

UNIONES NO MATRIMONIALES Y DERECHO (Una aproximación al tratamiento jurídico de las uniones no matrimoniales) ¹

CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE
Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza

1. PLANTEAMIENTO.

Uno de los fenómenos más característicos de lo que cabría denominar la modernidad (o quizás post-modernidad) en relación con la familia y el matrimonio es lo que Malaurie ha denominado la desafección hacia el matrimonio: cada vez hay menos matrimonios, y cada vez el matrimonio tiene menos sentido, porque es cada vez más inestable ². Una de las formas en que se manifiesta más claramente esa desafección es la aparente proliferación de las que convencionalmente voy a denominar uniones no matrimoniales ³.

1. El presente trabajo forma parte de un estudio más amplio, que versa sobre matrimonio, familia y Derecho, y se enmarca en un Proyecto de Investigación sobre dichas materias, subvencionado por la Universidad de Zaragoza.

2. MALAURIE, *La famille*, en MALAURIE-AYNÉS, *Droit civil*, (París, Cujas, 1992), p. 54.

3. Probablemente no tan numerosas como aparentan: entre nosotros, de acuerdo con datos del INE referidos a 1991, de un total de 12.057.548 uniones estables, 198.978 (aproximadamente el 1'7%) serían uniones no matrimoniales. En países geográfica y culturalmente cercanos las cifras son similares (1'4 en Italia, en 1985), aunque en otros aumentan considerablemente, hasta acercarse al 20% (19'9% en Suecia, para fechas similares): *vid.* el informe presentado por la Comisión Europea en 1994, bajo el título *La situación demográfica en la Unión Europea* (Com. 94, 595 final), p. 51. Con todo, los datos sociológicos adolecen de una cierta confusión: *cfr.*, por ejemplo, los reflejados por GALLEGO DOMÍNGEZ, *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales* (Madrid, Centro de Estudios Registrales, 1995), p. 33, nota 9.

De todas formas, el propio MALAURIE advierte que se puede percibir ya una corriente de desafección también hacia estas uniones, sustituidas por una vida en solitario (*op. cit.*, p. 54, y p. 130), con encuentros sexuales esporádicos u ocasionales, alejados hasta de la falta de compromiso que es el elemento constitutivo radical de las uniones de hecho, según veremos más adelante. Consideraciones paralelas llevan a REMY a

No es éste un fenómeno puramente sociológico, sino que tiene innegables repercusiones en el campo del Derecho: la cuestión es la de determinar cuál es el tratamiento jurídico más adecuado a dichas realidades: ¿deben ser equiparadas legalmente al matrimonio, y sometidas a idéntico —o paralelo— régimen jurídico? Al hilo de este interrogante, y de la respuesta que se le dé, queda de rechazo afectada la propia configuración legal del matrimonio: ¿en qué residiría, en efecto, la esencia y consistencia jurídica del matrimonio, de producirse su equiparación con las uniones no matrimoniales, o un acercamiento significativo a ellas? Porque el matrimonio, efectivamente, es contemplado en muchas ocasiones como el paradigma jurídico hacia el que tienden tales uniones, con la pretensión, en último extremo, de obtener la asimilación total. Pero todo ello no afecta solo, como digo, a las uniones paramatrimoniales, sino que alteraría (por pérdida o sustracción) directísimamente la consistencia cualitativa del matrimonio, como institución jurídica con un sentido y contenido característicos. Dicho brevemente, si todo es matrimonio, el matrimonio se convierte en nada.

Hay, pues, un fenómeno de aproximación jurídica entre el matrimonio y las uniones no matrimoniales, que se ha producido en buena parte de los ordenamientos occidentales, pero sobre todo en los convencionalmente considerados como más avanzados (típicamente Suecia y USA) ⁴.

afirmar que lo que está en crisis no es el matrimonio, sino la pareja (REMY, «Philosophie du mariage civil dans la législation contemporaine», *L'année canonique* 32 —1989—, p. 24). *Vid.* también, en parecido sentido, RIEBER, «Individuación y autorrealización, ¿dentro o fuera del matrimonio y la familia?», en *Cuestiones fundamentales sobre el matrimonio y la familia* (Pamplona, EUNSA, 1980), p. 276. Sobre la proliferación de los hogares unipersonales, pueden verse los datos contenidos en el citado informe de la Comisión Europea, *La situación demográfica en la Unión Europea*, p.49 (y el cuadro general de la p. 48); así como los ofrecidos por LAMO DE ESPINOSA, «¿Nuevas formas de familia?» *Claves de razón práctica*, 50 (marzo de 1995), pp. 52 y s.

4. Sobre la situación en Suecia, *vid.* GLENDON, *The Transformation of Family Law*, (Chicago, The University of Chicago Press, 1989), pp. 273 y ss., y GOTTBERTG-TALVE, «Les concubinages dans les pays scandinaves», en *Les concubinages en Europe* —dir. RUBELLIN-DEVICHI— (París, CNRS, 1989), pp. 249 y ss; sobre la cuestión en USA, *vid.* también GLENDON, *op. ult. cit.*, pp. 277 y ss.

Por describirlo sintéticamente, podría decirse que, al inicio del proceso, entre matrimonio y unión no matrimonial mediaba un abismo jurídico: la celebración del matrimonio determinaba la existencia de un *status* específico para los cónyuges y sus descendientes, al que los convivientes⁵ no tenían acceso: régimen económico matrimonial, derechos sucesorios, prestaciones asistenciales, beneficios fiscales, etc.; todo un conjunto de reglas dirigidas, en fin, a proteger la familia de fundación matrimonial, por estimarla de interés social básico. En cambio, la postura del Derecho frente a las uniones no matrimoniales, o concubinarias, era más bien de rechazo o indiferencia, conforme al principio atribuido a Napoleón, *les concubines se passent de la loi, la loi se desinteresse d'eux*⁶. La situación ha cambiado radicalmente, tras la concurrencia de dos fenómenos paralelos y simultáneos: la juridificación de las uniones no matrimoniales (i) y la desjuridificación del matrimonio⁷ (ii):

i) Por un lado, en los países de nuestro entorno jurídico ha tenido lugar y tiene un proceso de juridificación de las uniones no matrimoniales, y de juridificación *ad instar matrimonii*, a través de la equiparación (parcial, de momento) a efectos jurídicos de ambas situaciones: 1) En cuanto a las relaciones entre los convivientes, y los derechos o beneficios que pueden competirles constante convivencia, y una vez cesada —sea voluntariamente, sea por muerte—, se ha producido un fenómeno de progresiva extensión a las uniones no matrimoniales, por diferentes vías (legislativa, judicial, administrativa) y no siempre sin controversia, de normas relativas al matrimonio: así ha ocurrido, por ejemplo, con reglas referidas a derechos sucesorios o, más genéricamente, a la situación del convivente supérstite (incluyendo destacada-

5. Sobre la terminología empleada para denominar las uniones no matrimoniales (y, más concretamente, el empleo de la palabra «concubino» y derivadas), me remito a cuanto expondré *infra*, sub «2».

6. La frase es citada habitualmente en esta sede: *cfr.*, por ejemplo, GAUDEMET, *El matrimonio en Occidente*, (Madrid, Taurus, 1993), p. 488; MALAURIE, *op. cit.*, p. 136; o BARTHELET, «Quand le Droit civil se desengage de la famille», en *Políticas de la Familia* (Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 1993), p. 378 —quien, a su vez, cita en su nota 50 a SAVATIER, *Bonaparte et le Code Civil*, 1928—.

7. *Cfr.* MENGONI, «La famiglia in una società complessa», *Iusticia* 1990-1, p. 3.

mente la sucesión o subrogación en el contrato de arrendamiento de la vivienda que servía de hogar común); con las que establecen determinadas prestaciones de carácter asistencial (que, por otro lado, se dirigen cada vez más a los individuos en función de sus necesidades, y no de su posición familiar o de su estado); o, en general, con las que reconocen cualesquiera derechos en favor de una persona por el hecho de estar casada con otra (o de ambas, por estar casadas entre sí)⁸; en último extremo, se ha llegado a aplicar a la extinción voluntaria de la unión no matrimonial las mismas reglas que regulan las consecuencias del divorcio⁹. 2) En cuanto a la situación de los hijos, la equiparación entre la filiación matrimonial y la no matrimonial hace que, salvo en lo relativo a las presunciones de paternidad¹⁰, sea prácticamente la mis-

8. Sobre todo lo cual, *vid.* por todas, las exposiciones de conjunto que realizan GLENDON, *The Transformation of Family Law*, *cit.*, pp. 252 ss.; RUBELLIN-DEVICHI (dir.), *Les concubinages en Europe*, *cit.*; MALAURIE, *La famille*, *cit.*, pp. 129 y ss.; para el Derecho italiano, OBERTO, *I regimini patrimoniali dela famiglia di fatto* (Milano, Giuffré, 1991); DOGLIOTTI, voz «Famiglia di fatto», en *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione civile*, vol. VIII (Torino, UTET, 1992), p. 194 y ss.; BERNARDINI, *La convivenza fuori del matrimonio* (Padova, CEDAM, 1992); o, respecto al Derecho español, ESTRADA ALONSO, *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español*, *cit.*, especialmente pp. 115 y ss.; GALLEGO DOMÍNGUEZ, *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*, *cit.*

Tropieza, en cambio, con graves dificultades en la práctica, la extensión a las uniones no matrimoniales de las normas reguladoras del régimen económico matrimonial: *cfr.*, entre nosotros, ESTRADA ALONSO, *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español* (2.^a ed., Madrid, Civitas, 1991), p. 174 y s.; TORRES LANA, «De nuevo sobre relaciones patrimoniales entre parejas no casadas», *Aranzadi Civil* 1993-II, pp. 2407 y ss. Las diferencias en este punto entre el matrimonio y las uniones paramatrimoniales han sido calificadas por DOGLIOTTI —autor que, significativamente, lleva al extremo en su planteamiento el paralelismo entre ambas situaciones— como insuperables (*op. cit.*, p. 195). Respecto a la siempre ilustrativa situación en USA, tras los pasos de *Marvin v. Marvin*, *vid.* GLENDON, *op. ult. cit.*, p. 278; la misma autora se refiere, sin embargo, a la existencia de factores de aproximación entre matrimonio y uniones no matrimoniales en relación con esta materia (p. 281). También en Suecia, a partir de una cierta reticencia, hay intentos (legislativos) de aproximación de la situación patrimonial de los convivientes a la de los cónyuges, al menos en algunos aspectos determinados (*cfr.* GOTTBORG-TALVE, *op. cit.*, pp. 252 y ss.).

9. En relación con éste último aspecto, *vid.*, por ejemplo, GLENDON, *op. cit.*, pp. 275, y 287; o DOGLIOTTI, *op. cit.*, pp. 196 y s.

10. Aunque no falta quien propone que la presunción de paternidad se aplique también en caso de concubinato: *cfr.* HANOTIAU, «Reflexions sur l'union libre», en *L'union libre* (Bruxelles, Bruylant, 1992,) p. 23.

ma en uno y otro caso en la mayor parte de los Ordenamientos de nuestro entorno.

ii) Con cuanto queda dicho concurre un fenómeno paralelo de desjuridificación del matrimonio, con respecto al cual me limitaré, brevemente, a señalar: 1) por un lado, la disminución y pérdida de importancia de los impedimentos matrimoniales¹¹ y de los requisitos de forma, precisamente para permitir a quienes ya conviven acceder al matrimonio¹²: se facilita así progresivamente el acceso al matrimonio; 2) por otro lado, el proceso de progresiva ampliación del divorcio, hasta llegar al divorcio por mutuo consentimiento, o por voluntad unilateral de uno de los cónyuges, sometiendo por tanto directamente el matrimonio a la voluntad de los cónyuges de continuar casados: se facilita, así, la disolución del vínculo, de manera que se viene a exigir la presencia de una voluntad matrimonial constante, o casi constantemente renovada— una imagen de lo que ocurre, como veremos, con la voluntad de los convivientes en las uniones paramatrimoniales—¹³.

Tras este doble fenómeno, resulta que las diferencias entre el matrimonio y las uniones no matrimoniales quedan en la práctica considerablemente difuminadas¹⁴. Más aún si se toma en consideración una definición de matrimonio que ha encontrado una cierta fortuna, so-

11. Cfr. FUENMAYOR, *Divorcio: legalidad, moralidad y cambio social*, (Pamplona, EUNSA, 1981), p. 96 y s. NAVARRO VALLS da cuenta de la propuesta de Ley Uniforme sobre Matrimonio y Divorcio para USA (1970), en la que «se reducen drásticamente los impedimentos para el matrimonio» (*Matrimonio y Derecho*,—Madrid, Tecnos, 1994— p. 43). BARTHELET, por su parte, concluye que el Derecho civil parece desinteresarse de la formación del matrimonio («Quand le Droit civil se désengage de la famille», *cit.*, p. 368).

12. Cfr., respecto a los países nórdicos, SUNDBERG, «Facteurs et tendances dans l'évolution moderne du droit de la famille des pays nordiques. Rêves et réalités», en *Famille, Droit et changement social dans les sociétés contemporaines* (Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 1978), p. 74; para USA, la propuesta de Ley Uniforme citada en la nota precedente se caracteriza también, al decir de NAVARRO VALLS (*op. et loc. cit.*) por su contenido desformalizador.

13. Cfr. MALAURIE, *La famille*, *cit.*, p. 44; BARTHELET, *op. cit.*, p. 370. Tal es la propuesta, por ejemplo, de FURGIUELE, *Famiglia e libertà*, (Milano, Giuffrè, 1979), p. 274; o, entre nosotros, CLAVERIA GOSALBEZ, y su idea del matrimonio como acto jurídico permanente («Hacia una nueva concepción del matrimonio», *La Ley* 1983-2, pp. 1275 y ss.).

14. Es una afirmación muy habitual: cfr., entre otros, MEULDERS, «Famille, Droit et Changement social dans les sociétés contemporaines. Rapport général de

bre todo en los países considerados como más avanzados (nuevamente, Suecia o USA), de acuerdo con la cual el matrimonio no sería sino una asociación de dos individuos independientes¹⁵: si esto es así, y si se asume que el punto de semejanza —razón última de la equiparación legal de ambas realidades— entre el matrimonio y las uniones no matrimoniales es el hecho de la cohabitación¹⁶, unida en su caso a la existencia de una cierta relación de afectividad (es decir, si se asume que la realidad vital y social que subyace bajo el matrimonio es exactamente la misma que la que hay bajo el concubinato), resulta que la diferencia entre el matrimonio y las uniones no matrimoniales, desde el punto de vista de su contenido esencial (cohabitación), sería prácticamente inexistente; y resulta también que la mutua aproximación que se ha ido produciendo entre ambas realidades desde el punto de vista jurídico, vendría a coincidir con la respuesta más razonable, en la medida en que da el mismo trato a dos situaciones jurídicamente iguales (en lo sustantivo), aunque pueda mediar entre ambas alguna diferencia accidental (la forma matrimonial). A partir de lo cual se ha llegado a afirmar que «es el mismo matrimonio el que tiende a convertirse en la “shadow institution” de la unión libre, vaciándose poco a poco de su contenido tradicional, y destacadamente de sus efectos de solidaridad en el plano de las relaciones personales y patrimoniales, en beneficio de una creciente o total autonomía de los esposos»¹⁷.

synthèse», en *Famille, Droit et Changement social dans les sociétés contemporaines*, cit., p. 693 y ss.; FUENMAYOR, *Divorcio: legalidad, moralidad y cambio social*, cit., pp. 96 y s.; GLENDON, *op. cit.*, p. 284 y ss.; ANDERSON, «Tendencias fundamentales de la política familiar en los Estados Unidos, en V *Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado. Libertades fundamentales y sistema matrimonial. Ponencias*, (Pamplona 1990), vol. 1.º, p. 18 (de la ponencia); MENGONI, *op. et loc. cit.*; NAVARRO VALLS, *op. cit.*, p. 42.

15. Cfr. GLENDON, «La transformation des rapports entre l'Etat et la famille dans l'évolution actuelle du Droit aux Etats-Unis», en *Famille, Droit et changement social dans les sociétés contemporaines*, cit., p. 32, o *The Transformation of Family Law*, cit., p. 102 y s. y 282 y s.; MEULDERS, «L'évolution du mariage et le sens de l'histoire: de l'institution au contrat, et au-delà», en GANGHOFER (dir.), *Le Droit de la famille en Europe* (Strasbourg, 1992), p. 227; NAVARRO VALLS, *op. et loc. cit.*

16. ZIMMERMANN, *Couple Libre* (Strasbourg, CERDIC, 1982), p. 13.

17. MEULDERS, «Famille, Droit et Changement social dans les sociétés contemporaines...» cit., p. 694.

Resumen con gran acierto el proceso que ha tenido lugar, y sus repercusiones en cuanto al concepto de matrimonio, las siguientes palabras de Fuenmayor: «concubinato y matrimonio se han aproximado, al recorrer uno y otro buena parte del camino que los separaba. El matrimonio en el nuevo Derecho tiende así a emular a la unión libre —a la unión de hecho, ahora reconocida por el Derecho mediante una amplísima legalización— en puntos de gran importancia: se desconoce la estabilidad garantizada por la ley y se suprimen impedimentos. La creciente privatización del matrimonio —fruto de la “ideología del permisivismo”— pone en el centro del nuevo Derecho el arbitrio de la voluntad de los contrayentes, que ata con un contrato no sometido a limitaciones impuestas por la ley o desata por el divorcio. De tal modo, se despoja a la institución de uno de sus caracteres esenciales, que le distinguía del concubinato —la indisolubilidad— y se permite el matrimonio aun en el caso de existir impedimentos —ahora borrados de las leyes— que antes se consideraban insuperables. Al comentar las orientaciones del nuevo Derecho sueco, dice Sundberg de un modo muy expresivo: “en una sociedad en la que se pueden mantener relaciones sexuales casi con cualquiera, los impedimentos matrimoniales empiezan a parecer ridículos”»¹⁸.

La tendencia a la equiparación de matrimonio y uniones no matrimoniales, a través de la doble aproximación de que acabo de hablar, es clara. Lo que no está tan claro, a mi modo de ver, es que dicha equiparación sea ni jurídicamente correcta ni socialmente beneficiosa. Un análisis más sosegado puede conducir a conclusiones distintas, y aconsejar el mantenimiento de la diferencia entre el matrimonio y las uniones no matrimoniales, permitiendo así a cada una de dichas dos realidades ser lo que son. A ello dedicaré las páginas que siguen.

2. TERMINOLOGÍA.

Un primer aspecto que llama la atención a quien se acerque al fenómeno de las llamadas uniones no matrimoniales es la ausencia de

18. FUENMAYOR, *Divorcio: legalidad, moralidad cambio social, cit.*, p. 96 y s.

una terminología asentada para identificar el fenómeno de la (también) llamada convivencia *more uxorio*, prácticamente en todos los ordenamientos de nuestro ámbito cultural. No sin cierto gracejo, Malaurie clasifica la terminología empleada en Francia (muy cercana a la utilizada en España), de la siguiente forma: «de manera *aristocrática*: unión libre; de manera realista, pero *pudorosa*: cohabitación; para hacerla *simpática*: cohabitación juvenil, aunque hay también una cohabitación senil; o de manera más *técnica*: cohabitación fuera del matrimonio, o comunidad de vida, o matrimonio de hecho, o unión no matrimonial, o unión estable; o de manera a la vez *técnica* y *moderna*: vida marital; o de manera *aproximativa*: novios, aunque generalmente no hay promesa de matrimonio»¹⁹ (las negritas son del autor).

Esta pluralidad de formas de designar la situación aludida deriva del deseo de evitar la utilización de la única palabra que denomina tradicional y específicamente dicha situación, por entender que tiene connotaciones sociales peyorativas: concubinato²⁰. Se cambia, así, el nombre, y es sustituido por expresiones más atractivas, para de esta forma hacer socialmente más aceptable la realidad designada²¹; ello,

19. MALAURIE, *La famille*, cit., p. 129. Puede verse una relación de expresiones francesas, inglesas y alemanas en ZIMMERMANN, *Couple Libre*, cit., p. 12. Vid. también la amplia exposición de ESTRADA ALONSO, *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español*, cit., p. 45 y ss. Por su parte, DOGLIOTTI («Famiglia di fatto», cit., p. 189 y s.) aventura una cierta evolución terminológica, paralela a la evolución experimentada en la consideración social por la realidad designada: del concubinato, pasando por la convivencia *more uxorio*, hasta la familia de hecho.

Por otro lado, para ganar en perspectiva, no está de más recordar, con GAUDEMET (*El matrimonio en Occidente*, cit., p. 17, nota 3) que en esta materia los pudores terminológicos vienen de antiguo: es ilustrativo traer a la memoria que el término latino tradicional para denominar esa situación era *paelex*, y que *concupinus* fue introducido posteriormente, como término biensonante, por las connotaciones peyorativas que tenía la palabra empleada tradicionalmente. La Historia se repite.

20. Cfr. D'AGOSTINO, *Linee de una filosofia della famiglia* (Milano, Giuffré, 1991), p. 135.

21. Cfr. MALAURIE, *op. et loc. cit.* Cabría todavía apuntar una ulterior razón para la sustitución del vocablo «concubinato»; razón que deriva, precisamente, de la misma univocidad de dicha palabra. En efecto, como consecuencia de cuanto se apunta en el texto a continuación, es patente que concubinato y matrimonio no se identifican, de manera que la tantas veces pretendida equiparación de efectos jurídicos (favorables) entre ambas tropezaría, ya desde el comienzo, con un obstáculo semántico, que quedaría difuminado mediante el empleo de las expresiones alternativas a que me he referido.

aunque tales expresiones no sean del todo satisfactorias, por eufemísticas y equívocas. El empleo del término «concubinato» presenta, en efecto, ventajas innegables: «no consiente confusiones, ni impone precisiones pedantes. El *concubinato*, en el léxico jurídico tradicional, es, por un lado, algo absolutamente específico (tener una regular y completa relación de vida cotidiana con una persona del otro sexo, incluido esencialmente el comercio sexual), y por otro algo absolutamente distinto, *en su principio*, de la relación matrimonial. Imposible para el jurista, en suma, confundir ambos fenómenos» (D'Agostino) ²². En la misma línea, Rubellin-Devichi afirma tajantemente que «es la palabra concubinato la que mejor conviene, incontestablemente, para designar el modo de vida de una pareja fuera del matrimonio» ²³. Desde el punto de vista estrictamente gramatical, la definición que ofrece el Diccionario de la Real Academia de la voz «concubinato» es suficientemente clara, y desprovista de cualquier connotando peyorativo (que, por lo demás, no es gramatical, sino social): «relación marital de un hombre con una mujer sin estar casados» ²⁴.

Antes de seguir, una advertencia. Por las mismas razones que han justificado la sustitución del término concubinato por otras expresiones carentes de las connotaciones sociales peyorativas a que me vengo refiriendo, emplearé en adelante con preferencia las locuciones unión no matrimonial o unión paramatrimonial. En ocasiones, sin embargo, utilizaré la voz concubinato (naturalmente, sin darle ese contenido peyorativo) o —más habitualmente— otras derivadas de ella, por razones de claridad expositiva (por ejemplo, para referirme a la voluntad concubinaria, por contraposición a la matrimonial, como la característica de quienes forman una unión no matrimonial).

22. D'AGOSTINO, *op. cit.*, p. 136.

23. RUBELLIN-DEVICHI, «Analyse introductive», en *Les concubinages. Approche socio-juridique*, (Paris, CNRS, 1986), p. 20. Parecidamente, CARBONNIER, *Droit civil*, t. 2, «La famille» (14.^a ed., Paris, P.U.F., 1991), p. 323.

24. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española* (21.^a ed., 1992). Es de notar, con todo, que también la definición ofrecida por el Diccionario de la Real Academia introduce la referencia al matrimonio a través del empleo del adjetivo «marital» («perteneciente a la vida conyugal») para calificar la especial relación entre hombre y mujer designada con la voz concubinato. Son concubinos, pues, quienes viven como si estuvieran casados, sin estarlo.

Por otro lado, conviene también indicar que en la medida en que quepa identificar algunos rasgos comunes a todas las uniones no matrimoniales, puedan quedar fuera algunas otras situaciones (típicamente, las uniones homosexuales): a ellas haré referencia, brevemente, al final de este estudio.

3. CARACTERIZACIÓN Y TIPOLOGÍA DE LAS UNIONES NO MATRIMONIALES.

Las uniones no matrimoniales en la medida en que se presentan como «institución-sombra» del matrimonio, son caracterizadas usualmente a partir del mismo. En este planteamiento, por lo demás bien habitual, los rasgos peculiares de tales uniones serían, siguiendo fundamentalmente a Malaurie ²⁵: 1) la heterosexualidad de la unión, que se presenta como una relación entre un hombre y una mujer ²⁶; 2) el carácter puramente fáctico de la relación en sí misma, sin perjuicio de que de ella puedan derivar consecuencias jurídicas; 3) su contenido sexual ²⁷; 4) la exclusividad de la relación; 5) su notoriedad pública; 6) y, por último, su carácter estable ²⁸, lo que supone, al decir de Malau-

25. MALAURIE, *op. Cit.*, pp. 131 y s. Puede verse una caracterización paralela (no idéntica) en ESTRADA ALONSO, *op. cit.*, p. 51 y ss. RUBELLIN-DEVICHI (*op. cit.*, pp. 23 y ss.) expone con algo más de detenimiento alguno de esos requisitos.

26. Sin embargo, RUBELLIN-DEVICHI (*op. cit.*, p. 26) admite como tal el concubinato de homosexuales —aunque la misma autora aclara que se trata de una situación diferente, que merece consideración autónoma—. Como ya he anunciado, más adelante me referiré a algunas de las cuestiones que suscitan las situaciones de convivencia entre homosexuales.

27. A diferencia del matrimonio, una vez desaparecido el impedimento de impotencia, según me apuntó hace algún tiempo DE PABLO CONTRERAS. Es habitual recordar a este propósito la afirmación de RODIERE (citada por RUBELLIN-DEVICHI, *op. cit.*, p. 24), según la cual hay matrimonios blancos, pero no concubinatos blancos. *Vid.*, también, MALAURIE, *op. cit.*, p. 132; ESTRADA ALONSO, *op. cit.*, p. 70 y s. Frente a ello, DOGLIOTTI (*op. cit.*, p. 194) no ve inconveniente a que, a semejanza del matrimonio, falte también en la unión no matrimonial el componente sexual (más matizadamente, RUBELLIN-DEVICHI, *op. cit.*, p. 24).

28. La estabilidad lo es aquí, como veremos inmediatamente, por contraposición a los encuentros sexuales ocasionales o pasajeros, y se refiere a la convivencia pasada y actual: es estable por cuanto ha durado ya un lapso apreciable de tiempo, y sigue todavía durando. El problema es, como se verá también más adelante, su (falta de) proyección (institucional) hacia el futuro. Desde ahora es importante no confundir esta

rie, la presencia de una estabilidad prolongada ²⁹ o, en palabras esta vez de Lacruz ³⁰, el carácter proyectivamente estable de la unión: quedan, por tanto, excluidas las uniones esporádicas u ocasionales, cuya relevancia social es problemática ³¹.

En cuanto a su tipología, interesa mucho distinguir, por su (posible) diferente relevancia jurídica, entre las uniones no matrimoniales queridas en sí mismas (aunque no necesariamente como opción de carácter ideológico) como una alternativa al matrimonio, más o menos provisional, voluntariamente elegida, y aquéllas en las que la unión no matrimonial es simplemente soportada o tolerada, pero no ha sido buscada en sí misma.

Empezando por estas últimas, en ellas la situación de concubinato obedece a la imposibilidad jurídica de contraer matrimonio los concubinos, por no reunir los requisitos legales que los hacen capaces para ello. El caso más habitual es aquél en el que uno o ambos convivientes están casados con terceras personas, y el matrimonio todavía no ha sido disuelto. Es el supuesto que, por su proximidad intencional al matrimonio, Donati denomina de «matrimonio todavía no perfecciona-

estabilidad *ex ante*, que se dirige al futuro de forma meramente proyectiva, con la estabilidad institucionalmente dirigida hacia el futuro propia del matrimonio. Sobre todo lo cual habrá que volver con insistencia a lo largo de las páginas siguientes.

29. Cfr. MALAURIE, *op. cit.*, p. 132; parecidamente, CARBONNIER, *op. ult. cit.*, p. 323.

30. Cfr. LACRUZ BERDEJO, «Convivencia *more uxorio*: estipulaciones y presunciones», en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (ed.), *Centenario del Código civil* (Madrid, CEURA, 1990), t. I, p. 1066.

31. En efecto, como escribe DONATI, «Le “famiglie di fatto” como realtà e come problema sociale oggi in Italia», *Iustitia* 1990-3, p. 245: «considerada como familia de hecho una pareja heterosexual por completo transitoria en sus relaciones afectivas comporta igualmente graves problemas sociales, *in primis* ligados al hecho de que la sociedad no puede generalizar modelos de comportamiento en los que las relaciones sexuales no están de ninguna manera reguladas por la misma sociedad, en razón de las fuerzas que la sexualidad pone en movimiento y de los efectos sociales que produce. La idea de que la sexualidad puede ser completamente separada de todas sus implicaciones relacionales (y no sólo del hecho de generar hijos), para convertirse en pura fruición erótica individual, no puede menos que encontrar serios límites sociológicos. Se trata de límites no sólo de orden público (por tanto, de control social), sino derivados también de efectos problemáticos a nivel psicológico y subjetivo en las mismas relaciones interpersonales».

do»³². En él el matrimonio se presenta como la meta perseguida por los conviventes, todavía no alcanzada por causas ajenas a su voluntad (presencia de obstáculos legales): la unión no es querida en sí, ni por sí, sino que aparece como un sustitutivo provisional del matrimonio, en tanto éste llega. De todas formas, como advierte Glendon, la cada vez más fácil disponibilidad del divorcio hace que difícilmente la cohabitación se deba al hecho de no poder ser admitido uno u otro de los concubinos al matrimonio legal³³; ello, unido a la exigencia cada vez de menos requisitos para contraer matrimonio —la ya aludida desaparición progresiva de impedimentos—, y a la facilitación del divorcio, hace que tales situaciones, relativamente abundantes en otras épocas, sean menores en número, y más breves en el tiempo.

Por otro lado se encuentran las uniones no matrimoniales queridas en sí mismas, aunque por motivos muy variados que cabría ordenar de la siguiente forma:

1) Uniones no matrimoniales que obedecen a motivos ideológicos, de rechazo del matrimonio, considerado éste como una forma inaceptable de violentar la libertad personal, o como incompatible con dignidad de un compromiso mutuo de carácter puramente afectivo o ético³⁴. Constituye lo que Malaurie ha designado con el nombre de «contramatrimonio»³⁵.

2) Uniones no matrimoniales por razones económicas, jurídicas, asistenciales, etc.: se trata en este caso de impedir la pérdida de beneficios o ventajas de diferentes tipos, pérdida ligada al hecho de contraer matrimonio el beneficiario³⁶. Se da fundamentalmente (pero no

32. Cfr. DONATI, *op. cit.*, p. 246.

33. Cfr. GLENDON, *The transformation of Family Law, cit.*, p. 254.

34. Cfr. GLENDON, *op. cit.*, p. 253.

35. MALAURIE, *La famille, cit.*, p. 134.

36. Para ESTRADA ALONSO (*Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español, cit.*, p. 36) estaríamos en este caso ante un subtipo de las uniones no matrimoniales determinadas por la imposibilidad de contraer matrimonio. Me parece más correcta la opción elegida en el texto, por cuanto propiamente el problema no es de imposibilidad jurídica (ni de hecho), sino de inconveniencia (aunque sea por atendibles motivos económicos). Los conviventes han podido (jurídicamente) casarse, pero no lo han hecho por que no han querido, aunque su voluntad proceda del deseo de no perder determinados beneficios jurídicos, económicos, sociales, etc., cuyo manteni-

solo) entre personas de edad avanzada, que quieren mantener sus respectivas pensiones (pensiones que perderían, o al menos una de ellas, en caso de contraer matrimonio)³⁷; de ahí el nombre de «cohabitación senil» que les da Malaurie³⁸.

3) El tercer tipo son las uniones de hecho intentadas como «matrimonio a prueba»: la convivencia es querida en sí misma, pero con vistas a la ulterior celebración del matrimonio, si se desarrolla satisfactoriamente durante un tiempo más o menos largo. Nada impide aquí a los convivientes contraer matrimonio, salvo su propia voluntad. Se produce sobre todo entre los jóvenes³⁹, por lo que es conocida en determinados ordenamientos como «cohabitación juvenil»⁴⁰.

4) Habría todavía que añadir los casos en los que el recurso a la unión no matrimonial, o la desafección al matrimonio, se debe a razones económicas o de educación⁴¹, o a la pertenencia de los convivientes a subculturas determinadas por la pobreza, la raza o la marginación⁴² (aunque en este último supuesto la desafección no es tanto al matrimonio, cuanto a su celebración en la forma legal: puede ser relativamente habitual que en el medio social en que tales uniones se desenvuelvan, sean consideradas como matrimonios contraídos conforme a los usos de la comunidad de que se trate)⁴³.

miento han considerado preferible —en ocasiones por razones bien comprensibles— al matrimonio. Lo que importa, de acuerdo con el criterio elegido, es si los convivientes jurídicamente pudieron optar por el matrimonio y rechazaron libremente (por las razones que fueran) esa posibilidad.

37. Cfr. DONATI, *op. cit.*, p. 253.

38. Cfr. MALAURIE, *op. cit.*, p. 134.

39. Cfr. DONATI, *op. cit.*, p. 253.

40. Destacadamente en Francia: cfr. MALAURIE, *op. cit.*, p. 133.

41. Cfr. MALAURIE, *op. et loc. cit.*

42. Cfr. GLENDON, *op. cit.*, p. 253.

43. Desde el punto de vista psicológico, pero más cercano a las motivaciones menos conscientes, MALAURIE (*op. cit.*, p. 134) da cuenta de la siguiente tipología: 1) Los *fanfarrones* del concubinato, que manifiestan así su oposición agresiva a la familia o a la sociedad. 2) Los *irresponsables* del concubinato, que por su inadaptación social o familiar o por su deliberada inestabilidad, no pueden vivir sino en el concubinato. 3) Los *adeptos* al concubinato, que quieren vivir su condición de libertad. 4) Los *resignados* al concubinato, que temen que un matrimonio comprometa sus relaciones. 5) Los *transeúntes* del concubinato, en caso de relaciones prematri-

4. UNIÓN NO MATRIMONIAL, MATRIMONIO Y DERECHO.

Aunque inicialmente pueda parecer una tautología, cabe afirmar que la diferencia entre la unión no matrimonial y el matrimonio se sitúa, precisamente, en la ausencia de matrimonio⁴⁴: «ésta es —escribe Donati— la única diferencia que “hace diferencia”»⁴⁵. Tal afirmación puede ser entendida, inicialmente, en un sentido puramente formal; algo así como que la única diferencia es que en un caso se celebra una ceremonia determinada, un concreto trámite burocrático, y en otro no. Pero, como veremos enseguida con mayor detalle, las cosas no son así en absoluto: esa «pequeña» y aparentemente convencional diferencia, examinada con una cierta atención, se revela como esencial, en la medida en que supone el compromiso, es decir, la asunción voluntaria de un vínculo jurídico, que es la clave de bóveda de todo el sistema jurídico relativo al matrimonio y la familia. Compromiso, forma, vínculo y *status*, por otro lado, no deben ser contemplados, en esta perspectiva, como formando parte de una superestructura legalista-burocrática-formalista que desnaturaliza y perverte la espontaneidad del amor de los esposos. Al contrario, esos términos están íntimamente ligados a la proclamación social de ese amor, y a la voluntad de comprometerse para el futuro a mantenerlo⁴⁶. Este con-

moniales (matrimonio a prueba). 6) Los *condenados* al concubinato, por su condición de adúlteros. 7) Sobre todo, la gran masa de *oprimidos* por el concubinato, «las mujeres, que tienen miedo, por ellas y por sus hijos, de la inestabilidad de su situación, y cuya vida está irremediablemente estropeada por la incertidumbre y la precariedad, salvo algunas que, hoy en día, prefieren su profesión a un hogar».

44. Creo que queda suficientemente claro que he empleado de intento los dos posibles (y bien conocidos) significados del término matrimonio (*in fieri* e *in facto esse*) desde el punto de vista jurídico. La frase, correctamente matizada, sería: la diferencia entre la unión no matrimonial y el matrimonio *in facto esse* se sitúa, precisamente, en la ausencia de matrimonio *in fieri*.

45. DONATI, «Le “famiglie di fatto” come realtà e como problema sociale oggi in Italia», *cit.*, p. 244.

46. Sobre la relación entre amor y *lex*, *vid.* LO CASTRO, «L’idea di matrimonio e i rapporti interordinamentali», en *Tre studi sul matrimonio* (Milano, Giuffré, 1992), p. 77. Y si se me permite dar un salto más allá de las invisibles fronteras de lo académico, se puede añadir que el lenguaje eterno de los enamorados es un lenguaje hecho de promesas y compromisos; las promesas rotas y los compromisos traicionados (pero también las promesas mantenidas frente a la adversa voluntad de dioses y hombres) han dado lugar a algunas de las más bellas páginas de la literatura universal.

junto de cuestiones dan la clave de la diferencia esencial entre casarse y no casarse, y de la distancia que media, desde el punto de vista jurídico y social, entre matrimonio y uniones no matrimoniales. Vale la pena detenerse en todo ello con algo más de detalle.

A) Voluntad, compromiso, forma, vínculo.

En el origen tanto del matrimonio como del concubinato es fácil identificar la presencia de una voluntad de los cónyuges o de los convivientes dirigida a su fundación, es decir, al inicio bien del matrimonio, bien de la convivencia paramatrimonial; desde este punto de vista, ambas realidades se apoyan en la voluntad humana. Pero prácticamente ahí se acaban los paralelismos relevantes, en la medida en que en la mayor parte de las uniones no matrimoniales (del caso en que no es del todo así hablaremos más adelante), es componente esencial de la voluntad en que se basan la exclusión expresa y explícita del matrimonio⁴⁷: entre las dos voluntades de que estamos tratando (la conyugal y la concubinaria), la diferencia no es de matiz (deseo de revestir o no formalmente una misma realidad sustantiva), sino de fondo, en cuanto que, como acabo de señalar, la voluntad concubinaria tiene como contenido propio esencial, en la mayor parte de los casos, la exclusión del matrimonio, entendido éste no como ceremonia, sino como compromiso explícito —la ceremonia es muchas veces rehusada como consecuencia del rechazo del compromiso—. Voluntad conyugal y voluntad concubinaria están así especificadas por un contenido característico y excluyente. La primera es una voluntad manifestada positivamente, y dirigida a la asunción de un compromiso de futuro y a la instauración, a partir de ese compromiso, sobre la base que el mismo ofrece, y con proyección de futuro en él institucionalizada, de una comunidad de vida y amor entre los cónyuges: como ha escrito Lo Castro, sólo un consentimiento que se proyecte hacia el futuro y lo comprometa, es un

47. Cfr. LACRUZ BERDEJO, «Convivencia *more uxorio*: estipulaciones y presunciones», *cit.*, p. 1066.

consentimiento propiamente matrimonial⁴⁸. La voluntad concubina-ria, sin embargo, se manifiesta por la vía tácita de los hechos y no supone asunción de compromiso alguno con respecto al futuro, de manera que es insuficiente para fundar, con contenido y carácter institucional, y por tanto con proyección de futuro jurídicamente eficaz, una comunidad de vida estable (aunque los actos externos que resulten de la presencia de la voluntad concubina-ria asemejen de hecho la convivencia que se da entre los concubinos a la que se da entre los cónyuges)⁴⁹.

Desde este punto de vida, cabe afirmar que, a diferencia de los que ocurre en el matrimonio, en la unión paramatrimonial la comunidad de vida no es total, en cuanto no incluye la vida futura —asumida en el matrimonio por medio del compromiso—, sino únicamente la pasada y la actual⁵⁰. No estamos, en conclusión, ante la misma voluntad, manifestada en uno y otro caso de forma (y empleo este término de intento) diferente —formalmente en el caso del matrimonio, aformalmente en

48. Cfr. LO CASTRO, «L'idea di matrimonio e i rapporti interordinamentali» *cit.*, p. 76.

49. ¿Qué decir, en esta perspectiva, de los contratos celebrados por los conviventes para regular sus relaciones? Más adelante me referiré a ellos desde otros puntos de vista. Por ahora, baste señalar lo siguiente: indica BARTHELET («Quand le Droit civil se desengage de la famille», en *Políticas de la Familia* —Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 1993—, p. 369) que tales contratos encierran en sí una paradoja, en la medida en que contrato significa compromiso, y la unión no matrimonial entraña, según estamos viendo, ausencia de compromiso. La paradoja es sólo aparente. Los contratos de que tratamos suponen el compromiso por parte de los conviventes de someterse a las reglas contenidas en ellos mientras la convivencia dure; pero no entrañan el compromiso de que la convivencia dure. No hay, pues, contradicción, puesto que el compromiso asumido, que merece el calificativo de accesorio con respecto a la situación fáctica de convivencia, presupone la falta de compromiso respecto a la convivencia en sí. Sus efectos no durarán, pues, más de lo que dure la misma convivencia. Y la convivencia no durará más de lo que resulte de los intereses, afectos, sentimientos o circunstancias de uno de los conviventes.

50. Pueden ser ilustrativas las siguientes palabras de VILADRICH (*Agonía del matrimonio legal*, —2.^a ed., Pamplona, EUNSA, 1989— p. 131), referidas al significado del compromiso adquirido por los cónyuges: «quienes, porque se quieren deciden (quieren) quererse —pues esto es comprometer el amor— *deciden sobre el futuro*. Ciertamente es que el hombre es un ser que no “es” (presente) todo lo que “puede ser” (futuro) en un único acto existencial. Para realizar todo lo que puede ser necesita vivirse y ello implica “tiempo”: el tiempo de la vida de cada uno. Pero no es menos verdad que el hombre puede hacer entrega de todo lo que “podrá ser” en su futuro, y puede hacer entrega de su futuro en un acto de presente, en una decisión aquí y ahora».

el caso de la unión no matrimonial—, pero sustantivamente idéntica⁵¹. Estamos más bien ante dos voluntades de contenido no sólo diferente, sino en la mayor parte de los casos contradictorio (la voluntad concubinaria supone exclusión voluntaria del matrimonio); y que, además (y accesoriamente) se diferencian por el carácter formal de la voluntad matrimonial y el aformal de la concubinaria. Abreviadamente, podríamos decir que en un caso la voluntad es la de ser marido y mujer entre sí y ante los demás, y en el otro la de vivir juntos⁵².

Se puede afirmar, con D'Agostino, que los conviventes quieren su relación como concubinaria —como «libre»: no comprometida— del mismo modo y con la misma intensidad que los cónyuges quieren su relación como conyugal (como comprometida)⁵³; y, complementariamente, que ambas voluntades son, en términos generales, mutuamente excluyentes. En significativas palabras de este mismo autor, «quien

51. Como pretende DOGLIOTTI (voz «Famiglia di fatto» *cit.*, p. 194). Parecidamente, entre nosotros, ESTRADA ALONSO (*Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español*, *cit.*, p. 53), para quien «lo que más diferencia a la unión libre del matrimonio es la ausencia de toda celebración, formalidad o solemnidad oficial».

52. Para RUBELLIN-DEVICHI («Analyse introductive» *cit.*, p. 15 y s.), sin embargo, el concubinato no excluye consideraciones acerca del futuro, ni tampoco la intención de durar. Algo de cierto hay en la afirmación. Pero la cuestión no es si los conviventes piensan que se amarán toda la vida, y que les gustaría seguir juntos hasta la muerte (y actúan conforme a ese planteamiento). La cuestión es si se comprometen a ello: si ese convencimiento o esa intención se traducen en un compromiso que incluya ya institucionalmente el futuro. A falta de semejante compromiso, la unión no ofrece garantías (institucionales) de estabilidad.

Se puede decir también (lo hace la autora citada, en su *op. et loc. cit.*) que muchos concubinatos, desde el punto de vista de sus previsiones de futuro y de su intención de permanencia, valen más que muchos matrimonios que se saldan por medio de un rápido divorcio. Lo cual sólo parcialmente es cierto: por un lado, porque en tales casos el problema no es del matrimonio, sino del divorcio; baste indicar por ahora que —como reconoce la propia RUBELLIN-DEVICHI, *op. ult. cit.*, p. 19— la generalización y accesibilidad del divorcio es uno de los indicios más claros de aproximación del matrimonio legal (civil) a las uniones no matrimoniales. Por otro lado, la diferencia sigue siendo la misma: en un caso no hay compromiso, sino mera permanencia voluntaria que dura mientras dure («hasta que la vida nos separe» ha dicho muy expresivamente un conocido actor de cine español, que, curiosamente, ha acabado por contraer matrimonio); y en el otro hay un compromiso dispensado legalmente por la falta (más o menos causalizada, según los ordenamientos) de esa voluntad de permanencia. Por último, como se verá poco más abajo, tampoco los datos sociológicos dan la razón a la autora, al demostrar la muy superior estabilidad sociológica de los matrimonios frente a las uniones no matrimoniales (*vid.* nota 60).

53. *Cfr.* D'AGOSTINO, *Linee di una filosofia della famiglia*, *cit.*, p. 138.

quiere el matrimonio, en efecto, quiere una *comunidad de vida*, en cuyo interior la dimensión naturalística (la sexualidad) se funde con la dimensión meta-naturalística (la comunión espiritual), dentro de una *regla* que garantiza su duración. ¿Qué quiere, por el contrario, quien quiere el concubinato? ¿Qué es lo que quieren, propiamente, los concubinos? Quieren ciertamente expresar su sexualidad, pero no sólo eso; los concubinos no se consideran recíprocamente como meros objetos sexuales. Pero al mismo tiempo no quieren ni la *duración* ni la *socialización* de su relación: su mismo rechazo del matrimonio no significa otra cosa, objetivamente, más que, que ellos no quieren (...) una *comunidad de vida* auténtica, como es la garantizada por la Ley. Quieren, al mismo tiempo, *ligarse y no ligarse*. Quieren, ni más ni menos, una *imposibilidad* (al menos para el Derecho)»⁵⁴.

De ahí deriva todavía otra diferencia que el Derecho no puede desconocer: la voluntad conyugal es de por sí, en cuanto se dirige a la asunción de un compromiso de futuro sobre la propia vida en común, suficiente para fundar la relación jurídica conyugal y familiar (el matrimonio *in facto esse*, acudiendo a la terminología clásica), hasta su extinción. La voluntad concubinaria carece de dicha fuerza, o de otra parecida sobre la que fundar su mantenimiento en el futuro; antes bien, la subsistencia actual de la unión depende en cada momento de la subsistencia actual de la voluntad concubinaria: «de la voluntad de los concubinos, y sólo de ella, dependen no solamente la constitución del concubinato, sino también su mantenimiento: el concubinato no vincula más que si las voluntades de los concubinos son constantemente renovadas» (Maurie)⁵⁵. Hay, en las uniones libres, un *animus* actual de permanencia, con una cierta proyección de futuro, más bien de ca-

54. D'AGOSTINO, *op. et loc. cit.* Es significativo que la encuesta realizada por CILILE y SAYN («Enquête et recherche de jurisprudence», en *Les concubinages. Approche sociojuridique*, —Paris, CNRS, 1986— p. 53), el 53 % de los encuestados responde que la razón más determinante de las uniones no matrimoniales es la facilidad de separación (es decir, su fragilidad) [con todo, los autores advierten que es una encuesta realizada no únicamente entre concubinos, sino entre la población en general: pero es indicativa de cuál es la representación que se hace el cuerpo social acerca de la nota más característica de las uniones paramatrimoniales en un momento y lugar determinado].

55. Cfr. MAURIE, *La famille, cit.*, p. 133.

rácter pronóstico (vista desde fuera, cabe pensar que seguirá durando porque ha durado hasta ahora)⁵⁶; pero la presencia de ese *animus* no es bastante para dotar de estabilidad suficiente a esa proyección de futuro, en cuanto es un elemento puramente subjetivo, dependiente de la volubilidad de los afectos, sentimientos o intereses de los conviventes⁵⁷. Con Trabucchi se puede diferenciar, entonces, la estabilidad como empeño propia del matrimonio, y como mera constatación de duración, característica de las uniones *more uxorio*⁵⁸: el único juicio de estabilidad que puede hacer el Ordenamiento en este último caso es el referido al pasado (ha durado durante X tiempo); su proyección futura, aunque pueda parecer previsible, en ningún caso está asegurada. Precisamente la ausencia de estabilidad proyectada institucionalmente al futuro (a través de una voluntad dirigida cabalmente a obtener tal pro-

56. Precisamente este de la determinación de la estabilidad de una unión paramatrimonial es uno de los problemas más aparentes del fenómeno de que venimos hablando. Indica CLAVERIA GOSALBEZ —autor que no oculta su simpatía hacia dicho fenómeno que, en su opinión «debería inspirar, con preferencia a la figura del matrimonio actual, la elaboración de un Derecho matrimonial... basado en nuevos principios»— que «parece que lo que se reputa jurídicamente relevante es una unión estable y exteriorizada socialmente, pero en la práctica es o puede resultar casi imposible diferenciar ese tipo de relación de otros, como la unión a prueba o más circunstancial» («Hacia una nueva concepción del matrimonio», *La Ley* 1983-2, p. 1297). A tal fin, se acude como criterio decisorio a la varias veces mencionada estabilidad pretérita. Es significativo, en efecto, que, con relación a la estabilidad de las uniones no matrimoniales, sea relativamente habitual referirse al tiempo que ya han durado. Escribe ESTRADA ALONSO (*op. cit.*, p. 66): «la citada estabilidad vendrá determinada —en la mayoría de los casos— por la duración de la vida en común. La fijación de un número mínimo de años para comenzar a reconocer efectos jurídicos a las uniones libres nos parece, si no el único sistema válido, al menos el que más garantiza la estabilidad» (el mismo autor recoge a continuación algunos ejemplos del Derecho Comparado).

RUBELLIN-DEVICHI (*op. cit.*, p. 33) matiza esta exigencia, al indicar que la estabilidad y la duración de las relaciones no son indispensables (caso, por ejemplo, de quienes anuncian su voluntad de vivir juntos, y organizan una fiesta para celebrarlo). Pero en tal caso, si no hay duración previa ni compromiso de futuro, ¿cómo se justifica la relevancia social —y jurídica— de la relación? ¿sobre qué base fáctica o jurídica puede ser sólidamente apoyada?

57. Aunque la cita no sea excesivamente académica, por su ya indicada expresividad vuelve a ser oportuno recordar las palabras del actor español más arriba aludido, en las que se contenía su planteamiento «de pareja» con una aún más conocida actriz norteamericana: vivir juntos «hasta que la vida nos separe».

58. Cfr. TRABUCCHI, «Morte della famiglia o famiglie senza famiglia?», *Riv. Dir. Civ.* 1988, p. 34.

ycción), es connatural al concepto de unión no matrimonial, y ese es, desde el punto de vista social y jurídico, su talón de Aquiles⁵⁹. Por lo demás, esa mayor inestabilidad de las uniones paramatrimoniales no es únicamente una conclusión teórica, sino que viene avalada por la realidad sociológica⁶⁰.

Fruto de esas distintas voluntades es, como vengo diciendo, la existencia o no de un vínculo jurídico entre los cónyuges o los convivientes (vínculo que, inexistente en las uniones paramatrimoniales, aparece como esencial en el matrimonio⁶¹). Pero no debemos dejarnos engañar, nuevamente, por las palabras. Tampoco aquí el término «vínculo» se mueve primordialmente en el terreno de lo burocrático-formalista, o de la pura superestructura jurídica. Más bien es el fiel reflejo jurídico de una realidad más profunda que modaliza radicalmente el matrimonio. Como ya se ha apuntado, éste consiste precisamente en la asunción expresa y explícita de un compromiso de futuro⁶²; com-

59. Incluso quien, como DOGLIOTTI (voz «Famiglia di fatto» *cit.*, p. 190), patrocina el acercamiento entre matrimonio y unión no matrimonial, sobre la base de la distinción entre la función familiar y la institución familiar, acaba afirmando que las funciones familiares no pueden cualificar únicamente a la familia legítima, sino también «a cualquier otra forma de convivencia con caracteres de responsabilidad y *estabilidad*» (el subrayado es mío). Ahora bien, de lo que adolece la unión paramatrimonial es de falta de estabilidad institucional, jurídica; y es eso, como no me canso de repetir, lo que la diferencia del matrimonio, y justifica la diferencia de trato desde el punto de vista jurídico. Es más, si la cuestión es que tanto el matrimonio como las uniones no matrimoniales están llamados a desempeñar las mismas funciones, el *quid* está en determinar cuál de los dos las cumple más eficazmente.

60. *Cfr.* los datos ofrecidos por CICILLE y SAYN, «Enquête et recherche de jurisprudence», en *Les concubinages. Approche socio-juridique, cit.*, p. 51, según los cuales el 25% de los concubinatos tiene una duración inferior a 2 años; el 40% entre 2 y 5 años (lo que quiere decir que el 65% duran menos de 5 años), y el 35% restante más de 5 años. En Gran Bretaña, las cifras son más acusadas: en el 50% de los casos la unión no matrimonial dura menos de dos años, y sólo en un 16% dura más de 5; en cambio, la duración media de los matrimonios que acaban en divorcio —conviene subrayarlo: no la duración media de los matrimonios, sino únicamente la de los que acaban en ruptura— es de 10 años (*cfr.* *Aceprensa*, servicio 93/94, de 29 de junio de 1994).

61. *Cfr.* BERNANDEZ CANTON, «Elementos definidores del matrimonio implícitos en las causas de nulidad y separación», *V Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado. Libertades fundamentales y sistema matrimonial. Ponencias*, (Pamplona 1990), vol. 2.º, p. 10 (de la ponencia).

62. Sobre el contenido de ese compromiso, desde un enfoque más bien psicológico, *vid.* las sugerentes páginas de VILADRICH, *Agonía del matrimonio legal, cit.*, pp. 129 y ss.

promiso que, por hipótesis, está ausente de las uniones no matrimoniales (salvo, eventualmente, en el supuesto ya mencionado de imposibilidad de acceso al matrimonio: pero de él hablaremos también más adelante). Cabe decir que si la esencia del matrimonio, en esta perspectiva, se encuentra en la asunción de un compromiso de futuro que abarca tendencialmente la vida entera, la esencia de las uniones no matrimoniales es precisamente que no comprometen a los convivientes respecto al futuro ⁶³.

El compromiso de que venimos tratando es el reconocido por la organización social a través del vínculo jurídico que se instaura entre los cónyuges, y a él se liga la atribución del *status* matrimonial, precisamente porque la previsión de comportamiento futuro en que consiste lo consiente: es decir, ofrece base jurídica lo suficientemente sólida como para hacer descansar sobre ella el complejo *status* matrimonial. A partir del vínculo jurídico, del establecimiento del *status* matrimonial y de la tasación de las causas de disolución —éste último aspecto cada vez más en entredicho por la admisión del divorcio, y la progresiva ampliación de sus causas— puede afirmarse, con Navarro Valls la íntima relación entre matrimonio y estabilidad institucional: «la disolución *ad nutum*, factible en la convivencia de hecho, distorsionaría todo el sistema, produciendo una clara debilitación de la relación matrimonial que, llevada a su extremo, haría prácticamente inútil la propia noción de matrimonio» ⁶⁴. Por otro lado, son ese compromiso, en su plasmación jurídica, y el vínculo matrimonial que de él deriva, los que aúnan y homogenizan los diferentes matrimonios, y les dotan de

63. Cfr. TRABUCCHI, «Pas par cette voie s'il vous plait!», Riv. Dir. Civ. 1981-I, p. 335.

64. NAVARRO VALLS, *Matrimonio y Derecho*, cit., p. 83. Como ya ha sido puesto de relieve más arriba, la generalización del divorcio, hasta llegar a su admisión por voluntad unilateral de uno de los cónyuges, aproxima cada vez más el matrimonio a las uniones no matrimoniales: si en el momento constitutivo la diferencia es la ceremonia (las formalidades), en el extintivo la diferencia es el procedimiento de divorcio (nuevamente las formalidades); en lo sustantivo, parece que no habría otra diferencia relevante. Es otra vez el matrimonio como la *shadow institution* de la unión no matrimonial.

un régimen legal de relaciones patrimoniales y personales (éstas, rígidamente delimitadas por la ley) ⁶⁵.

El vínculo no es, pues, una superestructura jurídico-formalista opresora ⁶⁶; es más bien la plasmación jurídica del compromiso de futuro en que consiste, desde la perspectiva ahora adoptada, la voluntad conyugal. Compromiso que incluye la instauración entre los cónyuges de una comunidad de vida y amor (compromiso de amar, por tanto: «querer quererse a título de deuda», dirá gráficamente Viladrich ⁶⁷). Incluye también la atención a los hijos, de manera que las obligaciones que vinculan a los cónyuges con sus hijos son, sí, legales tras el nacimiento, pero previamente han sido asumidas en la voluntad conyugal. Todo lo cual falta en el concubinato: «falta, en la unión paramatrimonial —escribe Lacruz—, un vínculo jurídico contractual, como el del matrimonio. ... Mas se entrecruzan (los convivientes) unos consentimientos que no vinculan a la persistencia de lo que se promete como persistente, porque así lo quieren, regularmente, los convivientes. Estos se proponen vivir juntos como marido y mujer, por tiempo indefinido, pero a su vez quedan en libertad plena de separarse cada uno cuando lo tenga a bien» ⁶⁸.

Resumidamente, se puede afirmar que lo que interesa a la sociedad, y justifica el reconocimiento y la protección del Derecho, no es el mero hecho (voluntario) de la convivencia entre un hombre y una mujer, sino la asunción voluntaria del compromiso de instaurar una comunidad de vida y amor ⁶⁹. Pueden ser muy ilustrativas las siguientes palabras de Carbonnier: «el matrimonio es una institución orientada

65. Cfr. LACRUZ BERDEJO, «Convivencia *more uxorio*: estipulaciones y presunciones», *cit.*, p. 1063.

66. Tal es, como sabemos, el planteamiento de CLAVERIA GOSALBEZ, «Hacia una nueva concepción del matrimonio», *passim*.

67. VILADRICH, *Agonía del matrimonio legal*, *cit.*, pp. 134 y ss. En el mismo sentido, LO CASTRO («L'idea di matrimonio e i rapporti interordinamentali» *cit.*, p. 75 y s.): el matrimonio es tal, y se distingue de cualquier otra relación que de algún modo pueda ser parecida, precisamente porque en él el amor es prometido, y hecho objeto de un compromiso». Es, pues, un amor prometido y comprometido.

68. LACRUZ BERDEJO, *op. ult. cit.*, p. 1063.

69. Parecidamente, TRABUCCHI, «Morte della famiglia» *cit.*, p. 21.

hacia el futuro, hecha para durar y para vivir, los esposos se instalan jurídicamente en el matrimonio en el momento de la celebración. Nada similar ocurre con el concubinato: en nuestro Derecho moderno no aparece hasta que muere. No es un estado organizado por la jurisprudencia, que se limita a liquidarlo. Nuestro Derecho nunca dice a un hombre y una mujer: a partir de ahora vais a vivir como concubinos (como podría decirles: vais a vivir como esposos). Todo lo que podrá ocurrir es que un día les diga: habéis vivido como concubinos, y vamos a liquidar vuestros intereses teniendo en cuenta esa situación»⁷⁰.

Del compromiso-vínculo derivan, pues, todas las obligaciones y derechos de los cónyuges; y los cónyuges los asumen, en nuestra cultura jurídica (y social), por medio de la forma legal⁷¹, estableciendo así una última diferencia con las uniones no matrimoniales, en las que no hay propiamente asunción de obligaciones jurídicamente relevantes (todas quedan sometidas a la persistencia de la unión, y ésta a la voluntad de uno cualquiera de los convivientes), ni conyugales ni paraconyugales. Es verdad que entre los concubinos pueden existir convenios; pero son convenios, como ya he apuntado, que no tienen por objeto establecer un vínculo, sino determinar las reglas (principalmente económicas) por las que se regirá la convivencia mientras dure. Tales convenios, por lo demás, no dejan de suscitar reticencias en la doctrina: «no puede versar —dice Lacruz— sobre los aspectos personales de la convivencia, porque éstos están sustraídos al pacto; y (que) no suele contener tampoco una disciplina convencional de los aspectos económicos de aquélla. Singular contrato, cuyas estipulaciones personales serán inválidas; celebrado sin forma y deducido del hecho de la convivencia con ánimo de ser marido y mujer “por libre” y hasta que la voluntad de uno los separe; pero contrato no menos existente»⁷². Ideas remachadas por Malaurie: «el contrato es *inmoral*, en cuanto incita a establecer o mantener relaciones fuera del matrimonio, aunque este reproche es hoy raramente invocado y todavía más raramente acogido. Es *ilícito*, en cuanto quiere regular el estatuto personal. Técnicamente,

70. CARBONNIER, *Droit civil*, 2 *cit.*, p. 334 y s.

71. *Cfr.* TRABUCCHI, «Pas par cette voie, s'il vous plait!», *cit.*, p. 342.

72. LACRUZ BERDEJO, *op. ult. cit.*, p. 1068.

el contrato es o bien *impreciso*, y por tanto inútil, o bien *detallado*, y por tanto ridículo. Sobre todo, la inestabilidad congénita del concubinato es incompatible con la estabilidad, que es el objetivo de todo contrato. La práctica notarial propone contratos de duración indeterminada, rescindibles *ad nutum*: su fuerza normativa es prácticamente nula»⁷³.

Por último, cabe añadir a lo anterior todavía otra consecuencia. La ausencia de vínculo pone de relieve las dificultades para considerar como familia, desde el estricto punto de vista jurídico-formal, la resultante de una unión no matrimonial: los concubinos están ligados con sus hijos por los respectivos vínculos de filiación y paternidad o maternidad, cada uno por separado; y ello no en virtud del compromiso, sino de la Ley, de la que derivan directamente las obligaciones y derechos de padres e hijos. En cambio, no están ligados entre sí por relación jurídica alguna, porque la unión no matrimonial no lo es. Hay, pues, relaciones jurídicas padre-hijos; madre-hijos, y de los hermanos entre sí, pero no entre el padre y la madre: el tejido de relaciones jurídico-familiares es incompleto⁷⁴.

B) Quid iuris?

Sobre estas bases, ¿cuál debe ser la reacción del Derecho ante las uniones no matrimoniales? Para responder a esta pregunta (*b*) hay que detenerse previamente, y con brevedad, en algunos aspectos funcionales de importancia básica a la hora de fundamentar la trascendencia social de matrimonio y familia (*a*)⁷⁵.

73. MALAURIE, *La famille*, cit., p. 137.

74. NAVARRO VALLS ha señalado que «en la República Federal de Alemania se entiende que la cohabitación entre parejas no casadas no es, en sí, una relación familiar. Sólo cuando nacen hijos en una cohabitación de este tipo, la relación padres-hijos se escinde en dos relaciones familiares distintas, una con la madre y otra con el padre» (*Matrimonio y Derecho*, cit., p. 76).

75. Pero antes, aunque la cita sea extensa, no está de más recoger aquí las siguientes palabras de CARBONNIER (*Derecho Flexible*, —trad. de la 2.^a ed. francesa por DIEZ-PICAZO, Madrid, Tecnos, 1974— p. 189 y s.), que la experiencia demuestra tantas veces ciertas —y quizás en este caso pase algo así—: «ASSIDUIS (EFECTO DE).

a) En relación con los aspectos funcionales mencionados, es preciso partir de dos presupuestos básicos, que no puedo argumentar aquí por extenso: 1) El fundamento objetivo de la consideración del matrimonio y la familia —núcleo el primero generador de la segunda— como grupos de interés social, radica en su función respecto a la subsistencia (*i.e.*, continuidad en condiciones óptimas) de la propia sociedad, y no en los deseos psicológicos de los cónyuges. 2) El criterio más adecuado para juzgar acerca de la mayor o menor bondad de los posibles modelos alternativos de familia es el teleológico-funcional: es decir, su aptitud para obtener las finalidades que justifican el interés social a que acabo de referirme; conforme a dicho criterio, funcional equivale a bueno y disfuncional o no funcional a malo. Pues bien, sobre estas bases resulta claro que las uniones no matrimoniales dan lugar a un modelo escasamente funcional, sobre todo si se lo compara con el modelo matrimonial ⁷⁶. La falta de estabilidad, la ausencia de

Se denomina así, en sociología de la legislación, a causa de la palabra con la cual comienza una célebre constitución de Justiniano (C. 8, 18, 12), al fenómeno por virtud del cual el legislador se ve obligado a legislar bajo el aguijón de las reclamaciones con que le asaltan las categorías sociales interesadas. Porque las mujeres a quienes sus maridos habían arruinado inquietaban con sus demandas la Cancillería imperial (*assiduis additionibus mulierum inquietati sumus*), se instituyó en favor de todas las mujeres casadas una hipoteca privilegiada. Y porque la Cancillería de la V República recibía numerosas quejas de personas casadas por segunda vez, que se lamentaban de no poder hacer a sus cónyuges liberalidades más generosas, se ha dictado una Ley (la Ley de 13 de julio de 1963) para ensanchar la cuota disponible del artículo 1098 del Código civil. No es ni un referendium ni un sondeo de opinión. El efecto *Assiduis* concede visiblemente una prima a los reformistas, cuando los que se quejan del Derecho positivo hacen mucho más ruido que la masa, que lo encuentra bien. Sin embargo es así como con gran frecuencia se legisla en el Derecho de familia».

76. Una aclaración, para evitar equívocos. En un extenso trabajo redaccional de la *Harvard Law Review* se afirma que las uniones no matrimoniales pueden ser consideradas como relaciones *funcionalmente* equivalentes al matrimonio. («The Constitution and the Family», *Harvard Law Review*, vol. 93-6 —1980—, p. 1294). Es claro, por un lado, que estamos hablando de dos funcionalidades diferentes; y, por otro, que probablemente la afirmación realizada por la *Harvard Law Review* no es del todo correcta, ni siquiera partiendo de sus propias premisas:

1) En cuanto al primer aspecto, a lo que yo me refiero en el texto, y con carácter general a lo largo de este trabajo, es a la diferente funcionalidad social de matrimonio y uniones no matrimoniales, en relación con las funciones y finalidades naturales de la familia, que están ligadas a la procreación y educación de los hijos, y de este modo a la subsistencia de la sociedad. Frente a ella, la «funcionalidad» a que se refiere la *Harvard Law Review* es explicada casi diez años después, en otro amplio estudio redaccio-

compromiso de futuro, el sometimiento a la pura voluntad de uno cualquiera de los convivientes, la inseguridad acerca del régimen jurídico aplicable, no constituyen en mi opinión un soporte suficientemente sólido sobre el que la sociedad pueda apoyar confiadamente su propia continuidad. La diferencia entre estas uniones y el matrimonio no es meramente accidental, sino que afecta directísimamente a las funciones que están llamados a desempeñar en relación con la sociedad, y que son las que justifican la existencia de una regulación específica, y protectora (más allá de los puros deseos psicológicos de los cónyuges o de los convivientes). Tal diferencia, como ya se ha puesto de relieve, radica precisamente en la existencia o no de un compromiso de futuro ⁷⁷;

nal («Sexual Orientation and the Law», *Harvard Law Review*, vol. 102 —1989— p. 1607): de acuerdo con éste, el matrimonio sería objeto de protección constitucional (en USA) en cuanto promotor de la estabilidad familiar y social; ello significaría que cualquier relación estable y significativa entre dos adultos que consientan en ella debe ser objeto de idéntica protección constitucional; en cambio, la protección constitucional del matrimonio aparecería desligada de la procreación (p. 1608). Las diferencias entre uno y otro contenido del término «funcional» me parecen claras.

2) En cuanto al segundo aspecto, baste ahora recordar que, como ya hemos visto más arriba, la estabilidad del matrimonio y la de las uniones paramatrimoniales no es jurídica ni sociológicamente la misma: éstas últimas no promueven con idéntica (ni parecida) eficacia la estabilidad social y familiar a que se refieren los autores del estudio citado; no queda entonces tan claro, más allá de aproximaciones voluntaristas, cuál es el sentido de esa equivalencia funcional entre el matrimonio y las uniones *more uxorio* de que se habla en la *Harvard Law Review*, salvo que el punto de vista que se adopte —que es el que subyace en los planteamientos de ambos trabajos citados, aunque no sea explícitamente afirmado en relación con esa pretendida equiparación funcional— sea el puramente individualista: se trataría de relaciones igualmente gratificantes, importantes o deseadas para los individuos que las protagonizan; lo cual, insisto, poco tiene que ver con la estabilidad social y familiar a que se refieren los autores del trabajo citado en segundo lugar.

77. Por más que, como advierte LACRUZ («Convivencia *more uxorio*: estipulaciones y presunciones», *cit.*, p. 1066), ambas uniones sean actualmente, en la mayor parte de las legislaciones positivas (civiles) de nuestro entorno, disolubles; pero por el mero hecho de quererlo así uno de los convivientes en caso de concubinato, y siguiendo los trámites legalmente establecidos (divorcio) en caso de matrimonio. No cabe duda de que, como apunta LACRUZ, la progresiva ampliación de las causas de divorcio, hasta permitir la disolución del matrimonio por voluntad de uno solo de los cónyuges, acaba por aproximar el matrimonio (civil) a las uniones no matrimoniales, en este aspecto: es aquí donde, con gran propiedad, puede afirmarse que es el matrimonio el que se ha aproximado a las uniones paramatrimoniales, de las que se habría convertido así en «shadow institution».

compromiso cuya existencia es fundamental cuando de lo que se trata es de garantizar el futuro de la sociedad ⁷⁸.

De entrada, es clara la menor fecundidad de las uniones paramatrimoniales ⁷⁹. Además, no cabe duda de que, en cuanto mecanismo de humanización y socialización de los niños, las uniones no matrimoniales, por las mismas razones de inestabilidad e inseguridad indicadas, no constituyen el entorno ideal. En gráficas palabras de Malaurie, no constituyen una cuna adecuada para acoger a los niños que vayan a venir ⁸⁰. En este sentido, escribe Navarro Valls que «esa equiparación jurídica entre el matrimonio y las uniones irregulares lejos de constituir una medida igualitaria, resulta injusta y poco razonable... Y favorecer que los necesitados se aparten del matrimonio es como sembrar las semillas del gueto, crear —como ya viene sucediendo en los Estados Unidos— una *underclass* cuyo origen es el aumento de nacimientos

78. Más arriba (*cf.*: nota 42) he tenido ocasión de poner de relieve cómo la menor estabilidad de las uniones no matrimoniales no es únicamente una conclusión teórica (y de sentido común, si se me permite decirlo), sino también una constatación estadística.

79. Así resulta, por ejemplo, de los datos del estudio *Panorámica social de España* (Madrid, Instituto Nacional de Estadística, 1994). De acuerdo con ellos, y por citar sólo uno, mientras el número de matrimonios sin hijos es del 9,41%, el de uniones no matrimoniales sin hijos es del 51'44%. También LAMO DE ESPINOSA («¿Nuevas formas de familia?», *Claves de razón práctica*, 50 —marzo de 1995—, p. 54) relaciona fecundidad y estabilidad cuando afirma «es imprescindible equilibrar la absurda pirámide (de hecho, rombo) de población actual. Ahora bien, si pretendemos que aumente la natalidad debemos favorecer antes la nupcialidad o al menos la estabilidad de las parejas» (pero como sabemos es precisamente la nupcialidad la que favorece la estabilidad de las parejas).

80. MALAURIE, *op. cit.*, p. 37. Al transcribir la afirmación de MALAURIE no pretendo decir que en ningún caso una unión no matrimonial conseguirá nunca educar con éxito a sus hijos, y hacer de ellos miembros integrados de la sociedad. Es evidente que puede hacerlo, y conseguirlo en ocasiones mejor que un concreto matrimonio que haya contado con todas las bendiciones legales y sociales. El problema no es de una concreta unión no matrimonial o de un matrimonio concreto, sino del modelo; es decir, de la aptitud genérica de la figura («matrimonio» o «unión no matrimonial») para desempeñar las funciones que determinan su relevancia social. Desde esta perspectiva, no tengo duda alguna de que el modelo matrimonial es mejor que el fundado sobre uniones no matrimoniales. Como apunta DONATI («Le "famiglie di fatto" come realtà e come problema sociale oggi in Italia», *cit.*, p. 256) el problema no es el de si ciertos convivientes de hecho que se encuentran en situación de debilidad deben ser tutelados jurídicamente, sino el muy diferente de si las uniones no matrimoniales constituyen un sustitutivo funcional del matrimonio como institución social.

extramatrimoniales. Las familias de hecho engendran con demasiada frecuencia familias monoparentales, las cuales a su vez no sólo suponen la aparición inmediata de estados de necesidad, sino que los mantienen a largo plazo, en la medida en que el subsidio a dichas familias permite a los padres desinteresarse de la suerte de los hijos; engendrar sin estar sujeto a los deberes matrimoniales, en la seguridad de que la asistencia pública se encargará de mantener a la madre y al hijo»⁸¹.

El valor social de una y otra fórmula (matrimonio y concubinato) no me parecen, pues, comparables. Y es el mayor valor social del matrimonio como fundamento de la familia el que explica su regulación específica, y también el sentido protector o de amparo, respetuoso con su estructura objetiva interna, que conviene a la intervención jurídica respecto al mismo. Similarmente, la postura de la sociedad (y del Derecho) frente a una forma de organizar las relaciones sexuales y familiares que prescindiera totalmente del futuro desarrollo de las mismas (y, con ello, del propio futuro de la sociedad), no debería razonablemente ser la misma que la que tiene frente al matrimonio; ni tampoco sería lógico que se revistiera con esos mismos caracteres tuitivos o de amparo y protección. Antes bien, sería postura más lógica la tendente a desincentivar tales uniones (sin que, naturalmente, los mecanismos empleados para ello generen situaciones de injusticia respecto a los convivientes o, principalmente, a sus hijos: tampoco aquí el fin justifica los medios)⁸².

81. NAVARRO VALLS. *Matrimonio y Derecho*, cit., p. 84.

82. Sobre las consecuencias sociales de igualar las uniones no matrimoniales al matrimonio, o incluso de darles preferencia, desde la perspectiva del Estado social, vid. DONATI, *op. cit.*, p. 256 y s. Frente a ello, los autores de «The Constitution and the Family» cit., p. 1293, mantienen que si los estados (el término se refiere a los estados que componen los USA) rehusan dar a las uniones no matrimoniales el mismo tratamiento que la ley concede al matrimonio, interfieren con el derecho de los individuos a iniciar una relación no matrimonial (con la advertencia de que, desde el punto de vista constitucional, caben interferencias estatales no significativas y suficientemente justificadas). Nuevamente el problema es, a mi entender, de perspectiva: hay que volver a insistir en que el Derecho no regula el matrimonio para satisfacer los deseos psicológicos de los cónyuges, ni por tratarse de una situación de convivencia más afectividad, sino por su evidente (y radical) interés social. Naturalmente, desde su propia perspectiva, las afirmaciones de los autores del trabajo son en términos generales coherentes.

b) Aclarados estos extremos, podemos entrar ya en un breve análisis de las respuestas que puede dar el Derecho a la problemática que le presentan las uniones no matrimoniales.

b.1) Una primera posibilidad es, simplemente, la de ignorarlas, tal y como patrocinó Napoleón, según se ha referido más arriba: si los convivientes prescinden del Derecho, el Derecho puede desentenderse de ellos. Pero esta reacción es, además de inoportuna, imposible: el concubinato tiene algunas consecuencias de hecho (por ejemplo, las derivadas del nacimiento de hijos) que el Derecho no puede ni debe ignorar⁸³. El desinterés predicado es simplemente imposible, en su expresión más radical⁸⁴. A partir de planteamientos de D'Agostino, Navarro Valls llega a hablar de una «juridicidad intrínseca a toda relación paramatrimonial»⁸⁵, aunque para referirla a los supuestos en los que subyace en el fondo una voluntad conyugal; en los demás casos, la juridicidad de estas uniones procede del poder público y es, por tanto, extrínseca. Es, por otro lado, suficientemente conocido el hecho de que quienes han prescindido del Derecho a la hora de constituir su relación de convivencia, recurren habitualmente al mismo para dar solución a los eventuales problemas derivados de un cese traumático o inamistoso de la misma, pero también por fallecimiento de uno de ellos, etc.⁸⁶.

b.2) Otra posibilidad sería aplicar las reglas del matrimonio para dar solución a dichos problemas: la equiparación, más o menos amplia⁸⁷

83. *Cf.*: MALAURIE, *op. cit.*, p. 136.

84. Si lo que se quiere decir es que las uniones no matrimoniales no deben ser objeto de una regulación de conjunto específica, la cuestión es diferente, y no equivale en estrictos términos al desinterés del Derecho. Sobre ello volveremos *infra*.

85. NAVARRO VALLS, *Familia y Derecho, cit.*, p. 69.

86. Al decir de TRABUCCHI («Morte della famiglia» *cit.*, p. 37), «conociendo el carácter de los seres humanos no resultará extraño que también aquellos que han elegido la vía de la libertad para sus relaciones privadas personales, se enardeczan después, como dice Jemolo, invocando la protección del Derecho estatal para proteger sus propias pretensiones patrimoniales».

87. Conviene advertir que la equiparación pretendida nunca es total: no se pide en ningún caso la aplicación en bloque de todas las normas relativas al matrimonio (con exclusión, por hipótesis, de las atinentes a su celebración), sino normalmente de las que se consideran beneficiosas para los convivientes —o uno de ellos—, o las relativas a la liquidación del régimen económico matrimonial. En todo caso, la argumen-

de las uniones no matrimoniales al matrimonio. Esta solución, sin embargo, no es satisfactoria desde diferentes puntos de vista. En primer lugar, el funcional: no hay razones para aplicar a un modelo de efectos socialmente tan poco funcionales, como son las uniones no matrimoniales, las reglas previstas para otro caracterizado por su eficacia desde ese mismo punto de vista; tal aplicación: 1) por un lado desincentivaría el matrimonio ⁸⁸, que es, como he apuntado, el modelo dotado de mayor funcionalidad, y por tanto acabaría traduciéndose en resultados poco deseables, desde el punto de vista social ⁸⁹; 2) por otro lado, provocaría la pérdida de sentido y contenido del matrimonio, que terminaría por convertirse, como ya se ha apuntado repetidas veces más arriba, en la institución-sombra de la unión no matrimonial (Navarro Valls) ⁹⁰.

Desde una óptica más técnica, surgen también interrogantes. En ausencia de una norma positiva que estableciera la equiparación, la aplicación a las uniones no matrimoniales de las reglas relativas al matrimonio, no podría ser directa, sino que debería operar por vía analógica. Pues bien, la normativa reguladora del matrimonio difícilmente consiente su aplicación analógica a las uniones no matrimoniales, por el mero hecho (pretendida *eadem ratio*) de la convivencia. Como señala Mengoni ⁹¹ «no es posible distinguir en el régimen jurídico de la familia legítima un grupo de normas no ligado al presupuesto formal del matrimonio, y de esta manera extensibles por analogía a la familia de hecho»: es la ausencia de vínculo la que impide en términos generales (si acaso, con la salvedad a que me referiré más adelante) la analogía, porque el régimen jurídico del matrimonio responde precisamente a la existencia del vínculo. En la misma línea, Navarro Valls afirma: «el presupuesto de las normas tuteladoras de las relaciones en el Derecho

tación que se desarrolla en el texto es referible, *mutatis mutandis*, tanto a la equiparación absoluta como a las fragmentarias.

88. Cfr. BARTHELET, «Quand le Droit civil se desengage de la famille» *cit.*, p. 378 y s.

89. Ya se ha aludido a algunos en las páginas anteriores: cfr. NAVARRO VALLS, *Matrimonio y Derecho*, *cit.*, p. 84.

90. Cfr. NAVARRO VALLS, *op. cit.*, p. 67 y s.

91. MENGONI, «La famiglia in una società complessa», *cit.*, p. 4.

de Familia suele ser la vinculación de por vida, originada por el matrimonio, y las consiguientes obligaciones de él derivadas: vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Al faltar esa relación, tanto los correlatos obligacionales como el conjunto de derechos que los tutelan no es posible atribuirlos analógicamente a una situación de hecho cuyos presupuestos no son precisamente coincidentes»⁹².

Hay, además, algunas otras razones de índole técnica que arguyen contra la equiparación, por las distorsiones que introduciría esta solución tanto en el matrimonio como (y me atrevería a decir que principalmente) en las uniones no matrimoniales: se trata de realidades que difícilmente soportan ser sometidas al mismo régimen legal:

1) Si se trata de una unión no matrimonial querida en sí misma, con expresa voluntad de excluir el matrimonio, ¿no supondría la aplicación de las reglas relativas a éste último violentar la clara voluntad de los convivientes? Roca Trías habla, en este caso, de una «imposición ideológica que vulneraría los derechos de los propios interesados»⁹³. El planteamiento del ordenamiento sería, pues, de indiferencia frente a una voluntad precisamente dirigida a excluir el matrimonio: daría igual celebrarlo o no, querer contraerlo o rechazarlo, cumplir o no las formalidades y ceremonias previstas; en cualquier caso, la situación jurídica de los convivientes sería la misma que la de los casados. Los convivientes estarían casados sin haberlo pretendido (y probablemente sin sospecharlo)⁹⁴. La única diferencia entre el matrimonio y la con-

92. NAVARRO VALLS, *op. cit.*, p. 86 y s.

93. ROCA TRIAS, «Familia, familias y Derecho de familia», *ADC* 1990-IV, p. 1078. Aporta algunos datos de interés, desde este mismo punto de vista, NAVARRO VALLS, *op. cit.*, p. 84 y ss.

94. Con sentido del humor (y mucho sentido común), trae Lacruz a colación la historia de «Juanito el explorador. Los exploradores o *boy-scouts* tuvieron gran auge en España durante el primer tercio de este siglo —escribe LACRUZ—, y entre sus deberes cívicos estaba el de hacer cada día una buena acción. Al explorador de mi cuento le preguntan sus padres por la buena acción de aquel día, y él contesta: «entre Pepito y yo hemos ayudado a pasar la calle a un ciego». Su padre le pregunta a continuación «¿y por qué entre dos?» A lo que responde el niño muy serio: “es que él no quería”»: LACRUZ BERDEJO, «Convivencia *more uxorio*: estipulaciones y presunciones», *cit.*, p. 1062.

El resultado final, con todo, no parece desagradar a los autores de *L' The Constitution and the Family*: «la sociedad ha tratado desde hace largo tiempo al matrimonio como un *status*, imponiendo derechos y obligaciones que consideraba apropiados a

vivencia sería, en todo caso, la exigencia de una cierta duración previa de la convivencia para aplicar un régimen normativo que regiría, sin embargo, al matrimonio desde el mismo momento del acto formal de su celebración (y, congruentemente, la necesidad de otro acto formal —divorcio— para la cesación del régimen, más allá de la simple ruptura de la convivencia). Fuera de esto, el matrimonio carecería de contenido jurídico relevante alguno.

2) Si los motivos del rechazo del matrimonio están ligados a la pérdida de derechos, ventajas o beneficios eventualmente derivada de su celebración, además de que sigue siendo una situación querida por los convivientes (se supone que tras haber sopesado las ventajas e inconvenientes de cada una de las posibilidades: casarse o no), lo más coherente con su voluntad es de nuevo mantener la exclusión elegida (querida) de las reglas del matrimonio. Aplicar en su conjunto las reglas del matrimonio —por tanto, con la pérdida de las ventajas o beneficios que se trata de evitar— vulneraría esa elección libremente realizada por los convivientes; y aplicar dichas reglas sólo parcialmente, no en lo desventajoso, sino únicamente en lo beneficioso para los convivientes, se acercaría mucho a lo que es el fraude de Ley: se excluye el matrimonio para evitar sus inconvenientes, pero se alega la analogía, o en general la similitud con la convivencia *more uxorio* para aprovecharse de sus ventajas⁹⁵. Como apunta Barthelet, los convivien-

esa relación, sin tomar en consideración los deseos de las partes. Las partes, naturalmente, son libres de entrar o no en una relación marital de larga duración. Sin embargo, si eligen emprender una relación funcionalmente equivalente al matrimonio, no es inapropiado imponerles los mismos derechos y deberes que a aquellos que han contraído matrimonio» (p. 1296). Paradójicamente, el resultado del planteamiento de base individualista adoptado en dicho trabajo acaba conduciendo, por el deseo de equiparar la situación de las uniones no matrimoniales al matrimonio, a desconocer por completo la voluntad de los convivientes, e imponerles un régimen jurídico rechazado quizás por ellos.

95. Cfr., sobre un caso particular en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Las parejas de hecho», *Aranzadi civil* 1993-1, pp. 1823 y ss. (especialmente 1835 y s.). Se trata de la STC 47/1993, de 8 de febrero; el caso resuelto es el de la convivencia *more uxorio* entre un hombre y una mujer, viuda con cinco hijos, que excluyen el matrimonio para que los hijos de la conviviente pudieran librarse, de acuerdo con la legislación vigente, del servicio militar; fallecida dicha conviviente, su compañero solicita la subrogación en el contrato de arrendamiento de vivienda de que la fallecida era titular. Tanto el Juzgado de Primera

tes intentan aprovecharse simultáneamente del Derecho y del no-Derecho, esquivando las obligaciones y consecuencias desventajosas, mientras buscan la aplicación de las normas que les resultan beneficiosas⁹⁶. En puridad, no habría aquí equiparación entre matrimonio y uniones no matrimoniales, sino extensión a éstas últimas de la normativa matrimonial únicamente en lo que resultara beneficioso para los conviventes.

3) El caso más dudoso es aquél en que quienes recurren a la unión no matrimonial lo hacen por no tener legalmente acceso al matrimonio. No hay, por tanto, exclusión intencional del mismo; es más, probablemente la voluntad sería en muchos casos la de contraerlo, si no existieran los obstáculos jurídicos que lo impiden. Aquí lo que se plantea es una cuestión de coherencia interna del ordenamiento: si se han establecido unos requisitos y condiciones para poder contraer matrimonio, ¿tiene algún sentido aplicar las reglas del mismo a quienes conviven *more uxorio* por no poder casarse, al no cumplir esas condiciones o requisitos? Dicho con otras palabras, ¿qué sentido tiene que el ordenamiento establezca unos requisitos para contraer matrimonio —es decir, para aplicar a dos personas el conjunto normativo ligado al matrimonio—, si ese mismo conjunto normativo va a resultar aplicable a quienes conviven sin reunir los citados requisitos? Si se optara por esa solución, más valdría hacer desaparecer tales condiciones o requisitos, que al final no servirían para nada: siempre cabría evitarlos por la vía cómoda del concubinato, al que se aplicarían después las mismas reglas que a la unión matrimonial. Por lo demás, si tales condiciones o requisitos responden a la estructura objetiva del matrimonio, de la que hemos hablado ya varias veces, es más que dudoso que pueda hablarse en las uniones que los vulneran de una verdadera voluntad conyugal, apta no sólo para fundar un matrimonio, sino también para justificar la

Instancia como la Audiencia Provincial deniegan la pretensión, por entenderla contraria a la buena fe. El T.C., sin embargo, accede sorprendentemente a ella, consagrando de esta manera, con una más que discutible argumentación, el fraude de Ley pretendido: de las normas relativas al matrimonio (aunque sea periféricamente) se aplican únicamente las ventajosas (subrogación en el arrendamiento), pero no las perjudiciales (obligación de realizar el servicio militar).

96. *Cfr.* BARTHELET, «Quand le Droit civil se désengage de la famille» cit., p. 378.

aplicación de las reglas relativas al mismo⁹⁷. Advierte con razón Trabucchi que un reconocimiento jurídico a estas uniones supondría una situación no sólo *extra legem*, sino, por definición, *contra legem*. «El Derecho —concluye el autor citado— no puede ser invocado contra el Derecho»⁹⁸.

4) Desde otra perspectiva, la opción por la equiparación a efectos jurídicos de las uniones no matrimoniales al matrimonio, con el único fundamento de la convivencia más la afectividad —en su caso, con un componente sexual— aparece en cierta medida como arbitraria: «la aplicación de la lógica y de la normativa propia del Derecho de Familia a relaciones diversas, sin base conyugal —ha escrito Navarro Valls—, plantea el problema de los límites de dicha extensión. ¿Por qué limitar la protección a las uniones de hecho monogámicas? ¿Por qué dejar fuera las relaciones poligámicas? ¿Cuál es la razón que impediría la tutela de relaciones no cualificadas por la nota de sexualidad? Si la tutela de la unión de hecho a través de una legislación orgánica se pretende justificar en el principio de igualdad y de no discriminación respecto al matrimonio, no se ve con claridad por qué la extensión de efectos —también por razones de igualdad y de no discriminación— no haya de generalizarse también a otras relaciones cuya característica sea la convivencia por razones de amistad o economía, sin base sexual. Como se ha dicho, negarles dicho tratamiento paritario podría interpretarse como un discutible intento de primar las relaciones por razón de sexo con respecto a las no sexuales»⁹⁹; lo cual no viene exigido (ni probablemente amparado, en esos términos) por nuestra

97. Este es, como advierte NAVARRO VALLS, uno de los problemas de los cada vez más abundantes registros municipales de uniones de hecho, o de las certificaciones municipales de convivencia. Para obtenerlas —escribe el citado autor— «sería necesaria la previa inscripción anagráfica o un acto público; con lo cual estaríamos formalizando lo que por naturaleza es informal. Por lo demás, tampoco se entiende por qué una pareja que no desea inscribir su unión en el registro civil va a sentirse impulsada a inscribirse en un registro municipal. Salvo que el registro se convierta es un instrumento para eludir las prohibiciones e impedimentos establecidos por la legislación sobre el matrimonio, diseñando un matrimonio sin reglas, con lo cual estaríamos proponiendo una solución cercana al fraude de Ley. Para evitarlo sería necesario establecer toda una serie de reglas de fondo que limitaran el acceso a las uniones libres, en cuyo caso estaríamos actuando en contra de la libertad» (*Matrimonio y Derecho, cit.*, p. 82).

98. TRABUCCHI, «Morte della famiglia» *cit.*, p. 28.

99. NAVARRO VALLS, *op. cit.*, p. 87 y s.

Constitución —más, si se recuerda que como consecuencia de la desaparición del impedimento de impotencia, es más que dudoso que el componente sexual integre el concepto legal de matrimonio civil—. Al final no se ve claramente cuál sería el fundamento específico de la regulación jurídica de estas uniones, que permitiera dicho tratamiento pero excluyera, como se ha indicado, el de las uniones poligámicas o el de las convivencias afectivas carentes de contenido sexual (tan respetables y tan fruto del derecho al libre desarrollo de la personalidad como las que lo tienen) ¹⁰⁰.

5) Para finalizar este análisis, entiendo oportuno transcribir aquí una extensa cita de R. Bercovitz, que me parece sintetiza adecuadamente algunas de las diferencias de fondo entre el matrimonio y las uniones no matrimoniales, desde el punto de vista de nuestro Derecho positivo (y del de los países de nuestro entorno): «nuestra sociedad, al igual que otras muchas, ha optado por considerar preferible que las personas de distinto sexo se unan establemente. Precisamente para propiciar esas uniones estables instituye el matrimonio, por considerarlo la fórmula más adecuada para atender a los problemas y necesidades de esas uniones estables, y concede protección al matrimonio en todos los campos de la realidad social. El matrimonio es pues la fórmula elegida por nuestra sociedad para propiciar y proteger las uniones estables, y así ha quedado recogido en el artículo 32 de nuestra Constitución. No parece pues discriminatorio entender que, *como regla general*, quien no se acoge a la institución matrimonial queda *excluido* del sistema de protección previsto para el matrimonio, sin que ello suponga atentado alguno al libre desarrollo de la personalidad de quienes realicen semejante opción; sobre todo si se tiene en cuenta que de acuerdo con nuestra Constitución, el legislador español ha previsto un sistema matrimonial respetuoso con la libertad individual e igualdad de los cónyuges. Entender que las uniones estables de hecho son jurídicamente equiparables al matrimonio, fuera del marco esencial del sistema matrimonial y de los derechos y deberes de los cónyuges,

100. Con todo, no está de más señalar que el T.S. de los Estados Unidos no ha considerado constitucionalmente protegidos los acuerdos de vida en común carentes de contenido sexual: *cf.* «The Constitution and the Family» *cit.*, p. 1272.

y concretamente en relación con los derechos y ventajas que el ordenamiento reconoce al matrimonio en los diversos campos de la realidad social, supone ir en contra de esa decisión de nuestra sociedad, expresamente reconocida por nuestra Constitución, sobre la función social del matrimonio como institución encaminada a propiciar y proteger las uniones estables heterosexuales; consecuentemente, supone socavar esa opción social y constitucional favorable a propiciar el emparejamiento estable de los ciudadanos adultos de distinto sexo»¹⁰¹.

b.3) Otra posible solución al problema que estamos analizando sería la predisposición de un conjunto normativo destinado específicamente a regular, con carácter general, el concubinato, como figura distinta del matrimonio —de forma que vendría a ser como un matrimonio de segunda clase, o si se quiere una expresión más moderna y menos peyorativa, pero también algo más pedante, un matrimonio *light*—. Este es el camino que parecen ir adoptando de hecho, los ordenamientos de nuestro entorno (incluido el nuestro), que van contando con un número progresivamente creciente de reglas dictadas en relación a uniones no matrimoniales, muchas veces para equipararlas, a determinados efectos beneficiosos (de forma que cabría dudar de que realmente se tratara de un matrimonio de segunda clase), al matrimonio¹⁰² —con los problemas indicados más arriba—. Pero entonces se corre el riesgo, en primer lugar, de acabar redescubriendo —reformulando— el matrimonio (Lacruz)¹⁰³. Por otro lado, el fundamento jurídico-social de tal régimen sería bien endeble, al referirse a una realidad tan inestable jurídica y sociológicamente como las uniones no matrimoniales; en palabras, nuevamente, de Lacruz, «es muy difícil encerrar en normas una situaciones dispares, de tan incierta duración, tan inseguras en su continuidad, y, todavía, cada una con su «reglamento de régimen interior», diferente y que el legislador ha de respetar en homenaje a la autonomía de la voluntad de los compañeros»¹⁰⁴. Efectivamente, las uniones paramatrimoniales son, como hemos visto, muy diversas

101. R. BERCOVITZ, «Las parejas de hecho» *cit.*, p. 1835.

102. Un breve elenco en NAVARRO VALLS, *op. cit.*, pp. 77 y ss.

103. *Cfr.* LACRUZ BERDEJO, *op. ult. cit.*, p. 1062.

104. LACRUZ BERDEJO, *op. ult. cit.*, p. 1063.

entre sí, más allá de ese, mínimo común denominador de la convivencia heterosexual de contenido sexual con exclusión (voluntaria o impuesta) del matrimonio. Gráficamente Navarro Valls ha hablado de «una gama de convivencias de geometría variable»¹⁰⁵, que hace difícil, conflictivo y probablemente poco sensato por excesivamente rígido intentar someter todas ellas a un mismo régimen jurídico (cuya elusión quizás haya sido determinante de la opción por la unión no matrimonial en lugar del matrimonio). Así, Rubellin-Devichi considera preferible hablar de «los concubinatos» en lugar de «el concubinato», y rechaza el establecimiento de un régimen jurídico homogéneo, ante la imposibilidad de tratar unitariamente situaciones de hecho muy diversas entre sí¹⁰⁶; y Carbonnier resalta el acierto de esa opción en favor de emplear un plural que «negando la unidad del fenómeno, sugiere romper el cara a cara excesivamente paritario en el que se quedaría a veces encerrar al matrimonio»¹⁰⁷.

Por lo demás, como ha puesto de relieve Donati, estaríamos nuevamente ante un intento de controlar socialmente lo que por su propia naturaleza es un comportamiento social libre, que quiere permanecer como tal también en cuanto a sus consecuencias¹⁰⁸. La predisposición de el régimen específico de que vengo tratando, por lo demás, pronto motivaría la aparición de uniones que buscarían permanecer al margen tanto del matrimonio como de esta otra institución pseudo-matrimonial, jurídicamente *light* (permítaseme nuevamente la gráfica licencia). Y el Derecho volvería otra vez a encontrarse con el mismo problema (¿al que aplicaría la misma solución... ?).

b 4) *Quid iuris?* Pueden ser muy orientadoras, como tantas otras veces, unas palabras de Lacruz: «(las uniones no matrimoniales) no están prohibidas; son legales; plantean problemas que la Ley debe entrar a resolver. Pero la normativa que a ellas se refiera, si ha de respetar la

105. NAVARRO VALLS, *op. cit.*, p. 80.

106. *Cfr.* RUBELLIN-DEVICHI, «Analyse introductive» *cit.*, p. 18.

107. CARBONNIER, «Preface», en *Les concubinages. Approche socio-juridique cit.*, p. 9 y s.

108. DONATI, «Le “famiglie di fatto” como realtà e come problema sociale oggi in Italia» *cit.*, p. 255.

voluntad que se supone en los convivientes, no abordará el conjunto de la relación, sino aspectos puntuales; y el régimen habrá de ceñirse al tipo concreto de unión, teniendo en cuenta sus peculiaridades y, por tanto, lo que sea justo para aquél problema específico en aquel caso singular. Lo contrario que en relación al matrimonio»¹⁰⁹.

El recurso a las reglas del Derecho común puede ser en muchas ocasiones suficiente para dar una razonable solución jurídica a los problemas derivados de la convivencia paramatrimonial. Así, las cuestiones derivadas de las relaciones de filiación están ya resueltas expresamente, a través del principio de equiparación de la filiación matrimonial y extramatrimonial; cabe también recurrir, por ejemplo (y para los casos respectivos) a las reglas sobre la comunidad de bienes, la sociedad, el enriquecimiento sin causa o la responsabilidad extracontractual. Parece también razonable que, con los riesgos y peligros denunciados por Lacruz y Malaurie, la autonomía privada desempeñe un papel importante a la hora de establecer las reglas reguladoras de la convivencia no matrimonial¹¹⁰.

En cuanto a la eventual aplicación analógica de las reglas relativas al matrimonio, sobre todo las atinentes al régimen económico matrimonial, habría que ir más allá de la mera convivencia como *eadem ratio*, para encontrar una más específica identidad de razón, que permita la aplicación de una norma que la equidad aconseja: «tal traslación de normas se hará como aplicación de unos principios legales a una situación concreta sustancialmente distinta en la que se produce un conflicto de intereses análogo» (Lacruz), y caso por caso¹¹¹.

Naturalmente, el régimen a que se llegará no será el matrimonial; ni siquiera, probablemente, parecido. Pero ello es coherente con cuanto llevamos visto acerca del matrimonio y su función social, y las diferencias que existen, desde esta perspectiva —y, consecuentemente,

109. LACRUZ BERDEJO, *op. et loc. ult. cit.*

110. Así, también, NAVARRO VALLS, *op. cit.*, p. 88 y s.

111. *Cfr.* LACRUZ BERDEJO, *op. ult. cit.*, p. 1064. Este es un camino seguido con habitualidad por la jurisprudencia de los países europeos (*cfr.* NAVARRO VALLS, *op. cit.*, p. 75). Con relación a España, *vid.*, por todos, TORRES LANA, «De nuevo sobre relaciones patrimoniales entre parejas no casadas», *Aranzadi civil* 1993-II, pp. 2047 y ss.

desde la jurídica— entre matrimonio y uniones paramatrimoniales. Se trata, pues, de solucionar justa y razonablemente los problemas derivados de la convivencia *more uxorio*, no de equiparar ésta al matrimonio ni, tampoco, de crear un segundo *status*, diferente del matrimonial, dotado de su propio régimen jurídico peculiar. Tal cosa —insisto— no como sanción, o por rechazo ideológico, sino por consideraciones de funcionalidad social, en los términos ya vistos. Por lo demás, no importa advertir que esta opción no se identifica con la primeramente expuesta (el Derecho se desentiende de las uniones no matrimoniales), puesto que las toma en consideración, afronta los problemas que derivan de ellas, y los resuelve razonablemente. Lo que ocurre es que todo esto lo hace sin «matrimonializar» dichas uniones, por las razones tantas veces expuestas.

5. ACERCA DE LAS UNIONES HOMOSEXUALES

Cuanto llevamos visto hasta ahora permite afrontar ya la cuestión, aplazada en varias ocasiones, del tratamiento jurídico de las uniones homosexuales. Lo primero que hay que advertir es que, dada la caracterización heterosexual tanto del matrimonio como del concubinato, estas uniones homosexuales no encajarían en ninguno de ambos conceptos, por muy difuso y ambiguo que pueda parecer el segundo. Ello no obsta, sin embargo, a que se oigan ya voces, también en el terreno doctrinal, pidiendo su reconocimiento como matrimonio, o bien como una unión no matrimonial más (equiparada ésta en buena parte de sus efectos, por lo demás, al matrimonio), bien, por fin, como una peculiar relación paramatrimonial, dotada de un reconocimiento jurídico y de una regulación normativa específicos ¹¹². Se trataría, en tal plantea-

112. Ya hemos visto más arriba como, frente a la opinión más generalizada, RUBELLIN-DEVICHI admite la existencia de concubinatos entre homosexuales, aún admitiendo que se trata de un supuesto cualitativamente distinto no sólo del matrimonio, sino también del resto de las uniones no matrimoniales, también desde el punto de vista jurídico (entre otras razones, porque es claro que los convivientes homosexuales no pueden contraer matrimonio): «Analyse introductive» *cit.*, pp. 26 y ss. Con todo, advierten los autores del ya citado trabajo redaccional de la *Harvard Law Review*, «Sexual orientation and the Law» (p. 1604) que la equiparación de las uniones no matrimoniales

miento, de una forma alternativa más de organizar los particulares sus relaciones afectivas y sexuales, tan legítima y digna de protección como cualquier otra, y que podría dar lugar, en su caso, a la formación de un modelo alternativo de familia.

Los argumentos que se esgrimen en favor de esta posibilidad son ya conocidos. La idea clave —que se desarrolla en pasos sucesivos— es, en primer lugar, que son los individuos quienes deben decidir, según sus propias preferencias, intereses o sentimientos, el contenido que dan a su afectividad y a sus relaciones sexuales —la orientación de su sexualidad, en terminología cada vez más empleada doctrinal o legalmente—¹¹³; a continuación, que al Estado, en virtud de los principios de pluralismo, tolerancia y neutralidad, del derecho a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad, no le quedaría otro papel (ni otro remedio) que reconocer y tutelar esa elección personal de cada

al matrimonio no es satisfactoria desde el punto de vista de los homosexuales, que se ven penalizados al no poder optar por el matrimonio; a partir de cuya afirmación concluyen que debe serles reconocido el derecho a casarse o, al menos, a recibir los beneficios personales o económicos vitales para su bienestar. Por último, la *Resolución sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y de las lesbianas en la Comunidad Europea*, adoptada por el Parlamento Europeo el 8 de febrero de 1994 (DOCE C/61, de 28 de febrero de 1994), en su n.º 14, solicita que se ponga fin «a la prohibición de contraer matrimonio o de acceder a regímenes jurídicos equivalentes a parejas de lesbianas o de homosexuales».

113. En cuanto a su empleo por la doctrina, baste citar el título del trabajo citado en la nota anterior, en el que se abordan aspectos de Derecho penal, laboral, civil, etc., y cuya nota 1 incluye una breve aclaración acerca de la expresión que lo encabeza. En nuestra legislación, la terminología indicada es ya utilizada en la reciente Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 29/1994, de 24 de noviembre), cuyo art. 16 dispone que a la muerte del arrendatario podrá subrogarse en el contrato de arrendamiento de vivienda «la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, *con independencia de su orientación sexual*, durante al menos los dos años anteriores al tiempo del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia». También la citada *Resolución sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y de las lesbianas en la Comunidad Europea* emplea dicha expresión ya desde su n.º 1: «(el Parlamento Europeo) reitera su convicción de que todos los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho a un trato idéntico, con independencia de su orientación sexual».

uno de sus ciudadanos ¹¹⁴, al modo como reconoce y tutela dicha elección cuando recae sobre la opción matrimonial; y, por último, que dichos reconocimiento y tutela deberían formalizarse bien a través de la calificación como matrimonio de cualquiera de dichas opciones personales, bien mediante la predisposición de un régimen jurídico especial, equiparable (en cuanto a derechos, facultades, beneficios, etc. de los implicados) al matrimonial. En su manifestación más extrema, este planteamiento desembocaría, como he indicado, en la admisión del matrimonio entre homosexuales: es decir, en rellenar la forma matrimonial (la «cáscara matrimonial», si se me permite la expresión) con el contenido de una relación homosexual, que es el querido por los «conyuges» ¹¹⁵.

Estos planteamientos responden fielmente a una concepción individualista y subjetivo-relativista de la sexualidad, el matrimonio y la

114. Tal es el planteamiento de los autores de «The Constitution and the Family», cuando afirman, para rechazar las posibles interferencias estatales (de los estados de la Unión americana, aclaro nuevamente) en las uniones homosexuales, que «un matrimonio homosexual es una tan importante en la vida de quienes lo componen, como el matrimonio tradicional en las vidas de una pareja heterosexual». Similarmente, para fundar el derecho de los homosexuales a contraer matrimonio, los autores de «Sexual orientation and the Law» se basan en que el derecho a contraer matrimonio es de índole individual, se funda en el derecho a la intimidad (*right to privacy*) y por tanto corresponde igualmente a homosexuales y heterosexuales (p. 1606). A ello se unen todavía otros argumentos ofrecidos en este último trabajo, algunos de los cuales ya han sido aludidos: así, que la protección constitucional del matrimonio no está ligada a la procreación, o que una pareja homosexual puede gozar de la misma estabilidad social y familiar que una heterosexual, y por tanto ser funcionalmente equivalente a ella (pp. 1607 y 1608). Las conclusiones obtenidas son radicales: tribunales y legisladores deberían legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo o, alternativamente, ofrecerles la protección económica y personal necesaria para su bienestar; además, aunque la sociedad se negara a variar su oposición a la homosexualidad, los estados deberían modificar e interpretar las leyes a fin de eliminar su severo impacto sobre las parejas homosexuales, principalmente en lo relativo a seguridad social, vivienda, adopción y reclamaciones por daños y perjuicios (lo cual, advierten, no requeriría una inversión dramática de la práctica usual): pp. 1628 y 1629.

115. En palabras de CHOZA, que sintetizan el planteamiento de que venimos tratando, «si para definir la unión matrimonial no se tienen en cuenta las formas correctas y viables de la unión sexual, y se considera que lo fundamental son sólo las relaciones afectivas, no parece haber ninguna razón para no reconocer como uniones matrimoniales las que se dan entre personas del mismo sexo» (*Antropología de la sexualidad*, —Madrid, Rialp, 1991—, p. 222).

familia; adolecen, por tanto, de las mismas debilidades de dicha concepción. Pero, sobre todo —al menos en la óptica aquí asumida—, no justifican suficientemente, a mi entender, las razones de interés social en cuya virtud una relación homosexual deba ser objeto de un tratamiento jurídico especial (de contenido tuitivo) por parte del Ordenamiento. Véamoslo con algo más de detalle.

En primer lugar (partiendo siempre de la identificación funcional-buena, disfuncional-mala), resulta que, de entre todos los llamados planteamientos «alternativos» de matrimonio y la familia, las uniones homosexuales se caracterizan por ser las de mayor disfuncionalidad social; ello, precisamente, por ser el modelo que más radicalmente se aleja de la estructura natural del matrimonio y la familia. Me parece evidente, en este sentido, el carácter antinatural (sin dar a esta expresión contenido moral peyorativo alguno: es puramente descriptiva) de este tipo de uniones, que contradicen objetivamente el sentido —finalidad— natural de la diferenciación y complementariedad sexual: masculinidad y femineidad encuentran su sentido biológico en su respectiva complementariedad, y la procreación de nuevos seres humanos que sigue de su unión. Las prácticas homosexuales contradicen objetivamente, por su misma naturaleza, esa realidad biológica¹¹⁶. De aquí derivan un buen número de consecuencias, que ni la sociedad ni el Derecho están en condiciones de obviar.

116. En el fondo, lo que hay (aquí como en tantos otros planteamientos que están en la base de cuanto estamos tratando) es la pérdida del sentido que objetivamente compete a la sexualidad, convertida ahora en instrumento puramente subjetivo de autorrealización (o autosatisfacción) individual. En palabras de MARTÍN LÓPEZ (citado por NAVARRO VALLS, *Matrimonio y Derecho*, cit., p. 90), el problema reside en «la crisis contemporánea de la identidad sexual y la crisis del sentido de la dualidad sexual humana, para la que la sexualidad ha ido perdiendo progresivamente su objeto más característico y diferenciador, la procreación; su ámbito propio, el matrimonio; y su sujeto psicofísico diferenciado, hombre y mujer; y así la sexualidad se nos presenta ahora como una propiedad que puede ser empleada libremente en toda su gama de posibilidades, en cualquier tipo de situaciones y de relaciones sociales, por personas que, en cuanto tales, son socialmente asexuadas; esto es, por andróginos psicológicos y sociales. De aquí se siguen dos efectos: la sexualización progresiva de la cultura y de la vida social en general, y la libre elección de la identidad sexual [...] en contra del propio sexo biológico, legitimando el transexualismo; y deja abierta la puerta a la libre elección de la conducta sexual, al margen de la finalidad directa de la misma, legitimando la homosexualidad».

La primera de tales consecuencias es que las uniones homosexuales no son capaces de cumplir la función que tienen asignada el matrimonio y la familia, en orden a la subsistencia de la sociedad ¹¹⁷. Desde el punto de vista más biológico, porque son uniones estériles, incapaces estructuralmente (todas ellas, no algunas) de reproducirse como consecuencia directa y exclusiva del ejercicio de la sexualidad ¹¹⁸. Naturalmente, pueden llegar a tener descendencia «ortopédicamente», bien recurriendo a la adopción ¹¹⁹, bien a la utilización de las técnicas de reproducción asistida —únicamente si se trata de una pareja formada por mujeres— ¹²⁰; pero entonces

117. Naturalmente, las conclusiones variarían si se entiende (como en «The Constitution and the Family» *cit.*, p. 1287) que no está claro que el fomento del crecimiento de la población constituya un interés suficientemente importante, o una finalidad racional que deba ser perseguida por los estados. Afirmación que es más que discutible, sobre todo cuando el problema no es sólo —aunque también lo es— el material de aumento de la población (que empieza a ser cuestión delicada en los países de cultura occidental), sino también el cualitativo de su correcta socialización en un entorno adecuado. Por lo demás, de ser las cosas como parecen entender dichos autores, lo que no se acaba de ver es por qué el matrimonio ha sido (y sigue siendo) objeto de una protección social, económica y jurídica específica.

118. *Cfr.*, también, DONATI, «Le «famiglie di fatto» come realtà e come problema sociale oggi in Italia», *cit.*, p. 245; similarmente, VV.AA., «The Constitution and the Family» *cit.*, p. 1285. Curiosamente, el dato es empleado por los autores de éste último para argüir contra la prohibición del matrimonio homosexual, fundada en el papel de la familia tradicional respecto a la educación de los hijos: «a partir del hecho de que las relaciones homosexuales no dan lugar a niños, la autorización del matrimonio homosexual no servirá para crear una clase de niños carentes de guía». El argumento no me convence: si la función de matrimonio y familia —que justifica su regulación jurídica— es que haya niños y que sean adecuadamente educados (el aludido proceso de socialización), el hecho de que las parejas homosexuales sean estructuralmente estériles es ya de por sí demostrativa de su escasísima funcionalidad social. Sobre esta base, el argumento de que como no hay niños no hay peligro de maleducarlos, se vuelve contra sus autores.

119. Aunque en este caso conviene aclarar que esta posibilidad no aumenta el número de niños existentes, y por tanto no contribuye específicamente a la supervivencia de la sociedad: su aportación sería únicamente en relación con la socialización del niño adoptado; pero eso presenta también perfiles muy poco claros, como veremos inmediateamente.

120. Esta posibilidad es también apuntada en «Sexual orientation and the Law» *cit.*, p. 1608. Un análisis más detenido de los problemas que suscita puede verse en ese mismo trabajo, pp. 1648 y ss. (advierto ya desde ahora que no comparto en gran medida las soluciones que en él se apuntan, aunque no sea éste el lugar oportuno para debatirlas). En todo caso, no está de más recordar que también en el supuesto de que hablamos es precisa la intervención de varón —aunque sea el donante anónimo a un banco de semen— para proporcionar el gameto masculino: en ningún caso la sola pa-

el problema es, entre otros ¹²¹, la inidoneidad de estas uniones para proporcionar al niño adoptado o procreado de acuerdo con esas técnicas un ambiente de humanización y socialización adecuado ¹²². Es muy significativa la opinión manifestada por varios especialistas (Segovia de Arana, Grisolia, López-Ibor, Mora y Portera), en torno a la posibilidad de dar niños en adopción a parejas homosexuales; entre otros argumentos en contra, dicen: «un niño “paternizado” por una pareja homosexual, entrará necesariamente en conflicto en sus relaciones con otros niños. Se conformará psicológicamente un niño en lucha constante con su entorno y con los demás. Creará frustración y agresividad» ¹²³. Estas consideraciones explican que, incluso en ordena-

reja homosexual (más claramente en el caso de dos hombres, pero tampoco en el de dos mujeres) puede dar lugar a la generación de nuevos seres humanos, sea a través del ejercicio de la sexualidad, sea a través de la aportación de lo que se ha dado en llamar, en expresión tan gráfica como poco afortunada, su respectivo material genético.

121. El más claro, la enorme dificultad de garantizar, a través de esos mecanismos ortopédicos, económicamente más caros y socialmente más costosos, la subsistencia de la sociedad. De hecho, el empleo de esos sistemas no responde a criterios de interés social, sino que se sitúa nuevamente en el planteamiento individualista de que tanto vengo hablando: de lo que se trata es de satisfacer el deseo psicológico de algunas parejas homosexuales de tener hijos. Se intenta así que la equiparación entre las uniones homosexuales y heterosexuales llegue incluso hasta donde la biología no llega: la descendencia.

122. *Cfr.*, nuevamente, DONATI, *op. et loc. cit.*

123. SEGOVIA DE ARANA, GRISOLIA, LÓPEZ-IBOR, MORA y PORTERA, «Homosexualidad y entorno familiar», en el periódico *ABC*, 28 de octubre de 1994, p. 3. Del mismo modo, la Asociación Española de Pediatría señala que «un núcleo familiar con dos padres o dos madres, o con un padre o madre de sexo distinto al correspondiente a su rol, es, desde el punto de vista pedagógico y pediátrico, claramente perjudicial para el armónico desarrollo de la personalidad y adaptación social del niño» (*ABC* de 30 de octubre de 1994, p. 84). Desde otra perspectiva la cuestión es abordada en «The Constitution and the Family» *Cit.*, p. 1285, donde se afirma que las parejas homosexuales podrían ser capaces de crear un ambiente psicológico apropiado: con todo, la cuestión es presentada como dudosa en la nota 191—referida básicamente a la posibilidad de que el niño así educado desarrolle inclinaciones homosexuales—; en «Sexual orientation and the Law» *cit.*, pp. 1636 y ss., se aborda la cuestión, con mayor amplitud y detenimiento, y parecidas conclusiones. En ambos casos conviene advertir desde ahora:

1) Que los problemas surgen —y se discuten— en USA (y en otros países) en relación básicamente con las decisiones sobre la custodia de un niño engendrado en una relación heterosexual, o sobre el régimen de visitas, cuando uno de los progenitores inicia más tarde una convivencia homosexual; la diferencia —en mi opinión, fundamental— es que en estos casos existen ya un padre y una madre —con independencia de su orientación sexual...—, y la cuestión es con cuál de ellos debe vivir el menor, y

mientos que otorgan un cierto (y amplio) reconocimiento jurídico a estas uniones, excluyan expresamente la posibilidad de que reciban niños en adopción¹²⁴; y, con criterio más amplio, explican también la preferencia que razonablemente debe ser dada a las uniones heterosexuales (y más concretamente, por las razones que ya han quedado expuestas, al matrimonio) a la hora de la adopción, en cuanto respondén mejor al superior interés del adoptando.

Otra consecuencia, de diferente carácter, es que la voluntad de los convivientes homosexuales no puede ser considerada propiamente como voluntad conyugal, en cuanto su contenido contradice objetivamente un elemento estructural natural del matrimonio, como es la heterosexualidad. Esa voluntad de los convivientes homosexuales, no se apoya, por tanto, ni objetivamente en la estructura propia del matrimonio y la familia, ni subjetivamente en la existencia de una voluntad conyugal (es decir, cuyo contenido sea establecer una relación de carácter matrimonial) capaz de fundar un vínculo de carácter matrimo-

cuál es el régimen de visitas más conveniente: en todo caso, las figuras paterna (hombre) y materna (mujer) están claramente definidas. Es bien distinta a ésta la discusión en torno a si un niño puede ser adoptado por una pareja homosexual, o nacer y vivir en ella (como consecuencia del empleo de técnicas de reproducción asistida): en este caso no existe una nítida diferenciación entre la figura paterna (masculina) y materna (femenina), por tratarse de dos hombres o dos mujeres —dos «padres» o dos «madres»— los que componen la pareja de que hablamos.

2) Que las decisiones judiciales que deniegan la custodia o el derecho de visitas sin restricciones a los padres homosexuales se fundamentan en el superior interés del niño (cfr. «Sexual orientation and the Law» *cit.*, pp. 1636 y s.).

124. Cfr. HOJGAARD PEDERSEN, «Danemark: le certificat de concubinage homosexuel et les nouvelles dispositions concernant le divorce et la separation», en *Regards sur le Droit de la Famille dans le monde*, bajo la dirección de RUBELLIN-DEVICHI (Paris, CNRS, 1991), p. 128. *Vid.* también NAVARRO VALLS, *op. cit.*, pp. 94 y ss., quien se refiere a Dinamarca y Noruega. Frente a esta tendencia se pronunció, como es sabido, el Parlamento Europeo en su ya citada *Resolución sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y de las lesbianas en la Comunidad Europea*, que solicitaba la eliminación en las legislaciones nacionales de toda restricción de los derechos de las lesbianas y homosexuales a ser padres, a adoptar o a criar niños (n.º 14). Posteriormente, sin embargo, el mismo Parlamento aprobó otra *Resolución sobre la protección de las familias y unidades familiares al final del Año Internacional de la Familia*, de 14 de diciembre de 1994 (DOCE C/18, de 23 de enero de 1995), en la que fue descartado el párrafo que pretendía incluir como familia las parejas homosexuales: cfr. NAVARRO VALLS, *op. cit.*, p. 97, y *Aceprensa*, servicio 174/94.

nial —ni, por consiguiente, paramatrimonial—. Como escribe Navarro Valls, «la ficción de que una pareja homosexual constituye un matrimonio es tan contradictorio como pretender que forman un *holding*, un *leasing* o una fundación. Son instituciones jurídicas que se mueven en otra órbita. El modelo matrimonial de Occidente no pretende la protección de simples relaciones asistenciales, amicales o sexuales; lo que pretende es, además, un estilo de vida que asegura la estabilidad social y el recambio y educación de las generaciones. De ahí que, si dos homosexuales desean cautelarse en sus relaciones, no sea camino correcto el equipararlas al matrimonio, sino recurrir a otras vías»¹²⁵.

Desde ambos puntos de vista, las uniones homosexuales carecen de cualquier contenido institucional relevante¹²⁶. De ahí deriva, a su vez, que ninguna relación homosexual puede servir de fundamento a una familia; y también que «el reconocimiento de las uniones homosexuales, es decir, el reconocimiento de la voluntad *subjetiva*, respetable pero no institucionable de dos *partners* del mismo sexo, repercutiría inevitablemente en el matrimonio, que se vería a su vez identificado en la mera unión *subjetiva* de dos voluntades (heterosexuales), y empobrecido en su dimensión institucional tradicional» (D'Agostino)¹²⁷.

Respecto a las parejas homosexuales, el único fundamento posible de reconocimiento jurídico es el deseo psicológico de los conviventes. Pero ya sabemos que ese deseo no justifica el reconocimiento y la protección de la sociedad a través del Derecho (como tampoco justificaría el reconocimiento y la protección jurídica, mediante un régimen normativo específico, de la amistad). La afectividad, en sí y por sí, no interesa al Derecho; y la sexualidad únicamente en relación con sus consecuencias (la procreación), pero entonces con gran intensidad e institucionalmente¹²⁸. La unión homosexual es un caso de relación

125. NAVARRO VALLS, *op. cit.*, pp. 105 y s.

126. Cfr. D'AGOSTINO, *Linee di una filosofia della famiglia*, *cit.*, p. 130.

127. D'AGOSTINO, *op. et loc. cit.*

128. Es decir, que el Derecho está interesado, y muy interesado, por las uniones de contenido sexual que, por su propia estructura (por su heterosexualidad, y por constituir un entorno de humanización y socialización adecuado), pueden permitir la supervivencia de la sociedad. Le interesan como institución, por tanto, con independencia de que en un caso concreto un matrimonio que reúna todas esas condiciones no llegue

afectiva con contenido sexual, pero sin consecuencias sociales relevantes derivadas de su propia naturaleza. Desde este punto de vista, no interesa a la sociedad, ni tampoco al Derecho. Es más, el interés estaría, en todo caso, en desincentivarlas, por su evidente disfuncionalidad ¹²⁹.

Zaragoza, septiembre de 1995

a tener hijos: lo que el Derecho tiene en cuenta y regula no es cada matrimonio concreto, visto que tiene hijos y los educa bien, sino en general la estructura apta de suyo para permitir eficazmente la supervivencia de la sociedad.

129. Frente a ello, en la misma perspectiva individualista ya señalada, no falta quien afirma que, con base en la libertad de asociación íntima (*freedom of intimate association*), que sería un elemento fundamental de la libertad personal, los estados (de la Unión americana: pero la argumentación valdría, en general, para cualquier poder estatal) no podrán dirigir a los individuos hacia el matrimonio heterosexual, dando únicamente a éste los beneficios y la protección legal (p. 1607). Por las razones ya indicadas en el texto, que no voy a repetir aquí, la argumentación no me convence.