

LA PERMANENTE CRISIS DEL MATRIMONIO

THE PERMANENT CRISIS OF MARRIAGE

Fecha de recepción: 29 de octubre de 2021

Fecha de aceptación: 18 de noviembre de 2021

RESUMEN

El matrimonio es analizado en este artículo como una institución jurídica cuyo objeto es garantizar que ambos cónyuges puedan celebrarlo libremente y que puedan llevar a cabo los fines del mismo. Partiendo de algunas etimologías propuestas tradicionalmente para la palabra matrimonio se concluye que la evolución de la institución matrimonial en nuestro sistema jurídico siempre ha tenido la preocupación de proteger la libertad de la mujer y así debe seguir siendo.

Palabras clave: Matrimonio, maternidad, feminismo.

ABSTRACT

Marriage is examined in this article as a legal institution whose purpose is to ensure that both spouses can celebrate their wedding freely and carry out their purposes. Starting from some traditionally proposed etymologies for the word marriage is concluded that the evolution of the marriage institution in our legal system has always been concerned to protect the freedom of women and should remain so.

Keywords: Marriage, Maternity, Feminism.

I. LA CRISIS DEL MATRIMONIO

Se dice del matrimonio que es una institución en permanente crisis. Es frecuente leer o escuchar en los medios de comunicación una vez y otra acerca de ello. Parece que es algo que opina la mayor parte de la sociedad (de hoy y de ayer), y de hecho es un postulado del que suelen partir muchos de los que se dedican a estudiar el matrimonio desde la óptica del Derecho. Así, por ejemplo, la excelente obra del Prof. Jean Gaudemet *El matrimonio en Occidente*, escrita en 1987, comienza con una frase que recogía del periódico *Le Monde*: «El matrimonio está pasado de moda»¹. En el mismo preámbulo concluye con una afirmación contundente «esa crisis que percibimos no es sino una crisis de la sociedad». De algún modo también lo sentía así Quintiliano Saldaña² cuando escribía en 1913 prologando la tesis doctoral de un joven Castán Tobeñas: «el matrimonio, como todas las cosas sociales, está en crisis», pero aquí el prologuista concluía con un esperanzador: «¡alegrémonos!»³.

Seguramente, la mención a la crisis del matrimonio –habitual en todas las generaciones– se basa en juzgarlo como una institución que muchos creen destinada a proporcionar un cierto bienestar para la sociedad, un poco de esa felicidad que todos anhelamos. Sin embargo, con frecuencia se olvida que, en tanto institución jurídica, la institución matrimonial no está establecida con ese fin; su finalidad no puede ser esencialmente distinta de la que persigue el Derecho que es la de ordenar la convivencia, haciéndolo de modo que se eviten conflictos y promoviendo que haya formas regladas y justas de resolverlos si finalmente y pese a todo se producen. Hay quienes exigen al Derecho, y a las instituciones jurídicas, que les proporcione la felicidad que quizás no saben buscar por sí solos, y piensan que el Derecho está para solucionar su problema, para mejorar su fortuna. El matrimonio es una institución de las que se pueden denominar de Derecho natural que, como vamos a ver, nace para organizar una forma de convivencia muy especial, la que se establece entre un hom-

1 J. GAUDEMET, *El matrimonio en Occidente*. Taurus, Madrid 1993, 17.

2 Ignoro qué razón sería la que llevó a un catedrático de Derecho penal y Antropología criminal a prologar el libro de un joven profesor del Derecho civil, pero creo que esta circunstancia le confiere un interés especial a este prólogo.

3 Q. SALDAÑA, prólogo a J. CASTÁN TOBEÑAS, *La crisis del matrimonio*. Hijos de Reus, Madrid 1914.

bre y una mujer que pretenden tener hijos. Ciertamente es que pueden existir –y es frecuente que existan– individuos en crisis, esas personas que buscan en la regulación del matrimonio una solución para salir de su problema, para quienes el matrimonio tal como está no es la solución. Son estas personas las que dejan de contraerlo, las que lo juzgan como algo decadente, etc.; en este caso el conflicto, la crisis, está en las personas y en la sociedad de la que forman parte, pero no en la institución del matrimonio.

Tampoco faltarán quienes, aprovechándose de quienes esperan esto del Derecho, prometen cambiar las leyes asegurándoles que con la solución que ellos proponen alcanzarán esa felicidad que buscan. Surgen las ideologías, todo un sistema que viene a dar respuesta concreta y para cada ocasión, al ansia de seguridad y de felicidad a la que aspiran los seres humanos, y sobre ellas se plantearán nuevas leyes que, por salirse de la lógica que fundamenta el Derecho, serán revolucionarias, son las que se suelen denominar progresistas.

Fundamentar el Derecho y las leyes en una ideología es un gran error⁴. Ciertamente las leyes deben cambiar, pero habrán de cambiarse en primer lugar desde el conocimiento profundo de aquello que las originó y teniendo siempre en cuenta la finalidad que justifica su existencia y su imperatividad. Los órganos legislativos de un Estado democrático deben garantizar esto⁵.

El matrimonio es una institución muy simple y al mismo tiempo fundamental, es tan antigua como la propia naturaleza humana. Surge precisamente para establecer un orden en la relación de atracción entre el varón y la hembra de la especie humana. Una atracción de la que se

4 En relación con esto vid. L. REDONDO REDONDO, *Desenmascarar las ideologías*, en S. GALLARDO GONZÁLEZ, *Persona e identidad*. Tomo I. Universidad Católica de Ávila, Ávila 2016, 209-258, especialmente en la p.250 el apartado “Deconstrucción del Derecho”.

5 El artículo 16 de nuestra Constitución comienza estableciendo que «Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades». En su párrafo tercero recuerda que ninguna confesión tendrá carácter estatal. Esta afirmación siempre la referimos a un grupo con creencias religiosas, pero en el contexto del artículo 16 se debe aplicar también a grupos con ideologías que tampoco podrán ser adoptadas por el Estado. Es fácil entender que en nuestro país las leyes no deben estar inspiradas por una determinada concepción religiosa y así se recuerda constantemente; sin embargo, no es tan comúnmente aceptado el que esas mismas leyes no puedan estar inspiradas en una determinada ideología. Si no puede existir una religión de Estado, tampoco puede haber una ideología de Estado.

deriva, aunque no siempre, una importante consecuencia que es la generación de los nuevos seres humanos. Seres humanos todos, seres sociales y sobre todo seres libres. Refiriéndose al fundamento de una institución, decía Castán:

es aquello que la hace posible o necesaria, es la razón de la posibilidad de su existencia; y ¿qué otra cosa hace posible la existencia del matrimonio sino la *diferenciación sexual*? (...) Lo que hay es que esa oposición de los sexos y la consiguiente necesidad de su integración se nos revela por el sentimiento del amor, y éste es, por tanto, un delator, un síntoma de la necesidad del matrimonio, pero nunca su fundamento mismo. No; el matrimonio es una institución moral, social y jurídica, y los sentimientos son base muy frágil para las instituciones⁶.

Cualquier concepción del matrimonio que no responda a la regulación de los elementos mencionados (seres humanos: hombre y mujer libres que tienden a unirse y, generalmente, tener hijos) y que introduzca otros elementos, (frecuentemente amor, felicidad, ayuda...) dará lugar a normas revolucionarias y con notable atractivo para quienes buscan en el Derecho la felicidad o la promoción de determinados sentimientos, pero que no serán útiles, pues crearán nuevos conflictos y además proporcionarán gran desilusión a quienes confiaban en la institución⁷.

Es por esto que algunos autores han hablado de la “desintitucionalización” del matrimonio⁸, y lo señalan como una de las causas por las que muchos lo rechazan. De algún modo, como ya decía en 1913 Castán, se trata de personas que aclamando «el amor sin matrimonio no piensan ni aspiran a otro ideal más bello el del matrimonio con amor». El matrimonio con amor, no el matrimonio por amor. El tratamiento del afecto matrimonial dentro de esta institución jurídica resulta un hándicap

6 J. CASTÁN TOBEÑAS, o.c., 157. En varias ocasiones cito a este autor que obtuvo en 1913 el premio extraordinario del doctorado con una documentada tesis doctoral titulada *La acción del Estado ante la crisis del matrimonio*, que se publicaría poco después como *La crisis del matrimonio (Ideas y hechos)*. Hijos de Reus, Madrid 1914.

7 En este sentido y sobre lo que ha conllevado introducir este tipo de elementos a la hora de estudiar y de regular el matrimonio, J.M. SERRANO RUIZ-CALDERÓN, *La desaparición legal del matrimonio como figura reconocible en el derecho español*, en *Cuadernos de derecho judicial*, 26 (2005) 365-409.

8 Por ejemplo R. NAVARRO VALLS, *Matrimonio y Derecho*. Tecnos, Madrid 1995, 41.

cuando se trata de acercarnos con elementos objetivos a los fundamentos de ésta. Relacionar amor y matrimonio resulta muy complicado, también para quienes se dedican al estudio del Derecho canónico. El Derecho canónico es un ordenamiento jurídico confesional, y por tanto podría basar su regulación del matrimonio en la doctrina de la sociedad a la que organiza, la Iglesia Católica; pues bien, siendo tan importante para la Iglesia –y muy singularmente tras el Concilio Vaticano II– el amor que debe unir a los cónyuges, tampoco desde el punto de vista jurídico canónico tiene relevancia en la constitución del vínculo matrimonial.

A nadie se le escapa la dificultad que existe para fijar un concepto como el amor, y más para tratar de especificar en qué medida debe estar presente en el momento de celebrar el pacto, *foedus*, matrimonial. La doctrina canonística «ha podido construir el esquema esencial del matrimonio (causa eficiente, objeto material, objeto formal, propiedades esenciales, ordenación a los fines objetivos) sin necesidad de acudir al amor conyugal, más aún, negando a éste su carácter esencial que pudiera condicionar la validez del matrimonio»⁹. Esto ha hecho posible que los estudiosos del Derecho canónico hayan podido fundamentar, y continúen haciéndolo, toda una doctrina jurídica sobre la institución matrimonial y sobre los elementos que conforman su esquema esencial; unas normas que aplicadas en los tribunales eclesiásticos se han enriquecido con la jurisprudencia de estos contribuyendo a conocer cada vez mejor los fundamentos del matrimonio. Se da la paradoja que el Derecho de una confesión religiosa, que en buena lógica sería más propenso a hacer una legislación matrimonial que tuviese más en cuenta el amor que une a los esposos, deja a un lado la función del amor conyugal; mientras las legislaciones estatales, que en teoría se basan en la razón, cada vez más recurren al amor para fundamentar nuevas uniones, que han venido a denominarse “análogas al matrimonio”.

9 A. BERNÁRDEZ CANTÓN, *Compendio de Derecho matrimonial canónico*. Tecnos, Madrid 1998, 9ª ed., 38.

II. CINCO ETIMOLOGÍAS DE LA PALABRA MATRIMONIO

Con hablar del origen y del fundamento de la institución matrimonial corro el riesgo de enfrascarme en una suerte de historia de ella que, con ser muy interesante, no encaja bien con la pretensión de este trabajo que no es otra que intentar perfilar en qué medida la institución del matrimonio ha venido configurándose en la evolución de nuestra cultura jurídica y muy especialmente en las fuentes eclesiásticas, como una estructura que tiene por objeto la protección de la mujer.

A la vista de esto he intentado organizar un discurso con el que pueda mostrar que el matrimonio nace teniendo muy en cuenta la situación de la mujer en la sociedad y con una tendencia a protegerla. Se trata de una intuición que cualquiera puede sentir simplemente al escuchar la palabra matrimonio, que evoca la raíz *mater*. Quienes además hayan tenido oportunidad de estudiar el Derecho matrimonial canónico¹⁰ habrán podido observar algunos detalles como por ejemplo la protección de la libertad de la mujer para contraer matrimonio (especialmente en relación con la autoridad paterna), la irrelevancia de la esterilidad femenina a la hora de contraer matrimonio, la inclusión de las sevicias y el abandono malicioso entre las causas de separación matrimonial, etc. , que conducen a pensar que en la propia institución había algo de eso que ahora llamamos discriminación positiva, o sea elementos que jugaban a favor de la mujer y que se han ido incorporando a la institución matrimonial, muy especialmente con la legislación generada desde la última etapa del Derecho romano, la que llamamos del Derecho romano cristiano, de tan positivas consecuencias para el desarrollo del Derecho europeo.

Por otra parte, pude encontrar en la lectura de la obra de un ilustre sevillano, D. Manuel Giménez Fernández, que fue hasta 1966 catedrático de Derecho Canónico en la Facultad de Derecho de la Universidad Hispalense, la base para estructurar una disertación partiendo de la incierta etimología de la palabra matrimonio. Giménez Fernández en su obra *La*

10 La asignatura Derecho Canónico ha formado parte de los planes de estudio de Derecho en la Universidad española desde su reorganización en 1842, y hasta la progresiva implantación de nuevos planes de estudios para sustituir a los de 1953 y 1965. Actualmente sólo en algunas facultades se imparte esta materia, y como optativa para los estudiantes. Es cada vez más frecuente que quienes se dedican al Derecho desconozcan esta importante parte, que tanta influencia ha tenido en la formación del europeo y que sigue aplicándose en los tribunales eclesiásticos de nuestro país.

*institución matrimonial*¹¹, mencionaba que Santo Tomás se refería a cuatro posibles orígenes de la palabra matrimonio: *matrem muniens*, *matrem monens*, *matre nato*, *materia unius* a la que yo he unido la de *matris munere*, que es la que habitualmente señalan los civilistas españoles por ser la que aparece explicada en las Partidas y quizás por ello la que cuenta con más arraigo entre nosotros.

Me van a permitir jugar con estas palabras, conjugando los posibles significados de cada una de estas expresiones en lengua latina con los elementos que caben destacar en el matrimonio¹².

1. *Matre nato*

La primera de las opciones que ofrece Giménez Fernández es la que hace derivar el sustantivo matrimonio de la unión de las palabras latinas *matre* y *nato*. *Nato* es en caso dativo-ablativo un participio perfecto, con valor pasivo, *natus*, del verbo deponente *nascor* "nacer"; *matre* sería un ablativo de procedencia (nace de la madre); *matre natus* sería por tanto "nacido de la madre"; podemos pensar que *nato* es un ablativo absoluto, por ejemplo, *Caesare matre nato* sería "habiendo nacido César de su madre". Pero esta etimología no tiene viabilidad porque el segundo componente *-monium* de la palabra *matrimonium* tiene una sílaba "mo" que no se sabe de dónde vendría. Más aún, *natus* viene de *gnatus*, como *nascor* de *gnascor*. La gn- inicial se simplifica en n-, pero en un compuesto se conserva la g, por ejemplo, en *agnatus* o *cognatus*. Al ponerle delante *matri-* la g se conservaría, a no ser que el compuesto fuera reciente (esto es hecho después de haberse perdido la g de *natus*) pero la palabra *matrimonium* es antigua, de modo que no cabe esta posibilidad.

Descartada por razones filológicas esta etimología, sin embargo, puede aprovecharse para realizar algún comentario, pues sin duda se bus-

11 M. GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, *La institución matrimonial según el derecho de la Iglesia católica. Editorial Católica Española, Madrid 1943.*

12 Para desentrañar las palabras latinas he contado con la ayuda del Dr. Bogarín Díaz, profesor titular de la Facultad de Derecho, licenciado en Filología clásica y autor de varios artículos sobre la raíz de los términos canónicos latinos y su traducción, así como de la reciente monografía J. BOGARÍN DÍAZ, *Formación léxica y conceptualización jurídica*, Ed. Dykinson, Madrid, 2021.

caba al relacionar a la madre con el hijo que da a luz establecer como fundamental uno de los fines del matrimonio, la generación de los hijos.

Ciertamente es importante la relación entre el matrimonio y la generación de los seres humanos. El matrimonio, como unión estable entre el hombre y la mujer, permite la presunción de la paternidad. Ésta ha sido una función fundamental del matrimonio que ha permitido el desarrollo óptimo del ser humano, condenado a una infancia muy larga y a unas necesidades de atención que han exigido siempre no sólo la atención de la madre, también la asistencia del padre.

Sin embargo, no han faltado quienes han criticado el origen natural de la institución matrimonial precisamente por fundamentarlo en el hecho natural de la procreación y ha habido corrientes ideológicas para las que esto

da lugar a la sospecha del matrimonio como institución producto de un complejo ideológico autoritario y alienante. La sospecha pronto afirmó que la estructura definidora del matrimonio (uno, heterosexual, indisoluble, fecundo) tan rígida, precisa y exigente no era realmente una petición de la naturaleza humana, sino una falacia que encubría la imposición de un modelo de vida sexual conveniente a los poderes ideológicos hegemónicos. Esa imposición se hacía en nombre de una ‘naturaleza humana’ que no era sino una mera ideología, quiero entender que la de la Iglesia¹³

Quienes defendían estas corrientes no lo hacían basándose en descubrimientos sobre la evolución humana; sino que fueron aceptadas de tal modo que defendiendo la libertad sexual como lo auténticamente natural, se planteaba como la base de la llamada revolución sexual de la escuela de Frankfurt y de los movimientos libertarios y hippies de los años sesenta del s. XX¹⁴.

13 P.J. VILADRICH, *El modelo antropológico del matrimonio*. Rialp, Madrid 2000, 106. En efecto ya había advertido en los años 30 Giménez Fernández que «el evolucionismo naturalista elaboró en el s. XIX una rígida teoría progresista, según la cual, en lo que respecta al matrimonio, éste en su forma actual, no es más que el resultado de una larga evolución que, partiendo de una promiscuidad animal primitiva y pasando por el matrimonio de grupo, el matriarcado y el patriarcado polígamos, ha desembocado en el matrimonio independiente y monógamo», en M. GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, o.c., 62.

14 P.J. VILADRICH, o.c., 107.

Es más que discutible, como recuerda este mismo autor, que las civilizaciones primitivas vivieran en este tipo de estado «partiendo de una promiscuidad animal primitiva y pasando por el matrimonio de grupo, el matriarcado y el patriarcado polígamos, ha desembocado en el matrimonio independiente y monógamo», pero en cualquier caso la discusión sobre esta cuestión pertenecería a la Antropología y no al Derecho. El Derecho, con la institución del matrimonio, viene a solucionar un problema que tiene su origen en la naturaleza humana, incluso en las sociedades más primitivas: el largo periodo de gestación de la mujer y la prolongada infancia de los seres humanos, facilitando con ello la generación y la educación de los hijos. Seguramente las formas de poligamia admitidas en sociedades antiguas tenían una cierta justificación, basadas en la necesidad de que nacieran y llegaran a adultos el mayor número de seres humanos posibles, más que en la promiscuidad animal.

El patriarcado como forma de organización familiar es probablemente fruto de los pueblos nómadas. En general parece ser que fue al contrario de lo que pudiera parecer, que fueron estas civilizaciones secundarias las que desvirtuaron algunos aspectos del matrimonio monógamo, o con una poligamia excepcional. En estos grupos la mujer pasó a estar en un segundo plano. Afianzado el papel del patriarca, la mujer pasa a ser un objeto en muchos casos de compra-venta, una situación que se consolida incluso cuando estos pueblos se hacen sedentarios. Así la cosas, e incluso en Roma donde el cabeza de familia ejercía toda su potestad patriarcal sobre las mujeres, surge el cristianismo y con él un cambio en el concepto jurídico del matrimonio, que pasa a convertirse en un intercambio de voluntades, del consentimiento libre de un hombre y una mujer para unirse de por vida y compartir su suerte, también la descendencia que pudieran tener. Así lo explica Giménez Fernández, que concluye con una contundente afirmación de Chenon: «la transformación introducida por el cristianismo en el régimen matrimonial, universalmente practicado en los tiempos de su aparición, es una de las más fehacientes pruebas del carácter sobrenatural de nuestra religión»¹⁵.

La importancia de los hijos en el matrimonio, llevado a su término más absoluto, ha sido en otras culturas la justificación del repudio. Pocas

15 M. GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, o.c., 65.

instituciones jurídicas pueden resultar más nefastas para la dignidad de la persona que ésta que permite al varón abandonar a su mujer, a su esposa a la vista de una razón poderosa, la de que ella no pueda darle hijos. Obviando lo que para nosotros hoy es bien conocido de que la esterilidad de una pareja con frecuencia proviene del varón, el hecho de poder disolver el vínculo por un defecto físico del que se sea víctima repele absolutamente. Nunca ha sido contemplado así en la legislación de la Iglesia, ni siquiera en tiempos remotos. Tampoco cuando, como es bien conocido, lo solicitaron reyes que de algún modo necesitaban tener herederos para sustentar su trono.

Siendo el matrimonio la base en efecto de la familia, no puede negarse que es la institución la que tiene la generación de los hijos como finalidad, pero que no todos los matrimonios que se celebren están supeditados a tener descendencia ¿No son acaso válidos los matrimonios de personas estériles o de quienes por razones de edad no podrían tener hijos? El empeño en justificar una maternidad o una paternidad artificial en parejas de dos varones o de dos mujeres se ha utilizado para mantener lo razonable del matrimonio de estas personas que han recibido un hijo en común. Creo recordar que en algún momento en la prensa se recurrió a la etimología *matri-natus* para hacer ver que donde haya una posibilidad de nacimiento, podría haber posibilidad de matrimonio. Conviene pues recordar que siendo los hijos fruto del amor conyugal, no cabe presumir amor conyugal cuando haya una generación de hijos mediante técnicas asistidas de reproducción, entre otras cosas porque ese amor se predicaría de quienes colaboran en la fecundación (varón y mujer), y no de los dos hombres o las dos mujeres que pretendan contraer matrimonio.

2. *Materia unius*

Unius es el genitivo del numeral *unus*; no hay que traducirlo como si fuera un indefinido o un artículo indeterminado, sino con el sentido numérico de que es uno y no dos. Se esperaría *materiae unius*, o sea, ambas palabras en genitivo: "de una única materia"; o como segunda opción en acusativo *materiam unius* "de uno solo en cuanto a la materia". Pero expliquémoslo con materia. Materia podría ser nominativo: "la materia de uno solo"; o ablativo "en la materia de uno solo" o "de uno solo por materia".

Pero, como sucedía en el caso de *nato*, aquí no se sabe de dónde procede la segunda eme de *matrimonium*.

Tampoco aquí la interpretación filológica se adecua a la interpretación realizada en alguna ocasión, pero sin duda esta fusión de términos es la que preferiría si tuviese que elegir la más adecuada a lo que es el matrimonio: una sola materia. Además “una” en el sentido numérico, la *una caro*, por eso “dejará el hombre a su padre y a su madre y se unirá a su mujer y serán los dos una sola carne”, como señala la archiconocida frase de la carta a los Efesios. Es el hombre el que sale de su hogar para fundar otro junto a su esposa. No la trae, no la somete, se une a ella de manera que forman un todo que es nuevo y es uno. No es una asociación de dos, no es una unión de voluntades sino de materia, sería una fusión si hubiéramos de verlo desde el punto de vista de la física. Javier Hervada¹⁶ lo ha sabido explicar en varias ocasiones con muy hermosas palabras recurriendo a la idea de la “humanidad incompleta”, por la que varón y mujer podrían llegar a ser seres con toda su personalidad, pero no con toda la humanidad que sólo se completa cuando se une a quien posea la otra mitad. Para mí esto es lo que realmente puede dar pie a que se hable de igualdad entre hombres y mujeres, personas iguales y complementarias¹⁷.

Siendo un solo cuerpo y siendo elemental que nadie hace daño a su propia persona, nunca se harán daño o se molestarán los cónyuges¹⁸. Ya se dice «amar al prójimo como a ti mismo», el paradigma del amor es el que podemos tenernos a nosotros mismos; pues bien, ese será el mismo que un hombre tendrá a su mujer, al formar ella parte de él y viceversa.

Pero con ser hermosas las palabras de San Pablo, y la imagen de la humanidad incompleta que nos ofrecía Javier Hervada, he encontrado en la literatura jurídica española otras muy parecidas, escritas en la primera década del s. XX por D. Felipe Sánchez Román, catedrático de Derecho

16 En varias ocasiones ha escrito este autor sobre la esencia del matrimonio, y sobre la renovación que se predicaba de ella, tras los documentos del Concilio Vaticano II en los años setenta del s. XX. Una visión general de sus tesis se encuentra en J. HERVADA, Cuestiones sobre el matrimonio, en *Ius Canonicum*, XIII (1973) 11-86.

17 Vid. También T. CID VÁZQUEZ, S. GALLARDO GONZÁLEZ, La vocación al amor, en S. GALLARDO, *Persona e identidad*, Tomo I, Universidad Católica de Ávila, Ávila 2016, 33-58.

18 Así aparece en el texto paulino, Ef. 5,21-32

civil, senador durante muchos años y ministro en gobiernos liberales y que define el matrimonio en términos muy parecidos:

Como institución natural, es una esencia del Derecho natural, es la unión bisexual, o de dos personas de diferente sexo, para formar una comunidad perfecta de toda la vida física, moral e intelectual del hombre y de la mujer, al efecto de complementarse, integrando la especie humana, y cumplir los fines asignados a la misma, no solo mediante la ley de la reproducción que la propaga y perpetúa, sino en cuanto el matrimonio es la verdadera y única forma de integración de los sexos recíprocamente necesaria por su misma diferencia y variedad psicofísica, expresión de dualidad que se reconstituye por el matrimonio en la unidad de orden superior comprensivo, que es la Humanidad. Un sexo es como la mitad de algo, y sólo integrándose entre ambos mutuamente muestran la unidad; son el uno creado para el otro, según lo revela la ley de atracción entre ellos, y sus naturales diferencias espirituales o psicológicas y orgánicas o fisiológicas coordinadas ofrecen un resultado de armonía, de unidad, de integración, producto de la unión plena que representa el matrimonio en lo psicológico y en lo fisiológico, en todos los aspectos de la vida, constituyendo un orden superior de la misma y una nueva personalidad natural distinta y compatible con la individual de cada uno de los sexos unidos.

De tal suerte es una esencia del Derecho Natural, que, si las leyes religiosas y las civiles no la hubieran condicionado en la esfera positiva respectiva, no por eso dejaría de existir el concepto que significa el nombre de matrimonio, en virtud de radicar su fundamento en la naturaleza humana, según se deja dicho (al hablar de Derecho de familia).

Representa en este sentido el matrimonio un principio de necesidad social, combinado con el de libertad individual para celebrarlo, cosas que no se contradicen, pues es compatible que el matrimonio sea libre en cuanto los individuos y necesario en cuanto a la especie: lo primero por lo que afecta a la libertad individual para contraerlo o no, para celebrarlo con una u otra persona; lo segundo, por lo que se refiere a la función social que constituye el matrimonio como medio único moral de perpetuar la especie humana. El matrimonio como forma única moral de la relación

normal de los sexos, y debe considerarse así, aun con independencia de los aspectos positivos, religioso y civil¹⁹.

Si la materia se fusiona y es una ¿cómo podrá deshacerse? La comprensión de que los dos, hombre y mujer, habrán de ser *una caro*, es el principal argumento para sostener la indisolubilidad del vínculo matrimonial, formado por el consentimiento de dos personas libres. Y llegados aquí hay que hacer una apreciación que me va a llevar a hablar del amor, de ese detonante de la atracción sexual que lleva habitualmente al matrimonio, aunque constituya en muchas ocasiones –como ya se ha señalado– un elemento perturbador al intentar estudiarlo como instituto jurídico. Entre nosotros podemos hablar en pasado de los matrimonios concertados o acordados por los padres, y entendemos que es el amor lo que habitualmente conduce a un hombre y a una mujer a celebrar esa unión y complementarse.

Pues bien, hasta ahí llega el papel del amor. De una manera muy gráfica lo expresaba el mencionado Javier Hervada, si se dice que «me caso contigo porque te quiero», a partir de la unión de ambos la premisa se convierte en «te quiero porque me he casado contigo». El autor lo explicaba así precisamente en uno de sus escritos, en el que de algún modo viene a criticar el concepto de matrimonio como «comunidad de vida y amor» para reivindicar el concepto de matrimonio como vínculo por el cual un hombre y una mujer deciden unir sus personalidades para completar con ellas toda la humanidad²⁰. Algo que sólo está al alcance de un hombre y una mujer. Una unión que será así, independientemente de que se produzca o no la generación de hijos.

Esto constituye para la doctrina del Derecho matrimonial canónico, el bien de la indisolubilidad, sobre el que se fundamenta la sacramentalidad del matrimonio. Es por eso que la terminología latina que se usa para referirse a esta propiedad del matrimonio es *bonum sacramenti*, adoptando –y adaptando– la usada por San Agustín en sus obras *De bono coniugali* y

19 F. SÁNCHEZ ROMÁN, Estudios de Derecho Civil, tomo V. ANALECTA D.L., Pamplona 2008, 379. Se trata de una edición facsímil de la 2ª edición de esta obra publicada por los Sucesores de Rivadeya en 1912.

20 J. HERVADA, ¿Qué es el matrimonio?, en *Ius Canonicum*, XVII (1976) 27.

*De nuptiis et concupiscentia*²¹. La intención de las personas que se unen en matrimonio es hacerlo de por vida. A cualquiera le parecería extraño asistir a una ceremonia de matrimonio en la que la intención de los contrayentes fuese permanecer unidos durante un determinado o indeterminado periodo de tiempo. El bien de la indisolubilidad es algo que todo el mundo alcanza a comprender, pues cuando se contrae matrimonio se hace para siempre. Sin embargo, no siempre se cuida de ese bien, de esa bondad de la institución matrimonial, sino que por el contrario a menudo se le pone en riesgo.

Las legislaciones parecen empeñadas en ofrecer la posibilidad de romper ese vínculo que nace indisoluble ¿por qué? En primer lugar, creo que en general la sociedad muestra poca confianza en la libertad de las personas para hacer compromisos de por vida. Desde fines del s. XVIII, los tiempos en los que se predica el triunfo de la razón, se comenzó a entender que no es racional comprometerse con alguien o con algo para toda la vida. Eso al menos se argüía para prohibir hacer una profesión religiosa y es el razonamiento que usó el Estado para excluir a monjas y frailes. El Estado moderno se ha empeñado en otorgar una vía de salida del compromiso matrimonial, que lógicamente ha venido siendo muy alabada por quienes aspiran a que las normas les solucionen su problema, aunque ello desvirtúe la bondad de una institución para la sociedad en general.

Se clama por la estabilidad del matrimonio que se considera como algo muy bueno para la sociedad; pero al mismo tiempo se dictan leyes que facilitan su disolución. Siendo estabilidad y disolución términos opuestos ¿no es contradictorio que un Estado busque el bien de la esta-

21 Así lo señala el Prof. Bernárdez que traduce los dos párrafos de las obras de San Agustín que sintetizan la concepción cristiana del matrimonio «estos son los bienes por los cuales son buenas las nupcias: la prole, la fidelidad, el sacramento», *De bono coniugali*, 24, 32. «En la fidelidad se atiende a que fuera del vínculo conyugal no se una con otro o con otra; en la prole, a que esta se reciba con amor, se críe con benignidad y se eduque religiosamente; en el sacramento, a que el matrimonio no se disuelva y a que el repudiado o repudiada no se una a otro ni aun por razón de la prole», *De nuptiis et concupiscentia* 1,11. «En esta formulación de San Agustín –recoge el mismo autor– fue aceptada por la tradición doctrinal de la Iglesia para designar los elementos sustanciales del matrimonio. Tuvo acogida en el Decreto de Graciano; fue desarrollada por Santo Tomás de Aquino; fue adoptada por el Concilio de Florencia para establecer la doctrina del matrimonio y brillantemente remozada por Pío XI, que la adoptó como paradigma en su famosa encíclica sobre el matrimonio, la *Casti Connubii*, en A. BERNÁRDEZ CANTÓN, o.c., 43.

bilidad mientras sus leyes favorecen lo contrario simplificando las formas de disolución hasta el punto de no garantizar los derechos de las personas que lo contrajeron?

Una vez que el legislador ha escogido el camino de la ideología y ha olvidado que su misión es dictar leyes conformes a lo razonable y encaminadas a alcanzar el fin para el que se dictaron, las consecuencias son imprevisibles²². Introducir el amor en el Código Civil, igualar los efectos del vínculo matrimonial a otras relaciones de convivencia que no lo son, eliminar del Código Civil las causas de incumplimiento de las obligaciones matrimoniales como generadoras de determinados derechos para la parte no culpable... son decisiones que han ido confundiendo a la sociedad hasta el punto de hacerla desconocer exactamente qué es el matrimonio. Nadie puede querer aquello que desconoce, y si las personas tienen dudas acerca de lo que sea el matrimonio, en buena lógica dejarán de desearlo. Esto es algo que afectaría al mismo tiempo a hombres y a mujeres en un sentido: desconocen la belleza de la unión matrimonial tal cual es, pero sin duda afectará más a las mujeres que, en cualquier caso, y dada la dedicación que habrán tenido al *matris munere*, podrán resultar más perjudicadas si no lo contraen o si se favorece la disolución del vínculo.

3. *Matris munere*

¿Es una carga para la mujer el matrimonio como parece deducirse de la expresión *matris munere*? *Munere* es ablativo singular de *munus*, de la 3ª declinación, sustantivo neutro que viene a significar "servicio, oficio, obligación", de la misma raíz que el sustantivo *pluralia tantum* (solo en plural) *munia*, de la 2ª declinación, que serían "funciones, obligaciones". Con el prefijo co-/cum- se forma *communis*. Todos ellos tienen después de la letra m una u larga. No hay por qué pensar en un ablativo (*matris munere* "con la tarea de la madre", "en el oficio de madre") como origen de *matrimonium* sino un nominativo *matris munus*, "oficio de la madre". Sobre el segundo componente de *matrimonium* o de *patrimonium* se ha dicho que *monium* sería "estado, acción, condición" pero la palabra *monium*

22 Sobre este tema ya tuve oportunidad de escribir A. M. LÓPEZ-MEDINA, El concepto de matrimonio ante los cambios en el Código civil. Consecuencias para el Derecho canónico, en Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, XXXII (2016), 187-204.

no existe separadamente y no está claro etimológicamente cómo se llega a esa o larga si viene de *munio/murus* o de *munus/munia*, en ambos casos con una u larga que viene de monoptongación del diptongo oi. Esperaríamos *matrimunium*. La cosa se discute y no está clara.

Pero la idea del matrimonio como “carga de la madre” tiene cierta tradición en la cultura española, pues con frecuencia se recuerda un texto de la Partida IV, que a su vez se basa en otro de las Decretales y que dice:

Matris&munium, son palabras del latin, de q tomo nome matrimonio, que quier dezir tanto en romance, como officio de madre. E la razón porque llaman matrimonio al casamiento, e no patrimonio, es esta. Porque la madre sufre mayores trabajos con los hijos, que el padre. Ca como quier que el padre los engendra, la madre sufre muy grand embargo, con ellos, demientra que los trae, e sufre muy grandes dolores quado ha de nacer, e despues q son nacidos, ha muy grand trabajo en criar a ellos mismos por si. E de mas desto, porq los fijos mientra son pequeños, mayor menester ha dela ayuda dela madre que del padre. E por todas estas razones sobredichas, q caben a la madre de fazer, e no al padre: porende es llamado matrimonio, e non patrimonio²³.

Una primera lectura de este texto nos hace reparar en la especial relación que la naturaleza establece entre una persona y aquella que lo trae al mundo, pero desde un punto de vista más jurídico creo que hay que destacar el juego de palabras que hace con los términos matrimonio y patrimonio, como si se quisiera hacer una distribución de roles entre el oficio que desempeña la madre y el que le corresponde al padre y que se dividen en razón de la exigencia de la propia naturaleza. Es interesante al considerar desde una perspectiva social al matrimonio, el que se dividan las tareas que le corresponden en la sociedad y que se haga atendiendo a una razón objetiva. No es por tanto una carga que cae sobre la mujer sino un oficio que realiza.

23 Creo que se debe a Castán la difusión entre los civilistas de esta cita de la ley 2^a del título II de la Partida IV que él reproduce de este modo: «Para la madre el niño es antes del parto oneroso, doloroso en el parto y después del parto gravoso; razón por la cual el legítimo enlace del hombre y de la mujer se ha denominado matrimonio en vez de patrimonio», y que señala que procede de las Decretales Cap. 1, X, tit. 33, lib. III.

Admitir que el matrimonio es el oficio que desempeña la madre frente al que le corresponde al padre es una distribución propia de las sociedades agrarias en las que tan importante podía llegar a ser el papel de la esposa organizadora del hogar como el del esposo que sustenta a toda la familia con su trabajo en el campo.

Frente a esto, en otras sociedades se entenderá que el papel del hombre debía ser preponderante en la sociedad conyugal, seguramente en sociedades de grupos nómadas. Entre estos se estableció el patriarcado, del que ya se he hablado y en el que el patriarca se convierte en el dueño y señor de todo el clan, sometiendo a mujeres y a hijos.

Una extensión de esta forma de vida y el general de situación de sumisión de la mujer y de los hijos vino a ser restaurada por el Cristianismo, por una parte con aquello de «esposa te doy ...compañera... y no sierva», por otra y con relación a los hijos también San Pablo escribió: «los hijos no deben de acumular para sus padres, sino los padres para sus hijos» (2 Cor. 12:14), poniendo de manifiesto de este modo que el padre no es un jefe y los hijos mano de obra, sino que los padres deben estar al servicio de los hijos y no viceversa. Algunos autores colocan en este punto el origen del bien de los hijos como fundamento de la patria potestad²⁴.

En el Derecho romano cristiano, la patria potestad pertenece a ambos esposos. Ambos son responsables del bien de los hijos, de su generación y educación, siendo éste un bien primordial superior al de los propios cónyuges. Por tanto, la mujer la ejerce, cierto que solo en determinadas ocasiones.

Se trata de una curiosidad, pero puede darnos luz sobre el papel que se entendía debía desempeñar la mujer y que pasó a la legislación española precisamente en la Colección jurídica más influenciada por la Iglesia, el Fuero Juzgo, tal como recordaba Montero Ríos al prologar, a finales del s. XIX, la ley de matrimonio civil obligatorio que él personalmente había redactado:

Tiempo es ya de borrar en nuestra legislación las huellas del derecho pagano de Roma, que vino a herir de muerte el Evangelio, elevando a la

24 Así lo entiende en una curiosa obra, la que fue su tesis doctoral, J. SÁNCHEZ DE TOCA, *El matrimonio*. Imprenta de M.G. Hernández, Madrid 1873, 130.

mujer al puesto que le corresponde en el seno de la familia. Sea o no cierto que la legislación visigoda otorgase a la madre la potestad sobre sus hijos, es innegable que en aquel Código se aspira a una más elevada doctrina sobre la mujer que la modelada en las leyes romanas, y que esa misma doctrina vaga en nuestra legislación foral con formas más o menos concretas. Más que innovación, por lo tanto, la disposición del Proyecto bien merece el nombre de último desarrollo de la teoría que tiene por objeto la emancipación jurídica de la mujer y el reconocimiento de sus derechos en el seno de la familia; teoría cuyo germen fue arrojado al mundo con el Evangelio, desarrollándose después lentamente en nuestra legislación nacional con la institución de los gananciales y con los derechos otorgados a la madre sobre los hijos y sus bienes hasta llegar a la plenitud²⁵.

En efecto en los países cuyos ordenamientos jurídicos se formaron a partir de la cristianización de las normas romanas, las viudas se hacen cargo de la economía familiar, y no los hijos. Ante la necesidad de una autoridad única en el orden exterior de cada familia y considerando que ésta debe recaer en el padre, el Derecho, el español de las Partidas, entendió que a falta de éste la esposa era la que tenía que asumir ese puesto. En los derechos forales españoles ni aunque la mujer volviera a casarse perdía la potestad sobre sus hijos en ningún caso, algo que por alguna razón podía perder en casos de aplicación del Derecho común.

El legislador del Fuero Juzgo consideró que la familia no se acababa con la muerte del padre, y previó que fuera la madre quien siguiera ejerciendo su *matris munere*, cuidando además que las leyes le permitieran incluso manejar el patrimonio y suplir la tarea del padre.

Resulta curioso encontrar una referencia a la influencia de la concepción cristiana del matrimonio y al espíritu de la filosofía de la Revolución francesa como los dos elementos dulcificadores de la desigualdad entre los sexos, y frente a estos las tesis de filósofos del XIX empeñados en imponer una superioridad masculina. Explica Castán Tobeñas que:

las ideas cristianas y de otro lado del espíritu igualitario traído por la Revolución hacen que la filosofía moderna se muestre poco propicia a

25 E. MONTERO RÍOS, Exposición de motivos de la Ley de 18 de junio de 1870.

aceptar las tesis de la desigualdad de naturaleza entre los sexos con la consiguiente subordinación de la mujer al marido: cuando se admite hoy la autoridad marital, se funda en principios de armonía doméstica muy distintos de aquella antigua concepción masculinista; sin embargo, ha habido pensadores y jefes de escuela que, secundando y aun exagerando el criterio aristotélico, han resucitado modernamente la doctrina de la potestad natural del marido sobre la persona de la mujer. Schopenhauer (“El amor, las mujeres y la muerte”), filósofo idealista; Comte, fundador de la filosofía positiva (subordinación natural de la mujer hacia el hombre), y Proudhon, representante de la filosofía libertaria (“la mujer siempre estará demasiado alta o demasiado baja”), han sido tres grandes detractores del feminismo y los más francos y entusiastas partidarios de la androcracia familiar²⁶.

En efecto son varios los textos de los autores citados que vienen a incidir en el papel secundario de la mujer en la sociedad matrimonial, quienes –como explica Castán²⁷– aunque colocan el fundamento del matrimonio en la diferenciación sexual, no entienden que la finalidad de éste sea el complemento mutuo de los sexos. Estos postulados filosóficos encuentran acogida en el campo del Derecho y por ejemplo el célebre tratadista Pothier introduce un curioso artículo preliminar al comienzo de la segunda parte de su tratado sobre el contrato de matrimonio –que subtítulo *Tratado sobre la potestad del marido sobre la persona y bienes de la mujer*– en el que dice: «El matrimonio al establecer entre marido y mujer una sociedad cuyo jefe es el marido, confiere a éste en calidad de tal un derecho potestativo sobre la persona de su mujer, el cual se extiende asimismo a sus bienes»²⁸. No es de extrañar que a continuación fundamente en el Derecho natural el poder del marido sobre la persona de su esposa o que a la hora de distinguir el poder que otorga un tutor al pupilo del permiso

26 J. CASTÁN TOBEÑAS, o.c., 208-209.

27 J. CASTÁN TOBEÑAS, o.c., 210.

28 «Por derecho natural el poder del marido sobre la persona de su mujer consiste en el derecho de exigirle todos los deberes de sumisión que a un superior son debidos»; «Exigida la autorización del marido no en favor de la mujer, sinno del mismo marido. para conservar el poder que tiene sobre la persona de su mujer» en R. J. POTHIER, *Tratado del contrato de matrimonio*. Traducido al español con notas de derecho patrio, bajo la dirección de M. Noguera y F. Carles. Imprenta y Litografía de J. Roger, Barcelona 1846, 255.

marital, asegure que este último no tiene como fin proteger a la mujer, sino manifestar la potestad que sobre ella tiene su esposo²⁹.

Seguramente este mismo espíritu alentaría a quienes redactaron en 1870 la Ley de matrimonio civil que incluyeron en ella un artículo que por fortuna no pasó a textos legislativos posteriores y que decía:

Tampoco podrá la mujer publicar escritos, ni obras científicas ni literarias, de que fuese autora ó traductora, sin licencia de su marido, ó en su defecto, sin autorización judicial competente³⁰.

El Código civil napoleónico dispuso en su art.213: «El marido debe protección a su mujer, la mujer debe obediencia a su marido», un precepto que pasó a nuestro Código civil en el ya derogado artículo 57, un artículo que frecuentemente se comentará señalando su “influencia paulina”. Las interpretaciones del conocido texto de la carta a la Efesios han sido muchas, cuesta trabajo imaginar que la de aquel código civil francés tuviese en cuenta el profundo sentido que encierran los términos obedecer y proteger si se analizan desde el punto de vista de la doctrina de la Iglesia. Seguramente serán muy diferentes a los que fundamentan la potestad del marido sobre la mujer en los escritos de autores como Pothier.

4. *Matrem monens*

Monens es participio presente, nominativo singular, del verbo *moneo* "avisar, advertir"; igual complemento directo; sería "el que advierte a la madre", "avisando a la madre" Esta etimología es acomodaticia por su significado, pero para considerarla origen del término matrimonio presenta un serio inconveniente etimológico: la o de *matrimonium* es larga, mientras la o de *monens* es breve.

Es difícil saber exactamente que se querría decir si se habla de “advertir a la madre”. Giménez Fernández apuntaba que se trataba de la advertencia sobre la fidelidad debida al padre y al esposo, de modo que aquí además del inconveniente etimológico está el inconveniente que resulta precisamente de lo acomodaticio que puede resultar la expresión. La

29 Ibid., 257, 259.

30 Ley provisional de Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870, art.52.

usaré pues del modo más práctico entendiendo que la mujer en el matrimonio debe estar advertida de lo que le corresponde por derecho. En efecto la mujer y el varón asumen al contraer matrimonio una obligación muy principal, la de la fidelidad. El bien de la fidelidad forma parte de la trilogía de las bondades de las nupcias que señalaba San Agustín. Es cierto que se trata de una obligación cuyo cumplimiento no puede exigirse coercitivamente, pero sí que resulta lógico que el incumplimiento otorgue al otro el derecho, si no a romper el vínculo que es de suyo indisoluble, sí a relajarlo hasta el punto de que sería motivo para determinar el cese de la convivencia, de establecer una separación.

El Derecho de la Iglesia, que entiende que el vínculo matrimonial no puede disolverse, sin embargo, ha considerado siempre con mucho detenimiento las circunstancias que pueden dar lugar a la separación de cuerpos y por tanto a liberar de una convivencia que podría ser penosa, o incluso peligrosa al cónyuge no culpable. La separación es desde el punto de vista jurídico algo muy distinto del divorcio, pero que actualmente con frecuencia se confunden. Hay motivos que justifican esta confusión. De una parte, porque hasta principios del siglo pasado la Iglesia usaba el término divorcio también para referirse a los casos de mera separación. Bien es cierto que habitualmente añadiendo *manente vinculo* para expresar la permanencia del lazo conyugal. De otra el hecho de que en el sistema matrimonial canónico vigente las causas de separación hayan quedado en la práctica muy postergadas, pues el legislador canónico del s. XX era consciente de que regular los efectos de la separación de los cónyuges significa regular el cese de los efectos civiles de la convivencia, y éste es un campo en el que el juez canónico hoy carece de competencias. Los católicos recurren cuando es necesario a la separación acogiéndose al fuero civil y no al eclesiástico, pues en estos casos lo fundamental es adoptar medidas que regulen las consecuencias del cese efectivo de la convivencia matrimonial, especialmente las económicas.

Sin embargo, a pesar de su no uso en la actualidad, las denominadas causas de separación, que están contempladas de forma muy genérica en el Código vigente de leyes de la Iglesia, han sido desde hace siglos muy estudiadas en sus particularidades por la doctrina y jurisprudencia, y no es difícil encontrar tratados en los que se especifican cuáles son los casos en los que el adulterio da lugar al derecho a la separación denominada

perpetua y cuáles son las otras faltas, comportamientos que también justifican la separación del matrimonio mientras subsistan. Se da la circunstancia que acciones como las sevicias, los malos tratos psíquicos, estaban contemplados como causa de separación temporal por el Derecho de la Iglesia hace mucho tiempo.

En la regulación de los supuestos de la separación matrimonial se aprecia claramente la preocupación del legislador eclesiástico por solucionar la situación social de quienes se ven afectados por el incumplimiento de las obligaciones matrimoniales. Un incumplimiento que por regla general tendrá malas consecuencias para la mujer. No deja de ser curioso ver el índice del libro editado en 1773 en su apartado *De separationi tori ad tempus propter saevitias*, donde el autor desgana hasta ochenta casos en los que la mujer es tratada con desconsideración por su marido³¹. La introducción de las sevicias y más tarde del abandono malicioso como causas de separación pudo proporcionar a las mujeres una cierta independencia en el terreno económico que les permitió sacar adelante a su familia en algunas ocasiones.

La advertencia acerca de las obligaciones, del deber de fidelidad no creo que se le deban ser recordadas más a la mujer que al varón. Sin embargo y dado que habitualmente las conductas que daban lugar a situaciones de peligro en el alma o en el cuerpo, las sevicias y más tarde el abandono malicioso, eran sin duda mucho más frecuentes en el hombre que en la mujer, entiendo que la advertencia que se le debe hacer a ésta, la *matris monens*, no es otra que el estar advertida de los derechos que ella tendría, también con respecto a su familia, si se produjera ese incumplimiento.

5. *Matrem muniens*

Muniens es participio presente, nominativo singular, del verbo *munio* que significa "fortificar, defender"; el complemento directo es el acusativo singular *matrem*; de modo que la traducción sería "el que defiende a la madre", o "defendiendo a la madre". *Munio* está emparentado con los

31 C. COSCI, *De separatione tori conjugalis*, T. Salvioni in Archigymnasio Sapientiae, Roma 1773.

sustantivos *murus* "muro" y *moenia* "fortificaciones" que es el plural de un arcaico singular *moene*, que dejó de usarse en singular. Es quizás la etimología que menos inconvenientes plantea desde el punto de vista filológico y por otra parte se adecúa también al significado que puede tener el matrimonio para la mujer, madre. Se trata de protegerla, de amurallarla, y aunque suele decirse que es una tarea que desarrolla su esposo, sin embargo, no es solo éste sino toda la sociedad la que mediante la institución trata de inmunizarla.

Desde tiempos muy antiguos y como han señalado algunos autores que en la Iglesia "el establecimiento firme del principio consensual supone para la mujer un refrendo de su libertad y explica que la Iglesia no transija ante las presiones de algunos ordenamientos civiles -como el francés o algunos hispánicos- que pretendían exigir el consentimiento paterno para la validez de las nupcias³². Pero aceptar el principio consensual exige aceptar como válidos también los denominados matrimonios clandestinos, celebrados de modo privado o con sólo un testigo. Admitir la validez de estos matrimonios dejaba a menudo a la mujer en una mala situación. En efecto, sucedía con frecuencia que -con buena o mala fe- en ocasiones estas ceremonias no se distinguían de los esponsales y la mujer se sentía atada por una promesa de matrimonio que el varón en ocasiones incumplía con el consiguiente perjuicio para ella. Fueron frecuentes los casos en los que la mujer se veía desvalida y su libertad de contraer desprotegida. Ésta fue la razón que llevó a la Iglesia a imponer una forma pública de matrimonio, tal como quedó aprobado en el Concilio de Trento. Una decisión que se llevaría a cabo de forma gradual, pues encontraría no pocas trabas especialmente por parte de los distintos estados³³.

El establecimiento de esta forma obligatoria y pública de matrimonio tiene en su fundamento la protección de la mujer, algo que corrobora otra discutida decisión del Concilio de Trento: la introducción del impedimento de raptó, que guarda relación, aunque sea indirecta, con el consentimiento paterno. En efecto fue una cuestión muy controvertida, para

32 J. I. BAÑARES, *La mujer en el ordenamiento canónico medieval* (ss. XII-XV), en *Anuario Filosófico*. 26 (1993), 567-568.

33 Vid. S. ACUÑA GUIROLA, *La forma del matrimonio hasta el decreto Ne temeré*, en *Ius canonicum*. XIII (1973), 137-192.

la que la Iglesia buscó una solución que permitiese respetar la voluntad de la mujer y su libertad de contraer matrimonio con quien ella deseara y al mismo tiempo evitar posibles abusos por parte del varón, que en buena lógica podría estar en condiciones de arrancar de ella un consentimiento no deseado. La fórmula que se fijó en el Concilio de Trento permite respetar la libertad de contraer de la mujer, consintiendo que pueda casarse incluso con quien la separó de hogar con tal fin, siempre que el matrimonio se realice en la forma establecida y en un lugar donde la mujer no se encuentre bajo la influencia de su raptor. El texto del vigente canon 1089 del Código de Derecho Canónico mantiene casi la misma redacción: «No puede haber matrimonio entre un hombre y una mujer raptada o al menos retenida con miras a contraer matrimonio con ella, a no ser que después la mujer, separada del raptor y hallándose en lugar seguro y libre, elija voluntariamente el matrimonio». Con esta regulación el recurso al rapto, lejos de ser una forma violenta de arrancar a la mujer el consentimiento, se convirtió en la manera por la que algunas mujeres destinadas a un matrimonio concertado, pudieron contraerlo con la persona con la que querían, porque la Iglesia, aunque reprimía este tipo de acciones, no prohibía el matrimonio entre raptor y raptada, una vez regresada ésta a su estado de libertad. En cierto modo una rebuscada forma que urdía la mujer para poder contraer matrimonios no deseados por la familia.

Estos son dos ejemplos de elementos jurídicos de la regulación del matrimonio adoptados a priori para garantizar derechos de la mujer en el momento de contraer matrimonio, del matrimonio *in fieri*. Podríamos hablar de otros que se contemplan para el desarrollo de la vida en común, el matrimonio *in facto esse*.

Sólo mencionar, pues no es momento de profundizar en este tema, que sería posible realizar una interpretación de los distintos regímenes económicos matrimoniales y su evolución teniendo en cuenta lo que significan, no sólo para la protección de los bienes de la mujer sino también para garantizar su libertad a la hora de tomar estado³⁴. Me refiero a la dote, y especialmente en lo que se refiere a su restitución, al régimen de los bienes parafernales, o a algunas curiosidades de los derechos forales

34 Sobre este tema puede consultarse M. J. COLLANTES DE TERÁN Y DE LA HERA, El régimen económico del matrimonio en el derecho territorial castellano. Tirant lo Blanc, Valencia 1997, y también otros trabajos de la misma autora.

como las reglas que habrían de seguirse para dar la dote a hijas de diferentes matrimonios.

Permítaseme hacer una breve consideración acerca de la institución de la dote. Recientes estudios históricos la muestran como un obstáculo que las mujeres encontraban para contraer matrimonio; sin embargo, el hecho de que la mujer aportara al matrimonio una cantidad que le permitiera ser dueña de una parte de los bienes que sostenían a su familia puede considerarse un elemento que le garantizaba una cierta libertad. El hecho de que muchas instituciones proporcionaran dote a las muchachas casaderas corresponde no tanto a la función caritativa, sino a la promoción de un modelo de familia donde la mujer aportaba también económicamente. Siendo medidas que afectaban no a la constitución del matrimonio sino a sus efectos, no ha correspondido al Derecho de la Iglesia su regulación. Pero también es posible indagar en las raíces de las instituciones del Derecho civil, especialmente del Derecho de familia, y encontrar elementos concebidos para proteger a la mujer dentro del matrimonio; aunque en ocasiones la evolución de estas mismas instituciones les haya podido hacer perder su primitiva finalidad.

III. FEMINISMO, MASCULINISMO Y MATRIMONIO; ALGUNAS CONSIDERACIONES A MODO DE CONCLUSIÓN

Tras este recorrido en el que he pretendido, a grandes rasgos, destacar en qué medida nuestro derecho ha ido configurando la institución matrimonial, y analizar esas diversas perspectivas que desde la propia etimología de la palabra se nos ofrecen, creo que es oportuno concluir sintetizando algunas ideas sobre lo dicho hasta aquí.

En primer lugar, corresponde dar respuesta al interrogante ¿está en crisis el matrimonio? Seguramente la respuesta correcta es sí, pero el que una institución esté en crisis no es intrínsecamente malo, es simplemente un reto nuevo del que la institución debe salir reforzada. Quintiliano Saldaña señalaba que el feminismo se convertía en motivo de crisis del matrimonio y lo decía en 1912. A lo largo del s. XX el papel de la mujer en la sociedad ha cambiado, y hay que concluir que ha cambiado a mejor. Seguramente la incorporación de la mujer al trabajo, especialmente a los

trabajos más cualificados, gracias a su acceso generalizado a la enseñanza universitaria; la independencia económica que desde entonces han alcanzado con respecto a sus padres; las nuevas tecnologías que han ido facilitando las tareas domésticas, etc. son factores que rompieron la rutina de la institución y buscaron nuevos caminos al matrimonio. Poco a poco se generaliza el matrimonio a elección de los contrayentes y no tanto de sus familias. Se establece una nueva distribución de las tareas entre el hombre y la mujer, que se corresponde con las que desarrollan ambos en la sociedad posindustrial, ahora quizás en la sociedad de la información. En efecto, el cambio ha venido dado por la crisis que provoca el feminismo, si entendemos como tal la nueva y mejor situación de la mujer en la sociedad; pero sucede que también se ha pretendido solucionarlo con el masculinismo, llamando así a una tendencia a hacer de la mujer una imitadora de los roles masculinos, que la llevan a tener como objetivo no tanto a ser una nueva mujer, sino a ser igual a como el hombre ha venido siendo en una fase anterior. Si se entiende así verdaderamente es difícil sostener que exista matrimonio entre un hombre y una mujer que se ve obligada a actuar como un hombre.

En este punto resulta esencial hacer hincapié en el sentido de la mujer como madre pues, volviendo a la etimología de la palabra matrimonio, hay que recordar que en ella aparece la raíz latina *mater* y no *mulier*. La maternidad, que es distinta, aunque igual que importante que la paternidad, caracteriza a la mujer, y lo hace incluso cuando por una u otra razón ésta no ha tenido hijos, del mismo modo que el matrimonio lo será haya o no descendencia. Antes, el papel y la tarea de la madre se limitaba al hogar, ahora existe la posibilidad de que se extienda a toda la sociedad, a esos lugares en los que antes no se encontraban las mujeres. Es delicado sacar conclusiones sobre este tema cuando habitualmente nos encontramos con respuestas dadas desde la ideología de género, que ve en la maternidad una rémora para el desarrollo de la personalidad femenina; o desde las que, para contrarrestarlas, propugnan un ideal retorno de la mujer a un papel interno en su hogar, sin tener en cuenta que una mujer en el s. XXI está en excelentes condiciones de aspirar a tener un papel relevante en la sociedad pública, su papel.

Ante este feminismo ¿dónde queda el papel de la institución matrimonial? El Derecho debe velar para que todas las personas, hombres y

mujeres, ejerzan el derecho que tienen a unirse en matrimonio con la persona del sexo opuesto que cada una desee, garantizando, muy especialmente la libertad de cada uno en esa personalísima elección. Pero no puede ni crear un nuevo concepto de matrimonio, ni establecer normas que obliguen a las personas a casarse o a dejar de hacerlo, o que las obliguen a contraer matrimonio con una persona determinada. La crisis actual del matrimonio tiene dos orígenes diferentes. De un lado el empeño del Estado en legislar en materia matrimonial, y de otro el no saber reconocer que la institución del matrimonio, al menos en nuestro sistema jurídico romano-germánico influenciado por la legislación canónica, ha supuesto una excelente ayuda hasta ahora para la mujer, pues ha configurado una institución que ha velado por sus intereses económicos, por ejemplo a través de la creación de la denominada sociedad de gananciales o el establecimiento del usufructo del cónyuge viudo, y qué en momentos en los que la libertad de la mujer para elegir el matrimonio peligraba supo adaptar jurídicamente la institución para protegerla.

¿Es hoy menos necesario el matrimonio si la libertad de la mujer es actualmente menos vulnerable? Éste podría ser un planteamiento que avalara lo anticuado de la institución, entonces ¿qué garantiza con prioridad hoy la institución matrimonial?³⁵ La respuesta es que garantiza la igualdad de derechos del hombre y la mujer en la relación de convivencia matrimonial que ellos libremente han establecido en lo que se refiere a sus efectos a terceros, y en su caso a la disolución de esta sociedad. Esto es lo que en Derecho canónico se ha denominada tradicionalmente los efectos meramente civiles del matrimonio, que corresponde determinar al estado. Lógicamente el estado también tendrá que regular los efectos civiles de cualquier otro tipo de convivencia, y lo debe hacer para proteger los derechos de todos sus ciudadanos, pero no necesariamente ampliando el concepto matrimonio, para incluir en éste otros supuestos de vida en común con el fin de aplicarles los efectos jurídicos previstos para el primero.

35 «El asunto del debate de la opción matrimonial, como institución protectora de los derechos de la mujer, me parece apasionante, por novedoso y atrevido, a la vez que poco entendido». A. ACEDO PENCO, *Derecho al honor y libertad de expresión, asociaciones, familia y herencias. Cuestiones jurídicas actuales*. Dykinson, Madrid, 2008, p. 152

Redescubrir hoy el matrimonio es una tarea apasionante para quienes lo estudian desde una u otra disciplina. Entenderlo conociendo bien su origen y su evolución, pero adaptando el papel de los cónyuges a los roles del hombre y mujer en la sociedad actual puede resultar muy importante, sobre todo para quienes desconociendo las ventajas del matrimonio hablan de la excelencia del amor sin matrimonio o de amor libre. El compromiso jurídico que nace libre y para siempre ofrece un gran atractivo pues como dijo Juan Pablo II y recordaba el Papa Francisco, hace ahora cinco años, en *Amoris Laetitia* «quien no se decide a querer para siempre, es difícil que pueda amar de veras un solo día»³⁶.

Aurora M^a LÓPEZ MEDINA

Universidad de Huelva

ORCID: 0000-0002-6210-9285

36 FRANCISCO, Exhortación Apostólica Postsinodal *Amoris Laetitia*, n.319.