relações de parentesco. Arts. 1.591 a 1.638”. En: DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Sálvio

(Coord.). *Comentários ao novo código civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2008. v. XVIII.

FACHIN, Luiz Edson. “Famílias: entre o Público e o Privado. Problematicando Espacialidades à Luz da Fenomenologia Paralela”, *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, v.23, 2011, pp.5-14.

FACHIN, Luiz Edson. “Famílias: entre o público e o privado”. En: DA CUNHA PEREIRA, Rodrigo (Org.). *Família: entre o público e o privado*, Porto Alegre, Magister/IBDFAM, 2012.

FERNANDES NOVAES HIRONAKA, Giselda, *O conceito de família e sua organização jurídica*, En: *Tratado de Direito das Famílias*, Instituto Brasileiro de Direito de Família, DA CUNHA PEREIRA, Rodrigo (Coord.), Del Rey, 2ª Ed., Belo Horizonte, 2016, pp.1-35.

FERNANDES NOVAES HIRONAKA, Giselda Maria. *Direito civil: estudos*, Belo Horizonte, Del Rey, 2000.

FERNÁNDEZ, Aurelio. *Qué es y qué no es el matrimonio. El matrimonio: origen de la familia y bien de la sociedad*, Madrid, Ediciones Cristiandad, 2019.

FERNÁNDEZ, Aurelio. “Los avatares del matrimonio a lo largo de la historia”, *Burguense: Collectanea Scientifica*, nº. 56, I, 2015, pp. 9-63.

FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, Ana. Presentación del Libro: “*EL NUEVO RÉGIMEN LEGAL DEL MATRIMONIO CIVIL EN ESPAÑA*”, *Estudios en honor del Profesor Víctor Reina Bernáldez*, Coordinador: ANTONIO SOUTO PAZ, José, Departamento de Derecho Eclesiástico del Estado, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Granada, Editorial Comares, 17, Colección Religión, Derecho y Sociedad, Pág. XI/XII, 2008.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *El derecho como Libertad. Preliminares para una filosofía del derecho*, Lima, Librería STUDIUM S.A., 1987.

FERRAJOLI, Luigi. “El constitucionalismo entre principios y reglas”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Numero 35, Alicante, 2012, pp.791-817.

FERRY, Luc. *Familia y amor. Un alegato a favor de la vida privada*, Traducción de CHAPARRO MARTINÉZ, Sandra, Madrid, Santillana Ediciones Generales, 2008.

FERRY, Luc. *Famílias, amo vocês: política e vida privada na época de globalização*, Traducción de BASTOS, Jorge, Rio de Janeiro, Objetiva, 2008.

FINNIS, John. “Marriage: a basic and exigent good”, *The Monist*, nº 91, 2008, pp. 388-406.

FINNIS, John. *Natural law and natural rights*, 2º ed., Clarendon Law series, Versión Ebook.

FORNÉS, Juan. *Derecho matrimonial canónico*, Madrid, Editorial Tecnos, 7ª Ed., 2018.

FREYRE, Gilberto. *Casa grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*, Rio de Janeiro, José Olympio Editores, 1977.

GALLEGO CANO, Carmen Eugenia. *Sin familia no hay futuro: desafíos y oportunidades para la familia en el siglo XXI*, Quito, Ecuador, 2017.

GARCIA ALEMANY, Macario. *El concepto y la justificación del paternalismo*, Tesis Doctoral en Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, 2005. En: <http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=14591&ext=pdf&portal=0>. Consultado el 04/04/2015.

GARCÍA CANTERO, Gabriel. “Sobre el llamado ‘matrimonio homosexual, Análisis de algunas de las cuestiones debatidas”. En: VVAA, *La reforma del modelo de familia en el Código Civil español*, Granada, Comares, 2005.

GARCÍA CANTERO, Gabriel. “¿Unde enis et quo vadis, hispanica familia?”. En: PANIZO ORALLO, Santiago, GARCÍA CANTERO, Gabriel y otros, *¿Crisis matrimonial? Sobre el futuro del matrimonio y la familia*, Madrid, CEU Ediciones, 2009, pp.126-127.

GARCÍA CANTERO, Gabriel. “Vértigo ante el abismo”. En: CANTERO, Garbiel García e otros, *El matrimonio: ¿contrato basura o bien social?*, The Global Law Collection, Jornada de Estudio, *The Family watch*, Real Academia de Jurisprudencia y legislación, Pamplona, THOMSON – ARANZADI, 2007.

GARCIA CANTERO, Gabriel; BLANCO, María; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos; ELÓSEGUI ITXASO, María; NAVARRO VALLS, Rafael; GARCIMARTIN, Carmen; GARRIDO DE PALMA, Víctor y CABRILLO, Francisco, *El matrimonio: ¿contrato basura o bien social?*, Jornada de Estudio The family Watch, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 16 de Noviembre de 2007, Editorial Aranzandi, Pamplona, 2008.

GARRIDO DE PALMA, Víctor, “La verdad sobre el matrimonio y la familia”. En: GARCIA CANTERO, Gabriel; BLANCO, María; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos; ELÓSEGUI ITXASO, María; NAVARRO VALLS, Rafael; GARCIMARTIN, Carmen; GARRIDO DE PALMA, Víctor y CABRILLO, Francisco, *El matrimonio: ¿contrato basura o bien social?*, Jornada de Estudio *The family Watch*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Aranzadi, Pamplona, 2008, pp. 195-214.

GARRIDO DE PALMA, Víctor. “En torno al matrimonio y la familia.” En: *Libro Homenaje a Alberto Ballarín Marcial*, Madrid, Colegios Notariales de España, 2008, p. 1098.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 5, 1988. (Este trabajo se publicó más tarde en la monografía *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios

Constitucionales, Madrid, 1993, p. 155).

GAUDMET, J., *El matrimonio en Occidente*, Madrid, Taurus Ediciones, 1993.

GEORGE, Robert P.; GIRGS, Sheriff; ANDERSON, Ryan T., *What is marriage? Man and woman: a defense*, Encounter Books, New York, 2012.

GEORGE, Robert P.; LEE, Patrick, *Conjugal Union: what marriage is and why it matters?*, New York, Cambridge University Press, 2014.

GIDDENS, Antony. *La tercera vía y sus críticos*, Madrid, Taurus, 2000.

GHIRARDI Mónica y IRIGOYEN LÓPEZ, Antonio. “El matrimonio, el Concilio de Trento e Hispanoamérica”, *Revista de Indias*, nº 246, 2009.

GOMES, Orlando. “A função renovadora do direito”, *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, vol. 12, Curitiba, Brasil, 1969, pp.39-47.

GOMES, Orlando. *Novíssimas questões de direito civil*, São Paulo, Saraiva, 1984.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Estudos sobre os Direitos Fundamentais*, Coimbra, Ed. Coimbra, 2008.

GÓMEZ PELLÓN, Eloy. *Introducción a la antropología social y cultural*, Tema 4 - *Antropología de la familia y del parentesco*, Universidad de Cantabria.

Disponibile en:

https://ocw.unican.es/pluginfile.php/2208/mod_resource/content/1/tema4antropologia.pdf. Consultado el 21/10/2019.

GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina. “El matrimonio de personas del mismo sexo en el derecho internacional privado”. En: TERESA ARECES PIÑOL, María, (Coord.), *Estudios Jurídicos Sobre Persona y Familia*”, Granada, Editorial Comares, 19, 2009, pp. 69-79.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *La dignidad de la persona*, 2ª Ed., Navarra, Ed. Civitas Thomson Reuters Aranzadi, 2011.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*, v.2, Rio de Janeiro, Ed. Tempo Brasileiro, 1997.

HERVADA, Javier. *Una Caro. Diálogos sobre el amor y matrimonio*, 4ª Edición, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, EUNSA2007.

HERVADA, Javier. *Escritos de Derecho Natural*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1986.

HESPANHA, António Manuel. *A cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*, Coimbra, Almedina, 2012.

JORDÁN VILLACAMPA, María Luisa. “El divorcio en España: la ley 15/2005, de 8 de julio”. En: SOUTO PAZ, José Antonio (Coord.), *El nuevo régimen legal*

del matrimonio civil en España, Estudios en honor del Profesor Víctor Reina Bernáldez, Departamento de Derecho Eclesiástico del Estado, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Granada, Editorial Comares, nº. 17, Colección Religión, Derecho y Sociedad, 2008, pp. 91-106.

LA CRUZ BERDEJO, Juan Luis. *Elementos de Derecho Civil*, Tomo IV, Madrid, Dykinson, 4ª Ed., 2010.

LASCH, Christopher. *Refúgio num mundo sem coração – a família: santuário ou instituição sitiada?*, Rio de Janeiro, Editora Paz e Terra, 1991.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *El derecho y el amor*, Barcelona, Bosch Editorial, 1976.

LÉVI-STRAUSS, Claude; SPIRO, M.E. & GOUGH, K., *Polémica sobre el Origen y la Universalidad de la Familia*, Barcelona, Anagrama, 1974. Originalmente: “*Man, Culture and Society*”, 1956.

LIPOVETSKY, Gilles. *A era do vazio: ensaios sobre o individualismo contemporâneo*, Trad. de Therezinha Monteiro Deutsch, Manole, São Paulo, 2005.

LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio. “Libertad de conciencia, identidad sexual y moral pública”. En: TERESA ARECES PIÑOL, María (Coord.), *Estudios Jurídicos Sobre Persona y Familia*, Granada, Editorial Comares, nº19, 2009, pp. 3-33.

LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio. “El Matrimonio Homosexual”. En: ANTONIO SOUTO PAZ, José (Coord.), *El Nuevo Régimen Legal del Matrimonio Civil en España, Estudios en Honor del Profesor Víctor Reina Bernáldez*, Departamento de Derecho Eclesiástico del Estado, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Granada, Editorial Comares, nº 17, Colección Religión, Derecho y Sociedad, 2008, pp. 3-39.

LLANO CIFUENTE, Rafael. *A natureza jurídica do matrimônio à luz do novo código de direito canônico*, en: <http://www.clerus.org/clerus/dati/2007-11/23-13/14NatJuridica.html>. Consultado el 01/09/2019.

LÔBO, Paulo. “Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus”, *Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis*, 3., Belo Horizonte. *Anais*. Belo Horizonte, Del Rey/IBDFAM, 2002.
En: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>. Consultado el 14 jan. 2016.

LÔBO, Paulo Luis. *A repersonalização das relações de família*, *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n.24, p. 136-56, jun./jul. 2004.

LÔBO, Paulo Luis. *Famílias*, São Paulo, Saraiva, 4ª Ed., 2015.

LÔBO, Paulo Luis. “Direito de família e os princípios constitucionais”. En: DA CUNHA PEREIRA, Rodrigo (Org.), *Tratado de Direito das famílias*, Belo Horizonte, Instituto Brasileiro de Direito de Família, Ed. IBDFAM, 2ª Ed., 2016, pp.101-132.

LÔBO, Paulo Luis. “Estado laico é conquista de todos e das famílias”, *Revista Consultor Jurídico*. Disponible en: <http://www.conjur.com.br/2015-dez-06/processo-familiar-estado-laico-conquista-todos-familias>, Consultado el 06/02/2016.

LOBO XAVIER, Rita. “O Público e o privado no direito da família”, *Revista Portuguesa de Filosofia*, nº. 70, Portugal, 2014, pp.659-668.

LOMBARDÍA, P, *Lecciones de Derecho Canónico*, Madrid, 1984.

LUCAS CALDERÓN, Ricardo. *Princípio da afetividade no direito de família*, Rio de Janeiro, Renovar, 2013, pp.248-249.

LUHMAN, Nikolas, “El sistema social de la familia”, En: AA.VV., *Nuove tecnologie, comunicazione e mundi vitali*, Milán, 1989.

MADALENO, Rolf. *Direito de família: aspectos polêmicos*, 2ª Ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999.

MAGALHÃES, David. “Apontamentos sobre o matrimônio de pessoas do mesmo sexo no Direito Romano”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, Vol. LXXXV, Coimbra, 2009, pp. 811-823.

MALAUURIE, Phillippe. *La familie, Droit Civil*, 6ª ed., Paris, Cujas, 1996.

MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos. *Diagnóstico sobre el Derecho de Familia. Análisis sobre el sentido y los contrasentidos de las transformaciones contemporáneas del Derecho de Familia*, Universidad de Navarra, Madrid, Ediciones Rialp, 1986.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos; DE PABLO CONTRERAS, Pedro. *Constitución, Derecho al matrimonio y uniones entre personas del mismo sexo*, Documentos del Instituto de Ciencias para la Familia, Madrid, Ediciones Rialp, 2007.

MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos. “Crisis matrimoniales: de la reacción a la prevención”, *TFW Reports* 10, Año 2015, Disponible en: www.thefamilywatch.org. Consultado el 19/04/2016.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos. “El divorcio revisitado. Datos y reflexiones sobre estabilidad matrimonial y divorcio”. En: PRIETO ÁLVAREZ, Tomás (ed.), *Acoso a la Familia. Del individualismo a la ideología de género*, Granada, Editorial Comares, 2016, pp.107-121.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos. “El matrimonio deconstruido”. En: GARCIA CANTERO, Gabriel; BLANCO, María; MARTÍNEZ DE AGUIRRE,

Carlos; ELÓSEGUI ITXASO, María; NAVARRO VALLS, Rafael; GARCIMARTIN, Carmen; GARRIDO DE PALMA, Víctor y CABRILLO, Francisco, *El matrimonio: ¿contrato basura o bien social?*, Jornada de Estudio *The family Watch*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 16 de noviembre de 2007, Pamplona, Aranzadi, 2008, pp. 95-128.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos; DE PABLO CONTRERAS, Pedro y PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, *Curso de Derecho Civil*, IV, Derecho de Familia, Madrid, Ed. Colex, 4ª Ed., 2013.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, José Gabriel. *El matrimonio invertido*, Documentos del instituto de Ciencias para la Familia, Madrid, Ediciones Rialp, 2012.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. “La familia en la Constitución española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 58, 2000.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. “Desquiciamiento constitucional de la familia protegida por el Derecho civil”. En: VVAA, *La reforma del modelo de familia en el Código civil español*, Granada, Comares, 2005, pp.67-79.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. “La familia en la Constitución española”. En: PRIETO ÁLVAREZ, Tomás (ed.). *Acoso a la familia. Del individualismo a la ideología de género*, Granada, Comares, 2016.

MARTINEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis. *El concepto de matrimonio en el código civil*, Pamplona, THOMSON- CIVITAS, 2008.

MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. *La filosofía de los derechos humanos y la regulación jurídica de la familia*, el Derecho 7635, Buenos Aires, 1990.

MAZEAUD, Henri et LEON MAZEAUD, Jean. *Leçons de Droit Civil*, Tome I, Vol. 3, 6ª. Paris, Ed., Éditions Montchrestien, 1976.

MELO VENCELAU MEIRELES, ROSE. “Em busca da nova família: uma família sem modelo”, *Civilistica.com – Revista Eletrônica de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v.1, n.1, jul./set. 2012. Disponible en: <<http://civilistica.com/embusca-da-nova-familia/>>. Consultado el 15/04/2016.

MONTOR GURICH, Carolina. *La familia recurso de la sociedad*, Universidad de Navarra, Instituto de Ciencias para la Familia, Pamplona, 2013.

MOURA DA FONSECA PINTO, Adriano. *El Derecho la tutela judicial efectiva: en busca de un nuevo concepto de la acción*, Tese Doctoral presentada en la Universidad de Burgos, 2016.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1996.

NAHRA, Cinara. “Os novos filósofos da lei natural e a visão cristã da homossexualidade”, *Bagoas-Estudos gays: gêneros e sexualidades*. Vol. 1, n. 01, Rio Grande do Norte.

Disponível em: <http://www.cchla.ufrn.br/bagoas/v01n01art05_nahra.pdf>.

Consultado el 01/09/2019.

NAMUR, Samir. *Autonomia privada para a constituição da família*, Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2014.

NAMUR, Samir, “A irrelevância da culpa para o fim do casamento”, *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano VII, Numero 8, 2006, pp.463-490.

NAVARRO FERRER, Ana María. *Feminismo, familia y mujer*, Pamplona, Ed. Universidad de Navarra, 1982, pp.58-59.

NAVARRO-VALLS, Rafael. “Estabilidad del matrimonio y defensa legal de la heterosexualidad”. En: MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos (Dir.), *Novedades Legislativas en Materia Matrimonial*, Consejo General Del Poder Judicial, Estudios de Derecho Judicial, N. 130, Madrid, 2007, pp. 312-323.

NAVARRO-VALLS, Rafael. “Matrimonio y Derecho”. En: GARCIA CANTERO, Gabriel; BLANCO, María; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos; ELÓSEGUI ITXASO, María; NAVARRO VALLS, Rafael; GARCIMARTIN, Carmen; GARRIDO DE PALMA, Víctor y CABRILLO, Francisco, *El matrimonio: ¿contrato basura o bien social?*, Jornada de Estudio *The family Watch*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 16 de noviembre de 2007, Aranzadi, Pamplona, 2008, pp.55-71.

ORTOLÁN, M, *Instituciones de Justiniano*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, [s.d.], 2000.

ORTUÑO MUÑOZ, Pascual. *El nuevo Régimen jurídico de la crisis matrimonial*, Navarra, Thomson Civitas Ed. Aranzadi, 2006.

PANIZO ORALLO, Santiago; GIRALT, Nuria; TAMAYO HAYA, Silvia y GARCÍA CANTERO, Gabriel, *¿Crisis del sistema matrimonial?, Sobre el futuro del matrimonio y la familia*, Madrid, CEU EDICIONES, 2009.

PEDROSO, João e BRANCO, Patrícia. “Mudam-se os tempos, muda-se a família. As mutações do acesso ao direito e à justiça de família e das crianças em Portugal”, *Revista crítica de ciências sociais*, Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra. N. 82, Setembro/2008, p.53-83.

PENA LUCAS, Isabella. “As modificações trazidas pela lei 11.441, de 4 de janeiro de 2007 – A possibilidade de inventários, partilhas, separações e divórcios extrajudiciais”. En: MOURA DA FONSECA PINTO, Adriano (Coordinador), *Na marcha da reforma processual*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 2007, pp. 97-114.

PENA LUCAS, Isabella y JORDACE, Thiago. “Reflexões sobre o ativismo judicial praticado pelo Supremo Tribunal Federal de acordo com as Teorias de Jurgen Habermas”. En: JAPIASSÚ, Eduardo; E DE MORAES E MELLO, Cleyson Carlos (Coord.), *Direito, Pesquisa e Inovação. Estudos em homenagem ao professor Maurício Jorge Pereira da Mota*, Editar Editora Associada Ltda, Juiz de Fora, 2016, p.269-285.

PÉREZ, Mariano Alonso, “La epidemia del divorcio: desde el río de la historia a las aguas caudalosas de nuestro tiempo”. En: HERRERA CAMPOS, RAMÓN y BARRIENTOS RUIZ, Miguel Ángel (Eds.), *Derecho y familia en el siglo XXI*, Vol. I, II Congreso Mundial de Derecho de familia y menores, *El derecho de familia antes los grandes retos del siglo XXI*, El Ejido, Almería, 2011, pp.23-45.

PÉREZ ÁLVAREZ, Salvador. “El matrimonio entre personas del mismo sexo: ¿una cuestión de inconstitucionalidad?”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, Numero 12, Año 2006, pp.1-10.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

PEROZZI, Silvio. *Istituzioni di diritto romano*, Vol. I, Athaeneum, Casa Vallardi, 2a Ed., Roma, 1928.

PERROT, Michelle. *História da vida privada, 4: Da Revolução Francesa à Primeira Guerra*, Trad. de BOTTMANN, Denise; JOFFILY, Bernardo, São Paulo, Companhia das Letras, 2009.

PONDÉ, Luis Felipe. *Amor para corajosos*, São Paulo, Planeta do Brasil, 2017.

PRIETO ÁLVAREZ, Tomás. *La dignidad de la persona. Núcleo de la moralidad y el orden públicos, límites al ejercicio de libertades públicas*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2005.

PRIETO ÁLVAREZ, Tomás. “La intervención del Estado en la libertad individual: liberalismo, paternalismo, bien común”, *Civilística.com.*, Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, jan.-jun./2015, Disponible en: <<http://civilistica.com/la-intervencion-del-estado-en-la-liberdad-individual/>>. Consultado el 02/08/2018.

PRIETO ÁLVAREZ, Tomás; SÁNCHEZ SÁENZ, Antonio José. “Ideología de género y libertad ideológica: Estudio crítico de las recientes leyes autonómicas sobre orientación e identidad sexual”. En: PRIETO ÁLVAREZ, Tomás (ed.), *Acoso a la Familia. Del individualismo a la ideología de género*, Granada, Editorial Comares, 2016, pp.163-198.

RATZINGER, J., “El significado de los valores morales y religiosos en la sociedad pluralista”. En: *Verdad, valores, poder. Piedras de toque de la sociedad pluralista*, 3ª ed., Madrid, Rialp, 2000.

REALE, Miguel, *Visão geral do projeto de código civil*, Disponible en: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpc.htm>>. Consultado el 16/08/2009.

RECASÉNS SICHES, Luis. *Introducción al estudio del Derecho*, 7ª ed., México, Porrúa, 1985.

RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín María. “Las minorías en derecho civil”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas S.A., 2003, N. 87, Enero/Febrero, pp. 87-136.

ROCA I TRÍAS, María Encarna, “Familia, familias y derecho de familia”, *Anuario del Derecho Civil*, Vol. 43, N.4, 1990, pp.1055-1091.

ROCA I TRÍAS, María Encarna. *Familia y cambio social (de la “casa” a la persona)*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1999.

ROCA I TRÍAS, María Encarna. “Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis”. En: MANOEL ABRIL CAMPOY, Joan Y EULALIA AMAT LLARI, María (Coords.), *Libro Homenaje al Prof. Luis Puig I Ferriol*, Vol. II., Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 2107-2140.

ROCA I TRÍAS, María Encarna. *Libertad y Familia*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014.

ROCHA ESPÍNDOLA, Martín. “La familia, Comunidad de personas e interés familiar”, *Revista de Derecho Privado*, Numero. 4, Julio-Agosto 2014, pp. 29-49.

RODOTÀ, Stefano. Conferencia impartida en Rio de Janeiro, el 11 de marzo de 2003, Disponible en:

<http://www.rio.rj.gov.br/pgm/publicacoes/UerjPalestraStefanoRodota.pdf>. Consultado el 12/02/2012.

RODRIGUES DE ARAÚJO, Elisa y MEGÍAS QUIRÓS, José Justo. *Derechos Humanos y derechos de la familia*. Material didáctico de la Asignatura 20 del Máster en matrimonio y familia, Instituto de Ciencias para la Familia, Universidad de Navarra, julio de 2019. (Disponible solamente para alumnos: https://matrimonioyfamilia.campusvirtual.org/contexto/p/20_i.pdf). Consultado el 31/08/2019.

RODRIGUES PEREIRA, Lafayette. *Direitos de Família*, Atual, por: RODRIGUES DA GAMA, Ricardo, Russel, Campinas, 2003.

RODRÍGUEZ CHACÓN, Rafael. “La reforma matrimonial de 2005 en materia de separación y divorcio. (La supresión de las causas de separación y divorcio operada por la Ley 15/2005, de 8 de Julio)”. En: SOUTO PAZ, José Antonio (Coord.), *El nuevo régimen legal del matrimonio civil en España*”, *Estudios en honor del profesor Víctor Reina Bernáldez*, Departamento de Derecho Eclesiástico del Estado, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, N 17, Colección Religión, Derecho y Sociedad, Granada, Editorial Comares, 2008.

RODRIGUÉZ RUIZ, Blanca. “Matrimonio, género y familia en la Constitución española: trascendiendo la familia nuclear”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Numero 91, Año 2011 (Enero-Abril), pp. 69-102.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *El contrato social*, Barcelona, edición de RBA, 2004, p. 34.

ROUDINESCO, Elizabeth. *A família em desordem*, Trad. de TELLES, André, Rio de Janeiro, Ed. Zahar, 2003.

SALES PINHEIRO, Victor; RIKER, Dienny Estefhani. “A racionalidade do casamento como comunidade integral diante da ética emotivista moderna”, *Arquivo Jurídico*, Teresina, Piauí, V.3, N.2, Jul.-Dec./2016, pp. 47-68.

SALES PINHEIRO, Victor; SOUZA, Elden Borges, “A fundamentação ética dos direitos humanos em John Finnis”, *Revista de direitos Humanos e Democracia*, Editora, UNIJUÍ, ano 4, N. 7, JAN/JUN 2016, pp. 65-83.

SALINAS, Juan José. *El matrimonio como institución del derecho constitucional, Su consolidación como derecho humano fundamental y como institución clave de la comunidad política*, Tesis doctoral, Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, 2014.

SANTIAGO NINO, Carlos. *La autonomía constitucional, Cuadernos y Debates 37* – La autonomía personal, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

SARMENTO, Daniel. “O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades”. En: LUIZ FERNANDES FELLET, A., GIOTTI DE PAULA, D., NOVELINO, M., (Orgs.), *As Novas Faces do Ativismo Judicial*, Bahía, Ed. Juspodivm, 2013.

SARMIENTO, Augusto. *La espiritualidad matrimonial*, Instituto de Ciencias para la Familia. Pamplona, Universidad de Navarra, EUNSA, 2008.

SARMIENTO, Augusto. *El matrimonio cristiano*, 4ª edición, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, EUNSA, 2012.

SARTEA, Claudio. “Aventuras y desventuras del derecho a la privacidad”. En: SANTOS, José Antonio, ALBERT, Marta y HERMIDA, Cristina (eds.). *Bioética y nuevos derechos*, Granada, Comares, 2016, pp. 145-193.

SCHRAMM, Fermim. *A autonomia difícil*, *Bioética*, Brasília, v. 6, n. 1, 1998, pp. 27- 37.

SCHREIBER, Anderson. *Familias simultáneas e redes familiares*, Disponible en: <http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/Familias_Simultaneas.pdf>. Consultado el 14/05/2017.

SCIORTINO, Antonella. “La tutela constitucional de la familia”. En: PRIETO ÁLVAREZ, Tomás (ed.), *Acoso a la familia. Del individualismo a la ideología de género*, Granada, Editorial Comares, 2016, pp.31-44.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*, São Paulo, Companhia das Letras, 2010.

- SEN, Amartya. *A ideia de justiça*, São Paulo, Companhia das Letras, 2011.
- SENETT, Richard, *A corrosão do caráter*, Rio de Janeiro, Record, 1999.
- SHERIF GIRGIS, ROBERT P. GEORGE, & RYAN T. ANDERSON, “¿Qué es el matrimonio?”, Trad. de Tomás Henríquez Carrera, edición de Claudio Alvarado Rojas, pp. 245- 287. [Artículo publicado originalmente en inglés en el *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Vol. 34, nº. 1, Invierno 2010].
- SILVEIRA RAMOS, Carmen Lucia. *Família sem casamento: de relação existencial de fato à realidade jurídica*, Rio de Janeiro, Renovar, 2000.
- SINGER, Peter. *Ética para vivir mejor*, Barcelona, Editora Ariel, 1995.
- SOFSKY, Wolfgang. *Defensa de lo Privado*, trad. de VILLANUEVA SALAS, Marciano, Valencia, 2009.
- STUART MILL, John. *A liberdade: utilitarismo*, São Paulo, Martins Fontes, 2000.
- STRECK, Lênio Luiz. “Concretização de direitos e a interpretação da Constituição”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, Vol. LXXXI, Coimbra, 2005, pp. 291-323.
- TAYRA TERUYA, María. *A família na historiografia brasileira: bases e perspectivas teóricas*, Disponible en: <http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/anais/pdf/2000/Todos/A%20Fam%C3%ADlia%20na%20Historiografia%20Brasileira....pdf>. Consultado el 28/02/2016.
- TEPEDINO, GUSTAVO. *Dilemas do afeto*, Disponible en: <<http://jota.info/dilemas-do-afeto>>. Consultado el 29/12/2015.
- TEPEDINO, Gustavo. “Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio”. En: *Temas de Direito Civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2001, pp. 371-394.
- TEPEDINO, GUSTAVO, “A disciplina civil-constitucional das relações familiares”. En: BARRETTO, Vicente (Org.). *A nova família: problemas e perspectivas*, Rio de Janeiro, Renovar, 1997, pp.47-69.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario. *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012.
- VÁZQUEZ DE PRADA, Mercedes. *Historia de la familia contemporánea. Principales cambios en los siglos XIX y XX*, Instituto de Ciencias para la Familia, Madrid, Ediciones Rialp, 2008.
- VEGA GUTIERRÉZ, Ana María. *Políticas Familiares en un Mundo Globalizado*, Instituto Martín de Azpilcueta, Navarra, Navarra Gráfica Ediciones, 2002.

VEIGA, Paula. “Cidadania, Cambiante de um conceito e suas incidências Político-Constitucionais”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, Vol. LXXXII, Coimbra, 2006, pp. 391-414.

VELA SÁNCHEZ, Antonio José. “El carácter personalista del derecho civil como eje de la juridificación de vida afectiva”. En: ARECES PIÑOL, María Teresa (Coord.), *Estudios Jurídicos Sobre Persona y Familia*, Granada, Editorial Comares, 2009, pp. 297-318.

VERDERA IZQUIERDO, Beatriz. “Matrimonio entre personas del mismo sexo: estado de la cuestión una década después de la ley 13/2005”, *Revista de Derecho Privado*, Numero 4, Año 2015 (Julio-Agosto), pp.45-73.

VILADRICH, Pedro-Juan. *El modelo antropológico del matrimonio*, Instituto de Ciencias para la Familia, Universidad de Navarra, Madrid, Ediciones RIALP, 2001.

VILADRICH, Pedro-Juan. “La definición del matrimonio”. En: *El matrimonio y su expresión canónica ante el III milenio: X Congreso Internacional de Derecho Canónico*, Pamplona 2001.

VILADRICH, Pedro-Juan. *La institución del matrimonio: los tres poderes*, Documentos del Instituto de Ciencias para la Familia, nº 35, Navarra, Ediciones Rialp, 2005.

VILADRICH, Pedro-Juan. *Agonía del matrimonio legal. Una introducción a los elementos conceptuales básicos del matrimonio*, 5ª Ed., Pamplona, EUNSA, 2010.

VILADRICH, Pedro-Juan. “Por qué y para qué ‘uno con una para toda vida’. La cuestión de la unidad de vida en el amante, en la correspondencia con el amado y en la unión de amor conyugal”, *IUS CANONICUM*, Vol. 55, Año 2015, pp.515-590.

VILLELA, João Baptista. *Repensando o Direito de família*, Disponible en: <http://jfgontijo.com.br/2008/artigos_pdf/Joao_Baptista_Villela/RepensandoDireito.pdf>. Consultado el 03/02/2016.

VRISIMTZIS, Nikolaos A, *Amor, sexo y matrimonio en la antigua Grecia. Una guía de la vida privada de los antiguos griegos*, trad. de PAU PIGEM, María, 2013 (Versión E-book).

WALD, Arnoldo. *Direito Civil*, volume 5, *Direito de Família*, 19ª edição, São Paulo, Saraiva, 2015.

WENECK VIANNA, L. [et al.], *A judicização da política e das relações sociais no Brasil*, Ed. Revan, Rio de Janeiro, 1999.

WINNICOTT, Donald, *A família e o desenvolvimento individual*, trad. de BRANDÃO CIPOLLA, Marcelo, 4ª Ed., São Paulo, Martins Fontes, 2011.

WINNICOTT, Donald. *Tudo começa em casa*, São Paulo, Martins Fontes, 1999.

WOLFGANG SARLET, Ingo, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001.

ZABALO ESCUDERO, Elena. “Matrimonio entre personas del mismo sexo: Perspectiva internacional privatista”. En: Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE (Director), *Novedades Legislativas en Materia Matrimonial*, Madrid, Consejo General Del Poder Judicial, Estudios de Derecho Judicial, N. 130, 2007, pp. 246-309.

ZAGREBELSKY, G, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 5a. ed., trad. de M. Gascón, Madrid, Editorial Trotta, 2005.

INFORMES, LEGISLACIÓN

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Censo Demográfico 2010: nupcialidade, fecundidade e migração - resultados da amostra*.

Disponibile en:

http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/98/cd_2010_nupcialidade_fecundidade_migracao_amostra.pdf>. Consultado el 12/01/2015.

Declaração Universal de Direitos Humanos. Disponible en:

<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>.

Consultado el 10/01/2017.

CONSEJO DE ESTADO, *Expediente de Anteproyecto de Ley por el que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*, Dictamen 2628/2004, de 16 diciembre.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponible en:

http://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_07.05.2015/art_226_.asp. Consultado el 05/10/2019.