

FORTALEZAS Y DEBILIDADES DEL DERECHO DE FAMILIA CONTEMPORÁNEO

Liber amicorum
en Homenaje al Profesor Carlos Lasarte Álvarez

TOMO I

FÁTIMA YÁÑEZ VIVERO

BELÉN SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS

FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ MUÑOZ

ARACELI DONADO VARA

PATRICIA LÓPEZ PELÁEZ

ENCARNACIÓN ABAD ARENAS

(Directores)



INSTITUTO DE DESARROLLO
Y ANÁLISIS DEL DERECHO
DE FAMILIA EN ESPAÑA



UNIVERSIDAD
DE ALMERÍA

Grupo
"Derecho Privado y Comparado".
Universidad de Almería



PID2020-113083GB-I00

GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE CIENCIA
E INNOVACIÓN

RED 2021-130078B-I00

Proyectos MICINN
"Ejes de la Justicia en tiempos de cambio"
(Ref. PID2020-113083GB-I00) y
"Transición Digital de la Justicia"
(Ref. RED 2021-130078B-I00)



Dykinson, S.L.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

Diríjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 917021970/932720407

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos

© Copyright by
Los autores
Madrid, 2023

Editorial DYKINSON, S.L.
Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 915442846 - (+34) 915442869
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN (obra completa): 978-84-1170-164-8

ISBN (Tomo I): 978-84-1170-218-8

Depósito Legal: M-13581-2023

ISBN electrónico: 978-84-1170-563-9

Preimpresión:

Besing Servicios Gráficos, S.L.
besingsg@gmail.com

Imprime:

Safekat, S.L.

NOTAS SOBRE EL IMPACTO DE LOS DISTINTOS REGÍMENES DEL DIVORCIO SOBRE EL CONCEPTO JURÍDICO DEL MATRIMONIO

LUIS HUMBERTO CLAVERÍA GOSÁLBEZ

Colaborador Honorario de la Universidad de Sevilla

Deseo iniciar estas sencillas notas sobre un arduo tema aludiendo a la persona a la que van dedicadas: Pedro Carlos Lasarte Álvarez, un gran amigo desde nuestra juventud y digo “nuestra” porque sólo nos distanciamos cuatro meses en edad, siendo él el más joven. De Carlos (prescindo de su primer nombre, pues a él le sucede como a mí, casi todo el mundo me conoce por el segundo) se puede decir muchísimo: una de las primeras autoridades de nuestra generación en el cultivo del Derecho Civil, un hombre lleno de inteligencia, simpatía e iniciativa y uno de mis amigos desde años demasiado lejanos, tanto en España como en Italia, incluso durante unos meses compañero de piso y, durante toda la vida, de inquietudes y preguntas. Para ti, Carlos, toda la felicidad que mereces.

A diferencia de lo que ha hecho el Prof. Lasarte como investigador y escritor jurídico, que ha cantado todo tipo de óperas, desde Donizetti a Puccini, esto es, ha escrito sobre toda la materia jurídico-civil, y, encima, indignantemente bien, yo he ejercido como un tenor de ámbito más restringido, ciñéndome sustancialmente al Derecho de Obligaciones y Contratos, aunque haya publicado alguna que otra obrita sobre otros campos: uno de ellos ha sido un campo muy lasartiano, el Derecho de Familia. Y, dentro de él, vengo preguntándome, desde 1983, pasando por 1996 y por 2007, qué es eso que se llama matrimonio y en qué consiste. Desechada relativamente pronto la participación de la cigüeña en la llegada de niños al mundo, sí vinculé, no obstante, siempre la filiación al matrimonio, como más adelante se verá.

El concepto sociológico del matrimonio ha cambiado a través de los siglos y de las culturas, siendo configurado por influencias económicas, religiosas y jurídicas: desde la comuna al vínculo indisoluble entre hombre y mujer, pasando por la poligamia (tanto en su modalidad de poliandria como en la de poliginia), el ma-

trimonio disoluble por divorcio causalizado (por conducta antijurídica de uno de los cónyuges o sin ella), el matrimonio disoluble por mutuo consentimiento, el disoluble por decisión unilateral sin necesidad de causa, el caracterizado por la desigualdad jerárquica entre uno y otro cónyuge, el caracterizado por lo contrario, el homosexual, etc., la figura ha experimentado tantos cambios que es imposible, a mi juicio, inducir un concepto unitario que la defina, pues, más que figura, es un nombre, por cierto impregnado de una de las concepciones mencionadas, “carga para la madre”. Pretendo en el presente ensayo pronunciarme sobre el concepto de matrimonio en el Derecho Civil español vigente. No es, por tanto, objeto de las presentes líneas, el matrimonio canónico, regulado en los cánones 1055 y ss. del vigente Código de Derecho Canónico: sobre su concepción de las materias, que, respecto del matrimonio civil, se abordarán en este ensayo, véanse especialmente sus cánones 1055, 1056, 1057 y 1084. Dentro del Derecho español, nuestra Constitución (en adelante, CE), en su art. 32, núm. 1, establece que “...El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”, reservando la regla 8ª del núm. 1 del art. 149 de nuestra Ley Fundamental a la competencia exclusiva del Estado el régimen personal, no el patrimonial, del matrimonio, pudiendo regular los Parlamentos de las Comunidades Autónomas que, en el momento de la entrada en vigor de la Constitución, tuviesen Derecho Civil foral o especial, los aspectos patrimoniales de la vida conyugal.

Pretendo, por tanto, indagar qué es hoy el matrimonio en Derecho español. Para responder a esta pregunta debemos consultar preferentemente los arts. 42 y ss. de nuestro vigente Código Civil (en adelante, CC), preceptos alterados varias veces desde 1889, Pero creo que, para plantear inteligiblemente el problema, es necesario previamente hacer referencia a los dos modelos que, a lo largo de la Historia, los diversos Ordenamientos jurídicos han empleado para enfrentarse al problema de la vinculación de la mujer con el hombre en relación con los hijos que nazcan de aquélla. Aclarado esto, aludiré a algunos otros aspectos que afectan al concepto más o menos recientemente, como la distinción jerárquica entre sexos, la presencia de terceros o más partícipes, la exigencia de posibilidad de relación sexual o la unión homosexual como matrimonio, esto es, la posibilidad de que dos mujeres o dos hombres sean cónyuges entre sí: estos aspectos también percuten sobre el concepto de matrimonio, pero creo que lo sustancial es el punto relativo a esos dos modelos, caracterizados por el modo de disolubilidad del matrimonio: según sea el régimen del divorcio, el matrimonio será jurídicamente una cosa u otra. Expongamos brevemente, como ya hice en otros escritos, esos dos modelos.

En una determinada fase de la Prehistoria o de la Historia el ser humano descubre que el embarazo de una mujer es consecuencia de haber realizado el acto sexual con un varón. Consecuentemente, las autoridades de esos grupos o tribus, influidos por la convicción de que las consecuencias de un hecho deben recaer sobre todos sus autores, optan por responsabilizar al hombre que actuó sexualmente de la

manutención, de la seguridad y de la educación del niño o de la niña nacidos de la mujer participante. Para facilitar e incluso automatizar la identificación del padre, se decide obligar a la mujer a comunicar al responsable de la comunidad o tribu el nombre del varón con el que decide convivir (o con el que el padre o la madre de dicha mujer han decidido que conviva), suprimiendo así la engorrosa y conflictiva tarea consistente en lo que luego se denominaría “investigación de la paternidad”. A esa comunicación al responsable del grupo, a la autoridad, del hombre escogido se la convirtió en una institución básica de la sociedad y, en un área geográfica extensa, se la ha venido llamando durante siglos “matrimonio”, palabra llena de intenciones, en cuanto que denotaba asignación de diferentes funciones; pero lo esencial era la detección del autor del embarazo: *pater est quem nuptiae demonstrant*, decían los textos romanos. Fuera de las nupcias, la averiguación o la determinación del varón autor del embarazo era más difícil. El matrimonio (*mariage, marriage, Ehe*), instrumento para identificar nítida y automáticamente al padre y vinculado a la filiación paterna (*mater semper nota est*), deviene asimismo un instrumento estabilizador de la sociedad, en cuanto que, ya operativo, distribuye funciones y transmite valores.

Dicho cometido de la figura acontece en la Historia mediante dos fórmulas jurídicas diferentes: la que podríamos denominar el matrimonio como acto jurídico permanente y la que llamaríamos el matrimonio como acto jurídico vinculante. Se trata de expresiones que inventé en 1983 y que son útiles para transmitir las ideas que ahora nos ocupan.

El primer modelo, que viene a coincidir muy aproximadamente con el régimen romano previo al influjo del Cristianismo sobre el Derecho romano, se aplica tanto al matrimonio *cum manu* como al matrimonio *sine manu*. El matrimonio no surge por el consentimiento inicial, sino que es necesario el consentimiento continuo y permanente, de modo que, cuando falta sobrevenidamente la intención de ser marido y esposa (*affectio maritalis*), cesa el matrimonio. Esta concepción del matrimonio se halla estrechamente relacionada con la manera de entender el divorcio, que, lejos de ser la ruptura de un vínculo controlada y permitida por la autoridad, se nos aparece como la extinción de la relación conyugal al cesar la citada *affectio maritalis*: el divorcio, según esta concepción, no es la ruptura de un vínculo, sencillamente porque no existe vínculo; hay matrimonio mientras hay *affectio* entre el hombre y la mujer, mientras quieren permanecer casados: no se trata de que se casen el día X del año Y y de que, a partir de entonces, queden insertos en una relación duradera de la que sólo pueden escapar en determinadas condiciones y con necesarias aprobaciones, sino que siempre están prestando consentimiento y no están cumpliendo deberes derivados de un consentimiento previo, como acaece en el otro modelo; más que estar *casados*, están continuamente *casándose*, el gerundio mantiene al participio. Sus actos, en teoría (otra cosa es lo que sucediera realmente

en un sistema tan desigualitario como el romano), son producto de sus sentimientos y de sus voluntades libres, no de su decisión de cumplir un deber.

Frente a este modelo cabe hablar de un matrimonio como acto jurídico vinculante, que denominé en mis anteriores escritos “hebreo-cristiano”. Según esta concepción, el matrimonio es un vínculo: juristas y moralistas que elaboraron y construyeron así nuestra figura descompusieron el evento matrimonial en dos fases: 1ª) Creación del vínculo mediante el acuerdo. 2ª) Cumplimiento de dicho acuerdo.

La primera fase es instantánea: consiste en una declaración de voluntad de los contrayentes, sometida o no a una determinada forma, acompañada o no de una relación sexual; algunos autores la llamaron contrato, pero otros, muy intencionalmente, rechazaron esa denominación que, a su juicio, podía indicar una para ellos inconveniente o inaceptable libertad de los esposos para regular o incluso disolver por mutuo consenso la relación, existiendo asimismo autores que concebían el contrato como una figura jurídica de contenido primordialmente económico; para regular el régimen de bienes de cada vínculo ya existían las capitulaciones matrimoniales o fórmulas semejantes.

La segunda fase es duradera, no sucede en un instante, sino en un previsiblemente largo periodo de tiempo. Es una relación estable, indisoluble o sólo controladamente disoluble, en la que los cónyuges ejercen derechos y cumplen deberes (el *débito* conyugal y otras obligaciones en un sentido más o menos amplio). En tal sentido he hablado en algunas intervenciones y publicaciones, del amor como acto debido, como *pago* en sentido técnico, lo que casi inevitablemente generará consecuencias perversas para la pervivencia del sentimiento amoroso, consecuencias que poco importan a muchos de los autores defensores de este modelo, más interesados en obtener, mediante el matrimonio, un modo de sociedad juridificada y jerarquizada que en canalizar sentimientos, pues, si bien la estabilidad de la unión es un bien para la familia y particularmente para los descendientes, el efecto beneficioso se frustra muy frecuentemente si dicha estabilidad viene impuesta. Carece de sentido obligarse a tener o a mantener un sentimiento, pues éste, en gran medida, no depende de la voluntad; o, alternativamente, a mantener una relación que requiere la persistencia de ese sentimiento, subsista o no éste; tiene sentido que yo me obligue a pagar a A mil euros o a repararle un frigorífico; pero no a amar a A o a vivir con ella como si la amase aunque no la ame: con la mentalidad igualitaria y personalista de hoy, su autoestima difícilmente lo soportaría.

Pero reparemos en un hecho clave: el modelo hebreo-cristiano se define por la existencia de vínculo, disoluble o indisoluble, concurriendo tanto en el caso extremo del matrimonio indisoluble canónico como en el aparentemente opuesto del disoluble por mutuo consentimiento o por el acaecimiento de causa de divorcio (adulterio, malos tratos, abandono, etc.), pues en todos estos supuestos un cónyuge

necesita o el consentimiento del otro o el acaecimiento de un hecho al menos en parte ajeno a él para evadirse de la relación conyugal que evidentemente *le vincula*.

Expuestos sucintamente los dos modelos, no olvidándome de advertir que cada uno de ellos presenta variantes, paso a pronunciarme sobre el escogido por el legislador español actual, lo que aconseja recordar que a lo largo de la Historia nuestro Derecho ha evolucionado notablemente; prescindiendo de etapas anteriores a la existencia de España como Estado (en sentido amplio), recuérdese que desde el siglo XVI, por directa influencia tridentina, el matrimonio español, obviamente canónico, fue indisoluble, indisolubilidad que se traslada al primer matrimonio civil, instaurado en 1870, y que pasa, en 1889, a nuestro CC, cuerpo legal que mantiene la indisolubilidad hasta 1981, con la salvedad de la Ley del Divorcio (1932) de la Segunda República, texto derogado por el régimen de Franco. Por tanto, hasta entonces, modelo hebreo-cristiano en su modalidad más extrema, salvo durante la 2ª República, en la que, suprimiéndose la indisolubilidad, se instaura un divorcio causal o por mutuo consentimiento, lo que no significa cambio de modelo: el matrimonio continúa siendo un vínculo. Pero, a los efectos de este pequeño ensayo, es imprescindible, además de recordar el art. 32 de nuestra actual Constitución, concentrar nuestra atención en la Ley 30/1981, de 7 de julio, que contempla un complejo divorcio que se regula como una figura combinada con la separación de los cónyuges, podríamos decir que, con alguna excepción, como una continuación de ella o de una larga separación de hecho (identifiquemos “cese de la convivencia” con dicha separación fáctica); pero sustancialmente, y prescindiendo de los plazos de la separación de hecho, se trata de un divorcio que se produce o por mutuo consentimiento o por la concurrencia de una causa que, salvo en algún caso, no consiste en una conducta antijurídica de un cónyuge, sino en la comprobación de la ausencia de relación afectiva y sexual de los cónyuges; esto es, no estamos ante lo que se denominó un “divorcio-sanción”, sino ante un “divorcio-ruptura”. Adviértase que, aun así, el modelo continuaba siendo el mismo: se mantenía el vínculo, un cónyuge no podía deshacerse por sí solo de esa relación.

Pero el modelo cambia radicalmente por obra de la Ley 15/2005, de 8 de julio, que, reformando la antes citada redacción del CC de 1981 y en línea con mis ideas publicadas, como dije, desde 1983, salta al modelo romano.

En efecto, el nuevo art. 86 del CC promulgado en 2005 establece:

“Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81.”

El art. 81, a su vez retocado en parte por la Disp. final 1ª de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, y por el art. 2, núm. 7, de la Ley 8/2021, de

2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, dispone:

“Se decretará judicialmente la separación cuando existan hijos menores no emancipados o hijos mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores, 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.”

Esto significa que en el Derecho vigente uno de los cónyuges, con alguna leve matización temporal, puede decidir la disolución del matrimonio sin el consentimiento del otro cónyuge e incluso contra dicho consentimiento: el precepto expresa con total claridad que, ante la solicitud del cónyuge, se decretará judicialmente el divorcio, no pudiendo el juzgador oponerse a dicha solicitud, ni condicionarla. El efecto sobre la naturaleza del matrimonio es fulminante: éste deja de ser un vínculo, uno u otra están casados mientras lo desean, siendo irrelevante, a efectos civiles, la permanencia del vínculo canónico si las nupcias fueron contraídas ante la Iglesia Católica. Esta reforma introduce el modelo que yo denominé “romano” desde 1983 y que reputé el más acorde con las necesidades frecuentemente surgidas de la situación objeto de análisis. Recuerdo que el entonces principal partido de la oposición reputó a este matrimonio instaurado por el CC en 2005 como “contrato basura”, ignorando que precisamente no era un contrato y que la basura solía acompañar previsiblemente al hecho de que lo fuera.

Ya tenemos un elemento clave para intentar una definición de la figura según el Ordenamiento español: el acto jurídico del matrimonio no constituye un vínculo, pero sí una situación con algunas consecuencias, las de los arts. 66 y ss. de nuestro CC, cuya naturaleza excede del objetivo del presente ensayo, y, no lo olvidemos, con las consecuencias contempladas en los arts. 108 y ss. del mismo cuerpo legal: el hijo de una mujer casada se reputa automáticamente asimismo hijo del marido (arts. 115 y ss.) sin necesidad, en principio, de reconocimiento ni de investigación

de la paternidad. Como se dijo, ello enlaza con los orígenes más remotos de la figura del matrimonio, en principio vinculado a la determinación de la filiación.

Lo dicho me obliga, como me obligó en 2007, en el Anuario de Derecho Civil, a suscitar un problema surgido como consecuencia de la otra gran reforma relativa al matrimonio acaecida en 2005: la que permite el matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo; aunque el antes mencionado art. 32 de la CE suscita algunas dudas acerca de la constitucionalidad de dicha figura, el nuevo art. 44 del CC, en su redacción impuesta por la Ley 13/2005, de 1 de julio, establece lo siguiente:

“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.”

El Tribunal Constitucional declaró la constitucionalidad del transcrito párrafo 2º en sentencia 198/2012, de 6 de noviembre.

Obsérvese que, a pesar de que el texto del citado párrafo dice que el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos independientemente del sexo de los contrayentes, el legislador, como no tiene más remedio que reconocer la Exposición de Motivos, desmiente lo dicho en los arts. 115 y ss. del CC, sencillamente porque la determinación automática de la paternidad no puede regularse de igual modo si uno de los cónyuges es hombre y el otro mujer que si se trata de dos hombres o dos mujeres; en el primer caso ninguno de ambos puede quedar embarazado; y, en el segundo, el embarazo de una de las mujeres no puede atribuirse a la actuación sexual de la otra. La determinación de la filiación separa indefectiblemente ambas figuras, lo que nos conduce a que es cuestionable encajar en una sola figura jurídica dos subfiguras con tratamiento jurídico diverso, pues en el supuesto del matrimonio entre personas del mismo sexo la filiación debe determinarse de una manera diversa de la contemplada en los arts. 115 y ss. del CC.

¿Significa esto que el matrimonio homosexual (no debemos llamarlo “igualitario”, pues igualitarios son todos *ex art. 14* de la CE) no debe considerarse matrimonio? Técnicamente hay argumentos, que ya conocemos, para defender esa tesis, pero yo me muestro partidario de mantener el mismo nombre para los dos tipos de uniones: utilizar el nombre de matrimonio para las uniones entre personas del mismo sexo puede ser un buen instrumento para preservar la dignidad de ese colectivo, al no excluirlo de la fórmula más representativa para canalizar la afectividad y la solidaridad en el ámbito privado. Y, si mantenemos tal denominación para las uniones homosexuales, como hace el mismo CC, llegamos a una importante conclusión: la presencia de personas de distinto sexo deja de ser un elemento definitorio de la figura del matrimonio.

Ni el vínculo ni la heterosexualidad son, por consiguiente, ingredientes necesarios del concepto de matrimonio inferible del actual Derecho positivo español.

Debo, llegados a este punto, añadir otra cuestión al respecto: ya en la reforma de 7 de julio de 1981 el legislador español no alude al hecho sexual como elemento del concepto de la figura que regula el CC en sus arts. 42 y ss. Y la impotencia del varón no aparece como impedimento ni causa de nulidad del acto constitutivo en cuestión. Dejo a sexólogos, ginecólogos y andrólogos la cuestión técnica de si sexualidad e impotencia son compatibles, problema intensificado tras la reforma, que acabamos de abordar, de 1 de julio de 2005, pero ya planteable antes. Sea o no así, me parece casi indudable que ya el legislador de 1981 prescindió del ingrediente sexual como elemento comprendido en el concepto de matrimonio. ¿O lo dio por supuesto como elemento sociológico?

A la vista de todo lo cual, nos encontramos con que el concepto jurídico actual de matrimonio ya no comprende ni el vínculo, ni la sexualidad ni la heterosexualidad. Doy por sentado que el actual concepto de matrimonio excluye la presencia de más de dos personas y la autoridad de una sobre otra, por ser incompatibles, directa o indirectamente, con los arts. 10 y 14 de la CE. Considerando todo ello, ¿Cuál es el contenido de la figura? Cuando declaran que quieren casarse un señor de Carmona de 70 años de edad y una señora de Cotonú de 25 y todos sospechan que se trata de un matrimonio simulado para obtener algún efecto relativo a la nacionalidad o a la residencia, ¿Qué puede objetárseles para invocar una simulación? ¿Que realmente no desean casarse? Si yo declaro ante el funcionario competente que deseo contraer matrimonio con Julia o con Anselmo pero que no pretendo mantener ni con una ni con el otro relación sexual alguna y que pretendo divorciarme de una u otro en una semana y consta que ni siquiera hablamos un idioma común, ¿Estoy casándome? Cuál es el contenido mínimo necesario para que exista, según el Derecho español vigente, matrimonio? ¿Cuándo podemos decir que los pretendidos contrayentes mienten y nos hallamos, por tanto, ante una simulación? Recuérdese ese curioso anecdótico relativo a los exámenes o interrogatorios de cada pretendido contrayente acerca de las costumbres, creencias e informaciones del otro. Yo creo que, si ambos concuerdan en un proyecto de convivencia estable, hay voluntad de contraer matrimonio. Cosa distinta es que ulteriormente uno u otro se arrepienta, pero ello es irrelevante en el momento de la celebración de las nupcias. Habrá simulación si no se da el proyecto común de unión dotada de permanencia, como sabemos susceptible de ser interrumpida por decisión de cualquiera de ellos; querer casarse, en el Derecho positivo español vigente, es la decisión de dos personas físicas, del mismo o diferente sexo, de constituir una relación personal estable entre ellos. El matrimonio es el acto jurídico cuyo contenido es el de esa decisión.

Llegados aquí, ya podemos apuntar que nuestro Ordenamiento jurídico actual, a través de su régimen, “construye” este modelo de matrimonio. ¿Es este modelo deseable *de iure condendo*? ¿Mantiene la figura una entidad propia merecedora de tratamiento jurídico diferenciado? ¿Hacia dónde vamos? ¿Qué sociedad construiremos a través de tal instrumento? *Quid* del ambiente en el que vivirán los hijos?

Que sea acto jurídico permanente sí me parece un logro, ya sabemos a qué nos condujo el carácter jurídicamente vinculante de este acto. ¿Vamos hacia una frecuentemente necesaria y omnipresente investigación de la paternidad si no hay reconocimiento de hijos? ¿Se desvincula la filiación del matrimonio? Todo ello requiere una nueva reflexión. Sí me parece hoy defendible que, extinguida la estabilidad fáctica de la figura, no el proyecto de ella, dejan de tener sentido los llamados regímenes económico-matrimoniales comunitarios, como, por ejemplo, el régimen de gananciales: sólo el régimen de separación de bienes, más o menos rígidamente regulado por un contrato más cercano a los arts. 1254 del CC que a sus arts. 1325 y ss., podría atender provechosa y ágilmente a las necesidades que surjan: no parece sensato construir una casa sobre un camión. El *consortium omnis vitae* queda lejos.

Sirvan pequeños ensayos como éste para la apertura de un nuevo camino en la investigación. Sé que faltan respuestas, pero el lector sí tiene aquí a su disposición preguntas. Y la lectora tal vez más.