LA UNIÓN DE HECHO Y EL MATRIMONIO. DIFERENCIA ANTROPOLÓGICO-JURÍDICA

ANDRZEJ WÓJCIK

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. **I** • DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE UNIÓN DE HECHO. 1. Hacia una definición de la unión de hecho. 2. Elementos objetivos del concepto. 3. Elementos subjetivos. **II** • LIBERTAD, IGUALDAD Y AMOR ENTRE LAS PARTES. 1. Presupuestos de la valoración jurídica. 2. Libertad de las partes. 3. Igualdad entre partes. 4. El amor entre las partes. **III** • PROYECCIÓN SOCIAL DE AMBAS REALIDADES. 1. Persona, sociedad y derecho. 2. Proyección jurídico-social del vínculo matrimonial. 3. Proyección jurídico-social de la unión de hecho «institucionalizada».

INTRODUCCIÓN

Las últimas décadas del siglo XX han sido testigos de una progresiva conquista del campo de derecho civil occidental de la familia por una ideología que se resume en una breve expresión inglesa: *why not?* Aunque desde el punto de vista gramatical ésta parece formar un interrogante, en realidad, en susodicha ideología esta frase se transforma en una afirmación que constituye a menudo la respuesta a unas propuestas legislativas planteadas ante los cuerpos parlamentarios.

Una de las cuestiones introducidas a través de dicho interrogante-afirmación es el problema de la *legalización* de las uniones de hecho heterosexuales y su amplia equiparación con la institución matrimonial. La expresión: *¿por qué no equiparar las uniones de hecho con el matrimonio?* frecuentemente deja de ser un interrogante jurídico, que debería llevar a un profundo análisis de la dimensión de justicia de la realidad en cuestión, y se transforma en la afirmación de una cierta consternación ante la creciente presencia social del fenómeno de las parejas de hecho y ante su aparente discriminación frente a la posición jurídica y aparentemente privilegiada del matrimonio. Esta postura conduce a situar cualquier va-

loración del problema en el campo moral, separando al mismo tiempo ésta de su contexto jurídico y limitándola a un ámbito de opiniones plurales en un horizonte de tolerancia ideológica y religiosa.

Ante esta situación el Consejo Pontificio para la Familia invita a «reflexionar muy seriamente, en el seno de las diferentes comunidades políticas, acerca de las esenciales diferencias que median entre la vital y necesaria aportación de la familia fundada en el matrimonio al bien común y aquella otra realidad que se da en las meras convivencias afectivas»¹. El Consejo quiere también «promover una «reflexión que ayude no sólo a los creyentes, sino a todos los hombres de buena voluntad, a redescubrir el valor del matrimonio y de la familia»². Consiguientemente, el problema de las uniones de hecho «puede y debe ser afrontado desde la recta razón. No es cuestión, primariamente, de fe cristiana sino de racionalidad»³.

El presente artículo intenta responder en alguna medida a la invitación del Consejo Pontificio y analizar la diferencia entre el matrimonio y la unión de hecho. De esta invitación se desprende también el método aplicado al análisis que intentará afrontar el problema, no tanto desde la perspectiva de la fe, como desde la de una valoración antropológico-jurídica comunicable a los lectores independientemente de sus convicciones religiosas. Esto obviamente no significa un olvido de la doctrina católica sino el aprovechamiento y aplicación de la dimensión natural del matrimonio, presente en la elaboración de su modelo canónico, al juicio sobre los actuales planteamientos jurídicos civiles.

I. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE UNIÓN DE HECHO

1. *Hacia una definición de la unión de hecho*

La unión de hecho, como realidad social, ha existido a lo largo de los siglos dentro de la figura más genérica del concubinato. No obstante, actualmente dicha realidad tiene un significado diferente y particular

1. *Familia, matrimonio y «uniones de hecho»* (11 de noviembre de 2000), Colección documentos mc, Ediciones Palabra, n. 9, p. 26.

2. *Ibid.*, n. 12, p. 30.

3. *Ibid.*, n. 13, p. 32.

porque, desde una posición de algo marginal, ilícito y jurídicamente ignorado, se traslada cada vez más a una posición de cierta aceptación social y a ser objeto de una creciente regulación jurídica. Adquiere por tanto, según algunos, el estatuto de una alternativa frente al matrimonio en su papel fundacional dentro del derecho de la familia⁴; alternativa que merece gozar de un estatuto especial protegido por las leyes⁵.

Es imposible definir de manera unívoca el concubinato ya que esta denominación abarca una gran variedad de posibles relaciones entre varón y mujer⁶. La heterogeneidad del fenómeno⁷ está reflejada en la gran cantidad de diferentes denominaciones bajo las cuales se expresa⁸. Para hacer la primera y más general aproximación al concepto que nos interesa en este trabajo, y que es el objeto de controversias en el campo civil legislativo y doctrinal, debemos partir de su inevitable confrontación con la institución del matrimonio como punto de referencia.

Por consiguiente podemos definir la unión de hecho como un varón y una mujer que conviven maritalmente sin estar casados. De esta manera indicamos los primeros rasgos característicos del concepto: heterosexualidad, monogamia, convivencia, y la ausencia del vínculo matrimonial entre los convivientes. Excluimos por tanto de nuestra investigación el problema, muchas veces planteado paralelamente, de las parejas homosexuales que aparece en los debates sobre el trato adecuado de las uniones de hecho en el ordenamiento civil. Excluimos también el problema de poligamia que tiene lugar en algunos ambientes culturales.

Para una delimitación más precisa del concepto debemos ahora discernir las causas que dan lugar a la ausencia del vínculo matrimonial. Por lo tanto distinguimos entre la situación deliberadamente adoptada

4. Cfr. C. BRUNETTI-PONS, *L'émergence d' une notion de couple en droit civil*, en: «Revue trimestrielle de droit civil» 1 (1999), p. 30.

5. Cfr. J. M. DÍAZ MORENO, *La Iglesia ante las familias «de hecho»*, en: D. BOROBIO (dir.), *Familia en un mundo cambiante. Congreso Internacional sobre la familia*, Salamanca 1994, p. 273.

6. Cfr. J. RUBELLIN-DEVICHI, *Análise introductiva*, en: J. RUBELLIN-DEVICHI (dir.), *Les Concubinages. Approche socio-juridique*, París 1986, vol. I, p. 23.

7. Cfr. J. FERREIRO GALGUERA, *Uniones de hecho: perspectiva histórica y derecho vigente*, en: J. M. MARTINELL-M.³ T. ARECES PIÑOL (eds.), *IX Jornades Jurídiques. Uniones de hecho*, Lleida 1998, p. 211.

8. Cfr. F. AZNAR GIL, *Las uniones de hecho ante el ordenamiento canónico*, en: «Revista Española de Derecho Canónico» 48 (1991), pp. 50-51.

por la pareja de no casarse, aunque no existan impedimentos legales para contraer matrimonio, y, por otro lado, las situaciones donde las circunstancias de índole jurídica o social impiden, contra la voluntad expresa o implícita de la pareja, celebrar la boda⁹. Entre estas últimas podemos destacar el hecho social de las parejas no casadas, en varios países de América latina, derivado de motivos culturales¹⁰, de la pobreza y de la marginación¹¹. A su vez, las causas de índole jurídica abarcan toda clase de impedimentos legales. Excluimos también de nuestra investigación este tipo de parejas con ausencia del vínculo conyugal y presencia de una voluntad impedida de vincularse. Dentro del marco tipológico de la unión de hecho tampoco incluimos los matrimonios putativos¹² ya que en este caso la voluntad matrimonial es evidente.

Es preciso ahora exponer las diferentes modalizaciones de la voluntad de *no casarse*. Dicha voluntad puede responder a la postura de *no querer la forma*: es decir, a la actitud de rechazo de la intervención tanto de la Iglesia como de la autoridad civil en el establecimiento de la relación matrimonial entre las partes que sin embargo, al aceptar todos los derechos y deberes propios de la existencia del vínculo conyugal, mantienen una verdadera voluntad matrimonial¹³. Nuestro concepto de unión de hecho propiamente dicho no responde a este tipo de relación.

Por otra parte la voluntad de *no casarse* puede identificarse con la de *no querer el vínculo*: es decir, de no asumir como algo debido las obligaciones y derechos conyugales manteniendo al mismo tiempo la convivencia *more uxorio*. Podemos denominar este tipo de relación *unión de hecho*¹⁴ excluyendo de ella sin embargo todo tipo de relaciones esporádicas u ocasionales¹⁵, donde la convivencia *more uxorio* no se presenta co-

9. Cfr. A. GARCÍA GARATE, *Reflexiones de un jurista sobre las uniones de hecho*, en: J. M. MARTINELL-M.^ª T. ARECES PIÑOL (eds.), *IX Jornades Jurídiques...*, cit., p. 248.

10. Cfr. F. AZNAR GIL, *Las uniones de hecho...*, cit., p. 78.

11. Cfr. *Familiaris Consortio*, n. 81.

12. Cfr. A. BETTETINI, *La disciplina delle unioni di fatto: appunti per un ripensamento critico*, en: F. FINOCCHIARIO (dir.), *Il ruolo del matrimonio nell'ordinamento giuridico attuale*, Padova 1990, p. 34.

13. Cfr. J. I. BAÑARES, *Derecho, antropología y libertad en las uniones de hecho*, en: «*Ius Canonicum*», 77 (1999), p. 195.

14. Cfr. J. R. POLO SABAU, *La equiparación al matrimonio de las uniones de hecho. Paradojas y contrasentidos desde una perspectiva jurídica*, en: J. M. MARTINELL-M.^ª T. ARECES PIÑOL (eds.), *IX Jornades Jurídiques...*, cit., p. 417.

15. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Diagnóstico sobre el derecho de familia*, Madrid 1996, p. 120.

mo un cierto proyecto de vida. De esta manera introducimos en la delimitación de nuestro concepto un cierto tipo de estabilidad o permanencia. La unión de hecho, por tanto, es para los convivientes el fin en sí mismo y un propósito temporalmente prolongable.

Por consiguiente podemos definir la unión de hecho como un varón y una mujer que conviven *more uxorio* en una relación que goza de una cierta permanencia. Al mismo tiempo, por diversos motivos, las partes rechazan el matrimonio *in fieri* como causa y expresión del vínculo matrimonial con las obligaciones y derechos correspondientes entendidos como algo jurídicamente debido. Los convivientes que son capaces legalmente de contraer matrimonio¹⁶ configuran por tanto, por la opción antimatrimonial adoptada libremente, el paradigma de nuestro fenómeno.

No obstante, esta voluntad puede concurrir con algún impedimento legal que al mismo tiempo no es el motivo de la postura que excluye el vínculo. En este caso podemos hablar también de unión de hecho excluyendo sin embargo aquellas relaciones donde los impedimentos matrimoniales provienen del derecho natural, no son susceptibles de cesación, y no imposibilitan la convivencia *more uxorio*. Nos referimos por consiguiente a los impedimentos que provienen de consanguinidad en línea recta y en el segundo grado de línea colateral.

Debemos aquí advertir que la doctrina civil incluye también en nuestro concepto las personas que conviven de hecho y a la vez están ligadas realmente a través de un vínculo matrimonial; no obstante, en el ordenamiento estatal que admite el divorcio están consideradas, por la disolución del vínculo civil anterior a la unión, como libres y sin impedimentos para casarse de nuevo. Esta distinción no tiene relevancia para nuestras consideraciones puesto que este tipo de pareja responde a una ideología común de las uniones de hecho que consiste en el rechazo del vínculo jurídico, y en este caso también de aquél impuesto exclusivamente por la institución del matrimonio civil.

16. Para nuestra investigación no es relevante la posible diferencia entre los impedimentos legales para formar matrimonio o una unión de hecho. Sobre este aspecto véase p. ej. V. REINA BERNÁLDEZ, *Las parejas de hecho en nuestro ordenamiento jurídico: un planteamiento de conjunto sobre la situación actual de las parejas no casadas ante las normas vigentes*, en: C. VILLAGROSA ALCAIDE (coord.), *El Derecho Europeo ante la Pareja de Hecho. La experiencia sueca y las tendencias legislativas en nuestro entorno*. Seminario organizado por la Fundación Olof Palme, Barcelona 1996, pp. 66-68.

2. Elementos objetivos del concepto

a) Heterosexualidad

Como ya hemos mencionado, la heterosexualidad es uno de los elementos objetivos del concepto, dado que la unión de hecho se califica con frecuencia como *institución sombra* del matrimonio. Esta obviedad tiene su eco en la doctrina con anterioridad a la década de los ochenta¹⁷. Sin embargo, en la década de los noventa, algunos textos o proyectos legislativos, que otorgan un estatuto jurídico a la unión de hecho, no comparten esta postura al incluir en la definición del concepto las variantes de la frase: *con independencia de su orientación sexual*¹⁸. En nuestro trabajo consideramos el problema de las parejas homosexuales como perteneciente a un género distinto dentro del campo de los planteamientos jurídicos, ya que esta relación no se fundamenta en el presupuesto básico de la complementariedad sexual, imprescindible para hablar de *unión*.

b) Monogamia y cohabitación exclusiva

No hay controversias respecto a la relación monógama de los que configuran la unión de hecho¹⁹. No obstante podemos preguntar si nuestro concepto abarca también la mutua fidelidad que en el matrimonio se presenta como deber derivado de la misma identidad de la institución. En la unión de hecho no existe el vínculo y por consiguiente tampoco las obligaciones como algo jurídicamente debido. Así pues, la fidelidad

17. Cfr. J. FERREIRO GALGUERA, *Uniones de hecho...*, cit., p. 214.

18. Como ejemplo pueden servir las propuestas legislativas en España: el texto del Partido Socialista (122/000046 del BOCG - 8 de noviembre del 96): *independientemente de su orientación sexual*; de Izquierda Unida (122/000064 del BOCG - 12 de septiembre del 94): *con independencia de su orientación sexual*; el texto del Partido Popular (122/000088 del BOCG - presentada en el Congreso el 7 de octubre del 97) hace referencia a las personas físicas mayores de edad sin distinguir en cuanto al sexo de las partes, cfr. F. I. GARCÍA MAS, *Las uniones de hecho: su problemática jurídica*, en: «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 74 (1998) 1512-1515; la propuesta de Coalición Canaria del 14 de abril del 97: *con independencia de su sexualidad*, cfr. F. LLEDÓ YAGÜE, *Los matrimonios de hecho contra el derecho y el sentido común del legislador*, en: «Poder Judicial» 45 (1997), p. 345.

19. Cfr. E. ESTRADA ALONSO, *Las uniones extramatrimoniales en el derecho civil español*, Madrid 1991, p. 69.

puede tener en ella sólo el carácter de mera facticidad, es decir del comportamiento de hecho. No obstante, algunos autores otorgan a este elemento la fuerza de la condición para la existencia de la unión de hecho²⁰. Es conveniente constatar por tanto que la misma noción *fidelidad* remite a un compromiso asumido, a una palabra dada²¹ que no existe en la unión de hecho, y por tanto, resulta más oportuno aplicar a nuestro concepto la nota de *cohabitación exclusiva* que materializa el rasgo de monogamia y al mismo tiempo no remite de manera confusa a un supuesto deber asumido.

c) *Cohabitación*

La convivencia manifestada por la cohabitación se presenta, según algunos autores, como condición para la existencia de la unión de hecho, su expresión externa, y a la vez, como prueba necesaria para que el hecho pueda ser detectado por el ordenamiento jurídico²². Surgen sin embargo controversias acerca de esta exigencia a la hora de analizar los casos en los que la ausencia de la comunidad de techo, mesa y lecho no está provocada voluntariamente por los que pretenden formar una unión de hecho. El fundamento de su existencia se traslada entonces a la *affectio* que viene a ser la causa primera de la unión extramatrimonial²³.

d) *Relaciones sexuales*

El mismo concepto de la convivencia *more uxorio*, empleado muchas veces como equivalente de *unión de hecho*, supone implícitamente las relaciones sexuales. También el término *concubinatio*, derivado del

20. ESTRADA ALONSO al remitirse a Gazzoni escribe: «Sólo las parejas no casadas que desarrollen y mantengan el contenido de la obligación de fidelidad, en cuanto expresión de un deber más amplio de solidaridad, podrán ser tenidas en cuenta en el otorgamiento de consecuencias jurídicas», *ibid.*, p. 59.

21. Cfr. J. CALVO-ÁLVAREZ, *Consideraciones en torno a las uniones extramatrimoniales*, en: «Ius Canonicum», 72 (1996), p. 523.

22. Cfr. J. FERREIRO GALGUERA, *Uniones de hecho...*, cit., p. 213: El autor al remitirse a Lacruz y a los autores franceses presenta aquí la doctrina mayoritaria.

23. Cfr. E. ESTRADA ALONSO, *Las uniones...*, cit., p. 74.

cum-cubare (acostarse con), indica que tales relaciones forman un elemento fáctico propio de la unión de hecho y a su vez permiten diferenciarla de otros tipos de convivencias entre personas de sexo diferente²⁴.

No obstante algunos autores polemizan con la constatación de Rodière: «Il y a des mariages blancs, il n'y a pas de concubinats blancs»²⁵, afirmando que existe posibilidad de la unión de hecho sin relaciones sexuales mientras permanezca la *affectio*²⁶. Según la postura más moderada la relación sexual transforma la convivencia en unión de hecho y su ausencia posterior, producida por cualquier motivo, no suprime la situación de unión de hecho mientras los que la configuran vivan juntos²⁷ y fundamenten así la presunción de la continuidad de la *affectio*.

e) Estabilidad

Todas las definiciones de nuestro concepto exigen un cierto tipo de estabilidad. En la unión de hecho no existe la estabilidad intrínseca, propia del matrimonio y derivada del vínculo. Existe solamente «un *animus* actual de permanencia con una cierta proyección de futuro, más bien de carácter pronóstico»²⁸ con el derecho de cada parte a la libre ruptura, y por tanto, en realidad, lo connatural al concepto de la unión de hecho es la ausencia de estabilidad proyectada al futuro²⁹.

Ante esta dificultad y aparente contradicción entre las definiciones y la naturaleza de la convivencia *more uxorio*, la doctrina civil indica los principales datos empíricos que expresan el rasgo de estabilidad exigida: la descendencia común de la pareja³⁰, la determinada duración de la convivencia que oscila, según las leyes de diferentes estados, entre

24. Cfr. *ibid.*, p. 70.

25. Cfr. J. RUBELLIN-DEVICHI, *Analise introductive...*, cit., p. 24.

26. Cfr. F. LLEDÓ YAGÜE que remite a Gazzoni, *Los matrimonios...*, cit., p. 371.

27. Cfr. J. FERREIRO GALGUERA, *Uniones de hecho...*, cit., p. 216.

28. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Diagnóstico...*, cit., p. 130.

29. Cfr. *ibid.*, p. 131.

30. Cfr. L. ROUSSEL, *Les problèmes du demographe*, en: J. RUBELLIN-DEVICHI (dir.), *Les Concubinages...*, cit., p. 106.

1 y 10 años, o la realización conjunta de algunas actividades propias de la convivencia (p. ej. adquisición de un apartamento)³¹.

En estos casos el ordenamiento jurídico puede exclusivamente hacer una evaluación *a posteriori*³² para comprobar la estabilidad de la unión. Sin embargo, algunos intentos legislativos, que abren para las uniones de hecho la posibilidad de registrarse oficialmente ante el notario³³, otorgan a la pareja el adjetivo *estable*. En realidad esta calificación proviene de la mera voluntad del legislador, sin que se exija ningún presupuesto jurídico ni fáctico de prueba, basándolo en la declaración de las partes que quieren convivir³⁴.

f) *Notoriedad*

Los autores subrayan la necesidad del comportamiento de la pareja como si fuesen marido y mujer y al conocimiento de esta relación por terceros³⁵. Ante la posibilidad de los problemas que pueden surgir en el momento de la ruptura, y por consiguiente, de la prueba necesaria de la situación del pasado y no actual, particularmente cuando las declaraciones de las partes son contradictorias³⁶, se recurre frecuentemente al instrumento jurídico de los registros.

Podemos afirmar por tanto que el rasgo de la notoriedad de la unión de hecho resume todos los elementos objetivos de nuestro concepto en su percepción externa y sirve como presupuesto para constatar su exigida estabilidad.

31. Cfr. E. ESTRADA ALONSO, *Las uniones...*, cit., p. 67.

32. Cfr. J. R. POLO SABAU, *La equiparación...*, cit., p. 424.

33. Por ejemplo las leyes aragonesa y catalana, cfr. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Parejas, dentro y fuera del derecho*, en: «Aceprensa» 159 (1999).

34. Cfr. *ibid.* Véase también, por ejemplo, los requisitos para la inscripción en el Registro de Uniones de Hecho en la Comunidad de Madrid, creado por el Decreto 36/1995 del 20 de abril, que a pesar de mencionar como requisito «la unión duradera y estable de dos personas», no requiere entre los documentos solicitados ninguno que comprobase esta exigencia, cfr. E. SOUTO GALVAN, *Registro de uniones de hecho en la comunidad de Madrid*, en: J. M. MARTINELL-M.^a T. ARECES PIÑOL (eds.), *IX Jornades Jurídiques...*, cit., pp. 432-435. Este mismo autor afirma que: «Algunos Ayuntamientos no establecen ningún requisito para la inscripción de las parejas, exigiendo únicamente la solicitud de la pareja que se quiere inscribir», *ibid.*, p. 439.

35. Cfr. J. FERREIRO GALGUERA, *Uniones de hecho...*, cit., p. 216.

36. Cfr. J. RUBELLIN-DEVICHI, *Análise introductiva...*, cit., p. 38.

3. Elementos subjetivos

a) «*Affectio*» y *voluntad expresa de convivencia sin vinculación matrimonial*

F. Gazzoni constata que en el ordenamiento jurídico italiano la *affectio* es el fundamento de la familia de hecho³⁷. Estrada Alonso considera la *affectio* como factor que constituye la unión de hecho y es su «fundamento último sin la que no podría sobrevivir». La define como «la amistad auténtica, el afecto recíproco entre compañeros, el origen espontáneo de la solidaridad y responsabilidad de los convivientes»³⁸. A. García Garate llega a precisar el término *afectividad*, empleado por la literatura jurídica, afirmando que debe tratarse de «relaciones amorosas y no de mero cariño»³⁹. Luis Zarralugui la denomina como «*affectio maritalis* (requisito de componente afectivo o amoroso y sexual)»⁴⁰.

En nuestra opinión, en el caso de la unión de hecho, es bastante difícil otorgar fuerza constitutiva a un factor que desde el punto de vista jurídico es poco susceptible de una delimitación precisa ya que se trata de sentimientos internos (amistad, afectividad, relaciones amorosas). Tampoco parece oportuno remitirse al matrimonio para construir oraciones del tipo: *affectio maritalis*; *afectividad análoga, similar*, puesto que, precisamente la voluntad no matrimonial, donde «la libre ruptura es la característica esencial de la unión libre»⁴¹, es lo que une a los convivientes.

Por lo tanto resulta más conveniente sustituir el concepto de la *affectio*, empleado por la doctrina para conceptualizar el factor unitivo de la pareja, por la de *voluntad expresa de convivencia* identificable con el ánimo de convivir *more uxorio* sin que esto produzca la vinculación jurí-

37. Cfr. F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano 1983, p. 69.

38. E. ESTRADA ALONSO, *Las uniones...*, cit., p. 74.

39. A. GARCÍA GARATE, *Reflexiones de un jurista...*, cit., p. 248.

40. M. FERNÁNDEZ GARRIDO, *Tratamiento jurisprudencial y situación práctica en los órganos jurisprudenciales: crisis convivencial e inseguridad jurídica*, en: C. VILLAGROSA ALCAIDE (co-ord.), *El Derecho Europeo...*, cit., p. 108.

41. J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, *Uniones libres y competencia legislativa de ciertas comunidades autónomas para desarrollar su propio derecho civil*, en: «Revista Jurídica Española. La Ley», 5 (1999), p. 1970.

dica propia del matrimonio. La existencia de la unión de hecho depende en cada momento de esa voluntad entendida separadamente respecto a cada uno de los convivientes. La existencia y la permanencia de la unión presumen la constante renovación de las voluntades expresas de convivencia sin vinculación matrimonial⁴². En esta perspectiva la *affectio* entendida como afectividad se puede manifestar como el móvil que sostiene dichas voluntades.

En la unión de hecho la voluntad de convivencia no es verificable a través de un acto jurídico sino a través de la notoriedad de la convivencia y por tanto aparece siempre como una presunción. Los elementos objetivos, anteriormente caracterizados y considerados conjuntamente, constituyen el *factum* de la unión de hecho y por tanto la base para esta presunción. Sin embargo, como hemos visto, en los casos extremos de la ausencia de cohabitación o de relaciones sexuales, se remite a la presencia de la voluntad de convivencia para confirmar la continuidad de la unión. Dichos dos elementos objetivos de nuestro fenómeno no se presentan entonces como radicalmente constitutivos; no obstante, siguen siendo imprescindibles para formar el fundamento de la presunción mencionada.

Nos encontramos por tanto ante una aporía: la *affectio* que, según algunos autores, es constitutiva e imprescindible en la unión de hecho se deduce permanentemente de un fundamento efímero que puede desaparecer. Por consiguiente, ante el problema de la constante ausencia de certeza jurídica, existe una tendencia a la contractualización de la unión de hecho.

Es posible por tanto que las voluntades expresas de convivencia sin vinculación matrimonial asuman un compromiso a través de un contrato cuyos términos precisan libremente, para regular de algún modo sus relaciones; no obstante, la obligatoriedad de este contrato está sometida en cada momento al derecho a la libre ruptura de la relación y por tanto tiene su vigencia mientras la convivencia dure⁴³. Otro modo, utilizado para obtener una elemental certeza jurídica, lo aportan los ya mencionados registros de las parejas.

42. Cfr. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Diagnóstico...*, cit., pp. 128-129.

43. Cfr. *ibid.*, nota 125, p. 126.

Es preciso advertir sin embargo que en estos casos la unión de hecho pierde su connatural carácter de pura facticidad y se convierte en un tipo *peculiar* de unión de derecho o *matrimonio de segunda clase*.

b) *Motivaciones subjetivas*

Para clasificar las motivaciones subjetivas que conducen a la elección de la convivencia *more uxorio* debemos confrontar otra vez la unión de hecho con el matrimonio como punto de referencia. De ahí, dichas motivaciones responden no tanto a la pregunta: *¿por qué la unión de hecho?* sino más bien: *¿por qué no el matrimonio?* Por consiguiente podemos distinguir las motivaciones que rechazan el vínculo matrimonial como expresión de la indisolubilidad (en derecho civil, por causa del divorcio, más bien la indisolubilidad tendencial). Esta postura puede responder a la voluntad de elección del *matrimonio a prueba* o de la *cohabitación juvenil*. Los convivientes no descartan la posibilidad de un futuro matrimonio, sin embargo, ante el miedo a un compromiso definitivo y posible fracaso de su relación, optan por la convivencia *more uxorio*. El miedo a lo duradero y permanente puede convertirse en una postura estable de negación de todo compromiso⁴⁴. El matrimonio desaparece entonces del horizonte de los posibles proyectos de vida incluso como una elección futura.

Otro tipo de motivaciones rechazan el matrimonio como estructura formal que «coarta la espontaneidad del amor»⁴⁵. Esta postura esconde muchas veces la bastante extendida convicción de que la única diferencia entre el matrimonio y la unión de hecho reside en la presencia o la ausencia de las formalidades y celebraciones que acompañan el momento de las nupcias⁴⁶. Existen también motivaciones que rechazan el matrimonio para no perder beneficios de índole económica, jurídica, asistencial, etc.⁴⁷.

No es posible exponer exhaustivamente todas las motivaciones subjetivas que pueden conducir a la elección de la unión de hecho ante-

44. Cfr. J. M. DÍAZ MORENO, *La Iglesia ante las familias «de hecho»...*, cit., p. 280.

45. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Diagnóstico...*, cit., p. 62.

46. Cfr. P.-J. VILADRICH, *La Agonía del Matrimonio Legal. Una introducción a los elementos conceptuales básicos del matrimonio*, Pamplona 1997, p. 121.

47. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Diagnóstico...*, cit., p. 122.

riormente definida. No obstante, debemos subrayar que todas ellas conciben la convivencia *more uxorio* como una alternativa válida al matrimonio y la manifestación del derecho al libre desarrollo y configuración de relaciones estables entre varón y mujer propias de la mutua inclinación sexual.

Así pues, resumiendo nuestra exposición, podemos definir el concepto de unión de hecho que vamos a analizar como un varón y una mujer que mantienen una cohabitación exclusiva. A través de la notoriedad de esta cohabitación, constatada tras un periodo notable de convivencia o a través de la descendencia común de la pareja, añadimos a esta definición, por medio de las presunciones, las relaciones sexuales que mantienen las partes. Presumimos también en los convivientes la falta de impedimentos naturales y legales para casarse. Consiguientemente precisamos, a través de la presunción, el factor unitivo de la pareja que consiste en la libre y continuada voluntad de convivencia, considerada separadamente respecto a cada una de las partes, de la que depende en cada momento la existencia y permanencia de la unión. Incluimos también en nuestro concepto las parejas que de alguna manera, pero siempre extramatrimonialmente, contractualizan su relación.

II. LIBERTAD, IGUALDAD Y AMOR ENTRE LAS PARTES

1. *Presupuestos de la valoración jurídica*

a) *Dignidad humana*

El ser del hombre no es una realidad estática. Su nexa esencial y necesario con los propios actos (*operari sequitur esse*) se explica a través de la potencialidad de la naturaleza humana. Ésta, en su aspecto dinámico de potencialidad, constituye el principio de operaciones y fundamento de la cohesión entre el sujeto y su acción⁴⁸. Dicha cohesión es por consiguiente el rasgo más característico de la persona humana, que es

48. Cfr. K. WOJTYŁA, *Osoba i czyn*, en *Osoba i czyn oraz inne studia antropologiczne*, tercera edición basada en la segunda (Kraków 1985) corregida y completada en colaboración con el autor por Andrzej Półtawski, Lublin 1994, pp. 130-131.

distinta conceptualmente de su naturaleza⁴⁹, en cuanto sujeto irrepetible y encarnación concreta de la naturaleza común a todos los hombres.

La cohesión, que podemos denominar también *unidad*, atraviesa todo el ser personal del hombre y es captable como su expresión desde los puntos de vista de la esencia, de la acción y del nexo entre ambas. Puede ser consecuentemente y respectivamente considerada en su *origen* como *fuerza indivisible de acciones que son imputables* a la persona como *originarias*; como *tarea* manifestada en las acciones que responden plenamente a la potencialidad de la naturaleza orientada hacia el desarrollo de la persona; y como *término* que expresa la plenitud de autoposición y autogobierno del sujeto⁵⁰. En esta perspectiva la unidad es un componente fundamental de la persona humana, al expresar su *dignidad* que, a su vez, evoca los *derechos irrenunciables* de la persona que radican en su estatuto ontológico.

b) Corporeidad humana y relaciones interpersonales

En el proceso de autodeterminación de la persona está presente necesariamente su cuerpo⁵¹. El sujeto no puede nunca identificarse en este proceso sino a través de su corporeidad⁵². El cuerpo de alguna manera co-constituye la misma entidad de la persona humana⁵³, y por tanto, todos los actos humanos en toda la extensión de su dinamismo son también corporales. El cuerpo humano constituye por consiguiente un *prius* de cada actuación y está co-presente en la fuente de autodeterminación (en la *unidad-origen*), en el acto de autodeterminación (en la *unidad-tarea*) y en el efecto de autodeterminación (en la *unidad-término*) de la persona. Ésta como sujeto es definida y delimitada por su cuerpo⁵⁴.

49. Cfr. J. HERVADA, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Pamplona 1995, p. 86.

50. Cfr. J. I. BAÑARES, *Persona y sexualidad humanas: de la antropología al derecho*, en: VV. AA., *La expresión canónica del matrimonio ante el III milenio. X Congreso Internacional de Derecho Canónico* (Coords. P.-J. VILADRICH, J. ESCRIVÁ-IVARS, J. I. BAÑARES), Pamplona 2000, p. 47.

51. Cfr. A. KRAPIEC, *Ciało jako współ-czynnik konstytutywny człowieka*, en: JUAN PABLO II, *Mężczyzną i niewiastą stworzył ich. Chrystus odwołuje się do „początku”...*, cit., p. 155.

52. Cfr. T. STYCZEŃ, *Ciało jako znak obrazu Stwórcy*, en: JUAN PABLO II, *Mężczyzną i niewiastą stworzył ich. Chrystus odwołuje się do „początku”...*, cit., pp. 94-95.

53. Cfr. *ibid.*, pp. 109-110.

54. Cfr. J. M.^a YANGUAS, *Corporalidad, Sexualidad, Persona humana*, en: VV. AA., *La expresión canónica del matrimonio...*, cit., p. 28.

Por lo tanto, el hombre se posee a sí mismo en la posesión de su cuerpo y sólo así, corporalmente, es autoposesión⁵⁵. El cuerpo constituye por tanto un signo-imagen ontológicamente unido con lo que refleja; con el «yo» personal. El «ser» del cuerpo se identifica con el reflejar y expresar el «yo» personal⁵⁶ al que sustancialmente pertenece y vice-versa⁵⁷.

Esta dimensión significativa del cuerpo pertenece a la intimidad propia de la persona; a su ser *alteri incommunicabilis*, siendo perceptible exclusivamente por el propio sujeto y oculto para los demás. El cuerpo que perciben los otros se les presenta como una revelación, forzosamente limitada, de la persona y, al mismo tiempo, la evocación de su incommunicabilidad, al afirmar la presencia de una autodeterminación y confirmar su inaccesibilidad. El cuerpo al mismo tiempo manifiesta la persona y esconde su intimidad e intransferibilidad incommunicables.

Esta incommunicabilidad constitutiva del ser humano tiene también una intrínseca dimensión relacional, puesto que cada sujeto es, desde el punto de vista gnoseológico y existencial, inconcebible sin este *alter* corporal de la misma naturaleza para con quien se es *incommunicabilis*. El otro está presente en la misma raíz del acto de la autodeterminación que es mío, también *porque* no es del otro. De esta manera, la existencia del individuo manifiesta, en la misma raíz de su actualización, su polaridad constitutiva⁵⁸. Por consiguiente, el hombre es por naturaleza ser-en-relación⁵⁹ y cada acto libre, que necesariamente es corporal, confirma que no se confunde con el otro y a la vez se relaciona con él.

c) *Corporeidad humana y convivencia «more uxorio»*

En la tendencia a la relación sexual entre varón y mujer la corporeidad humana manifiesta una potencia de superación de la soledad originaria del individuo. En dicha relación el cuerpo constituye necesaria-

55. Cfr. T. STYCZEŃ, *Ciało...*, cit., p. 92.

56. Cfr. *ibid.*, p. 93.

57. Cfr. *ibid.*, p. 105.

58. Cfr. A. SCOLA, *Bases teológicas de la sexualidad, del matrimonio y de la familia*, en: VV. AA., *La expresión canónica del matrimonio...*, cit., p. 71.

59. Cfr. J. MARÍAS, *Mapa del mundo personal*, Madrid 1994, p. 65. E. LÉVINAS, *Totalidad e infinito. Ensayo sobre la exterioridad*, Salamanca 1977, p. 60.

mente, frente al otro cuerpo de modalización distinta, la revelación de su propia identidad como *ser humano varón* y la identidad del otro como *ser humano mujer*⁶⁰. Esta radical interdependencia en la recíproca identificación presume, por el hecho de la unidad sustancial del ser humano, una radical y natural relatividad y comunicabilidad entre varón y mujer.

De este modo se manifiesta la natural *complementariedad* entre los sexos donde el complemento, es decir, el otro en su corporeidad sexual, no significa algo que falta sino algo que siempre de alguna manera está presente dentro de uno mismo⁶¹. En este contexto «varón y mujer no significan tanto las terminales de una comunicación, cuanto *la esencial comunicabilidad o relatividad* que como naturaleza son tales terminales subjetivas»⁶². Consecuentemente, toda autodeterminación efectuada en el espacio del encuentro íntimo entre varón y mujer, automáticamente se identifica con la elección por la mujer de *este* varón y por el varón de *esta* mujer para definir e identificar (en sentido de actualizar la identidad) de los propios y respectivos *ser mujer* y *ser varón*, es decir, de las propias estructuras operativas.

Por lo tanto, en el acto sexual el cuerpo sexuado se compromete necesariamente en la totalidad de su significado, agotando su potencialidad de revelar la persona y, en consecuencia, identificándose plenamente con ésta. La otra parte en la relación constituye el móvil causal de esta identificación en el sujeto ya no solamente íntima sino exteriorizada por ser constitutivamente relativa⁶³. Por eso, en la relación analizada, él es varón *para que* ella sea mujer y ella es mujer *para que* él sea varón, y

60. Cfr. JUAN PABLO II, *Mężczyznę i niewiastę stworzył ich. Chrystus odwołuje się do „początku”*. O Jana Pawła II teologii ciała, Lublin 1998, p. 36. (Audiencia General del 7 de noviembre de 1979).

61. P.-J. VILADRICH lo expresa de manera siguiente al referirse al segundo capítulo de Génesis: «Es por esta naturaleza de “recíprocos referentes humanos” por lo que he dicho en muchas ocasiones que ser varón consiste en reconocer y acoger la mujer que se tiene dentro. Y por esta vía entenderemos el profundo significado de “ser extraída” —la costilla— de la intimidad de Adán y que éste sintiera la necesidad de llamarla “varona”, porque él no es sino esa mujer que tiene dentro y se realiza, como varón, en tanto es para ella “reconocimiento acogedor justo”», *La palabra de la mujer*, Madrid 2000, p. 39.

62. ID., *Sobre la definición de matrimonio: elementos tridimensionales de la expresión canónica*, en: VV. AA., *Estudios jurídicos. En homenaje al profesor Vidal Guitarte*, vol. II, Valencia 1999, p. 969.

63. Cfr. JUAN PABLO II, *Mężczyznę i niewiastę stworzył ich. Chrystus odwołuje się do „początku”*..., cit., p. 71. (Audiencia General del 5 de marzo de 1980).

también simultáneamente, él es varón *porque* ella es mujer y ella es mujer *porque* él es varón. Así pues, en el acto sexual, el cuerpo, al decidir «no sólo la individualidad somática del hombre sino también definir al mismo tiempo su personal identidad y ser concreto»⁶⁴, se desvela y en el mismo momento de esta manifestación destina necesariamente esta identidad concreta al otro que coproduce esta destinación.

El otro en su sexualidad constituye por tanto el factor necesario y causal de que el cuerpo exteriorice su nexo ontológico con el «yo» personal. Por consiguiente, el cuerpo se hace *transparente*⁶⁵ sólo en esta destinación y sólo a través de esta destinación concreta. Consecuentemente, el incomunicable e inaccesible nexo entre la fuente y el acto de autodeterminación se hace comunicable y accesible a través del cuerpo que entonces *causa, significa y es persona-destinación-para* el otro. Por lo tanto, la aceptación actual del cuerpo del otro en la relación sexual debe significar la simultánea aceptación de todo lo que este cuerpo *es* al constituir esta relación, es decir, de la autodeterminación destinada.

Ésta supone siempre un paso desde el *origen*, por medio de una *acción*, al *término*-efecto de la acción en el sujeto, y por tanto siempre es temporal. Por consiguiente, aceptar el cuerpo sexuado en su dimensión de la destinación, es aceptar su temporalidad. La penetración entre la fuente y el acto de autodeterminación significa *atrapar* la temporalidad del otro a través de una relación que anticipe siempre sus acciones. Todas ellas, unidas al sujeto que es su indivisible fuente, se identifican con la biografía personal de este sujeto. Para abarcar esta unidad en su despliegue temporal; para alcanzar, a través del cuerpo, la personalidad misma en su dimensión biográfica es imprescindible convertir la extensión⁶⁶ temporal, constitutiva para la personalidad humana, en la intensidad de la relación mencionada que abarque el futuro de la autodeterminación personal.

Esto es posible a través de la mutua entrega de las respectivas estructuras operativas (virilidad y feminidad) que produce la unidad jurídica de éstas y su consiguiente coposesión⁶⁷. De esta manera surge una es-

64. *Ibid.*

65. Cfr. E. WOLICKA, *Biblijny archetyp człowieka*, en: JUAN PABLO II, *Mężczyzną i niewiastą stworzył ich. Chrystus odwołuje się do „początku”...*, cit., p. 178.

66. Cfr. P.-J. VILADRICH, *Agonía del matrimonio legal...*, cit., p. 131.

67. Cfr. J. HERVADA, *Reflexiones en torno al matrimonio a la luz del derecho natural en Una caro*, Pamplona 2000, pp. 501-502.

pecífica unidad en las respectivas naturalezas que hace *positivamente una* la comunicación que antes de emitir este acto era *una* en cuanto exigencia intrínseca de la relación. Dos *alteri incommunicabilis* se constituyen por tanto, sin dejar de serlo, en una comunicación fundada, permanente: es decir en un único principio de operaciones⁶⁸ y superan de esta manera su soledad originaria.

En la unión de hecho los convivientes rechazan la estructura de la recíproca coposesión. Por tanto, en la relación sexual, no aceptan al otro en su inminente estructura de destinación personal identificada con su cuerpo en esta relación. Por otro lado, aceptan este cuerpo en su actuación específica. Consecuentemente, a través de sus actos modalizados por la voluntad antimatrimonial, separan en el otro su cuerpo, como un fenómeno⁶⁹ perceptible para los sentidos, de lo que este cuerpo es en la relación, es decir, de su «yo» personal. La actuación del sujeto no alcanza al otro en su estructura personal sino en el *fenómeno* de la persona. Por lo tanto, el otro como objeto del acto de voluntad es desvalorizado y no se presenta como un bien verdadero. Lo mismo sucede con la actitud del sujeto a su propio cuerpo separado de la propia estructura personal.

2. Libertad de las partes

a) Concepto de libertad humana

La libertad humana se manifiesta en las acciones de la persona que expresa en ellas su «yo quiero» indeterminado externamente, es decir, su autodeterminación libre. En ésta se hace real la subjetividad de autodomínio y de autoposesión en las que, simultáneamente, a la persona en cuanto sujeto —en cuanto aquel que domina y posee a sí mismo—, es dada la persona en cuanto objeto que es dominado y poseído por sí mismo⁷⁰. Esta objetivación del sujeto es más fundamental que la intencionalidad

68. Cfr. P.-J. VILADRICH, *La definición del matrimonio*, en: VV. AA., *La expresión canónica del matrimonio ante el III milenio...*, cit., p. 280.

69. En adelante vamos a utilizar este concepto en el sentido de una apariencia meramente externa que, absolutizada, puede esconder o deformar la verdad, y no en el sentido utilizado por el corriente filosófico de fenomenología.

70. Cfr. K. WÓJTYŁA, *Osoba i czyn...*, cit., p. 154.

de las voliciones⁷¹ ya que gracias a ella el «yo quiero» es autodeterminación⁷².

En otras palabras: para que el «yo quiero» sea experimentado como la consecuencia y el efecto del propio autodomínio y no como un movimiento que aparece *ex nihilo* es preciso que yo mismo, antes (no en sentido temporal sino en sentido de una premisa absolutamente necesaria) de dirigirme hacia un objeto externo, haga de mí mismo un objeto. Yo mismo en cuanto realidad objetiva constituyo el nexo entre el «yo» subjetivo y el querer de este «yo». Si en el proceso del querer humano no existiera este mecanismo sería imposible conectar, referir o imputar este querer a la persona humana. Consecuentemente sería también imposible cualquier responsabilidad o vinculación moral o jurídica. Así pues, en cada «yo quiero algo», este «yo» objetivo y objetivado es *determinado* de una u otra manera dirigiéndose al objeto de volición y efectuando así la autodeterminación mencionada. Con ésta podemos identificar la libertad donde de la libre voluntad depende el dinamismo del propio «yo». En esta perspectiva la objetivación mencionada es intrínseca a la libertad en cuanto condiciona la autodependencia del sujeto⁷³.

A la esencia del acto de volición pertenece la disponibilidad del sujeto de salir en dirección a un bien. Esta disponibilidad es más primitiva que la misma capacidad de tomar decisiones⁷⁴ ya que la misma estructura del discernimiento decisorio opera siempre sobre la base de esta disponibilidad en la que radica su razón de ser. El bien mencionado se presenta al sujeto mostrando su valor. Esta presentación es esencial para la motivación que hace mover la voluntad al objeto presentado que constituye así un fin⁷⁵.

Al mismo tiempo la libertad humana se expresa en la independencia y exclusividad de la persona en cuanto el centro único del que depende la propia voluntad. La libertad-independencia se identifica por tanto con la autodependencia⁷⁶. En esta perspectiva el objeto de volición

71. Cfr. X. ZUBIRI, *El hombre y Dios*, Madrid 1984, p. 330.

72. Cfr. K. WOJTYŁA, *Osoba i czyn...*, cit., p. 155.

73. Cfr. *ibid.*, p. 165.

74. Cfr. *ibid.*, p. 173.

75. Cfr. *ibid.*, p. 174.

76. Cfr. *ibid.*, pp. 166-167.

en cuanto fin no determina de manera absoluta la voluntad que no se ve obstaculizada por éste en su presentación.

No obstante, los objetos necesariamente condicionan la libertad que siempre es *para* ellos y nunca *de* ellos. El movimiento del querer contiene siempre una cierta dependencia de los objetos con una paralela independencia de ellos⁷⁷. Esta última se manifiesta en el hecho de que la decisión en la autodeterminación, es decir, en la libertad, es siempre una respuesta activa a valores que no comprometen la voluntad sino que ésta se compromete para con ellos⁷⁸. No existe por tanto la libertad como pura indeterminación o independencia. A su esencia pertenece la función de formar el nexo entre una estructura objetiva del ser humano y los valores en cuanto objetos de volición.

La decisión y elección, connaturales a la voluntad, indican una específica referencia de ésta a la verdad⁷⁹. La elección no consiste en una mera selección material de los objetos intencionales que permite orientarse a uno con una simultánea exclusión de los demás, sino que es una toma de decisión sobre los objetos presentados a la voluntad sobre la base de una verdad. La ordenación a la verdad sobre los objetos de voluntad explica la originalidad de elección y el hecho de que la voluntad responde a los motivos y al mismo tiempo no es determinada por ellos.

La relación con la verdad en el dinamismo de la voluntad es más profunda que la relación con los objetos de volición, ya que esta primera relación hace radicar el acto intencional en la persona y no buscar sus causas fuera de ella. El puro movimiento de la voluntad hacia los objetos no es por tanto el *primero*; no es el dato absolutamente originario del «yo» personal⁸⁰. Éste, al dominar todo el movimiento en cuanto propio, tiene que necesariamente comenzar por enfrentarse con el *porqué* de este movimiento para no perder la mencionada totalidad del dominio. Por tanto, toda volición depende de la persona pero *en la verdad*. Esta dependencia de la verdad hace comprensible la superioridad de la persona

77. Cfr. *ibid.*, p. 177.

78. Cfr. *ibid.*, p. 179.

79. Cfr. *ibid.*, pp. 181-183.

80. Cfr. C. CAFFARRA, *Sexualidad a la luz de la antropología y de la Biblia*, Madrid 1992, p. 31.

sobre su propio dinamismo y, consecuentemente, la misma libertad humana⁸¹.

La decisión y elección se realizan a través de la relación con la verdad sobre el objeto en cuanto bien. Esta verdad, siendo por tanto axiológica, posibilita la conversión del «saber» en el «querer» en la acción⁸². Aparece aquí la función de la conciencia⁸³ que indica el bien verdadero en la acción y forma un deber que corresponde a este bien. Este deber es la forma experiencial de la dependencia de la verdad identificable con la libertad⁸⁴. La conciencia hace depender la acción de la verdad conocida; es decir, la autodeterminación del bien verdadero: y de esta manera forma en la persona una realidad que es normativa donde las normas interfieren en la acción humana⁸⁵. La esencia de las afirmaciones normativas de la moral y del derecho radica en la veracidad del bien objetivizado en ellas⁸⁶.

Por lo tanto, el deber mismo como fuerza normativa de la verdad testifica la libertad de la persona en la acción. La verdad misma; la convicción sobre la veracidad del bien, constituye el factor que hace superar la aparente oposición y tensión entre la normatividad y la libertad del sujeto⁸⁷.

El deber con su correlativa responsabilidad es por tanto la forma más madura de responder a los valores⁸⁸ y, en consecuencia, de la misma libertad⁸⁹. Constituye en esta perspectiva una protección de la libertad humana al impedir un posible constreñimiento causal de la voluntad⁹⁰, ajeno a la auténtica autodeterminación, por hacer la conducta humana más libre en cuanto más previsible⁹¹ y, por tanto, verdadera-

81. Cfr. *Veritatis Splendor*, n. 34.

82. Cfr. K. WOJTYŁA, *Osoba i czyn...*, cit., p. 187.

83. K. WOJTYŁA en *Osoba i czyn* utiliza dos términos distintos para denominar por un lado la conciencia como facultad que permite reflejar la dinámica interior de la persona y ser consciente de ella sin ningún acto de juicio (*œwiadomocææ*) y por otro lado la facultad de la que aquí tratamos con su significado moral (*sumienie*).

84. Cfr. *Veritatis Splendor*, n. 41.

85. Cfr. K. WOJTYŁA, *Osoba i czyn...*, cit., pp. 199-200.

86. Cfr. *ibid.*, p. 207.

87. Cfr. *ibid.*, p. 208.

88. Cfr. *ibid.*, p. 213.

89. Cfr. *Veritatis Splendor*, n. 35.

90. Cfr. L. POLO, *La persona humana y su crecimiento*, Pamplona 1996, p. 47.

91. Cfr. *ibid.*, p. 49.

mente original. Por consiguiente podemos afirmar que el deber separa y protege en la persona la *unidad-origen* de la influencia de los factores que pueden determinar la voluntad desde fuera de la original autodeterminación⁹².

b) *La libertad en el matrimonio y en la unión de hecho*

Como hemos mencionado los terminales constitutivos de la libertad humana son, por un lado, la estructura objetiva del ser humano, y por el otro, los valores en cuanto objetos de volición. La voluntad de convivencia sin vinculación matrimonial separa la libertad de sus dos terminales al hacer exclusivamente fenoménico el significado del cuerpo propio y del cuerpo del otro en la relación sexual. Por tanto, en la unión de hecho la libertad del sujeto, es decir, sus actos de autodeterminación son incapaces, tanto de radicar en la verdadera fuente de autodeterminación, y así ser originales, como también de orientarse al objeto de volición en su verdadera estructura axiológica y así ser independientes de este objeto en su presentación fenoménica. Como consecuencia es imposible que la conciencia del sujeto establezca la estructura de un deber ya que éste carece de su posible sujeto y objeto.

Por lo tanto, lo que determina la voluntad del sujeto no es la *unidad-origen* de la persona como fuente de autodeterminación por un lado, ni por otro, el objeto de volición en cuanto un verdadero bien reconocido, sino lo que se ha quedado de éstos tras la reducción efectuada por la voluntad no matrimonial de convivencia, es decir, lo fenoménico; el cuerpo propio y el cuerpo del otro en su percepción sensible y nunca normativa. De esta manera la libertad humana se pone al descubierto, sin protección alguna de la influencia de los factores ajenos a su propia naturaleza de autodeterminación. Cuando desaparecen sus dos terminales constitutivos desaparece también la misma libertad.

Consecuentemente, en la relación que analizamos los factores que atentan contra la libertad de la persona pueden proceder de toda la esfera emocional de las partes cuya autonomía hace absolutizar su fuerza de-

92. Cfr. *Gaudium et Spes*, n. 17.

terminante para la voluntad. Habitualmente esta determinación en la persona humana nunca es absoluta⁹³; sin embargo la voluntad antimatrimonial de las partes, al producir la separación mencionada, imposibilita un adecuado dominio del centro personal sobre las emociones. Consecuentemente es imposible que tenga lugar la experiencia verdaderamente personal donde la subjetividad del propio «yo» es la fuente del vivir las emociones y el poder de dominarlas⁹⁴.

A la naturaleza de las emociones pertenece su fluctuación y por tanto si la actitud respecto al otro depende plenamente de éstas y no de la verdad sobre la persona, al extinguirse la reacción emocional el objeto de actuación también desaparece de alguna manera y el sujeto que actúa se encuentra en un vacío al verse privado de un bien que, como suponía, ha encontrado⁹⁵.

Desde esta perspectiva se hace notar una acepción del hombre propia del psicoanálisis que trata al ser humano exclusivamente como sujeto y no como objeto; como uno de los objetos del mundo que existe realmente⁹⁶. El hombre, un objeto de actuación, es subjetivizado reduciéndose a una parte de la experiencia del que actúa, que a su vez se ve determinado, en la relación interpersonal, por esta experiencia aislada y sustraída de su contexto realista.

En realidad, en la unión de hecho, las partes hacen dependerse a sí mismo de «no sí mismo» lo que equivale a someterse a una prepotencia⁹⁷. Paradójicamente, al afirmar su independencia entendida en el plan subjetivo y, consecuentemente, «suspender» el realismo del mundo objetivo, éste influye más en sus actuaciones que carecen de la fuerza de plena autodeterminación independiente, propia de un ser personal⁹⁸.

El matrimonio *in facto esse* aparece por tanto como una estructura de la libertad y *para* la libertad. Antes de fundarla la libertad de las

93. Cfr. K. WOJTYŁA, *Miłość i odpowiedzialność*, Lublin 1986, p. 49.

94. Cfr. ID., *Osoba i czyn...*, cit., p. 104.

95. Cfr. ID., *Miłość i odpowiedzialność...*, cit., p. 73.

96. Cfr. *ibid.*, p. 60.

97. Cfr. T. STYCZEŃ, *Być osobą to przekraczać siebie. O antropologii Karola Wojtyły. Posłowie*, en: K. WOJTYŁA, *Osoba i czyn...*, cit., pp. 504-505.

98. Cfr. T. MELENDO GRANADOS, *Ocho lecciones sobre el amor humano*, Madrid 1995, p. 13.

partes es asegurada por la misma naturaleza en el hecho de que la complementariedad entre varón y mujer es máxima ya que, al margen de una determinación histórica, no existe una predeterminación natural entre unas personas concretas. La máxima indeterminación asegura por tanto la plena libertad de elección y decisión para fundar el matrimonio⁹⁹.

En este periodo de mutua elección está ya operando una visión concreta de las partes sobre el fundamento de la futura convivencia. Por un lado la visión matrimonial hace posible la elección desde la clave personalista, por otro, la visión antimatrimonial hace involucrar la elección en todo el esquema de inoperatividad de la verdadera libertad personal. Por consiguiente, el éxito de la elección, es decir, el objetivo de la libertad, corre mucho mayor riesgo de fracaso en la formación de la pareja de hecho¹⁰⁰, si identificamos aquí «éxito» con la prolongación temporal e inconflictividad de la convivencia que dependen indudablemente de si el compromiso aplicado alcanza lo permanente e inmutable en la persona.

El matrimonio *in facto esse* constituye para las personas una estructura liberadora, ya que les ofrece la posibilidad de ejercer una libertad *concreta* y proteger de una libertad emancipada de cualquier normatividad y por tanto ilusoria¹⁰¹. Libera a las partes de la accidentalidad de las pasiones¹⁰² e introduce en el espacio de las autodeterminaciones liberadas que hacen posible el *rendimiento positivo de la libertad*¹⁰³.

99. Cfr. J. HERVADA, *El Derecho del Pueblo de Dios*, en: *Una Caro...*, cit., p. 71.

100. Podemos afirmar que en el «matrimonio a prueba» la voluntad de los convivientes es similar a la voluntad concubinaria de los que forman la unión de hecho con la única diferencia de la actitud hacia un posible y futuro vínculo matrimonial. A su vez las estadísticas indican un índice mayor de ruptura del matrimonio en las parejas que convivían antes de contraerlo. Cfr. *¿Un paso previo o un paso en falso?*, en: «Aceprensa» 128 (1999). *La cohabitación es una mala preparación para el matrimonio*, en: «Aceprensa» 67 (1999). A. PIMENTEL, *Cohabitación: cuenta de resultados*, en: «Aceprensa» 117 (2000).

101. Cfr. F. D'AGOSTINO, *Una filosofía della famiglia*, Milano 1999, p. 129.

102. Cfr. S. COTTA que remite a HEGEL y su *Grundlinien des Philosophie des Rechts* (§ 163), *Sacramentalità e realta esistenziale del matrimonio*, en: F. D'AGOSTINO (ed.), *Famiglia, Diritto e Diritto di Famiglia*, Milano 1985, p. 30.

103. R. YEPES STORK, *Fundamentos de antropología. Un ideal de la excelencia humana*, Pamplona 1996, p. 170.

3. *Igualdad entre las partes*

a) *Igualdad entre personas humanas*

Entre personas humanas, que son siempre irrepetibles y únicas, se da la relación de igualdad exclusivamente dentro de la relación de comparación con un punto de referencia que indica en las personas las cualidades iguales, es decir, ajustadas recíprocamente en cuanto relacionadas con este punto de referencia¹⁰⁴. En nuestro enfoque del problema nos interesa la igualdad universal entre los seres humanos por lo cual el punto de referencia mencionado tiene que ser común para todos los hombres y hacer comprensible, por ejemplo, su igualdad ante la ley o su igualdad en la exigibilidad de los derechos humanos. Podemos afirmar que el punto de referencia de la igualdad universal entre personas humanas se encuentra en su *naturaleza*. No obstante, ésta, como hemos puesto de relieve, en el plano real es siempre concretizada corporalmente en un único e irrepetible sujeto cuyo cuerpo modaliza sus acciones desde su *unidad-origen* hasta su *unidad-término*.

El factor que permite confirmar la igualdad radical entre las personas humanas reside en la cohesión entre el sujeto y sus acciones, equivalente a la unidad dinámica del ser humano, que le permite ser responsable por sus propias acciones que le son imputables en la perspectiva de los fines naturales del hombre. Esta unidad dinámica es autodeterminación; el ejercicio de la libertad concreta que *traza la divisoria entre el mero hecho y la conducta*¹⁰⁵. El ser humano, contemplado a través de este prisma, puede ser sustraído de la transitoriedad y accidentalidad de su existencia y considerado, por ejemplo, como persona jurídica cuyo *status* debe ser igualmente reconocido en el caso de todos los hombres¹⁰⁶. Podemos afirmar por consiguiente que el punto de referencia de la universal igualdad entre los hombres es la igual y normativa *dignidad* de toda persona humana.

104. Cfr. J. HERVADA, *Diez postulados sobre la igualdad jurídica entre el varón y la mujer*, en: *Una caro...*, cit., p. 682.

105. F. A. LAMAS, *El matrimonio y la familia como formas de libertad concreta*, en: «Revista Chilena de Derecho», 7 (1980), p. 374.

106. Art. 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos afirma: «Everyone has the right to recognition everywhere as a person before the law», J. HERVADA, *Lecciones...*, cit., p. 469.

b) *Igualdad entre varón y mujer en la convivencia «more uxorio»*

Como hemos mencionado los cuerpos sexuados de las partes son constitutivos para la relación sexual en la que el varón y la mujer son recíproca destinación. Por tanto, la diferencia sexual entre las partes es también constitutiva para dicha relación. Consecuentemente, ésta forma una estructura de diferencia o desigualdad constitutiva en la que las partes se relacionan en cuanto sexualmente diferentes. Así pues, la relación analizada, en cuanto fundamentada en la diferencia, manifiesta la mayor posible incidencia de ésta en la relación interpersonal. Las partes se relacionan en cuanto diferentes y son en esta relación las diferencias que recíprocamente se definen. Los nombres de estos recíprocos referentes (de las diferencias) son *varón* y *mujer*. Por otra parte, dicha diferencia constitutiva, determinada por la totalidad del compromiso del cuerpo sexuado que decide la concreta y personal identidad del sujeto, permite también denominar esta relación como paradigma de la irrepitibilidad de cada ser humano.

Por tanto, en la relación entre varón y mujer en cuanto tales las partes comprometen enteramente y de manera necesaria su irrepitibilidad en cuanto manifestada y causada por el otro. Recíprocamente se identifican como unicidades y mutuamente dependen de sí en esta identificación. Constituyen por tanto de alguna manera una relación de la mayor desigualdad (diferencia) posible entre personas humanas, que tiende a ser superada.

c) *Igualdad entre las partes en el matrimonio*

En el matrimonio estas dos unicidades diferentes se comunican entre sí al coposeer mutuamente sus respectivas dimensiones operativas; al copenetrar mutuamente, a través del vínculo jurídico, en el nexo entre la fuente y el acto de autodeterminación. De esta manera, lo que decide la diferencia queda jurídicamente unido. Consecuentemente, cada acción, forzosamente efectuada a través del cuerpo sexuado manifestando así la diferencia, es modalizada por la unidad de estas diferencias. Por tanto, la desigualdad constitutiva de la relación pierde su operatividad al unirse lo que constituía la oposición de dos elementos desiguales. El va-

rón y la mujer hacen común su virilidad y feminidad al integrar las diferencias sexuales en la estructura del matrimonio *in facto esse*¹⁰⁷. Al hacerse jurídicamente unidas las dimensiones operativas de las personas que forman el matrimonio, se hacen *ipso facto* unidas sus naturalezas encarnadas.

Por consiguiente, lo que constituía el supuesto de valoración a través del prisma de igualdad, es decir, la alteridad de dos elementos diferentes comparados, desaparece al suprimirse, por la unidad jurídica, esta alteridad. Obviamente no se suprime la alteridad real de las partes, y por tanto, es preciso buscar otros elementos relacionados en la alteridad no suprimida por el vínculo.

El aspecto de la naturaleza humana que no es susceptible de ser transferido y coposeído es la *unidad*; es ser uno consigo mismo en el *origen*, en la *tarea*, y en el *término* de la autodeterminación. La unidad que trasciende la dinámica del *fieri* del ser humano y le sustrae de la transitoriedad existencial es el aspecto absolutamente intransferible de la persona que la hace, en última instancia, el ser *alteri incommunicabilis*. En el matrimonio el cónyuge participa necesariamente en la dinámica de esta unidad de la otra parte, pero no se comunica en la misma raíz de responsabilidad; es decir, de la dignidad personal. El cónyuge *hace* uno a la otra parte pero no puede *ser* radicalmente uno con ella.

Por consiguiente, en la estructura del matrimonio *in facto esse*, el punto de referencia de la comparación, efectuada desde la clave de igualdad, se traslada desde la estructura operativa del ser humano, manifestada en el cuerpo sexuado, a la *unidad-responsabilidad digna* de la persona humana. Este aspecto de la naturaleza humana hace universalmente iguales a todos los hombres decidiendo su más radical igualdad en la dignidad. Constituye por tanto el punto de referencia para las valoraciones de las acciones y relaciones humanas en cuanto respetan o infringen esta igualdad radical¹⁰⁸.

107. Cfr. J. HERVADA, *¿Qué es el matrimonio?*, en: *Una caro...*, cit., p. 575.

108. El último referente de la igualdad entre varón y mujer es Dios que crea al ser humano: cfr. P. LANGA, *Antropología y teología de «una caro»*, en: D. RAMOS-LISSÓN, P.-J. VILADRICH, J. ESCRIVÀ-IVARS (coords.), *Masculinidad y feminidad en la Patrística*, Pamplona 1989, p. 249.

Consecuentemente, el matrimonio *in facto esse* se presenta como una estructura de la igualdad radical; como una relación de la mayor igualdad posible entre los seres humanos, ya que todo lo que puede producir la desigualdad interpersonal se ha hecho uno por el vínculo conyugal y, por tanto, no susceptible de comparación. De este modo las partes igualmente, desde sus dignidades, participan en lo común. El matrimonio *in facto esse* es también una estructura *para* la igualdad puesto que las acciones de las partes, al responder a la unidad instituida en las dimensiones operativas de los cónyuges, trasladan efectivamente y actualmente el punto de referencia de la comparación mencionada a sus dignidades respectivas confirmando así su radical igualdad.

d) *Igualdad entre las partes en la unión de hecho*

En la unión de hecho las partes rechazan hacer común sus respectivas virilidad y feminidad, es decir, integrar las diferencias sexuales a través del vínculo conyugal. Al mismo tiempo comprometen sus cuerpos sexuales en todo su significado personal, separan sin embargo el cuerpo, como un fenómeno, de este significado que de manera inminente se manifiesta en la relación. Privan por tanto al cuerpo de su verdadero significado sexual que es sponsal y, por tanto, de su capacidad unificadora a través del don y aceptación conyugal. Consecuentemente, por causa de la separación mencionada, la alteridad de dos diferencias sexuales complementarias y constitutivas para la relación se convierte en una contraposición de dos diferencias fenoménicas que pierden, por suspender su carácter sexual-complementario, la posibilidad de integración desde las dignidades respectivas.

Éstas, en cuanto propias, desaparecen del campo intencional de la otra parte, como también del propio sujeto. Es imposible por tanto el traslado del punto de referencia de la comparación mencionada desde lo diferente hacia lo igual. Además, como hemos visto, lo diferente cambia su identidad de lo complementario y destinado a la unidad a lo opuesto o *indiferente* que no puede hacerse *uno*.

La desaparición de «lo uno» en la relación varón-mujer produce la ubicación del punto de referencia mencionado en muchos lugares dispersos pero siempre pertenecientes a la subjetividad aislada de una par-

te. Cuando no existe «lo uno» tampoco existe un punto de referencia común sino siempre dos puntos de referencia que radican en las dos subjetividades entregadas al azar de las influencias de lo externo. Esta situación produce inevitablemente conflictos y prepotencia de la subjetividad *depredadora*¹⁰⁹, capaz de imponer su propio punto de referencia por ser fenoménicamente (en el campo físico, psíquico, económico, etc.) más fuerte.

Otra consecuencia de la contraposición mencionada consiste en la tendencia al igualitarismo, es decir, a igualar técnicamente, desde fuera, lo que no se puede hacer igual por causa de la propia voluntad antimatrimonial de las partes. Éstas bloquean el traslado del punto de referencia a sus dignidades, e intentan sin embargo equilibrar, cada uno desde su propia subjetividad, la desproporción entre sus personas en cuanto fenómenos.

Esta actitud manifiesta el error que coloca la complementariedad entre varón y mujer en la persona concreta de la otra parte y no en el orden de los fines del matrimonio¹¹⁰. En la unión de hecho, como hemos indicado, las partes rechazan éstos en cuanto ordenación misma del matrimonio *in facto esse*. Los convivientes se ven por tanto forzosamente limitados a buscar los fines, o más bien *efectos* de la convivencia, en la efectiva compenetración de sus respectivas personalidades concretas. Al rechazar la estructura objetiva de finalidad, que radica en la unidad dinámica de la persona humana, estos efectos solamente pueden proceder de los intentos de equiparar o armonizar los dos respectivos *ropajes* personales. Esto produce inevitablemente una *homologación por lo bajo* que se traduce en la imitación de los defectos masculinos por la mujer y, por otro lado, una feminización deformada del varón¹¹¹. Por tanto, en vez de encontrar un equilibrio, las partes experimentan un desequilibrio constante cuyo remedio consiste únicamente en tomar radicalmente y mutuamente como suyas las estructuras desequilibradas introduciéndolas en la relación del *equilibrio del don*¹¹².

109. Cfr. S. COTTA, *Sacramentalità...*, cit., p. 23.

110. Cfr. J. HERVADA, *Reflexiones en torno al matrimonio...*, cit., p. 517.

111. Cfr. B. CASTILLA Y CORTÁZAR, *La complementariedad varón-mujer. Nuevas hipótesis*, Madrid 1996, pp. 48, 51-52. Véase también JUAN PABLO II, *Mulieris Dignitatem*, n. 10.

112. Cfr. JUAN PABLO II, *Mężczyznę i niewiastę stworzył ich. Chrystus odwołuje się do „serca”*. *O Jana Pawła II teologii ciała*, Lublin 1987, p. 45 (Audiencia General del 30 de julio de 1980).

Por todo lo dicho podemos concluir afirmando que la unión de hecho es el modo más desigual posible de relacionarse entre las personas humanas, ya que *petrifica* la situación de mayor desigualdad (diferencia) posible, coartando, por fenomenizar la relación, la misma posibilidad de integración de las diferencias sexuales y de consecución de la estructura *de y para* la igualdad radical.

Es preciso también añadir que las suertes de la igualdad y de la libertad corren parejas en la relación entre varón y mujer. La falta de libertad, o más bien el ejercicio de una libertad ilusoria, produce una situación de desigualdad: ésta por su parte fomenta el riesgo de esclavizar la verdadera autodeterminación humana¹¹³.

Debemos afirmar también que por causa de la profunda interdependencia de las partes en la relación, éstas, al actuar y aceptar la actuación del otro, atentan contra su libertad y contra su estatuto inalienable de igualdad radical. Cada una de las partes forma el factor necesario y causal de que el otro no consiga una verdadera libertad e igualdad en la relación. Por consiguiente, los convivientes cometen una injusticia, captable externamente a través de la notoriedad de su convivencia y de las presunciones que de ella derivan.

La libertad e igualdad mencionadas constituyen derechos inalienables de cada parte en la convivencia. Por otro lado, la estructura del matrimonio *in facto esse* se presenta como único espacio donde estos derechos pueden ser respetados si las partes pretenden convivir *more uxorio*. Consiguientemente, el consentir de una parte para que la otra entre en esta relación significa privarla de la libertad e igualdad propias del compromiso del significado sponsal de su cuerpo. Es obvio que esta lesión de los derechos se efectúa sobre la base necesaria de *autoprivación* o de alienación propia de éstos, no obstante, nadie puede aceptar una renuncia de la otra persona de lo irrenunciable sin cometer una injusticia. Además, la otra parte no sólo acepta dicha renuncia, sino que es necesariamente su coautor, ya que la lesión o alienación de estos específicos derechos que hemos descrito es imposible fuera la estructura relacional.

113. Cfr. F. D'AGOSTINO, *Una filosofía...*, cit., p. 129.

4. *El amor entre las partes*

a) *Amor y vínculo matrimonial*

El amor entre varón y mujer aparece como enamoramiento; como un estado afectivo espontáneo y en su mismo origen no voluntario. Es identificable por tanto con un regalo; *una pura vibración del corazón*¹¹⁴. Sin embargo, este estado no es pensable como puramente pasivo y aislado en la subjetividad de la persona enamorada ya que ésta es siempre enamorada *de alguien*, que, en cuanto amado o amada, aparece como el término del amor. Éste por tanto manifiesta su naturaleza intencional e interpersonal¹¹⁵. El amor no es nunca solamente pasivo sino también tiene una vertiente de preferencia selectiva en cuanto se decide por alguien¹¹⁶. Es un querer, una aprobación libre del otro en su totalidad en cuanto un bien. El concepto *amado* se identifica con el de la persona del otro en su totalidad y por tanto, en la relación que analizamos, con la persona humana de este varón concreto o de esta mujer concreta.

El amado es absolutamente irreplicable y único de tal manera que goza de una *incomparabilidad* en cuanto portador de valores humanos¹¹⁷. Éstos, absorbidos por la radical tematicidad de la persona del amado, no constituyen un objeto de contemplación externa, susceptible de conducir a la comparación con los valores de los demás, sino que forman el objeto de una preocupación compartida con el mismo portador de dichos valores.

La inevitable muerte de la persona humana constituye una manifestación de su insustituibilidad. El acto de amor debe de alguna manera anticipar la muerte del otro¹¹⁸; alcanzarla llegando a la dimensión de irrepeticibilidad y unicidad del amado. El amor hacia el otro significa por tanto lo mismo que decirle: *tú morirás*; sin embargo la *muerte* en esta expresión del amante no evoca la contingencia del ser humano sino todo lo contrario: su existencia total cuya afirmación de parte del amante

114. D. VON HILDEBRAND, *La esencia del amor*, Pamplona 1998, p. 92.

115. Cfr. T. MELENDO GRANADOS, *Ocho lecciones...*, cit., p. 90.

116. Cfr. J. PIEPER, *El amor*, Madrid 1972, p. 23.

117. Cfr. *ibid.*, pp. 114-115.

118. Cfr. RÉMI BRAGUE, *La fidelidad y la Pascua*, en: «Comunio», 6 (1979), p. 30.

apunta lo incontingente del amado¹¹⁹. De aquí un afán amoroso de participar de tal manera en lo contingente del amado para poder alcanzar su estatuto *mortal*, es decir insustituible, único y no contingente. El aspecto de la muerte del amado remite a su dimensión biográfica. El amor en este contexto tiende a establecer una relación que abarque todo el estatuto biográfico decisivo para la plena tematicidad de la persona del amado.

Consecuentemente, el amor tiende a la unión con el amado y quiere identificarse con él de manera posiblemente más intensa¹²⁰ y por tanto desea la plena reciprocidad del amor¹²¹. Esta identificación supone estar afectado por todo lo que constituye el bien o el mal para el amado¹²², es decir responder en común a éstos¹²³. Por tanto podemos identificar el núcleo del amor con la tendencia a establecer un vínculo del bien común de tal naturaleza que permite a los amantes unirse no solamente en cuanto orientados al mismo bien sino en cuanto personas¹²⁴. Les permite de alguna manera responder *desde dentro*, desde la perspectiva del amado, a sus valores, e «interpretar *à la hausse* todo lo que hay en él», otorgándole el crédito fiducial del amor y, al mismo tiempo, evitar un cierto tipo de delirio que necesita agotar sus energías en el goce de los valores aparentes producidos por la idealización infundada de la persona del otro¹²⁵. Los defectos objetivos del amado se presentan entonces como una deformación que afecta, como si fuera propia, al amante.

El amor tiende a la unión amorosa que, en la relación entre varón y mujer en cuanto tales, es modalizada necesariamente por el compromiso del significado sponsal de las estructuras operativas de las partes. Tiende por tanto a establecer la plena comunicación entre la virilidad y feminidad de las partes. Por consiguiente podemos identificar el acto del consentimiento matrimonial con el acto del amor por excelencia, ya que funda una estructura que posibilita el ejercicio y desarrollo de toda la capacidad de amor. La causa eficiente es identificable por tanto con un ac-

119. Cfr. J. CHOZA, *Antropología de la sexualidad*, Madrid 1991, p. 87.

120. Cfr. J. PIEPER, *El amor...*, cit., p. 90.

121. Cfr. T. MELENDO GRANADOS, *Ocho lecciones...*, cit., p. 44.

122. Cfr. D. VON HILDEBRAND, *La esencia del amor...*, cit., p. 189.

123. Cfr. *ibid.*, pp. 198-199.

124. Cfr. K. WOJTYŁA, *Miłość i odpowiedzialność...*, cit., p. 31.

125. Cfr. D. VON HILDEBRAND, *La esencia del amor...*, cit., pp. 105-106.

to de amor conyugal que a través de su connatural voluntariedad asume la mutua interdependencia de virilidad y feminidad, es decir la *inclinatio naturalis* de éstas *ad unum*¹²⁶.

Al conseguir su objetivo de fundar esta unidad el amor conyugal no agota su operatividad. El amor en cuanto tal, también en otras relaciones amorosas no necesariamente sexuales, tiende a la unión de las personas de los amantes. En el matrimonio *in facto esse*, este proceso existencial de la unión amorosa es necesariamente tipificado por la unidad virilidad-feminidad que hace esta unión *conyugal*¹²⁷. El amor entre los esposos es por tanto la tendencia a la realización *hic et nunc* de la unión, establecida entre sus personas, basada en la unidad de sus naturalezas; es decir, es la *virtus* unitiva que tiende a obrar la unidad desde la alteridad de sus centros personales. Podemos afirmar por tanto que el amor conyugal entre los enamorados tiende a fundar lo que va a actualizar y, entre los esposos, tiende a actualizar lo que ha fundado.

El matrimonio *in facto esse* es una estructura específica de la unidad en la naturaleza que contiene la unión de dos personas¹²⁸. La esencia del matrimonio consiste precisamente en la unidad instituida de la virilidad y feminidad de las personas del varón y de la mujer. Por otro lado la *unión*, que es propia de la relación entre personas, como tal, considerada aisladamente, se articula en un concreto proceso unitivo, es decir, es propia del ámbito de los hechos. La tendencia unitiva debida al amor entre varón y mujer, antes de contraer el matrimonio, intenta conseguir *de hecho* la unión amorosa. Ésta consiste en unos hechos de autodeterminaciones concretas de las partes y se resiste, como hemos visto, a ser efectuada realmente sin la institución del vínculo matrimonial.

El amor, que es *virtus* unitiva, conduce por consiguiente a la *unión* que puede ser efectuada exclusivamente en la estructura de la *unidad* mencionada. Por eso, el amor tiende a radicar, arraigar el proceso unitivo; es decir, al hecho de un encuentro amoroso de las partes, en la estructura de la unidad del matrimonio *in facto esse* para poder realmente conseguir o *crear* la unión. Esta unión *creada* de personas, que junto con

126. Cfr. P.-J. VILADRICH, *Amor conyugal y esencia del matrimonio*, en: «Ius Canonicum», 23 (1972), p. 306.

127. Cfr. *ibid.*, p. 307.

128. Cfr. *ibid.*, p. 293.

la unidad en la naturaleza compone el núcleo matrimonial¹²⁹, consiste en una alteridad o polaridad interpersonal de los esposos; sin embargo, no en el sentido de un hecho del encuentro en el mismo espacio vital, sino en el sentido de una unión entendida como alteridad o polaridad instaurada cuya existencia surge de la institución de la unidad mencionada y, después, radica y es tipificada enteramente por ésta. Dicha unión, que es conyugal, debe por tanto su existencia a la esencia del matrimonio y dice referencia a las partes en cuanto personas, mientras que la esencia misma dice referencia a éstas pero en cuanto varón y mujer. Podemos denominarla como *comunidad de vida y amor* que no constituye la esencia del matrimonio sino que la sigue y está en ella esencialmente contenida¹³⁰. *La comunidad de vida y amor puede estar inhibida, pero, virtualmente, existe siempre*¹³¹. La unión como estructura permanece siempre, independientemente de la presencia o ausencia de los actos concretos del amor conyugal entre las partes, ya que co-existe con la esencia del matrimonio (unidad indisoluble), mientras que la unión amorosa *de hecho* realizada *hic et nunc* depende de estos actos.

b) *Amor y deber jurídico*

La unión instaurada tiene una dimensión jurídica ya que la unidad mencionada con la que co-existe constituye el *suum*, es decir, el derecho-deber de ambas partes, y no puede ser obrada sino desde los «yo» personales que tienden a la realización de la unión. Así pues, el amor gratuito entre los novios se transforma, a través del pacto conyugal, en la voluntad comprometida de amarse (unión) conyugalmente (unidad) que podemos identificar con el amor mismo que de esta manera se convierte en debido en justicia¹³². Este deber radica en el hecho de que el único espacio del amor posible entre varón y mujer en cuanto tales es la unión

129. Cfr. *ibid.*

130. Cfr. J. ESCRIVÁ-IVARS, *El matrimonio como «unión en el ser» y como despliegue existencial de la unión*, en: «Ius Canonicum», *Escritos en honor de Javier Hervada* (Volumen especial) 1999, p. 580.

131. *Ibid.*, p. 581.

132. El punto de referencia para nuestro análisis puede encontrarse en la descripción del amor sponsal entre Dios y hombre. Cfr. P. RICŒUR, *Amor y justicia*, Madrid 1990, p. 18. Véase también el análisis del bíblico *hesed* como amor sponsal en: G. RUIZ, *Dios arquetipo del amor sponsal*, en: «Communio», 6 (1979), pp. 8-9.

instaurada y tipificada por la unidad en la naturaleza que, a su vez, como bien común del matrimonio, constituye una deuda y un derecho.

No obstante, dicho amor, en su vertiente jurídica del deber, no es susceptible de valoración en sentido de una constatación del cumplimiento de una obligación jurídica sino a través de sus obras captables externamente, es decir, a través del cumplimiento de los deberes conyugales que tiende a la consecución de los fines del matrimonio.

La *unión* matrimonial no se realiza sino a través de la actualización de la comunicación instituida entre virilidad y feminidad respectivas de los cónyuges. El elemento especificante de la esencia del matrimonio es, por tanto, *la radical inclinación a la unidad ínsita en la virilidad y la feminidad*¹³³ en cuanto asumida por el consentimiento, mientras que la *ordinatio ad finem* es estructuralmente consecutiva a esta inclinación asumida y se puede calificar como *principio de finalidad —estructura ordinal— de la esencia pero no como esa misma esencia*¹³⁴. En este contexto los fines del matrimonio no se consiguen sino a través de la previa ordenación mutua de los esposos a sí mismos. Consiguientemente, los cónyuges, al realizar las obras que se orientan a la consecución de los fines matrimoniales, se dirigen necesariamente en el primer movimiento a la mutua afirmación de sí mismos y no a alguna cualidad, obra común o un posible bien que no sea identificable con la totalidad de ellos mismos en cuanto varón y mujer.

Podemos preguntar en este contexto si cabe una situación del cumplimiento de los deberes conyugales sin amor conyugal. Sobre la base de lo que hemos dicho acerca de éste podemos constatar que tal situación es imposible, excluyendo sin embargo del concepto del amor conyugal su posible carácter pasivo y afectivo de la *vibración del corazón*, por lo menos en cuanto supuesto elemento constitutivo. En cambio, es planteable una situación en la vida matrimonial, por causa de los límites naturales de accesibilidad de la valoración jurídica, en la que tenga lugar una ausencia del amor conyugal y una aparente presencia de su efecto, sin que este fraude sea detectable por el derecho.

Consiguientemente podemos constatar que la estructura del matrimonio *in facto esse*, es decir, la unión-unidad, donde el amor realiza la

133. P.-J. VILADRICH, *Amor conyugal...*, cit., p. 292.

134. *Ibid.*

unión y esta realización obra y actualiza la unidad, cumpliendo de este modo los deberes que de ella emanan, constituye una manifestación de la simbiosis e interdependencia natural entre amor y derecho; entre acto de amor y cumplimiento del deber.

El amor que emana del «yo» personal, y en su acto actualiza el mutuo don y aceptación de las estructuras operativas de las partes, se sitúa consiguientemente en el nexo entre la fuente y el acto de autodeterminación y de esta manera evoca la máxima libertad de la persona humana, ya que desempeña la función del *deber interno*, que, como hemos visto, es la forma experiencial de la dependencia de la verdad. Ésta, a través del amor conyugal, es captada y reconocida de manera absolutamente plena, puesto que dicho amor se dirige a la persona misma en su totalidad y verdad, sin ninguna mediación externa ajena a la estructura operativa del varón o de la mujer. Además, el primer movimiento de la voluntad de una parte en el matrimonio, encuentra a la otra parte en el mismo origen de su operatividad. La actuación de una parte es siempre *nuestra* y por tanto el amor al otro se identifica con el amor *de lo suyo* o *de sí mismo*.

Consecuentemente, la distancia que introduce el deber jurídico *externo*, expresado en los fines, entre su propio sujeto y objeto, en el matrimonio es eliminada por el hecho de que cualquier acto del amor conyugal necesariamente cumple el deber; éste, a su vez, es siempre cumplido a través de un acto de amor. Consiguientemente, dicho amor absorbe de tal manera la *debitud* del deber que desaparece cualquier tensión entre la libertad y la exigencia. El deber *externo* se identifica plenamente con el deber *interno* y, por tanto, el acto de amor conyugal (cumple el deber interno) que consigue los fines matrimoniales (cumple el deber externo) hace radicar el acto de voluntad del modo más pleno posible en el sujeto asegurando su radical *auto-determinación*. Las acciones dirigidas a la consecución de los fines matrimoniales son por tanto obras del amor y no de una fuerza coercitiva externa, ajena a la unión amorosa¹³⁵. Por otra parte, el amor conyugal afirma plenamente la radical igualdad entre las partes, ya que actualiza la unidad entre virilidad y feminidad trasladando el punto de referencia de la comparación a la igual dignidad personal de los esposos¹³⁶.

135. Cfr. J. HERVADA, *Reflexiones en torno al matrimonio...*, cit., pp. 508-509.

136. Cfr. J. PIEPER, *El amor...*, cit., pp. 31-32. (El autor indica la misma raíz etimológica de las palabras *amor* e *igualdad*).

c) *Amor y voluntad expresa de convivencia sin vinculación matrimonial*

La voluntad antimatrimonial de los convivientes *more uxorio*, al rechazar el vínculo matrimonial, rechaza *ipso facto* la conyugalidad de su relación. En consecuencia, las partes no admiten el carácter conyugal de su mutuo amor ya que descartan la posibilidad del pacto conyugal que instituye la unidad entre sus respectivas virilidad y feminidad, en la que precisamente radica la conyugalidad. Consecuentemente, los convivientes no quieren instaurar la unión entre sus personas tipificada por la unidad de sus naturalezas. No crean por tanto el único espacio de operatividad del amor conyugal que tiende a unir de hecho a los amantes. De este modo, la tendencia de las partes a efectuar los hechos de unión amorosa encuentra, en su propia voluntad antimatrimonial, el factor que en realidad imposibilita que tengan lugar estos hechos. Lo que *hacen* los convivientes no puede denominarse, estrictamente hablando, *unión* ni tampoco *unirse*, salvo en su aspecto meramente fenoménico. El *unirse* como varón y mujer se efectúa de hecho solamente en la unión coexistente y tipificada por la unidad conyugal.

Las partes que rechazan ésta y a la vez conviven *more uxorio* no pueden amarse como personas, puesto que niegan recíprocamente la posibilidad de convertir su estado emocional del enamoramiento en la *dilectio* asumida jurídicamente. Consecuentemente, suspenden la posibilidad de desarrollo del amor, bloqueando el ejercicio de la misma capacidad de amar. Sus afectividades se aíslan en las respectivas subjetividades sin poder originar, acompañar y fomentar el amor. Los convivientes coartan por tanto la espontaneidad del amor por privarla de su vehículo imprescindible que radica en la conyugalidad.

Al final de nuestro análisis de la relación interpersonal entre los convivientes *more uxorio*, es preciso también advertir que nuestro enfoque del problema presenta la unión de hecho en su estado puro; es decir, hemos sacado las últimas consecuencias de un caso hipotético de plena y continuada coincidencia de la voluntad de las partes con la voluntad antimatrimonial. Indudablemente, es difícil que en los casos reales esta coincidencia sea tan perfecta, dado que el verdadero amor emana de la misma naturaleza de la sexualidad humana y, por ser tan natural, es su-

mamente difícil suspender de manera absolutamente plena su influencia en la voluntariedad de las partes.

Nuestro enfoque interpretativo se justifica sin embargo por los intentos y exigencias actuales de otorgar a la pareja de hecho un estatuto jurídico y equipararla con el matrimonio en el campo de derecho civil. Al intentarlo, los promotores de tal equiparación trasladan la unión de hecho del ámbito valorativo, propio del concubinato, que es mayoritariamente moral, al ámbito jurídico. De esta manera la contingencia de los hechos de la convivencia *more uxorio* se transforma en una cierta sobreactualidad de la figura jurídica de la pareja de hecho.

Consecuentemente, todos los elementos constitutivos de ésta, y así también la voluntad expresa de convivencia sin vinculación matrimonial, se hacen jurídicos; es decir, de alguna manera se *petrifican* haciéndose aplicables jurídicamente y por tanto externamente y establemente, mediante presunciones, a los convivientes. Por lo tanto, la «legalización» de la unión de hecho significa hacer injustamente aplicable a las partes toda la monstruosidad descrita de las personas que recíprocamente atentan contra su libertad, igualdad y capacidad de amar.

III. PROYECCIÓN SOCIAL DE AMBAS REALIDADES

1. *Persona, sociedad y derecho*

a) *La persona humana y el bien común de la sociedad*

En la misma raíz de la actualización de la existencia del individuo se manifiesta la *polaridad constitutiva* del ser humano; es decir, la misma *individualidad*, en cuanto operante, necesariamente y simultáneamente supone la *alteridad*; la relación con otras individualidades. A su vez, la actualización de esta relación y por tanto la concreta delimitación de una individualidad como *el otro*, igual a mí mismo, necesariamente *personaliza* la relación ya que tengo acceso a este igual a mí mismo solamente a través de mi propia experiencia *personal* de autoposición que descubro en el otro en el mismo momento de delimitarlo en cuanto tal. Este otro es

imprescindible a su vez para la constitución consciente, en el nivel de la propia autodeterminación, del propio «yo»¹³⁷.

La misma posibilidad de relacionarse en el nivel humano tiene su fundamento en la estructura de la persona humana¹³⁸. Ésta constituye por tanto el punto de convergencia de los dos aspectos del ser humano, a saber: la natural incomunicabilidad radical (el ser *alteri incommunicabilis*) y la natural apertura; la intrínseca relacionalidad con los demás.

Desde esta perspectiva, en el plano real, no es posible un planteamiento aislado y separado ni del individuo ni de la colectividad en cuanto tales. Consecuentemente, el individualismo y el colectivismo aparecen como unos inaceptables reduccionismos de la visión integral de la persona humana¹³⁹. En ésta, tanto el *individuo* como también la *colectividad* encuentran su arraigo realista puesto que, por un lado, la persona es constitucionalmente abierta y social y, por el otro, es portadora de la unidad absoluta y sustancial del ser humano¹⁴⁰, intransferible e incommunicable a los demás.

En este contexto la persona humana constituye el principio, centro, sujeto y fin de la sociedad¹⁴¹ que podemos definir como las personas humanas en cuanto relacionadas y orientadas así al *bien común* que, a su vez, proporciona el crecimiento del bien personal de cada miembro de esta sociedad¹⁴². Los miembros de la sociedad consiguen por tanto su propio bien personal a través de su autodeterminación que siempre actualiza la dinámica relacional de la persona. Consecuentemente, el bien personal no se consigue sino a través de la orientación y consecución del bien común. Así pues, el revertir sobre cada una de las personas que forman la sociedad es esencial a dicho bien¹⁴³.

137. Cfr. B. CASTILLA Y CORTÁZAR, *Persona femenina, persona masculina*, Madrid 1996, p. 43.

138. Cfr. X. ZUBIRI, *Estructura dinámica de la realidad*, Madrid 1989, p. 251.

139. Cfr. M. BUBER, *¿Qué es el hombre?*, México 1960, p. 146.

140. Cfr. J. CRUZ CRUZ, *Formas de amor y familia*, en: «Persona y Derecho», 10 (1983), p. 310.

141. Cfr. *Gaudium et Spes*, n. 25.

142. Cfr. JUAN PABLO II, *Rapporti tra publico e privato: punto nodale nell'esperienza umana*, en *Diritto e giustizia nel magisterio pontificio. Da Pio XII a Giovanni Paolo II. (A cura dell'Unione Giuristi Cattolici Italiana)*, Roma 1998, p. 131. (Discurso a los participantes de la XXX Convención Nacional de la Unión Italiana de Juristas 7-9.XII.1979).

143. Cfr. J. MARITAIN, *La persona y el bien común*, Buenos Aires 1968, pp. 66-67.

Desde esta perspectiva se puede hablar de la superioridad del bien común no porque *comprenda el bien singular de todos los singulares*¹⁴⁴, sino porque es participado y aumentado por todos y en todos y, a la vez, dice referencia a cada uno como individualidad subrayando, al verter sobre el bien personal y particular de ésta, la dignidad de cada persona que a través de su sociabilidad destaca su unicidad. El bien común tiene por consiguiente un intrínseco carácter relacional; sin embargo, en el plano existencial, es captable en cada individuo concreto¹⁴⁵.

En la vida social la consecución del bien común exige un cierto sacrificio por parte de las personas particulares y puede suponer una cierta limitación en el ejercicio de la propia libertad. No obstante, la visión integral de la persona humana permite captar el verdadero significado de este aspecto social del ser humano, supuestamente negativo, y conceptualizarlo como la tendencia al don de sí mismo intrínseca a la naturaleza humana¹⁴⁶: a la salida de sí mismo para conseguir el bien de los demás y de esta manera contribuir también al mayor desarrollo propio¹⁴⁷. Consecuentemente, la libertad encuentra en el bien común el objeto que constituye la meta de elección que es connatural a la libre autodeterminación humana¹⁴⁸.

La orientación de los particulares al bien común se actualiza a través de la participación en lo común o, mejor dicho, en lo que los *hace* común, es decir, en lo que decide la apertura y comunicabilidad. Un miembro de la sociedad se orienta tanto más hacia el bien común, colaborando y comunicándose con los demás, cuanto más, a través de esta colaboración *externa*, alcanza y participa en lo *interno* y común, es decir en la misma *humanidad*¹⁴⁹ de los colaboradores.

Ésta podemos identificarla con la naturaleza humana como principio de operaciones que, en la estructura de la persona, no se actualiza

144. CH. DE KONINCK, *De la primacía del bien común contra los personalistas. El principio del orden*, Madrid 1952, p. 27.

145. Cfr. A. M. QUINTAS, *Analisi del bene comune*, Roma 1979, pp. 164-165.

146. Cfr. *Redemptor hominis*, n. 10.

147. Cfr. A. M. QUINTAS, *Analisi...*, cit., p. 171.

148. Cfr. JUAN PABLO II, *Nulla di quanto pregiudichi la famiglia può essere di beneficio alla società. Discorso ad un gruppo di giuristi*, en *Insegnamenti di Giovanni Paolo II*, vol. IX,1, 1986, p. 1139.

149. Cfr. K. WOJTYLA, *Osoba i czyn ...*, cit., p. 332.

existencialmente sino refiriéndose a los demás. Podemos denominarla por tanto como *convivencia* estructuradora, constitutiva y potencial de todo ser humano¹⁵⁰. Y precisamente esta *con-vivencia*, que es propia de cada uno y a la vez es común, constituye el bien común, numéricamente uno, poseído y participado *enteramente* pero no *exclusivamente* por cada miembro de la sociedad¹⁵¹. Así pues, la actualización de la *con-vivencia* consigo mismo, es decir toda autodeterminación, necesariamente evoca la *con-vivencia* con los demás. Por lo tanto, la libertad humana necesariamente se actualiza e intensifica en esta *convivencia*.

En consecuencia, la colaboración entre personas humanas, es decir el dominio dinámico y común sobre el mundo, el progreso *externo* de la sociedad, no se da verdaderamente sino a través de la natural tendencia a la participación y comunicación en el dominio sobre sí mismo; sobre la propia estructura operativa que, merced a esta participación, se desarrolla.

Como hemos mencionado todos poseen el bien común enteramente; es decir, lo poseen *igualmente*. La intensidad de atribución de este bien a cada uno de los miembros de la sociedad es por tanto igual. En otras palabras: la *humanidad* relacional de la *convivencia* mencionada constituye la igual propiedad de todos los individuos y manifiesta su radical igualdad como personas humanas. La orientación de la naturaleza humana al bien común lleva por tanto consigo la exigencia de la igualdad radical de las personas que participan en este bien.

150. Cfr. X. ZUBIRI, *El hombre y Dios...*, cit., p. 252.

151. «El otro modo de comunidad es lo que llamábamos comunidad real. El universal es algo real, pero como *numéricamente uno* no existe más que en la razón; en las cosas existe multiplicado. En cambio, lo que ahora llamamos comunidad real o realmente común, “permanece indiviso” (SANTO TOMÁS, *In I Sent.*, d. 34, q 1, a. 1, ad 4.); consiste en la “participación de una cosa numéricamente una y la misma; y esta comunidad puede encontrarse en grado máximo (entre las criaturas) en lo que al alma se refiere, ya que por ella se alcanza (*attingitur*) lo que es el bien común de todas las cosas: Dios” (ID., *In IV Sent.*, d. 49, q. 1, a. 1, 1 ad 3). Algo numéricamente uno y que existe en sí, es participado por muchos, que lo poseen entero —*totum*— pero no totalmente —*sed non totaliter*— ya que son muchos los que lo poseen. Y es precisamente la inmaterialidad de lo participado —que no puede dividirse, ya que no tiene partes— y de los participantes —que no necesitan dividirlo porque no “toman una parte”, sino que lo reciben todo —*sed non totaliter*— lo que permite esa perfecta comunidad, lo que hace que ese algo uno sea realmente común a muchos, permaneciendo indiviso y a la vez participado», C. CARDONA, *La metafísica del bien común*, Madrid 1966, pp. 29-30.

b) *Sociedad y derecho*

Sobre la base de lo que hemos dicho podemos afirmar que *la causa final de toda sociedad es el bien común*¹⁵² al que tiende cada uno de sus miembros. Por otra parte, el bien común constituye el *derecho*, es decir, la *res iusta* atribuida a cada uno como suya y por tanto exigible. El bien común en cuanto derecho radica en la capacidad dominadora que la persona humana tiene sobre sí misma. Todos los derechos posibles; todas las posibles atribuciones justas emanan de esta primera y fundamental atribución de la realidad humana a su propietario personal concreto. Por lo tanto podemos afirmar que todos los derechos de las personas concretas en la sociedad, es decir, todas las cosas atribuidas al sujeto como suyas, son inherentes al derecho que consiste en el bien común.

El derecho natural, en cuanto actualizado en la relación jurídica natural que refleja la tendencia y exigencia de la misma naturaleza humana, es conceptualmente anterior a la ley natural, es decir, es anterior a la norma que consiste en un conocimiento de esta relación¹⁵³. Las tendencias y exigencias mencionadas manifiestan la naturaleza teleológica del ser humano y su consiguiente desarrollo de la personalidad que, como hemos dicho, no se efectúa sino a través de la tendencia a la consecución del bien común, intrínseca a la estructura operativa del hombre. La ley natural es, por consiguiente, la ordenación de la naturaleza humana, captada pero no creada por la razón humana, a este bien.

En este contexto la ley positiva *positiviza* dichas exigencias y tendencias en el proceso de conclusión y determinación de la ley natural¹⁵⁴. Formaliza por tanto los derechos y deberes positivos que necesariamente derivan de la ley natural y, consecuentemente, es anterior a éstos que, a su vez, expresan la concretización histórica de la ordenación finalista de la sociedad y de sus miembros, en cuanto personas, al bien común¹⁵⁵.

152. H. TAGLE, *El matrimonio y familia y la sociedad política*, en: «Revista Chilena de Derecho», 7 (1980): *IV Jornadas Chilenas de Derecho Natural 3-6 de octubre de 1979, Santiago de Chile*, p. 349.

153. Cfr. R. M. DE BALBÍN, *La relación jurídica natural*, Pamplona 1985, p. 195.

154. Cfr. *ibid.*, p. 196.

155. «... la legge non può avere altro fine al di fuori del bene comune, cioè quello dell'intera società (cfr. *Summa Theol.*, I-II, q. 90, a. 4), e che tale bene deve essere rapportato alla

En consecuencia, podemos afirmar que el bien común, en cuanto derecho, es la causa formal de la sociedad¹⁵⁶, ya que vincula a sus miembros dentro de un cuerpo social, a través de la unicidad de este bien y del vínculo de él derivado, e informa la creación y ejercicio de todos los derechos y deberes positivos que estructuran las articulaciones sociales.

c) Estado y derecho

Desde esta perspectiva el poder estatal legislativo, judicial y ejecutivo, tiene razón de ser y de actuar en función del establecimiento de los medios necesarios para poder realizar de la manera más plena posible el bien común de la sociedad a la que representa¹⁵⁷. Consiguientemente, no puede limitarse a una mera organización formal de las libertades de los individuos¹⁵⁸, sino que debe promover y proteger la justicia puesto que ésta, en cuanto realización del precepto: *dar a cada uno lo suyo*, significa la realización del desarrollo de la persona humana efectuado a través del desarrollo del bien común¹⁵⁹.

Por lo tanto, la organización adecuada de las libertades de los particulares supone promover, facilitar y proteger el *uso activo y concreto* de la libertad, el cual impulsa este desarrollo al promover la vida social (política, jurídica, y económica) desde su misma base¹⁶⁰. Esto significa que el poder estatal *reconoce* unos ordenamientos jurídicos básicos o *sociedades menores* que actualizan la tendencia de la persona humana a su propio desarrollo a través del bien común. Éste, visto y promovido en su totalidad por el poder estatal, *arquitectoniza* otros bienes comunes menores¹⁶¹ que deciden en la práctica el dinamismo y la operatividad del bien co-

struttura globale della persona umana che accusa, accanto a necessità temporali, aspirazioni e proiezioni trascendenti.» JUAN PABLO II, *L'impegno del giurista cattolico nella comunità civile*, en: *Diritto e giustizia nel magistero pontificio...*, cit., p. 147. (Discurso a los participantes de la XXXIII Convención Nacional de la Unión Italiana de los Juristas 3-5.XII.1982).

156. Cfr. H. TAGLE, *El matrimonio...*, cit., p. 340.

157. Cfr. A. M. QUINTAS, *Analisi...*, cit., p. 201.

158. Cfr. *ibid.*, p. 202.

159. Cfr. *ibid.*, p. 213.

160. Cfr. *ibid.*, pp. 222-223.

161. Cfr. *ibid.*, p. 242.

mún total de la sociedad, ya que constituyen la realización concreta e interpersonal de este bien¹⁶².

Desde esta perspectiva, las personas humanas concretas, al asociarse, se constituyen en verdaderos creadores del derecho positivo, estructuralmente anterior a las leyes positivas emitidas por el poder estatal que tiene la función de armonizar y verificar estas estructuras jurídicas básicas desde la clave del bien común. Las leyes positivas emitidas por el poder legislativo estatal constituyen por tanto el marco promovedor, protector, armonizador y verificador para la iniciativa de los *legisladores primeros* cuyas decisiones de colaborar en las sociedades menores forman unas concretas y particulares ordenaciones al bien común. Éstas constituyen por tanto las normas positivas fundamentales cuyos destinatarios exclusivos son sus mismos creadores. Dichas normas estructuran desde la base el tejido jurídico de la sociedad.

Por tanto, al asumir de este modo su función natural, el poder estatal hace un examen crítico de las realidades sociales para defender y promover aquellas en las que la persona humana se perfecciona y que deciden la misma razón de ser de la sociedad y, consiguientemente, la razón de ser del poder estatal. Este examen es efectuado a través del prisma del bien común y sus más inmediatas derivaciones y proyecciones a las personas. Es decir: las leyes estatales que gozan del mayor número de destinatarios deben hacer verificar las ordenaciones básicas al bien común; las formas de convivencia y colaboración, y su conformidad con la igualdad radical de las personas humanas, con el libre desarrollo de la personalidad, así como también su aportación al bien común total de la sociedad.

Por consiguiente, el Estado no puede ser *neutral* frente a los valores concretos inherentes a la persona humana y su estatuto social porque, al serlo, se condenaría a su propia disolución¹⁶³. Consecuentemente, el poder legislativo estatal debe reconocer e introducir de manera justa en el tejido social las ordenaciones concretas e interpersonales al

162. Cfr. PABLO VI, *Messaggio inviato a nome di S. S. Paolo VI al Presidente Centrale dell'Unione Giuristi Cattolici Italiani*, Prof. Santoro Passarelli dall'Em.mo Signor Cardinale Amleto Giovanni Cicognani, Segretario di Stato, il 6 dicembre 1967, en: *Diritto e giustizia nel magistero pontificio...*, cit., pp. 102-103.

163. Cfr. JUAN PABLO II, *L'impegno del giurista...*, cit., p. 148.

bien común, las cuales, a su vez, responden a la ordenación de la misma naturaleza humana a este bien. Podemos establecer por tanto el orden consecutivo de *informar* entre las fuentes normativas: la ordenación natural, la actualización interpersonal y el reconocimiento social (estatal). El grado de determinación y de conclusión de las normas tiene el orden inverso.

Hemos indicado que, en última instancia, la tendencia del ser humano al bien común es la manifestación de su natural ordenación al don de sí mismo y por tanto expresa la natural sponsalidad del ser humano que no se agota en la sponsalidad conyugal¹⁶⁴. Podemos afirmar por consiguiente que la ley positiva estatal es intrínsecamente informada por la sponsalidad de la naturaleza humana. Aunque su objeto directo es proteger y promover lo justo, es decir el derecho, no obstante, su sentido y fin último informador es la promoción de la actualización del carácter oblativo de la persona humana¹⁶⁵.

2. *Proyección jurídico-social del vínculo matrimonial*

a) *Función paradigmática para con la ley positiva*

La estructura del matrimonio *in facto esse* agota la potencialidad relacional de la naturaleza humana ya que relaciona establemente o *une* a las partes en la naturaleza en cuanto principio de operaciones, es decir, en lo que decide la misma relacionalidad natural del ser humano. Los cónyuges se constituyen en un bien común que radica en sus unidas y comunicadas estructuras operativas y, por tanto, son actual y existencial-

164. Cfr. P.-J. VILADRICH, *La definición del matrimonio...*, cit., p. 276.

165. «Il concetto del diritto, secondo l'antichissima istituzione, va ricondotto a quello di giustizia, ma non solo a quello della giustizia parmeneidiana, che, distinguendo il "mio" dal "tuo" separa l'"io" dal "tu", bensì a quello della *iustitia maior* predicata da Cristo, che è la carità. In conclusione: come non il solo principio negativo della non violenza non si può costruire una società, così non si può costruire una "società senza diritto e senza Stato" come promettono certe utopie contemporanee. Ma ben si può costruire una società fondata sull'amore; ben si può e si deve tendere a un'universale civiltà dell'amore. Qui la violenza sarà esclusa perché contraria al diritto che è la carità: *plenitudo legis dilectio* (Rm 13,10)». JUAN PABLO II, *L'ideologia della violenza frutto amarissimo dell'confusione delle idee*, en *Diritto e giustizia nel magistero pontificio...*, cit., p. 138. (*Discurso a los participantes de la XXXI Convención Nacional de la Unión Italiana de los Juristas*, 6-8.XII.1980).

mente el bien común. Éste, en cuanto realizado, no se identifica por consiguiente con un objeto externo de colaboración, con algunas concretas actuaciones o bienes materiales, sino con los mismos varón y mujer en cuanto tales, es decir, con la masculinidad y feminidad encarnadas. Éstas, por la intrínseca interdependencia en la identidad e identificación, tienden a instituirse en lo numéricamente uno; en la humanidad realizada plenamente en su doble modalización complementaria, compartida biográficamente desde los centros personales de atribución de este bien común.

Podemos por consiguiente afirmar que el matrimonio *in facto esse* constituye la actualización y articulación concreta y absolutamente plena (en sentido de intensidad) del bien común de la sociedad, porque agota la potencialidad de orientación a este bien de unas personas concretas.

El bien común matrimonial, al ser realizado, desempeña en la relación conyugal todas las funciones del bien común social respecto a los miembros de la sociedad. A saber: necesariamente revierte al bien personal de cada parte decidiendo su desarrollo de la personalidad; en el contexto de su dinamicidad sinérgica¹⁶⁶ manifiesta su superioridad sobre los bienes particulares; siendo orientado intrínsecamente a unos fines naturales que se consigue a través de la orientación mutua de las partes a sí mismas (el bien común matrimonial en su tendencia al desarrollo) constituye la causa final de la *sociedad matrimonial*.

Por otro lado, el bien común matrimonial constituye enteramente lo suyo de cada parte y, por tanto, el derecho-deber atribuido con igual intensidad a ambos centros personales. Esta coposesión jurídica, ordenación instituida al bien común matrimonial, es una norma; una ley con destinatarios exclusivos en los cónyuges que al mismo tiempo, por ser protagonistas del consentimiento matrimonial, se convierten en los primeros legisladores. Manifiestan así su *específica y exclusiva potestad soberana de generar derecho*¹⁶⁷.

Los contrayentes *positivizan* la ordenación de la naturaleza humana al bien común. Esta específica positivación pertenece exclusivamen-

166. Cfr. P. ALLEN, *Integral sex complementarity and the theology of communion*, en: «Comunio», 17 (1990), p. 540.

167. P.-J. VILADRICH, *La familia soberana*, en: «Ius Canonicum», 68 (1994), p. 437.

te a ellos ya que, a través de la mutua donación, gestionan sus exclusivos dominios sobre sus propias estructuras operativas. El bien común instituido, el derecho que radica en el vínculo conyugal, constituye la causa formal de la *sociedad matrimonial*. A su vez, los derechos y deberes conyugales son inherentes a este derecho. Como hemos destacado, la estructura jurídica del matrimonio *in facto esse* es orientada a la consecución de la igualdad radical entre las partes que afirman en esta estructura su absoluta irrepetibilidad.

Por todo lo dicho podemos afirmar que un concreto vínculo matrimonial constituye la plenitud de la ley positiva ya que, agotando su aplicabilidad en esta concreta relación interpersonal y vinculando estos dos destinatarios concretos, consigue al mismo tiempo, de manera absolutamente plena, la finalidad de esta ley. Dicha finalidad consiste en la orientación al bien común, efectuada a través de un acto decisorio humano que debe, dentro de los límites de su creatividad, buscar la mayor convergencia posible entre la ley natural y la ley positiva.

Este acto, en el caso del matrimonio, no busca ni pacta el contenido de la ordenación mencionada sino que directamente la instituye y por tanto no puede en ningún grado distorsionar dicha convergencia. En caso de ausencia de esta convergencia no se instituye el matrimonio. La intervención humana se limita por tanto a desencadenar el poder ordenador de la misma naturaleza humana que decide de modo exclusivo el contenido de la ordenación normativa instituida.

Por tanto podemos constatar que un concreto matrimonio *in facto esse*, constituyendo la plenitud absoluta de la ley positiva en la micro-escala de aplicabilidad, constituye al mismo tiempo el paradigma de toda la ley positiva estatal aplicable en la macro-escala de la sociedad.

Esta función paradigmática se fundamenta también en el hecho de que no existe otra ordenación positiva al bien común actualizada por la libre voluntad humana que tenga el mismo grado de plenitud. Todas las demás vinculaciones normativas positivas vinculan a los hombres en algo *externo* respecto a la persona, es decir, en una concreta actuación (respeto del derecho o cumplimiento del deber). En cambio, el vínculo conyugal, como hemos subrayado, radica en los nexos mismos, coposeídos y comunicados, entre las fuentes y los actos de autodeterminación de

las partes que en sus estructuras operativas unidas son positivamente derecho-deber común, es decir, el bien común radical como lo justo; lo debido.

Por lo tanto, la función paradigmática del matrimonio consiste en informar de tal manera cualquier ley positiva para que ésta, que forzosamente no puede llegar en su propia estructura al grado de la comunicación matrimonial, pueda realizar en su ámbito específico de operatividad, de la manera más eficaz posible, las notas de la ordenación perfecta al bien común que aseguran y promueven la igualdad radical y el libre desarrollo de la personalidad entre los destinatarios de esta ley¹⁶⁸.

El vínculo matrimonial en su interna estructura jurídica manifiesta también el perfecto equilibrio entre lo privado y público. Traza la frontera entre la autonomía que rige la vida conyugal (el ejercicio de los derechos conyugales, la forma de cumplimiento de los deberes, el número de hijos etc.)¹⁶⁹ y la competencia del poder público que debe proteger la institución matrimonial. Constituye, por tanto, un modelo jurídico realmente existente para evocar la existencia de unos límites y ámbitos naturales y justos del ejercicio del poder público (legislativo, ejecutivo y judicial) sobre las relaciones interpersonales.

b) *Paradigma del consenso*

El problema del consenso¹⁷⁰ puede aportarnos un ejemplo práctico. Un consenso difícilmente consigue un equilibrio absoluto y, por tanto, con la misma dificultad puede salvaguardar la igualdad radical entre las partes que consienten. El objeto del consenso es siempre algo externo a la totalidad de sus cuerpos personales; de sus estructuras operativas. Éstas, como hemos destacado, son siempre desiguales, y por consiguiente, la colaboración convenida en lo externo y común tiene que tener en cuenta esta desigualdad fundamental. Ésta debe ser proyectada sobre el objeto de la colaboración y del convenio para encontrar un punto de

168. F. D'AGOSTINO afirma que «la “normatividad” del derecho se constituye a partir de lo “familiar”; mas aún, *in apicibus* coincide con la esencia misma de la “familia»», *Elementos para una filosofía de la familia*, Madrid 1991, p. 66.

169. Cfr. J. HERVADA, *El Derecho del Pueblo de Dios...*, cit., p. 209.

170. Cfr. F. CARPINTERO, *Libertad y derecho*, en: «Persona y Derecho», 30 (1994), p. 74.

equilibrio que permita la *entera* posesión y participación de cada parte en el bien común social actualizado en el objeto de colaboración.

Dicha posesión *entera*, en el plano concreto, se manifestará en una participación diferente (desigual) en el objeto externo y común de colaboración, sin embargo, en el contexto personal resultará igual; es decir, afirmará el estatuto personal de cada parte que se manifiesta en la posesión *entera* de su propia estructura operativa. La proyección de la totalidad de esta estructura de cada parte sobre el objeto de colaboración significa la proyección de sus verdaderas necesidades y posibilidades que quedan de esta manera afirmadas en el convenio, asegurando así una justa distribución de las cargas y beneficios a las partes del contrato. Estas cargas y beneficios que serán diferentes (desiguales), pero proporcionales respecto a la estructura operativa de cada parte, expresarán la *entera* o total satisfacción del derecho de cada parte a participar *enteramente* en el bien común.

No obstante, el problema consiste en la dificultad de encontrar un modelo real del consenso que sea portador de la igualdad radical entre las partes y constituya el remedio de la posible arbitrariedad interpretativa a la hora de pactar.

Podemos afirmar que este modelo es la estructura del matrimonio *in facto esse* que puede constituir el punto de referencia, realmente existente, de una tal afirmación de las personalidades de las partes vinculadas que actualice *de facto* su radical igualdad. En el matrimonio la proyección mencionada equivale a la identidad entre, por un lado, las estructuras operativas de los cónyuges y, por otro, el objeto común de colaboración, y por tanto, en el proceso de dicha proyección no cabe ningún error desequilibrador que pueda causar la desigualdad. La colaboración concreta en lo externo tiene lugar en el contexto de la actuación como un único (jurídicamente) principio de operaciones, y por tanto, el objeto externo del dominio no forma el término de dos distintas y forzosamente relaciones desiguales de dominio, sino de una única relación en la que la desigualdad estructural, es decir, la que viene de la misma estructura del convenio, es implantable.

La unidad de las estructuras operativas de las partes, y por tanto la unicidad del dominio, en el plano existencial tiene que ser conciliada

con la real alteridad de las partes. Esta conciliación es alcanzable solamente a través del diálogo que, en su significado profundo matrimonial, se identifica con el tener en cuenta, a la hora de tomar cualquier decisión, toda la estructura operativa del otro, compartida y por tanto vista *desde dentro*; desde la perspectiva del nexo entre la fuente y el acto de autodeterminación. En el plano real, esta perspectiva es accesible exclusivamente a cada uno respecto a su propio cuerpo personal y por tanto el diálogo matrimonial supone recurrir a todos los medios posibles (comunicación verbal y no verbal, la escucha, un conocimiento cada vez más profundo del otro y una habilidad cada vez mayor del propio comunicarse al otro, etc.¹⁷¹) para poder llegar *desde fuera* a lo jurídicamente coposeído y compartido *desde dentro*.

Desde esta perspectiva el diálogo en cuanto tal se presenta como jurídicamente exigible, ya que constituye el único modo de actualizar la estructura del matrimonio *in facto esse*, es decir, de obrar la unidad en la alteridad para alcanzar, entre otras cosas, la efectiva igualdad entre las partes.

La efectiva igualdad se hace posible únicamente en el diálogo. No obstante, éste no parece tener en esta afirmación un estatuto jurídico ni un contenido preciso sino que constituye un mero postulado práctico de intercambio de posturas.

El matrimonio *in facto esse* proporciona el concepto de un diálogo jurídicamente exigible como único medio de conseguir la igualdad y, por otro lado, delimita el contenido de este concepto como comunicación intrínsecamente orientada a conocer la estructura operativa de la otra parte en el grado y profundidad que corresponde al carácter del objeto común de colaboración, para poder organizarla en el plano de esta igualdad radical; es decir, proyectar la personalidad de cada uno sobre el objeto de colaboración para participar *enteramente* en lo común.

c) *Paradigma de la finalidad última de la ley*

Otra manifestación de la función paradigmática del matrimonio aparece al analizar la relación entre amor y derecho. Hemos destacado

171. Cfr. D. ISAACS, *Dinámica de la comunicación en el matrimonio*, Pamplona 1986, pp. 50-54.

que éste encuentra su fin último, pero no directo, en el amor que actualiza máximamente la orientación de la naturaleza humana al bien común por actualizar la potencia esponsal u oblativa del ser humano. Por otra parte, el derecho, en su operatividad directa en el campo de la justicia, manifiesta un cierto carácter ambivalente al distanciar y a la vez vincular a los sujetos de las relaciones jurídicas¹⁷².

La función directa del derecho positivo tiene como objetivo delimitar lo justo; lo atribuido al sujeto como suyo y, consiguientemente, delimitar también la actitud adecuada (justa) del otro frente a este sujeto en lo que se refiere a la *res iusta*. Esta función debe ser ejercida en el contexto de su referencia última; es decir: a través de la delimitación y protección de lo atribuido se debe apuntar, hacer referencia a la fuente que en última instancia informa esta concreta ley positiva. Dicha fuente es la primera y fundamental atribución justa que se manifiesta en la autoposesión y autodominio de la persona sobre su propia estructura operativa. Esta atribución fundamental, como hemos destacado, no se actualiza plenamente sino a través de la autodonación, es decir a través del amor.

El cumplimiento estricto de la ley positiva no puede alcanzar sin embargo esta dimensión de la plena tematicidad de la persona; no obstante, al mismo tiempo se orienta intrínsecamente e induce a los actos que cumplen *sobreabundantemente* la ley, es decir, a los actos del amor. Estos actos no son exigidos por la ley positiva, sin embargo se ubican en la meta del desarrollo lógico de las respuestas al mismo *sentido* de la ley.

Aquí aparece un problema análogo al caso del convenio aducido más arriba. A saber: es difícil encontrar un modelo de una estructura jurídica real que pueda decir de manera estable referencia o encarnar la tendencia de la ley al amor. Este problema encuentra su solución en la estructura del matrimonio *in facto esse*. En ésta, como hemos destacado, no existe la distancia entre sujeto y objeto del derecho; entre lo justo atribuido y la persona en su estructura operativa. La tensión entre derecho y amor es superada a través de la mutua autodonación de las partes no sólo actual y contingente sino *estructural* y por tanto jurídica.

172. Cfr. L. LOMBARDI VALLAURI, *Amicizia, carità, diritto. L'esperienza giuridica nella tipologia delle esperienze di rapporto*, Milano 1984, p. 122.

En el matrimonio el amor conyugal es debido en justicia y puede ser denominado *ius*¹⁷³. Cualquier acto de autodeterminación de una parte en el matrimonio, antes de alcanzar un objeto externo, encuentra la estructura operativa de la otra parte (su cuerpo personal) que necesariamente co-determina este acto y lo convierte en actualización de la autodonación instituida, es decir, en acto de amor que realiza la unión interpersonal y actualiza la unidad conyugal. Por tanto, el cumplimiento de los derechos y deberes conyugales, es decir, la referencia a la *res iusta* particular de la persona del otro, y no a ésta en su totalidad operativa, es estructuralmente consecutiva (y temporalmente simultánea) a la afirmación plena de esta persona; afirmación que se identifica con el acto de amor.

Desde esta perspectiva, la estructura del matrimonio *in facto esse* constituye el cumplimiento del postulado ético-social: *plenitudo legis dilectio*, no en el sentido actual y contingente de una acción transeúnte, sino en el sentido de una estructura transaccional y paradigmática donde la *lex* (estructura normativa y vinculante de la esencia del matrimonio) hace que la *dilectio* (amor de elección y don gratuitos) se transforme en amor libre debido en justicia¹⁷⁴. Consiguientemente, cualquier cumplimiento de la *lex* es una actualización de la *dilectio* debida.

La presencia de esta concreta y jurídica estructura paradigmática puede hacer evitar que el poder legislativo, como también el judicial y el ejecutivo, descarte el concepto de amor, informador de las leyes positivas y de sus interpretaciones, por ser supuestamente ideal (poco concreto o inexistente) o confesional (opinable y heterogéneo) o por confundirlo con una acepción arbitraria de este concepto e impuesta por un grupo de presión. De este modo la equidad, que mejora la justicia y favorece el bien común¹⁷⁵, puede tener una mayor influencia en la creación dinámica del ordenamiento jurídico.

d) Paradigma de la «humanidad» de la ley positiva

El matrimonio desempeña, en la formación de cualquier ley positiva, una función análoga al caso del consenso entre particulares. En-

173. Cfr. *Allocutio ad Romanae Rotae praelati auditores* (21 de enero 1999)..., cit., n. 3, p. 624.

174. Cfr. P.-J. VILADRICH, *La familia. Documento 40'ONG's*, Madrid 1998, p. 31.

175. Cfr. J. HERVADA, *Introducción crítica al derecho natural*, Pamplona 1996, p. 70.

tonces, el lugar del diálogo mencionado lo ocupa el proceso racional de la elaboración del contenido de la ley. Éste debe reflejar la igualdad radical de los destinatarios de la norma y su orientación al bien común de la sociedad. Por consiguiente, en el proceso mencionado, el poder legislativo debe tener en cuenta dicho bien en cuanto *humanidad relacional* o *convivencia* que hemos analizado.

En este contexto el matrimonio manifiesta la actualización de la *humanidad entera* en su doble modalización sexual y, consecuentemente, la imprescindible interdependencia, comunicación y colaboración entre los sexos en el desarrollo de la humanidad en el plano de la igualdad radical entre varón y mujer.

La función paradigmática del matrimonio consiste por tanto en la aportación de una estructura jurídica real donde la norma (el matrimonio *in facto esse*), de manera absolutamente plena, actualiza la natural orientación *humana*, es decir, masculino-femenina y por tanto complementaria, al bien común. Este aspecto de la función paradigmática del vínculo matrimonial tiene gran importancia en la efectiva consecución de la igualdad social (jurídica, política, económica etc.) entre varones y mujeres.

Para abordar el tema es conveniente partir de un panorama del itinerario histórico del feminismo. Éste, en su primera etapa del cruce de los siglos XIX y XX, afronta y lucha contra la discriminación de la mujer y exige para ésta la igualdad de derechos. Lo hace sin embargo no desde la perspectiva de la especificidad de la femineidad en cuanto tal, que debe ser tratada igual dentro del contexto de su aportación igual y complementaria a la sociedad, sino desde la perspectiva asexual.

En consecuencia, el punto de referencia para la tendencia igualitaria lo constituían forzosamente las estructuras sociales ya existentes, creadas desde una óptica discriminatoria con un predominio fuerte de los varones no sólo numérico, sino también derivado de la *masculinización* (frente a la *humanización* complementaria) de los mismos criterios y valores que informaban la estructura social¹⁷⁶. En este contexto sólo era posible la consecución de una igualdad satisfactoria en aquellos derechos que no tenían una conexión directa con la convivencia social comple-

176. Cfr. J. BALLESTEROS, *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, Madrid 1989, pp. 130-131.

mentaria, sino con la mera paridad técnica que corresponde a todos los individuos: p. ej. en el derecho de voto.

Un planteamiento distinto de la igualdad entre varón y mujer lo presenta el neofeminismo de los años ochenta del siglo XX. Intenta conseguirla y al mismo tiempo conservar la identidad femenina en su aportación específica a la sociedad¹⁷⁷. Este planteamiento no se identifica sin embargo con la contraposición o lucha entre las identidades específicas del varón y de la mujer y entre sus influencias respectivas en el campo social, sino con la proyección a la estructura social de la interdependencia en la identidad entre los sexos¹⁷⁸.

La mentalidad de la contraposición y lucha, al desconectar la feminidad de su referente masculino identificador y definidor, acaba inevitablemente en la biologización de la sexualidad cuya materia se convierte en un «derecho» de la persona en sentido de una cosa material atribuida que no es capaz, al no ser inherente a la dignidad personal, de proyectarse a la estructura social. De este modo el feminismo igualitarista, al destacar estos «derechos», contribuye a una mayor discriminación de la mujer en una sociedad no informada por lo específicamente femenino que pierde en esta situación su debida apreciación y protección.

Un ejemplo notable de este mecanismo lo constituye la presencia social de la maternidad. Cuando se limita ésta en cuanto derecho a la «libre disposición de su propio cuerpo» o se la identifica con un «derecho sexual o reproductivo» sus verdaderos derechos sociales son difícilmente planteables.

Así pues, la posibilidad plena de conciliación entre ser madre y un compromiso en la vida pública y económica y, lo que es una derivación, la libre decisión sobre el número de hijos deseados; la retribución justa por el trabajo en el hogar libremente asumido como exclusivo, dada su gran trascendencia social; la estructuración del mundo laboral que permita a la mujer conservar plenamente su identidad específica¹⁷⁹, son derechos escasamente contemplados en los ordenamientos jurídicos actuales¹⁸⁰.

177. Cfr. *ibid.*, p. 132.

178. Cfr. *ibid.*, pp. 133-134.

179. Cfr. *Familiaris consortio*, n. 23; *Laborem Exercens*, n. 19.

180. Cfr. J. HAALAND MATLARY, *I diritti della maternità*, en: «Studi Cattolici», 444 (1998), pp. 94-99.

En este contexto, el vínculo matrimonial y su normatividad propia, que manifiesta toda la dinámica complementaria entre los sexos, constituye un punto de referencia indispensable para salvaguardar la igualdad real entre hombres y mujeres. Como hemos subrayado, la integración de las diferencias sexuales en la unidad del vínculo conyugal destaca e intensifica la específica aportación de ambas y al mismo tiempo constituye el único modo de preservar la igualdad. Esta integración jurídica y estructural constituye, por consiguiente, un paradigma para las leyes positivas que estructuran jurídicamente la sociedad compuesta por hombres y mujeres.

Sin este recurso el *ser varón* y el *ser mujer* se trasladan del ámbito objetivo e interpersonal al ámbito del arbitrio individual, desde donde no pueden informar adecuada y eficazmente la estructura social y, en consecuencia, tampoco pueden *humanizar* plenamente la ley positiva. El matrimonio *in facto esse* en su irradiación social aparece por tanto como un recurso indispensable para propiciar una verdadera *revolución femenina*.

Otra manifestación de la humanización del derecho positivo desde la fuente informadora situada en el vínculo conyugal es el dominio plenamente *humano*, y por tanto complementario, sobre la naturaleza. En el matrimonio varón y mujer como un único principio de operaciones, es decir del dominio, constituyen una fuente y causa de transformación y del progreso de lo externo y dominado de la manera más *humana* y por consiguiente más creativa posible¹⁸¹.

El matrimonio *in facto esse* como estructura jurídica constituye en este contexto la orientación positiva al bien común que es perfectamente *ecológica*, ya que domina la entera naturaleza humana con pleno respeto de ésta y con simultáneo aprovechamiento de todas sus posibilidades. Esta *ecología interna* se proyecta *ad extra* tanto en la procreación y educación del hijo como también en la dominación sobre el universo, que resulta ser creativa y no destructiva¹⁸². Se presenta, por consiguiente, como una condición del auténtico progreso¹⁸³.

181. Cfr. M. MERINO, *La feminidad en la escuela de Alejandría*, en: D. RAMOS-LISSÓN-P.-J. VILADRICH-J. ESCRIVÁ-IVARS (coords.), *Masculinidad y feminidad en la Patrística*, Pamplona 1989, pp. 45-46.

182. Cfr. K. WOJTYŁA, *Miłość i odpowiedzialność...*, cit., pp. 206-207.

183. Cfr. JUAN PABLO II, *Dalla «Humanæ vitæ» una nuova proposta pedagogica sull'amore coniugale inteso come donazione totale fedele e feconda*, en: *Insegnamenti di Giovanni Paolo II*, vol. XVI,2 (1993), p. 1367.

En este contexto destaca el papel referencial del vínculo matrimonial dentro de una cultura determinada. Si definimos ésta como «una explicación de sí mismo hecha por el hombre y una organización de su conducta consigo mismo y con todos los demás»¹⁸⁴, el matrimonio *in facto esse*, que en su esencia es extracultural, aparece como uno de los principios de juicio sobre dicha cultura concreta. El vínculo matrimonial constituye un punto de referencia extra y transcultural para medir el grado de plenitud de la custodia y defensa de un valor absoluto expresado a través de una forma cultural¹⁸⁵. El matrimonio, por tanto, hace medir el grado del desarrollo cultural de una sociedad determinada.

3. *Proyección jurídico-social de la unión de hecho* «institucionalizada»

a) *Opción discriminatoria por el individualismo*

La unión de hecho por definición rechaza el vínculo matrimonial. Los convivientes no quieren por tanto transformarse en un bien común ni, en consecuencia, en el derecho-deber común del que emanan obligaciones y facultades jurídicas. Permanecen así *de facto* en el campo de los hechos de la convivencia como dos subjetividades paralelas y no vinculadas. La prolongación de esta situación contingente depende en cada instante de las voluntades de las partes. Generalmente este tipo de relación tiene la trascendencia jurídica propia de los hechos; es decir, su valoración jurídica es siempre particular *ad casum* y *a posteriori* con diferencia al trato de las instituciones jurídicas que tienen un estatuto transaccional.

Existe sin embargo una clara tendencia de los ordenamientos jurídicos estatales a *institucionalizar* la unión de hecho con una conservación paralela de su carácter contingente. De esta manera la convivencia *more uxorio* se convierte en una institución peculiar; en un bien jurídicamente protegible, a cuyos protagonistas se otorga unos derechos asimilables a los que ejercen los cónyuges. Por otra parte hemos destacado

184. P.-J. VILADRICH, *Sobre la definición del matrimonio...* cit., p. 976.

185. Cfr. F. D'AGOSTINO, *Una filosofía della famiglia...*, cit., p. 161.

que para salvaguardar la libertad e igualdad entre las partes de la convivencia *more uxorio* es preciso establecer el vínculo matrimonial cuya estructura interna se escapa del poder creativo humano.

Podemos por consiguiente llegar a la conclusión de que para ser mínimamente coherente, al llevar a cabo dicha equiparación, hay que negar necesariamente la intrínseca juridicidad y autonomía del vínculo matrimonial estructuralmente anterior a cualquier poder ajeno a la potencia de la misma naturaleza humana y a la eficacia de los contrayentes. Para equiparar lo antimatrimonial con lo matrimonial, y conservar al mismo tiempo la voluntad expresa de convivencia sin vinculación matrimonial que decide dicha *antimatrimonialidad*, el proceso de asimilación sólo puede tener una dirección inversa¹⁸⁶, es decir, la que asemeja el matrimonio a la unión de hecho *institucionalizada*.

Podemos afirmar por consiguiente que, para un ordenamiento jurídico que equipara ambas realidades, la función paradigmática del vínculo matrimonial es inexistente. No existe por tanto, siguiendo la lógica interna de este ordenamiento, lo que decide el mismo poder informador y paradigmático del vínculo matrimonial. En consecuencia, la misma consideración de la unión de hecho como un *status* o *institución* limita el panorama de las fuentes jurídicas exclusivamente a la libre voluntad de los individuos y al poder estatal. Para éste resulta imprescindible en este contexto negar la existencia del poder jurídico de la ley natural para sostener la no violación (por lo menos aparente) de los inalienables derechos humanos de las personas.

Consiguientemente, el bien común orientador de las leyes positivas no existe como una realidad anterior a éstas, sino que es creado por los mismos legisladores que exclusivamente deciden su contenido. Éste no deriva por tanto de la misma estructura de la persona humana y de su estatuto relacional. En este contexto, el hombre se presenta como un individuo aislado y el único criterio jurídico es su libre arbitrio. El bien común aparece, de este modo, en función de una convergencia de estos arbitrios transmitida y proyectada al poder estatal.

En consecuencia, el derecho es una orientación *democrática* o *sociológica* al objeto, considerado por un grupo social que tiene una mayor

186. Cfr. R. NAVARRO-VALLS, *Matrimonio y derecho*, Madrid 1994, pp. 67-68.

influencia actual en el proceso de esta transmisión, como un bien. El derecho no emana por tanto del estatuto social de la persona humana sino que consiste en el derecho subjetivo de los individuos que constituyen de manera exclusiva la realidad. Las personas, que son reducidas conceptualmente a individuos aislados, crean entre sí lazos jurídicos que no consisten en la actualización de la socialidad natural sino en *una mera ficción creada mediante pacto, consenso o acuerdo*¹⁸⁷.

Esta inevitable necesidad de elección entre dos visiones contradictorias y excluyentes del derecho descarta la posibilidad del planteamiento de un derecho de familia *neutral* que respetase simultáneamente la unión de hecho como una figura jurídica y el matrimonio con su juridicidad intrínseca y autónoma¹⁸⁸. La afirmación de la *neutralidad* se identifica *de facto* con la opción en favor de una visión individualista de la familia y del derecho. Nos encontramos por tanto ante una aporía de la juridificación de las uniones de hecho, la cual reivindica la libertad de elección en un contexto de pluralismo ideológico y, al hacerlo, desemboca en la imposición de una única visión, forzosamente aplicable a todos, de la estructuración jurídica (o mejor dicho ajurídica) de las relaciones familiares. Esta situación puede identificarse como una lesión del derecho natural del hombre al matrimonio (*ius connubii*), ya que, al vaciar el contenido de éste, se niega en efecto a la persona el derecho a fundarlo¹⁸⁹.

b) *Individualismo y estatalismo*

Desde la perspectiva individualista, propia de la equiparación de la unión de hecho al matrimonio, el Estado goza de manera exclusiva del poder de generar el derecho positivo. Si los lazos jurídicos interpersonales creados desde la base, y por tanto también las sociedades menores, se reducen a una mera ficción, el poder estatal constituye el único referente y criterio de su existencia y operatividad.

Como hemos destacado, la unión de hecho forma una yuxtaposición de dos individuos contrapuestos. Esta situación de aislamiento in-

187. J. CRUZ CRUZ, *Formas de amor y familia...*, cit., p. 306.

188. Cfr. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Diagnóstico...*, cit., pp. 113-114.

189. Cfr. M. BRUGAROLA, *Misión social de la familia*, Bilbao 1965, pp. 30-31.

dividualista no admite ninguna juridicidad interna entre sus miembros. Por consiguiente, la pareja, al reclamar la contingencia de la unión y su carácter privado y ajurídico, paradójicamente entrega todas las cuestiones jurídicas, que inevitablemente surgen en la convivencia, a las manos del poder estatal que *coloniza* los lugares propios y autónomos de los naturales lazos sociales a los que se niega la existencia real¹⁹⁰.

Como consecuencia tiene lugar un fenómeno del incremento de la *normatividad externa* que forzosamente tiene que ocupar las zonas vaciadas de la juridicidad por la voluntad de los individuos¹⁹¹. Se puede detectar un mecanismo en que el extremo privatista de la concepción del derecho sostiene e intensifica el extremo publicista¹⁹².

Uno de los efectos de esta simbiosis deformada consiste en el *pue-rocentrismo* social manifestado en el aumento de la normatividad alrededor de los niños cuyo estatuto jurídico se aproxima en algunos casos al de un sujeto jurídico autónomo que ejerce sus derechos incluso contra los de sus padres¹⁹³. Los problemas se agudizan tras la ruptura de la convivencia de las partes cuando el poder estatal tiene que reconciliar a menudo tres o más derechos subjetivos yuxta o contrapuestos: los de los padres y los de los hijos en lo que se refiere p. ej. a la educación religiosa, al derecho de visita, etc. Se puede detectar también una intromisión del poder público en el ámbito de la transmisión de los valores (particularmente en el campo de la sexualidad) y de la educación de los hijos que, según el principio de subsidiariedad, corresponde primariamente a los padres¹⁹⁴.

Este desequilibrio radica en la negación de la juridicidad primaria y paradigmática que brota de la autoposesión personal y relacional del sujeto sobre sí mismo en cuanto estructura operativa. Como hemos destacado, en la unión de hecho las partes ejercen su libertad desconectándola de su verdadera fuente propia (negación de responsabilidad por sí mismo) y, al cosificar al conviviente, de su verdadero objeto (negación de responsabilidad por el otro). Consecuentemente, en el ordenamiento

190. Cfr. J. MARITAIN, *La persona y el bien común...*, cit., p. 99.

191. Cfr. F. D'AGOSTINO, *Una filosofia della famiglia...*, cit., pp. 61-62.

192. Cfr. JUAN PABLO II, *Rapporti tra pubblico e privato...*, cit., p. 130.

193. Cfr. R. NAVARRO-VALLS, *Matrimonio y derecho...*, cit., pp. 51-53.

194. Cfr. J. HAALAND MATLARY, *I diritti della maternità...*, cit., p. 99.

que «legaliza» este tipo de relación y, consiguientemente, desjuridifica el matrimonio, el modelo configurador de la apertura del hombre a la realidad personal y social ya no es autposesión personal y responsable por sí mismo y por los demás, sino la mera posesión¹⁹⁵ potencialmente arbitraria y por tanto, en lo que se refiere a las personas, irresponsable.

En el caso de la filiación se puede observar desde esta perspectiva un cierto tipo de ambigüedad. Por un lado, el hecho de *venir a existir* del hijo, privado de su contexto personalizador, se convierte en el «derecho al hijo» y es propio de la relación con las cosas adquiridas y, por el otro, el hijo ya nacido en el proceso de *adquisición* aparece ante la sociedad como un sujeto jurídico protegible como los demás. Como efecto, la sociedad, a través de un control jurídico incrementado, manifiesta su desconfianza del padre-propietario¹⁹⁶ y asume en consecuencia un excesivo grado de tutela sobre el niño. Esta situación ejemplifica la simbiosis mencionada de los dos extremos: el privatista, expresado en el poder ilimitado sobre la propia fecundidad, conduce al publicista, que se materializa en la coerción de los legítimos derechos de los padres a la educación de su propio hijo.

La negación de la juridicidad interna y autónoma de los lazos interpersonales más íntimos no sólo entrega todo momento creativo e interpretativo del derecho en las manos del poder público, sino que también limita el contenido de la normatividad a una pura técnica extrínseca al ser humano y no informada por éste en cuanto persona.

Por lo tanto es imposible plantear teóricamente el deber como un momento ético de la misma dinámica de la naturaleza humana que es social, y es necesario concebirlo como un constreñimiento extrínseco, impuesto sobre el libre arbitrio del sujeto¹⁹⁷. En consecuencia se produce una situación vital contradictoria que consiste en que, por un lado, se promueve la visión individualista de la persona en sus más íntimos ámbitos de convivencia que deciden el perfil social de la personalidad y, por el otro, desde las instancias públicas se insiste cada vez más en la solidaridad nacional e internacional¹⁹⁸.

195. Cfr. P. SERNA, *Crisis de la familia europea: una interpretación*, en: «Revista Chilena de Derecho», 21 (1994), p. 240.

196. *Ibid.*, p. 242.

197. Cfr. G. LO CASTRO, *Tre studi sul matrimonio*, Milano 1992, p. 82.

198. Cfr. F. CARPINTERO, *Libertad y derecho...*, cit., pp. 63-64.

Para un miembro de la pareja de hecho amparada jurídicamente, esta insistencia, si tiene manifestación en una norma, es contradictoria con el mismo estatuto jurídico de su convivencia que articula su primera y más próxima apertura social. Para el conviviente *more uxorio* lo jurídicamente protegible, dentro de sus relaciones interpersonales, es primariamente su arbitrio individual y no el bien común.

La ausencia de juridicidad interna en la pareja de hecho y la consiguiente negación de esta juridicidad al matrimonio, conduce en algunos casos, como hemos visto, a la intromisión indebida del poder público en el ámbito de la justa autonomía de la convivencia pero, por otro lado, produce una abstención de intervención en otros casos que la requieren.

La absolutización del arbitrio individual de los convivientes y la falta del criterio objetivo del vínculo matrimonial, con sus precisos derechos y deberes correspondientes, produce unas situaciones injustas, donde el arbitrio individual de la parte más débil no puede, por diversas razones, superar la desigualdad en la convivencia ni demandar *erga omnes* sus legítimos derechos, ya que éstos, dada su supresión por la voluntad de las partes, por principio no existen. El único «derecho» reconocido es el de prolongar o romper la relación y si este romper, por causas de la dependencia de una parte, es imposible, o supone incluso un empeoramiento de su situación, el predominio del más fuerte aparece como el único criterio de convivencia. Este planteamiento *laissez-faire* aplicado a las relaciones familiares significa una nueva forma de darwinismo social¹⁹⁹. La notable reducción de los impedimentos matrimoniales provenientes de la ausencia de la capacidad natural para casarse y la abstención del poder público en su conceptualización y aplicación, particularmente en el caso de las uniones de hecho, indudablemente contribuye al aumento del riesgo de creación de estas estructuras injustas.

Desde esta perspectiva la reivindicación de la pareja de hecho de su equiparación jurídica al matrimonio obedece a una lógica autodestructiva ya que, al desjuridificar éste, los convivientes *more uxorio* quedan privados de la única institución matriz que sirve como un referente

199. Cfr. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Diagnóstico...*, cit., p. 111. (Cita a 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).

preciso para poder proteger eficazmente en cada caso concreto los derechos de las partes en la convivencia²⁰⁰.

Al concluir nuestra presentación debemos añadir que la visión del derecho propia de la institucionalización de la pareja de hecho priva al ordenamiento jurídico del paradigma del consenso que reside en el vínculo matrimonial. Desaparece por tanto el verdadero sentido jurídico del diálogo que debe buscar una solución que sea la más próxima al equilibrio de la igualdad entre los esposos. Entre los individuos aislados no existe, en consecuencia, una meta objetiva y no subjetiva del diálogo. La finalidad de éste constituye un mero acuerdo de voluntades y no una solución equitativa que respete la igualdad radical entre las partes dialogantes. Por falta de un referente objetivo el acuerdo conseguido se reduce en consecuencia a la prepotencia del más fuerte.

Dentro de la lógica jurídica de la pareja de hecho tampoco resultan planteables los postulados del neofeminismo ya que, sin el matrimonio como paradigma de la complementariedad sexual instituida en la sociedad matrimonial, no es posible proyectar adecuadamente la identidad femenina sobre las estructuras sociales. Esta identidad, como hemos subrayado, es inoperante en la unión libre que *desexualiza* a los convivientes. Consecuentemente, la maternidad, extraída de su contexto relacional, se convierte en un espacio de libre arbitrio (y también de soledad) de la mujer y no es un derecho con trascendencia social.

Tampoco es posible, dentro de la misma lógica, evocar el amor como sentido último del derecho. El amor es concebido como un estado afectivo subjetivo y no como autodonación, y por lo tanto, no puede constituir un referente preciso para soluciones equitativas.

El concepto de cultura pierde su perfil transhistórico puesto que se niega la existencia de un criterio humano natural y transcultural de articular las más íntimas relaciones interpersonales. De ahí que, el planteamiento *anything goes* sustituye a la búsqueda, dentro de diversas formas culturales, del núcleo humanizador de dichas relaciones. En consecuencia, la «contraposición entre cultura y naturaleza deja a la cultura sin ningún fundamento objetivo, a merced del arbitrio y del poder»²⁰¹.

200. Cfr. P.-J. VILADRICH, *La familia. Documento 40'ONG's...*, cit., pp. 73-74.

201. JUAN PABLO II, *Discurso a la Rota Romana en la apertura del año judicial* (1 de febrero de 2001), en: «Documentos Palabra», 17 (2001), pp. 30-31.