

EL MATRIMONIO INFORMAL
(NADIE PUEDE QUERER, LO QUE REALMENTE QUIERE,
SIN QUERERLO) (*)

Luis Arechederra
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Navarra (España)

El 11 de noviembre de 1563, tras una ardua discusión en la Sesión XXIV del Concilio de Trento, se aprobó el Decreto "Tametsi". Por esta disposición conciliar, la forma, la celebración del matrimonio según unos ritos, pasaba a ser condición de validez del matrimonio. Quiere esto decir que hasta esa fecha —tanto tardía, segunda mitad del siglo XVI— coexistió, junto al matrimonio celebrado con mayor o menor pompa u ostentación, el llamado matrimonio clandestino. Cómo es posible que tardase tanto la Iglesia en erradicar una práctica cargada, en su propia calificación, de connotaciones peyorativas.

La razón es tan consistente como actual: la enorme consideración que, tanto en el mundo eclesiástico como en el civil, había adquirido la voluntad constitutiva de las personas implicadas en aquello que acordaban. Es decir, la clandestinidad contaba con un formidable aliado. De tal manera que la autoridad se sentía desautorizada para desautorizar "lo clandestino".

La experiencia acumulada a través de siglos permitió que un principio organizativo —la forma— compartiese con el consentimiento la *vis* constitutiva. Teniendo en cuenta que el matrimonio importa, además de a los contrayentes, a esa sociedad en la que los mismos pretenden presentarse como marido y mujer, conviene también conceder la palabra a esa sociedad, que entonces se confundía con la Iglesia.

Cuando el movimiento secularizador alcanzó al matrimonio, el Estado recibió una institución consolidada y decantada a lo largo del tiempo. Bastaba traducir lo canónico en civil poniendo una inequívoca señal de identidad civil: la disolubilidad de lo indisoluble. Tardíamente, España fue un ejemplo acabado de dicho proceso. En 1870, el entonces Ministro de Gracia y Justicia Montero Ríos, conocido profesor de Derecho canónico, logró promulgar como provisional la primera ley sobre matrimonio civil. Eso sí, dicho matrimonio si bien obligatorio —única forma de alcanzar el estado civil de casado— se configuraba como indisoluble. La experiencia fracasó, si bien la institución —matrimonio civil— quedó definitiva, aunque precariamente recogida en nuestro ordenamiento civil. De esta forma fue posible que el Código Civil (1889) lo recogiese, siguiendo el dictado de la Ley de Bases para la redacción de dicho cuerpo legal de 11 de mayo de 1888, que en su base 3ª se ocupó de la cuestión matrimonial.

* Nota del Editor: Se publica, con la autorización del autor, este ensayo realizado sobre la base de la actual legislación matrimonial española y que ilustra acerca de las hondas e insospechadas consecuencias que sobre la misma concepción jurídica del contrato matrimonial produce la consagración legal de su disolución por ruptura de la convivencia conyugal.

Algo ha llovido desde entonces: la Restauración con su colofón final en forma de dictadura, la segunda república –con una importante incidencia en la concepción del matrimonio y de la familia–, el régimen del general Franco que trataría en vano religar con el antiguo régimen –frenar la historia–, llegando así a la legalidad vigente constituida, fundamentalmente, por la Constitución de 1978 y la regulación que del matrimonio hace el Código Civil tras la reforma del 7 de junio de 1981.

La legalidad vigente ofrece, en mi opinión, una única disciplina del matrimonio (obviamente civil), al que puede accederse, utilizando formas de celebración, tanto laicas como religiosas (católica, judaica, evangélica, islámica). Esa única disciplina concibe el matrimonio como disoluble, ya sea como efecto reflejo de la propia Constitución (Auto del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1979), ya sea a través de la regulación del divorcio en el Código Civil (artículo 85).

Hay instituciones jurídicas que se explican desde los fines que persiguen; desde lo que, con mayor o menor acierto, se denomina naturaleza jurídica o, por último, desde su régimen de nulidad o disolución. El matrimonio civil –cosa de dos– ha perdido una teleología precisa. Probablemente la razón de su privatización sea, precisamente, trasladar la institución, desde un ámbito de fines y funciones transpersonales, a una fórmula de convivencia y complementariedad. Considerar la institución desde la óptica de su naturaleza jurídica implica adentrarse por sendas tan tortuosas como inútiles.

El régimen de nulidad puede dar cuenta de su contextura técnica. Pero lo que realmente aporta algo a la comprensión del matrimonio, tal como hoy se lo concibe, es la regulación del divorcio. Ciertamente, esta última no es un modelo de claridad. La redacción del Código Civil en este punto sufre las consecuencias de la utilización de un lenguaje un tanto críptico. Se trataba de decir lo que se quería decir sin desdecirse de compromisos adquiridos por razones políticas. Por ejemplo, no se admitirá el divorcio por mutuo acuerdo: posibilidad constitucionalizada en 1931 y que hoy, cuando dicho acuerdo se alcanza, el divorcio se canaliza de forma no contenciosa, siendo posible la misma representación (procurador) y asistencia técnica (abogado) para los dos cónyuges.

Dejando de lado, como causa de divorcio, “la condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes”, puede afirmarse que el mismo, el divorcio, se estructura sobre un dato de experiencia: el cese efectivo de la convivencia conyugal.

La virtualidad disolutiva de dicho dato se organiza combinándola con el factor tiempo. Este último varía en razón de otras circunstancias concurrentes con el cese efectivo de la convivencia conyugal: más o menos tiempo según la entidad de dicha circunstancia (separación previa, declaración de ausencia). Pero, en último caso, el solo cese de la convivencia conlleva la disolución del matrimonio. Ciertamente, el factor tiempo pasa de uno o dos años a cinco. Ahora bien, transcurridos esos cinco años, no hay autoridad humana que pueda oponerse a la disolución, aunque ese cese efectivo de la convivencia vaya acompañada de unos hechos que conviertan el resultado en injusto para uno de los cónyuges.

Mucho se ha hablado de esta, así llamada, causa del divorcio: encubre un repudio, etc. A mí me dice mucho más lo siguiente. Transcurridos cinco años el juez constata, levanta acta –por así decirlo–, del fenecimiento del matrimonio. De igual manera que transcurridos diez años sin noticias de una persona la

declara muerta. Es cierto que en el primer caso se requiere una sentencia, y en el segundo basta un auto. Sin embargo, la diferencia de rango de la resolución judicial no varía su contenido.

Inevitablemente surge la siguiente pregunta: ¿están los cónyuges obligados a vivir juntos? Según el artículo 68 del Código Civil, sí. Para la cultura actual, dicha exigencia resulta extraña. El matrimonio no implica sujeción, sometimiento a un imperativo categórico. Por otro lado, los comportamientos familiares son difícilmente reconducibles a las categorías jurídicas usuales. En cualquier caso, resulta chocante que el reiterado incumplimiento de esta obligación conlleve su extinción con la consiguiente liberación de la misma. Las obligaciones se extinguen, en todo caso, por su cumplimiento. En el matrimonio se trataría de una obligación de tracto sucesivo que supone el contenido de una institución, por tanto exigible, en cuanto dicha institución esté en vigor. Paradójicamente el incumplimiento de dicha obligación se volvería contra la subsistencia del matrimonio. El contenido se revuelve contra el continente.

Dicha obligación únicamente es comprensible como una apelación a la responsabilidad personal, nunca como una imposición heterónoma, como una injerencia del poder en un ámbito estrictamente personal. Si un marido —harto de su mujer— se enamora de su secretaria, y se va del domicilio conyugal, dando un portazo, tras explicarle a su mujer cómo su estulticia aburre a un limaco, y la insulta para que se entere; transcurridos cinco años, a contar desde el portazo, el juez declarará el matrimonio disuelto.

Si la ausencia de *affectio maritalis* disuelve el matrimonio, quiere decir que dicha *affectio maritalis* es la que sustenta el matrimonio. A esto es a lo que me refería al decir que el matrimonio se entiende desde el divorcio. Evolucionando a lo largo del tiempo hemos llegado a un punto verdaderamente originario: el matrimonio como una situación de hecho. Ciertamente el comienzo no es fáctico, es ceremonial: conservamos secularizada, y por razones de orden, la forma que se afirmó como condición de validez en el siglo XVI.

Si posiblemente esto es así, por qué dar vueltas y vueltas al problema ya cansino de las uniones de hecho (más cursilmente parejas de hecho), y de sus posibles efectos, admitiendo unos, excluyendo otros, haciendo filigranas en el aire. Esas uniones, de hecho, son matrimonios. Obviamente cuando se dan las condiciones necesarias para el matrimonio: edad, discernimiento, libertad nupcial, ausencia de impedimentos. Pero, cómo van a ser matrimonios si no están casados. Con la Iglesia hemos topado, amigo Sancho.

Cierto canonista explica que el Decreto "Tametsi" de Trento acabó con el prejuicio consensualista. A lo que conviene añadir que a Trento debemos el prejuicio formalista. Ciertamente desconectado hoy del sacramento: como forma de un matrimonio civil. Desde Trento no somos capaces de disociar matrimonio de celebración matrimonial. Pero ello no supone que las vidas unidas informalmente no sean matrimonios.

Discernir qué es y qué no es matrimonio es algo que pertenece a la naturaleza de las cosas. No al legislador, ni tampoco a los que se unen informalmente.

Cuando uno y una —o una y uno— deciden vivir juntos de forma estable, tendencialmente perpetua o, al menos, indefinidamente, y que esta situación sea notoria, y se les tenga como tales, ése y ésa —o ésa y ése— están matrimonialmente unidos.

Las cosas son lo que son y no lo que las partes pretendan que sean. Y por supuesto al legislador –ese legislador que nos reconoce el derecho a la vida, a asociarnos y a ir al cine– nadie le ha dado vela en este entierro.

Me ocuparé de ambos. Empezando por los que ya son cónyuges aunque no lo sepan o no les guste. De ellos se dice, con la óptica viciada de las uniones de hecho, “que lo que quieren es la ausencia de toda norma. Y que, por consiguiente, si el legislador reglamentase donde los contrayentes no quieren ninguna regla, estaría infringiendo una voluntad que acaso constituye o es expresión de unos derechos de la personalidad” (Lacruz Berdejo).

Acerca de esto conviene señalar –y mal le pese a Napoleón y su famosa frase– que a los humanos nos ha sido dado el constituirnos al margen de la legislación, pero no al margen del Derecho. Lo primero es posible y desde Cádiz frecuente. Lo segundo es sencillamente imposible. Pretender que entre dos convivientes, además de una corriente afectiva, no se da una comunicación jurídica, no incluso, sino sobre todo de orden personal, es una memez. Memez a la que son más proclives las mentes jurídicamente trajinadas, auténticos odres viejos.

Y esa comunicación es matrimonial porque la expresión de la misma es matrimonial. De aquí el subtítulo de estas líneas. Nadie puede querer, lo que realmente quiere, sin quererlo. Esta errática pretensión es la que se nos quiere vender a través de la noción de uniones de hecho. Tal yuxtaposición de personas, jurídicamente opaca, debe expresarse mediante guiños. Y señalo esto porque desde el momento en el que se dan todas las exigencias necesarias y toda la riqueza humana que permita calificar, con una óptica natural, tal situación como matrimonial, no hay tal unión de hecho sino un auténtico matrimonio. De tal manera que no hay autoridad humana –sean las personas implicadas, sea el legislador– que pueda descalificar lo que Dios como creador dispuso y la naturaleza brinda. Para una mentalidad neopagana el encuentro heterosexual humano estable es matrimonio. Y de eso estamos hablando. El hecho de que nuestras pobres y mezquinas mentes razonen con el pie forzado del matrimonio como celebración constituye nuestra propia incapacidad para ver, constituye nuestro problema. Y es muy propio del ignorante trasladar a otros las propias carencias.

Ciertamente hay un obstáculo de mayor entidad. La sociedad no tiene por qué desdecirse de lo que ha logrado, de sus conquistas culturales: entre ellas, así sea por la senda de la Iglesia, el matrimonio como una relación que tiene un acto constitutivo del que todos tienen noticia, entre otras cosas porque los propios implicados lo desean y es conveniente para la organización social. Además parece razonable la reserva de ley que sobre el matrimonio establece el artículo 32.2 de la Constitución.

Se plantea así el problema de la relación naturaleza-cultura. ¿Puede esta última imponerse? De hecho, lo hace inevitablemente: la cultura presenta lo natural de acuerdo con unos parámetros que fluctúan en el tiempo. Cosa distinta es que la naturaleza cambie. De ahí que cuando se habla de que crece el número de uniones de hecho, de rechazo del matrimonio, lo que se nos indica es cómo presenta hoy la cultura la naturaleza. Y, al menos para mí, una cosa es clara, dicha presentación no es contra “natura” aunque sí contra ley. Pero como el soporte de la ley es cultural, nos encontramos con que la cultura le hace higas a la ley. De ahí que desde una óptica matrimonial quien se encuentra en cuestión, sometido a sospecha, no es la así llamada unión de hecho, sino el matrimonio según el patrón legal. Y a esto no hay quién le vuelva la espalda. El problema

no es qué hacemos con las uniones de hecho; el problema es, crecientemente, qué hacemos con el matrimonio legal en el que no creen las "folclóricas" (Isabel Pantoja, Rocío Jurado). El matrimonio-sacramento y el matrimonio informal son las dos versiones culturalmente vigentes de matrimonio. Lo demás son "papeles". Muy respetables, por cierto, pero que tienen un público un tanto singular. Si para el creyente no hay otra unión matrimonial que la que se contrae ante Dios, para la mentalidad neopagana —culturalmente hegemónica— el matrimonio es una realidad natural que ni se enfrenta a nada, ni pretende marginarse respecto de algo. Hay una tercera opción entre lo sagrado y lo natural: la actitud agnósticamente cívica. He aquí la clientela del matrimonio civil formal. En mi opinión, una actitud con escaso futuro. Pero encaramada en el poder. Por ejemplo, en el Tribunal Constitucional. Recientemente, como intérprete de la Constitución y servidor de la legalidad, ha tratado de que comprendamos algo que resulta difícil aceptar. En su sentencia de 28 de febrero de 1994 considera constitucionalmente correcto discernir el concepto de viuda a partir de la formalización o no de la relación afectiva. De este modo no considera viuda a quien convivió con el difunto desde 1934 hasta el 5 de octubre de 1989. Según esto, una convivencia informal durante cincuenta y cinco años, que muestra tanto fidelidad como convicciones (anarquismo), carece de la consistencia matrimonial que se reconocería, por ejemplo, a la tercera secuencia sentimental de Isabel Preisler.