

LA FAMILIA Y SU DERECHO

Juan Antonio GARCÍA AMADO^(*)

Universidad de León

RESUMEN

La familia y su derecho

La tesis es que el Derecho de familia se ha quedado sin un objeto definido, pues ya no maneja el Derecho un concepto unitario y congruente de familia, sino que se regulan situaciones sumamente heterogéneas y con atención preferente a las obligaciones económicas que esas diferentes situaciones y relaciones generan. Así, la base de la noción jurídica de familia (y en particular de matrimonio) ya no es ni una formalidad constitutiva ni el afecto ni el intercambio sexual ni la convivencia ni un vínculo biológico (en cuanto a la filiación). Correlativamente, de los deberes familiares apenas va quedando respaldo jurídico efectivo para los que no sean de carácter económico. Pero la dogmática civil sigue muy atada a una concepción naturalística y pretérita de la familia.

Palabras clave: Familia. Matrimonio. Filiación. Pensión compensatoria. Deberes matrimoniales.

ABSTRACT

Families: Which law?

Family law has been left without a defined object, because the law does not comprise a unitary and coherent concept of the family, but regulates situations highly heterogeneous and pays preferential attention to the economic obligations arising from these different situations and relationships. Thus, the basis of the legal notion of family (and especially marriage) is no longer a constitutive formality or affection or sexual exchange coexistence or a biological link (as regards filiation). Consecutively, the only aspect that is being left of family duties is the effective legal support for those cases which are not of an economic nature. But the civil dogma is still tied to the naturalistic and past conception of family.

Keywords: Family. Marriage. Filiation. Compensatory Pension. Matrimonial duties.

SUMARIO

- I. TRES TESIS SOBRE EL DERECHO DE FAMILIA.
- II. SOBRE LA DESUSTANCIALIZACIÓN DE LA FAMILIA EN SU DERECHO Y SOBRE LA DEFINITIVA INVIABILIDAD DE UN CONCEPTO (JURÍDICO) NATURALISTA DE FAMILIA.
 1. La imposibilidad del sistema.
 2. El Derecho ya no defiende la institución y hace de papel sus deberes.
 3. ¿Y la responsabilidad civil por daño extracontractual?

(*) Catedrático de Filosofía del Derecho, Universidad de León.

III. NI MÁS DERECHOS NI MÁS OBLIGACIONES QUE LOS ECONÓMICOS. A PROPÓSITO DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA Y SUS MISTERIOS.

En lo académico, nada me puede complacer más que disertar en mi querida Facultad de Derecho de Oviedo en el señalado día en que se celebra la festividad del patrono de los estudios de Derecho. Hace ya veinte años que dejé esta Facultad, pero sigo sintiéndome de ella y así será siempre. Aquí estudié mi carrera, aquí aprendí de los primeros maestros, de tantos buenos profesores que me inculcaron el gusto por el Derecho y el placer de la teoría jurídica, aquí hallé el afecto y la amistad de tantos compañeros y colegas a los que guardo indeleble aprecio y admiración, aquí forjé mi vocación de docente e investigador universitario, aquí aprendí y disfruté con generaciones de estudiantes que, convertidos hoy en brillantes profesionales y, bastantes, en excelentes académicos, me siguen enseñando. Nunca podré devolver tanto como en esta Facultad he recibido de tantos, jamás podré con mis obras responder a la magnitud de mi deuda ni expresar lo profundo de mi gratitud.

Como iusfilósofo y en mi ya largo periplo académico, he llegado a la convicción de que la mejor y más útil Filosofía del Derecho es la que no pierde de vista las normas ni se olvida del diálogo con la mejor dogmática jurídica. Me interesa, pues, la que podemos denominar Filosofía del Derecho aplicada. La única ventaja, si acaso, del filósofo del Derecho curtido se halla en su manejo de ciertas herramientas teóricas, analíticas y críticas que le permitan decir algo más o algo distinto de lo que cuenta la buena dogmática jurídica, no para enmendarla o ponerla en solfa, sino para complementarla y, entre unos y otros, alcanzar explicaciones más completas de las normas y las doctrinas sobre ellas. Creo profundamente en la utilidad y necesidad de la buena dogmática. No hay Derecho fiable ni Estado de Derecho que funcione allí donde no se cuenta con el entramado conceptual y la visión sistemática que brinda una sólida dogmática jurídica, en sus diversas ramas.

Aquí voy a tratar de asuntos que competen a los civilistas, en concreto del Derecho de familia. No creo, para nada, en disputas territoriales ni en cotos exclusivos. Los mejores civilistas, al igual que los más acreditados penalistas, administrativistas, laboristas, constitucionalistas y tantos otros, han hecho aportaciones notabilísimas a la Teoría y la Filosofía del Derecho. Es de justicia que también los filósofos del Derecho nos ocupemos, desde la perspectiva nuestra, de sus temas y sus doctrinas, aunque sea con la inseguridad y el atrevimiento del diletante. Avanzarán mejor nuestras ciencias o ramas del conocimiento si dialogamos y debatimos.

En lo que sigue pretendo dar cuenta de un sempiterno problema de la dogmática jurídica, al hilo de algunos problemas del Derecho de familia. La dogmática construye sus sistemas teóricos en un proceso histórico a lo largo del que se asumen presupuestos conceptuales, sociales y valorativos. Los constantes y acelerados cambios legislativos, sociales, ideológicos, políticos y morales fuerzan a una continua reelaboración y a una permanente revisión de las categorías heredadas, y sin tales revisiones corre la doctrina jurídica peligro de quedarse aislada en sus cuarteles de invierno, porfiando por mantenerse en postulados teóricos que ya no cuadran con las realidades vitales y normativas, a veces disertando sobre un objeto que ha mutado sus perfiles o se ha evaporado por completo. Ese, creo, es el caso del Derecho de familia, y sostendré que dicha rama ha

de tomar nota de que, para el Derecho y para la sociedad, la familia ya no es lo que era ni volverá a serlo. Ni de lejos quiero insinuar que los civilistas no estén recomponiendo adecuadamente sus teorías al respecto. Nada más quiero resaltar lo ingente de su tarea y que el desafío de los nuevos tiempos es de tal magnitud, que de algo puede también servir que los filósofos del Derecho tratemos de aportar nuestro grano de arena, desde nuestra distancia y con nuestras herramientas analíticas.

I. TRES TESIS SOBRE EL DERECHO DE FAMILIA

Mantendré aquí varias **tesis** de apariencia radical, pero que trataré de defender como las más correctas descripciones del estado actual del Derecho de familia. Esas tesis pueden provisional y resumidamente enunciarse así:

1. El Derecho de familia ha tenido sustancia propia y consistencia interna mientras el Derecho reflejaba, por un lado, y coactivamente ayudaba a mantener, por otro, un modelo normativo de familia. Es decir, lo que por familia pudiera entenderse estaba congruentemente asentado en la tradición y reflejado en la moral positiva o socialmente vigente, en particular en la moral religiosamente respaldada y asegurada. Lo que el sistema jurídico hacía era ratificar, con sus particulares medios, ese modelo social y uniforme de familia. Tal se lograba mediante la represión de los modelos alternativos y mediante la penalización, en diversas formas, de quienes, hallándose insertos en una familia (como padre o madre, como hijo, como esposo o esposa...), no se atuvieran a los roles debidos en la misma. También cabían sanciones positivas, consistentes en el otorgamiento de ventajas o premios a los que se insertaran adecuadamente en ese modelo familiar ortodoxo y dentro de él desempeñaran correctamente su papel correspondiente. Había, pues, un modelo prejurídico de familia que, al ser incorporado por el sistema jurídico a fin de protegerlo, se convertía en modelo de familia jurídica y, así, recibía de las herramientas del Derecho la garantía de pervivencia.

De todo eso quedan restos en el ordenamiento jurídico actual, pero tales restos son justamente los que hacen incoherente el vigente Derecho de familia, pues de éste ha desaparecido toda referencia firme, sustancial y prejurídica a la hora de saber o determinar qué es una familia y, por tanto, a qué tipo de uniones, relaciones, situaciones y prácticas se deben aplicar las diversas normas de ese sector jurídico. En otras palabras, mientras que, antes, las normas del Derecho de familia se aplicaban a las familias, ahora, puesto que es el propio Derecho el que, sin referencias previas o externas a él o en medio de referencias absolutamente contradictorias, determina lo que sea familia a los efectos de aplicar tales o cuales reglas jurídicas, se invierte completamente el razonamiento de fondo: no es que el Derecho de familia se aplique a las relaciones familiares, sino que relaciones familiares son aquellas a las que el Derecho de familia se aplica.

Por ese motivo, el debate principal ya no es moral, social, político o económico, sino un debate intrajurídico, por así decir, un debate cuyas categorías son jurídicas, categorías del Derecho y de su teoría: derechos, discriminación... Ya no importa tanto, como antes, lo que moralmente piensen éstos o aquéllos de las relaciones homosexuales, por ejemplo, o de la convivencia sexual estable sin pasar por la vicaría o el juzgado, y tampoco las consecuencias que esos cambios de costumbres tengan, en su caso, en la demografía, la

economía, la educación, etc., sino que lo que cuenta más que nada es que ningún individuo esté o razonablemente pueda sentirse discriminado por el hecho de que su opción personal, sean cuales sean sus efectos para el conjunto social, no goce de los mismos derechos y ventajas que el modelo que hasta ahora era el ortodoxo o estandarizado.

2. Si eso es así, pierde fundamento toda pretensión de una doctrina naturalista de la familia que sirva de presupuesto para la explicación y sistematización de la correspondiente rama de nuestro Derecho. Llamamos doctrinas naturalistas a aquellas que piensan que existe, en el ámbito normativo del que se trate, una realidad ontológica preestablecida, de manera que el Derecho, con sus normas, refleja tal realidad anterior, prejurídica, y la defiende. En nuestro tema, significaría que hay un modo de ser necesario, ineludible, del matrimonio y la familia, modo de ser impenable, ontología esencial, sustancia predeterminada, que el Derecho no puede contradecir. El matrimonio, pongamos por caso, es lo que es y sirve para lo que sirve, y tal realidad no puede cambiarla ningún legislador, ningún poder humano. Igual que no puede ningún parlamento prescribir la cuadratura del círculo ni lo hará ningún legislador que esté en sus cabales ni servirá de nada que por tal porfíe, así el matrimonio será heterosexual o la familia se orientará a la procreación y será «célula básica de la sociedad». No hay más vueltas que darle.

Inspira ternura lo que de un naturalismo así va quedando entre los civilistas. Quienes de esa forma insisten se ven irremisiblemente abocados a la melancolía o a la perplejidad del conductor que va por el carril equivocado de la autopista y se pregunta cómo es posible que todos los demás anden al revés. Porque el civilista, el que cultiva la importante y necesaria dogmática civilista, debe, con las normas de su sector, construir un sistema lo más claro y coherente que sea posible, y mal podrá embarcarse en dicha tarea cuando le parece que el Derecho de verdad no es el que en el Código y la legislación civil se expresa. Siempre podrá hacer como otros y proclamar que las normas legales son esencialmente derrotables, que la verdad del Derecho se encuentra en el trasfondo material de la Constitución y que en éste ni cabe matrimonio homosexual, ni «divorcio a la carta» ni cualquier otra promiscuidad que contravenga el orden natural. Pero esos argumentos son más propios de iusfilósofos ocupados en demostrar que la justicia (constitucional) está siempre de su parte y con su caso, que de civilistas que se quieren serios.

Pero lo que hay, lo que en materia de familia está en las leyes de ahora, puede dejar patidifuso hasta al más recalcitrante normativista, pues lo que falta es, justamente, plan y sistema. Cabe afirmar, como hicimos en el punto anterior, que no existe más familia que la que el Derecho de familia dibuje como tal. Pero, si somos realistas, deberemos avanzar un paso más y asumir que, en verdad, en nuestro actual ordenamiento **no hay familia**. Ya no es que el Derecho haya dejado de reflejar una noción prejurídica y socialmente vigente de familia, sino que tampoco construye el Derecho una noción jurídica alternativa, no la construye con una mínima precisión y una coherencia suficiente para que podamos decir que éste, con tales y cuales caracteres, es el modelo de familia vigente a día de hoy en nuestro Derecho. Se han vuelto completamente contingentes y radicalmente heterogéneas las circunstancias a las que el Derecho ata la aparición para un sujeto de derechos u obligaciones «familiares», no hay ningún hilo conductor constante, es coyuntural o aleatorio que yo hoy tenga que rendirle tal prestación a un sujeto porque es de mi familia o que tenga que dármele ese sujeto a mí o que deba proporcionarnos a los dos alguna ventaja o facilidad el Estado, debido a que seamos familia.

Bien mirado, algo de esto ha habido siempre. Nunca el Derecho, al menos en nuestro medio cultural e histórico, ha sido congruente con las funciones y definiciones sustanciales de la familia en que presuntamente se basaba. Siempre el sistema jurídico ha seleccionado, con su propio criterio (que es el criterio político de quien hace sus normas), una serie de relaciones como familiares para imputar en esos casos, y sólo en esos, derechos y obligaciones. Así, se ha relacionado el matrimonio con la función reproductiva, pero ello no ha sido óbice para que puedan contraerlo válidamente quienes no pueden procrear o no pueden ya. Especialmente después del siglo XVII, se ha ligado el matrimonio al amor, mas no han dejado de ser válidos tantos matrimonios por interés o por cualquier circunstancia independiente del afecto o hasta incompatible con él. Y así sucesivamente. Se repite una y otra vez que el matrimonio es «comunidad de vida», pero de entre todas las comunidades vitales, incluso de entre todas las que llevan consigo afecto y reparto de gastos, es el Derecho el que siempre ha seleccionado cuáles son matrimonio y cuáles no. Lo peculiar del presente es que en esa selección ya no hay ni rastro de criterio, ya no se ve qué línea la articula.

Tenemos, en consecuencia, que el actual Derecho de familia es, se mire como se mire, Derecho sin familia. Antes, muchas de las que con arreglo a ciertas definiciones sustanciales (afecto, convivencia, intercambio sexual, solidaridad económica...) eran familias, no tenían Derecho de familia, no constituían familia para el Derecho de familia. Pero, al menos, a las que esa rama consideraba familias era posible encontrarles algún mínimo denominador común. Y, si no, quedaba el dato formal, procedimental: será familia y tendrá el tratamiento jurídico de tal aquel grupo humano que cumpla algunos requisitos fijados por las normas (edad, cierta situación de parentesco o de falta de él, etc.) y que realice determinados ritos jurídicos constitutivos, tales como contraer matrimonio, reconocer un hijo, etc. Hoy ya no es así, en modo alguno, como bien sabemos.

3. Así que si el Derecho de familia ya no es, propiamente hablando, Derecho *de familia*, ¿qué es? Arribamos a nuestra tercera tesis: el que actualmente se sigue llamando Derecho de familia y explicando como si en verdad tal hubiera **no es más que una rama del Derecho de obligaciones**. No quedan, o no quedan apenas, en materia familiar más derechos y más obligaciones que los de contenido económico. Sí se enuncian derechos y deberes de otro tipo, pero carecen en realidad de toda virtualidad jurídica tangible, son solamente retórica o resabio de otros tiempos o lubricante que sirve hacer a muchos más llevadera la transición hacia esa disolución de las relaciones familiares. Por supuesto, nada impide, en los hechos, que las personas puedan amarse como pareja o como padres e hijos o hermanos, que ciertos adultos puedan compartir sexo y casa, que se reserven entre sí un trato de favor que a otros no darían, etc., etc., etc. Pero al Derecho nada de esto le importa ya, pues puede haber de todo ello sin que para el ordenamiento nos hallemos ante una familia, y puede no haber ninguna de esas cosas y tratarse, para el sistema jurídico, de una familia. ¿Y a qué efectos sabremos si estamos o no ante una familia? Según que haya o no que pagar o que se pueda o no recibir. Todo lo demás al Derecho de familia ya no le importa mayormente.

Una última precisión. Con esas tesis pretendo hacer una descripción, que trataré de ir fundamentando, de cómo está hoy el llamado Derecho de familia. Otra cosa es la opinión que a unos u otros esa situación nos merezca. Son muchos los que lamentan que el Derecho de familia abandone las viejas estructuras y los planteamientos de an-

taño, los que se afligen por el declive de la familia «de toda la vida» y reprochan que el sistema jurídico ya no la ampare apenas. No es mi caso. Lo que yo pido es, más bien, que desaparezcan los restos de esas formas antiguas que aún se dejan ver –como la pensión compensatoria, nada menos que por «desequilibrio económico»– y que ponen incongruencia a los esquemas individualistas que se van imponiendo. Es hora de probar una sociedad de ciudadanos, no de células básicas. Es hora de ampliar la libertad para que cada uno organice sus afectos y su vida sexual como quiera y sin que el Derecho se meta para nada que no sea evitar los abusos y procurar que sea libre el que pueda consentir y que no sea forzado el que no pueda. A tal propósito, con las reglas generales, civiles, administrativas, laborales y penales, seguramente basta, sin ninguna necesidad ya de andar inventando normas para un sector del ordenamiento jurídico, el Derecho de familia, que ha perdido sentido al evaporarse su objeto, la familia. En otros términos, que socialmente haya tantos modelos de familia como la gente quiera y que cada cual elija el que más le convenza, sin que el Derecho imponga ninguno ni lo impida, y con un sistema jurídico que permita y procure que cada cual sea estrictamente responsable de sus elecciones y se atenga a las consecuencias; delitos aparte, por supuesto.

II. SOBRE LA DESUSTANCIALIZACION DE LA FAMILIA EN SU DERECHO Y SOBRE LA DEFINITIVA INVIABILIDAD DE UN CONCEPTO (JURÍDICO) NATURALISTA DE FAMILIA

1. La imposibilidad del sistema

Si existe una entidad llamada familia y que es objeto de la protección que prevé el artículo 39.1 de la Constitución, dicha entidad habrá de tener unos perfiles definidos y definitorios, de modo que podamos decir, cuando tales perfiles se cumplen, «esto es una familia» y, cuando no, «esto no es una familia». ¿Cuáles serían esas notas distintivas de la familia? Por lo pronto, y teniendo en mano el Derecho vigente en España a día de hoy, vayamos enumerando qué notas *no son* definitorias o constitutivas de la familia, dado que se considera que existen familias que no las cumplen, sin dejar de ser tales familias y merecer la correspondiente protección jurídica:

(i) La realización de algún **procedimiento o trámite formal de carácter constitutivo**. Desde el momento en que, por ejemplo, la unión de pareja se considera familia y dicha unión no necesita ser unión matrimonial, sino que cuenta igualmente la llamada pareja de hecho, las que podemos denominar familias informales también son familias a efectos jurídicos.

Las parejas de hecho asimiladas a las familias matrimoniales han de cumplir, según la mayor parte de las normas autonómicas que las regulan, determinadas formalidades, como la inscripción en el registro de parejas de hecho⁽¹⁾, inscripción que también puede estar

(1) Inscripción que, en algunas Comunidades tiene carácter constitutivo, mientras que en otras no lo tiene en modo alguno. Ejemplo de esto último se contiene en la aragonesa Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas, que solamente exige para que se reconozca tal condición «la convivencia marital durante un periodo ininterrumpido de dos años, como mínimo o se haya manifestado la voluntad de constituirla mediante escritura pública» (artículo 3.1), y establece que «Podrá acreditarse la existencia de pareja estable no

sometida a requisitos como el de un periodo mínimo de convivencia. Sin embargo, también pasa a veces que ciertas situaciones meramente fácticas determinan ese reconocimiento jurídico de la pareja, como ocurre, en el caso de Galicia, cuando la pareja tiene hijos en común, en cuyo caso es suficiente acreditar la convivencia para adquirir la condición de «relación marital análoga al matrimonio», condición que acarrea para los miembros los mismos derechos y obligaciones que la ley gallega reconoce a los cónyuges (disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia).

(ii) El **vínculo biológico**. Obviamente, no hay dicha ligazón biológica entre, por ejemplo, un padre adoptivo y un adoptado y, sin embargo, son familia a efectos jurídicos⁽²⁾. Es evidente que esa relación «biológica» tampoco se da entre los miembros de la pareja, sean cónyuges o pareja de hecho, ni siquiera en sentido latísimo, pues el ayuntamiento carnal o la llamada consumación carnal no es en modo alguno condición necesaria para que el matrimonio o la pareja reciba su consideración de familia desde el sistema jurídico.

En cuanto a la relación entre padres e hijo adoptivo, las reformas legales de las últimas décadas han venido a romper más claramente el nexo biológico. Como explican Gema DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ e Isabel ARANA DE LA FUENTE al glosar la STS, Sala 1ª, de 18 de septiembre de 2006, a partir de la Constitución «se consagró en ese ámbito el principio de igualdad o no discriminación por razón de la clase de nacimiento proclamado en el artículo 14 de la Constitución Española, refiriéndolo no sólo a la filiación matrimonial o extramatrimonial, sino extendiéndolo también a la adoptiva. El criterio legal igualitario, tras la Ley 11/1981, se plasma en el artículo 108.3 del Código Civil, al establecer que “la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos conforme a lo dispuesto en este Código”. En conclusión, la equiparación de la filiación entre los nacidos dentro del matrimonio, que estableció por razones constitucionales la Ley 11/1981 mediante la modificación del Código Civil, se extendió por esta Ley a los hijos adoptivos estableciendo un criterio de identidad o igualación y esto llevaba consigo, como lógica consecuencia, la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y la familia biológica y, consiguientemente, la de los derechos hereditarios que aquél pudiera ostentar respecto de ésta⁽³⁾».

Hermoso paralelismo: se suprime una distinción meramente jurídica entre hijos biológicamente iguales, la que diferenciaba entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, y se introduce una plena igualación jurídica entre hijos biológicamente distintos, los adoptados y los no adoptados.

Pero no para ahí la galopante desvinculación entre parentesco y biología.

Como señala PÉREZ MONGE, «en nuestro Código civil, la maternidad se determina por el parto, lo cual durante mucho tiempo no planteó problemas, dado que la

casada y el transcurso de los dos años de referencia, si no existiera escritura pública, mediante cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho, especialmente, a través de acta de notoriedad o documento judicial que acredite la convivencia» (artículo 3.2).

(2) Recuérdese que, además, «La adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior» (artículo 178.1 del Código Civil).

(3) DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema y ARANA DE LA FUENTE, Isabel, *Las nuevas estructuras familiares y su reflejo en los tribunales de justicia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 43.

mujer que portaba el gameto (maternidad genética) y la que desarrollaba la gestación eran siempre la misma. Con las técnicas de reproducción asistida cambia la situación porque es posible separar maternidad de gestación y genética⁽⁴⁾».

Hasta se produce, también en el caso de la madre, una desvinculación entre lo fisiológico y lo genético. Por un lado, cabe que los miembros una pareja sean padres de quien genéticamente no es hijo suyo⁽⁵⁾, pero ha sido gestado por la mujer de esa pareja; por otro lado, cabe que sea una «madre subrogada» o «madre de sustitución» la que geste un hijo que jurídicamente no es suyo, sino de los padres comitentes⁽⁶⁾⁽⁷⁾.

(4) PÉREZ MONGE, Marina, «Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación vs. realidad», *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 2010, p. 42.

(5) En los casos de la llamada donación de embriones o adopción embrionaria. En España se permite tal donación de embriones, a tenor del art. 11 de la Ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

(6) «[M]ediante la maternidad de sustitución se busca la procedencia genética del nacido, respecto de la persona o pareja comitente» (PÉREZ MONGE, Marina, «Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación vs. Realidad», *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 2010, p. 44). Este tipo de contrato fue admitido en EE.UU. en el famoso caso Baby M. En España el contrato sería nulo, pero hay autores que estiman que sería admisible no como contrato, puesto que no cabe precio, sino como «pacto de caballeros» y a título gratuito (*vid. ibid.*, nota 2). En España, la vigente Ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida dice, en su artículo 10:

«1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales».

Lo que aquí se determina es la nulidad del contrato, que tiene como consecuencia «la inexistencia de la responsabilidad contractual» («irrepetibilidad de lo pagado e inexigibilidad de lo prometido»), como dice PÉREZ MONGE, siguiendo a RIVERO HERNÁNDEZ (*ibid.*, p. 48).

Pero también existe responsabilidad penal a tenor de los artículos 221 y 222 del Código Penal. (*vid. PÉREZ MONGE, cit.*, pp. 48-49).

La maternidad se atribuye por esta ley a la mujer que gestó: la maternidad se determina por el parto, y esa es la regla general de nuestro Derecho. Si la mujer es casada, opera la presunción de paternidad del marido del artículo 116.

La Resolución de 18 de febrero de 2009 de la DGRN permitió la inscripción, como hijo de dos varones, españoles del niño gestado en California por una madre de alquiler. Esa Resolución fue recurrida por el Ministerio Fiscal, recurso resuelto en contra de dicha Resolución por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010. Poco después, una Instrucción de la DGRN, de fecha 5 de octubre de 2010, cambia los criterios de aquella Resolución anterior, pero aún permite en algún caso la inscripción paterna de un hijo de madre de alquiler. En el mismo sentido, siguieron la Resolución DGRN 1/2011, de 3 de mayo y la Resolución 6/2011, de 6 de mayo. Después, la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 ha rechazado tales inscripciones, por entender que son contrarias al orden público internacional y por el riesgo de fraude de ley. En sus sentencias de 26 de junio de 2014, en los casos *Mennesson c. Francia* y *Labassee c. Francia*, el Tribunal Europeo de Derecho Humanos sí estima que la denegación de la inscripción en el país de los comitentes vulnera el derecho de los hijos a la vida privada y a la propia identidad. A partir de tales sentencias, una Circular de la DGRN de 11 de julio de 2014 ratifica la vigencia de aquella Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010. En el Derecho español empieza en esto una nueva etapa también al entrar en vigor la Ley 20/2011 del Registro Civil, y en particular sus artículos 96 y 98. De entre la abundante bibliografía, véase el tratamiento sistemático que al tema dan M.A. PRESNO LINERA y P. JIMÉNEZ BLANCO, «Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea», *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo*, 51, 2014, pp. 9-44. Un buen resumen de la situación actual en este tema se puede leer también en A.J. VELA SÁNCHEZ, «Los hijos nacidos de convenio de gestación pro sustitución “pueden” ser inscritos en el registro civil español. A propósito de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014», *Diario La Ley*, 6 de noviembre de 2014.

(7) «[N]o existe diferencia alguna entre la gestación que se inicia en un útero receptivo tras el tratamiento de donación de ambos gametos o en el caso de adopción embrionaria, y la que tiene lugar en los casos que una

No es conveniente dejar de lado la evolución de este tipo de problemas de asignación de paternidad y maternidad. Porque el cambio principal ha sido que donde la sociedad y el Derecho tenían un problema, ahora tienen dos. Antes, la cuestión era determinar quién era el padre del que nacía, pues sobre quién era empíricamente la madre había poco que discutir. Ahora también hay que decidir quién cuenta jurídicamente como madre, dado que la ciencia, como vemos, permite esa separación entre genética materna, gestación y maternidad jurídica.

Para resolver el problema de la paternidad, el Derecho, en nuestro ámbito cultural, combinó dos estrategias: la represión de la mujer y el juego de las presunciones «a favor» de la paternidad del marido. Con lo primero se trataba de disminuir los riesgos de que otro hombre le «hiciera» a nuestra mujer un hijo que difícilmente, y salvo en casos extremos y muy claros –ausencia del marido, impotencia manifiesta...–, podríamos probar que no era propio. Pues no olvidemos que no existían medios para comprobar científicamente «la autoría» paterna. Así que la solución consistía en someter a la mujer a una doble presión, social y jurídica, que la mantuviera sexualmente virtuosa, alejada de riesgos y tentaciones, fuertemente castigada si indebidamente sucumbía y disponible sólo para la cópula matrimonial.

Con la política de presunciones se zanjaban disputas jurídicas e, indirectamente, se reforzaban los móviles de coacción y vigilancia. Para la sociedad, el hijo nacido después de cierto plazo de contraído el matrimonio y hasta cierto plazo después de disuelto por muerte del marido era hijo matrimonial, hijo del marido⁽⁸⁾. Y el marido sabía que el hijo su esposa tuviera iba a pasar por suyo y como suyo debía tratarlo y mantenerlo, con lo que se extremaban las razones para la vigilancia de su mujer y para tenerla con la pata quebrada y en casa. Sólo el cambio reciente, crucial, que hace que la presunción de paternidad pase de *iuris et de iure* a *iuris tantum*⁽⁹⁾, y sólo el progreso científico que

pareja por ausencia de útero decide realizar una fecundación *in vitro* con sus gametos y transferir su embrión a un útero donde tampoco existe vinculación genética alguna. Es por ello que desde la perspectiva científica puede resultar difícil de entender la valoración legal que se estipula en el artículo 10» [M. J. DE LOS SANTOS MOLINA, M.P. FERRER VANRELL, «Artículo 10. Gestación por sustitución», en F. LLEDÓ YAGÜE (director jurídico), *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Madrid, Dykinson, 2007, p. 159].

(8) Como contrapeso, en la redacción originaria de nuestro Código Civil la regla general era la no admisión de la investigación de la paternidad (Cfr. J.R. GARCÍA VICENTE, «La filiación», en: M. YZQUIERDO TOLSADA, M. CUENA CASAS (dir.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. V, *Las relaciones paterno-filiales (I)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, pp. 50 y ss. y 69-70). Sobre el llamado principio de veracidad biológica, hoy vigente y anclado en el artículo 39 de la Constitución, *vid. ibid.*, pp. 75-77 y 83 y ss.

(9) Pero, en materia de filiación, las idas y venidas entre lo jurídico y lo biológico son constantes. Pese a que la tendencia hoy predominante, en materia de filiación, es la de una mayor correspondencia de la verdad genética con la calificación jurídica, una importante excepción la encontramos en el artículo 8.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida: «Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación». Para el hombre, y en términos prácticos, los efectos, ahí, vienen a ser los mismos que los que, antaño y en otro marco, tenía la presunción *iuris et de iure* de paternidad, pero con la paradoja de que el hijo cuya paternidad no se puede impugnar es genéticamente de otro hombre. Al respecto, véase A. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, «Comentario al artículo 3. Condiciones personales de la aplicación de las técnicas», en: F. LLEDÓ YAGÜE, C. OCHOA MARIE-TA, O. MONJE BALMACEDA (dir.), *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción*

posibilita la investigación biológica plenamente segura de la paternidad y que da sentido a las acciones de impugnación y reclamación de la paternidad rompen esa especie de prisión jurídica en la que hombre y mujer se hallaban, con distintos papeles, pero ambos: ella obligada a reprimirse y él forzado a reprimirla.

Posiblemente son los descubrimientos científicos los que, en estas materias, ponen las bases para los cambios sociales y jurídicos. Primero, los medios anticonceptivos seguros y baratos permiten a cualquier tipo de pareja controlar (los riesgos de) su reproducción. El pleno ayuntamiento carnal de una pareja heterosexual ya no tiene por qué ir unido a un riesgo enorme de embarazo que fuerce a ambos a unirse en familia legal o que los someta –especialmente a la mujer– a todo tipo de sanciones si así no lo hacen. Y aún más determinante será la llegada de la píldora anticonceptiva, de cuyo manejo es plenamente responsable la mujer y que la convierte en soberana, por así decir, en decisiones que antes no eran suyas, sino del hombre: ella decide si quiere el embarazo o si no lo quiere, y hasta puede ocultar el contenido de esa decisión al varón con el que sexualmente se une.

Si agregamos las reformas legislativas que han ido admitiendo el aborto libre o con cada vez menos condiciones y que han dejado la decisión de abortar enteramente en manos de la mujer, por entenderse que son los derechos de ésta los únicos o los principales que entran en juego, tenemos completo el panorama de la gran transformación que vuelve a la mujer ama de aquello que antes la hacía esclava: la reproducción. La familia ya no se necesita como institución que entre sus cometidos o funciones tiene la de ordenar y organizar la reproducción, pues la decisión sobre ésta ha pasado a ser asunto de competencia de la mujer.

En el hombre nunca se vio del todo mal que mantuviera relaciones sexuales fuera del matrimonio o al margen de él, sólo se le pedía que tuviera cuidado con la mujer que elegía, pues en ciertos casos tendría que apechugar con las consecuencias si era descubierto o había embarazo; y la mujer impone ahora, porque puede, una libertad sexual a la que antes no podía exponerse, pues era muy alto el precio, tanto jurídico-moral como fáctico, el peligro cierto de concebir descendencia. Así que, sumado todo ello, y en un contexto más amplio de transformaciones sociales –la mujer va ganando también autonomía económica, *v. gr.*– y de mutaciones de la moral establecida, sexo y familia se «divorcian», deja de haber entre ambas aquella ecuación necesaria. El Derecho se retira, en este punto, de múltiples formas, la más evidente de las cuales es que ya no va a respaldar coactivamente ningún deber de fidelidad, de exclusividad sexual dentro del matrimonio.

Humana Asistida, Madrid, Dykinson, 2007, p. 53, y J.J. INIESTA DELGADO, «La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida», en: M. YZQUIERDO TOLSADA, M. CUENA CASAS (dir.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. V, *Las relaciones paterno-filiales (I)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, pp. 71-72.

Una nueva vuelta de tuerca en el distanciamiento entre lo biológico y lo jurídico se dio cuando la Ley 3/2007, de 15 de marzo, añadió el párrafo tercero al artículo 7 de la Ley 14/2006: «Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido». Al respecto, *cfr.* M.J. VAQUERO PINTO, «La filiación matrimonial», en: M. YZQUIERDO TOLSADA, M. CUENA CASAS (dir.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. V, *Las relaciones paterno-filiales (I)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, pp. 146 y ss. especialmente 148 y ss.

Pero quedaba el problema de la reproducción y del estatuto jurídico de filiaciones y paternidades. Dueño ya cada miembro de la pareja de su práctica sexual, se va a buscar la correspondencia entre calificación jurídica y verdad empírica. Dicho de modo abrupto y caricaturesco: si a mí, como varón, ya el Derecho –tampoco los hechos ni la sociedad– no me apoya para procurar que mi esposa lleve una vida recatada que dé fundamento a la presunción de paternidad a mi cargo y no la haga demasiado cruel o «contrafáctica», exigiré que se me libere de la imputación de esa carga. Como, además, la ciencia permite comprobaciones totalmente fiables donde antes sólo habría sospechas o rumores, el sistema jurídico va a permitir esa «desfamiliarización», por así decir, de la filiación, y lo hará reorganizando a tal fin las acciones de filiación para que padre matrimonial, padre virtual, madre o hijo puedan impugnar, bajo distintas condiciones en cada caso, la paternidad jurídica⁽¹⁰⁾. Expresado en otras palabras: la reforma en tal sentido de las acciones de filiación supone que el Derecho acepta que los hijos de una familia pueden jurídicamente no ser de lo que jurídicamente era o es una familia. Con lo que se evapora aquella idea esencial del núcleo familiar, ya que puede resultar, estar jurídicamente acreditada y tener los correspondientes efectos jurídicos, una situación como la siguiente: hay un matrimonio que tiene tres hijos, nacidos los tres durante él, y, mediante las correspondientes acciones, queda sentado que uno es biológicamente del marido, señor A, otro del señor B y otro del señor C. Si los cónyuges siguen viviendo juntos y con los tres hijos, pero B y C se han hecho –o han sido forzados a hacerse– cargo de sus obligaciones de asistencia y alimentos: ¿cuántas familias hay ahí, en términos de Derecho?, ¿varias?, ¿una, pero muy rara, con tres maridos?, ¿y si, ya puestos y después de hacer números, deciden vivir juntos todos, los cónyuges, los tres hijos diversos y los señores B y C?

Adicionalmente, la configuración del llamado derecho a conocer el propio origen biológico⁽¹¹⁾, como derecho individual vinculado antes que nada a la dignidad del hijo, de la que sería parte lo relativo a su identidad⁽¹²⁾, también es un indicio de cómo el

(10) Aunque no siempre. No se permite en todo caso la averiguación de la paternidad biológica. Ya se ha mencionado el artículo 8.1 de la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana. Y el artículo 5.5. de dicha Ley dice, respecto de los hijos nacidos de fecundación con semen de donante anónimo, que «Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad» y «Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes», sin que «la revelación de la identidad del donante» en tales supuestos implique «en ningún caso determinación legal de la filiación» (artículo 8.3).

En general sobre la problemática del anonimato del donante de semen en relación con los derechos del hijo a conocer su origen, S. FERREIRA FREITAS, «O anonimato do dador e o direito a conhecer a própria origem. Uma aproximação de direito comparado», *Dereito. Revista Jurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, segunda época, 19-1, 2010, pp. 41 y ss.

(11) Cfr. J.R. GARCÍA VICENTE, «La filiación», *op. cit.*, pp. 83 y ss.

(12) Básicas en tal sentido las SSTEDH *Odièvre contra Francia* (13 de febrero de 2003) y *Jaggi contra Suiza* (13 de julio de 2006). La tensión entre ese pretendido derecho a conocer la propia identidad y los móviles de otro tipo, jurídicos o económicos, de quien ejerce la correspondiente pretensión, queda bien patente en las palabras del Tribunal Constitucional (sentencia 116/1999, fundamento 15º) al declarar la constitucionalidad del artículo 5.5 de la Ley 35/1988, que garantizaba el anonimato del donante de gametos: «Conviene no olvidar, como base de partida,

Derecho de familia ha pasado de la consideración prioritaria de la familia y su interés a la prevalencia del interés individual.

Podríamos jugar con la casuística casi hasta el infinito para hacer más evidente aún lo que ya parece bien claro: para el sistema jurídico de hoy, ya no hay regulación de «la» familia, sino de variadas relaciones entre individuos, y fundamentalmente dos: relaciones de convivencia, bajo ciertas condiciones⁽¹³⁾, y relaciones paterno-filiales. Y todas esas relaciones adquieren estatuto jurídico no para hacer homenaje a ninguna célula básica o institución social, moral o religiosa, sino para regular relaciones económicas y prestaciones de tal tipo. No hay más.

Hemos repasado dos hitos decisivos que llevan, respectivamente, a que la mujer sea dueña de su sexualidad al serlo de su fertilidad⁽¹⁴⁾, y a que el hombre en primer lugar, pero también la mujer y los hijos, adquieran el control sobre la imputación jurídica de paternidad, a fin de que el padre biológico sea el padre en Derecho, al menos cuando uno de los que tienen la legitimación activa para las correspondientes acciones así lo quiera indefectiblemente. En ese constante ir y venir de la relación entre Derecho y biología, aquí los vemos de nuevo religarse.

Resta hacer mención de un tercer paso fundamental, esta vez de separación entre lo jurídico y lo biológico, pero siempre en la dirección de tornar inviable cualquier concepto jurídico de familia y, desde luego, en contraposición a la idea tradicional de familia⁽¹⁵⁾.

que la acción de reclamación o de investigación de la paternidad se orienta a constituir, entre los sujetos afectados, un vínculo jurídico comprensivo de derechos y obligaciones recíprocos, integrante de la denominada relación paterno-filial, siendo así que la revelación de la identidad de quien es progenitor a través de las técnicas de procreación artificial no se ordena en modo alguno a la constitución de tal vínculo jurídico, sino a una mera determinación identificativa del sujeto donante de los gametos origen de la generación, lo que sitúa la eventual reclamación».

(13) Las que las normas fijan para contar como matrimonio o las, más estrictas, para ser pareja de hecho o unión estable.

(14) Ese principio viene a quedar consagrado, en nuestro ordenamiento, en los apartados 1 y 2 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo.

(15) Oigamos por extenso, como merecen, a Pablo DE LORA y Marina GASCÓN: «La permisividad también ha presidido el espíritu y la letra de la ley de 2006 [Se refieren a la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida], una ley que, como aquella de 1988 a la que reemplaza, echa por tierra dos principios del derecho de familia considerados nucleares por muchos juristas: el llamado principio de verdad biológica y el principio de la indisponibilidad de estado. Además, en la medida en que se permite la inseminación artificial de mujer soltera –cosa que en muchas legislaciones se proscribió– se legitima la familia monoparental» (Pablo DE LORA y Marina GASCÓN (*Bioética. Principios, desafíos, debates*, Madrid, Alianza, 2008, p. 82). Y siguen: «Los principios de verdad biológica e indisponibilidad de estado son la expresión de una concepción más profunda sobre la institución familiar. Cuando se apela a la “verdad biológica” para la determinación de la relación paterno-filial o cuando se insiste en que el estado civil de hijo o padre es inmune a la voluntad de los individuos puesto que resulta de la existencia de la vinculación genética que no nos es dado alterar a discreción, se está implicando que la familia es algo más que un haz de derechos y obligaciones establecidos por un legislador en un momento histórico y en un espacio geográfico dados. Antes bien, se considera que la familia tiene en la naturaleza un espejo en el que mirarse (aunque sea de soslayo)» (*ibid.*, p. 83). «Una vez se han asumido los principios de verdad biológica e indisponibilidad de estado que hemos comentado, se sigue, como una consecuencia lógica, la censura a ciertos mecanismos previstos en la Ley española de Reproducción Humana Asistida. Por ejemplo, que la pareja o marido que “consiente” que su mujer se insemine con el esperma de un tercero se convierta en padre: basta para ello, según la normativa, con declarar ese consentimiento de manera expresa y con carácter previo a la aplicación de la técnica. Pero, ¿cómo puede ser el título de la paternidad –se pregunta un conspicuo jurista [se refieren a Fernando Pantaleón y a su artículo “Técnicas de Reproducción Asistida y Constitución”, *Revista del*

Los avances científicos cruciales son esta vez los que tienen que ver con las técnicas de fecundación. Porque resultan ahora varias novedades muy sustanciosas, como las siguientes:

(1) Una mujer puede, si lo desea, ser fecundada con semen de donante anónimo. Si antes vimos cómo la cópula sexual se desataba, para la mujer, de la familia y cómo era dueña la mujer de la decisión sobre con qué hombre concebir –o no– un hijo, ahora lo que se desvincula es concepción y cópula: ya no hace falta yacer con varón para ser madre biológica.

(2) Una mujer puede, si lo desea, ser fecundada con semen de su marido, para el caso, por ejemplo, de que no pueda prosperar la reproducción conjunta si no es mediante implantación en el útero de ella del embrión. Más aún, la mujer puede ser fecundada con semen conservado de su marido –o su pareja no matrimonial– muerto, como se ha dirimido ya en más de un pleito muy comentado en España.

(3) Una mujer que tiene marido puede, con el consentimiento de éste, ser fecundada con semen de donante anónimo.

(4) A una mujer se le puede implantar un embrión proveniente del gameto de su marido y de otra mujer.

(5) A una mujer casada se le puede implantar un embrión proveniente de gametos que no son ni de su marido ni de ella⁽¹⁶⁾.

(6) Maternidad «de alquiler» para un hombre: graciosamente o a cambio de prestación económica, una mujer puede prestarse a ser fecundada con el gameto de un hombre para que éste sea padre.

(7) Maternidad «de alquiler» para una pareja homosexual masculina: una mujer, graciosamente o a cambio de prestación económica, puede prestarse a ser fecundada con el gameto de alguno de los dos miembros varones de esa pareja, por un procedimiento que haga entre ellos aleatoria la proveniencia de ese gameto.

(8) Maternidad «de alquiler» o subrogada para una pareja heterosexual: una mujer acepta albergar y dar a luz un niño que proviene de un embrión resultante de unir los gametos de una pareja establecida de hombre y mujer.

(9) En una pareja homosexual femenina, una de las mujeres es fecundada con el gameto de un varón y el embrión es traspasado al útero de la otra mujer, que lo alberga y da a luz⁽¹⁷⁾.

Centro de Estudios Constitucionales, vol. 15, 1993, pp. 129-160]– cuando lo que se está haciendo es precisamente reconocer que no se es “padre”? Pues lisa y llanamente porque sí se es “padre” aunque en otro sentido –en el sentido más profundo seguramente–, en un sentido muy semejante al que se da en la reivindicación de “ser padres” de quienes adoptan. Por decirlo con las propias palabras empleadas por el Tribunal Constitucional español al enjuiciar la constitucionalidad de la Ley 35/1988: “No existe, por lo tanto, una obligación de correspondencia entre las relaciones paterno-filiales jurídicamente reconocidas y las naturales derivadas de la procreación [...] in [...] el concepto constitucional de familia se reduce al matrimonio”» (*ibid.*, pp. 83-84).

(16) Son los que la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida llama «preembriones supernumerarios». Se trata, según la propia Ley (artículo 1.2), del «embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde».

(17) Como explica PÉREZ MONGE, «en España se ha pretendido que una mujer donase el óvulo, que sería fecundado con gameto de donante, para posteriormente ser transferido a su esposa. Esta técnica, conocida como

El Derecho, hoy, tiene que decidir varias cosas en estos casos. Una, si permite o no esas prácticas reproductivas. Otra, a quién atribuye en cada caso la paternidad y/o la maternidad⁽¹⁸⁾. Y esas decisiones convendrá que se tomen según un modelo coherente,

recepción de ovocitos de la pareja (ROPA) no estaba prevista expresamente por la ley. No obstante, de acuerdo con lo previsto en la Ley se pidió autorización a la Comisión Nacional de Reproducción Asistida, argumentando que si un varón podía donar gameto masculino a su cónyuge, por la misma razón debería autorizarse en el supuesto de dos mujeres casadas entre sí, para evitar la discriminación por razón de sexo en un intento de equiparar los derechos de las parejas heterosexuales con las homosexuales. Se concedió tal autorización y nació por primera vez en España una niña con dos madres el pasado 9 de agosto de 2009» (PÉREZ MONGE, Marina, *op. cit.*, p. 63).

Damos aquí con un magnífico ejemplo de esa obsesión antidiscriminatoria que da pie a todo tipo de comparaciones, agravios y resoluciones «igualadoras». Antes veíamos que la Dirección General de Registros y del Notariado, en su Resolución de 18 de febrero de 2009, aceptaba la inscripción a nombre de los dos padres –se trataba de una pareja homosexual masculina– que habían tenido un hijo mediante madre subrogada en Los Ángeles y acogió a la legislación que allí lo permite, y que daba como uno de los argumentos decisivos el de que el artículo 7.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida permite inscribir la filiación para dos mujeres y habría discriminación si no se permitiera a dos varones. El mismo año, la Comisión Nacional de Reproducción Asistida aduce que habrá discriminación si no se tolera la inscripción de la maternidad de las dos mujeres en aquel caso en que el embrión ha sido transplantado de una a otra, puesto que sí admite la ley la inscripción registral de padre y madre cuando un varón donaba su gameto masculino a su cónyuge. Es decir, que existiría discriminación si la ley permite con todos los efectos que un varón done a una mujer su gameto, pero que no una mujer done a la otra el embrión que ha concebido. Tal vez es todo muy traído por los pelos, pero lo importante, sabemos, es que nadie se sienta discriminado a la hora de reproducirse como más le plazca. Tampoco dejemos de ver lo que dice ese artículo 7.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida que antes se mencionaba como término de comparación para que no hubiera indebido trato desigual de los varones que buscaban madre subrogada para «su» hijo: «Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido». Al respecto, véase J.J. INIESTA DELGADO, «La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida», *cit.*, pp. 800 y ss. Según algunas interpretaciones, esta norma puede dar lugar a que jurídicamente quepa decir que un hijo tiene tres padres, es decir, un padre y dos madres: «Ante la ausencia de una previsión legal que determine la incompatibilidad no puede afirmarse que esta segunda maternidad excluya la paternidad como, obviamente, tampoco excluye la primera maternidad. No habrá paternidad si la mujer acudió a una fecundación con semen de donante, puesto que lo impediría la prohibición del artículo 8.3 LTRH. Pero si es posible localizar al hombre progenitor (por ejemplo cuando la madre acudió a un donante encubierto o falsa pareja) podría, sin lugar a dudas, determinarse la paternidad de éste por vía extrajudicial o por vía judicial aunque la madre esté casada con otra mujer. La Ley no dice que la segunda maternidad excluya una paternidad y, a falta de precisión al respecto, no se puede concluir que paternidad y segunda maternidad sean incompatibles. La regla, pues, de que no se puede determinar una filiación mientras esté determinada la contradictoria (artículo 113.II CC) no es aplicable aquí. En definitiva, no puede haber incompatibilidad porque se trata de relaciones que tienen su base en fenómenos distintos: la paternidad la tiene en la participación biológica en la generación (por lo tanto es incompatible con cualquier otra pretendida participación biológica), la segunda maternidad la tiene por el matrimonio con la madre y el consentimiento prestado. Ambos hechos se pueden dar conjuntamente y salvo que se dé una incompatibilidad jurídica porque la ley excluya su presencia simultánea, no hay problema en admitir que se puedan dar juntos» (J.J. INIESTA DELGADO, «La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida», *cit.*, pp. 803-804).

(18) Como muy acertadamente comentan Pablo DE LORA y Marina GASCÓN (*Bioética. Principios, desafíos, debates*, *cit.*, p. 84), «precisamente con el avance del conocimiento científico y de las técnicas genéticas y de reproducción humana asistida, se ha hecho obsoleta la propia idea de “verdad biológica”. Sencillamente porque, cuando nos referimos a la maternidad, no hay una única verdad biológica que sirva para asentar la relación materno-filial. Frente al viejo aforismo del derecho romano *–mater semper certa est–*, hoy se puede afirmar que la condición de madre no siempre es cierta si tenemos en cuenta la posibilidad de gestar un embrión ajeno, es decir, el resultado de la fecundación del óvulo de otra mujer que no es la que lleva a término el embarazo». En palabras de M.J. VAQUERO PINTO («La filiación matrimonial», *cit.*, p. 155), «parece difícil decidir la imputación de la maternidad cuando pueden contribuir dos o tres mujeres al nacimiento de un hijo: la que decide que nazca el hijo, la que pone el óvulo (que puede ser la misma) y la que gesta y alumbró al hijo. Aunque nuestro

que evite incongruencias como la que hace un rato señalábamos. Pero, ¿un modelo de qué? Desde luego, ya no tendrá ningún sentido sostener que habrá de ser según un modelo de familia, pues en todas esas situaciones no hay un sólo nexo común, un mínimo denominador con el que se pudiera detectar la presencia de alguna forma común de familia. Y, además, si se pretende mantener desde el Derecho los esquemas tradicionales de la familia y del Derecho de familia, habría que prohibir casi todas de esas nueve prácticas, lo cual se va a considerar hoy en día ofensivo para varios y muy sustanciosos derechos fundamentales. Así que no serán ya estructuras familiares lo que el legislador tendrá que tomar en cuenta, sino políticas reproductivas en el marco de una interacción social de corte marcadamente individualista.

(iii) El **afecto** tampoco es esencial para que haya familia, pues ésta se mantiene, a efectos del Derecho, aun cuando el afecto haya desaparecido o, incluso, propiamente no haya existido nunca. Al respecto, es curioso que para la consideración de las parejas de hecho como familias en sentido jurídico se requiera un elemento de afecto que no se pide propiamente para el matrimonio, ya que en puridad no se exige que los miembros de la pareja matrimonial se quieran, sino sólo cosas tales como que «*Los cónyuges deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia*» (artículo 67 Código Civil), «*Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo*» (artículo 68 Código Civil), «*Los cónyuges son iguales en derechos y deberes*» (artículo 66 Código Civil).

En ninguna parte se dispone que los cónyuges deban amarse o guardarse cualquier forma de afecto⁽¹⁹⁾. Tampoco la unión sexual es constitutiva, especialmente si sobre el particular no ha habido error que pueda ser invocado como causa de nulidad a tenor del artículo 73.4 CC. En cambio, las leyes autonómicas sobre parejas de hecho suelen requerir esos elementos de afecto y de intercambio sexual de algún género. Por ejemplo, el artículo 2.1 de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, del País Vasco, establece que «*A los efectos de la aplicación de esta ley, se considera pareja de hecho a la resultante de la unión libre de dos personas, mayores de edad o menores emancipadas, con plena capacidad, que no sean parientes por consanguinidad o adopción en línea recta o por consanguinidad en segundo grado colateral y que se encuentren **ligadas por una relación afectivo-sexual**, sean del mismo o distinto sexo*» (el subrayado es nuestro).

En Aragón, la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas, en su artículo 1 prevé que se aplicará a «*Las personas mayores de edad que, cumpliendo*

ordenamiento entiende que en estos casos maternidad equivale a parto (artículo 10.2 LTRH), prescindiendo del elemento genético y del voluntarista, se trata de una opción del legislador que puede ser considerada simplista».

(19) «No se pregunta a los contrayentes por el amor que sienten recíprocamente, pero no se trata de un olvido, sino de una omisión deliberada. Nuestro Derecho Civil no exige que se declare públicamente la existencia de un afecto amoroso para entrar en el matrimonio y tampoco se requiere una manifestación pública de desafecto para salir de él» (L.F. RAGEL SÁNCHEZ, «Efectos personales del matrimonio», en YZQUIERDO TOLSADA, M. CUENA CASAS (dir.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. I, *Derecho de familia y Derecho de la familia. La relación jurídico-familiar. El matrimonio y su celebración*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, pp. 644-645).

los requisitos y formalidades que en la misma se establecen, formen parte de una pareja estable no casada en la que exista relación de afectividad análoga a la conyugal», pero ya sabemos que el afecto no es requisito ineludible o constitutivo de la relación jurídica conyugal. También la Ley del Principado de Asturias 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables, se refiere a «la unión estable de dos personas que convivan en relación de afectividad análoga a la conyugal»⁽²⁰⁾.

De «relación de afectividad» como requisito para que una pareja tenga el estatuto jurídico de pareja de hecho o pareja estable no casada, hablan la Ley de la Comunidad Autónoma de Canarias 5/2003, de 6 de marzo (artículo 1), la Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid (artículo 1) y la valenciana Ley 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho (artículo 1.1).

El artículo 234-1 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña relativo a la persona y la familia, se refiere a «comunidad de vida análoga a la matrimonial» y establece ciertos requisitos materiales o formales para obtener la consideración jurídica de «pareja estable». No se alude, pues, al afecto como elemento definitorio.

La disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, dice que «A los efectos de aplicación de la presente ley se equiparan al matrimonio las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia, con lo cual se extienden, por tanto, a los miembros de la pareja los derechos y obligaciones que esta ley reconoce a los cónyuges». Y añade que «Tendrá la consideración de relación marital análoga al matrimonio la formada por dos personas que lleven conviviendo al menos un año, pudiéndose acreditar tal circunstancia por medio de la inscripción en el registro, manifestación expresa mediante acta de notoriedad o cualquier otro medio admisible en derecho. En caso de tener hijos en común será suficiente con acreditar la convivencia». Por tanto, tampoco aquí el afecto es condición. Lo interesantísimo de esta Ley gallega es que, a tenor de esa disposición que acabamos de transcribir, cuando habla de matrimonio se refiere como tal tanto a lo que lo es como a lo que no lo es pero tiene sus mismos efectos, exactamente iguales⁽²¹⁾. Así que podríamos decir, en otras palabras, que en Galicia hay dos tipos de matrimonios, los que lo son y los que no lo son, pero que uno y otro lo son por igual.

(20) De relación de afectividad análoga a la conyugal hablan igualmente, al regular las parejas de hecho, en Baleares la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables (artículo 1.1); la Ley de Cantabria 1/2005, de 16 de mayo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria (artículo 4.2); el Decreto 124/2000, de 11 de julio de 2000, por el que en Castilla-La Mancha se regula la creación y el régimen de funcionamiento del Registro de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha; el Decreto 117/2002, de 24 de octubre, por el que se crea el Registro de Uniones de Hecho en Castilla y León y se regula su funcionamiento (artículo 2); la Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura (artículo 2.1); la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables (artículo 2.1), en Navarra; y, en Andalucía, la Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho (artículo 3.1).

(21) Por ejemplo, se aplicará a las parejas de hecho que reúnan esos requisitos de la disposición adicional tercera lo dispuesto para el régimen económico matrimonial en el artículo 171: «El régimen económico matrimonial será el convenido por los cónyuges en capitulaciones matrimoniales. En defecto de convenio o ineficacia del mismo, el régimen será la sociedad de gananciales». Por tanto, en defecto de acuerdo en otro sentido, en capitulaciones, el régimen económico de las parejas de hecho será el de la sociedad de gananciales. Por este asunto hay planteada una cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

Para aquellos casos, la mayoría, en que la legislación incluye el afecto como característica de las parejas de hecho o uniones estables no casadas, podemos preguntarnos qué pasa si ese afecto no aparece o si desaparece. La respuesta es que no pasa nada, igual que ocurre en el matrimonio de toda la vida. Si esa nota de afecto se inserta en las definiciones es con ánimo puramente retórico, a fin de mostrar que aunque se pueda ser jurídicamente pareja, y, por extensión, familia, con pocos o sin requisitos formales y con una gran variedad de situaciones materiales (por ejemplo, siendo los miembros del mismo o de distinto sexo), un dato sustancial y nuclear se mantiene, cual es el de la relación afectiva. Pero es pura ficción, ya que en términos jurídicos la falta de afecto, por sí y mientras no se traduzca en hechos, no tiene ninguna relevancia; y cuando esos hechos aparecen (por ejemplo el cese de la convivencia), el efecto lo surten como tales y no por revelar la cesación del elemento afectivo. Así, si una de tales parejas deja de convivir, pierde esa condición jurídica, aunque sus integrantes se sigan queriendo igual o, incluso, mucho más que cuando estaban juntos, y aunque sigan organizando apasionados encuentros con sexo y mimos.

iv) La **convivencia**. Tampoco se requiere para la subsistencia de la familia. No se requiere para que tenga efectos jurídicos el vínculo paterno-filial y tampoco se exige para que subsista el matrimonio. No deja de haber matrimonio por el hecho de que los cónyuges no compartan cama ni cariño, como se ha visto en el punto anterior, pero ni siquiera porque no compartan casa. La separación de hecho carece, por sí, de efectos jurídicos. La única separación con efectos jurídicos es la separación jurídica. Y, llegado el caso, no es difícil, incluso, imaginar un supuesto de separación jurídica de un matrimonio, y hasta de divorcio, que se combina con el hecho de que los que antes eran cónyuges sigan ahora viviendo bajo el mismo techo, repartiendo los gastos de la casa y hasta dándose al sexo conjunto con más fruición que nunca. Pongamos que se divorciaron porque pasaron una crisis, y luego no tuvieron ganas de volver a casarse, aunque la ley se lo permita, pese a que se reencontraron y se reconciliaron; o que se divorciaron nada más que porque cambiaron de ideología y se convirtieron en enemigos acérrimos de la institución matrimonial, pese a seguir amándose y gozándose como antes o más. Incluso es imaginable un matrimonio legalmente separado que esté más junto y unido que antes de separarse; que, por ejemplo, sus miembros cuando no estaban legalmente separados vivieran separados y que ahora, legalmente separados, vivan juntos. No hay impedimento jurídico para nada de eso, al menos mientras no se acredite algún elemento de abuso de Derecho o de fraude de ley. Pero para que tales se den deberá concurrir algún dato adicional a los que acabo de decir; porque sólo con lo dicho y, en consecuencia, sin defraudar ni a terceros ni al Estado ni a nadie, no existiría problema legal ninguno.

Nuevamente la paradoja viene de la mano de la regulación de las parejas de hecho para que sean parejas de Derecho. Prácticamente todas las vigentes normas autonómicas exigen la convivencia estable y bajo el mismo techo⁽²²⁾ para que la pareja en cuestión pueda alcanzar ese estatuto legal de *pareja de hecho jurídica*. Con lo que nos topamos

(22) Al respecto, véase, por ejemplo, M.P. GARCÍA RUBIO, «Las uniones de hecho», en: G. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ (coord.), *Derecho de familia*, Cizur Menor, Aranzadi, 2012, p. 1500.

con la siguiente conclusión más que sorprendente: son más estrictos los requisitos –o al menos algunos requisitos– para ser pareja de hecho reconocida por el Derecho que para ser matrimonio del de toda la vida.

2. El Derecho ya no defiende la institución y hace de papel sus deberes

El estatuto normativo de los preceptos del Código Civil referidos a «Los derechos y deberes de los cónyuges» es revelador respecto de cómo el Derecho ya no ampara una institución, la familia, que tenga, como tal, perfiles definidos, características estructurales precisas y que, sobre todo, posea un valor de algún tipo (social, moral, religioso, económico...) que la haga acreedora de protección como bien en sí, a fin de salvaguardar tales perfiles y, con ello, la función esencial en cuestión. Venimos sosteniendo que lo que el Derecho ve en la familia es nada más que un conjunto de muy heterogéneas posiciones personales individuales que o bien protege, como derecho, o bien vincula con obligaciones para con otros sujetos individuales, nunca para la familia como tal. Y, sobre todo, la tendencia es a que dichos derechos y deberes tengan una dimensión directamente económica o sean fácilmente traducibles a términos económicos. Lo otro, lo que no tenga esa faz dineraria, se considera perteneciente a la vida privada, a la conciencia íntima y al libre desarrollo de la personalidad de cada cual, de manera que no se pueden limitar tales derechos individuales (libre desarrollo de la personalidad, intimidad, libertad de conciencia...) por mor de la protección de la institución familiar en sí o como institución con valor propio y signos estructurales definidos.

El estatuto normativo de aquel mentado capítulo del Código Civil que alude a derechos y deberes de los cónyuges se ha vuelto básicamente ocioso, porque de tales derechos y deberes no quedan más, como decimos, que los económicos y prestacionales con valor económico. Los otros carecen de consecuencias jurídicas, son, todo lo más, recordatorios morales o de buenas costumbres o resabios de la manera antigua de concebir la institución familiar y matrimonial.

Así, cuando el artículo 67 Código Civil dice que «Los cónyuges deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia», o el 68 que «Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo». La gran pregunta para la cuestión que en este momento estamos planteando es: ¿y qué pasa si no viven juntos, si no se guardan fidelidad –se supone que estamos hablando aquí de fidelidad sexual, pues las de otro tipo parece que nunca se han tomado en cuenta como deberes conyugales– o no se socorren o ayudan mutuamente o si cada uno va a lo suyo en lugar de actuar en interés de la familia?

No pasa nada⁽²³⁾, salvo en los casos patológicos en que, por ejemplo, la falta de respeto se traduzca en excesos que constituyan delito o falta, Código Penal en mano.

(23) Como bien apunta RAGEL SÁNCHEZ, en el caso de las obligaciones matrimoniales no evaluables económicamente (económicamente evaluable es, por ejemplo, la obligación de alimentos), se hace raro pensar en una posibilidad de exigencia judicial del cumplimiento. «La posibilidad de reclamar judicialmente el cum-

En tal sentido, el cambio decisivo ha venido con la supresión de todo requisito de culpabilidad para que pueda instarse la separación (artículo 81 del Código Civil) o el divorcio (artículo 86 del Código Civil). Por malo que sea mi cónyuge, por mucho que me sea infiel, insolidario, egoísta y poco respetuoso y aunque no me ayude nada en mis cosas y se desentienda por completo de las comunes, si yo sigo adelante con nuestro matrimonio, nada de éste se conmueve, en nada pierde su condición jurídica plena; y, si me canso y quiero divorciarme, para nada necesito probar, ni alegar siquiera, que me desatiende, me humilla y me es infiel, pues me basta con decir que quiero divorciarme y debe mi demanda ser atendida por el juez (artículo 89 del Código Civil). El Derecho ya no quiere saber nada de lo que pasa de puertas adentro en un matrimonio y que no sea delictivo, ya que mientras alguno de los miembros de la pareja no proteste y diga que lo deja, el matrimonio lo es plenamente y a todos los efectos; y cuando ése decide divorciarse, el Derecho tampoco quiere escuchar excusas ni razones, le dan igual los motivos y tanto vale que yo quiera divorciarme porque mi mujer no colabora en las tareas domésticas como porque he dado con otra que ahora me apetece más para compartir techo y tálamo.

Dicho de otra manera, la infidelidad, el egoísmo o cualquier cualidad de uno de los cónyuges que el otro considere negativa o que para el Derecho de antes y el Código Civil de otro tiempo fueran contra la esencia del matrimonio o sus deberes constitutivos podrán contar ahora, si acaso, como móviles subjetivos para que el otro cónyuge quiera tomar las de Villadiego, pero jurídicamente son irrelevantes. Y lo son porque ya no existe para el Derecho lo que podríamos llamar un modelo sustancial de matrimonio⁽²⁴⁾, sino solamente un modelo formal o meramente institucional⁽²⁵⁾.

plimiento es prácticamente nula cuando se incumplen los deberes espirituales de ayuda y de socorro. Si uno de los cónyuges se desentiende sistemáticamente de los problemas que aquejan a su pareja, no hay forma jurídica de obligarle a cumplir *in natura* con esa obligación, ni cabe tampoco traducir esa prestación en el cumplimiento por equivalente pecuniario» (L.F. RAGEL SÁNCHEZ, «Efectos personales del matrimonio», p. 659).

(24) «Durante un largo periodo histórico, la idea dominante ha consistido en considerar que el matrimonio no es una creación técnica del Derecho, sino una institución natural anterior a la existencia misma del Ordenamiento jurídico, que tiene también unos fines naturales: la procreación y educación de la prole y el amor conyugal, realidad reconocida y regulada posteriormente por el Derecho. Ésta es la concepción que se mantiene todavía en el Derecho canónico» (L.F. RAGEL SÁNCHEZ, «Efectos personales del matrimonio», cit., p. 649).

(25) Pero buena parte de la doctrina sigue aferrada a los viejos moldes como un náufrago a un madero. Por ejemplo, Andrea MACÍA MORILLO, en un muy bien documentado estudio, después de aludir al escaso significado jurídico del deber de fidelidad matrimonial (o a las nulas o escasísimas consecuencias en Derecho de la infidelidad), escribe que «A fin de cuentas, la comunidad de vida que pretenden constituir los cónyuges por medio del matrimonio y que mantienen durante el mismo por su voluntad se diferencia de cualquier otra que puedan mantener dos sujetos –por parentesco o por amistad, precisamente, por el carácter afectivo y, en general, sexual de la convivencia» (A. MACÍA MORILLO, «Los efectos personales del matrimonio», en: G. DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ (coord.), *Derecho de familia*, Cizur Menor, Aranzadi, 2012, p. 513). Nada de «a fin de cuentas». Dos amigos pueden convivir con una relación afectiva y sexual en la que el afecto y el sexo sean más y mejores que en buen número de matrimonios. Por tanto, el afecto y el sexo no son constitutivos del matrimonio, y más cuando el matrimonio vale plenamente sin lo uno y sin lo otro y mientras no se disuelva por divorcio o muerte. Si ponemos la sustancia de lo matrimonial en el afecto y el intercambio sexual, la gran pregunta es por qué no se considera jurídicamente matrimonio la relación de esos dos amigos. Pues sabemos que ni siquiera serán considerados pareja de hecho «jurídica», a efectos de imputación de los efectos del matrimonio, sin determinados actos formales (inscripción en un registro, documento notarial, empadronamiento en el mismo domicilio...) o cuando concurra un cierto estatuto jurídico (matrimonio no disuelto de uno de ellos o los dos). La incongruencia

Llamo modelo sustancial a aquel a tenor del que el matrimonio se defina por dos rasgos combinados: una función esencial, o varias, y un modo básico de relacionarse los cónyuges⁽²⁶⁾. La función principal, o una de las principales, fue tradicionalmente la reproductiva⁽²⁷⁾, y un modo esencial de relacionarse era la fidelidad, sobre todo como exigencia para la mujer⁽²⁸⁾. Ya no es, hoy, que el derecho consagre como matrimonio cierta forma de relacionarse social e históricamente establecida y caracterizada por esas funciones y unos modos de comportamiento, *respaldando coactivamente lo uno y lo otro*, sino que es el propio sistema jurídico el que determina qué sea matrimonio, y lo hace por dos razones o móviles combinados: por el valor simbólico que la institución matrimonial aún posee, aunque sólo sea para los que hasta ahora no podían o no pueden acceder a ella y que se sienten por eso discriminados y con ganas de casarse, y, sobre todo, a efectos de imputar a ciertos individuos determinados deberes económicos y prestacionales.

Es más, ese proceso ha conducido igualmente a que los mismos efectos, tanto los simbólicos como los económicos, se invoquen y en muchos casos se apliquen con pleno respaldo del sistema jurídico a las parejas no matrimoniales, a las llamadas uniones de hecho. De nuevo jugó el argumento de la discriminación, unido a la invocación del libre desarrollo de la personalidad. Si en el caso de los que no podían casarse (paradigmáticamente, los homosexuales) se alegaba que estaban discriminados frente a los que sí podían (los heterosexuales), ahora lo que se aduce es que si yo, por mis personales razones y mi manera de querer el desarrollo libre de mi personalidad, aun pudiendo casarme no quiero, padezco discriminación porque las ventajas simbólicas, en su caso, y, sobre todo, económicas a las que sería acreedor como cónyuge o ex cónyuge no se me aplican. En la medida en que el Derecho ha entrado también por esta última senda de asimilación al matrimonio de las uniones no matrimoniales, resulta que siguen sin ser definitorios aquellos elementos funcionales y comportamentales, pero, además, ya tampoco lo son los formales o meramente institucionales.

El matrimonio se distingue por sus efectos cada vez menos de las uniones que no son matrimoniales, se forma un núcleo de efectos comunes y se plantea de inmediato, y como inevitable consecuencia, la urgencia de reformular y/o resustancializar esas uniones, a fin de delimitar cuáles generan esos efectos que antes eran sólo del matrimonio, y cuáles no. Porque, sin esa reformulación y/o resustancialización, sería imposible saber, de entre la infinita amalgama de relaciones que en sociedad pueden establecerse entre dos o más personas –hermanos, amigos, compañeros de piso, empleador y

de fondo, y hasta la discriminación posible para los amigos de nuestro ejemplo, sólo podría salvarse por dos vías: o dejando de atribuir al matrimonio (en su modalidad estándar o en su modalidad de pareja de hecho «jurídica») efectos específicos (como pensión compensatoria, obligación de alimentos entre cónyuges, pensión de viudedad) o generalizando dichos efectos a cualquier unión afectiva y sexual.

(26) En este punto no hay que olvidar que el modelo tradicional de matrimonio y de familia, del que estaban impregnados los Códigos Civiles, era el modelo patriarcal. *Cfr.* A.M. RODRÍGUEZ GUITIÁN, «La responsabilidad civil en las relaciones familiares», en: M. YZQUIERDO TOLSADA, M. CUENA CASAS (dir.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. VI, *Las relaciones paterno-filiales (II). La protección penal de la familia*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, pp. 683 y ss.

(27) Y lo sigue siendo para el matrimonio canónico.

(28) No echemos en saco roto que en nuestro propio país y en pleno siglo XX, bajo el franquismo, existía el delito de adulterio, pero únicamente para la mujer casada, no para el marido adúltero.

empleado, amantes ocasionales, cliente y prostituto/a, etc., etc., etc.– cuáles cuentan como desencadenadores de obligaciones tales como la de pensión compensatoria o de derechos como el de percepción de pensión de viudedad, entre otros muchos ejemplos posibles, y cuáles no.

En tal sentido, las uniones estables o parejas de hecho se reformatizan, como cuasimatrmonios y para que puedan desplegar esos efectos, mediante requisitos como, entre otros⁽²⁹⁾, el de la inscripción en registros públicos o el de la formalización de la relación o sociedad convivencial en documento notarial. Mientras que se resustancializan cuando la mayor parte de las normas reguladoras del estatuto jurídico de este tipo de parejas requiere o les imputa como condición definitoria una relación afectiva «análoga a la matrimonial».

Y resulta una espectacular paradoja, como es que los requisitos tanto formales, a veces, como los sustanciales pueden terminar por ser para la pareja de hecho más o más intensos que los del matrimonio mismo. Pensemos que para ningún efecto del matrimonio se pide el empadronamiento idéntico de la pareja, bastando la inscripción en el Registro Civil, cosa que sí se requiere, por ejemplo, para que en algunos casos el miembro superviviente de una pareja de hecho pueda percibir pensión de viudedad⁽³⁰⁾. Y, si vamos a los atributos de la relación que hemos denominado sustanciales o comportamentales, tenemos que a veces el derecho de la pareja de hecho a tener los derechos mismos del matrimonio se vincula a que esa pareja tenga hijos en común o a que se den esas relaciones afectivas que en el matrimonio no se exigen, pues en ninguna parte del Código Civil se dice que los cónyuges tengan que amarse y sea este requisito de ningún género para la validez de la institución matrimonial. Esto es, mientras que el matrimonio de conveniencia es perfectamente admisible, salvo que se pueda probar alguna causa de nulidad, como error en el consentimiento, la pareja de hecho por conveniencia y con poco amor parece que queda por definición excluida, aunque bien sabemos que todo ello es una gigantesca ficción y que con lo uno y con lo otro, con el matrimonio propiamente dicho y con las relaciones a él asimiladas, lo único que en esta época se pretende es que los particulares echen una mano a la Seguridad Social y a los servicios públicos asistenciales en general. ¿Cómo? Pagando a otros particulares con los que al Estado le conviene decir, por tanto, que hay o hubo familia. Visto así, es el Estado también el que sale ganando al hacer que la pareja de hecho igualmente lo sea de Derecho a efectos de pensión compensatoria o que el hijo meramente biológico nacido de concepción «estándar» sea un hijo más, como cualquier otro⁽³¹⁾ y al que no se puede renunciar.

Es tentador pararse un momento más en el tema de las parejas de hecho «matrimoniales». Hemos quedado en que la asimilación de efectos con el matrimonio es casi plena, para evitar discriminaciones entre las parejas que deciden casarse y los que no. También estamos al cabo de la calle en cuanto a que al matrimonio ya apenas se anudan más efectos jurídicos reales que los económicos. Pero en tanto que surjan para las partes obligaciones del matrimonio formal o propiamente dicho y esas obligaciones

(29) Como el de empadronamiento en la misma dirección.

(30) *Vid.* artículo 174 de la Ley General de Seguridad Social (en adelante, LGSS).

(31) A esto no pretendo objetar.

tengan ese cariz económico, habrá que extenderlas a las parejas de hecho jurídicas o «matrimoniales». ¿Por qué? Precisamente para evitar la discriminación, pero en este caso de los casados. Pues si yo, por estar casado, adquiero obligaciones (por ejemplo, de alimentos, de pago de pensión compensatoria...) de las que estoy dispensado si con mi pareja no me caso, resulto discriminado frente a quien, no habiéndose casado, tiene mis mismos derechos en lo que le conviene (por ejemplo, adquiere derecho a pensión de viudedad), pero se libra de mis obligaciones más onerosas.

Respecto de esa desustancialización del matrimonio, y volviendo atrás, es oportuno recordar también que la *impotentia coeundi* ya no resulta, por sí, causa de nulidad del matrimonio civil⁽³²⁾. Desde el momento en que, cumplidas las exiguas condiciones para su celebración⁽³³⁾ (consentimiento, edad, falta de vínculo matrimonial en vigor, y ausencia de parentesco en cierto grado y que el que se casa no haya matado dolosamente al cónyuge anterior del otro contrayente), se contraiga el matrimonio de alguna de las formas prescritas (artículos 49 y ss. del Código Civil), poco importa que haya amor y sexo o que falten las dos cosas o se extingan poco a poco, pues no tiene ya el matrimonio ningún objetivo material que satisfacer⁽³⁴⁾.

Parémonos un instante en una consecuencia sorprendente que se liga a lo que acabamos de explicar, si en todo ello estamos en lo cierto. Si la ecuación entre matrimonio y sexo ya no es en modo alguno constitutiva⁽³⁵⁾, si el matrimonio puede nacer válidamente

(32) Sí es impedimento dirimente del matrimonio canónico, a tenor del canon 1084 del Código de Derecho Canónico. En el Código Civil ha desaparecido la referencia que antes hacía el artículo 83.3, según el cual no podían contraer matrimonio los que adolecieran de impotencia física, absoluta o relativa, para la procreación, con anterioridad a la celebración del matrimonio, de una manera patente, perpetua e incurable. La doctrina discute si el error de uno de los cónyuges sobre esta condición del otro encaja dentro de la causa de nulidad que el artículo 73.4 describe como «[E]rrores en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento». Lo que parece claro es que si dos se casan sabiendo perfectamente de la impotencia, esterilidad o cualquier otro defecto o incapacidad sexual, el matrimonio vale y como tal «funciona» para nuestro sistema jurídico. Esta licencia para que válidamente puedan casarse los impotentes, y no digamos los transexuales y homosexuales, da pie a José Ramón POLO SABAU a afirmar que «los síntomas de la extinción de esa vertiente procreativa admiten poca discusión, siendo la eliminación del impedimento de impotencia su manifestación más palmaria» (J. R. POLO SABAU, *Matrimonio y Constitución ante la reforma del Derecho de Familia*, Cizur Menor –Navarra–, Civitas, 2006, p. 83). Lo malo, para ese autor, es que «sin esa dimensión generativa, el matrimonio no dejaría de ser un pacto entre particulares sin una especial trascendencia al ámbito de la comunidad política. En poco o nada se diferenciaría el pacto conyugal de cualquier otra relación interpersonal de base contractual o asociativa, protegida por el ordenamiento en tanto que manifestación de la libertad y autonomía individuales, pero no por ello merecedora de un tratamiento privilegiado o más beneficioso» (*ibid.*). Y a nosotros nos parece que así es, sólo que no lo lamentamos, mientras que el referido autor sí opina que nos aboca al desastre de la pérdida de «garantía del relevo generacional» (*ibid.*, p. 84), por lo que insiste en mantener el matrimonio, con sus signos tradicionales, como garantía institucional, por imperativo de la Constitución. Todavía hay quien piensa, al parecer, que sólo cabe la reproducción dentro del matrimonio y que la gente que no se case no tendrá hijos de ninguna manera.

(33) Artículos 44 a 48 del Código Civil.

(34) En cambio, el canon 1096 del Código de Derecho Canónico dice un tanto chistosamente, que «Para que pueda haber consentimiento matrimonial, es necesario que los contrayentes no ignoren al menos que el matrimonio es un consorcio permanente entre un varón y una mujer, ordenado a la procreación de la prole mediante una cierta cooperación sexual».

(35) Es evidente que estamos hablando del matrimonio civil, pues qué duda cabe de que la Iglesia sí vincula matrimonio y sexo, y además no sexo de cualquier manera, sino sexo consumado ortodoxamente. Por eso, además

y no se vuelve anulable por falta de cualquier tipo de práctica sexual, incluido el coito entre hombre y mujer, y si tampoco es condición la aptitud o actitud de ninguno de los cónyuges para engendrar hijos, ¿qué obstáculo resta para cuestionar el matrimonio homosexual, y máxime cuando en una pareja de dos hombres o dos mujeres sí pueden existir formas de comunión sexual?

Es momento para corregir una expresión que anteriormente empleamos, a sabiendas, de un modo impropio o no totalmente pertinente. Decíamos unos párrafos más atrás que los homosexuales habían estado discriminados porque no podían casarse. No es exactamente así. Sí podían, y seguro que muchísimos se casaron, la mayoría. Lo que no podían era casarse unos con otros. Pero ¿unos con otros? ¿Dónde se dispone que el llamado matrimonio homosexual deba ser *homosexual*? En ninguna parte, como en ninguna parte se obliga a que el matrimonio heterosexual tuviera que ser *heterosexual*⁽³⁶⁾. Igual que podían y pueden casarse dos personas de distinto sexo, hombre y mujer, aunque uno o los dos no sean dados a o rechacen la práctica sexual heterosexual, puede ocurrir que dos hombres o dos mujeres se casen y resulte que uno es heterosexual o lo son los dos. Si cada uno sabe lo que hay y a lo que va, nada se opone a la validez de esos matrimonios. Yo puedo casarme con mi amigo Pepe porque me cae bien, porque me gusta su casa y para repartir gastos y conversar apaciblemente después de las cenas, pero ambos estamos absolutamente de acuerdo en que no compartimos ni lecho ni mimos y en que cada uno sigue con su respectiva(s) amante(s) de toda la vida, más lo que haya de nuevo. Nada obsta legalmente para tal matrimonio, pues a ninguno nos obliga el Derecho a explicar por qué ni para qué contraemos matrimonio, igual que, cuando nos cansemos o deje de convenirnos estar juntos se nos permite separarnos o divorciarnos sin encomendarnos a Dios ni al diablo.

Porque no se nos puede olvidar que lo que el Código Civil ha hecho, con la reforma introducida por la Ley 13/2005, es añadirle al artículo 44 del Código Civil este párrafo: «El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo»; y, además, cambiar la expresiones «el marido y la mujer» y similares por la expresión «los cónyuges» allí donde la anterior significara o indujera a pensar que sólo hombre y mujer pueden componer matrimonio entre sí. Y también se sienta en la disposición adicional primera que «Las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes». Así que ya vemos, lo que estrictamente se dice es que el matrimonio entre personas del mismo sexo vale con las mismas condiciones y los mismos efectos que el que se celebre entre hombre y mujer y entre tales condiciones y efectos no está, repito, que haya que practicar sexo o practicarlo de determinada manera.

de lo ya expuesto en alguna nota anterior, el matrimonio rato y no consumado «entre bautizados, o entre parte bautizada y parte no bautizada, puede ser disuelto con causa justa por el Romano Pontífice, a petición de ambas partes o de una de ellas, aunque la otra se oponga» (Código de Derecho Canónico, canon 1142).

(36) Prescindiendo de que sí, por ejemplo, un hombre se casa con un hombre creyendo que éste no es dado a la práctica heterosexual, sino a la homosexual, y luego resulta que lo que más le gusta en el mundo es acostarse con damas, puede haber, quizá, aquel error en las condiciones personales del contrayente que sea causa de nulidad del consentimiento. Pero lo mismo en cualquier otro caso y en cualquiera otra de las combinaciones en las que un contrayente pensaba que el otro era de una manera y luego resultó que era de otra. Por cierto, ¿y si uno cree que su cónyuge es homo o hetero y luego resulta que es bisexual? Ah, qué incierto y misterioso es el Derecho.

Simplemente, si a uno de los esposos le parece que el que hay es poco o es malo y que por ello no le compensa seguir adelante con el trato, insta la separación o el divorcio, que son estrictamente libres, y sanseacabó. Como si fuera una unión libre, o casi.

Con todo, el legislador actual es, en lo hondo, consciente de que pisa arenas movedizas en las que tal vez acabe regulando los efectos de una institución que no se sabe ni lo que es ni cuándo surge. Seguramente está ahí la razón para que se empeñen los padres de la patria que hacen las normas matrimoniales y afines en fingir que, al menos, afecto habrá de existir y que algo es algo y ya sabemos a qué atenernos, pues habrá afectos sin matrimonio, pero, al menos, nadie querrá casarse si no hay afecto. Cosa que cualquiera que camine a la dudosa luz del día sabe que ha sido y es rigurosamente falsa, amén de que a ver cómo definimos ese afecto matrimonial para diferenciarlo de los que ligan a padres e hijos, a hermanos, a amigos o a amantes sin ganas de compartir casa ni de aparecer ayudados ante el Derecho ni los vecinos, y a ver cómo lo diferenciamos también de la simple *afectio libidinosa*.

Esta obsesión con el afecto se ve de nuevo en la referida *Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*, cuya exposición de motivos comienza en estos términos que harían las delicias de cualquier rancio iusnaturalista, si luego no viniera en la misma Ley lo que viene: «La relación y convivencia de pareja, *basada en el afecto*, es expresión genuina de la naturaleza humana y constituye cauce destacado para el desarrollo de la personalidad» (el subrayado es nuestro; pero deberíamos subrayar cada palabra).

Como el orden secular y el religioso acaban complementándose, para cubrir conjuntamente toda la realidad social, sin escapatoria, y reflejándose en un juego de espejos, ese afecto que la legislación civil presume, aunque sea testimonialmente o como ficción caritativa, en la regulación canónica ni aparece, pues, sabia y experta como es la institución eclesíástica, invocarlo sería dejar al desnudo lo poco que de matrimonios basados en el amor o el afecto han tenido tantas uniones matrimoniales apañadas por razones políticas, sociales y económicas que la Iglesia ha bendecido como sacramento a lo largo de los siglos, empezando por la mayor parte de los matrimonios reales, es decir, los de miembros de las casas reales; o sea, de miembros de la realeza, vaya. De lo que habla el Código de Derecho Canónico en este punto es de «*un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole*» (canon 1055), de que «*El consentimiento matrimonial es el acto de la voluntad, por el cual el varón y la mujer se entregan y aceptan mutuamente en alianza irrevocable para constituir el matrimonio*» (canon 1057.2) y de que «*Los cónyuges tienen el deber y el derecho de mantener la convivencia conyugal, a no ser que les excuse una causa legítima*» (canon 1151). En ningún lugar se dice en ese Código que el amor sea requisito previo o el desamor razón para que el vínculo se rompa. Al contrario, «*El matrimonio rato y consumado no puede ser disuelto por ningún poder humano, ni por ninguna causa fuera de la muerte*» (canon 1141) y, en cuanto a la mera separación, el no quererse, o no quererse ya, no es por sí razón bastante, hace falta también el peligro⁽³⁷⁾.

(37) Canon 1153: «*1. Si uno de los cónyuges pone en grave peligro espiritual o corporal al otro o a la prole, o de otro modo hace demasiado dura la vida en común, proporciona al otro un motivo legítimo para separarse,*

Siguen las paradojas, pues. En el Derecho Civil el matrimonio cada vez se plasma más como contrato⁽³⁸⁾ puro y simple, uno más, pero se mantiene el empeño en mentar el afecto como su razón de ser o condición desencadenante; como si el afecto pintara tanto en los contratos. Por su parte, el Derecho Canónico ve en el matrimonio sacramento, nada menos –y bien está–, pero la necesidad de afecto la omite, pues hay cosas más importantes que hacer, como reproducirse aunque sea sin amor ni ganas.

Tenemos que enlazar otra vez con la cuestión en la que andábamos, la del misterioso estatuto jurídico de los deberes que para los cónyuges mencionan los artículos 67 y 68 del Código Civil. En estos tiempos nuestros, en los que la ley se utiliza con fines pedagógicos y la pedagogía se llena de legislación, y en los que las normas se hacen para que el legislador se finja moderno y a la última, no pueden ya sorprendernos estos dos efectos combinados: que el legislador hasta en el Código Civil diga cositas muy monas que parece que no tienen más efecto que el de hacerlo quedar bien ante la burguesía ociosa y televisiva, y que, a la postre, sí puedan esas disposiciones tener efectos, aunque insospechados para quien las redactó, que andaba a otras cosas y en la norma no paró más mientes después de logrado –o pretendido– el efecto puramente simbólico.

Viene lo anterior al caso del bonito fragmento añadido en 2005, con la Ley 15/2005, al artículo 68 Código Civil. Antes prescribía dicho artículo que «Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente». Ahora, desde la mencionada reforma, se enumera un deber más, *jurídicamente* tan irrelevante como los otros tres: «Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo». Entiéndase, ni en esto ni en nada de lo que en este escrito vengo exponiendo se trasluce la nostalgia de anteriores modelos sociales, éticos, políticos o económicos; en modo alguno, y menos en lo que tiene que ver con el oprobioso papel que a la mujer se asignaba en la vida familiar y matrimonial. Lo único que trato de resaltar es que *en Derecho* nada cambia por el hecho de llenar las normas de llamadas a la bondad universal y a la ecuanimidad de los ciudadanos. Esa es la función de la moral social y quién sabe si hasta de la religión y otros órdenes normativos. En Derecho, es papel mojado y declaración formal de impotencia el deber que no va respaldado por sanción, aunque sea en el sentido más amplio de este término, como consecuencia tangible, negativa o positiva, que se anuda al cumplimiento o incumplimiento de tal deber. Por eso venimos diciendo que si es deber de los cónyuges el guardarse la fidelidad y, *jurídicamente*, no pasa nada si se

con autorización del Ordinario del lugar y, si la demora implica un peligro, también por autoridad propia. 2. Al cesar la causa de la separación, se ha de restablecer siempre la convivencia conyugal, a no ser que la autoridad eclesiástica determine otra cosa».

(38) Agudamente observa RAGEL SÁNCHEZ que «la aparentemente indiscutida tesis de que los deberes conyugales personales son imperativos lleva ineludiblemente a la consideración del matrimonio como una figura jurídica distinta del contrato» (L.F. RAGEL SÁNCHEZ, «Efectos personales del matrimonio», cit., p. 649). Pero, según la exposición de este autor, clara y contundente, «El matrimonio tiene todos los elementos que se dan en los contratos (consentimiento, objeto y causa) y requiere una forma solemne, como le sucede a algunas figuras contractuales. Para contraer matrimonio se exige un mutuo y libre consentimiento; la institución matrimonial origina un conjunto de derechos y de deberes de carácter jurídico civil; y la extinción y ruptura del vínculo matrimonial guarda una gran semejanza con el modo de extinguirse y de resolverse que tienen los contratos con prestaciones personalísimas, que son aquellos que se celebran precisamente en atención a las cualidades personales de los contratantes» (*ibid.*, p. 650).

dan a la más estrepitosa infidelidad, pues ninguna consecuencia *jurídica* se desprende ni de la fidelidad ni de la infidelidad, ese deber sólo nominal o aparentemente es jurídico. Otra forma de verlo es preguntándonos qué cambiaría ahora del régimen jurídico del matrimonio si del Código Civil elimináramos la mención de ese deber de fidelidad, y veríamos que no cambiaría nada. Así que la prescripción contenida en un texto legal y cuyo incumplimiento carece de toda consecuencia es una prescripción que sólo caritativamente o retóricamente podremos denominar jurídica. Yo, ante la infidelidad de mi señora y en el supuesto de que tal proceder me ofenda tremendamente, puedo gritarle que es una traidora y que, además, ha vulnerado el artículo 66 CC: «¡Antijurídica, que eres una antijurídica!». Bonito consuelo el consuelo jurídico así.

¿Será otro de esos brindis al viento ese nuevo deber «jurídico» de que los cónyuges compartan «las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo»? Pareciera que sí, pero... pero podríamos, y quizá hasta deberíamos, ligar esto con la pensión compensatoria del artículo 97 Código Civil, veamos cómo.

¿Tendría presentación decente que si yo no trabajo ni apporto bienes al matrimonio y si mi mujer es la que trae con su trabajo los dineros y, además, cumple con el mandato aquel de compartir las tareas domésticas y el cuidado de los parientes, aún me tenga que pasar a mí pensión compensatoria porque me quedo yo económicamente desequilibrado? ¿No debería ser ese cumplimiento suyo del deber de marras razón bastante para exonerarla al menos de la carga de mantenerme después del divorcio igual que me mantenía antes de él?

Pero eso no es todo. Ya que nos topamos con ese mandato de repartir tareas hogareñas y familiares y que nos andamos interrogando sobre cuánto de normas tienen esas normas y de qué tipo serán, podemos ahora plantearnos si ese deber –tomémoslo en serio un rato, en cuanto deber *jurídico*– es absoluto o rige sólo en defecto de pacto en contra o nada más que ante ciertas circunstancias. ¿Convierte en antijurídico de alguna manera un matrimonio en el que mi esposa y yo acordemos con total libertad y en pleno uso de nuestras facultades mentales que yo me ocuparé de la atención de la casa y el cuidado de la prole y los demás parientes que de nosotros puedan depender y que ella trabajará fuera de casa y traerá los ingresos de dinero? ¿Qué es lo obligatorio ahora, a tenor de ese trozo final del artículo 68 Código Civil, que los dos cónyuges trabajen tanto fuera como en casa o que, sea como sea, trabajen los dos en casa? Si yo estoy desempleado, por propia voluntad –incluso con el visto bueno de mi cónyuge– y mi mujer tiene un muy exigente horario laboral y un trabajo agotador en su empresa, ¿seguimos considerándola, en razón de ese precepto, obligada a compartir conmigo «las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes»?

3. ¿Y la responsabilidad civil por daño extracontractual?

Lo primero que, a lo mejor y atrevidamente, podríamos mirar es si no cabría exigir responsabilidad contractual⁽³⁹⁾ ordinaria, pues parece que del matrimonio no va quedando

(39) Así lo plantea RANGEL SÁNCHEZ, congruentemente con su tesis de la naturaleza puramente contractual del matrimonio. *Vid.* L.F. RAGEL SÁNCHEZ, «Efectos personales del matrimonio», cit., pp. 663 y ss.

más esencia que la de ser un contrato más. En alguna ocasión el Tribunal Supremo ya ha admitido que la maquinación dolosa de uno de los contrayentes, que hace nulo el contrato matrimonial, ha de dar lugar a indemnización, también por daño moral. Así, en la STS de 26 de noviembre de 1985, los hechos eran del siguiente jaez. Doña Marina y don Ángel habían contraído matrimonio en 1971 y habían tenido un hijo en 1972. «Después de tres años de normalidad matrimonial surgieron desavenencias que condujeron a que en 4 de marzo de 1976 la esposa presentase demanda de separación contra el marido por adulterio y abandono del hogar». Entonces, don Ángel presenta «demanda de nulidad ante el Tribunal Eclesiástico el 12 de junio del mismo año 1976, en cuyo escrito, entre otras cosas, el demandante de nulidad manifiesta que como antes del matrimonio no había podido tener acceso carnal con su novia veía en dicha ceremonia la única posibilidad para obtener de Doña Marina el que ésta aceptase el yacimiento carnal (hecho tercero), que el contrato matrimonial era para él un medio de vencer la resistencia de Doña Marina y así lograr su apetencia carnal; una vez decidido a contraer matrimonio, éste se celebró, pero manifiesta que “mantendría su unión con Doña Marina mientras que la atracción física que por la misma sentía perdurase, o al menos mientras que se encontrase a gusto con ella, pero sin considerarse atado permanentemente”». El Tribunal Eclesiástico concede la nulidad del matrimonio por tal defecto del consentimiento del marido y, seguidamente, doña Marina presenta demanda por daños materiales y morales.

El Tribunal Supremo inserta la conducta del marido en el artículo 1269 Código Civil⁽⁴⁰⁾. Que el hombre provocara dolosamente, con su reserva mental y su insidia, la nulidad del contrato matrimonial es razón para que deba indemnizar. Así que tengamos en cuenta que *no es el incumplimiento de deberes matrimoniales lo que aquí se ventila, sino la provocación deliberada de la nulidad del matrimonio*. Con todo, veamos cómo terminó el asunto, pues interesa observar qué peculiares consideraciones se le escapan al Tribunal sobre el valor del matrimonio para la mujer. En efecto, se dice que «en casos como el ahora contemplado origina sin duda para la parte perjudicada y engañada un evidente daño moral, como consecuencias de carácter patrimonial resultantes de la conducta dolosa de la otra parte, y ello *sin considerar la unión matrimonial como únicamente determinada por una perspectiva de ganancias o adquisiciones para la mujer*, en cuanto que *para ésta, a la idea lucrativa o de asistencia material, ha de añadirse el daño no patrimonial que se origina con la frustración de la esperanza de lograr una familia legítimamente constituida*. De ahí que la indemnización haya de determinarse en estos casos no sólo atendiendo a criterios puramente materiales, sino que éstos muchas veces tendrán menos importancia que los espirituales» (los subrayados son míos, JAGA). Sólo hace treinta años, pero aún se tenía muy en cuenta que la mujer busca en el matrimonio «ganancias o adquisiciones», «asistencia» material, aunque no sólo, y también sufre y debe ser compensada si se frustra su propósito adicional de «lograr una familia legítimamente constituida». Esas palabras nos sonarán antiguas y cargadas de prejuicios, pero no nos vienen mal para preguntarnos si no será ese mismo entendimiento del matrimonio y lo que con él se busca lo que un cuarto de siglo más tarde permite

(40) 1269 Código Civil: «Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho».

mantener todavía la pensión compensatoria por «desequilibrio económico en relación con la posición del otro» (artículo 97 del Código Civil).

El caso terminó con la ratificación por el TS de la condena del marido a indemnizar a la esposa frustrada con dos millones de pesetas por los daños materiales y morales irrogados.

Vayamos a la responsabilidad extracontractual. Si es posible que el daño que me reporta el incumplimiento por mi cónyuge de alguno de aquellos deberes de los artículos 67 y 68 dé pie a una reclamación aceptable en concepto de daño extracontractual –normalmente por daño moral– y concurriendo todos los requisitos de esta clase de responsabilidad, tendríamos que sí hay al menos este tipo de consecuencia jurídica por desatender los deberes matrimoniales. Ahora bien, la pregunta aquí es si se responde precisamente por atentar contra una obligación dimanante del matrimonio o si se responde por el simple hecho de causarle a alguien un daño, sin que la relación conyugal quite ni ponga. Concretando más, si el daño y la consiguiente obligación de indemnizar por él, por concurrir todos los requisitos al efecto, son independientes y al margen de que sean o no matrimonio el dañador y el dañado, en nada incidirán las normas matrimoniales para el establecimiento de esa responsabilidad.

Pues bien, a día de hoy se puede sostener que los tribunales o bien consideran que la desatención de «obligaciones» matrimoniales como la de fidelidad no pueden dar lugar a daño indemnizable, o bien, cuando conceden que hay daño moral y toca compensarlo, no es tanto por la infidelidad en sí y el «dolor⁽⁴¹⁾» que provoca a quien ni la esperaba ni la deseaba, sino por otro tipo de consideraciones, como que el marido «pierde» unos hijos, a los que quería como suyos, cuando se entera de que son de otro. Además, para disponer que hay obligación de indemnizar por este tipo de daños los jueces vienen exigiendo que el comportamiento causante sea doloso⁽⁴²⁾. Eso debe de significar que no es la infidelidad en sí lo que se «castiga», sino la pertinacia y regodeo con que el

(41) La indemnización por daño moral es, a fin de cuentas, *pretium doloris*, que decían los clásicos, o *Schmerzensgeld*, que siguen diciendo los alemanes.

(42) La situación, a 2015, la resume FARNÓS AMORÓS: «En general, sin embargo, se observa una tendencia que, basada en juicios de imputación subjetiva, se muestra favorable a indemnizar cuando se aprecia dolo o culpa grave en la conducta de la madre e, incluso, del padre biológico» [«Daño moral en las relaciones familiares», en: F. GÓMEZ POMAR, I. MARÍN GARCÍA (dir.), *El daño moral y su cuantificación*, Barcelona, Bosch, 2015, p. 542]. «Desde las dos sentencias de 22 y 30 de julio de 1999 (...) la Sala 1ª del TS se muestra contraria a indemnizar los daños derivados de la ocultación de la paternidad. Estas primeras sentencias basadas respectivamente en la exigencia de cánones de responsabilidad cualificados y en el carácter incoercible de las obligaciones matrimoniales, descartan en general la indemnización de los daños causados en el seno de las relaciones familiares. En un segundo momento –y con especial relevancia a partir de la ya citada SAP Valencia, Civil, Sec. 7ª, 2-11-2004–, basada en la constatación de dolo o culpa grave, la jurisprudencia menor fijará las primeras indemnizaciones en casos de este grupo» (*ibid.*, p. 542). «Siguiendo la línea indirectamente iniciada por la STS, 1ª, 22-7-1999, al menos nueve sentencias de Audiencias Provinciales han considerado inaplicable el artículo 1902 CC a los daños derivados de la ocultación de la paternidad, al no apreciar dolo en la conducta de la demandada, ya fuera la madre o también el padre biológico, una vez determinada la paternidad. Ahora bien, a partir de una lectura en sentido contrario de dicha línea argumentativa, como mínimo otras siete sentencias se han mostrado favorables a indemnizar por los daños derivados de la ocultación dolosa de la paternidad. Esos pronunciamientos constituyen las primeras excepciones en la jurisprudencia española a la regla general de la inmunidad en las relaciones familiares, y ponen especial énfasis en la entidad de la conducta dañosa y en la gravedad del daño causado» (*ibid.*, p. 543).

infiel la practica, o su torpeza o poca consideración al no ocultársela como es debido al engañado⁽⁴³⁾.

¿Qué será lo que detiene a los jueces a la hora de ordenar reparaciones por daño moral cuando uno de los cónyuges no se porta con el otro con esa lealtad, generosidad y exquisitez que dibujan los artículos 67 y 68, y especialmente en los casos de infidelidad alevosa? Probablemente la conciencia de que con ello se abriría la caja de los truenos y saldría una intratable avalancha de demandas⁽⁴⁴⁾. O se hace del matrimonio, con sus requisitos e incluido el mandato de fidelidad, un bien en sí mismo merecedor de amparo civil y hasta de protección penal, con lo que la responsabilidad civil cobra tintes de sanción para quien atente contra su esencia, y hasta tocaría revitalizar la responsabilidad penal por adulterio o, al menos, por abandono de familia por vida desordenada, como hacía el anterior Código Penal, o, de lo contrario, asumimos que esos asuntos de quererse, ayudarse, respetarse y mantenerse fieles son de la estricta competencia de los cónyuges y no materia en la que el Derecho deba husmear⁽⁴⁵⁾.

Mas un cambio no puede pasarnos desapercibido. Tradicionalmente y hasta hace poco, se estimaba que era precisamente el carácter propio y peculiar que, como institución con sus propias reglas, tenía el matrimonio lo que excluía que se aplicasen los mecanismos de la responsabilidad civil a los daños entre los cónyuges, y no digamos al daño moral⁽⁴⁶⁾. En el matrimonio, y, precisamente, por bien del matrimonio como tal y de la familia, toca aguantar y aguantarse, o pelear y castigarse, incluso, con otras armas, con herramientas no jurídicas. Hoy es al revés⁽⁴⁷⁾: precisamente porque del matrimonio ya no queda más sustancia que la jurídico-formal (y aun de ésta, poco) y porque todos

(43) Como comenta CARRASCO PERERA a propósito de una conocida sentencia de la Audiencia de Valencia en este tema, «[H]ipócritamente, no se reprocha el adulterio, ni el engaño, sino la falta de prudencia que llevó a que todo se supiera» (A. CARRASCO PERERA, «El precio de la infidelidad», *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 666, 2005).

(44) Sobre el uso de este argumento por el Tribunal Supremo en su sentencia de 30 de julio de 1999, *vid.* A.M. RODRÍGUEZ GUITIÁN, «La responsabilidad civil en las relaciones familiares», *cit.*, pp. 703 y ss.

(45) Además de que, para mayor dificultad, en aras de la no discriminación, ya sea de burladores casados o de burlados en unión estable, no habría a día de hoy razón tampoco para no valorar el daño moral del que, sin estar casado, se entera un día de que su pareja lo alternaba con parte del vecindario.

(46) «En los daños que se producen en la vida familiar o en las relaciones de convivencia es muy cuestionable el papel que deben jugar los remedios indemnizatorios propios del derecho de la responsabilidad civil. A estas dudas contribuye, en primer lugar, la naturaleza misma de estas relaciones, que suelen generar vínculos de solidaridad y altruismo contrarios a la formulación de reclamaciones jurídicas entre las partes afectadas. La experiencia indica que los daños entre familiares, pese a su frecuencia y variedad, rara vez llegan a compensarse conforme a derecho. En la práctica sólo se reclama si se dan circunstancias que permiten hacerlo sin contravenir la regla de moralidad que habitualmente inhibe la interposición de una acción judicial contra las personas con quienes se convive o contra parientes muy próximos» (Ferrer i Riba, Josep, «Relaciones familiares y límites del derecho de daños», *InDret*, 4/2001, p. 3). En 2015 todavía vale decir que «la aplicación de las normas generales de responsabilidad civil sigue encontrando serios obstáculos cuando se trata de indemnizar daños que tienen origen en las relaciones familiares. Se alude en particular al carácter autosuficiente y cada vez más autónomo del derecho de familia, así como a la subsidiariedad del derecho de daños» (E. FARNÓS AMORÓS, *op. cit.*, pp. 530-531).

(47) «Esta inmunidad, sin embargo, viene en la actualidad a reducirse ante la tendencia, asociada al individualismo liberal, a realizar los derechos individuales de las personas en el seno de la familia, a potenciar la autonomía privada en la configuración de las relaciones conyugales o de pareja –tradicionalmente muy restringida–, y a facilitar que la persona pueda, en el marco de dicha autonomía, reevaluar si mantiene o rompe sus

sus perfiles anteriores y sus funciones se han ido disolviendo, no hay razón especial que justifique que el Derecho proteja en el matrimonio lo que no ampara en otro tipo de relaciones humanas, ni motivo para que el Derecho deje de inmiscuirse entre los cónyuges de la misma manera que lo puede hacer entre amigos, compañeros o amantes sin compromiso.

Es de interés detenerse en la evolución del significado jurídico de esos «deberes» conyugales. Antes de la reforma de 2005, su incumplimiento servía como causa admisible para instar la separación o el divorcio. Pero desde que la una y el otro ya no requieren culpa ni más causa que la voluntad de uno o los dos cónyuges, o damos con alguna otra consecuencia jurídica para tales infracciones o las dejamos en ese curioso limbo al que la doctrina civil envía a las normas que no tienen consecuencia, pero que no quiere declarar ajurídicas, puesto que están en el Código y todo lo que ahí figure será de los civilistas: declararlas expresión de obligaciones naturales o deberes jurídicos de naturaleza meramente moral, lo cual es una sugerente cuadratura del círculo⁽⁴⁸⁾.

compromisos de convivencia a la vista de sus costes y beneficios individuales» (FERRER I RIBA, Josep, *op. cit.*, p. 3). En el mismo sentido y casi con las mismas palabras, E. FARNÓS AMORÓS, *op. cit.*, p. 536.

(48) En la doctrina española reciente, DE VERDA Y BEAMONTE, por ejemplo, ha escrito que «El hecho de que los cónyuges no puedan reclamarse el cumplimiento de sus obligaciones recíprocas por vía judicial no significa que no tengan carácter jurídico, sino que ello se explica por su naturaleza personalísima, que lleva a la imposibilidad práctica de su imposición coactiva por parte del Estado, lo que mermaría la libertad personal y la integridad física y moral de los esposos» (J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, «Responsabilidad civil y divorcio en el Derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales», *Diario La Ley*, núm. 6676, 21 de marzo de 2007). Y uno, más bien lego en teoría civilística, se pregunta si no son igual de personalísimas las obligaciones de alimentos y asistencia a los hijos y si tal condición impide que el Estado aplique su coacción para que se cumplan. Entiéndaseme, nada me horrorizaría más que imaginar a un guardia vigilando para que el marido o la mujer no le pongan los cuernos al otro, o a un carcelero encerrándolos por haberlo hecho. Sólo quiero decir que no es ninguna naturaleza peculiar de esas obligaciones, en tanto que obligaciones jurídicas, la que determina su no coercibilidad, sino al revés: es la total ausencia tanto de coercibilidad como de otras consecuencias jurídicas lo que hace que no estemos ante obligaciones jurídicas. Añadí acto seguido nuestro autor esto, abundando en su idea: «No se puede pretender aplicar al matrimonio los esquemas propios del contrato, en concreto el cumplimiento forzoso en forma específica de las obligaciones; y ello porque el matrimonio no es un contrato, sino un negocio jurídico de Derecho de familia, que afecta profundamente a la persona de los cónyuges, en la medida en que les impone una plena comunidad de vida, material y espiritual, la cual no tiene parangón posible con ninguna de las relaciones jurídicas nacidas de la celebración de un contrato» (*ibid.*). Suena bonito, pero es apabullantemente irreal. Ése sería el ideal antiguo (de la teoría) del matrimonio y seguirá siendo el de algunas personas, pero no encaja ni en lo más mínimo con la situación jurídica y con la visión y la vivencia social actual del matrimonio.

Mas seamos justos con DE VERDA Y BEAMONTE, pues él sí es de los pocos que defiende que el incumplimiento de los deberes matrimoniales, como el de fidelidad, pueda dar lugar, al menos, a responsabilidad con base en el artículo 1902 Código Civil. Capta, perspicazmente, que o se va por ese camino, o lo jurídico de los artículos 67 y 68 Código Civil se esfuma por completo: «una vez suprimida la causa de separación basada en el incumplimiento de los deberes conyugales, parece inevitable hacer entrar en juego el artículo 1902 del Código Civil, para asignarles alguna consecuencia, sino no (sic.) se les quiere privar de trascendencia jurídica y convertirlos en meros imperativos éticos, lo que no casa con el claro tenor de los artículos 67 y 68 del Código que –recuerdo– hablan de “deberes” y de “obligaciones”» (*ibid.*). Las preguntas que se me ocurren son dos. Una, si con la que está cayendo en forma de pensiones compensatorias, liquidaciones de sociedades de gananciales y de comunidades de bienes, pleitos por alimentos y demás, y si añadimos que lo de la fidelidad en el matrimonio va en serio y paga el que la infringe, aún se casarían más de cuatro. La otra, si, dada la asimilación en curso, habría que aplicar analógicamente esos preceptos a las parejas de hecho, o al menos para aquellas que se hayan hecho la ilusión de la ayuda mutua y la fidelidad constante, más que nada para evitar la discriminación o el agravio comparativo de los casados y para que no sea un factor disuasivo a la hora de optar por casarse.

A día de hoy, no parece muy acertado creer que la vulneración del deber de fidelidad conyugal del artículo 68 Código Civil haya empezado a operar, por sí, como detonante de un daño que dé lugar a indemnización con base en el artículo 1902 Código Civil. Sí hay ya sentencias que ordenan la compensación el daño moral de quien ha padecido la infidelidad de su cónyuge, pero siempre concurren razones adicionales, especialmente la existencia de hijos de otro que el marido creía suyos. Lo que se manda indemnizar es ese dolor, el de «perder» un hijo que se tenía por propio, el de haber descubierto que no lleva nuestra sangre, como pensábamos, sino sangre ajena, y hasta el haber dedicado tiempo y dinero a su cuidado por creerlo carne de nuestra carne. Ése daño y no el de que haya yacido con otra persona la pareja de uno es el que los tribunales están considerando, y más cuando la mujer procedió con dolo al no asegurarse de que con su amante extramatrimonial no hubiera descendencia o al contarle al marido perversamente que la que llegaba era suya⁽⁴⁹⁾.

Dio que hablar la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (sección 7ª) de 2 de noviembre de 2004. Un marido descubre que, de los cuatro hijos nacidos durante su matrimonio, tres eran hijos biológicos de otro hombre, con el que su esposa mantenía «una relación extraconyugal estable y duradera». La Audiencia, acogiendo a doctrina anterior del Tribunal Supremo, explica que «el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro no es susceptible de reclamación económica», si bien recuerda también, en ese momento, 2004, que tal infidelidad tiene como «única consecuencia jurídica» «la ruptura del vínculo conyugal». Sabemos que ahora ya no hay tampoco esta consecuencia que, por lo demás, antes tampoco era automática, obviamente. En cuanto al hecho de que la esposa infiel haya concebido tres hijos con su amante, se escandalizan los magistrados por «la negligencia de los demandados en sus relaciones íntimas», si bien, no estiman «que actuaran de forma dolosa o intencional, para generar un daño al demandante, al engendrar los tres hijos». Ciertamente, habría sido todo un exceso que se hubieran dedicado a hacer hijos con el propósito principal de fastidiar al marido. Donde sí se admite que hubo dolo fue en el ocultamiento de la paternidad real, que la esposa y su relación estable sí conocían. Así que se les condena,

(49) En la STS de 22 de julio de 2007 la no condena de la esposa a indemnizar al marido se basa en que no hubo dolo en la ocultación de la paternidad real, pues hasta veinticuatro años después la propia mujer no supo con certeza que el hijo no era del marido, sino de su amante. Ella qué culpa tenía, al fin y al cabo, si el hijo lo mismo podía ser del uno que del otro y, ante la duda, consideró que era del marido que lo alimentaba.

En la STS de 30 de julio de 2007 sí se reconoce dolo; tanto, que la esposa, que sabía y había ocultado que su marido no era el padre de los hijos que tenía por suyos, después de la prueba biológica hasta informa en un periódico del engaño al que había sometido a su cónyuge. Con todo, la sentencia insiste en que «Indudablemente, el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los artículos 67 y 68 del Código Civil, son merecedores de un innegable reproche ético-social, reproche que, tal vez, se acentúe más en aquellos supuestos que afecten al deber de mutua fidelidad, en los que, asimismo, es indudable que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación sustantiva es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación matrimonial en su artículo 82 pero sin asignarle, en contra del infractor, efectos económicos, los que, de ningún modo es posible comprenderlos dentro del caso de pensión compensatoria que se regula en el artículo 97 e), igualmente, no cabe comprender su exigibilidad dentro del precepto genérico del artículo 1101, por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón a la propia naturaleza del matrimonio, pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial, obligaría a indemnizar». Y concluye que «el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro, no es susceptible de reparación económica alguna».

al amparo del artículo 1902 Código Civil, a pagar solidariamente cien mil euros como indemnización al esposo, pero no por la infidelidad, sino «porque a la negligencia propia de engendrar a los tres hijos (...) hay que sumar el dolo en el ocultamiento de la paternidad verdadera al actor». Sobre por qué se condena a la mujer y a su amante a pagar solidariamente esa indemnización, explica la sentencia que «el dolo en el ocultamiento de la no-paternidad, puede ser reprochable moralmente, en mayor o medida a la que era su esposa, pero jurídicamente lo es a los dos por igual». O sea, que para el Derecho tan obligada estaba la esposa como el otro señor a contarle la verdad al consorte que vivía en la inopia, de lo que se deduce, una vez más, que a la hora de considerar el daño que se indemniza no se está teniendo en cuenta la infracción de ningún deber conyugal, pues obvio parece que deberes conyugales no tenía el amante de la señora frente al marido de ésta.

Pero humano es contradecirse y los magistrados no van a ser menos, por lo que acto seguido declaran que esa suma indemnizatoria es la adecuada porque «los padecimientos del demandante, no pueden imputarse sólo al descubrimiento de su no-paternidad sino, en gran medida, al conocimiento de la infidelidad de su esposa, siendo el acontecimiento que ahora analizamos el que determina el agravamiento de sus dolencias anteriores». O sea, que por la infidelidad no cabe indemnizar, pero aquí se toma en cuenta a la hora de fijar la suma indemnizatoria; o se toma en cuenta, quizá, no la infidelidad en sí, sino el que ésta haya sido conocida por el marido.

Poco a poco, se va ampliando el alcance del daño y la responsabilidad, si bien, hasta hoy, única y exclusivamente cuando hay paternidad extraconyugal y nunca por la mera infidelidad sin descendencia ocultada. La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de enero de 2007 otorgó una indemnización de quince mil euros al marido que durante cuatro años tomó por suya a la hija que no lo era. Con buen criterio afirma esa sentencia que «La culpa o negligencia a la que se refiere el artículo 1902 del Código Civil constituye un concepto más amplio que el dolo o intención maliciosa⁽⁵⁰⁾». En efecto, ¿de dónde habrían sacado antes los tribunales, empezando por el Tribunal Supremo, que sólo cabe responder por esos daños, y a tenor del artículo 1902 Código Civil, cuando hay dolo y no otro tipo de culpa?

(50) Inmediatamente antes dice la sentencia que «Si el embarazo se produjo tras diecisiete años de matrimonio, durante los cuales no quedó embarazada pese a los tratamientos y durante la época de la concepción mantuvo relaciones sexuales con Don Carlos María, debió haberse planteado la posibilidad de que el padre de la niña no fuera su marido. La diligencia que debe exigirse a la demandada, en este supuesto, debe ponerse en relación, como se ha señalado con anterioridad, con el contexto social actual, que le permite, cuanto menos haber podido excluir mediante una simple extracción de sangre, la paternidad de la persona con la que mantenía relaciones sexuales de forma paralela a las relaciones matrimoniales, persona con la que mantenía una relación personal». Parece que algo de negligencia sí hay, sí. Y se añade de inmediato: «Puede afirmarse que la Sra. María Luisa no tenía la certeza o no sabía que el padre de la menor no era su marido, pero pudo y debió sospechar que podía ser otro el padre de la menor, al haber mantenido relaciones sexuales con dos personas al tiempo de su concepción y debió adoptar las medidas tendentes a su veraz determinación. La omisión en la adopción de dichas medidas debe calificarse como un comportamiento o conducta negligente a los efectos de lo dispuesto en el artículo 1902 del Código Civil, por lo que de su actuación u omisión se deriva responsabilidad extracontractual. No resulta cuestionable la concurrencia del nexo causal entre la conducta negligente de la madre que no hizo en su día las comprobaciones pertinentes en cuanto a la paternidad y el resultado producido cual es la extinción de la relación paternofamiliar».

Tampoco la desatención de otros deberes matrimoniales de aquellos que poéticamente estipulan los artículos 67 y 68 Código Civil se considera apta para engendrar responsabilidad extracontractual por el daño que se provoca. Así se aprecia en la sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 30 de septiembre de 2003, en un caso en el que la mujer solicitaba una indemnización por no haber cumplido el marido el deber de socorro y ayuda mutua, a lo que dicha sentencia responde que «aunque el cese de la convivencia no hubiese sido consentido por la esposa, el supuesto abandono por el marido del hogar conyugal no está contemplado en el Código civil como comportamiento que dé lugar a indemnización alguna, sino exclusivamente su concurrencia es causa para solicitar la separación, el divorcio⁽⁵¹⁾, o también se considera causa de desheredación. No hay que olvidar que, a pesar de la proliferación de supuestos en que se considera indemnizable el daño moral por la jurisprudencia actual, (como la pérdida de agrado, por lesiones físicas que dejan a una persona impedida para actividades normales y ordinarias de la vida, perjuicio estético, por deformidades o fealdades físicas ocasionadas a un individuo, perjuicio de afecto, en virtud del cual se indemniza el daño moral que experimentan determinadas personas vinculadas a las víctimas de lesiones o muerte o el daño causado al propietario del objeto dañado o destruido, o bien el *pretium doloris*, entendido como dolor físico que causan las lesiones a una víctima) entre tales supuestos no se encuentran los daños causados por infidelidades, abandonos o ausencia de lealtad en las relaciones personales, amistosas o amorosas, pues tales supuestos entran en el terreno de lo extrajurídico, no debiendo proliferar categorías de daños morales indemnizables que encarnen intereses que no sean jurídicamente protegibles, y en los que el derecho no debe jugar papel alguno ni debe entrar a tomar partido. Si bien es cierto que los deberes de ayuda y socorro mutuos entre ambos cónyuges están proclamados en los artículos 67 y 68 y son comprensivos no sólo de lo que materialmente pueda entenderse como alimentación, sino de otros cuidados de orden ético y afectivo, se trata de deberes incoercibles que no llevan aparejada sanción económica alguna –con excepción del deber de alimentos, que en este caso no fue incumplido– sino, como decimos, son contemplados exclusivamente como causa de separación, divorcio y desheredación» (F. 2º).

Llegados aquí, nuestra tesis es sencilla y se resume en dos puntos. Primero, no queda razón para que el Código Civil siga enumerando deberes matrimoniales ligados a un modelo de matrimonio que el propio sistema actual desmiente o contradice punto por punto; es decir, ese matrimonio que los cónyuges tienen por institución que a ellos mismos los rebasa y que expresa un interés que está por encima de los intereses individuales de cada uno, ese modelo de matrimonio con compromiso de ayuda, entrega y fidelidad, es una opción que el Derecho permite, cómo no, a quien así lo quiera, pero que en modo alguno impone o ni siquiera respalda como preferente. Segundo, esa pérdida de identidad institucional, funcional y sustancial del matrimonio y su creciente concepción como mero contrato entre individuos autointeresados antes que nada, echa por tierra toda razón para aquella tradicional inmunidad del matrimonio frente a las reclamaciones por daños y abre con toda coherencia la posibilidad de que entre sí los cónyuges se reclamen por los daños contractuales o extracontractuales, exactamente igual

(51) Recordemos que la sentencia es anterior a la reforma de 2005 que suprime la necesidad de causa o culpa para la separación y el divorcio.

y con los mismos requisitos con que puedan darse tales reclamaciones en cualesquiera otras relaciones entre ciudadanos.

**III. NI MÁS DERECHOS NI MÁS OBLIGACIONES QUE LOS ECONÓMICOS.
A PROPÓSITO DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA Y SUS MISTERIOS**

Si las claves de la familia y la base para un sistema coherente del Derecho que lleva tal nombre no nos las da ninguna propiedad empírica (biología, por ejemplo), ningún sentimiento (el amor, el afecto...) ni esta o aquella precisa formalidad (celebración de matrimonio, registro público, contrato expreso con tal o cual forma...), y si sostenemos que los únicos efectos jurídicos tangibles del denominado Derecho de familia son efectos económicos, por lo que, provocativamente, mantenemos que el Derecho de familia ya no es más que una sección del Derecho de obligaciones, ahora podemos preguntarnos si al menos desde este punto de vista sabremos a qué atenernos. En otras palabras, puesto que del Derecho de familia no resta más cosa que la obligación que a ciertos sujetos el Derecho imputa para que a otros sujetos paguen determinadas prestaciones o brinden determinada asistencia, traducible a términos económicos, ¿hay en esto algún criterio coherente o estamos, también aquí, ante el casuismo y el sálvese el que pueda?

Sostendremos que lo segundo y, aunque cabrían más ejemplos, lo ilustraremos solamente al hilo de las pensiones compensatorias del artículo 97 Código Civil.

Dos sujetos particulares se asocian para algún fin común, el que sea; firman incluso un contrato para ese objetivo, o cualquier otro documento que dé entidad institucional específica a esa unión de los dos. Puesto que vamos a entender todo el tiempo que nos hallamos en un Estado constitucional de Derecho, en el que los derechos fundamentales de cada individuo han de quedar a salvo siempre, sea frente al Estado o sea frente a otros particulares, los poderes públicos han de velar para que ninguno de esos dos sujetos vulnere los derechos básicos del otro.

Un día los dos deciden separarse, deciden dejar de funcionar con esa forma de unión o sociedad. Libremente se habían unido y libremente rompen ahora esa relación, y ninguna norma del sistema jurídico pone especiales requisitos para tal ruptura, pues ni se requiere la concurrencia de causas concretas ni es preciso alegar y probar ninguna forma de culpa de ninguno de los miembros. A tenor de las pautas generales establecidas en el Derecho privado de este tipo de Estados, cada uno tendrá reconocido su derecho a una liquidación económica que evite que el uno salga beneficiado a costa del otro. En consecuencia, deberán existir mecanismos para compensar daños y perjuicios y para evitar el enriquecimiento injusto. El esquema ideal para esas y otras instituciones del Derecho privado señala que cada parte ha de encontrarse en un equilibrio correcto entre lo que puso y lo que recibió, entre el beneficio y la carga que soportó; y, de la misma forma y principalmente, un equilibrio así ha de resultar al final entre las partes.

Ahora las preguntas. Primera, ¿por qué con el matrimonio no son así las cosas? ¿Por qué en el matrimonio puede una de las partes adquirir el derecho a perpetuar las condiciones económicas o de vida vigentes para esa parte mientras duró la unión? ¿Por qué, incluso, se pretende que idéntica consecuencia se aplique cuando no hay matri-

monio siquiera, sino una unión en pareja bajo ciertas condiciones, las llamadas parejas de hecho? ¿Qué o a quién se protege con todo ello, en qué derecho básico y por qué?

Vayamos por partes, aunque siempre dentro del Derecho español. Primero recordemos por qué el matrimonio es una unión a la que se llega libremente, de modo bien parecido a como se suscribe un contrato o se forma una sociedad de Derecho privado. También sabemos que el matrimonio se puede romper por la mera y simple voluntad de las partes, incluso de una sola, sin apenas requisitos y, desde luego, sin que se exija demostración de culpa o incumplimiento de alguno de los miembros. Visto esto, se hará más patente la perplejidad que se expresa en las preguntas anteriores: por qué no se va cada uno para su casa después de una justa liquidación de lo común que no tenga en cuenta nada más que lo que cada uno puso, en dinero, en especie o en trabajo, y que evite enriquecimientos injustos y daños manifiestos.

Dice el artículo 97 CC lo siguiente:

El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.

A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

- 1. Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.*
- 2. La edad y el estado de salud.*
- 3. La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.*
- 4. La dedicación pasada y futura a la familia.*
- 5. La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.*
- 6. La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.*
- 7. La pérdida eventual de un derecho de pensión.*
- 8. El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.*
- 9. Cualquier otra circunstancia relevante.*

En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad.

Resulta muy interesante preguntarse por las razones de esta pensión compensatoria y analizar su naturaleza. ¿Qué es lo que con ella se *compensa*? La respuesta que me parece más adecuada es ésta: se compensa la frustración de una expectativa económica. Uno de los cónyuges, el perceptor de la «compensación», sale perdiendo con la ruptura matrimonial, ya que fuera del matrimonio va a padecer peores condiciones económicas que las que «gracias» al matrimonio disfrutaba. Eso es lo que, al parecer y según la ley, debe ser compensado, al menos en parte.

Digo que al menos en parte, porque parece que la naturaleza de esta pensión es mixta, ya que para su cálculo se toman en consideración factores heterogéneos que podemos agrupar así:

a) Lo que el cónyuge hubiese aportado a la familia, sea en la forma de dedicación pasada a ella (apartado 4), sea en la forma de dedicación futura, por ejemplo para el cuidado de los hijos comunes (apartado 4), sea como «colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge» (aptdo. 5).

¿Qué pasaría si uno de los cónyuges hubiera hecho, durante la unión de la pareja, aportaciones de este tipo, de indudable valor económico, y no se le tomaran en cuenta? Pues que esos trabajos suyos, sean en el hogar y con la familia, sean en las actividades económicas del otro cónyuge, no se le reconocerían, mientras que, en cambio, sí habrían rendido un beneficio para la otra parte, beneficio que le saldría gratis. En consecuencia, probadas esas aportaciones de valor económico, si no existiera la pensión compensatoria del artículo 97 CC, deberían ser compensadas por la vía de la evitación del *enriquecimiento injusto* del cónyuge que se benefició.

b) Ciertas circunstancias subjetivas de los cónyuges, en particular del candidato a recibir pensión compensatoria, como «la edad y el estado de salud», «la cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo», y la situación económica y las necesidades de uno y otro.

Supongamos, aunque sea forzando un poco, que en alguno de estos extremos subjetivos un cónyuge hubiera sufrido daño o perjuicio causado por el otro y que a este otro se le pudiera imputar por razón de dolo o culpa. Estaría, entonces, expedita la vía del 1902 CC para reclamar la correspondiente indemnización por daño extracontractual. Pero, si el caso no es así y ninguna culpa ni causa tiene uno de los cónyuges de que el otro sea viejo o esté enfermo o posea escasa cualificación profesional o tenga dificultades para encontrar un trabajo, ¿por qué ha de compensar aquel cónyuge, al acabar la relación, esas circunstancias negativas o esa mala suerte del otro?

En este punto habrá quien alegue que algunas de esas malas perspectivas de este otro pueden deberse, precisamente, a las limitaciones que el matrimonio le supuso, especialmente en lo que haya tenido que sacrificar de sus expectativas o posibilidades para dedicarse al cuidado de la familia. Debemos detenernos un rato en este argumento, importante por tan habitual y tan influyente en la jurisprudencia sobre la materia.

Puede suceder que ese miembro de la pareja haya puesto trabajo bien tangible, sea en la atención de los niños o del compañero o esposo, sea en labores domésticas. Mas esto queda abarcado en el apartado anterior, el a) y, en efecto, el valor de ese trabajo debe ser compensado, pagado, para evitar que una parte se enriquezca injustamente a costa de la labor de la otra. Pero habría que hacer algunas precisiones para poner las cosas en sus términos más justos.

En primer lugar, debe abonarse lo hecho, pero no lo que, impropriamente, podríamos llamar el lucro cesante. Supongamos que yo decido dejar mi trabajo de profesor universitario para atender mi casa y a mis hijos, mientras que mi mujer sigue su carrera de docente e investigadora en mi misma universidad. A no ser que se pruebe que fui víctima de algún engaño o amenaza para obrar así, de tal decisión mía soy responsable

yo, solamente yo y nadie más que yo. En consecuencia, nadie, tampoco mi mujer si mañana nos separamos, tiene por qué compensarme por lo que yo podría haber sido y lo que podría haber hecho si *yo no hubiera decidido* abandonar mi profesión. Si libremente lo quise así, sería porque otras compensaciones o ventajas le veía a la alternativa elegida. Lo que no podemos es estar en la procesión y repicando, o compensar al que libremente se fue de procesión porque no quiso repicar. Ya puestos, ¿por qué no podría ser mi mujer la que me pidiera compensación a mí, ya que, mientras ella trabajaba muchas horas fuera de casa y se agotaba y se estresaba, yo disponía de más tiempo para disfrutar de la maravilla de nuestra hija? ¿O acaso estamos dando por supuesto que no hay más vida plena que la que consiste en trabajar a destajo y ganar el más dinero que se pueda y que las llamadas labores domésticas son propias de fracasados?

¿Y si la vida del cónyuge que pide la pensión fue contemplativa más que nada? ¿Qué le compensamos? Ahora imaginemos que yo, que he decidido ocuparme de la casa y la familia y dejar mi trabajo, llevo aquellas más que nada como gestor o director de escena, pues cuento con dos empleadas domésticas a tiempo completo y con una niñera para nuestra hija. Es más, como me queda algo de tiempo libre, me paso cada semana mis buenos ratos entre gimnasios y masajistas y tomando cafés con mis amigos, todo lo cual lo abono con el dinero que gana mi mujer. ¿Qué dedicación a la familia habría que pagarme a mí? Si en algo de esto tengo una pizca de razón, deberíamos todos preguntarnos por qué en los procesos judiciales sobre estas cuestiones no se suelen probar y tomar en consideración estos extremos, estos pequeños detalles atinentes a cuánto hace en la casa familiar el que libremente decidió quedarse en ella.

Claro, acabamos de decir «libremente» y alguno puede replicar que también pudiera darse el caso de que yo fuera una persona con escasa formación y muy pocas posibilidades de conseguir un trabajo, aunque lo quisiera. Así que cambiamos el ejemplo y no soy alguien que renuncia a su oficio de funcionario docente, nada menos, sino un marido que no tiene donde caerse muerto, mientras que mi mujer labora para mantenernos a los dos y a nuestra hija. Pero, ¿es esa circunstancia mía razón bastante para que, de propina, si nos divorciamos, la misma mujer que me daba de comer, tenga además que compensarme y seguir alimentándome? ¿Por qué?

O déjenme preguntarlo de una manera más: si el matrimonio –o la unión estable no matrimonial– es libre y si también es libre hoy el divorcio, ¿por qué ha de resultarle a mi mujer más difícil divorciarse de mí si yo estoy en paro o no tengo oficio ni beneficio que si soy un profesional de éxito y con buenos ingresos? No me refiero a dificultades morales, a que a ella pueda darle más pena irse si me ve muy incapaz de enfrentarme con la vida, sino al hecho de que el Derecho le ponga obstáculos económicos que se parecen demasiado a sanciones, pues si yo soy ese sujeto con escasas perspectivas vitales, ella tendrá que contar con que si se va a buscar persona que más la llene, tendrá que pagarme una pensión, tanto más grande y duradera cuanto peor sea la situación mía. La moraleja, en términos sociológicos, está clara: la próxima vez no se case usted, señora, con un sujeto que no gane sus buenos euros, y que no pueda mantenerse a sí mismo, y no le permita ni de broma que se quede en el hogar a atender los asuntos familiares. Acabará pagándolo.

En segundo lugar, no estará mal mirar un poco más de cerca eso de los trabajos domésticos. Resulta que mi mujer es polifacética y extremadamente habilidosa. No sólo

ejerce su profesión como catedrática de universidad, sino que, además, en casa es una «manitas» y gracias a eso nos ahorramos un buen dinero. Por ejemplo, cada vez que hay que pintar la casa por dentro o por fuera, ella se encarga, cultiva una huerta que nos da muchas de las viandas que comemos, repara, ella misma, muchas de las averías de nuestro coche... ¿Esos trabajos se los contamos también, a efectos de compensaciones o de compensación de compensaciones? ¿O sólo va a importar el trabajo mío en las labores de ama de casa, aunque tenga cocinera, limpiadora y cuidadora de nuestra hija?

c) «La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal».

¿Por qué ha de ser mayor la pensión, al menos tendencialmente, cuando el matrimonio y la convivencia duraron más? Salvo que presumamos aquí una redundancia del legislador, habrá que entender que no es porque mayor duración del matrimonio implique más tiempo de dedicación a la familia y sus trabajos, pues se supone que eso, cualitativa y cuantitativamente, ya se computó en los correspondientes apartados anteriores. Y, si no es redundante, este criterio viene a decirnos lo siguiente: puesto que lo que se paga es el valor que el matrimonio en sí tiene para la parte que económicamente más sale perdiendo con su ruptura, cuanto más largo el matrimonio, más alto es ese valor cuya pérdida se ha de compensar.

Resulta curioso el razonamiento subyacente, si bien se mira. No perdamos de vista que la pensión es para la persona cuyo nivel de vida y bienestar dependiente de lo económico es menor sin matrimonio que dentro del matrimonio. Hagamos como que el grado de bienestar dependiente de lo económico se puede cuantificar entre 0 y 10. 0 representa la penuria absoluta y 10 la mayor riqueza con el mayor lujo que imaginarse pueda. No se diga que resulta muy prosaico hablar así de niveles económicos, pues de eso se trata con la pensión del artículo 97, esas referencias son las que se toman en tal precepto, ya que se dice que el derecho a la pensión lo tendrá «el cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio *económico* en relación a la posición del otro». Ahora imaginemos que mi nivel como soltero es de 3, que como casado, gracias a los ingresos o la situación de mi cónyuge, he ascendido hasta 8, y que tras el divorcio y sin pensión volvería a 3. Así que la pensión compensatoria debe precisamente compensar para que yo siga donde estaba, poco más o menos, en 8 o, si no y al menos, en 7. Eso sí, si luego mi mujer baja a 6, se habrá producido una alteración sustancial en las circunstancias que justificará que la pensión se me rebaje correspondientemente, para que yo ande también alrededor de 6. ¿Por qué? Porque si me casé con una rica tengo derecho a no volver a ser pobre. Nunca más volveré a ser pobre, como decían en aquella película. Moraleja: es muy conveniente el matrimonio de conveniencia.

Ese matrimonio mío duró por ejemplo veinte años. Hasta los treinta fui un mesteroso. De los treinta a los cincuenta, viví como un pachá. A los cincuenta llega el divorcio. ¿Por qué hay que compensarme? ¿Por el tiempo que viví «por encima de *mis* posibilidades»? ¿No deberían más bien decirme eso de que menuda suerte tuve con esos veinte años de esplendor, ya que de todos los de mi barrio fui el único que llegó a tanto, pues ningún otro casó con rica y trabajadora?

Ahora comparemos con este otro caso. Mis circunstancias son esas que acabamos de reseñar, sólo que lo que a los treinta años me ocurre es que un mero amigo muy pudiente me invita a morar en su residencia y sufraga mis gastos y me tiene como a un hermano. Durante treinta años vivo así y vivo muy bien, procurando compensar a mi amigo con mi afecto y ayudándolo en algunas labores caseras suyas. Al cabo de esos treinta años nos enemistamos y mi benefactor me retira su apoyo. ¿Tendría que pagarme una pensión compensatoria por el desequilibrio económico que entre nosotros se crea a partir de ese desencuentro final? Obviamente no. ¿Y si en lugar de amigos fuéramos hermanos? Tampoco. Entonces, ¿por qué si hubiéramos estado casados, sí? O mucho me equivoco o la respuesta sólo puede ser una de estas dos: o porque el Derecho sanciona positivamente el matrimonio de conveniencia o, al menos, lo que de conveniencia económica pueda tener el matrimonio para alguno de los cónyuges, o porque el Derecho sanciona negativamente la ruptura del matrimonio obligando a pagar por ella al que pueda hacerlo. Con el artículo 97 y su pensión compensatoria, o se quiere disuadirnos del divorcio o se quiere animarnos a casarnos con quien tenga posibles. Porque ya hemos dicho que para reintegrar el valor de los trabajos prestados o indemnizar los daños sufridos habría y hay otros medios y sobrarían algunos de estos criterios de cálculo del artículo 97, comenzando por el de la duración de la convivencia.

Hasta aquí estamos diciendo matrimonio, pero resulta que la pensión compensatoria del artículo 97 se está aplicando también, por vía analógica, a las llamadas parejas de hecho; o se toma en consideración también, a efectos de computar la duración de la relación, el tiempo de convivencia anterior al matrimonio. Leamos, de entre tantas sentencias de este tiempo, los siguientes párrafos de la de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 31 de marzo de 2009:

«Ante la falta de una normativa específica legal y la ausencia de un pacto establecido por los miembros de una unión de hecho, con base en la autonomía de la voluntad negociadora establecida en el artículo 1255 CC, en materia de compensación económica por mor de la ruptura de parejas de hecho han sido varias las vías utilizadas, tales como la doctrina del enriquecimiento injusto (STS 11-12-1992, 27-3-2001, 5-2-2004), la indemnización fundada en la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 CC (STS 16 la técnica del principio de protección del conviviente más perjudicado por la situación de hecho (STS 17-1-2003, 17-6-2003, 23-11-2004), y la aplicación analógica del artículo 97 CC.

Siendo admisible, por lo tanto, la posibilidad de compensación económica en caso de ruptura de una pareja de hecho, otrora consolidada, siempre que la cesación de la convivencia produzca desequilibrio en uno de sus componentes, cual en el supuesto contemplado, en que la convivencia estable de la pareja del orden de seis años culminó con la celebración de su matrimonio y el nacimiento de un hijo, estimándose por ello de todo punto procedente, a la hora de la determinación de la pensión compensatoria, tomar en consideración la totalidad del tiempo de convivencia, anterior y posterior a la celebración del matrimonio».

Es muy común en la jurisprudencia⁽⁵²⁾ y la doctrina esa enumeración de las tres vías posibles «en materia de compensación económica por mor de la ruptura de parejas de

(52) Para un repaso de la compleja y hasta contradictoria doctrina jurisprudencial, *vid.* M.P. GARCÍA RUBIO, «Las uniones de hecho», *op. cit.*, pp. 1489 y ss.

hecho». Mas no deberíamos desatender su heterogeneidad. Tanto el enriquecimiento injusto como la responsabilidad extracontractual presuponen un cierto ilícito, aunque sea en sentido lato de la expresión. O bien alguien se enriqueció indebidamente, o bien alguien causó a otro un daño tangible que éste no tenía por qué soportar. Pero acabamos de ver que en la pensión compensatoria del artículo 97 hay algo más, pues procede cuando el desequilibrio económico que queda entre las partes no obedece a ninguna de esas razones «ilícitas». No es que nadie se aproveche de alguien o le provoque una merma o daño en lo que era suyo, sino que basta con que uno salga perdiendo, en términos económicos, con la ruptura del vínculo, ya que fuera del matrimonio va a vivir peor o a disponer de peores medios de los que dentro de él tenía. Es una pérdida de estatus lo que se compensa, si bien quien ha de pagar no ha realizado ningún comportamiento reprochable, ya que en nuestro actual Derecho nada de ilícito hay en el divorcio y ningún tipo de culpa se requiere para él. La única «culpa» es divorciarse de quien de casado vivía mejor de lo que viviría de soltero si no se le diera esta compensación.

Ahora bien, si también cuenta a efectos de esta pensión compensatoria la convivencia estable sin matrimonio o se computa el tiempo de convivencia antes del matrimonio, habrá que modificar ligeramente ese diagnóstico. Lo que la pensión compensa es la ruptura de la expectativa de quien pensó que con otro iba a vivir siempre mejor, en términos económicos, y luego resultó que no era posible mantener dicha convivencia.

Planteado de otra forma y al hilo de los mentados párrafos de la sentencia pontevedresa, ¿procede rectamente la aplicación analógica del artículo 97 Código Civil a las parejas no casadas o por el tiempo que convivieron sin matrimonio? En los términos más clásicos de la doctrina de la analogía, habrá que decir que depende de si se da la identidad de razón. Es decir, si la misma razón que justifica que esa pensión se otorgue a cónyuges sirve de fundamento para que se dé igualmente en el otro caso. ¿Y cuál será esa razón? Si tuviera algo que ver con la protección o promoción del matrimonio, no cabe la analogía. Y para que quepa tenemos que hacer aún más prosaico el fundamento, diciendo que se trata de proteger las expectativas económicas que en una persona engendra su pareja y la vida con ella. Curioso. El fin sería el negocio. La familia como buen negocio y como negocio que se mantiene aunque la familia se acabe.

En una cosa no voy a estar de acuerdo, si a alguien se le ocurriera aducirla: en que el fin de la norma sea protector. Aquí no hay ni el más leve rastro de Estado social ni de política redistributiva ni de igualación de oportunidades ni de protección de los sujetos socialmente débiles y vulnerables. Para nada, en modo alguno. Si la finalidad fuera de este tipo, no habría que tomar en cuenta el desequilibrio económico *entre los miembros de la pareja*, sino el desequilibrio económico de uno o los dos por relación al conjunto de la sociedad. No se trataría de que el cónyuge con menos posibilidades que el otro vea reconocido su derecho a mantener el estatus social adquirido. Obligar a una adinerada mujer a repartir su fortuna con el marido con el que estuvo casada veinte años y del que ahora se divorcia, después de vivir los dos juntos y opíparamente y porque ahora él por sí solo no puede mantener ese tren de vida, y hacer que en lugar de tener ella y para ella sola mil millones de euros, le tenga que pasar mensualmente al otro quince mil no es redistribuir la riqueza, precisamente, ni hacer política social ni proteger a quien socialmente se halla en desamparo. Es otra cosa. ¿Cuál será? En este caso, respaldar el braguetazo.

Pero, puestas así las cosas, es cierto que por qué no vamos a aplicar analógicamente el 97 CC a las parejas no casadas. Al fin y al cabo, por qué va a tener el braguetazo que adoptar una determinada forma institucional, la del matrimonio. Sería discriminatorio y obligaría al que quiere darlo a pasar por trámites y condiciones que tal vez su escrupulosa conciencia no le permita. Y, sobre todo, serviría para que esa rica señora de nuestro caso no se salga con la suya si no quiso casarse porque sospechaba en su fondo que su compañero andaba buscando la buena vida a su costa: tendrá de todos modos que seguir manteniendo al tipo.

Que la función de la pensión compensatoria no está ligada principalmente a la compensación del daño o a la corrección del enriquecimiento injusto, y que en el espíritu de la ley se asocia a una concepción retrógrada del papel del matrimonio y, aunque no se diga expresamente, del lugar social de la mujer, se aprecia más que de sobra si tomamos en cuenta también el artículo 101 CC, a tenor del cual el derecho a la pensión se extingue, además de por el cese de la causa que lo motivó, «por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona».