

EL DERECHO A LA VIDA CONYUGAL EN LA SOCIEDAD CONTEMPORÁNEA

Lorenzo Peña

Instituto de Filosofía, CCHS, CSIC

ABSTRACT: *The right to conjugal life is not just the faculty to enter marriage but a right to live in a dual league of adult individuals for mutual happiness, sharing the burdens and jointly enjoying life's blessings. It has a double face as both a freedom and a welfare right, although it is mainly the former. In order for it to be fully honoured the law has to provide an adequate frame, allowing and protecting the matrimonial union, correctly regulating the rights and duties it entails (without which the generic right to marry established in art. 16.1 of the Universal Declaration of Human Rights would become empty). Spanish legislation is far from abiding by that rule. In order to solve the problem, I propose a reform supplying a scale of matrimonial covenants with several degrees of reciprocal compromise. Unfortunately my advice will certainly be ignored by the the law-giver.*

KEY WORDS: *Conjugal life; marriage; freedom rights; welfare rights; legal provisions; legal protection; conjugal duties; legislative reform; degrees of compromise.*

1. EL *IUS CONUBII* COMO DERECHO FUNDAMENTAL DEL SER HUMANO

Los derechos humanos son aquellos derechos universales de todos los miembros de nuestra especie cuyo ejercicio resulta lícito en virtud de una norma de derecho natural. Son, pues, perpetuos, incondicionales, inalienables, irrenunciables e imprescriptibles.

Cualquiera que sea el fundamento que se proponga para esos derechos, cualquiera que sea su clasificación y eventualmente su jerarquización con vistas a solventar los posibles conflictos entre ellos, algo ha de ser claro: esos derechos no deben ser muchos –o no deben ser demasiados en número– y, en cambio, deben ser, cada uno de ellos, de amplio espectro, refiriéndose a componentes esenciales de la vida humana (ya que los que no lo sean difícilmente gozarán de un rango que merezca la tutela de un derecho de las características indicadas). Dicho de otro modo: hay que evitar la inflación de los derechos

THE RIGHT TO MARRIED LIFE IN MODERN SOCIETY

RESUMEN: El derecho a vivir en pareja no es la mera facultad de contraer matrimonio, sino un derecho a vivir en una unión dual de individuos adultos para la felicidad mutua, compartiendo las cargas y disfrutando juntos de los goces de la vida. Tiene una doble cara de derecho de libertad y de bienestar, aunque es principalmente lo primero. Para respetarlo plenamente, la ley tiene que brindar un marco adecuado, que permita y ampare la comunidad matrimonial, regulando correctamente en ella los derechos y deberes concomitantes (sin los cuales se vaciaría el derecho genérico del art. 16.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos). La legislación española está lejos de respetar ese canon. Para solucionar ese problema, propongo una reforma que ofrezca una escala de pactos de vínculo conyugal, con diferentes grados de compromiso recíproco. Lamentablemente es seguro que el legislador no seguirá este consejo.

PALABRAS CLAVE: Vida conyugal; matrimonio; derechos de libertad; derechos de bienestar; provisiones jurídicas; protección legal; deberes conyugales; reforma legislativa; grados de compromiso.

humanos en cuanto a su número –y abstenerse de catalogar como derecho humano cualquier *desideratum* o cualquier aspiración válida en ciertos períodos o estados del devenir de nuestra especie, mas no en otro–. Tal vez haya situaciones históricas en que un derecho humano no pueda verse reconocido y libremente ejercitado más que muy restringidamente, pero tendencialmente cualquier derecho humano ha de corresponder a una reivindicación eterna de nuestra vida, que baste para tildar de injusto lo que impida su respeto.

Uno de los aspectos esenciales de la vida humana es la relación entre hombre y mujer. No surge en unas sociedades sí y en otras no, sino que es una faceta constante de nuestro ser individual y colectivo. En nuestra especie social esa relación da lugar a un modo particular de asociación, que es la de dos individuos –típicamente de distinto sexo– para una vida común, complementándose uno al otro y auxiliándose para afrontar la vida y buscar la felicidad. Es la pareja.

El derecho a vivir en pareja es el derecho a la vida conyugal. No es un mero derecho a contraer matrimonio, sino un derecho a vivir en matrimonio –o, más generalmente a vivir en una unión dual de individuos adultos para su mutua satisfacción y para la felicidad común compartiendo las cargas y disfrutando juntos de los goces de la vida–. Pocos derechos pueden tener un rango tan fundamental como éste, aparte del derecho a la vida, a la libertad de pensamiento, a contribuir al bien común y beneficiarse de él.

Este derecho a la vida conyugal es –al igual que lo son otros muchos– un derecho mixto, en parte de libertad y en parte de bienestar¹. Es un derecho básicamente de libertad porque su núcleo consiste en que a un par de individuos que, de común acuerdo, deciden vivir juntos de manera estable con un proyecto vital de compartir sus destinos, les sea lícito hacerlo, gozando de la protección pública contra estorbos o impedimentos coercitivos ajenos. Además el derecho al matrimonio acarrea otro anejo, que es el derecho a la intimidad matrimonial, que constituye una faceta singular del derecho de privacidad y que otorga a los cónyuges la facultad de estar a salvo de ingerencias ajenas en su vida hogareña y de pareja. En su cara de derecho de libertad, el derecho a la unión conyugal implica la facultad de entrar y la de no entrar, la de permanecer y la de no permanecer.

El derecho a la vida conyugal es, marginalmente, un derecho de bienestar porque su disfrute reclama también un hacer ajeno y no sólo un no-hacer o un no-perturbar. Desde luego reclama –como cualquier otro derecho de libertad– un hacer del poder público para salvaguardar el ejercicio de la libertad frente a los perturbadores. Pero accesoriamente el derecho al matrimonio también implica una reivindicación de bienestar compartido, de participación conjunta en el bienestar general de la sociedad, con lo cual su satisfacción requiere y reclama alguna ayuda social: facilidades de alojamiento, sistema de remuneraciones y subsidios, medios de movilidad y cualesquiera otros que sirvan para compatibilizar la vida familiar y laboral, así como medidas legislativas que aseguren esa participación en el bien común (normativa en materia de alimentos, herencia, patrimonio conjunto, prestaciones y prevención social).

Una particularidad del derecho a la vida conyugal es que su titularidad y su ejercicio son mixtos; implica ciertas

facultades de cada cónyuge y también de la pareja que forman como persona social. Es ésa una característica que comparte este derecho con el de asociación (del cual constituye un caso especial). En algunas de sus facetas es incondicional y en otras no. Es incondicional el derecho de la pareja a subsistir (porque la unión conyugal existente realiza y encarna un valor que goza del reconocimiento jurídico); también lo es el derecho de cada miembro a ingresar y permanecer en la unión conyugal mediando el consentimiento del otro.

Es condicional, en cambio, el derecho de cada cónyuge a deshacer el vínculo, porque su ejercicio entra en colisión con un derecho ajeno, el del otro cónyuge de permanecer en el vínculo matrimonial. Igual sucede con el derecho de asociación. Es libre formar una asociación y entrar en ella. Mas no puede ser incondicionalmente libre el derecho de unos socios de excluir a otro de la asociación, sino que, para que no colisione con el derecho de asociación, tal exclusión ha de ajustarse a unos cánones estatutarios y fundarse en causas objetivas regladas y tasadas. La particularidad de la unión conyugal –por su carácter dual o bímembre– es que, al separarse uno de los cónyuges, está simultáneamente expulsando al otro.

Al entrar en una asociación se contraen derechos y deberes. No reconocer esos deberes –incluyendo el de no expulsión del o los otros miembros– entraña no reconocer a esos otros miembros un derecho a permanecer en la asociación.

Todo eso nos muestra lo complejo que es el derecho a la unión conyugal y cómo su protección jurídica requiere una sabia y equilibrada dosificación, porque pueden surgir conflictos entre las diversas facultades que lo componen. Veamos ahora cómo se ha perfilado el reconocimiento del derecho a la unión conyugal en la positivación contemporánea de los derechos fundamentales del hombre.

El art. 16.1 de la DUDH de 1948 establece: "Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna (...) a casarse y fundar una familia". Y el art. 16.3 otorga a la familia así formada un derecho a la protección de la sociedad y del Estado. También reconocen el derecho a casarse (al hombre y a la mujer) el art. 12 del Convenio europeo de Roma de 1950 y el art. 23.2 del Pacto de los derechos civiles de 1966.

Lamentablemente –y tal vez por descuido– la actual Constitución española relega ese derecho al matrimonio a la Sección II del Cap. II del Título I –art. 32–, por lo cual carece de la doble protección que el art. 53.2 otorga a los de la Sección I (recurso jurisdiccional preferente más recurso de amparo). Tampoco goza de la protección, menor, del art. 53.3 (vinculante orientación de la política legislativa, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos). Tampoco goza de la cuasi-irreformabilidad de las disposiciones de la Sección I de ese mismo capítulo en virtud del art. 168.1. En la escala del Constituyente de 1978 el derecho a la vida conyugal está en un plano muchísimo más bajo que el derecho a la honra (art. 18.1), la libertad de enseñanza (art. 27.1), la sindical (28.1), la de huelga (29.1).

De todos modos, si en una reforma constitucional se aboiera el derecho a la vida conyugal, podría reclamarse el ejercicio de ese derecho subsumido en el de asociación del art. 22, que sí es de máxima protección. Sólo que tanto el legislador como la jurisprudencia –y en parte la doctrina– han tendido a interpretar el derecho de asociación del art. 22 (mediante una lectura literal y cicatera del art. 22.3) como meramente la facultad de formar asociaciones sin ánimo de lucro (y además al menos trimembres), y no como el derecho de cualesquiera pluralidades de individuos a asociarse para fines lícitos de la vida humana².

Ni el constituyente de 1978 ni el legislador parecen tener un concepto muy elevado de la unión conyugal; y, de hecho, esa unión –según vamos a verlo en este artículo– va a ser cada vez más devaluada y hasta ninguneada. En nuestro ordenamiento jurídico-constitucional sufrimos una infravaloración y un tendencial arrinconamiento del derecho básico del individuo humano a la vida conyugal³.

2. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL AL MATRIMONIO

La elaboración de la constitución republicana de 1931 empezó por un anteproyecto preparado bajo la presidencia de D. Ángel Ossorio y Gallardo, pasó por un proyecto que (parcialmente basado en el anterior) redactó una comisión presidida por Luis Jiménez de Asúa y terminó con el texto

finalmente adoptado⁴. Uno de los aspectos en que era preferible el texto de Ossorio era el matrimonio. El art. 27 del anteproyecto (43 en el texto final) afirmaba: "El matrimonio, base de la familia, está bajo la salvaguardia del Estado. Se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos".

Lamentablemente esa sabia y útil disposición fue abandonada tanto en el proyecto de Jiménez de Asúa cuanto en el texto aprobado por el pleno. Lo que quedó fue el art. 43: "La familia está bajo la salvaguardia especial del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derecho para ambos sexos y podrá disolverse por mutuo disenso a petición de cualquiera de los cónyuges con alegaciones en caso de causa justa"⁵. Era una pérdida dolorosa. Una cosa es que el matrimonio, como persona social, esté bajo la protección de la República, otra que lo esté la familia. Y es que el contexto sugiere que por "familia" se entiende una unión entre padres e hijos, al paso que el matrimonio es una unión de dos individuos que voluntariamente optan por compartir su vida⁶.

Evidentemente esos defectos de la normativa constitucional republicana de 1931 los señalo porque una constitución como ésa, fruto de un ideal de justicia y hermandad humana, debería haber estado mejor inspirada en este punto. Dado el influjo de las concepciones del Derecho Natural de Giner de los Ríos en su discípulo Fernando de los Ríos –ministro de Justicia y uno de los grandes redactores del texto–, podemos quejarnos de que no se hayan seguido valiosas enseñanzas del maestro, que habrían iluminado la obra realizada, elevándola a un plano de más auténtico humanismo.

Pasemos ahora a examinar los preceptos que en esta materia contiene la constitución de 1978⁷. El art. 32 afirma:

1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.
2. La ley regulará las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.

Ese precepto del art. 32 CE dice poco, dejando al legislador una potestad irrestricta de regular el matrimonio como le

dé la gana, sin ajustarse a su esencia antropológica, a la naturaleza misma de la relación humana que lo constituye –pudiendo, sin la menor traba, escoger una colección cualquiera de derechos y deberes entre los cónyuges (p. ej. la obligación de odiarse, de vivir lejos el uno del otro, de tener sus haberes separados, o cualquier otro disparate; podría fijar la ley la edad de 38 años para casarse y otorgar capacidad para ello sólo a quienes hablen dos lenguas extranjeras)–. Tampoco dice que el matrimonio gozará de protección o salvaguardia del Estado.

Mejor es, en eso, el art. 6.1 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania: "El matrimonio y la familia están bajo la protección particular del orden estatal". La constitución de la República Italiana de 1947 afirma en su art. 29: "La República reconoce los derechos de la familia como sociedad natural fundada en el matrimonio. El matrimonio se basa en la igualdad moral y jurídica de los cónyuges con las limitaciones establecidas por la ley en garantía de la unidad familiar". Nada dice el articulado de la constitución francesa de 1958 sobre el asunto que ahora nos interesa⁸.

Bastante más humano es lo preceptuado por las constituciones ecuatoriana, cubana y venezolana. La constitución ecuatoriana de 2008 establece en su art. 67: "Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Éstas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes. El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal". El art. 68 añade: "La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio. La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo." El art. 70 detalla siete derechos constitucionalmente tutelados para concretar esa protección al matrimonio y a la familia.

La constitución de la República de Cuba⁹ establece en su art. 35: "El Estado protege a la familia, la maternidad y

el matrimonio. El Estado reconoce en la familia la célula fundamental de la sociedad y le atribuye responsabilidades y funciones esenciales en la educación y formación de las nuevas generaciones". Y en su art. 36: "El matrimonio es la unión voluntariamente concertada de un hombre y una mujer con aptitud legal para ello, a fin de hacer vida en común. Descansa en la igualdad absoluta de derechos y deberes de los cónyuges, los que deben atender al mantenimiento del hogar y a la formación integral de los hijos mediante el esfuerzo común".

La constitución de la República Bolivariana de Venezuela¹⁰, en su art. 75, dice: "El Estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes". El art. 77 afirma: "Se protege el matrimonio entre un hombre y una mujer, fundado en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los derechos y los deberes de los cónyuges. Las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer que cumplan los requisitos establecidos en la ley producirán los mismos efectos que el matrimonio". Aunque hay en esos preceptos aspectos confusos y criticables, su orientación general es muy positiva.

Estas reflexiones, extraídas del constitucionalismo contemporáneo, nos llevan a plantearnos una cuestión filosófica. Hemos visto cómo la constitución de la República de Venezuela, en sus arts. 75 y 77, se remite al matrimonio y a la familia como sociedades naturales, o sea colectividades de Derecho Natural. Hablando del Derecho Natural como de una normativa que emana de la naturaleza misma y que no rige sólo la vida del ser humano sino también la de otros animales, Ulpiano toma, precisamente, como ejemplo el matrimonio; en él ve la unión estable de dos individuos, macho y hembra, que conviven con vistas a la procreación y propagación de la especie.

No nos interesa aquí saber en qué medida sea eso confirmado o desmentido por el estudio de las sociedades no humanas¹¹. El propósito de este artículo es hacer una exploración de jurisprudencia lógico-filosófica, analizando el concepto de matrimonio y extrayendo algunas consecuencias *de lege ferenda*.

3. CUATRO RASGOS DEL MATRIMONIO ANTROPOLÓGICAMENTE CONSTATABLES

Las diversas sociedades humanas han conocido y todavía conocen una pluralidad de instituciones que podemos, aproximadamente, querer englobar bajo el rótulo de "matrimonio" o al menos en su proximidad conceptual: uniones disolubles e indisolubles; bimembres y plurimembres (aunque esto es, en rigor, seguramente falso); solemnes o consensuales; con muchos y con pocos deberes mutuos.

Si buscamos un conjunto de condiciones necesarias y suficientes para calificar de matrimonio una institución en cualquier sociedad humana, probablemente el resultado será una fórmula disyuntiva que vehicule poca información. Si algo quedaba firme (la unión de hombre y mujer), dan al traste con ello los matrimonios homosexuales aceptados ya en algunos Estados (entre ellos España desde 2005).

Más que ese núcleo duro de las condiciones necesarias y suficientes, vamos a explorar el concepto jurídico de matrimonio en lo que tiene de típico, en lo que tiene de arraigado en la vida de las sociedades humanas; un arraigo que parece responder a la naturaleza de las cosas, a necesidades que surgen de la propia naturaleza humana.

1.º En primer lugar –aunque se ha hablado de matrimonios poligámicos– no existe, hasta donde lo conoce quien esto escribe, testimonio alguno en el sentido de que haya uniones de más de dos individuos que constituyan nada denominable como "matrimonio" (ni con ningún otro vocablo semánticamente emparentado: "unión conyugal", "sociedad de esposos" u otra así)¹².

No tengo ninguna referencia de que se hayan dado nunca matrimonios plurimembres. Hasta ahora los matrimonios –u otros vínculos sociales similares– han sido, que yo sepa, siempre bimembres.

Otra cosa muy distinta es que una persona esté facultada para entablar varios vínculos matrimoniales a la vez. Los mal llamados matrimonios poligámicos son, en verdad, otra cosa: son coexistencias de varios matrimonios, cada uno de ellos monogámico, pero en los cuales un individuo pertenece simultáneamente a todos ellos (o sea: a dos o más de tales uniones conyugales).

Entre las esposas de un hombre que practica la poligamia no hay vínculo conyugal alguno (aunque pueda hablarse de familia poligámica, institución sumamente inestable y con clara tendencia a no existir). Y otro tanto cabe decir en casos de poliandria: los varios maridos de una mujer que la practique no guardan vínculo matrimonial entre ellos.

El problema de la poligamia (masculina o femenina o mixta) es, pues, un problema de impedimento de vínculo. Las sociedades poligámicas no consideran que siempre sea un impedimento la existencia de vínculo matrimonial.

Igualmente sucede con otras asociaciones humanas. Así, p.ej., los partidos políticos: en algunos regímenes políticos es libre tal pertenencia; en otros está regulada, y lo está de diversos modos, siendo uno de ellos la regla de incompatibilidad (puede Ud pertenecer a uno u otro de los partidos legales, o a ninguno, mas no a dos a la vez).

Así, la antropología parece llevarnos a una primera conclusión, y es la concepción del matrimonio e instituciones afines como parejas, uniones de dos individuos y no más.

2.º Una segunda conclusión a la que nos lleva una exploración antropológica –por superficial que sea– es que toda sociedad humana ha reconocido el matrimonio. Es verdad que no han faltado pretensiones de acabar con el matrimonio; así parecen haberlo soñado algunos utopistas, como pueden sugerirlo ciertos pasajes de Platón, y tal vez ciertos pensadores decimonónicos de la corriente usualmente llamada "comunismo utópico"; y quizá los Kmeres Rojos de Pol Pot idearon una sociedad en la que nada se interponía entre el individuo y la totalidad social.

El hecho es que esos planes jamás se realizaron ni medio-realizaron; si los ha habido en Camboya (lo cual desconozco), ése puede haber sido un factor más de los que hayan hecho aquel absurdo proyecto inviable y abocado a su rápida autodestrucción, por estrellarse contra la naturaleza misma del hombre.

Con la dudosa salvedad recién mencionada, han respetado la existencia del matrimonio todas las sociedades, aun las que han mirado con más desconfianza los *cuerpos inter-*

medios entre el individuo y el Estado (como fue el caso de la Francia revolucionaria de 1789). Podrán haberse prohibido los gremios, las asociaciones, las mutualidades de socorro, las corporaciones, las cofradías, o hermandades, mas no las uniones conyugales.

Al revés, todas las sociedades han dotado al matrimonio de un rango de expreso reconocimiento con unas consecuencias jurídicas definidas y tuteladas por el orden público.

3.º Un tercer rasgo universal es que las uniones conyugales están dotadas de alguna estabilidad. El amor libre ha sido explorado en diversas sociedades (desde el estudio señero de Malinovski sobre las islas de Trobriand)¹³. Su práctica ha podido venir reactualizada en algunas sociedades de fines del siglo XX (la sociedad posmoderna del *Uomo che guarda* de Alberto Moravia). Esas prácticas no constituyen casos de matrimonios, aunque sí puedan contribuir a relativizar o empujear la importancia y la protección públicas de la institución matrimonial (y aun eso no es seguro). Las uniones conyugales aceptadas y reconocidas en las sociedades humanas son sólo las estables; no forzosamente vitalicias, desde luego, pero tampoco fugaces u ocasionales.

4.º El cuarto rasgo –ligado al tercero– es que tales uniones imponen deberes de cada cónyuge para con el otro, y atribuyen, por consiguiente, derechos al otro cónyuge. Pueden ser derechos iguales o (más comúnmente) desiguales; pero se dan, y encierran siempre varias facetas de la vida: la carnal (con las salvedades que luego diré), la de organización habitacional y la de economía, sustento y bienes. Y es que tales uniones se conciben siempre, en todas las sociedades, como modos de vida conjunta y de convivencia, como vínculos en los que es lícito y obligado compartir medios de vida y recursos, en mayor o en menor medida. Un vínculo sin consecuencias económicas ni habitacionales no es matrimonio, no es una unión de convivencia íntima.

Así pues, tenemos esas cuatro constataciones: en todas partes y siempre ha habido un reconocimiento social del matrimonio como un vínculo entre dos individuos, típicamente de distinto sexo, vínculo tutelado que acarrea derechos y obligaciones del uno para con el otro, amparado por alguna normativa –así sea laxa– que preserve su esta-

bilidad, y vínculo también que contiene deberes de carácter habitacional y económico.

4. MATRIMONIO Y PROCREACIÓN

Frente a la coincidencia en esos cuatro rasgos, hay otro que podríamos esperar y que, en cambio, está ausente: la función procreativa o generadora. Pese a ser proclamada como esencia del matrimonio por Ulpiano y por los canonistas, no ha sido nunca establecida ni como condición necesaria ni como condición suficiente.

Siempre ha habido matrimonios que no han podido o no han querido procrear. En épocas pretéritas, en las que había pocos medios contraceptivos –casi sólo la castidad–, la edad avanzada y la esterilidad llevaban a la no procreación; de ellas, la castidad se ha visto muchas veces como causa anuladora del vínculo matrimonial, por la naturaleza misma de éste como unión íntima para la mutua satisfacción de los cónyuges; mas ni la edad avanzada ni la esterilidad han sido nunca (hasta donde yo sé) impedimentos al matrimonio ni a su conservación. O, en cualquier caso, eso ha tendido a no ser así.

Desde luego, en las sociedades técnicamente avanzadas de nuestros días los vínculos matrimoniales (e instituciones afines) se conciben sin ir acompañados forzosamente de descendencia, a la vez que la procreación no acarrea automáticamente vínculo conyugal.

Las funciones de procreación y crianza de hijos han ido asociadas a la institución matrimonial en una mayoría de casos, al menos en una fase de la vida, por un dato biológico de la especie humana y por otro dato antropológico, y es que las sociedades humanas han encontrado en esa crianza una manera práctica de acometer la incorporación de las nuevas generaciones a la sociedad. Es la institución familiar. Institución ligada mayoritariamente al matrimonio, mas no intrínseca ni indisolublemente. Desde el punto de vista de los conceptos jurídicos son deslindables y hasta desligables el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia.

Tampoco son indisolubles entre sí las dos funciones de generación y de crianza. La filiación legal no coincide forzosamente con la filiación natural o genética.

5. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE MATRIMONIO

En las legislaciones de la antigüedad, el matrimonio está claramente definido, reconocido, consagrado y tutelado por la ley. El Código de Hamurabí dedica una serie de disposiciones a esa materia, y conocemos las regulaciones de la Grecia clásica y, sobre todo, de Roma.

En el derecho romano hubo una evolución y una ramificación. De manera general, y como lo dice Juan Iglesias¹⁴: "Matrimonio es la unión de dos personas de sexo distinto con la intención de ser marido y mujer. El matrimonio, tal como lo entienden los romanos, es una situación jurídica fundada en la convivencia conyugal y en la *affectio maritalis*".

El matrimonio romano no es un acto jurídico, no es un contrato, sino un hecho jurídico: un estado de cosas fáctico (el cohabitar un hombre y una mujer con propósito común de hacer vida marital), que tiene consecuencias jurídicas¹⁵. Los jurisconsultos lo definen de varios modos; así, para Modestino: "Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis uitae, diuini et humani iuris communicatio"¹⁶. El propio Justiniano, en sus *Instituciones*, lo define así: "Matrimonium est uiri et mulieris coniunctio, indiuiduam consuetudinem uitae continens"¹⁷.

Había varias figuras subsumibles bajo el concepto de unión matrimonial¹⁸, que diferían en parte por las formalidades de su celebración y en parte por las consecuencias jurídicas¹⁹:

- (1) El *consortium cum manu*; en él los bienes de la mujer pasan al patrimonio del marido; establécese por una de estas tres vías: *confarreatio*, *coemptio* o *usus*; la tercera estriba en una cohabitación continuada de un año en casa del marido; la primera es una solemne ceremonia que fue cayendo en desuso; este *consortium* al principio era indisoluble, mas tal carácter lo fue perdiendo después. Ni siquiera para este matrimonio la formalidad era constitutiva (como lo prueba que pudiera establecerse por el mero *usus*).
- (2) El *conubium sine manu*. Se fue generalizando por la facilidad de divorciar; más tarde se desdibujó paulatinamente su diferencia respecto del anterior.

- (3) El *matrimonium sine conubio*. Reservado a las parejas a las que legalmente estaba prohibido casarse por un impedimento relativo (diferente dignidad social o condición de no-ciudadano de uno de ellos), era al principio un simple concubinato, pero poco a poco vino reconocido como una unión conyugal. Justiniano lo favorecerá, considerándolo *inaequale coniugium*.

Al abolirse algunos de esos impedimentos (conocidos como "las prohibiciones augusteas"), la diferencia entre matrimonio y concubinato estribará en la presencia o ausencia de un factor subjetivo, la *affectio maritalis*.

Manifestáronse dos líneas antagónicas de evolución en sentidos opuestos: la una a la autorización del repudio unilateral, la otra a la indisolubilidad voluntaria (y así vemos cómo Alejandro Severo –que impera en 222-235– promulga una constitución en la que declara nulos los pactos de no divorciarse).

El matrimonio propiamente dicho, las *justas nupcias* [o sea uno del tipo (1) o del (2)] era un privilegio de los ciudadanos romanos. Aunque Caracalla en 212 extendió la ciudadanía romana a todos los habitantes libres del Imperio, siempre hubo no ciudadanos. Sería erróneo decir que el derecho romano no les reconocía una facultad matrimonial, aunque sí les rehusara la denominación. Y es que, según lo acabamos de ver, en el derecho romano no había demarcación tajante entre lo que es matrimonio o unión conyugal (en alguna de las modalidades oficialmente reconocidas) y el vínculo conyugal *de facto*, que también gozaba de protección del derecho pretoriano y del derecho de gentes (o sea de lo que podemos ver como antepasados del derecho jurisprudencial y del internacional-privado).

El cristianismo llegó en las postrimerías del Imperio Romano con un tenue programa de reforma social, uno de cuyos elementos básicos era la unicidad e indisolubilidad del nexo matrimonial. En lo primero, los eclesiásticos tuvieron que afrontar ásperas luchas con los reyes y aristócratas de las tribus invasoras germánicas, que, hasta bien entrada la Edad Media, quisieron seguir practicando la poligamia. En lo segundo, la Iglesia cristiana hubo de emprender un arduo combate contra la práctica del repudio.

La idea jurídico-romana del matrimonio fue reemplazada por otra que lo veía como un contrato voluntariamente

contraído por dos individuos adultos, estable, que entraña obligaciones mutuas y cuya misión es la vida en común, la unión íntima y recíproca satisfacción, que incluye la satisfacción sexual, con obligaciones económicas y con el deber de asumir juntos la crianza de la prole.

A la vez las sociedades medievales reconocen frecuentemente una unión cuasi-conyugal, un vínculo de cohabitación (mancebía, compañía, barraganía) por el cual dos individuos de distinto sexo, ambos solteros, conviven en una unión similar al matrimonio pero no indisoluble y con menos efectos económicos. Había contratos de concubinato tipificados, aparte de que los concubinos pudieran imaginar otras cláusulas contractuales²⁰.

Por otro lado, una corriente doctrinal –representada por Hincmaro y Graciano– veía al matrimonio como un negocio esencialmente informal, un contrato real, que se entablaba por la unión íntima y la cohabitación de los esposos, con intención de ser fieles el uno al otro²¹. De ahí surgió el concepto jurídico de matrimonio presunto. Había una presunción legal de vínculo matrimonial cuando la vida de los convivientes era congruente con la de una pareja casada y no se oponía impedimento²². En esa concepción, el matrimonio se establecía por la primera cópula entre los así casados; la ceremonia nupcial, si se daba, era una formalidad externa de valor probatorio, no constitutivo. No es que el consentimiento matrimonial no fuese determinante del vínculo, sino que se manifestaba con hechos más que con palabras.

Frente a esa concepción realista, para la visión espiritualista (o, mejor, verbalista) de Pedro Lombardo y del papa Nicolás I –que acabó prevaleciendo– era, en cambio, la solemne manifestación oral del consentimiento lo que creaba el vínculo: *consensus facit nuptias*. Lo que instituya el vínculo, más que el consentimiento en sí, vendrá a ser el acto de habla de manifestarlo solemnemente. Sin embargo, éste quedaba precario mientras no seguía la cópula de los casados, única que lo *consumaba*, creando –a salvo de las causas de nulidad– un nexo totalmente inquebrantable.

Así pues, en la baja Edad Media será el acto de habla, el decir “sí”, lo fundamental en el vínculo matrimonial; mas ese acto de habla se sometió siempre a una serie de condicionamientos cuya ausencia constituía un impedimento (ya fuera invalidante o meramente impediendo)²³.

La línea espiritualista fue abrazada con ardor por Lutero y, en pos de él²⁴, se impuso hasta la exageración en el Concilio de Trento, lo cual acarreó una condena de los matrimonios presuntos y de los secretos así como una lucha encarnizada contra el concubinato, ahora –en la prevalente concepción verbalista– distanciado del verdadero matrimonio (al paso que en la concepción realista la diferencia era, a la vez, dudosa y gradual)²⁵.

Sin embargo, a lo largo de esa evolución se mantienen algunos de los rasgos característicos de la institución matrimonial romana. Ese vínculo acarrea obligaciones mutuas de vida íntima, mutua satisfacción sexual, asunción eventual de la relación paterno-filial –si ésta se produce– y cargas económicas.

Es verdad que la Iglesia impuso también en su doctrina preceptos sobre la vida sexual; mas la observancia de éstos no era, en el derecho canónico, condición necesaria para el matrimonio. La Iglesia obligaba a los casados a una relación sexual, o sea a que –en lo que dependiera del ser humano y de su voluntad– se intentara la procreación, pero sin prohibir esa relación cuando se supiera que no se seguiría tal efecto. La impotencia originaria era una causa de nulidad matrimonial, mas no así la infecundidad. Ni tampoco la impotencia sobrevenida ulterior. Eso confirma mi lectura de aquella concepción jurídica como una que entendía el vínculo matrimonial como una unión de pareja encaminada a la vida plenamente en común de los casados, siendo accidental, y no esencial, la función procreadora y educativa de los hijos.

6. ¿MATRIMONIO SIN EROTISMO?

El derecho civil de las sociedades modernas va a someter a revisión esa concepción canónica. La mayor novedad decimonónica va a ser la eliminación legislativa de lo sexual. En el Derecho canónico a los conyuges les era lícito y obligatorio mantener la relación sexual (o sea, cada uno podía exigirle al otro), al menos mientras no se hubiera producido una impotencia sobrevenida. En ese enfoque, la comunión erótica había sido creada por Dios con vistas a la procreación; mas, una vez existente, tiene su propia razón de ser y es una necesidad del ser humano (a la que renuncian los más enaltecidos, eso sí). Sin relación sexual

no hay matrimonio en el derecho canónico (aunque sí persista el vínculo matrimonial en fases de la vida en que ya no hay tal práctica sexual).

En la concepción civilista del matrimonio, o bien se esfuma del todo la referencia sexual o, como mucho, aparece insinuada púdicamente a los ojos del intérprete que quiere sacar punta a los códigos. Fruto, en parte, de la cultura de una época puritana, los grandes códigos civiles del siglo XIX y comienzos del XX huyen de cualquier expresión sexual o erótica. Están muy distantes de la crudeza verbal del derecho canónico; en vano se buscará en ellos palabras como "coito".

Ese púdico silencio en lo que atañe a la relación sexual se explica no sólo por el puritanismo (hoy presuntamente superado hasta caerse en el extremo opuesto), sino por un principio de privacidad que, dos siglos después del Código de Napoleón, sigue hallando amplia aceptación: qué hagan, o dejen de hacer, los cónyuges en su vida íntima es asunto suyo y sobre el cual el derecho no tendría que pronunciarse.

Para entender ese planteamiento, hay que referirse al trasfondo filosófico. En el siglo XIX se vive una época de creciente juspositivismo, que en buena medida tiene una de sus raíces en la doctrina francesa del derecho civil (la escuela de la exégesis). Según ese enfoque, el ordenamiento jurídico crea un marco, definiendo e instituyendo unos determinados vínculos legalmente válidos, al margen de las necesidades últimas de la naturaleza humana. Ésta puede venir invocada en el orden explicativo, extra o prejurídico, mas no en el intrajurídico. Las razones antropológicas pueden dar idea de por qué una sociedad ha instituido unas reglas y unas relaciones jurídicas; mas, desde el punto de vista jurídico, lo que interesa es el análisis de tales relaciones y sus consecuencias deónticas; entre la naturaleza y la relación jurídica puede interponerse la ficción incluso en los casos en los que esa naturaleza venga invocada jurídicamente. Así, es la voluntad del legislador la única que cuenta.

El legislador ha establecido el matrimonio como una sociedad de dos individuos de sexo diferente que entraña obligaciones y derechos recíprocos, y también obligaciones para terceros (cuya esencia es el deber de no inmiscuirse en esa unión ni estorbarla). Esa sociedad ya no suele denominarse "contrato", porque ahora –aunque con muchas

vacilaciones– se tiende a restringir el contrato a un compromiso exclusivamente económico. Sacado del ámbito del contrato, el matrimonio ingresa en una zona propia como sociedad no subsumible bajo ningún denominador común con ninguna otra.

Mantiénense las obligaciones de ayuda mutua y de convivencia (junto con la presunción de convivencia), así como de fidelidad (sin definir ésta, evidentemente)²⁶. Institúyense unas reglas de régimen económico matrimonial (pese a no ser un contrato), que vienen compartidas por las diversas opciones abiertas a los cónyuges en el momento de casarse (comunidad total, comunidad de bienes muebles y gananciales, separación de bienes, u otras fórmulas escogidas en capitulaciones por los contrayentes). Las reglas incluyen estipulaciones con relación a los hijos, mas no implican deber alguno de procreación.

En esta visión desexualizada del matrimonio, lo erótico puede venir dado por iniciativa y consentimiento de los cónyuges, mas las leyes han de guardar silencio al respecto. Así, la impotencia deja de ser una causa de nulidad.

Aunque en principio tal es el planteamiento legislativo, jurisprudencial y doctrinal del siglo XIX –en buena medida continuado hasta cerca de nuestros días–, en la práctica eso está tan alejado de la humana naturaleza que han tenido que dejarse entrar a hurtadillas, por la ventana, las bases antropológicas de la unión conyugal a las que se había echado por la puerta.

Así, los códigos civiles reconocen que no hay matrimonio sin consentimiento; mas sin consentimiento ¿a qué? Hay matrimonio sin consentimiento a pasar vacaciones en la playa, o a dedicar un porcentaje de los ingresos a la compra de una vivienda. Esos desacuerdos no impiden el válido establecimiento del vínculo matrimonial.

Mas los civilistas no van a sostener tampoco que siempre sea decisiva la mera proclama verbal del "Sí" ante el oficiante (sacerdote, capitán de navío, juez o alcalde). La concepción civilista hereda la canónica y romana de que son los cónyuges los que contraen matrimonio, y que la boda es inválida sin ciertos requisitos²⁷.

Pues bien, de hecho la doctrina y la jurisprudencia –pese a su puritanismo vocacional–, no han tenido más remedio

que reconocer que el consentimiento relevante (el "consentimiento matrimonial" de los arts. 45 y 73.1.º del Código Civil español) implica consentimiento a la relación sexual, que era algo que se sobreentendía por la práctica social.

Rehusar tal relación no será causa de anulación del matrimonio, mas tiene que haber habido, en el momento de expresión ceremonial, un conocimiento de qué tipo de vínculo se estaba estableciendo²⁸. Hoy eso puede parecer inverosímil, pero hace tres cuartos de siglo –tal vez bastante menos en muchos casos– se podían dar síes a la celebración nupcial sin ninguna idea de qué género de relación suelen tener los casados entre sí ni, por lo tanto, de qué esperaba el otro contrayente.

Mucho más cerca de nosotros ha reaparecido discretamente lo erótico en la relación matrimonial por otro camino: la denuncia de los llamados "fraudes de ley". Si el matrimonio es un vínculo entre dos individuos adultos de diverso sexo no ligados matrimonialmente a terceros, y si no implica legalmente ninguna obligación de cada uno de los cónyuges a aceptar una relación sexual, ni la presupone, entonces dos individuos pueden contraerlo sin tener ninguna intención de comunicación amorosa. Mas como, entre las escasas consecuencias jurídicas de ese nexo matrimonial, están las relativas a derecho de residencia y nacionalidad, pueden algunas personas acudir a él sólo, o preferentemente, para alcanzar esas consecuencias jurídicas.

Ferozmente denunciada como fraudulenta, y combatida encarnizadamente por la prensa como un escarnio o hasta como un delito (lo cual es falso), esa práctica ha suscitado una reacción jurisprudencial; la cual, con palabras veladas (porque persiste el tabú terminológico de lo sexual en el ámbito civil), ha venido a establecer que, cuando esté faltando un propósito de relación sexual continuada, es fraudulenta la celebración del matrimonio²⁹.

O sea: estamos en que la sociedad no entra para nada en qué relaciones íntimas entablen entre sí los casados, mas eso sólo vale para las relaciones que, entre ellos, establezcan los individuos con previa residencia legal. Cuando uno de los novios no sea un residente legal, sobre ambos pesará una obligación de no casarse sin propósito erótico común.

Así las cosas –y a pesar de esa incidencia de la extranjería– ha pervivido hasta hoy el planteamiento puritano

(excluir del derecho los lados crudos de la vida, que se dejan al ámbito de lo privado o de la moral de cada uno). Resultado de esa evolución sería el matrimonio como un dúo de individuos adultos que entablan, ante la sociedad, una unión, que ellos mismos definen, y que se denomina "matrimonio". Los escasos efectos jurídicos se sitúan en los campos de la herencia, la co-propiedad, la fiscalidad y la protección social (régimenes de asistencia sanitaria, viudedad u otros). (Luego veremos que la reciente evolución legislativa tiende a arrasar esos escasos efectos, para dejar reducido el matrimonio a un nombre.)

Al lado de ese vínculo, proliferan en nuestra sociedad las uniones de hecho, con una tendencia oscilante a concederles algunos de los (cada vez menores) efectos jurídicos del matrimonio.

7. ¿DESLEGALIZAR EL MATRIMONIO?

Las instituciones jurídicas sirven a un propósito, que es el de regular la convivencia de los seres humanos para que ésta sea mejor. ¿Tiene que establecer la sociedad la figura del matrimonio, dotándola de regulación y de tutela jurídica? Para el individualismo preponderante en la ideología que hoy predomina, procurar la propia felicidad es asunto privado de cada individuo (y de cada dos individuos, y de cada tres individuos, etc.). Conque podría ponerse en duda que el Estado haya de regular –o, peor, proteger– una determinada agrupación dual voluntariamente constituida por los individuos.

A consecuencia de la evolución legislativa reseñada más arriba, el matrimonio ha entrado en crisis. Al perderse su raíz antropológica, al no haber una reconocida naturaleza de las cosas que quepa pertinentemente invocar y aducir en el orden jurídico, es dudosa la razón para que exista tal nexo, jurídicamente tipificado.

¿Por qué no eliminar el matrimonio de la esfera jurídica, dejando que los individuos arreglen su cohabitación entre ellos con los efectos y las denominaciones que deseen, pero que no entrañarían deberes para terceros?

De haber una relación legalmente reconocida de matrimonio, ¿por qué ha de estar impedida por el número de los

participes? ¿No es lícito que haya matrimonios unimembres, bimembres, trimembres y así sucesivamente?

En un ordenamiento jurídico en el que existe una (limitada, desde luego) libertad de asociación, los individuos son dueños de ligarse entre sí por compromisos de cooperación. Pueden establecer dúos, tríos, uniones de cuatro o más miembros. Cada una de tales uniones o asociaciones estará regulada internamente por alguna norma, expresa o tácita, concluida mediante estipulación o por la vía de los hechos, por la costumbre y al menos presuntamente aceptada. Ahora bien, esos compromisos serán de cumplimiento exigible sólo según la regla interna del grupo, no forzosamente según la normativa legal; ni se crearán obligaciones para terceros dimanantes de esa unión más que en los casos en los que la ley lo prevea.

En ciertos casos, la ley prevé tanto el surgimiento de deberes de terceros cuanto la exigibilidad legal de la observancia de los compromisos. En otros casos la ley prohíbe esa observancia (asociaciones ilícitas) o al menos su exigencia (asociaciones lícitas pero que incluyen en su regla interna cláusulas que la ley prohíbe considerar vinculantes). Hay otros de silencio o tal vez hasta de vacío legal, que habrá que integrar jurídicamente.

Lo que cabe plantear es si el matrimonio no ha de dejar de ser una institución legislativamente tipificada y tutelada para pasar a ser una unión consensual legalmente atípica, dejando de estar jurídicamente amparada la exigibilidad de las obligaciones contraídas en su seno (a excepción, claro, de la aplicación genérica del derecho de obligaciones y negocios jurídicos) y dejando de ser legalmente automático el surgimiento de obligaciones para terceros (como lo es ahora, p.ej., el deber de no casarse con uno de los cónyuges –mientras no se haya divorciado–, o incluso el de no tener relaciones íntimas con él, que es un acto seguramente ilícito a tenor del deber de fidelidad (art. 68 CC), si es que éste significa lo que generalmente se cree).

A favor de esa propuesta podrían enunciarse seis argumentos.

1.º Exclusión del nexo sexual: A salvo de la ya mencionada excepción en lo tocante a extranjeros, se suele pensar hoy que la relación erótica es un elemento inesencial del vínculo matrimonial. (A eso tendió ya, inconsecuente-

mente, el puritanismo decimonónico; y a eso ha seguido tendiendo la doctrina del siglo XX por motivos diferentes, como el tabú de la privacidad.) Pero de ese modo se desdibuja la frontera entre la unión conyugal o matrimonial y otras uniones, como círculos de amistad.

2.º Devaluación de la cohabitación: La convivencia se consideró históricamente como un hecho y un derecho vinculado a la unión conyugal. En los períodos medievales en que se conocía la institución del matrimonio presunto, la convivencia de un hombre y una mujer (bajo ciertas condiciones) era bastante para reconocer legalmente la existencia del matrimonio. Y, aun cuando o donde no rigió esa regla del matrimonio presunto, siempre se estableció entre los cónyuges tanto la presunción de convivencia (art. 69 CC) cuanto el deber de convivencia del uno para con el otro (art. 68 CC)³⁰.

Hoy está totalmente relativizada y zarandeada la presunción de convivencia; jurisprudencia y doctrina tienden a eliminar el deber de convivencia, que probablemente acabará desapareciendo en las próximas reformas legislativas³¹.

Por otro lado, se ha señalado, con razón, que, una vez desertotizada, la convivencia no tiene nada especial, y que se da entre hermanos solteros o viudos, entre camaradas o amigos o incluso meros coinquilinos de un piso³². Por todo lo cual, la convivencia pierde su aura y su rango para ser un dato más de las costumbres o compromisos de los socios o amigos, y una cuestión interna de ellos, que de manera general no merece una particular tutela jurídica.

Con respecto a eso, hay que aclarar que la destipificación del matrimonio como especial negocio jurídico dejaría a salvo la aplicabilidad general de los deberes civiles de no causar daño, y de las acciones por lucro cesante o enriquecimiento sin causa, que siempre podrían hacerse valer entre convivientes cuando se separen en condiciones no mutuamente aceptadas.

3.º Institución del derecho de repudio: Una tercera razón viene dada, no sólo por la creciente inestabilidad de los matrimonios, sino, más aún, por el viraje de la legislación española, la cual, en 1981, bruscamente pasó de prohibir la disolución del vínculo conyugal a denegar a cada cónyuge el derecho a permanecer en la unión con-

yugal (o sea el derecho a no ser despedido de esa unión sin culpa suya)³³.

La actual legislación española protege la pervivencia de los contratos de sociedad, de obra, de servicio, de compraventa y cualesquiera otros; ninguno de ellos es indisoluble, pero, como la ruptura unilateral por una de las partes constituye una infracción de su deber, acarrea una responsabilidad indemnizatoria. Una protección así frente a rupturas intempestivas o perjudiciales está totalmente ausente de la actual legislación española en cuestiones matrimoniales.

El ordenamiento español de 1981 (agravado en 2005) mantiene en un punto esencial la misma línea del anterior ordenamiento totalitario, al prohibir, ambos por igual, que el divorcio se pronuncie por culpa de un cónyuge (y en beneficio compensatorio del cónyuge cumplidor)³⁴. Eso contrasta con la normativa legal tradicional en sistemas jurídicos civilizados, donde la disolución del vínculo era, o bien mutuamente consentida, o, si no, declarada por culpa de un cónyuge (culpa consistente en su violación de deberes matrimoniales, incluido el deber de permanecer en la sociedad conyugal); en ese segundo caso, el divorcio sería a sus expensas (y a favor del otro).

La nueva orientación legislativa de 2005 ha reconocido, ya sin trabas, la plena libertad de divorcio unilateral, o sea de repudio, eliminando (salvo por la vía penal cuando sea aplicable) la poquísima protección que quedaba para un cónyuge frente a la inobservancia por el otro de sus obligaciones conyugales y frente a la decisión unilateral de ruptura.

El matrimonio ha pasado a ser una asociación consensual libremente disoluble por cualquiera de las partes en cualquier momento sin aviso previo y sin causa, lo mismo que un grupo de amigos. Los grupos de amigos no tienen reconocimiento ni tutela legal; por consiguiente, el matrimonio no ha de tenerlo tampoco.

4.º Anulamiento de la comunidad conyugal de bienes: Tradicionalmente en muchas regiones (aunque no en Cataluña) el matrimonio acarrea una cierta comunidad de bienes, siquiera parcial (al menos supletoriamente, a falta de expresa voluntad contraria de los cónyuges en el momento de establecer su unión). Ahora bien, la fiscalidad es un aspecto fundamental de la vida económica

contemporánea, hasta el punto de que muy a menudo son consideraciones tributarias las que rigen y guían la conducta de los individuos y los grupos. Aquí intervienen los efectos deletéreos de una tributación que atenta contra la sociedad conyugal: el modelo del IRPF³⁵.

El IRPF ha socavado el vínculo matrimonial, al hacer ilusoria y ficticia la co-propiedad de lo adquirido por los cónyuges; y es que, mientras que el IRPF imputa las rentas ingresadas al cónyuge individual que nominalmente las percibe, el derecho civil hace de ellas, en el mismo momento de obtenerse, bienes gananciales³⁶. Tales efectos han sido mantenidos y radicalizados, sin diferencia alguna, por las fuerzas políticas relevantes que se han turnado en la mayoría parlamentaria. Sin embargo, la Constitución no imponía la existencia de un impuesto sobre la renta de las personas físicas; podía haber un impuesto sobre la renta de las familias, o sobre la de los matrimonios.

Es cierto que, curiosamente, la familia y el matrimonio siempre han carecido de personalidad jurídica. Se podía optar por atribuírsela (opción que no ha propugnado ninguna fuerza política). O, aun sin atribuírsela, se podía optar por tratarlos como sujetos tributarios. El legislador monárquico se ha decantado por la opción más opuesta. A efectos fiscales las ganancias de un cónyuge son irrelevantes para determinar la base imponible del otro, aunque civilmente sean ganancias comunes (lo cual, dado el trato fiscal, queda reducido a un puro verbalismo).

Es verdad que, para otros efectos, sí se tienen en cuenta los ingresos de la pareja (y, en este caso, ya esté oficializada matrimonialmente o no)³⁷. Son, en general, efectos de índole asistencial: guarderías, becas u otros socorros sociales, ayudas por discapacidad, auxilios domiciliarios, puntuaciones para vivienda de protección oficial; cuando se aplican, hácese independientemente de cuál sea el régimen económico escogido por los cónyuges o concubinos. Son de señalar la marginalidad de tales prestaciones y su carácter discrecional, imprevisible, no-universal.

En cualquier caso, encontramos ahí una grave injusticia, en la medida en que, para pagar al erario público, cada cónyuge constituye una unidad aislada, mientras que, para recibir una ayuda pública –en las contadas ocasiones en que ésta se otorga–, se establecen exclusiones por los in-

grosos del respectivo cónyuge (o compañero); dualidad de trato que, desde luego, clama al cielo, pero que, de todos modos, es secundaria en la medida en que la mayoría de las parejas tienen que pagar impuesto a la renta sin percibir ninguna de esas ayudas sociales.

O sea: lo esencial es que el atomismo tributario introducido por la jurisprudencia constitucional y por la orientación de las fuerzas políticas lleva, en la práctica, a arruinar la significación económica de la unión conyugal.

Todo eso ha pulverizado y triturado el sentido práctico de la sociedad conyugal, hasta tal punto que se ha podido sostener, con sobrada razón, que ésta está en declive. La nueva sociedad de individuos atómicos se entiende sin moléculas familiares, aunque con una gran variedad de laxas asociaciones, más o menos efímeras, desreguladas y exentas de protección legal.

5.º Irrelevancia patrimonial del vínculo matrimonial:

El sistema general de propiedad y herencia del Código Civil español siempre redujo a muy poco la significación patrimonial del matrimonio; ese poco se circunscribía a los preceptos sobre el régimen económico matrimonial (arts. 1315 y ss.), sociedad de gananciales (arts. 1344 y ss.) y los derechos sucesorios (arts. 834 y ss.)³⁸.

En cuanto al régimen económico matrimonial, casi todas las disposiciones del Código Civil podrían inferirse de principios generales del contrato de sociedad (arts. 1665 y ss.) y del de comunidad de bienes (arts. 392 y ss.), aplicándose a grupos de cohabitantes que compartan una vivienda sin especial unión afectiva. Ya hemos visto que la sociedad de gananciales, destruida por el IRPF, es una institución en decadencia.

Los derechos sucesorios del cónyuge viudo son exiguos³⁹: su legítima se limita al usufructo vitalicio del tercio de mejora si hay descendientes y al de la mitad si heredan los ascendientes del difunto. En propiedad el cónyuge superviviente no hereda absolutamente nada en la sucesión intestada, a menos que no haya ni ascendientes ni descendientes (si bien es verdad que, en tan improbable supuesto, y no habiendo testamento, lo hereda todo: art. 944)⁴⁰.

Para favorecer al viudo, el cónyuge que va a morir puede dejarle en testamento el tercio de libre disposición (pero

es sabido que en nuestra sociedad somos reacios a hacer testamento, aplazándolo indefinidamente)⁴¹.

Nuestro código civil no previó un régimen como el de la comunidad universal –que sí viene establecido en el código civil francés como una alternativa libremente elegible por los casados–⁴².

El efecto combinado de las normas actualmente vigentes –tributarias y civiles– determina que el cónyuge viudo, en la sucesión intestada (ampliamente mayoritaria), se quede prácticamente sin nada: los bienes gananciales se dividen, de modo que los legitimarios (descendientes o ascendientes) heredan la mitad correspondiente al premuerto. Incluso en aquellos casos (seguramente infrecuentes) en que renuncien a esa herencia, el viudo tiene que pagar, sobre esa mitad, los impuestos de plusvalía y sucesiones –por mucho que se trate de bienes ganados mediante su propio esfuerzo–.

Un alojamiento adjudicado en pro indiviso al viudo y a los legitimarios (descendientes o ascendientes del difunto) puede tener que venderse, ya que el derecho de habitación del viudo en el domicilio conyugal está condicionado a que existan en la herencia bienes suficientes para posibilitarlo sin menoscabo del haber que ha de entregarse inmediatamente a los herederos legítimos⁴³.

Nuestras leyes no prevén, ni han previsto nunca, la posibilidad de que perviva la comunidad conyugal de bienes reducida a una comunidad unimembre, en caso de viudedad. Incluso si los casados hubieran adoptado en capitulaciones la comunidad total (no prevista en nuestro Código, mas tampoco prohibida), ello no pondría a salvo al cónyuge superviviente de los derechos legitimarios de ascendientes y descendientes; con lo cual, en la práctica, apenas le otorgaría mayor protección.

Es normal, pues, que el viudo se vea arruinado por la muerte de su consorte y hasta que tenga que abandonar la vivienda conyugal, quedándose en la calle.

A cambio, nuestro ordenamiento concede al cónyuge unos pocos derechos ligados al sistema de seguridad social: beneficiarse, durante la vida de su consorte, de asistencia sanitaria y, al enviudar, percibir una pensión (cuando se cumplen ciertos supuestos). También la ley de arrenda-

mientos urbanos le permite subrogarse en el contrato de alquiler para seguir viviendo, hasta su vencimiento, en la misma casa⁴⁴.

Varios de esos derechos son extendidos hoy –a veces por el legislador y, más a menudo, por la jurisprudencia– al conviviente ligado por una unión marital *de facto*⁴⁵. Esto último es muy positivo, pues va en el sentido de una humanización; pero, de todos modos, ese conjunto de derechos es demasiado angosto para constituir una genuina ventaja de la relación matrimonial; de suprimirse su tipificación legal actual, no habría una gran pérdida.

6.º Desapego a los impedimentos: En la sociedad tradicional, el matrimonio era un derecho del individuo, el *ius conubii*, pero un derecho limitado. Requeríase para ejercerlo, en primer lugar, el libre consentimiento de la otra persona; pero además se requería una ausencia de impedimentos, como son: el estar ligado uno u otro por un vínculo matrimonial no disuelto; ciertas relaciones de parentesco; la edad; la no comisión previa de ciertos delitos (haber matado al cónyuge anterior de quien quiere uno ahora tomar como esposo). Algunos de esos impedimentos eran dispensables; otros, no.

Ciertos ordenamientos han establecido otros impedimentos, y han dado una u otra extensión y alcance a los enumerados.

Nuestra sociedad ve con escepticismo toda esa normativa. Se acepta la limitación por edad⁴⁶. Mas, en lo demás, se piensa que cada cual es libre de hacer lo que quiera, siempre que haya consentimiento (a salvo, excepcionalmente, de casos de dolo o fraude).

Incluso se tiende a ver como perfectamente tolerable simultanear varios vínculos cuasi-matrimoniales –siempre que sea a sabiendas y mediando libre aceptación–. Salvo por engaño o abuso de confianza, la bigamia ha perdido su nota de infamia.

Mas, si se elimina la noción de impedimento, desaparece la frontera entre aquellos dúos de individuos cuya unión, al ajustarse a la normativa legal, merece tutela pública y aquellos otros dúos que, sustrayéndose a tal normativa, no serían acreedores de tal tutela, aunque sean tolerados.

Tenemos, pues, seis poderosas razones para decir adiós al matrimonio como institución legalmente reconocida. Eliminandolo de los textos legislativos se vendría a realizar el sueño de aquellos utopistas que veían en el matrimonio una atadura, un obstáculo que se estaría interponiendo entre el todo social y el individuo.

Concluiré este apartado parafraseando a Napoleón, para quien *les concubins se passent de la loi; la loi se désintéresse d'eux*⁴⁷. Invirtiendo los términos cabe decir que la ley hoy, en países como España, se desinteresa cada vez más del matrimonio, en tanto en cuanto las consecuencias jurídicas de ese vínculo son escasas y poco relevantes, y ésas pocas muy precarias –dado que cualquiera de los cónyuges puede unilateralmente disolver el vínculo, sin causa, cuando le dé la gana–. Si la ley se desinteresa del matrimonio, puede que las parejas hagan bien en no querer saber nada de esa ley, que ya no protege su unión, buscando su ubicación normativa por otros cauces. Y, entonces, podría aconsejarse al legislador suprimir la tipificación jurídico-civil del matrimonio como un negocio especial.

8. DE LAS UNIONES LIBRES AL MATRIMONIO HOMOSEXUAL

En lustros recientes ha estado planteada la reivindicación de extender a las parejas no casadas la protección legislativa de que goza el lazo conyugal (aunque tal protección ya hemos visto lo escasa que es).

Las sociedades contemporáneas han tenido que rendirse a la evidencia de que son cada vez más frecuentes las cohabitaciones maritales sin mediar boda (uniones libres, parejas de hecho, matrimonios irregulares)⁴⁸. A las causas de la decadencia de la institución matrimonial examinadas en el apartado precedente se unen otras, a veces opuestas⁴⁹. La generalización de las convivencias irregulares viene, en parte, de que el vínculo matrimonial apenas tenga consecuencias jurídicas; en parte, al revés, de que tiene algunas que se quieren esquivar (p.ej. incompatibilidades); pero, sobre todo, se produce por un cambio de paradigma cultural, por ser reacia mucha gente (sobre todo jóvenes) a los formalismos legales, a las fórmulas consagradas, a los documentos y las ceremonias⁵⁰.

También juega un papel causal en países hispano-católicos –en América Latina y en España– querer rehuir la ceremonia religiosa en medios en los que no ha prendido la costumbre del matrimonio civil (se entiende en esos sectores de la población que sólo hay dos opciones: matrimonio canónico o arrejuntamiento, que son dos prácticas tradicionales alternativas).

Sin duda hay otras causas de este fenómeno, que, como cualquier otra costumbre social, se retroalimenta: cuanto más cunde ese ejemplo, más se imita y más tiende a convertirse en una praxis dominante⁵¹.

En América Latina el legislador, e incluso los poderes constituyentes, han tendido a extender la calificación jurídica de matrimonio también a las parejas estables heterosexuales que conviven *more uxorio*; podemos ver en esa evolución un retorno, sea a la concepción romana del matrimonio como hecho jurídico, sea a la medieval del matrimonio presunto (un contrato real y no verbal). En Europa se tendió a promulgar leyes de reconocimiento de parejas de hecho (así, en Francia se dicta una ley en 1999-11-15 instituyendo el Pacs, o pacto de solidaridad)⁵²; cuando no, la jurisprudencia ha dado pasos en ese sentido.

En España se han promulgado normas otorgando un reconocimiento y una protección a las parejas de hecho en varias regiones: Navarra, Cataluña, Baleares, Valencia, Aragón, Madrid y otras⁵³.

En legislaturas recientes hubo varias proposiciones de ley en el congreso de los diputados para llegar a una ley nacional sobre parejas de hecho, pero no pudieron prosperar⁵⁴. En esas iniciativas lo que se buscaba era un reconocimiento para casamientos irregulares, no formalizados o no formalizables mediante una ceremonia nupcial, independientemente de que fueran homosexuales o heterosexuales⁵⁵.

Parecía una cuestión de tiempo llegar a obtener la mayoría parlamentaria en ese sentido. Sin embargo, rebasado súbitamente ese planteamiento, la pretensión de los activistas del movimiento homosexual pasó a ser, de golpe –casi sorpresivamente–, la de que pudieran contraer matrimonio entre sí dos personas del mismo sexo. Y lo consiguieron tras una campaña fulminantemente victoriosa, por la Ley del 2 de julio de 2005.

La razón invocada a favor del reconocimiento de los matrimonios homosexuales fue el principio de igualdad o no-discriminación. Adújose que constituía una discriminación en contra de los homosexuales privarlos del *ius conubii* sólo por serlo⁵⁶. A los demás se les concedía un derecho que, en cambio, se habría estado rehusando a las personas con esa inclinación sexual.

Ese argumento es muy endeble. El ordenamiento no estaba excluyendo a los homosexuales del derecho a contraer matrimonio; por lo menos no el ordenamiento civil español anterior a la reforma de 2005. Un individuo homosexual estaba lícitamente autorizado a contraer matrimonio con un individuo del otro sexo, fuera homosexual o no.

En una visión jurídica en la que el matrimonio se ha deserotizado, la relación sexual es irrelevante para el matrimonio; homo o hetero. Un homosexual podía casarse con un homosexual (de otro sexo) o con un heterosexual (de otro sexo). Un heterosexual podía casarse con un homosexual (de otro sexo) o con un heterosexual (de otro sexo).

Lo que no se permitía era el matrimonio entre dos personas del mismo sexo, como tampoco entre dos personas que sean hermanos o medio hermanos, o ligadas por vínculo de descendencia (aunque sea adoptiva).

Es verdad que cada uno de tales impedimentos es cuestionable y ha de venir cuestionado. Se entendían (dadas ciertas creencias, que no son evidentes de suyo) en sociedades en las que el matrimonio se veía como la unión sexual (con contenido erótico) normal, para la felicidad y mutua satisfacción íntima de los dos cónyuges, una unión que –en las condiciones médicas de entonces– acarrea en la mayoría de los casos, en ciertos tramos de edad, una probabilidad de procreación.

Un matrimonio deserotizado no tiene por qué respetar ningún impedimento, salvo, si acaso, el de edad para consentir (siendo bastante arbitrario que les sea ilícito consentir a un hombre o a una mujer de 16 ó 17 años).

Ahora bien, quizá la supresión de impedimentos vaya más en la línea de abolir la institución legal del matrimonio que en la de extenderlo a parejas del mismo sexo.

Y es que un argumento que aduzca desigualdad o discriminación siempre puede atenderse de dos maneras, restableciendo la igualdad por un lado o por el otro. Si la existencia de impedimentos legales para establecer un vínculo discrimina a las parejas que se hallan, uno con relación al otro, en situación de impedimento, se acabará con tal discriminación, ya sea eliminando el impedimento, ya sea extendiéndolo a todos (decretando que también es un impedimento el ser de un sexo diferente); o sea aboliendo el reconocimiento legal de ese vínculo.

Si, a favor del matrimonio homosexual, el argumento ofrecido fue el rechazo a la supuesta discriminación que implicaba el impedimento de mismidad de sexo, en contra de su admisión jurídica se formularon dos.

El primer argumento en contra fue que el reconocimiento del matrimonio homosexual perjudicaba a los matrimonios de toda la vida, los heterosexuales, al privarlos de su dignidad social propia.

El segundo argumento es que tal reconocimiento violaba la Constitución, en cuyo art. 32.1 se dice: "El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio". A partir de ese precepto puede argumentarse de varios modos. Uno, por un razonamiento *sensu contrario*, nos haría ver que el constituyente, al reconocer sólo el derecho matrimonial al hombre y la mujer, prohibió una unión matrimonial que no se produjera entre dos individuos de distinto sexo. Otra inferencia sería la de que el precepto del 32.1 CE establece un derecho constitucional al matrimonio para el hombre y la mujer; mas no puede haber dos derechos al matrimonio, uno constitucional (para el hombre y la mujer) y otro no (hombre con hombre o mujer con mujer).

Ambos argumentos son muy débiles. Con relación al primero, he de responder que no se ve qué han perdido los matrimonios heterosexuales porque existan matrimonios homosexuales. Era poquísimo lo que tenían, pero ese poco no se les ha quitado; o, mejor dicho, si se ha erosionado aún más es por otras causas, sobre todo el reconocimiento del divorcio *expres*, o libertad de repudio.

Quizá podría alegarse para reforzar el primer argumento –o darle un contenido más práctico y menos dignitarista– que los nuevos matrimonios, que también tienen derecho

a adoptar, pueden entrar en competencia con los heterosexuales para la adjudicación de niños adoptables, o para la obtención de ayudas sociales (viviendas de protección oficial, becas de comedor, guarderías). Sin embargo, ese planteamiento parece poco relevante, dado el exiguo porcentaje de matrimonios homosexuales⁵⁷.

Al segundo argumento respondo que en lo tocante a derechos no vale nunca el argumento *sensu contrario* (de que, en el supuesto de hecho A, sea lícito B, no se sigue jamás que, en el supuesto no-A, B sea ilícito). Y que podría haber dos derechos a algo, el uno amparado por la Constitución y el otro por una ley de rango infra-constitucional (cual sucede para algunas cosas en la diferencia entre españoles y extranjeros).

Eso sí, de ser verdad que los homosexuales estaban legalmente discriminados, lo es también que siguen estando constitucionalmente discriminados; habrían de exigir una reforma de la Carta Magna, porque ahora el hombre y la mujer están amparados, para unirse en matrimonio, por la Constitución, al paso que dos individuos del mismo sexo sólo lo están por una ley ordinaria, que se puede modificar por mayoría simple (más síes que noes).

En definitiva, no son convincentes ni los argumentos a favor ni los argumentos en contra. Ante esa falta de razones decisivas, la presunción podría ser una opción de permisividad o licitud. Para que una conducta esté prohibida hace falta una razón poderosa, tuteladora de valores socialmente merecedores de amparo legal, y eso hasta el punto de que tal protección haya de tener primacía sobre el valor de la libertad. Las restricciones a la libertad han de ser tasadas, justificadas una por una, y establecidas sólo en tanto en cuanto sean imprescindibles para proteger derechos ajenos o derechos futuros del propio agente (mas esto último sólo excepcionalmente).

Eso vale también para aquellos actos en los que se contraen obligaciones (y hay que recordar que en la práctica el vínculo matrimonial hoy está casi exento de ellas). Cada uno es dueño de obligarse (dentro de límites establecidos para proteger sus propios intereses futuros y los de terceros). Si, de ese principio de libertad, inferimos que dos individuos del mismo sexo han de ser dueños de establecer entre sí las obligaciones mutuas que acarree el nombre de "matrimonio" –muchas o pocas–, por las mismas ha-

bríamos de inferir otro tanto en relación a dos hermanos, siendo más dudoso el caso de padre-hijo⁵⁸. Los partidarios de la licitud del matrimonio homosexual deberían, por las mismas, reclamar que puedan establecer entre sí un vínculo matrimonial común, si lo desean, no ya dos, sino tres, cuatro o más individuos⁵⁹.

Sin embargo, a esas consideraciones puede oponerse otra nada baladí. El derecho de asociación permite a los individuos asociarse para los fines lícitos de la vida, estableciendo en su contrato de asociación los derechos y obligaciones de sus miembros. Conque la ausencia de reconocimiento jurídico de una asociación o de un tipo de asociaciones no implica su prohibición. Ni siquiera implica que hayan de ser inexequibles las obligaciones estipuladas en el contrato de asociación, porque el Código Civil obliga a la observancia de las obligaciones contractualmente asumidas e incluso crea algunas obligaciones para terceros (no inmiscuirse en los asuntos de la asociación y no estorbar su actividad).

De manera que el principio de libertad no tiene por qué entrañar que el ordenamiento jurídico haya de otorgar un reconocimiento o un nombre legalmente establecido a una asociación libre entre dos o más individuos.

Por otro lado, que los registros públicos otorguen una inscripción, bajo una determinada denominación, a un negocio entre particulares implica que el Estado, en tal caso, lejos de contentarse con consentir o permitir ese negocio, le concede una determinada calificación jurídica, comprometiéndose a aplicar, ejecutar o respetar ciertas consecuencias jurídicas del tipo de negocio así calificado (sean muchas o pocas). Que un negocio no cumpla cierto requisito legal para ser así registralmente inscrito no implica prohibición de esos efectos jurídicos, sino sólo que el Estado no se compromete a otorgar esa calificación jurídica ni, en lo que a él concierne, a ejecutar o respetar las consecuencias jurídicas que tal calificación traería consigo.

Si, por no satisfacer todas las condiciones establecidas en el Código Civil, un negocio no puede registrarse como uno de compraventa, o de permuta, o de constitución de derecho real de usufructo, eso no está impidiendo la realización del negocio (y hasta puede que quepa inscribirlo bajo otra calificación o como un negocio atípico).

En lo tocante, concretamente, a nuestro asunto, el Estado puede tener motivos en contra de otorgar registralmente la calificación de "matrimonio" a una pareja homosexual sin que ello prohíba a sus dos integrantes darse a su unión, en sus documentos, el nombre de "matrimonio". Y una ley de parejas de hecho hubiera podido extenderles un trato favorable que viniera a hacer disfrutar a las parejas irregulares (homo o hetero) de los beneficios de los matrimonios, o muchos de ellos.

Pueden ser varios los motivos que válidamente puede tener el legislador para rehusar, en sus registros, esa calificación jurídica: estado de la opinión pública, infrecuencia de tales relaciones (sobre todo cuando pensamos en vínculos estables y con una proyección de permanencia vital), tendencias preponderantes en el derecho comparado, connotación antropológico-cultural del matrimonio. Habiendo así motivos, no sería una exclusión arbitraria; y no acarrearía daño ni perjuicio para los afectados, salvo el de no ver colmada una pretensión puramente nominal.

Las cosas habrían podido hacerse así provocando menos alboroto en la opinión pública y menos división por un asunto, a la postre, de escasa transcendencia jurídica.

Para concluir este apartado hay que insistir en que la significación práctica del matrimonio homosexual es hoy muy reducida: será un matrimonio libremente rompible por cualquiera de los dos cónyuges (de manera unilateral, intempestiva, inmotivada y exenta de consecuencias jurídicas); será un matrimonio sin comunidad de bienes (por lo menos a efectos tributarios, que en definitiva suelen ser los decisivos); será un matrimonio sin apenas derechos sucesorios; será un matrimonio sin asunción ni obligación de convivencia, ni menos de relación sexual (puesto que lo erótico pertenece al ámbito privado ante el cual la sociedad ha de ser ciega). En definitiva, será un matrimonio con muy pocas consecuencias jurídicas, como lo son todos los demás.

9. ¿UNA PLURALIDAD DE VÍNCULOS?

Los planteamientos hoy prevalentes en los temas matrimoniales incurren en un doble error:

- 1) desconocer el carácter antropológico del derecho;

- 2) ignorar el papel del pueblo como legislador, por tres vías: 1.^a, los promulgamientos consuetudinarios; 2.^a, la adhesión a unos principios y valores jurídicos (que el legislador legiferante ha de acabar recogiendo y proclamando formalmente); 3.^a, la actuación como legislador negativo, rehusando inclinarse ante los mandatos del legislador oficial.

La preocupación de las mayorías políticas ha marchado por el sendero de cambios espectaculares de carácter simbólico, prácticamente nominal, de espaldas a la evolución real de los vínculos de pareja en la vida social.

En lugar de esa alharaca de cambios súbitos de fachada, emito aquí, a título de mera hipótesis de trabajo (y sin comprometerme a defenderla)⁶⁰, una línea evolutiva que podría constar de las nueve reglas siguientes.

- 1.º Puesto que la ley no ampara apenas al matrimonio, podría contemplarse suprimir esa institución legal, al menos en su configuración y denominación actuales⁶¹.
- 2.º Respetando el carácter antropológico y sociológico del derecho, conviene dejar a la vida social misma seleccionar y determinar –sin imposiciones coercitivas– las formas de convivencia que la gente desea.
- 3.º Las relaciones que voluntariamente contraigan los individuos para su vida común han de regirse por la ley general de los contratos; los cenobios o grupos de convivientes serían comunidades de bienes contractualmente instituidas; hay que abandonar la noción estrecha de lo contractual como lo que se rige por un ánimo de lucro, para volver a la noción histórica de que es contrato cualquier pacto o convenio que establezcan entre sí varios individuos o grupos para cualesquiera fines de la vida, dentro de lo legalmente autorizado⁶².
- 4.º Han de respetarse las reglas generales del derecho de obligaciones y contratos, empezando por la de *pacta sunt seruanda*. Los convivientes establecen, en sus pactos, cláusulas sobre sus obligaciones recíprocas (en lo corporal, en lo afectivo, en lo económico, o en cualquier otro ámbito)⁶³ cuya inobservancia ha de acarrear la sanción indemnizatoria (que puede pactarse en el contrato de unión conyugal como cláusula penal, junto con una cláusula penitencial)⁶⁴. Asimismo ha de aplicarse la regla del art. 1256 CC, a saber: que el cumplimiento de un contrato no puede quedar al arbitrio de una de las partes contratantes. Al igual que en cualquier negocio jurídico, han de distinguirse una primera fase de consolidación (en la que vale el desistimiento sin causa), de las fases posteriores de más plena fuerza de obligar de las cláusulas contractuales.
- 5.º Tales contratos de convivencia pueden tener duración definida o indefinida. En este último caso sólo es lícita la disolución inmotivada por iniciativa de una de las partes obligándola a pagar la indemnización por daños y perjuicios.
- 6.º Como *ius cogens* para esos contratos, y para cualesquiera otros, ha de aplicarse el principio indemnizatorio de que han de abonarse tanto el daño emergente cuanto el lucro cesante. Quien en su juventud y belleza ha renunciado a otras posibles trayectorias –acaso más brillantes y prósperas– para unir su vida a la de otra persona tiene derecho –si ésta decide romper ese contrato de unión– a que la indemnización incluya el pago de todo ese lucro cesante, incluido el bien moral, no sólo el material, al igual que el daño emergente incluye también el daño moral.
- 7.º Ha de reformarse el derecho de herencia⁶⁵, admitiéndose sin limitaciones la libertad de testar y el pacto sucesorio (que podría inscribirse en el pacto de convivencia)⁶⁶.
- 8.º También hay que reformar el impuesto a la renta, dando opción a los contribuyentes para venir gravados, sea como individuos singulares, sea como grupos de convivientes. (Si la sociedad reconoce el valor de la convivencia y el del amor, debería premiarse fiscalmente la opción comunitaria.)
- 9.º Las medidas públicas de protección social (como la viudedad) han de adaptarse a esas mutaciones (estableciendo un derecho a favor del o la conviviente que cumpla ciertos requisitos).

Si se aplicaran esas nueve reglas, ¿qué sucedería? Los datos de la antropología nos hacen pensar que, si el matrimo-

nio tiene el arraigo que tiene en la historia humana, es porque hay una tendencia espontánea del ser humano a la unión de pareja para la plena comunión de vida y mutua satisfacción, en todos los órdenes, de dos individuos, como manera normal de afrontar las tareas de la vida, como manera normal de vivir, de disfrutar y de arrostrar las dificultades.

Esa dualidad viene de la dualidad de sexos. De suyo el número 2 no es mágico. La naturaleza, en este planeta –o en esta galaxia, o en este mundo posible–, ha tenido predilección por el número 2; en la vida humana, en la relación inter-individual, ese número viene sólo de la bisexualidad. La procreación sigue en muchos casos asociada a la relación erótica, pero cada vez menos (contracepción y reproducción asistida). Lo que sigue estando ahí, y seguirá de momento, es la anatomía y fisiología sexuada de los seres humanos (y de nuestros parientes vegetales y animales).

La aplicación de esas nueve reglas daría lugar a que, en lugar de una única relación, hubiera varias, diversamente tipificadas, con diferentes derechos y obligaciones. Podría vaticinarse que el resultado sería un resurgir del matrimonio presunto: la pareja humana eróticamente vinculada, típicamente heterosexual y con voluntad de permanencia. Ese matrimonio fáctico estaría al margen de registros, ceremonias nupciales o matriculaciones.

10. INCONVENIENTES DE LA PROPUESTA

La propuesta del apartado anterior, emitida como mera hipótesis, sufre, sin embargo, cuatro inconvenientes. Antes de criticarla, hemos de conceptualizarla bien. Se trata de encomendar la regulación de las relaciones íntimas de la gente al ámbito negocial privado, jurídicamente destipificado y, por lo tanto, confiado por entero a la libre iniciativa de las partes, que –según su saber y entender– decidirán plasmar o no sus convenios, explícitos o tácitos, en documentos privados o públicos⁶⁷. Podría, dentro de esa opción, proponerse una panoplia de contratos de convivencia que los notarios y los bufetes de abogados tendrían a disposición de sus clientes, a fin de que éstos escojan.

El primer inconveniente de esa vía negocial privada se refiere al derecho de sucesiones. La opción es inseparable

de la libertad de testar y de la admisión del testamento mancomunado (que existió en nuestro Derecho histórico hasta ser suprimida en 1889 por el Código Civil); como mínimo habría que abolir los derechos de legítima de los descendientes y, con mayor razón, de los ascendientes. Desconcertantemente no existen hoy en nuestra sociedad iniciativas que defiendan el testamento mancomunado y la libertad de testar; sin esa reforma del derecho de sucesiones, la opción del apartado precedente carece de sentido. El inmovilismo del derecho de sucesiones en nuestra legislación civil y la falta de una reivindicación social que reclame el abandono de las legítimas constituyen un obstáculo, hoy por hoy insalvable, para esa opción de confiar la regulación de las relaciones íntimas al ámbito negocial privado.

El segundo inconveniente es que ese camino también deja en lo incierto el alcance de los derechos de los convivientes desde el punto de vista del derecho público. Es de poca monta lo que atañe al derecho penal y al procesal, mercantil y administrativo (incompatibilidades, etc.), porque sin duda los códigos se interpretarían por analogía. Pero hay una dificultad en torno a la seguridad social y sistemas equivalentes de prevención. ¿Quedaría el cónyuge (o el conviviente *more uxorio*) desprotegido, careciendo de derecho a prestación sanitaria en virtud del vínculo negocial de convivencia? ¿No tendría un derecho de pensión? Ese inconveniente no es redhibitorio; porque, en primer lugar, también podría aplicarse la analogía (aunque hay que reconocer que la proliferación de figuras negociales podría hacerla ardua e incierta); y, en segundo lugar, podría regularse la materia de seguridad social con unos parámetros objetivos de convivencia, que incluso desatendieran el contenido y la denominación de los contratos de convivencia (constaran o no en escritura pública) para atenerse al hecho jurídico (no al acto): la convivencia continuada durante un período, más la declaración de los interesados ante el funcionario correspondiente, de su proyecto de mantenerla establemente en el futuro⁶⁸. (Para los casos de incumplimiento de tal declaración, la ley prevendría las consecuencias jurídicas pertinentes.) En suma, el cambio en el orden del derecho familiar habría de ir acompañado de adaptaciones del derecho de la seguridad social, pero sería abordable.

El tercer inconveniente es que, si, al instaurar esa reforma, pudiera prever el legislador, como resultado, una evolución

como la conjeturada al final del apartado anterior, entonces lo más razonable sería –tras un estudio sociológico adecuado que confirmara esa previsión– establecer directamente los conceptos jurídicos correspondientes a ese resultado previsto –atemperando acaso plazos y transiciones–. De ese modo el legislador, en vez de limitarse a lanzar al mar una botella esperando a lo que pueda pasar, elabora un plan legislativo razonable, no arbitrario, sociológica y antropológicamente fundado, sin empero imponer a nadie acogerse a una figura jurídicamente diseñada.

El cuarto y último inconveniente de la propuesta del § 9 es que desprotege a los imprevisores y a la parte negocial débil. Justamente el derecho de contratos típicos difiere del derecho general de las obligaciones en que ofrece modelos para que, en el ejercicio de su libertad contractual (pomposamente llamada "autonomía de la voluntad" en el derecho civil), los particulares puedan acogerse a figuras negociales predefinidas, en las cuales tienen vigencia unas obligaciones y unos derechos por *ius cogens*, indisponibles (lo cual se hace en beneficio de la parte débil y del orden público), y, además, también tienen vigor unas normas supletorias, de suerte que la imprevisión de los contratantes no producirá efectos deletéreos para el negocio jurídico que entablan. Ateniéndonos a la lección histórica, hemos de mantener esa regla de que el legislador tipifique las figuras más frecuentes de relación negocial privada, anudando unas consecuencias jurídicas, de suerte que, en caso de conflicto, sea posible al juez integrar la relación que se dé entre dos particulares como una de tal o de cual tipo legalmente previsto, previas las subsunciones y calificaciones jurídicas que sean menester, extrayendo así las consecuencias correctas en protección, sobre todo, de la parte débil.

Siendo decisivo el 4.º inconveniente, nos toca justificar nuestra predicción (aunque no sea con una deducción científica, sino con unas consideraciones verosímiles e inexactas), a saber: que lo que emergería con vigor de ese relegamiento de las relaciones íntimas a la esfera negocial privada sería un renacer del matrimonio como una asociación vitalicia entre dos seres humanos adultos de diverso sexo, en unión íntima, que compartan lo esencial de su vida y que disfruten de una comunidad de bienes⁶⁹. Mi razón para esperar ese resultado es tratar de ver qué ha pasado en nuestras sociedades, y en las anteriores o exteriores que conocemos, a fin de entender en qué estriba la ventaja del matrimonio.

Un matrimonio típico es un dúo, en el que están representados los dos sexos de nuestra especie. Si en ella hubiera tres sexos, seguramente las uniones domésticas, los hogares, estarían formados por tres individuos, cada uno de uno de los sexos. Que estén representados los dos sexos se debe a que una de las funciones del matrimonio es la unión sexual entre sus dos miembros, para lo que sirve esa unión: necesariamente para el placer y la satisfacción de quienes lo practican (cuando lo practican) y, con ello, para la afirmación de su personalidad, para su felicidad o bienestar; accidentalmente para la reproducción.

Ese dúo matrimonial constituye un hogar, o sea: una unidad molecular de vida, expandible por la copresencia de hijos en ciertas fases de la vida. Esa molécula social, el hogar, es una asociación que racionaliza el uso del producto social: en primer lugar, como núcleo habitacional; en segundo lugar, como factor económico (los economistas conciben a los hogares como factores de producción y de consumo, no a los individuos sueltos).

Podemos perfectamente imaginar, en una antiutopía, una sociedad sin matrimonios ni nada parecido, en la que cada individuo viva en un hogar unimembre, constituyendo una unidad aparte como factor económico desde el punto de vista de residencia, gasto, ahorro, busca de empleo. Eso no impediría a tales individuos sueltos visitarse y holgarse libremente unos con otros. La crianza de los niños podría abordarse en orfanatos o internados, o alternativamente todas las familias serían uniparentales. Otra posibilidad sería que, en lugar de vivir cada adulto solo en un hogar aparte, se viviera en cenobios o conventos.

¿Qué inconveniente tendría esa sociedad de célibes? Que cada soltero viva aparte implica, ante todo, un uso irracional de los recursos y multiplica el gasto, porque muchos consumos se alcanzan más racionalmente aprovechándolos entre varios, especialmente los que tienen que ver con el alojamiento y los suministros regulares que lo acompañan. Y vivir en cenobios o conventos tiene el inconveniente de que, probablemente, el grado de felicidad o bienestar así alcanzable sería menor, porque cada uno se vería constreñido a compartir techo y mesa con individuos a los que no estaría ligado afectivamente, o no por una relación de afectividad sentimental como la que implica la relación de pareja.

Si al común de la gente la vida aislada le proporcionaría la misma felicidad, o una mayor o una menor, es algo en lo que cada quien puede tener presentimientos, difíciles de corroborar por argumentos objetivos, que no aduzcan las preferencias subjetivas. ¿Se sería más feliz viviendo solo y visitándose cuando uno tenga gana que compartiendo, día a día, techo, mesa, cama, lumbre y ajuar? ¿Sería así mejor por estar uno más libre y porque las relaciones serían espontáneas, no encajonadas por la rutina? ¿Sería peor porque al final todo eso produciría una sociedad con mayor soledad, menos comunicativa, menos fraternal? Sin poder sustentar mis anticipaciones en una razón que me parezca objetivamente convincente, juzgo que esa sociedad sería peor, menos racional, menos satisfactoria, menos feliz.

Alternativamente podemos imaginar sociedades en las que se compartan algunos de esos bienes con uno y no así otros bienes, o éstos se compartan con otros. P. ej., cama con uno, ajuar con otro; techo con uno y patrimonio con otro o con ninguno. El que la asociación que comparta techo comparta también cama, mesa, lumbre y ajuar es sólo una de las muchas combinaciones posibles, una combinación que tal vez hemos adoptado por rutina, inercia y falta de imaginación.

¡Será! Pero desafío a cualquiera a ofrecernos relatos creíbles de las antiutopías organizadas de otro modo, mediante alguna de esas otras combinaciones imaginables. Es verdad que mi objeción no tiene mucho peso, porque estoy invitando al interlocutor a someternos un relato que vamos a enjuiciar nosotros, desde nuestros prejuicios, desde nuestros hábitos. Con todo, si históricamente ha prevalecido la familia bimembre expandida con la prole, es porque, de todas las fórmulas imaginables, es la más simple, la más económica, por ende la más racional organización de la vida social, y, en suma, la más satisfactoria para el bienestar de sus miembros.

11. CERRANDO EL CÍRCULO: NUEVOS CONCEPTOS JURÍDICOS EN MATERIA CONYUGAL

Cerraré este artículo con una propuesta alternativa: el legislador podría tipificar varias figuras de contratos de cohabitación, en una escala de mayor o menor compromiso mutuo.

No conozco ninguna objeción jusnaturalista contra la existencia de varios vínculos conyugales, con mayor o menor intensidad de compromiso mutuo. Hay una objeción desde el derecho positivo, del siguiente tenor: "si se creara un matrimonio de segunda división cabría pensar en una inconstitucionalidad sobrevenida, pues, de modo consciente o inconsciente, vendría a hacerse la competencia al único modelo institucionalizado, quizá con el resultado de devaluarlo"⁷⁰. Dudo que sea así. Con una reforma legislativa como la que voy a proponer –que comporta el establecimiento de una pluralidad de figuras laxamente subsumibles bajo un concepto genérico de conyugio–, las disposiciones de la Constitución, sin alterarse, habrían de interpretarse, como cualquier ley, según la realidad social del tiempo en el que han de aplicarse.

También se ha objetado (*ibid.*) que es absurdo establecer varios vínculos conyugales de diversa intensidad, porque, mientras los unos, al contraer matrimonio, consienten en ligarse por unos derechos y deberes mutuos, los otros, al preferir quedar al margen del enlace matrimonial, optan por vivir juntos sin estar sujetos a ningún deber del uno para con el otro. Respondo, en primer lugar, que, aunque ellos no escogieran estar ligados por ningún deber mutuo, eso no significa que no lo estuvieran, porque, al vivir juntos, realizan un hecho jurídico, susceptible de acarrear consecuencias jurídicas.

Que todas las obligaciones de los particulares se contraigan o por un contrato, o por un cuasi-contrato, o por un hecho ilícito (responsabilidad por daños o extracontractual) es un dogma jurídico razonable, pero sin valor absoluto. Nuestro sistema nomológico establece consecuencias jurídicas obligatorias para hechos lícitos no dañosos, como el engendrar. Luego el hecho de la convivencia podría, aun sin intención de las partes, entrañar consecuencias obligatorias, en tanto en cuanto genera una situación que puede llegar a ser desventajosa para un conviviente si el otro la rompe unilateralmente.

En segundo lugar, respondo que no es verdad que implique rechazo o inconsciencia de cualesquiera obligaciones mutuas el mero hecho de rehusar inscribir la relación como una de "matrimonio", con las formalidades ceremoniales establecidas en nuestra sociedad. Los convivientes pueden querer entablar una relación con una serie de derechos y obligaciones, incluso muchos más deberes que el actual

matrimonio oficial, que es desgarrable unilateralmente porque sí en cualquier momento y sin previo aviso. Lo único que rehúsan es un nombre y una ceremonia; y eso puede tener muchas explicaciones, como lo vimos más atrás. Además, un número de parejas de hecho han acudido en diferentes períodos a procedimientos alternativos, como los contratos de convivencia (algunos, como lo vimos más arriba, uniones vitalicias con comunidad de bienes).

Siempre es más respetuoso de la libertad ofrecer a los individuos varias posibilidades alternativas, varios tipos o conceptos jurídicos para que escojan el más idóneo a su visión del mundo y a su plan de vida, dentro de una organización planificada y racional de la sociedad y de una previsión no-arbitraria de las conductas y costumbres de la gente. En consecuencia de lo cual podría el código civil proponer varios tipos de enlace conyugal o de pareja estable.

- 1.º Tendríamos el escalón más bajo, la unión hogareña o *contrato de casamiento*, por el cual dos individuos conviven bajo el mismo techo comprometiéndose a ayudarse mutuamente en diversas facetas de la vida (sentimental, corporal, laboral, educativa, recreativa), afrontando juntos las cargas del hogar común. La duración del contrato sería por tiempo definido (a plazo) o indefinido, previéndose una indemnización por ruptura intempestiva. En principio esta unión no comportaría derechos de seguridad social ni de herencia.
- 2.º Vendría por encima la *sociedad matrimonial*, que implicaría –además de las obligaciones del contra-

to de casamiento– un deber de fidelidad, un pacto de solidaridad y ayuda mutua, en la suerte y en la desgracia (consorcio), y una comunidad de bienes gananciales, repartiendo equitativamente el disfrute de tales bienes. Entrañaría derechos de sucesión y de seguridad social.

- 3.º El *conubio*, vínculo vitalicio, con comunidad universal de bienes habidos y por haber, que podría persistir (sin que se produjera supuesto sucesorio) a la muerte de un cónyuge como comunidad unimembre. Además de las obligaciones mutuas de la sociedad matrimonial, implicaría un compromiso de duración vitalicia y el deber de tenerlo todo en común. Surtiría plenos efectos de seguridad social. En la sucesión intestada, todos los bienes pasarían al cónyuge supérstite.

La duración vitalicia del contrato no significa, claro, su irrevocabilidad. El conubio podría ser anulado por grave y persistente transgresión de los deberes conyugales o por libre y reiterado disenso de uno y otro. También podría anularse por decisión de ruptura de una de las partes, mediante un abono de la indemnización por el daño emergente y lucro cesante, junto con el pago de una suma penitencial⁷¹.

Esta reforma está en el espíritu de los tiempos; es modesta, asequible, moderada, flexible, configurable, abierta a muchas variaciones, matizaciones, colores y sensibilidades. Pero lo seguro es que, hoy por hoy, no se hará. Durante mucho tiempo seguiremos a la deriva.

NOTAS

- 1 Según la clasificación establecida en Lorenzo Peña & Txetxu Ausín, "Libertad de vivir", *Isegoría*, n.º 27, Madrid, 2002, pp. 131-149. ISSN 1130-2097.
- 2 *Vid.* el capítulo 8, apartados 4 y 5, de Lorenzo Peña, *Estudios republicanos: Contribución a la filosofía política y jurídica*, México/Madrid, Plaza y Valdés Editores, 2008. ISBN: 978-84-96780-53-8.

- 3 En el apartado siguiente ahondo más en los preceptos constitucionales sobre el matrimonio en comparación con los de 1931.
- 4 *Vid.* el capítulo 2 de Lorenzo Peña, *op. cit.*
- 5 Fue seguramente una equivocación elevar a ese nivel máximo de juridicidad la disolubilidad del matrimonio, sin decir nada de su constituibilidad ni otorgar derecho alguno a la parte débil. Es como establecer, en el dere-

Recibido: 26 de diciembre de 2008

Aceptado: 13 de enero de 2009

- cho laboral, sólo la facultad de resolver el contrato laboral. Antes que eso, interesa establecer las bases en que será lícito el contrato laboral, las garantías de su permanencia y las condiciones que se exigen jurídicamente para que sea justo. Similarmente, una referencia constitucional al matrimonio ha de establecer qué tipo de contrato es, a qué obliga, en qué derechos y deberes incurren los casados, de qué garantía jurídica gozan; y sólo después, en qué condiciones puede resolverse el contrato. Por otro lado, lo del mutuo disenso suele ser ficticio, y los constituyentes no hubieran debido ignorarlo. E incluso cuando no lo sea, el mutuo disenso no puede extinguir cualquier obligación mutua en cualesquiera circunstancias y de manera incondicional.
- 6 No hubiera estado de más definirlo. Sé que en aquel entonces era impensable entender el matrimonio como una unión de más de dos individuos. De todos modos, al no decirse que es una unión de un hombre y de una mujer, sino que se basa en la igualdad de derechos para ambos sexos, el texto (sin quererlo) estaba haciendo lícito el matrimonio homosexual, a diferencia de lo que sucederá con la Constitución de 1978 que sólo reconoce el derecho a contraer matrimonio al hombre y la mujer.
 - 7 Ya hemos aludido a ellos al final del § 1.
 - 8 Ninguna constitución francesa posterior a la de 1848 incorpora a la parte dispositiva los preceptos sobre derechos humanos. Las de 1946 y 1958 relegan la cuestión de los derechos individuales a la Declaración de 1789 completada por el preámbulo a la constitución de 1946, o sea a textos sin pleno valor vinculante (aparte de que el primero de ellos se quedó obsoleto ya con la proclamación de la República Francesa en 1792). Además, el citado Preámbulo silencia al matrimonio, limitándose a afirmar: "La Nación asegura al individuo y a la familia las condiciones necesarias para su desarrollo". Tampoco es satisfactoria la constitución rusa de 1993, cuyo art. 38.1 otorga la protección estatal a "la maternidad, la infancia y la familia", no al matrimonio que ni siquiera se menciona (aunque el numeral 2 establece el derecho y el deber de "ambos padres" con relación a los hijos). Está claro que se delinea una sociedad en la que el matrimonio no existe con personalidad jurídica, lo cual acarrea una consecuencia distorsionadora para algunos derechos de bienestar, como la vivienda. En vano buscaríamos nada al respecto en la constitución de los EE.UU., claro está.
 - 9 Proclamada el 24 de febrero de 1976 y reformada en julio de 1992.
 - 10 Según la versión revisada de la *Gaceta Oficial* de Caracas de 24 de marzo de 2000.
 - 11 Sin duda no hay que caer en la ingenuidad de suponer a Ulpiano totalmente ignorante en esos temas dentro de los conocimientos de su época.
 - 12 Desde luego podemos pensar, en abstracto, en uniones conyugales de tres o más miembros; lo cual, dado que sólo se dan dos sexos en nuestra especie y en las demás especies vivientes de este planeta, acarrearía que al menos dos miembros de esa unión serían del mismo sexo.
 - 13 *The Sexual Life of Savages in North Western Melanesia: An Ethnographic Account of Courtship, Marriage, and Family Life Among the Natives of the Trobriand Islands*, por Bronislaw Malinowski, 1929. (Reed. por Kessinger Publishing, 2005.)
 - 14 *Derecho Romano: Instituciones de derecho privado*, Ariel, 1965 (5.ª ed.), p. 520.
 - 15 Similarmente tampoco el divorcio era un acto jurídico, sino una situación fáctica.
 - 16 *Vid. Digesto*, 23, 2, 1.
 - 17 *Inst.*, 1, 9, pr.
 - 18 *Vid.* Manuel García Garrido, *Derecho romano privado*, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 211 y ss.
 - 19 *Vid.* Gaston May, *Éléments de droit romain*, París, Sirey, 1920 (13.ª ed.), p. 112.
 - 20 Gozaron de protección jurisdiccional esos contratos en casos de disputa sobre la observancia de las cláusulas, más frecuentes en situaciones de ruptura de la convivencia, hubiera o no descendencia común. Varió la terminología de los contratos formalizados ante escribano: "cartas de barraganía", o de "faser vida en uno", o de "estar juntos a casa mantener", o "vivir maritalmente". La *Carta de Ávila*, de 1361, se titula "carta de mancebía e compañería" y en ella el varón se compromete a compartir con su compañera "pan e mesa e cuchiello por todos los días que (...) visquiéredes", así como sus rentas. (*Vid.* Enrique Fosar Benlloch, "Las uniones libres", en *Estudios de derecho de familia*, t. III, Barcelona, Ed. Bosch, 1985, p. 15.) La Iglesia luchó para que se prohibieran las barraganías y acabó consiguiéndolo a partir del Concilio de Trento.
 - 21 Para Graciano, en el siglo XII, el matrimonio se inicia por el consentimiento, ya sea de presente o de futuro, y se perfecciona con la cópula, *commixtio sexus* (matrimonio rato). Los papas Alejandro III e Inocencio III adoptan una postura oscilante entre las dos escuelas. *Vid.* José Souto Paz, *Derecho matrimonial*, Marcial Pons,

- 2000, pp. 40 y ss). *Vid.* también François Boulanger, «Droit civil de la famille», t. I, París, *Economica*, 1997, pp. 58-9.
- 22** Justamente a veces se usaron los contratos de barragán para prevenir la presunción de matrimonio, según lo establece un precepto de las Partidas.
- 23** Eso significa que aun la segunda concepción, la espiritualista o verbalista, hizo concesiones que relativizaban la relevancia de la expresión oral de la aquiescencia contractual. Por otro lado, incluso esa concepción sostuvo que el papel del ministro que registraba la expresión del consentimiento era el de un mero fedatario. Son los contrayentes quienes se casan uno con otro; no los casa el oficiante.
- 24** No sin una encarnizada resistencia de muchos padres tridentinos, para quienes había que mantener la concepción católica tradicional del matrimonio como un sacramento real, en el cual, por el hecho mismo de la cópula entre hombre y mujer, el espíritu santo viene a habitar los cuerpos de los esposos, bendiciendo su unión amorosa. Para ellos, reducir el matrimonio a una ceremonia, a un intercambio de palabras ante un oficiante, equivalía a desacramentalizar la unión y, haciendo eco a Lutero, ver en la boda un mero contrato solemne de valor civil y no auténticamente religioso. La reforma y la contrarreforma tuvieron mucho que ver la una con la otra.
- 25** La lucha contra el concubinato y contra el matrimonio de hecho se llevó a cabo también en los países protestantes, salvo en Escocia, donde ya en 1502 se había otorgado validez legal al casamiento "by habite and repute", mientras que en Inglaterra se reprimirán, hasta entrado el siglo XIX, las uniones maritales no celebradas según el rito anglicano. Todavía hoy la jurisdicción inglesa rehúsa la existencia de un "common law marriage", a pesar de una errónea creencia, muy difundida en el Reino Unido, de que el derecho ampara el matrimonio consensual. Éste, en cambio, ha ganado reconocimiento en América.
- 26** En verdad, es con ese deber de fidelidad como se introduce veladamente lo sexual en el matrimonio civil decimonónico; sólo que es una introducción puramente negativa. Un cónyuge no está, para con su consorte, obligado a procurarle satisfacción sexual pero sí está obligado a no buscar él tal satisfacción con terceros.
- 27** Aunque se tienda a restringir mucho el elenco de las causas de nulidad, generosamente admitido en el derecho canónico.
- 28** Sin lo cual se abre la vía a solicitar la nulidad del vínculo según el art. 74 CC.
- 29** Existe una práctica de las autoridades administrativas de inmiscuirse en las relaciones entre los novios (cuando uno de ellos ni es español ni tampoco un extranjero con residencia legal) para apreciar si se da ese "consentimiento matrimonial", entendido como un propósito de vida en común con trato sexual, bloqueándose el expediente matrimonial si, a juicio del funcionario, eso no sucede. Dudo que tal práctica sea legal, porque, interpretése como se interprete el art. 45, el efecto anulatorio de una falta de "consentimiento matrimonial" tienen que determinarlo los propios cónyuges (*vid.* art. 74).
- 30** De nuevo hay que recordar que, al decirse "convivencia", se sobreentendía convivencia conyugal, lo cual entrañaba, en la conciencia social, compartir lecho, o sea: una relación sexual, al menos en las edades y circunstancias de salud en que fuera posible. Desde el siglo XIX se ha solido perder esa connotación semántica.
- 31** Ese deber ha sido ya jurisprudencialmente relativizado para compatibilizarlo con prácticas hoy usuales de vivienda separada por razones laborales, fiscales o mercantiles.
- 32** En este último caso podría hablarse de una sociedad civil ocasional para un solo negocio jurídico: el pago conjunto del alquiler a cambio del aprovechamiento de la vivienda, en parte mancomunada y en parte distributivamente.
- 33** Luis Díez Picazo y Antonio Gullón, *Sistema de derecho civil*, vol. IV: *Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, 7.ª ed., Madrid, Tecnos, 1998, p. 116: A diferencia de otros sistemas de divorcio (el repudio unilateral y el divorcio-sanción, en consideración de hechos antijurídicos, violación grave de deberes dimanantes de la relación conyugal), el sistema del CC español en la reforma de 1981 adopta la tesis de frustración: cuando se ha producido un fracaso razonablemente irreparable del matrimonio. *Ibid.*, p. 118: "Se ha condenado la regla (del art. 86.4.º que admitía como causa de divorcio el cese efectivo de la convivencia conyugal durante cinco años) diciendo que favorece un sistema de repudio y favorece al cónyuge culpable. Sin embargo es enteramente coherente con la filosofía de la ley de 1981 y con la institución del divorcio por ruptura de la comunidad conyugal (...) se supera si se tiene en cuenta que lo dilatado del plazo opera como un freno y que mucha habrá de ser la

paciencia de quien especule con sus posibilidades de divorcio por ese camino". Discrepo respetuosamente de esa opinión. Al no existir en nuestro derecho vigente el divorcio por culpa y al fijarse la pensión compensatoria sin ningún carácter penal o sancionatorio (ni siquiera indemnizatorio), el cónyuge veleidoso puede largarse sin que ello entrañe para él ninguna consecuencia negativa y, al cabo de cinco años, obtener el divorcio. La nueva reforma de 2005 favorece aún más al repudiante, al ahorrarle esa espera de cinco años

- 34 Según lo establecía la ley republicana de divorcio de 1932, que es la única justa que hemos tenido.
- 35 Impuesto sobre la renta de las personas físicas. Esta orientación arranca de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de febrero de 1989, en la que se declaraba la inconstitucionalidad parcial de la ley vigente hasta ese momento, la cual obligaba a la acumulación de rentas conyugales. Ya anteriormente se había cuestionado esa acumulación por los tribunales constitucionales italiano y alemán. A un contribuyente casado el 27 de diciembre de 1980 el fisco le exigió pagar el tributo según el estado del 31 de diciembre, o sea con una acumulación de rentas que sólo se había producido 3 días. Reclamó en amparo y el TC le dio la razón en la STC 209/1988, planteando con ello el Tribunal, ante sí mismo, una cuestión de inconstitucionalidad, que resolvió en la citada sentencia de 1989-02-20. El Tribunal adujo un "derecho fundamental de cada uno de tales miembros, como sujetos pasivos del impuesto, a contribuir de acuerdo con su capacidad económica en la misma cuantía en que habría de hacerlo si, manteniendo esa mis-

ma capacidad económica, tributasen separadamente". ¿Desconoce el Tribunal que la capacidad económica de un individuo varía según los ingresos y las necesidades de los demás miembros de la familia? ¿De dónde se deduce ese presunto derecho fundamental a tributar según un cálculo de la capacidad económica que prescindiera de las circunstancias reales del contribuyente? La STC 146/1994 de 12 de mayo acepta lo injusto de su decisión: "No cabe duda que las citadas reglas de imputación de rentas unidas a la existencia de tipos de gravamen progresivos da lugar a que, en el régimen económico de gananciales, las rentas del trabajo soporten una carga tributaria mayor que las rentas del capital, puesto que la titularidad compartida del capital permite que los rendimientos sean repartidos entre los cónyuges que se acojan a la tributación separada, mientras que esta distribución no es posible en las rentas del trabajo, que se imputan íntegramente a aquel cónyuge que las genera". Juan Martín Queralt señala que, como consecuencia de la decisión del TC y del subsiguiente giro legislativo del IRPF, "la sociedad de gananciales pronto será una institución que estudiarán los historiadores del Derecho, cual si fuera una rama de la arqueología jurídica. Lo que ocurre es que las acciones o participaciones societarias pueden diluir las cargas fiscales familiares en el ámbito de los rendimientos del capital, de las actividades económicas y de las ganancias del capital, pero no en el ámbito de los rendimientos del trabajo personal" ["El impuesto sobre la renta de las personas físicas (residentes)", en J. J. Ferreiro y otros, *Curso de Derecho tributario. Parte especial*, Madrid,

Marcial Pons, 2003 (19.^a ed.), p. 68]. Martín Queralt anota que el IRPF se aparta de los criterios que rigen el régimen económico matrimonial, formulando unos criterios de imputación exclusivamente fiscales "que conducen a consecuencias que son gravemente lesivas del principio de capacidad económica". Lleva razón. Comparemos dos parejas, ambas con una renta de 3.000 euros mensuales, sólo que uno de esos hogares percibe tal renta por un único sueldo y el otro por dos sueldos de 1.500 cada uno. Teniendo la misma capacidad económica, la primera pareja soportará un tipo de gravamen mucho más alto.

- 36 Vid. José Ángel Martínez Sanchiz, *Régimen económico matrimonial y comunicación de bienes*, Madrid, Colegios Notariales de España, 2003, pp. 119 y ss. Para la doctrina oficial del Centro Directivo (la Dirección General de Registros y del Notariado), la comunidad de bienes gananciales es germánica, sin cuotas, de suerte que cada condueño tiene, junto con el otro condueño, un dominio *in totum*, sobre la totalidad del patrimonio y sobre cada bien que éste abarca; las cuotas surgen sólo en el momento de disolverse la sociedad. Ese concepto, nos asegura Martínez Sanchiz, fue ya reputado contradictorio siglos atrás por algunos teólogos. Respondo que es una contradicción verdadera, la contradicción de la vida misma, un ser-y-no-ser en que estriba siempre la propiedad de mancomún. (Ese autor prefiere otro enfoque en términos de afectación, no de titularidad; no lo discutiré aquí.) Se me objetará que percibir una renta no es lo mismo que tenerla y que el hecho imponible del IRPF es la percepción, no la propiedad. Respondo que la percepción es el paso de no-propiedad a propiedad

(el cobrador que recoge unos pagos no los percibe). En el derecho civil un miembro de la sociedad de gananciales nunca percibe una renta para sí, sino sólo para la sociedad; así lo dice el art. 1344 CC: en la sociedad de gananciales "se hacen comunes para el marido y la mujer las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquélla". Es, en rigor, la sociedad la que la percibe, aunque sea un cónyuge el que pase por ventanilla a recoger el dinero o cheque (o aquel al que se abone de cualquier otra forma). En ningún momento está la renta percibida en el patrimonio privativo del cónyuge que la obtiene.

- 37 En la jergonza de la actual moda legislativa, se aplica eso a "una análoga relación de afectividad"; que no se sabe cuál es, ya que la legislación del matrimonio no obliga a ningún afecto ni toma en cuenta ese afecto ni lo presume.
- 38 Al margen de esos efectos jurídicos, el matrimonio surte algunos otros, favorables o desfavorables, en el derecho civil, mercantil, tributario y administrativo: insolvencias y alzamiento de bienes; incapacidad para el cónyuge abandonado de seguir percibiendo una pensión compensatoria cuando contraiga nuevas nupcias (art. 101 CC); transmisiones patrimoniales en ciertos lapsos de tiempo antes de la defunción; incompatibilidades (p. ej. ley orgánica del poder judicial, arts. 219 y 391); también en el penal: excusa absolutoria en delitos de encubrimiento (art. 454 CP); circunstancia mixta de parentesco o afinidad (art. 23 CP); nota del tipo en la violencia familiar habitual (art. 153 CP). Para esos efectos, la jurisprudencia y el propio legislador

tienden, cada vez más, a igualar al matrimonio la relación de convivencia *more uxorio*. De todos modos, se trata de efectos irrelevantes para la vida cotidiana de la mayoría de la población.

- 39 El fundamento del derecho sucesorio del viudo lo ofreció Portalis (uno de los grandes juristas que redactaron el Código Civil francés a comienzos del siglo XIX), al señalar "que el matrimonio es la unión de un hombre y de una mujer para ayudarse mutuamente a solventar las cargas de la vida (...). Cuando la ley reconoce al cónyuge viudo su derecho sucesorio (...) lo hace teniendo presente que la obligación de auxiliarse debe perdurar más allá de la muerte". José Ángel Martínez Sanchiz, *op. cit.*, pp. 23-24. Lamentablemente, sin embargo, los códigos decimonónicos redujeron ese derecho sucesorio a casi nada.
- 40 Ese derecho del cónyuge supérstite en la sucesión intestada, en el improbable caso de falta de ascendientes y descendientes, introdujolo la Ley 11/1981, de 13 de mayo. Ha sido ésta una de las pocas modificaciones en el sentido de una humanización de la legislación en materia de familia y sucesiones. (El senado había querido limitar el llamamiento del viudo por delante de los parientes colaterales en función de la naturaleza de los bienes; felizmente no se salió con la suya.) Sobre el alcance y transfondo de aquella reforma v. Marta Pérez Escolar, *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, Madrid, Dykinson, 2003, pp. 112 y ss.
- 41 El matrimonio no posee, a este respecto, más que una ventaja con relación a una cohabitación de hecho: una menor tributación en el impuesto de sucesiones.

- 42 El régimen optativo de la comunidad universal de bienes entre el marido y la mujer lo establece el Código Civil francés en su art. 1497.6.º, regulándolo en el art. 1526: "Les époux peuvent établir par leur contrat de mariage une communauté universelle de leurs biens tant meubles qu'immeubles présents et à venir". V. Gérard Cornu, *Les régimes matrimoniaux*, París, PUF, 1974 (9.ª ed.), pp. 558 y ss; Jérôme Casey, *Les régimes matrimoniaux*, París, Ellipses, 2000, pp. 236 y ss. Además, el art. 1524 permite a los cónyuges convenir la atribución de la comunidad entera al supérstite, sin que entonces se produzca un supuesto de sucesión, ya que, en ese caso, el viudo no hereda de su difunto esposo (aunque, lamentablemente, esa disposición se entiende a salvo de las legítimas hereditarias). El efecto conjunto de esos artículos implica que, a falta de legitimarios, el fallecimiento de un miembro de la pareja no impide la persistencia íntegra, a efectos patrimoniales, de la comunidad universal de cuantos bienes estuvieran en el dominio de uno u otro cónyuge.
- 43 Art. 1406 CC. V. Víctor, M. Garrido de Palma y otros, *La disolución de la sociedad conyugal*, Madrid, Reus, 1985, pp. 120 y ss.
- 44 Ley 29/1994 de 24 de noviembre, art. 16.
- 45 Así la ley de arrendamientos urbanos, recién citada.
- 46 Con un alcance desmesurado con relación al cometido inicial de ese impedimento, que era evitar el casamiento de personas que no hubieran alcanzado la pubertad.
- 47 Anne Lefebvre-Teillard, en *Introduction historique au droit des personnes et des familles*, París, PUF, 1996, p. 222.

- 48 Anne Lefebvre-Teillard, *op. cit.*, p. 201, examina las causas que ya en el siglo XIX determinaron la extensión del concubinato entre la clase obrera urbana; Villermé, en su célebre investigación, había señalado el formalismo excesivo del matrimonio civil: demasiados certificados, gestiones, gastos. Añádese a partir de 1860 un rechazo al matrimonio en los círculos intelectuales parisinos. Esas situaciones dieron lugar a un vacío jurídico. Una posibilidad era admitir entre los concubinos una sociedad universal de ganancias (p. 222), pero la jurisprudencia fue al principio reacia. Después de 1945 tales situaciones han ido en aumento: en 1982 el 30% de las parejas parisinas no eran conyugales.
- 49 P. ej., la existencia de cúmulo de rentas matrimoniales a efectos tributarios, aunque desde hace ya bastantes decenios algunos ordenamientos, como el belga, establecieron el cúmulo obligatorio en casos de convivencia *more uxorio*.
- 50 Tal vez especialmente a la ceremonia nupcial, por la cara y pomposa ostentación que suele comportar, con la presencia de una muchedumbre de allegados y parientes, ante los cuales los esposos sienten que se están comprometiendo, con pública solemnidad, a una vida en común que querrían mantener a salvo de ese ritual. Hay que considerar también el desagradable papeleo y los engorrosos y dilatados trámites administrativos que durante mucho tiempo han obstaculizado el deseo de los novios de regularizar su unión matrimonial, en contraste con la facilidad de irse a vivir juntos o incluso firmar un contrato, aunque sea ante notario. (Tal vez hoy la informatización de los datos facilite las cosas.)
- 51 En todo caso las estadísticas parecen confirmar que hoy, en las grandes capitales europeas, la mayoría de las parejas por debajo de una cierta edad son matrimonios irregulares.
- 52 Sobre el *Pacs*, Pacto Civil de Solidaridad, *vid. Jérôme Casey, op. cit.*, pp. 260 y ss. Además de establecer el *Pacs*, la reforma introduce una definición del concubinato (nuevo art. 515-8 CC): "le concubinage est une union de fait caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple". Notemos que ahí se está introduciendo un supuesto de hecho erótico, el de "vivre en couple", o sea "vivir como pareja", que precisa el vago contenido de "vida común". Curiosamente, sin embargo, el legislador francés de 1999 quiso separar el *Pacs* del concubinato, a fin de alejar al primero, lo más posible, del matrimonio, hasta el punto de convertirlo en un contrato de cohabitación domiciliaria. Las oportunas calificaciones del dictamen del Consejo Constitucional (que actuó como co-legislador positivo) vinieron a recordar que el nuevo pacto implicaba una convivencia de unión sexual, sin lo cual carecerían de sentido las incompatibilidades. El afán de desmatrimonializar al *Pacs* ha producido una norma técnicamente deficiente, que siembra la inseguridad jurídica y que, en definitiva, quizá, lejos de proteger más a los concubinos o compañeros, los desprotege, al prohibir un *Pacs* de duración determinada y al interpretar la prohibición de contratos con compromiso perpetuo tan rígidamente que implica la libre resolución del pacto por cualquiera de sus dos miembros, sin invocar motivo alguno, en cualquier momento (aunque sí se exige un preaviso).
- 53 *Vid. Sánchez Bayón*, "Estudio de la reciente normativa española sobre uniones de hecho", <http://www.fiscalia.org/doctdocu/doct/unioneshecho.pdf>.
- 54 *Vid. Carolina Mesa Marrero, Las uniones de hecho: Análisis de las relaciones económicas y sus efectos*, Madrid, Thomson-Aranzadi, 3.ª ed., 2006, pp. 75 y ss.
- 55 Las normas de derecho internacional privado otorgan validez en España a relaciones jurídicas de parejas de hecho constituidas según legislaciones extranjeras. V. Isabel Lázaro González, *Las uniones de hecho en el derecho internacional privado español*, Madrid, Tecnos, 1999. Un punto a considerarse (*ibid.*, pp. 217-8) es si, cuando el pacto constitutivo implique una práctica de lo que en términos canónicos se llamaba "el débito conyugal", éste sería judicialmente exigible en España. La autora lo niega, igual para las uniones de hecho que para el matrimonio, en virtud del derecho constitucional a la intimidad personal. No comparto su opinión: el derecho a la intimidad también tiene límites. Si lo entendiéramos absoluto, nunca podría invocarse ante un tribunal ningún hecho, alguna omisión, que involucre una faceta íntima del individuo. (Aparte de que no se ve por qué lo único íntimo va a ser lo sexual, que no siempre lo es.) Eso impediría, en sede pretoria, aducir hechos de infidelidad conyugal o actos de sadismo. Desde luego, es improbable que, si dos individuos han acordado libremente un pacto que implica obligaciones de hacer, entre ellas la de procurar el placer juntos, y uno de ellos decide incumplirlo (sin causa), el otro vaya a acudir directamente

a los tribunales. Pero el derecho a la tutela judicial ampara a todos los contratos lícitos, acarreado, en casos de incumplimiento injustificado, un derecho de indemnización a favor del contratante cumplidor.

56 Una parte amplísima de la opinión pública está totalmente equivocada en lo que atañe a la caracterización de los individuos humanos como "homosexuales" o "heterosexuales", hasta el punto de enumerar esa presunta cualidad entre las condiciones permanentes de un ser humano, como su sexo, su nacimiento, su color de piel, su estatura. Tal vez ese mito está inspirado en una teoría genética, que busca enraizar en un gen o en una combinación de genes, si no cada faceta de la psicología individual, sí muchas de ellas, y desde luego cuantas llaman la atención. Todo eso es erróneo. Dudo mucho que haya un gen de la orientación sexual. Ésta es un pseudoconcepto. Que a alguien le guste A no implica que no le guste B. Seguramente a cualquier individuo adulto normal, en determinadas circunstancias, puede (si culturalmente está preparado para ello) agradarle una relación sexual con un individuo de su mismo sexo y una con un individuo de sexo diferente. Es la cultura innatista, vocacionalista y además sexo-céntrica la que va en pos de una quimera, un algo hondo en la psique del individuo que lo predisponga a ser homo o hetero. Incluso si entendemos, más modestamente, la orientación sexual como decantación preferente, hay que decir que no se es, sino que se está, homo, hetero, mixto o neutro (y además en una combinación de grados). De ahí que puedan abundar las relaciones homosexuales sin que ello implique una alternativa al modo generalizado

de vida en parejas de distinto sexo. Y es que, si se debe reconocer el papel del vínculo erótico en la pareja, no toda relación erótica funda una asociación de pareja.

- 57** Es difícil saber cuál es el número de casamientos entre individuos del mismo sexo (se facilitan datos extrapolados por falta de informatización), pero parece que han ascendido al 1,5% del total, quizá menos. (Muchos convivientes homosexuales no desean casarse, a pesar de lo poco que significa el casamiento hoy.)
- 58** Por la presumibilidad de coacción, aunque puede discutirse cuán fuerte sea el argumento.
- 59** En las discusiones que precedieron a la promulgación de la Ley de 2005 se adujo que, si se expandía el ámbito de uniones entre varios que pudieran recibir la denominación de "matrimonio", habría que ofrecer un argumento para no seguir ampliando ese ámbito, y en concreto para excluir la unión de un ser humano con uno de otra especie. (Tal vez aquí entraría la dificultad de cómo constatar su consentimiento.) Yo plantearía el problema del derecho a casarse con uno mismo, constituyendo un matrimonio unimembre (a fin de tener hijos matrimoniales sin contraer vínculo conyugal con otro individuo).
- 60** *Vid. infra*, apartado siguiente.
- 61** Podría habilitarse un período de extinción, con un mantenimiento vitalicio para los matrimonios actuales.
- 62** Habría que permitir que la comunidad pueda subsistir con un solo miembro, en el caso de que los demás fallezcan o la abandonen. En tal caso, no se produciría ninguna transmisión patrimonial ni, por consiguiente, entrarían en juego los supuestos de plusvalía ni ningún otro similar.

- 63** Sujetas, eso sí, a la prohibición legal de atentar contra valores superiores del ordenamiento, como la vida, el bienestar, la felicidad, la salud, la igualdad y la fraternidad humana. En suma, estaría prohibida una cláusula que comportase sevicias o vejaciones, al igual que los pactos leoninos. En cambio pocas simpatías encontrará hoy la vieja opinión doctrinal de que son ilícitos los pactos que impliquen un compromiso a mantener relaciones sexuales, por implicar condiciones inmorales; no es inmoral mantener tales relaciones ni es contrario a los valores socialmente aceptados; al revés, revisten una consideración axiológicamente positiva el placer, la felicidad, el bienestar, el sano ejercicio de las capacidades humanas y, desde luego, el amor. Es perfectamente lícita la autolimitación de libertad que implica adoptar compromisos en ese ámbito, siempre y cuando sean compromisos libres y equitativos para mutuo beneficio (espiritual, psíquico y material). Ni es cierto que el ordenamiento prohíba establecer tales compromisos por una vía diferente de la ceremonia del matrimonio regular, el cual no es sino una de las posibles expresiones de la decisión de dos individuos de formar una pareja estable. (Lo que sí sería inmoral y, por lo tanto, ilícito sería comprometerse a sufrir malos tratos o humillaciones o a entregarse a prácticas sado-masoquistas o a prostituirse; es dudoso si lo sería comprometerse al sexo en grupo u otras prácticas miradas socialmente con ceño, aunque la duda debe dar ventaja a la presunción de licitud.)
- 64** A la objeción de que los pactos con obligaciones personales son incoercibles respondo que, efectivamente, un tribunal no puede forzar a nadie

- a realizar personalmente una acción (sea ésta de la índole que sea: dar clase, cantar, pintar, cortar leña, acariciar, traducir, vigilar, planchar o acompañar o amar), pero, por eso mismo, existen las obligaciones derivadas o subsidiarias, concretamente la de compensar a la parte perjudicada por la infracción de deberes contractualmente asumidos.
- 65** Además, debería suprimirse el impuesto de sucesiones, el más injusto de todos; habría, en cambio, que restablecer el impuesto sobre el patrimonio, que grave las grandes fortunas, heredadas o no. Sólo suprimiendo el impuesto de sucesiones se pueden eliminar las discriminaciones.
- 66** *Vid.* Díez Picazo & Gullón, *op. cit.*, p. 515. Los pactos sucesorios se admiten en Alemania, Austria y Suiza. En los derechos forales españoles también se admite con cierta amplitud. Las normas de derecho internacional privado hacen exequibles en España pactos sucesorios válidos para nacionales de otros países.
- 67** *Vid.* Giacomo Oberto, "L'autonomia negoziale della coppia di fatto: I con-

- tratti di convivenza tra autonomia privata e modelli legislativi", 2004. Disponible en la página web de Giacomo Oberto: <http://www.geocities.com/CollegePark/Classroom/6218/famiglia.htm>.
- 68** Se limitaría el derecho a un solo conviviente.
- 69** Ese renacer no excluye en absoluto que haya un número de individuos y grupos que sigan otros caminos, que vivan en asociaciones de otro tipo: dúos hetero u homo, con configuraciones diferentes, tríos, cuartetos, quintetos, unos estables, otros inestables; sus relaciones estarían encomendadas a la libre negociación privada.
- 70** Gabriel García Cantero, "Matrimonio y parejas de hecho", *Aquí y ahora*, n.º 219/29-VI-2000, <http://www.archimadrid.es/alfayome/menu/pasados/revistas/2000/jun2000/num219/Aqui/aqui3.htm>.
- 71** Suena hoy mal el compromiso de por vida. Adúcese que es contrario a la libertad suscribir un pacto irrevocable. Pero eso no es verdad. En primer lugar, un compromiso

vitalicio no es lícitamente revocable sin causa justa, pero puede ser extinguido (cancelado, rescindido, anulado) por una razón válida. (En principio no lo es, desde luego, el matrimonio canónico; aun eso tiene sus límites por el ejercicio de los llamados privilegios paulino y petrino, dejando de lado el ancho resquicio de la nulidad rotal; sin embargo el abandono de esa rigidez extrema no tiene por qué comportar el de la vigencia de un contrato para toda la vida, una vigencia entendida con la debida flexibilidad.) No se ve por qué va a implicar un atentado contra la libertad suscribir un compromiso de por vida, máxime si uno lo ha hecho libre y espontáneamente. En el caso de la unión de pareja, además, como la misma va asociada a un plan conjunto de vida en todos los ámbitos, ingresar en tal unión y permanecer establemente en ella implica adoptar decisiones y renunciaciones que son irreversibles y que, a menudo, comportan consecuencias irreparables. Un plan general de vida encierra una vocación de perpetuidad.