

II.1 DERECHO CIVIL

LOS DEBERES CONYUGALES

Por el Dr. **LUIS FELIPE RAGEL SÁNCHEZ**
Catedrático de Derecho Civil

SUMARIO

PLANTEAMIENTO

I. EL MATRIMONIO CIVIL COMO CONTRATO PERSONALÍSIMO

- I.1. LA VINCULACIÓN MATRIMONIAL
- I.2. LA CONCEPCIÓN TRADICIONAL DEL MATRIMONIO COMO FIGURA DISTINTA DEL CONTRATO
- I.3. PUNTOS DE CONCORDANCIA ENTRE EL MATRIMONIO Y EL CONTRATO
- I.4. EL MATRIMONIO COMO CONTRATO PERSONALÍSIMO

II. INTERÉS DE LA FAMILIA, IGUALDAD Y AUTONOMÍA PERSONAL

- II.1. EL EQUILIBRIO ENTRE EL INTERÉS DE LA FAMILIA Y LA AUTONOMÍA PERSONAL
- II.2. LA IGUALDAD CONYUGAL
- II.3. EL PACTO CONYUGAL, COMO FÓRMULA PARA HACER EFECTIVA LA IGUALDAD
- II.4. LA INTERVENCIÓN JUDICIAL PARA DIRIMIR LOS DESACUERDOS CONYUGALES

III. EL DEBER DE CONVIVENCIA

- III. 1. CARACTERIZACIÓN GENERAL
- III. 2. PREFERENCIA DEL ELEMENTO INTENCIONAL
- III. 3. ÁNIMO DE PROCREACIÓN Y RELACIONES CONYUGALES
- III. 4. LA PRESUNCIÓN DE CONVIVENCIA
- III. 5. EL CESE EFECTIVO DE LA CONVIVENCIA UNILATERALMENTE IMPUESTO
- III. 6. EL CESE EFECTIVO DE LA CONVIVENCIA POR MUTUO ACUERDO
- III. 7. SOBRE LA VALIDEZ DE LOS PACTOS QUE EXONERAN DEL DEBER DE CONVIVENCIA
- III. 8. EL EMPLEO DE LA FUERZA PARA IMPONER LA CONVIVENCIA
- III. 9. ENFERMEDADES QUE DIFICULTAN LA CONVIVENCIA
- III.10. LA CAUSA DE SEPARACIÓN POR CONDENA DE UN CÓNYUGE NO SE DEBE A LA FALTA DE CONVIVENCIA
- III.11. SUSPENSIÓN DE LA CONVIVENCIA A CONSECUENCIA DE PROCESOS MATRIMONIALES
- III.12. LA CONVIVENCIA DE CÓNYUGES SEPARADOS

IV. LOS DEBERES DE FIDELIDAD Y RESPETO

- IV.1. MAYOR SENSIBILIDAD SOCIAL EN ESTOS DEBERES
- IV.2. LA INFIDELIDAD TIENE UN ÁMBITO MÁS AMPLIO QUE EL ADULTERIO
- IV.3. LA CONSIDERACIÓN COMO CÓNYUGE, COINCIDENCIA BÁSICA DE LA FIDELIDAD Y EL RESPETO
- IV.4. COMPORTAMIENTO DEL CÓNYUGE OFENDIDO
- IV.5. LA PRUEBA DE LOS INCUMPLIMIENTOS DE LOS DEBERES DE FIDELIDAD Y RESPETO
- IV.6. LOS DEBERES DE FIDELIDAD Y RESPETO, TRAS LA SENTENCIA DE SEPARACIÓN

V. LOS DEBERES DE AYUDA Y SOCORRO

- V.1. DISTINCIÓN MERAMENTE TEÓRICA ENTRE LA AYUDA Y EL SOCORRO
- V.2. CONTENIDO Y EXIGIBILIDAD DE ESTOS DEBERES
- V.3. LÍMITES DE ESTOS DEBERES

PLANTEAMIENTO

Si tuviéramos que elegir una sola ventaja de entre todas las que concede el matrimonio y que no aporta la unión extraconyugal, nos quedaríamos con ésta: la institución matrimonial ofrece *seguridad* a los que lo contraen. Los anhelos de realización como persona, emancipación de la familia de origen, búsqueda de la paternidad y de compañía se pueden encontrar también fuera de la institución matrimonial, a diferencia de lo que sucede con los deseos de seguridad. Aunque hoy impere en el mundo civilizado la igualdad entre hombre y mujer, la esencia del matrimonio, forma moderna más extendida de institucionalizar la pareja estable, sigue siendo la misma. Ya no se casan las personas por motivos de seguridad física como en los tiempos remotos, pero lo cierto es que se sigue contrayendo matrimonio buscando la *seguridad*, aunque ahora se trate de una seguridad de otro cariz¹. Es una enorme ventaja saber que la ley se encarga de establecer unas normas que han de regir la vida en común; de esa manera, los componentes de la pareja evitan la necesidad de cubrir el engorroso expediente de discutir previamente las coordenadas que delimitarán su futura relación.

En el origen de la institución matrimonial no se exigía la voluntad de ambos contrayentes: el matrimonio podía ser el producto del rapto de la dama o de la venta hecha por los padres, como sucedía en la tradición hebraica. Tan indigna situación para la mujer ha ido corrigiéndose progresivamente a lo largo de la Historia, hasta llegar a otros tiempos, en los que, en vez de producirse realmente los actos degradantes que acabamos de mencionar, el matrimonio era el resultado de un acuerdo entre las familias, que se plasmaba en una celebración solemne de las nupcias. En una etapa relativamente larga, el matrimonio fue un instrumento utilizado por las clases sociales más influyentes para llevar a cabo interesantes alianzas familiares, que producían concentraciones patrimoniales muy importantes. La opinión de la mujer, e incluso la del marido, eran frecuentemente ignoradas, pues no se requería necesariamente la existencia de ese sentimiento que hoy día llamamos amor. La mujer aportaba una dote al matrimonio y se encargaba de engendrar la descendencia y de gobernar el hogar².

¹ El noviazgo carece de regulación jurídica, porque su contenido se limita estrictamente a las relaciones afectivas. Las normas jurídicas sólo se ocupan de resolver los problemas económicos del noviazgo cuando se otea en el horizonte la próxima celebración del casamiento, regulando la promesa de matrimonio y su eventual incumplimiento, las donaciones *propter nuptias* y las capitulaciones matrimoniales.

² Para un análisis de la evolución histórica del matrimonio, cfr. Entrena Klett, *Matrimonio, separación y divorcio (En la legislación actual y en la historia)*; Pamplona, 1982, págs. 72 y ss.

El sentimiento amoroso ha ido ganando terreno a lo largo de los tiempos hasta convertirse en el primer motivo que se tiene para contraer matrimonio, pero no ha llegado a convertirse en el único móvil que impulsa a dos personas a casarse. Aún siguen contrayendo matrimonio las parejas para lograr unos objetivos diferentes a los de completar una relación amorosa, como son: la necesidad de reforzar o completar la identidad propia; el deseo de procreación; la satisfacción de los instintos sexuales; la huida de una situación familiar o social intolerable³; la presión social contra las uniones extramatrimoniales; las conveniencias económicas de los padres o de los contrayentes; la satisfacción de necesidades inconscientes; solucionar un problema de embarazo, etcétera.

El matrimonio es una situación jurídica muy trascendente que, por los efectos tan importantes que produce, debería ser el resultado de una profunda reflexión y de una decisión no precipitada, fundadas en el conocimiento de la institución, y también en el conocimiento mutuo de los contrayentes. Sin embargo, nuestras leyes no son demasiado rigurosas a la hora de exigir requisitos para casarse. Parece como si se temiera que, actuando de forma selectiva, se produjera un efecto disuasorio que en nada beneficiaría a la sociedad. El matrimonio goza de gran predicamento social en nuestro país. La sociedad ve con buenos ojos que las personas maduras y responsables estén casadas y, por esa razón, muchas parejas deciden homologarse en su momento con el resto de las personas «normales», contrayendo matrimonio.

Sorprendentemente, una boda está al alcance de más personas que la realización de actos como, por ejemplo, comprar un piso. Una persona que carezca de medios económicos y que no haya cumplido aún los dieciocho años, podrá acceder al matrimonio, obteniendo la dispensa correspondiente, pero le será muy difícil adquirir en esas mismas condiciones una vivienda.

Estas facilidades que nuestra legislación concede a los que muestran su deseo de casarse se pone de relieve en la ceremonia civil del matrimonio, que se celebra ante el juez o funcionario competente y dos testigos mayores de edad, que pueden ser incluso familiares de los contrayentes. La ceremonia es muy corta: el celebrante debe leer los arts. 66, 67 y 68 del Cc., que se refieren a la igualdad de los cónyuges y a los deberes mutuos de respeto, ayuda, socorro, convivencia y fidelidad, y a la obligación de actuar en interés de la familia. Terminada la lectura, preguntará a cada uno de los contrayentes si consienten en contraer matrimonio con el otro y si efectivamente lo contraen en dicho acto. En caso de respuesta afirmativa, que obviamente será lo normal, declarará el funcionario que los contrayentes quedan unidos en matrimonio (art. 58 del Cc.).

³ Dentro de esta apartado se encuentran los llamados matrimonios de complacencia –matrimonios blancos, en la terminología francesa–, en los que se pretende, bajo el ropaje de una boda y generalmente previo precio, que un extranjero se aproveche de las ventajas del matrimonio a los efectos especialmente de regularizar su estancia en el país o de obtener más fácilmente la nacionalidad del que aparezca formalmente como cónyuge. Sobre este tema, véase la resolución de la D.G.R.N. de 9 de octubre de 1993.

No se pregunta a los contrayentes por el *amor* que sienten recíprocamente, pero no se trata de un olvido, sino de una omisión deliberada⁴. Nuestro Derecho civil no exige que se declare públicamente la existencia de un afecto amoroso para entrar en el matrimonio⁵; si así lo hiciera, la simple declaración unilateral de la desaparición de ese afecto debería bastar para provocar la ruptura de un vínculo que no es esencialmente vitalicio. Por otra parte, el amor es un sentimiento que suele manifestarse con más facilidad en la intimidad y, como todo sentimiento, está sujeto a vaivenes. Por esa razón, la falta de ese afecto conyugal, cuando no vaya acompañada de otras manifestaciones externas (desavenencias, incumplimientos graves o reiterados, etcétera), no es motivo suficiente para salir del matrimonio.

Así, pues, la pública declaración de un recíproco amor no es requisito indispensable para contraer matrimonio. Todos damos por supuesto que existirá entre los cónyuges cierto afecto, pero, si ese sentimiento no se produce en la realidad, para curarse en salud, nuestra legislación impone a los cónyuges unos deberes matrimoniales que habrán de cumplir en todo caso, exista o no el afecto conyugal.

En el fondo de la cuestión subyace la idea de que el sentimiento amoroso debe existir, porque, en caso contrario, sería muy difícil –y hasta intolerable– cumplir adecuadamente las obligaciones conyugales, que hoy se encuadran en un plano de igualdad. ¿Cómo va a poder cumplir un cónyuge las obligaciones de actuar en interés de la familia, de convivencia, de fidelidad, etcétera, si no siente afecto por su pareja? Es mucho más llevadero ser fiel y respetuoso cuando un cónyuge se siente vinculado sentimentalmente con su consorte, llámese a ese sentimiento amor, cariño, ternura, amistad, complicidad o camaradería. Y, mirando la misma cuestión desde el ángulo inverso, cuando falta ese sentimiento afectivo, es más probable que uno o ambos cónyuges puedan incidir en incumplimientos de los deberes matrimoniales y, si el grado de insatisfacción sentimental es profundo, las tensiones conyugales alcanzarán cotas muy altas.

Nuestro Código civil señala que son causas de separación y divorcio diversas conductas que son reveladoras de incumplimientos conyugales, pero si las analizamos una por una, nos percatamos inmediatamente de que tales causas sólo son utilizables cuando el cónyuge demandante ha decidido provocar oficialmente la ruptura. Por muy alcohólico, toxicómano, perturbado mental, infiel, presidiario, agresor físico o injurioso que sea uno de los cónyuges, mientras que el otro consorte soporte esa convivencia infernal, no instará el procedimiento correspon-

⁴ Cfr. Díez-Picazo y Gullón, *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, Madrid, 1992, pág. 64: «El formalismo se ha superpuesto a la *affectio* por razones de certidumbre y de ritualización».

⁵ Por el contrario, en el Derecho canónico se establece expresamente que los contrayentes se aceptan mutuamente «para formar una íntima comunidad de vida y de *amor*». A partir del Concilio Vaticano II se ha privilegiado el papel que el amor tiene en la prestación del consentimiento matrimonial, del que es elemento esencial. No obstante, la Sede Apostólica ha aclarado que ese amor es el llamado amor conyugal u oblativo, caracterizado por la benevolencia y la amistad, y no por el simple deseo o concupiscencia. Sobre este tema, cfr. Aznar Gil (*El nuevo Derecho matrimonial canónico*, Salamanca, 1985, págs. 304 y ss.).

diente; sólo lo hará cuando esté convencido de que ya no es posible cumplir el proyecto común que se trazó en el momento de casarse y, muy posiblemente, cuando advierta que ya no tiene sentimiento afectivo hacia la otra persona.

I. EL MATRIMONIO CIVIL COMO CONTRATO PERSONALÍSIMO

I.1. LA VINCULACIÓN MATRIMONIAL

Desde el momento de celebración del matrimonio, nuestra legislación evita llamar marido y mujer a las personas casadas y prefiere designarles por la palabra neutra e igualitaria *cónyuge*, término que, como no termina en las letras *a* u *o*, no genera suspicacias feministas o masculinistas. De todos modos, el art. 44 del Cc., siguiendo la fórmula del art. 32.1 de la C.E., deja bien claro que quienes pueden contraer matrimonio son los hombres con las mujeres, y, por si aún cupieran dudas al respecto, la resolución de la D.G.R.N. de 21 de enero de 1988 ha declarado que no pueden contraer matrimonio personas del mismo sexo.

Aunque no existen mecanismos que sirvan para comprobarlo efectivamente, nuestra sociedad da por supuesto que los contrayentes saben a lo que se *comprometen*. A partir de la boda, normalmente celebrada en forma pública, marido y mujer *ya no serán libres jurídicamente*. Esa cautividad especial, lejos de disuadir a las personas, es precisamente el ingrediente que más se busca en el matrimonio. Incluso los que fracasaron en la experiencia matrimonial no descartan la posibilidad de volver a intentarlo en el futuro.

¿Qué es lo que ha cambiado respecto de la situación anterior al matrimonio?

A responder a esa pregunta dedicaremos nuestra investigación, dedicada a pormenorizar sobre los llamados deberes matrimoniales personales. Por el momento, sólo queremos indicar que esos deberes, aunque pueden singularizarse y diseccionarse a nivel científico, forman en la realidad un entramado jurídico difícil de desintegrar. Si la convivencia instaura una comunidad material y espiritual, ello lleva consigo que los cónyuges se respeten y se ayuden, y que tengan en cuenta el interés de la familia en un marco de igualdad. Esa es la situación ideal, a la que debe aspirar toda pareja. Problema distinto es que, debido a la precariedad de las fuerzas humanas, raras veces se alcance esa perfecta comunión física y espiritual. Y es ahí donde la antigua *affectio maritalis*, que está implícita en la regulación legal, sirve de eficaz lubricante de las piezas que componen el engranaje matrimonial.

I.2. LA CONCEPCIÓN TRADICIONAL DEL MATRIMONIO COMO FIGURA DISTINTA DEL CONTRATO

Antes de tratar sobre cada uno de los deberes matrimoniales personales, se hace imprescindible enfocar con carácter previo la importante cuestión de la

naturaleza jurídica del matrimonio y contestar a la siguiente pregunta: ¿es el matrimonio civil un contrato o es otra figura jurídica distinta?

Para responder a tan trascendente cuestión, nos fijaremos en primer lugar en el dato fáctico, en aquello que nos ofrece la realidad, para catalogar posteriormente el entramado de relaciones que crea el matrimonio.

De ese análisis de la realidad surge enseguida una primera constatación, que es la siguiente: nuestro Código civil no se ocupa de regular el modo en que los componentes subjetivos del matrimonio han de proceder, porque, en esas cuestiones, *lo verdaderamente importante es que los cónyuges se entiendan*, sea cual fuere la práctica que siguen para conseguir esa finalidad. El único límite claro a esa manera de comportarse será el respeto a la dignidad de la persona, que deriva del art. 10.1 de la C.E.

Nuestros autores ponen de relieve las características de los deberes matrimoniales, subrayando el componente ético o moral que tienen los mismos y la trascendencia de los hábitos familiares y personales en este ámbito de la vida de pareja. Recuerda Lacruz que la escuela histórica puso en duda la pertenencia de estos preceptos al campo del Derecho, entendiendo que virtudes como la fidelidad, la devoción, la obediencia, el respeto, se imponían por la costumbre, y no por la ley, y que, en sustancia, debiera dejarse la ordenación de las relaciones familiares, en primera línea, a los miembros de la familia y a su sentido moral⁶. Este mismo autor señala que, «en general, la doctrina va considerando a los deberes impuestos por el art. 56 como incompletos y provistos sólo parcialmente de coercibilidad jurídica, y sus manifestaciones las recogen sentencias como la de 4 de diciembre de 1959, según la cual tales deberes tienen «un carácter marcadamente ético, porque se confía al sentimiento y a la conciencia íntima el cumplimiento»⁷. Del mismo modo, para Albaladejo, casi todos esos deberes tienen una fuerte dosis de contenido moral, y que desobedecido el que sea, por cualquiera de los cónyuges, no hay generalmente posibilidad de imponer su cumplimiento forzoso específico⁸.

Sin embargo, en este punto se produce una enorme paradoja, que, en nuestra opinión, es el origen del desconcierto que existe sobre la materia que estamos tratando, porque, a renglón seguido, nuestros autores señalan de forma prácticamente unánime que los deberes personales entre cónyuges son *imperativos*⁹, es

⁶ Cfr. Lacruz, «Derecho de familia», *Elementos de derecho civil*, t. IV, Barcelona, 1984, pág. 179.

⁷ Cfr. Lacruz, ob. cit., pág. 180. En el mismo sentido, cfr. García Cantero, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, t. II, Madrid, 1982, pág. 191.

⁸ Cfr. Albaladejo, «Derecho de familia», *Curso de derecho civil*, IV, Barcelona, 1989, pág. 128. También para Gete-Alonso (*Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Madrid, 1984, págs. 314 y ss.; en concreto, pág. 322), no se trata de verdaderas obligaciones, pues ni la reciprocidad al origen a la aplicación del art. 1.124 Cc., ni en la mayor parte de los casos son «obligaciones» directamente coercibles, lo que no obsta para que sean verdaderos deberes jurídicos.

⁹ Las normas que regulan los derechos y deberes de los cónyuges son imperativas para Lacruz (ob. cit., pág. 174), García Cantero (ob. cit., pág. 192), Gete-Alonso (ob. cit., pág. 322), Albaladejo (ob. cit.,

decir, que han de ser incumplidos ineludiblemente por el marido y la mujer. En ese mismo sentido, la sentencia del T.C. de 15 de noviembre de 1990 declaró que «el vínculo matrimonial genera *ope legis* en la mujer y el marido una pluralidad de derechos y deberes que no se produce *de modo jurídicamente necesario* entre el hombre y la mujer que mantienen una unidad convivencial estable no basada en el matrimonio». Se piensa que en esas obligaciones se encuentra la esencia del matrimonio, desde el punto de vista civil; y que en ellas está el contenido mínimo¹⁰, la base imprescindible para que pueda funcionar correctamente una relación matrimonial.

No deja de ser chocante que los cónyuges estén obligados a cumplir cabalmente unas reglas objetivas que ellos, a la vez, crean subjetivamente, adaptando a su modo de vida las genéricas prescripciones legales. No termina de entenderse completamente que una persona casada esté obligada a un determinado comportamiento predeterminado por la ley, cuando su propio cónyuge le exime del mismo, ni sería justo que éste emprendiera un procedimiento legal de separación o de divorcio, alegando un incumplimiento de una obligación que dispensó anteriormente, porque iría contra sus propios actos¹¹.

La doctrina trata de hacer ver que el matrimonio, con su entramado de obligaciones personales, que son imperativas e incoercibles a la vez, es algo más que una simple relación contractual. Reparemos en estas palabras de Lacruz: el vínculo sigue creando un ente relevante en la vida pública, con valor general y reclamando el respeto de todos: de ahí que la celebración de matrimonio haya de ser autorizada oficialmente y luego se inscriba en el Registro civil, lo que sería desproporcionado para una mera pretensión obligacional¹². Ciertamente, no vamos a minimizar nosotros ahora la trascendencia del matrimonio, pero sí queremos resaltar que del hecho de que algún acto jurídico acceda a un Registro público no debe inferirse que exceden de un carácter contractual o meramente obligacional, porque al Registro civil pueden acceder también las capitulaciones matrimoniales y los pactos que modifiquen el régimen económico del matrimonio, que, en caso de que afecten a bienes inmuebles, pueden acceder también al Registro de la

pág. 32), Roca Trías (*Derecho de familia*, de López, A. M.; Montés, V. L.; Roca, E., y Valpuesta, M.ª R., Valencia, 1991, pág. 42) y Arechederra (*Matrimonio y divorcio. Comentarios al título IV del Libro Primero del Código civil*, Madrid, 1994, págs. 76 y ss.; en concreto, pág. 95).

¹⁰ Cfr. Díez-Picazo y Gullón, ob. cit., pág. 95.

¹¹ Ya hemos indicado en otro lugar («Sentencia de 11 de julio de 1994»; C.C.J.C., n.º 37, enero-marzo 1995; págs. 59 y ss.; en concreto, pág. 73) que nos parece contradictorio que en relación a la doctrina de los actos propios, que deriva claramente del principio de la buena fe en el ejercicio de los derechos consagrado legalmente en el art. 7.1 del Cc., nuestra jurisprudencia establezca la excepción a la aplicación de tal doctrina cuando el acto susceptible de vincular a su autor sea ineficaz (Sentencias del T.S. de 8 de octubre de 1982, 24 de febrero de 1986, 5 de noviembre de 1990, 30 de septiembre de 1992 y 7 de mayo de 1993, entre otras), mientras que para la aplicación de la doctrina del abuso del derecho, que también proviene del principio de la buena fe objetiva, ya no sea un obstáculo que el acto que prevalezca produzca la ineficacia más grave, la nulidad radical.

¹² Cfr. Lacruz, ob. cit., pág. 174.

Propiedad (art. 1.333 del Cc.) y no se ha puesto en duda que tales pactos tengan naturaleza contractual.

Siguiendo con nuestro análisis de la realidad, ahora desde el punto de vista doctrinal, comprobamos que la aparentemente indiscutida tesis de que los deberes conyugales personales son imperativos lleva ineludiblemente a la consideración del matrimonio como una figura jurídica distinta del contrato: son dos lugares comunes en la exposición de los autores que han estudiado esta materia¹³.

Durante un largo período histórico, la idea dominante ha consistido en considerar que el matrimonio no es una creación técnica del Derecho, sino una institución natural contemplada, reconocida y regulada por el Ordenamiento jurídico¹⁴, que tiene también unos fines naturales: la procreación y educación de la prole y el amor conyugal¹⁵. Esta es la concepción que mantiene todavía el Derecho canónico.

Una gran mayoría de los autores españoles considera que el matrimonio no es un contrato¹⁶. Su finalidad, consistente en formar una unión estable de un hombre y una mujer dirigida y ordenada al establecimiento de una plena comunidad de vida, debe escapar de la consideración contractual. Las consecuencias del matrimonio no son las particularmente deseadas por los contrayentes, sino que, por el contrario, vienen establecidas de modo inderogable por el Ordenamiento jurídico. Algunas obligaciones matrimoniales no pueden imponerse coactivamente en caso de incumplimiento, porque de esa forma se iría contra la dignidad de la persona. En otras palabras: el matrimonio no es un contrato porque las partes no tienen libertad para establecer su contenido y porque su finalidad es tan elevada, que sería indigno equipararlo a una compraventa o a un arrendamiento.

I.3. PUNTOS DE CONCORDANCIA ENTRE EL MATRIMONIO Y EL CONTRATO

Evidentemente, no puede compararse un matrimonio con la mayoría de los contratos, celebrados bajo el imperio de la oferta y la demanda y con finalidad meramente económica o, incluso, especulativa. No obstante, existen ciertos contratos cuyo objetivo no consiste en un mero intercambio de objetos o derechos, sino que tienen finalidades más personales e incluso afectivas. Piénsese, por ejemplo, en un contrato por el que una persona se encarga de cuidar a otra o de procurar su sostenimiento, incluso de forma gratuita. Este sería el caso de un

¹³ Véase, por todos, Albaladejo, ob. cit., págs. 31 y 32.

¹⁴ Cfr. Albaladejo, ob. cit., pág. 31.

¹⁵ Este es el pensamiento de Sancho Rebullida, «Derecho de familia», *Elementos de Derecho civil*, del Prof. Lacruz, t. IV, Barcelona, 1984, pág. 129. Para Albaladejo (ob. cit., pág. 32) son fines del matrimonio, «posiblemente, tener hijos y educarlos».

¹⁶ Albaladejo (ob. cit., pág. 31), Roca Trías (ob. cit., pág. 42) y Valpuesta («Sentencia de 21 de octubre de 1994»; C.C.J.C., n.º 37, enero-marzo 1995, págs. 361 y ss.; en concreto, pág. 365) caracterizan al matrimonio como un negocio jurídico.

contrato atípico de vitalicio, que puede ser gratuito, por el que una persona se compromete a prestar a otra alimentos y otras atenciones de por vida. Aunque la sentencia del T.S. de 6 de mayo de 1980 trató de un vitalicio oneroso, el objeto de ese contrato era prestar a una persona domicilio, alimentos y asistencia médica. El contrato de vitalicio tiene un ámbito más extenso que el de renta vitalicia, porque es atípico y, al amparo de la autonomía de la voluntad, podría llegarse a pactar prestaciones más personales, como la de cuidar a una persona enferma o desamparada. La misma figura del acogimiento, que se formaliza por escrito y puede ser remunerado o no, impone a quien recibe a un menor las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral (art. 173 del Cc.).

Por otra parte, también existen contratos que tienen un contenido normativo tan rígido como el matrimonio (por ejemplo, los arrendamientos rústicos y urbanos o el contrato de trabajo) o cuyo cumplimiento no puede imponerse coactivamente (por ejemplo, si un pintor se niega a realizar el cuadro prometido) y nadie discute su catalogación contractual.

El matrimonio tiene todos los elementos que se dan en los contratos (consentimiento, objeto y causa) y requiere una forma solemne, como algunas figuras contractuales. Para contraer matrimonio se exige un mutuo y libre consentimiento; la institución matrimonial origina un conjunto de derechos y de deberes de carácter jurídico civil; y la extinción y ruptura del vínculo matrimonial guarda una gran semejanza con el modo de extinguirse y de resolverse que tienen los contratos personalísimos, que son aquellos que se celebran precisamente en atención a las cualidades personales de los contratantes. Son tantas las analogías existentes entre el matrimonio y el contrato que nos resistimos a negar que el primero sea una especie dentro del amplio ámbito del segundo.

Por otra parte, si se admite la validez de los pactos que realizan las parejas no casadas para organizar su convivencia y los efectos que de ésta se deriven, se hace porque se considera que tales acuerdos tienen la fuerza de contrato. Teniendo el matrimonio una finalidad análoga a la de tales pactos, la calificación como contrato también debería darse respecto de la figura que estamos analizando¹⁷.

¹⁷ La sentencia del T.S. de 18 de mayo de 1992 cita en su apoyo la Recomendación número R del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 7 de marzo de 1988, que consideraba que estos pactos no pueden tenerse por nulos, por la única razón de haberse concertado en dichas situaciones. En contra se manifiesta Lacruz («Convivencia *more uxorio*: estipulaciones y presunciones», *Centenario del Código civil*, vol. I, Madrid, 1990, págs. 1061 y ss.; en concreto, pág. 1063): «No pueden mediar entre los convivientes obligaciones conyugales, que no pueden ser objeto de otro contrato que el matrimonial». Sobre este interesante tema, cfr. Torres Lana, «Relaciones patrimoniales a la conclusión de la convivencia *more uxorio*», *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. V, Madrid, 1988, págs. 771 y ss.; en concreto, págs. 775 y ss.

I.4. EL MATRIMONIO COMO CONTRATO PERSONALÍSIMO

Un sector de la doctrina española reconoce que el matrimonio tiene carácter contractual¹⁸, aunque en algún supuesto se afirma en tono de añoranza de tiempos pretéritos¹⁹, en los que era algo más. En otros casos, aunque los autores defienden una conclusión distinta, se les escapa inadvertidamente la calificación contractual²⁰. Son tantas las semejanzas entre ambas categorías que es frecuente caer en la contradicción.

En el fondo de la cuestión, late un prejuicio en la mente de los negadores de la calificación del matrimonio como contrato, porque se quiere impedir de esa manera que los cónyuges organicen una especie de *matrimonio a la carta*, eligiendo unos derechos y obligaciones y descartando otros que no les conviene observar, aunque estén recogidos en la ley. Y a esta objeción, contestaríamos preguntando a la vez: ¿y no sucede precisamente eso en la vida cotidiana de algunos matrimonios? ¿No es cierto que muchos cónyuges se ponen de acuerdo a nivel interno para acomodar su relación matrimonial a sus preferencias personales?

Algunos autores matizan sus tajantes afirmaciones con ciertos matices subjetivistas, acercándose a nuestra posición.

Refiriéndose Lacruz al pacto conyugal que exime mutuamente del deber de convivencia, formula la prevención de que la convivencia *dependerá del planteamiento que las partes hayan dado al matrimonio y de sus posibilidades económicas y profesionales*²¹. Por su parte, Albaladejo expone que «va siendo cada vez más frecuente en la práctica la existencia de separaciones de hecho en las que los esposos otorgan algún documento en el que se conceden libertad en todos los aspectos, lo que es ciertamente una dispensa o renuncia a su derecho a la fidelidad. Documento que la conciencia jurídica (no entro en la moral) de la sociedad (cada vez más permisiva) no rechaza, o por lo menos tolera, y que a la vista del texto legal citado, es muy problemático que pudiese estimarse que se trata de un acto nulo por contra ley»²². Y para Gete-Alonso, «una vez existente (creada) la relación matrimonial

¹⁸ Para Sancho rebullida (ob. cit., pág. 132), «la circunstancia de ser un acuerdo cuyas consecuencias vienen establecidas de modo inderogable por el ordenamiento jurídico no le priva de naturaleza contractual». Para el matrimonio contraído por el rito católico, escribe Aznar Gil (ob. cit., pág. 75): «La mayor parte de la doctrina canónica actual sigue considerando al matrimonio como un negocio jurídico de naturaleza contractual: es un contrato bilateral, consensual y legítimo, pero *sui generis*».

¹⁹ Cfr. Alonso Pérez, «Separación consensual, acuerdo para divorciarse y convenio regulador en el Derecho matrimonial español», *Libro homenaje al profesor José Beltrán de Heredia y Castaño*, Salamanca, 1984, págs. 11 y ss.; en concreto, pág. 11: «El matrimonio ha quedado convertido en una figura negocial o contractual».

²⁰ También hablan de contrato matrimonial Díez-Picazo y Cullón (ob. cit., pág. 64), aunque posteriormente indican que la calificación adecuada es la de acto jurídico (ob. cit., pág. 65); y Arechederra (ob. cit., pág. 77) lo considera una relación jurídica, aunque en otro lugar (ob. cit., pág. 84) se refiere al contrato matrimonial.

²¹ Cfr. Lacruz, «Derecho de familia», cit., pág. 181.

²² Cfr. Albaladejo, ob. cit., pág. 129.

cabe no sólo la posibilidad de acuerdos o pactos tendentes a concretar ciertos deberes conyugales; sino incluso la de aquellos dirigidos a eliminarlos»²³.

Y éste es el punto crucial en todo el tema que estamos exponiendo. De la misma manera que un cónyuge puede perdonar el incumplimiento de deberes matrimoniales por parte del otro y no presentar la demanda de separación o tiene la facultad de retirar del Juzgado el procedimiento que aún no había finalizado, de la misma forma que los cónyuges separados judicialmente pueden reconciliarse y reanudar plenamente su vida matrimonial, es perfectamente posible que los cónyuges, previendo ese futuro conflicto, lo eviten y se perdonen anticipadamente ese incumplimiento. Lo que realmente interesa es que estén de acuerdo²⁴.

A nuestro juicio, el matrimonio es un *contrato personalísimo*, porque contiene una serie de prestaciones que son indelegables y, en algún supuesto, incoercibles. Un cónyuge no puede encargar a otra persona para que le sustituya en la convivencia, por ejemplo; tiene que ser él quien cumpla de manera efectiva ese deber. Y si no cumple voluntariamente lo que la ley o el acuerdo conyugal establezcan, en la mayoría de los supuestos no cabe el ejercicio de una acción de cumplimiento específico o *in natura* por parte del cónyuge cumplidor: ni siquiera cabe, salvo en algunas manifestaciones de los deberes de ayuda y socorro, el recurso a la acción de cumplimiento por equivalente pecuniario. No es posible tampoco acudir a la fuerza física para imponer estos deberes.

Pero eso no significa que el matrimonio deje de ser contrato. La sentencia del T.S. de 26 de noviembre de 1985 se refiere a «un contrato tan peculiar como el matrimonio». La *especialidad del objeto* lleva a la inviabilidad de unas acciones que tienen todo su sentido cuando los contratos tienen un contenido netamente patrimonial. Pero eso no significa en modo alguno que el incumplimiento de las obligaciones conyugales quede sin sanción, porque un cónyuge puede reaccionar jurídicamente solicitando la separación o el divorcio, denunciar a su consorte por delito de abandono de familia y, aunque en este tema mantenemos nuestras reservas²⁵, hasta podría reclamar por los daños y perjuicios que se produzcan por

²³ Cfr. Gete-Alonso, ob. cit., pág. 323.

²⁴ Para García Cantero (ob. cit., pág. 192), estos pactos serían radicalmente nulos, por infringir normas imperativas, pero no explica este autor cuál es la razón que justifica una u otra afirmación.

²⁵ Salvo supuestos de actuaciones delictivas (lesiones físicas, injurias, coacciones, etcétera) o de intromisiones en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, no creemos que quepa una acción de responsabilidad aquiliana, porque se trataría de incumplimientos contractuales; y, por otra parte, la propia normativa del matrimonio prevé supuestos de constituciones de pensiones alimenticia y compensatoria (arts. 90 y 97 del Cc.), que suplirían esa posible acción de indemnización de daños y perjuicios, al menos en cuanto a los daños materiales (lucro cesante, fundamentalmente). La sentencia del T.S. de 26 de noviembre de 1985 confirmó la decisión de la A.T. de Madrid en el sentido de conceder una indemnización a la esposa por daño moral, a consecuencia de la nulidad de su matrimonio, a causa de reserva mental y dolo por parte del marido, que «fingió casarse con ella sólo para disfrutarla, y con el fin de poseerla carnalmente», declarando que esa nulidad «origina sin duda para la parte perjudicada y engañada un evidente daño moral, como consecuencias de carácter patrimonial resultantes de la conducta dolosa de la otra parte, y ello sin considerar la unión matri-

ese incumplimiento²⁶. Dentro de ese ámbito contractual, los cónyuges pueden pactar válidamente sobre las llamadas obligaciones personales del matrimonio, modalizándolas y adaptándolas a sus intereses concretos. Eso es lo que sucede en la mayoría de los casos y en casi todos los hogares. Ciertamente, el Código civil impone a las personas casadas ciertas obligaciones, pero los cónyuges pueden ponerse de acuerdo para matizarlas: si no lo hacen así, los deberes matrimoniales impuestos por la ley serían el marco regulador de la vida matrimonial y servirían de referencia adecuada para reaccionar jurídicamente ante los posibles incumplimientos. La sentencia del T.S. de 21 de septiembre de 1994 no tiene ningún reparo en aplicar las normas generales de interpretación de los contratos a los convenios de nulidad, separación y divorcio, cuyo contenido se refiere en una parte considerable a los deberes personales de los cónyuges.

El matrimonio es un contrato al que se someten dos personas libre y voluntariamente. Como tiene unas connotaciones tan especiales, unas prestaciones tan personalísimas, debe facilitarse que la relación se revoque cuando una de las partes no quiera seguir ligada, porque se embarcó en un proyecto de vida que ha dejado de satisfacerle. El Derecho no puede obligar a un cónyuge a vivir con otra persona con la que no desea estar; y es que, al fin y al cabo, el cónyuge que desea terminar con su relación matrimonial siempre tendrá en su poder una última posibilidad: marcharse del hogar, huir a otro sitio. Así ha ocurrido en miles de ocasiones y así seguirá sucediendo, por desgracia. En esas condiciones tan desfavorables, el cónyuge que escapa podrá enfrentarse con una querrela criminal por abandono de familia, con una denegación de pensión alimenticia, con una cruel separación de sus hijos, pero podrá conseguir finalmente el objetivo de la separación o del divorcio: basta con que se cumplan los plazos de cese efectivo de la convivencia

monial como únicamente determinada por una perspectiva de ganancias o adquisiciones para la mujer, en cuanto que para ésta, a la idea lucrativa o de asistencia material, ha de añadirse el dato no patrimonial que se origina con la frustración de la esperanza de lograr una familia legítimamente constituida». Los hechos sometidos a examen por el Tribunal Supremo se produjeron con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de 7 de julio de 1981, pero podría aplicarse su doctrina a la situación actual, teniendo en cuenta que el art. 97 del Cc. no se refiere a unas circunstancias de índole moral, de dolor o de frustración.

²⁶ No excluye Lacruz («Derecho de familia», cit., pág. 188) la posibilidad de una acción de daños –incluyendo los daños morales– del cónyuge ofendido frente al ofensor, o bien a su cómplice. En análogo sentido se pronuncian también Cete-Alonso (ob. cit., pág. 322), González Pacanowska («Efectos personales del matrimonio y representación de un cónyuge por el otro. ¿Legitimación propter matrimonium?», *Tapia*, n.º 37; diciembre 1987, págs. 87 y ss.; en concreto, pág. 87) y Lete del Río (ob. cit., pág. 640). Pero, como aclara Cavanillas [«La aplicación judicial de la «conducta injuriosa o vejatoria y cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales» (art. 82.1.º CC); la crisis matrimonial objetiva o quiebra definitiva e irreversible de la convivencia como causa de separación», *Aranzadi civil*, 1993, n.º 17, págs. 11 y ss.; en concreto, pág. 28, n. 53], la normativa sobre responsabilidad extracontractual no es propiamente sancionatoria. Por el contrario, refiriéndose a la convivencia, escriben Díez-Picazo y Gullón, ob. cit., pág. 97: «La única sanción real que el ordenamiento jurídico deriva de la obligación que analizamos es la consideración de su incumplimiento como abandono de familia, con las correspondientes consecuencias (causa de separación, de divorcio, etcétera); en este mismo sentido se pronuncia Albaladejo (ob. cit., pág. 131).

conyugal²⁷, y el mecanismo coincidiría con el de la *denuncia unilateral de los contratos de duración indeterminada y de tracto sucesivo, basados en la recíproca confianza* de las partes contratantes.

Y es que, en definitiva, la sociedad actual, que ha colocado lo afectivo por encima de otras consideraciones a la hora de sentar las bases de la institución matrimonial, debe ser coherente con esa concepción y aceptar sus consecuencias. Si hemos pasado de una concepción centrada fundamentalmente en intereses económicos a una concepción basada esencialmente en el amor sensible, debe aceptarse que el matrimonio pueda terminar cuando se acaba el afecto conyugal, por muy bien que marchen otros aspectos. Así se vienen pronunciando algunas recientes resoluciones judiciales, como la sentencia de la A.P. de Girona de 21 de octubre de 1994, que declara la separación matrimonial, ante la quiebra de la *affectio maritalis*, con lo que se infringe el deber de asistencia psicológica y afectiva que sirve de base y fundamento al mantenimiento de la vida conyugal, suponiendo una violación reiterada de los deberes conyugales, susceptible de ser incardinada en la causa primera del art. 82 del Cc.²⁸. En otras épocas, como muchas personas no se casaban por amor, sino por otras razones, la falta de amor no podía ser nunca el factor desencadenante de la ruptura.

II. INTERÉS DE LA FAMILIA, IGUALDAD Y AUTONOMÍA PERSONAL

II.1. EL EQUILIBRIO ENTRE EL INTERÉS DE LA FAMILIA Y LA AUTONOMÍA PERSONAL

Así, pues, los cónyuges han *contratado* al celebrar el matrimonio y, por lo tanto, están *vinculados* jurídicamente entre sí. La idea del vínculo sugiere inmediatamente la idea de limitación o recorte de la libertad. Quien está vinculado jurídicamente está obligado a llevar a cabo un comportamiento determinado en favor de otra u otras personas. Quien se casa, está renunciando *voluntariamente* a una parcela del bien máspreciado, después de la vida: la *libertad*.

Hemos dicho que se renuncia a una *parcela* de libertad, no que se renuncie totalmente a ese bien. Nuestra Constitución ha consagrado el derecho fundamen-

²⁷ Nos parece plausible que en la Proposición de ley presentada en el Parlamento en septiembre de 1994 se simplificaran extraordinariamente las causas de separación y de divorcio, que serían las mismas. Una de tales causas era la quiebra de la convivencia familiar de manera que su continuación fuera perjudicial para cualquiera de los cónyuges o hijos. Dejarían de ser causas de separación y de divorcio los meros incumplimientos de los deberes matrimoniales y lo decisivo sería que se pusiera de relieve la crisis conyugal y el deseo de uno de los cónyuges de suspender o poner punto final a la relación.

²⁸ En el mismo sentido se pronuncian las sentencias de la A.P. de Valencia de 8 de noviembre de 1994 y la A.P. de Almería de 9 de noviembre de 1994. En contra, la sentencia de la A.P. de Pontevedra de 27 de septiembre de 1995 señala que la falta de *affectio coniugalis* no es causa de separación, al no existir separación de hecho ni acreditarse cualquiera de las otras causas legales establecidas en el Código civil.

tal al libre desarrollo de la personalidad, y no indica que se pierda ese derecho al contraer matrimonio²⁹. En consecuencia, esa libertad subsiste en el matrimonio, aunque supeditada por nuestra ley (no por la Constitución y este es un dato importante) al interés de la familia.

El *interés de la familia* tuvo su origen, en el Derecho español, como límite de las facultades del marido³⁰. Se trata de un concepto genérico, de multívoco significado y carácter variable, en función de las circunstancias sociales y familiares, que resulta difícil de concretar. Con su formulación a nivel legal, se trata de corregir el egoísmo personal de cada consorte, estableciendo un valor superior al individual. El que se casa debe velar, en primer lugar, por satisfacer el interés colectivo familiar, es decir, del matrimonio y de los hijos convivientes, si los hubiere. Como indica Lete del Río, «la exigencia de actuar en interés de la familia es una manera de explicar la unidad de la familia sin la unidad de dirección, es decir, desde la nueva perspectiva de la igualdad jurídica de los cónyuges»³¹.

Ahora bien, ese interés superior no anula la posibilidad de que cada cónyuge trate también de satisfacer su propio interés, de cumplir sus anhelos personales, en la medida en que no se contradiga aquél interés de la familia³². Tengamos en cuenta, por otro lado, que uno de los componentes de la familia es el propio cónyuge y que cuando esté desarrollando libremente su personalidad estará normalmente cumpliendo el interés familiar.

Cada cónyuge podrá desarrollar libremente su personalidad dedicándose al trabajo y a las aficiones que más le satisfagan, y sólo tendrá el límite de respetar los intereses familiares. Por la misma razón, cada uno de los cónyuges puede *conservar un ámbito de autonomía personal*, una esfera íntima en la que ni siquiera tiene posibilidades de penetrar el otro consorte. Podrá manifestar sus opiniones, conservar sus amistades, vestirse y arreglarse a su gusto³³ y, sobre todo, tendrá derecho a su intimidad personal, es decir, a guardar para sí sus conversaciones y documentos personales (cartas, escritos, diarios, etcétera). No se olvide que el art. 18.3 de la C.E. garantiza el secreto de las comunicaciones, y en especial de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial, y que el Código penal considera delito al hecho de apoderarse de papeles o cartas para descubrir los secretos.

²⁹ También ponen en relación el matrimonio con el libre desarrollo de la personalidad Díez-Picazo y Gullón (ob. cit., pág. 96), Lete del Río (ob. cit., pág. 642) y Valpuesta (ob. cit., pág. 365).

³⁰ De esta forma, el art. 1.386 del Cc., en su redacción primitiva, ordenaba que las obligaciones personales del marido no podían hacerse efectivas sobre los frutos de los bienes parafernales, a menos que se probare que redundaron en provecho de la familia. Sobre este tema, cfr. Ragel, *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, Madrid, 1987, págs. 40 y ss.

³¹ Cfr. Lete del Río, ob. cit., pág. 642.

³² En el mismo sentido, cfr. Lacruz («Derecho de familia», cit., pág. 173) y Roca Trías (ob. cit., pág. 68).

³³ En análogos términos, cfr. Lacruz, «Derecho de familia», cit., pág. 174.

Y es que el matrimonio, aunque otorga ciertos derechos a los cónyuges, *no da derecho sobre la persona del otro cónyuge*, como vulgarmente se cree, dándose lugar al abuso. Muchas personas cometen en nuestros días el error de pensar que al casarse se adquiere el cuerpo y la voluntad del otro, y que en eso consiste precisamente la seguridad. Aunque se comuniquen los afectos e incluso los bienes, no se hace uno dueño del otro³⁴.

Es cierto que un cónyuge puede tener derecho a que el otro se comporte de una manera determinada (por ejemplo, que le sea fiel), pero no le puede ordenar, no puede imponerle esa obligación con mano militar, aparte de que ésa es la fórmula más fácil de lograr que la otra persona no obedezca.

II.2. LA IGUALDAD CONYUGAL

Nuestra civilización ha consagrado la *igualdad entre hombre y mujer*, que es una conquista relativamente reciente. Hace muy pocos años que las sufragistas se manifestaban en las calles, exigiendo el derecho a votar en las elecciones públicas. Muchos de nosotros hemos crecido oyendo por doquier las palabras *cabeza de familia*, que solía coincidir normalmente con la figura del marido y padre, reminiscencia histórica del viejo *pater familias* romano. Hasta hace muy pocos años, era el marido quien decidía la elección del domicilio familiar, ejercitaba por sí solo la patria potestad sobre los hijos, y llevaba a cabo en solitario la administración y disposición de bienes conyugales. Incluso tenía la representación legal de la mujer. A comienzos de la década de los cincuenta estaba vigente un artículo del Código civil que establecía que la mujer debía obedecer al marido. Todavía en 1969, un prestigioso jurista español consideraba la primacía del varón dentro de la esfera familiar como «un principio inmutable por ser de derecho natural»³⁵.

Las sucesivas reformas legislativas de 1958, 1975 y 1981, esta última como consecuencia obligada de la Constitución de 1978, han desembocado en una plena igualdad de los cónyuges *ante la ley*³⁶. Ya no existe precepto legal que establezca una diferencia de trato para hombre y mujer. Precisamente por eso, la ley les llama ahora *cónyuges*, y les concede unos derechos que son ejercitables indistintamente por uno u otro.

Igualdad ante la ley significa igualdad de oportunidades y de posibilidades jurídicas³⁷, es decir, un trato legal exactamente igual a las personas que se hallen en la misma situación legal, en este caso los cónyuges. Por esa razón, pensamos que es totalmente acertada la supresión que la Ley de 15 de octubre de 1990 ha

³⁴ Para García Cantero (ob. cit., pág. 193), ambos cónyuges «se pertenecen», abstracción hecha de toda connotación patrimonial.

³⁵ Cfr. De la Cámara, «La separación de hecho y la sociedad de gananciales», *A.D.C.*, 1969; págs. 3 y ss., y 263 y ss.; en concreto, pág. 117.

³⁶ Para un análisis de estas reformas legislativas, cfr. Lete del Río, ob. cit., págs. 628 y ss.

³⁷ Expresión que tomamos de Lacruz, «Derecho de familia», cit., pág. 177.

efectuado de la preferencia de que gozaba anteriormente la madre para vivir en compañía de los hijos menores de siete años, en caso de separación de los progenitores.

La igualdad de los cónyuges ante la ley es la situación más deseable. Es también una clara manifestación del pleno reconocimiento de la dignidad de la persona, como fundamento esencial de nuestra sociedad.

II.3. EL PACTO CONYUGAL, COMO FÓRMULA PARA HACER EFECTIVA LA IGUALDAD

Sin embargo, no puede desconocerse que la implantación de un sistema dual de toma de decisiones en la esfera familiar impone la *necesidad de pactar continuamente*, con la finalidad de adoptar de mutuo acuerdo las medidas más importantes³⁸. Esa necesidad supondrá inevitablemente un desgaste, porque los gustos de los cónyuges no coincidirán en todos los casos y se suscitarán inevitablemente las discusiones e incluso los graves enfrentamientos.

Para evitar estas situaciones conflictivas, y también por razones de eficacia, los cónyuges pueden pactar válidamente la distribución entre ellos de las diversas competencias familiares³⁹. Por ejemplo, puede ser que uno se encargue primordialmente de los aspectos domésticos y otro se dedique a resolver los problemas económicos; uno puede decidir en materia educativa de los hijos y otro cuidarse de adquirir la ropa y la alimentación, etcétera. Estos pactos suponen una *desigualación* entre los cónyuges, pero como ha sido *voluntariamente asumida* y no viene impuesta por la ley, nos parecen totalmente legítimos⁴⁰. Los cónyuges pueden autolimitarse voluntariamente: lo esencial es que no existan limitaciones a nivel legal. Existe incluso un precepto, el art. 1.319 del Cc., que permite realizar a cualquiera de los cónyuges los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, *encomendadas a su cuidado*, lo que supone que ha existido previamente un mutuo acuerdo para encomendar determinada función a uno solo de los cónyuges. La ley no establece un papel preeminente de la actividad adquisitiva y un papel subalterno de la actividad doméstica⁴¹. No es denigrante ni discriminatorio dedicarse al cuidado de los hijos y del hogar si esa dedicación ha sido voluntariamente asumida.

Ahora bien: como toda persona tiene derecho a desarrollar libremente su personalidad, incluso en el matrimonio, deben ampararse jurídicamente los cambios de ideas y de planteamientos respecto a las funciones familiares desempeñadas por cada uno⁴². Desarrollaremos a continuación esta idea: es posible que la

³⁸ En el mismo sentido, cfr. Lete del Río, ob. cit., pág. 648.

³⁹ Opina Lacruz («Derecho de familia», cit., pág. 176) que el papel que va a desempeñar cada uno de los cónyuges en la comunidad familiar no está legalmente predeterminado.

⁴⁰ Cfr. González Pacanowska, ob. cit., pág. 91, n. 7.

⁴¹ Idea que tomamos de Lacruz («Derecho de familia», cit., pág. 178), quien trata de justificar (ob. cit., pág. 176) que el marido tenga un papel subordinado en la gestión doméstica en «su menor habilidad para cocinar, fregar, coser, etcétera».

⁴² En el mismo sentido, cfr. Lacruz, «Derecho de familia», cit., pág. 177).

mentalidad de uno de los cónyuges evolucione y se encamine a la alteración de alguna situación familiar, sobre todo cuando se trata de compartir con el otro cónyuge una tarea que hasta ese momento había sido desarrollada exclusivamente por uno solo de los consortes. Como el régimen diseñado por la ley es el basado en la igualdad y en el mutuo acuerdo, en caso de discrepancia, debe prevalecer sobre el régimen de encomienda exclusiva, que sólo debe jugar cuando el encargado lo acepte plenamente⁴³. En otras palabras: el régimen de igualdad es el camino principal y a él se debe regresar cada vez que una bocacalle no tenga salida⁴⁴.

Evidentemente, ese cambio de planteamiento originará tensiones importantes en la pareja, porque se pretende cambiar unilateralmente (aunque con justa causa) las reglas de juego, que pudieron ser acaso las que en su día decidieron a los novios a contraer matrimonio. Incluso puede abrir una vía de hecho no deseable en absoluto, cuando el cónyuge que se considera instado a cooperar hace caso omiso a ese requerimiento y sigue actuando como si no se hubiera producido el cambio o evolución en el pensamiento de su consorte.

II.4. LA INTERVENCIÓN JUDICIAL PARA DIRIMIR LOS DESACUERDOS CONYUGALES

La consagración de la igualdad entre cónyuges impone la necesidad de lograr el mutuo acuerdo en cada caso importante que se plantee, pero ese acuerdo no se producirá en ciertas ocasiones y entonces debemos preguntarnos acerca de la solución jurídica que tiene ese conflicto.

Como la ley no puede conceder la decisión a uno solo de los cónyuges, porque una norma tal sería inconstitucional, no queda otra salida que otorgar la decisión a un tercero: el juez. De esta forma, la consagración del derecho constitucional a la igualdad conyugal llega a suponer, si se sigue este camino, la intromisión legal (pero intromisión al fin y al cabo) de un extraño cualificado en la intimidad familiar, que también está reconocida por nuestra Constitución. Y no sólo tendrá conocimiento el juez de las desavenencias conyugales: también lo sabrán todos los que de una forma u otra se han relacionado con ese expediente judicial.

⁴³ No parece ser ésta la opinión de Lacruz («Derecho de familia', cit., pág. 177), al afirmar que la mujer no podrá pretender, a los diez años de matrimonio, que el marido asuma la gestión del hogar y la familia renunciando a su vocación, para trabajar ella de operadora en un cine o de policía municipal. En también bastantes sintomático que este profesor se apoye en la opinión de Beitzke, sosteniendo que «la elección acordada por los cónyuges a la celebración del matrimonio no puede ser cambiada arbitrariamente por uno». Coincidimos con Lacruz en que un cónyuge no tendría derecho a que el otro cónyuge le sustituyera, pero discrepamos de este profesor en que sí podría pedir que se involucrara mucho más a fondo en las tareas domésticas, habida cuenta del cambio de circunstancias operado que, por cierto, nada tiene de arbitrario.

⁴⁴ Sostiene Lacruz (ob. cit., pág. 178), por el contrario, que «es dato esencial para la determinación ulterior de los papeles lo convenido o practicado por los esposos al casarse».

Pero a un juez no se le puede estar importunando a cada momento, planteándole conflictos familiares menores, porque si se permitiera un acceso indiscriminado se paralizaría la Administración de Justicia. De ahí que la ley sólo permita el recurso a la decisión judicial dirimente en determinados casos: para decidir la fijación del domicilio conyugal⁴⁵ (art. 70 del Cc.); la disposición a título oneroso de bienes gananciales (art. 1.377 del Cc.) o de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges (art. 1.320 del Cc.) y, en general, para resolver las controversias surgidas en el ejercicio de la patria potestad y en las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges cuando *por su propia naturaleza exijan una resolución urgente* (D.T. 10.^a de la Ley de 13 de mayo de 1981). En todas las cuestiones que no se incluyen dentro de la enumeración que acabamos de realizar, el desacuerdo perdurará, o se superará con el paso del tiempo por medio de la claudicación o del convencimiento⁴⁶.

Esta última situación será la que se producirá generalmente, aun en los casos en que la ley concede a los cónyuges la facultad de acudir al juez para que resuelva las discordias. A nadie le agrada acudir a un juez y convertir en oficial una desavenencia que era únicamente privada y, con más razón, la citación judicial al cónyuge que no ha solicitado ese auxilio producirá nuevos enfrentamientos. El coste emocional de este tipo de procesos es gravísimo. Por esa razón, Lacruz ha afirmado que «el Código empieza donde la unión y la paz terminan»⁴⁷. Lo más probable es que si uno de los cónyuges se arma de valor y acude al juez, lo haga para pedir la separación matrimonial y no para solicitar la decisión dirimente de una discordia concreta. El remedio judicial para la solución de conflictos matrimoniales puede abrir, en muchos casos, la puerta de salida del matrimonio.

III. EL DEBER DE CONVIVENCIA

III.1. CARACTERIZACIÓN GENERAL

Uno de los deberes que impone el matrimonio, siempre que no se haya iniciado un procedimiento judicial de separación, nulidad o divorcio, es el deber de convivencia. Se trata del deber conyugal por excelencia⁴⁸, el que caracteriza más

⁴⁵ La sentencia de la A.P. de Albacete de 8 de mayo de 1990 declaró la separación conyugal debido a la presencia de la madre del marido en el domicilio conyugal, lo que originó frecuentes discusiones con la esposa, y suponiendo incumplimiento por parte del marido de la obligación de fijar el domicilio del matrimonio de acuerdo con la esposa.

⁴⁶ Señala Lacruz («Derecho de familia», cit., pág. 178) que «no se ve con qué eficacia podría imponer el juez a uno de los esposos el deber de trabajar en el hogar o fuera de él, de modo exclusivo o a tiempo parcial; y desde luego es impensable que se pueda prohibir con eficacia *erga omnes* a un cónyuge (la mujer) ejercer una profesión extradoméstica».

⁴⁷ Cfr. Lacruz, *La potestad doméstica de la mujer casada*, Barcelona, 1963, pág. 178.

⁴⁸ Cfr. Cete-Alonso (ob. cit., pág. 334), que lo califica como deber central o esencial por excelencia, lo que puede interpretarse en el sentido de que sin él no existe matrimonio, conclusión con la que no estaríamos de acuerdo.

claramente a un matrimonio bien avenido. Sólo cuando existe una verdadera convivencia pueden cumplirse en toda intensidad los restantes deberes conyugales. De ahí que, cuando se produce la separación judicial, la ley se encarga de decretar la suspensión de este deber (art. 83 del Cc.) y no se refiere a los demás, lo que plantea más de una polémica a nivel doctrinal, como tendremos ocasión de comprobar más adelante. Ahora bien, la convivencia no es imprescindible para que exista matrimonio, pues la separación de hecho no pone fin por sí misma al vínculo conyugal⁴⁹. Un matrimonio en el que no exista convivencia será un matrimonio relajado, en crisis o fracasado, pero matrimonio al fin y al cabo.

III.2. PREFERENCIA DEL ELEMENTO INTENCIONAL

Según el art. 68 del Cc., los cónyuges están *obligados a vivir juntos*, lo que, a primera vista, hace pensar que no cumplen ese deber quienes habitan en lugares separados. A pesar de la formulación de la obligación que hace la ley, para que exista la convivencia no se requiere que necesariamente se cumpla el dato físico de residir bajo el mismo techo, sino que su alcance es eminentemente espiritual. A nuestro juicio, existirá convivencia cuando los cónyuges tienen el *ánimo de llevar a cabo una comunidad de vida material y espiritual*, con recíproca transmisión de bienes, pensamientos y preocupaciones.

La convivencia necesita de *corpus* (contacto o encuentro entre los cónyuges) y de *animus* (intención de seguir manteniendo ese contacto). No conviven las personas que no tienen algún contacto físico o espiritual, pero tampoco lo hacen quienes carecen del propósito de compartir su vida con otra persona. Este último dato es el decisivo: más que al dato fáctico de tener un lugar común donde residir, debe tenerse en cuenta preferentemente este dato intencional⁵⁰: los que se casan tienen la intención de *compartir* un hogar y unos bienes, que sirvan de base para la transmisión de sentimientos, que es lo que verdaderamente importa. No es imprescindible que la comunidad material se constituya con la condición de hacer comunes jurídicamente los bienes que sirven de base a la familia, ya que muchos matrimonios españoles están casados bajo el régimen de separación de bienes. Lo trascendente es que, aunque los bienes que componen el hogar pertenezcan a uno solo de los cónyuges, su finalidad de estar destinados a servir de lugar idóneo para el desarrollo de la relación matrimonial, les hace gozar de una situación especial-

⁴⁹ Cfr. Lacruz (*Convivencia more uxorio...*, cit., pág. 1067): «Es pensable un matrimonio sin convivencia, en el cual, por ejemplo, el marido está en Madrid y la mujer en Guadalajara o en Caracas, y ello aunque la situación se prolongue indefinidamente, porque el vínculo matrimonial, creado en el momento de casarse por la ceremonia (por la prestación de los consentimientos), persiste indefinidamente y no prescribe. (En el caso de la S. de 13 de junio de 1986, se entendió que la reclamación de los bienes comunes por la mujer cuarenta y siete años separada, conviviendo el marido con otra desde hacía cuarenta y tres, constituía un abuso del derecho, pero no se pronunció la extinción por prescripción del vínculo, y ni siquiera de las relaciones económicas)».

⁵⁰ En el mismo sentido, cfr. Alonso Pérez, ob. cit., pág. 21.

mente considerada por el Derecho. De ahí que, para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los bienes de uso ordinario de la familia, el art. 1.320 del Cc. exija el consentimiento de ambos cónyuges, aun en el caso de que tales bienes pertenezcan a uno solo de ellos.

El hecho de estar desarrollándose en una vivienda determinada una relación matrimonial sitúa a ese bien en una esfera distinta, sometiéndolo a un régimen diverso al del resto del patrimonio de su propietario. La casa podrá ser de uno solo desde el punto de vista de titularidad jurídica, pero el uso familiar la hace *común desde el punto de vista posesorio y afectivo*⁵¹, mientras subsista la relación matrimonial. Se trata de una *comunidad de uso*, que puede tener trascendencia futura, en el caso de que cese la convivencia a consecuencia de una sentencia de separación, cuando se concede a uno de los cónyuges el uso de la vivienda que anteriormente era familiar, incluso en el supuesto de que la casa pertenezca privativamente al otro cónyuge (art. 96 del Cc.).

Como lo importante es la *intención* de compartir un hogar y unos bienes, seguirá existiendo la convivencia aunque falte *provisional o transitoriamente* el dato fáctico de la cohabitación. Imaginemos un matrimonio entre dos personas que carecen de recursos económicos, circunstancia que les impide costear el alquiler o los plazos de amortización de una vivienda. En muchos supuestos, los cónyuges que se encuentran en esa tesitura conviven con los familiares de uno de ellos, pero puede darse también el caso de que la familia no admita bajo su techo a la otra persona, por lo que, al menos de forma coyuntural, los cónyuges no vivirían realmente juntos. Lo mismo ocurrirá cuando uno de los cónyuges esté privado de libertad, por estar en prisión; o cuando sea un bailar flamenco que se dedica a trabajar todo el año en el Japón; o si está buscando trabajo en otros lugares con la finalidad de financiar su proyecto de vida en común; o cuando el matrimonio se haya celebrado en secreto y no sea conveniente hacerlo público todavía. En todos estos supuestos faltaría el dato físico de vivir bajo el mismo techo. Para que el dato del distanciamiento físico no impida la existencia y subsistencia de la convivencia es preciso que esa separación sea *transitoria*, en el sentido de que no tenga la finalidad de convertirse en definitiva. No es necesario que se conozca exactamente el tiempo que va a durar la falta de contacto físico (por ejemplo, condena a dos años de cárcel o gira durante seis meses por el extranjero). Lo único importante es que los cónyuges tengan el ánimo de iniciar o de reanudar la cohabitación, una vez que haya cesado la causa externa que la impide⁵².

Precisamente para que no afecte decisivamente a la convivencia, la causa que obstaculiza esa cohabitación tiene que ser *externa* a la pareja⁵³. Debe consistir en un motivo ajeno a la voluntad de los cónyuges, que desean sinceramente vivir

⁵¹ Cfr. Lacruz, «Derecho de familia», cit., pág. 182.

⁵² En este sentido, cfr. Lacruz, ob. cit., pág. 182.

⁵³ Cfr. Hernando Collazos, ob. cit., pág. 543: los motivos responden a la noción de *impedimento exterior*.

juntos, pero no pueden hacerlo por el momento; e incluso es posible que, aun pudiendo cohabitar, estén de acuerdo en el distanciamiento físico por motivos de trabajo, de ampliación de estudios, de enfermedad propia o de algún familiar cercano, etcétera.⁵⁴

En ese sentido debe interpretarse nuestro Código civil, cuando señala en su art. 87.2 que la interrupción de la convivencia no implicará el cese efectivo de la misma si obedece a motivos laborales, profesionales o cualesquiera otros de naturaleza análoga. La ley no es exacta en su formulación, pues no aclara que esa interrupción de la convivencia *debe contar con el acuerdo de ambos cónyuges* que, en nuestra opinión, es requisito indispensable para que siga en pie la vida en común⁵⁵.

Por el contrario, cuando los cónyuges pueden vivir juntos y de mutuo acuerdo deciden no hacerlo, o cuando uno de ellos toma esa decisión y abandona unilateralmente al otro, se interrumpirá la convivencia cuando la separación esté motivada precisamente por la intención de no compartir el hogar, los pensamientos y las preocupaciones. La causa es *interna*, porque afecta directamente a la voluntad de uno o de ambos cónyuges, que ya no tienen el deseo de convivir.

Es posible que un distanciamiento físico, que se ha iniciado meramente por motivos externos, acabe convirtiéndose en una separación definitiva, por los más variados motivos internos (un cónyuge se cansa de esperar el regreso y quiere rehacer su vida, forma una nueva pareja, se produce una ruptura en la distancia, etcétera). En tales supuestos, la falta de convivencia debe empezar a computarse desde que se entró en la segunda situación.

A la inversa, para que exista convivencia no basta con el mero hecho de vivir bajo el mismo techo. Como dijimos anteriormente, compartir una casa y unos bienes tiene relevancia en cuanto que ello constituye el soporte físico para las relaciones que en ese hogar se van a desarrollar. Cuando, a pesar de tener un mismo domicilio, falta ese contacto, o cuando el contacto que se tiene no es el conyugal, también habrá cesado la convivencia.

Ocurre con cierta frecuencia que las relaciones entre los cónyuges se han enfriado de tal manera, que, o bien se dirigen la palabra únicamente para hablar de los aspectos más prosaicos y perentorios, o bien se desarrollan en el más ominoso silencio, prescindiendo totalmente de la otra persona. Esa relación es

⁵⁴ Cfr. Lacruz, «Derecho de familia», cit., pág. 182.

⁵⁵ La sentencia de la A.P. de Barcelona de 23 de enero de 1995 distingue acertadamente entre abandono injustificado de hogar y cese efectivo de la convivencia conyugal. No hay abandono de hogar cuando el cónyuge se marcha por motivos laborales y no hace dejación de sus deberes de asistencia para con los hijos, pero en ese caso puede haber cese efectivo de la convivencia si el cónyuge que permanece en lo que hasta ese momento había sido el hogar familiar no está de acuerdo con el distanciamiento físico y da por terminada la relación de convivencia y lo mismo sucedería si, además de tener la justificación laboral, el cónyuge que sale de la casa se desentiende de relacionarse con su consorte.

exactamente igual a la que tienen dos personas desconocidas que utilizan habitaciones distintas de un mismo hotel: viven bajo el mismo techo, pero no conviven. Y en el caso que estamos exponiendo, además del deber de convivencia, se está infringiendo el deber de respeto. Una cosa es que aparentemente exista la vida en común, puesto que las personas ajenas al círculo familiar desconocen qué tipo de relación se produce puertas adentro y suponen por lo tanto que se trata de relaciones normales, y otra cosa muy distinta es que, en la realidad, esa convivencia no se produzca. Y la realidad debe imponerse a la apariencia, la verdad ha de triunfar sobre la mentira o el disimulo, salvo que una norma legal establezca lo contrario, en beneficio de los terceros que han sido engañados por esa apariencia.

Tampoco es efectiva la convivencia cuando las personas se relacionan, pero no lo hacen como cónyuges, sino en otro sentido distinto. Algunas sentencias han dado lugar a la separación matrimonial porque uno de los cónyuge probó que el otro le trataba exclusivamente como un empleado doméstico. La misma conclusión podría extraerse cuando uno de los cónyuges considera al otro como una mera fuente de ingresos. En estos dos casos se produce también una falta del respeto conyugal.

La ley no puede obligar a ser generosa con su pareja, a aceptarla tal como es, a adaptarse a su personalidad, a no importar e imponer costumbres del hogar de procedencia o a no decepcionarse, porque son relaciones tan especiales que sería inútil tratar de reglamentarlas. En cuanto a las normas de convivencia, que cada cual se las arregle como pueda, siempre que se cumpla lo esencial, que es la mutua transmisión de pensamientos y de preocupaciones. Aunque hemos empleado frecuentemente la palabra compartir, no hemos querido indicar con ello que sea necesario que los cónyuges mantengan parecidos o idénticos puntos de vista en todas las cuestiones que afectan a su relación. Pueden discrepar, discutir acaloradamente, e incluso enfadarse ante la actitud que adopta la otra persona. Pero es esencial que se converse, que se transmitan opiniones, que se comuniquen los cónyuges, que tengan cosas de que hablar como pareja.

Como indicamos en el apartado anterior, cada cónyuge puede guardar para sí ciertos secretos, cierto grado de intimidad, sin que la convivencia marital imponga que ese ámbito personalísimo tenga que ser conocido inexcusablemente por el otro consorte. Ciertamente, la convivencia será más plena cuanto menos materia reservada guarden para sí cada uno de los cónyuges, pero *la ley no obliga a convivir plenamente*, al cien por cien, como dos hermanos siameses: obliga simplemente a convivir. Ni todos tienen capacidad para darse sin reservas, ni todos tienen la intención de entregarse de esa manera.

III.3. ÁNIMO DE PROCREACIÓN Y RELACIONES SEXUALES

Para la Iglesia Católica, uno de los bienes esenciales del matrimonio es lo que se denomina *bonum prolis*, y que se materializa en la finalidad de procreación, a

la que debe encaminarse todo matrimonio católico, de tal manera que la impotencia conocida con anterioridad a la celebración de la boda es un obstáculo a la misma. Así mismo, el acuerdo de los cónyuges para excluir totalmente la procreación, ya sea con uso de los distintos medios anticonceptivos o mediante la práctica de una absoluta castidad, sería causa de nulidad del matrimonio.

Sin embargo, para el Derecho civil *no es imprescindible que en el matrimonio exista unión sexual* y, por esa razón, cuando la impotencia de una de las personas que desean casarse es conocida por la otra, con anterioridad a la celebración de la boda, tal circunstancia no impide el matrimonio ni es causa de nulidad del mismo, porque no hay engaño y los cónyuges saben lo que pueden esperar de la relación matrimonial⁵⁶. Ahora bien, cuando uno de los contrayentes ha ocultado maliciosamente al otro su impotencia y tal anomalía es descubierta después de celebradas las nupcias, podría ser causa de nulidad del matrimonio, si el cónyuge que no la tiene prueba que ha padecido un error sobre las cualidades personales del otro contrayente que, por su entidad, hubiera sido determinante de la prestación del consentimiento (art. 73.4.º del Cc.). Las relaciones sexuales son consideradas como prácticas normalmente deseadas por los cónyuges. Por lo tanto, el conocimiento posterior al matrimonio de la imposibilidad de llevar a cabo esas relaciones sexuales, cuando han sido contempladas como contenido de esa unión, podría dar lugar a la declaración de nulidad de las nupcias.

Suponiendo que ambos cónyuges son aptos para mantener plenas relaciones íntimas, podemos preguntarnos si integra el contenido del deber de convivencia la realización de estas actuaciones. En otras palabras más llanas: dentro del conjunto de actividades que integran la convivencia, ¿se incluyen necesariamente las relaciones sexuales?

Obsérvese que no estamos preguntando si un cónyuge puede exigir al otro la realización de actos sexuales. En el capítulo anterior indicamos que el matrimonio no da derecho sobre el cuerpo de la otra persona, aunque todavía existen eminentes profesores que sostienen la respuesta contraria⁵⁷, posiblemente influenciados por sus creencias religiosas. La realidad nos da la razón, puesto que la realización de relaciones íntimas en contra de la voluntad de un cónyuge ha sido considerada numerosas veces como delito de violación.

Lo que preguntamos ahora es si la ausencia de tales relaciones, ya sea debida a la negativa reiterada o continuada de uno de los cónyuges, o ya sea motivada por el mutuo acuerdo de los consortes, constituye una infracción del deber de convivencia.

⁵⁶ Aunque no se trataba de un tema de impotencia, la solución que da la sentencia del T.S. de 18 de septiembre de 1989 a un caso de esquizofrenia es la misma, pues se declara que no cabe alegar error sobre las cualidades personales del otro cónyuge, puesto que el marido conocía la enfermedad de su mujer antes de casarse, pues la acompañó a la consulta de un médico para que le tratara la enfermedad.

⁵⁷ Lacruz («Derecho de familia», cit., pág. 182) se refiere al llamado *ius in corpus*, exponiendo como resumen la opinión de Bromley.

Desde luego, si la castidad es fruto de un previo acuerdo conyugal, no podrá interpretarse como un incumplimiento del deber de convivencia, siempre que continúen produciéndose las demás formas de comunicación material y espiritual entre los cónyuges. La pareja es libre para organizar su vida en común como prefiera. Si hay acuerdo entre marido y mujer, nada se debe objetar.

El problema surge cuando uno de los cónyuges quiere mantener esas relaciones sexuales y el otro se niega o, más solapadamente, trata de evitarlas, disculpándose frecuentemente, alegando diferentes motivos.

Para algunos autores, la negativa reiterada a mantener relaciones sexuales por parte de un cónyuge podría ser considerada como incumplimiento del deber de convivencia y constituir, por lo tanto, una causa de separación matrimonial⁵⁸ cuando esa negativa no tiene una justificación jurídica, es decir, cuando no está basada en el incumplimiento de deberes por parte del otro cónyuge (por ejemplo, infidelidad o malos tratos).

La cuestión es más difícil de resolver cuando la negativa reiterada se debe a una actitud de rechazo que no está justificada por el incumplimiento de deberes por parte del otro consorte. Pensemos, por ejemplo, en el caso en que los cónyuges mantienen un importante desacuerdo sobre alguna cuestión, desavenencia que, sin constituir un incumplimiento de deberes matrimoniales, puede durar bastante tiempo.

En todas las circunstancias está justificada la negativa a realizar relaciones sexuales porque, repetimos una vez más, cada uno es dueño de sí mismo. No se necesita tener una justificación adicional para negarse, porque siempre existirá una justificación fundamental: la *dignidad* de la persona. Si no está a gusto con su pareja, o si no le apetece mantener esas relaciones por las razones que fueren (cansancio, motivos psíquicos, enfados, etcétera), su negativa estaría siempre justificada. Sería indigno prestar un cuerpo que no quiere el contacto para que la otra persona satisfaga sus deseos físicos⁵⁹.

Si admitimos la otra solución, es decir, considerar que la negativa no basada en incumplimiento de la otra parte no está justificada y que, en caso de reiteración, podría constituir una causa de separación, se estaría coaccionando la libertad sexual y dañando la dignidad de la persona, porque se produciría frecuentemente el caso en que el cónyuge accediera a mantener relaciones íntimas sólo para evitar la ruptura matrimonial y sus nefastas consecuencias. Es decir, lo haría en contra de su voluntad. La exigencia de las relaciones íntimas, expulsada por la puerta bajo la forma de la violencia (delito de violación), regresaría por la ventana, bajo el manto sutil de la coacción.

⁵⁸ Así opinan Lacruz («Derecho de familia», cit., pág. 183) y García Cantero (ob. cit., pág. 195).

⁵⁹ Lacruz («Derecho de familia», cit., pág. 183) no ve la justificación en los derechos de la personalidad, sino, más bien, en la dificultad que se tiene de probar esas faltas.

Recordemos, por otra parte, que la solución contraria se refiere a la negativa *reiterada*, de lo que se podría inferir que la negativa efectuada en una ocasión no tiene trascendencia, aunque fuera caprichosa. Sólo podría tener repercusión jurídica la negativa reiterada, que es la que se reproduce, la plural. Aunque a primera vista pudiera parecer positivo ese punto de vista, enseguida se descubre su inconsistencia. Bastaría con que se rechazaran las relaciones sexuales más de una vez, sin causa justificada, para motivar una separación matrimonial. No estamos de acuerdo con esta conclusión. Lo ideal será llegar a un acuerdo, pero si ese pacto no se produce, cada cónyuge puede mantener su punto de vista.

Lo que acabamos de decir no es obstáculo para sostener una postura coherente, haciendo recapitulación sobre este problema. La persona que contrae matrimonio pretende mantener normalmente con su cónyuge relaciones sexuales. La negativa continuada, no la simplemente reiterada, producirá a la larga una crisis matrimonial, que afectará a las demás relaciones conyugales, llegándose por esa vía a una situación de falta de convivencia. La ausencia de relaciones sexuales no sería por sí misma causa de separación, pero unida a otras carencias sí podría serlo. A la inversa, el hecho de que los cónyuges mantengan unas magníficas relaciones sexuales no supone por sí mismo que exista el deber de convivencia, porque puede suceder perfectamente que no se relacionen en los demás aspectos.

III.4. LA PRESUNCIÓN DE CONVIVENCIA

El art. 69 del Cc. establece: «Se presume, salvo prueba en contrario, que los cónyuges viven juntos». Este precepto debe interpretarse así: *nuestra ley da por supuesto que los cónyuges mantienen una situación normal de convivencia*. Esa presunción sólo puede quedar desmentida cuando se prueba que falta precisamente el ánimo de convivencia y que esa carencia de intención se materializa en un desapego afectivo en la vida cotidiana. Esa prueba en contrario será complicada cuando no exista un documento en el que los cónyuges hayan plasmado su voluntad, porque habrá que recurrir a hechos que deban ser considerados como reveladores de la falta de convivencia, como indicios de esa carencia. Así sucederá cuando uno de los cónyuges tiene ya la posibilidad de reintegrarse al hogar (por ejemplo, ha salido de la cárcel o ha finalizado sus estudios en el extranjero) y no lo hace.

III.5. EL CESE EFECTIVO DE LA CONVIVENCIA UNILATERALMENTE IMPUESTO

La falta de convivencia puede producirse como resultado de una decisión unilateral o de un mutuo acuerdo. Estamos ante una *ruptura unilateral* de la convivencia cuando uno de los cónyuges toma esa decisión y la lleva a cabo, contando con la oposición del otro. En tales casos, lo más frecuente es que el cónyuge que toma la decisión abandone voluntariamente el hogar y se establezca en un domicilio distinto, pero el caso inverso, que acontece cuando un cónyuge expulsa violentamente del hogar al otro, tiene los mismos efectos. Precisamente

esa disparidad de domicilios, unida a otros hechos concluyentes, puede facilitar la prueba de la no convivencia⁶⁰.

El *abandono injustificado* del hogar es causa de separación, a instancias únicamente del cónyuge abandonado, según nuestro Código civil (arts. 81.2 y 82.1). En el mismo caso se encuentra el consorte que es expulsado violentamente del domicilio conyugal⁶¹. Para que un cónyuge pueda solicitar la separación por ese motivo ha de probar no sólo que se produjo unilateralmente la ruptura de convivencia por parte del otro, sino que esa ruptura fue injustificada⁶². Está *justificado* el abandono cuando el cónyuge que sale del hogar lo hace por una causa razonable (por ejemplo, por incumplimiento grave o reiterado de deberes por parte del otro consorte)⁶³ e interpone en el plazo de treinta días la demanda de separación o la solicitud de medidas judiciales previas a esa demanda (art. 105 del Cc.). En caso de que no actúe así, podría estar incumpliendo el deber de convivencia⁶⁴, si interpretamos *a sensu contrario* y literalmente el precepto últimamente mencionado; mas no creemos que deba considerarse así, porque tal plazo es demasiado breve para que se pueda presentar una demanda o la solicitud de medidas previas. No siempre le daría cita un buen profesional de la abogacía para el mismo día en que se abandona el hogar, y el estudio serio del caso y la búsqueda de la documentación requerida por la ley y las demás pruebas que sean necesarias para plantear correctamente la *litis* no se consigue muchas veces en tan corto periodo temporal, ni el Colegio de Abogados resuelve siempre sobre la marcha el nombramiento de un abogado del turno de oficio; por esa razón, proponemos que la norma se interprete en el sentido de *añadir* una nueva causa de justificación del abandono del hogar a las demás causas que pudieran existir y que no dejarían de ser justificadas por el mero hecho del transcurso del tiempo. En otras palabras: el abandono sería justificado cuando existan motivos concretos que lo aconseje o razone (por ejemplo, incumplimientos graves o reiterados de deberes conyugales

⁶⁰ La sentencia de la A.P. de Valencia de 30 de enero de 1992 admitió como prueba de la falta de convivencia los informes emitidos por los servicios sociales del Ayuntamiento.

⁶¹ Sentencia de la A.T. de Tenerife de 15 de julio de 1985.

⁶² Para la sentencia de la A.T. de Cáceres de 22 de abril de 1985, es abandono injustificado la huida de la esposa con otro hombre. Sobre este tema, cfr. López-Muñiz, *El procedimiento contencioso de separación y divorcio*, Madrid, 1994, pág. 88.

⁶³ En este sentido, cfr. Lacruz («Derecho de familia», cit., pág. 181). Para la sentencia de la A.T. de Zaragoza de 7 de marzo de 1983, es justificado el abandono por presunta infidelidad de la esposa, pues se basa en el decoro o dignidad personal.

⁶⁴ Nuestros tribunales han considerado en ciertas ocasiones que hay abandono justificado del hogar —y, por tanto, no hay causa de separación— cuando un cónyuge marcha a casa de sus padres para recibir cuidados especiales, por padecer una enfermedad permanente que le produce incapacidad absoluta para el trabajo, a lo que se añade la circunstancia de que no recibía en el domicilio conyugal, a todas luces, esos cuidados de su consorte (sentencia de la A.T. de Valladolid de 28 de febrero de 1983); o cuando un cónyuge se traslada a otra localidad, en donde se encuentran las fincas rústicas que cultiva y en la que también trabaja como albañil (sentencia de la A.T. de Zaragoza de 29 de noviembre de 1985); o cuando el traslado obedece a la finalidad de conseguir una actividad laboral con la que contribuir al sostenimiento de las cargas familiares (sentencia de la A.T. de Cáceres de 18 de julio de 1988). Sobre este tema, cfr. López-Muñiz, ob. cit., págs. 88 y 89.

por parte del otro cónyuge), pero también cuando en los casos en que no exista un motivo explícito y se presente la demanda o la solicitud en el plazo de treinta días.

Estas circunstancias, y otras muchas más, impedirán que la interrupción de la vida conyugal por abandono del hogar sea motivo para la concesión de la separación judicial del matrimonio, pero si no existe acuerdo entre los cónyuges en cuanto a ese alejamiento físico, podría darse lugar a la separación por cese efectivo e ininterrumpido de la convivencia, una vez transcurridos los plazos correspondientes. La razón es muy simple: si se produce la falta de cohabitación, sólo procederá la continuidad de la convivencia cuando ambos cónyuges estén de acuerdo en continuar su relación afectiva, porque tengan el *animus* de convivencia.

La *ruptura unilateral de la convivencia que no se materializa en el abandono del hogar* también puede ser causa de separación a instancias del cónyuge que no tomó esa iniciativa ni se mostró conforme con la misma. La prueba de estos hechos se dificultará extraordinariamente, pues habría que demostrar en este caso la falta de comunicación y el desapego entre los cónyuges y normalmente no existirán testigos que hayan presenciado la vida íntima desarrollada en ese hogar concreto. Sólo podría probarse por medio de la confesión o reconocimiento de esa falta de convivencia efectuada por el propio cónyuge que tomó esa iniciativa, o por la prueba testifical de otras personas que convivan en el hogar, entre los que se encuentran los hijos que tienen más de catorce años, edad mínima requerida por la ley para ser testigos (art. 1.246.3.º del Cc.). De ahí que los jueces no sean demasiado exigentes a la hora de admitir pruebas en ese sentido.

III.6. EL CESE EFECTIVO DE LA CONVIVENCIA POR MUTUO ACUERDO

Si existe un acuerdo entre los cónyuges para cesar la convivencia, la prueba de la falta de convivencia estará más facilitada, pues lo más probable es que se acredite documentalmente o a través de la declaración judicial del consorte demandado si ese pacto era verbal.

La convivencia puede cesar a través de un mutuo acuerdo de los cónyuges, ya sea verbal, por documento privado o por documento público. La forma en que se manifiesta ese acuerdo tiene trascendencia. Cuando es verbal, existirán graves problemas a la hora de aclarar cuáles fueron los extremos del pacto de separación, porque es posible que los cónyuges tergiversen los términos, con buena o con mala fe. El acuerdo escrito que consta en documento privado evita esos inconvenientes, pues existe un texto concreto que recoge con más o menos claridad la voluntad común de los esposos. Finalmente, el acuerdo contenido en una escritura pública otorgada ante notario tiene la ventaja de garantizar la certeza sobre la fecha en que se produjo, y ese dato tiene bastante importancia, como veremos más adelante. En cualquier caso, todas estas vías para alcanzar el acuerdo son válidas. El problema será probar su contenido y el momento en que se produjo, en caso de

que sea verbal, o simplemente la fecha, en caso de que recogiera en un documento privado.

Es frecuente en la práctica que los cónyuges *acuerden por escrito el cese de la convivencia* como paso intermedio para una inminente ruptura matrimonial. Este tipo de pacto tiene la ventaja de ser susceptibles de evitar el engorroso paso por un proceso de separación, ya que en tales circunstancias puede presentarse directamente la demanda de divorcio una vez transcurridos dos años ininterrumpidos de cese efectivo de la convivencia conyugal (art. 86.3.a del Cc). Produce además otro efecto importante: como la infracción del deber de convivencia ha sido mutuamente consentida, no puede uno de los cónyuges valerse de ese pacto para presentar una demanda de separación por abandono injustificado del hogar, ya que con carácter anticipado ha perdonado el incumplimiento del deber de convivencia y, además, lo ha incumplido también él. Se trata de un pacto que normalmente será la puerta de salida del matrimonio y en ese sentido se contempla por nuestra ley, que hace comenzar desde el cese efectivo e ininterrumpido de la convivencia los plazos cuyo transcurso habilita a un cónyuge para solicitar la separación judicial a los seis meses (art. 82.5 del Cc.) o directamente el divorcio a los dos años (art. 86.3.a del Cc.). Al tratarse de pactos cuya existencia aparece recogida por la propia ley, nadie duda de su validez y eficacia jurídica.

Ahora bien: que tales pactos estén encaminados a la salida del matrimonio no supone necesariamente que se ponga fin, en todo caso, a la relación matrimonial. De la misma manera que los cónyuges acordaron mutuamente dispensarse del deber de convivencia, pueden dejar sin efecto más adelante esa dispensa y obligarse de nuevo a convivir, restableciendo la situación normal. Por otra parte, también es muy probable que ese acuerdo esté encaminado a conceder a los cónyuges un período de reflexión sobre la conveniencia de continuar o no la relación conyugal y que el resultado de esa meditación sea la continuación de la vida matrimonial.

Debido al carácter informal con que se manifiestan en la mayoría de las ocasiones, no existen datos estadísticos sobre las separaciones de hecho que se producen en nuestro país. Al ser la forma más edulcorada de suspensión de la convivencia conyugal, en muchos casos se termina con la posterior reconciliación de los esposos, que no necesitan realizar ningún trámite para reanudar la vida matrimonial en común. Esa reanudación de la convivencia no impide que, en caso de que fracase posteriormente el intento de reconciliación, sigan contando los plazos que hayan corrido, a efectos de poder interponer una demanda de separación o de divorcio (párrafo primero del art. 87 del Cc.).

III.7. SOBRE LA VALIDEZ DE LOS PACTOS QUE EXONERAN DEL DEBER DE CONVIVENCIA

Introduzcamos ahora una variante en esta materia y pensemos en un pacto en el que quedara claro que los firmantes *quieren seguir casados*, pero se dispensan recíprocamente de la obligación de vivir juntos. Cada uno puede vivir donde

quiera y las relaciones conyugales se liberalizan. No existe obligación de mantenerlas, es decir, se pueden negar a llevar a cabo una plenitud de la vida matrimonial, lo que no obsta a que lo hagan. Al tratarse de un pacto libremente consentido por ambas partes, tampoco podría servir de prueba para propiciar la separación matrimonial por abandono del hogar ni por incumplimiento del deber de convivencia, pues el previo consentimiento tiene el carácter de *perdón anticipado* de ese incumplimiento.

El perdón es un acto jurídico, unilateral o bilateral según los casos, por el que uno o ambos cónyuges renuncian a ejercitar en el futuro una acción de separación o divorcio basada en el incumplimiento de los deberes conyugales por parte de su consorte. Aunque el Código civil comete la grave omisión de no referirse al perdón, como medio de extinción de una causa legal de separación o de divorcio, la aplicación de la teoría de que *nadie puede ir contra sus propios actos* llevaría consigo el rechazo de la acción formulada por el cónyuge que perdonó en su día la ofensa en la que basa su demanda⁶⁵. También puede admitirse su eficacia enervante de una acción si tenemos en cuenta que tiene tal eficacia la reconciliación de los cónyuges y que el art. 835 del Cc. equipara ambas situaciones.

Nuestros autores niegan la validez de este tipo de pactos, indicando que sólo se admite su licitud para concluir el matrimonio, no para permanecer en él. Esta postura se refuerza con diversos argumentos técnico-jurídicos, como serían: sería nulo por ir contra la ley y la moral (art. 1.255 del Cc.), por ilicitud e inmoralidad de la causa (art. 1.275 del Cc.), por no poder ser objeto de transacción (art. 1.814 del Cc.), y por ser nulas la condición, término o modo del consentimiento matrimonial, que se tendrán por no puestas (párrafo segundo del art. 45 del Cc.). Pero el razonamiento principal consiste en negar que la materia de las obligaciones conyugales establecidas por la ley pueda alterarse por medio de un convenio. Se dice que la ley es imperativa en este punto y no cabe que los cónyuges puedan apartarse de ella, liberándose recíprocamente del cumplimiento del deber de convivencia⁶⁶.

Estudiando la cuestión de forma genérica, y no referida exclusivamente a la convivencia, Gete-Alonso distingue entre: a) el pacto previo a la celebración del matrimonio mediante el que se elimine, de manera radical, alguno de los derechos

⁶⁵ Para Entrena Klett (ob. cit., pág. 446), el perdón es una modalidad de consentimiento *a posteriori* o, si no se admite este concepto, una absolución de la falta que trae como consecuencia su extinción y no puede merecer la posibilidad sine die de un castigo sometido al arbitrio de su ejercicio en el tiempo por parte del ofendido. A nosotros nos parece que también cabe el perdón por anticipado, como sucede cuando ambos cónyuges se ponen de acuerdo para infringir deberes conyugales, antes de realizar prácticas sadomasoquistas o intercambio de parejas, por ejemplo.

⁶⁶ En este sentido se pronuncia Lacruz («Derecho de familia», cit., pág. 181), aunque formula la prevención de que la convivencia dependerá del planteamiento que las partes hayan dado al matrimonio y de sus posibilidades económicas y profesionales. Formulándose la cuestión en general, Roca Trías (ob. cit., pág. 66) considera que tales pactos serían nulos, aunque si se producen constante matrimonio, «seguramente pueda entenderse que existe una separación convencional entre los cónyuges».

y deberes conyugales, provoca la inexistencia de consentimiento matrimonial (art. 45.1) y la nulidad (efecto jurídico) del matrimonio (art. 73.1.^º); b) el acuerdo previo a la boda que suponga modificación sustancial de dichos deberes carece de relevancia jurídica (art. 45.2); c) una vez existente la relación matrimonial cabe la posibilidad de pactos tendentes a concretar o eliminar ciertos deberes conyugales, pactos que normalmente supondrán la incoación de un proceso de separación o de divorcio; d) durante el matrimonio, los pactos que tiendan a modificar los deberes conyugales sustancialmente –sin eliminarlos– carecen de eficacia jurídica, y explica esta conclusión de la siguiente manera: «Prueba de ello es que –si no ha habido imposición de un cónyuge al otro (en cuyo caso no podría hablarse de acuerdo)– no podrá alegarse, por ninguno de los cónyuges, como causa de separación por violación grave y reiterada de los deberes conyugales al haber sido consentido por ambos cónyuges (art. 82.1.^º fundamentalmente) –compensación diríamos en términos contractuales–»⁶⁷.

Discrepamos de esta autora en la parte final de su exposición, que acabamos de transcribir. En nuestra opinión, el pacto que estamos contemplando sería perfectamente válido. De la misma manera que un cónyuge puede perdonar el incumplimiento de deberes matrimoniales por parte del otro y no presentar la demanda de separación o tiene la facultad de retirar del Juzgado el procedimiento que aún no había finalizado, de la misma forma que los cónyuges separados judicialmente pueden reconciliarse y reanudar plenamente su vida matrimonial, es perfectamente posible que los cónyuges, previendo ese futuro conflicto, lo eviten y se perdonen anticipadamente ese incumplimiento. Lo que realmente interesa es que estén de acuerdo.

Ese mutuo acuerdo tendría un efecto de *perdón anticipado* del incumplimiento del deber de convivencia. Es un pacto eficaz porque, teniendo por finalidad perdonar por anticipado un incumplimiento de obligaciones conyugales, produce el efecto de *renuncia a la posible acción de separación o de divorcio en base a tales incumplimientos*, es decir, a las acciones contempladas en los arts. 82.1 y 86.3.b del Cc. No puede alegarse en las demandas los incumplimientos conyugales porque han sido perdonados, no porque los pactos sean ineficaces. Cuando se trata de un pacto de exención del deber de convivencia, no procederá la acción por los preceptos que acabamos de mencionar, pero sí cabrá ejercitarla apoyándose en los arts. 82.5 y 86.3.a del Cc., lo que demuestra que tales pactos son eficaces; si no se aportan a los procesos será porque estamos partiendo de la hipótesis de que los cónyuges no quieren romper su matrimonio.

Por otra parte, no puede decirse que la ley sea realmente imperativa en este punto⁶⁸, porque, en primer lugar, no concreta el contenido de los deberes con-

⁶⁷ Cfr. Gete-Alonso (ob. cit., págs. 322 y ss.),

⁶⁸ También para Albaladejo (ob. cit., pág. 130) no puede mantenerse que el deber de convivencia se imponga a ambos cónyuges de forma imperativa, de modo que no valga contra él ni el pacto de vivir separados ni se admita la tolerancia de uno de que el otro no viva con él.

yugales (como sucede, por ejemplo, con el deber de alimentos), y se limita simplemente a enumerarlos; en segundo lugar, porque como agudamente señala Lete del Río, la sanción del incumplimiento de los deberes entre cónyuges es muy peculiar, en cuanto que destruye la obligación incumplida en lugar de asegurar su ejecución⁶⁹; en tercer lugar, porque el acto que va contra la norma (por ejemplo, la infidelidad o la salida de un cónyuge del hogar familiar) no puede declararse nulo (¿cómo se van a retrotraer los efectos de la infidelidad?), que es la sanción que el art. 6.3 del Cc. establece; en cuarto lugar, porque la ley también regula situaciones distintas de la separación judicial en las que ese deber de convivencia no se cumple, y se limita a reglamentar esas situaciones, no a declarar nulos los acuerdos que las hayan originado: así sucede, por ejemplo, cuando se refiere a la separación de hecho para establecer algunas medidas de alcance meramente patrimonial (art. 1.368 del Cc.); y, en quinto y último lugar, porque, como indicábamos en el apartado 1, la obligatoriedad de los arts. 66 a 68 del Cc. se compece mal con la posibilidad que tienen los cónyuges de adaptar a sus intereses y necesidades estos preceptos legales⁷⁰.

El pacto que estamos analizando no va contra la ley imperativa o contra el orden público⁷¹, porque el orden público debe estar en estrecho contacto con los preceptos constitucionales y separarse de conceptos indeterminados como, por ejemplo, las buenas costumbres⁷², y en nuestra Constitución no existe ningún precepto que prohíba estos acuerdos: sólo aparece como límite genérico el respeto a la dignidad de la persona, porque hasta el principio de igualdad puede ser matizado en el ámbito de las relaciones privadas (sentencias del T.C. de 10 de octubre y 19 de diciembre de 1988). Tampoco va contra la moral, porque, como hemos indicado en otro lugar, sin negar la subsistencia e incluso incremento de la protección de la moral individual de cada miembro de la comunidad, consagrada en la referencia que el art. 15 de la C.E. hace al derecho a la integridad moral, en un marco de libertad y permisividad dibujado constitucionalmente sobre la base del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la C.E.), la garantía de la libertad ideológica, religiosa y de culto (art. 16.1 de la C.E.) y la libertad de empresa (art. 38 de la C.E.), debe eliminarse toda referencia a la moral

⁶⁹ Cfr. Lete del Río, ob. cit., pág. 640. También las acciones resolutorias por incumplimiento tienen esta característica.

⁷⁰ Cfr. Díez-Picazo y Gullón, ob. cit., pág. 97: «No debe entenderse de modo tan absoluto que impida que por mutuo acuerdo puedan los cónyuges establecer períodos de separación temporal».

⁷¹ Opina Lacruz («Derecho de familia», cit., pág. 180) que, de las reformas de 1981 se deduce que ha perdido su antiguo carácter de orden público la obligación de convivencia. En relación a este tema, Cavanillas (ob. cit., pág. 20) cita diversas sentencias que sostienen que el deber de convivencia sigue siendo de orden público, pero aclara: «No puede dejar de apuntárselo mal que se compece esta concepción con la consideración penal del abandono de familia, con la plena eficacia y validez que los tribunales vienen reconociendo a los pactos de separación de hecho y con la misma admisión de una separación judicial consensuada sin examen de su justificación».

⁷² Cfr. Ragel, «Autorización gubernativa de derribo y denegación de prórroga del arrendamiento urbano (A propósito de la S.T.C. 321/1993, de 8 de noviembre)»; Derecho privado y Constitución, n.º 5; 1995, págs. 289 y ss; en concreto, pág. 305.

colectiva o social (es decir, a la moral mayoritaria o moral de un sector cualificado de la población) como límite a la libertad de contratar (art. 1.255 del Cc.) o como factor cuya contravención genera la ineficacia estructural del contrato (frase final del art. 1.275 del Cc.)⁷⁵. Tampoco va contra lo dispuesto en el art. 1.814 del Cc., que fue redactado hace más de un siglo, pensando en la indisolubilidad del matrimonio que en aquellos tiempos estaba consagrada legalmente, pero que debe ser reinterpretado a la luz de la Constitución y de la legislación posterior (permisividad de pactos y de convenios reguladores de nulidad, separación y divorcio), y, en consecuencia, ser interpretado actualmente de manera restrictiva, en el sentido de prohibirse la transacción únicamente cuando la materia objeto de la misma sea la misma subsistencia del vínculo matrimonial (por ejemplo, será nulo el pacto conyugal que acuerde la nulidad de ese matrimonio). Y, por último, no va contra lo establecido en el párrafo segundo del art. 45 del Cc. porque no se trata de un pacto previo o coetáneo a la celebración del matrimonio, que es lo que contempla ese precepto, y porque los pactos que estamos analizando no tienen, en rigor, el carácter de condición, término o modo.

¿Qué sucedería en caso de que los hechos contradijeran a las palabras, es decir, si los cónyuges siguen relacionándose como tales, a pesar de la existencia de un pacto de no convivencia?

Para responder a esta pregunta es preciso distinguir entre los dos casos que acabamos de exponer. Si el pacto tiene la finalidad de servir de etapa de tránsito para salir del matrimonio, no debería admitirse la demanda de separación o de divorcio por cese efectivo e ininterrumpido de la convivencia conyugal, pues en realidad no se ha producido la ruptura de la vida en común que serviría de base a esa demanda. Y si el pacto tiene la finalidad de mantener el matrimonio, no plantea problema alguno el hecho de que los cónyuges convivan; podría incluso ser beneficioso, porque ahora convivirían con entera libertad, lejos de la obligación legalmente impuesta y de la amenaza de una ruptura matrimonial en caso de incumplimiento del deber de vivir juntos.

III.8. EL EMPLEO DE LA FUERZA PARA IMPONER LA CONVIVENCIA

Un cónyuge no puede imponer al otro la convivencia por la fuerza. La ley obliga a los consortes a observar el deber de convivencia, pero no puede imponerlo coactivamente, porque se trata de una obligación personalísima, en la que no cabe que otra persona sustituya al deudor en la prestación de esa actividad o conducta debidas. *Un juez no puede obligar a un cónyuge a permanecer en el domicilio familiar, en contra de su voluntad.* Si ese cónyuge infringe su deber de convivencia, se estará exponiendo a que su consorte ejercite, en su caso, la acción penal de abandono de familia, o las acciones civiles de separación matrimonial o, en su caso,

⁷⁵ Cfr. Ragel, *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, coordinados por R. Bercovitz, Pamplona, 1995, págs. 625 y ss.; en concreto, págs. 660 y 661.

de indemnización por los daños y perjuicios que ocasione ese incumplimiento. Y si el juez, que es la máxima encarnación del Derecho, no puede imponer la convivencia coactivamente⁷⁴, con mayor razón no la podrá imponer uno de los cónyuges utilizando la fuerza⁷⁵.

Por regla general, el Derecho no autoriza la autotutela, es decir, la posibilidad de defender un derecho, llegando al uso de la fuerza si es menester. Sólo por excepción cabe esa posibilidad de recurrir a la violencia, que debe estar prevista explícitamente por una norma legal, como sucede en la legítima defensa. Pero el cónyuge que usa la fuerza para impedir que el otro salga del hogar no está actuando en legítima defensa, porque ha de existir proporcionalidad entre la defensa y el ataque y en la situación que estamos contemplando puede que no exista ni siquiera el ataque: la persona que quiere salir de la casa no desea normalmente abandonar a su familia ni interrumpir la convivencia conyugal, sino simplemente evitar temporalmente la presencia de su cónyuge. Yaún en el caso de que existiera un verdadero ataque, porque esa persona pretendiera poner punto final a la convivencia, desentendiéndose totalmente de sus obligaciones familiares, impedirle por la fuerza ese abandono podría ser delito de detención ilegal, sancionado penalmente con más gravedad que el abandono de familia, en cuyo caso no existiría la proporcionalidad de la defensa respecto del ataque: nuestra ley protege la convivencia, pero protege todavía más la libertad.

Contemplemos ahora el fenómeno contrario: un cónyuge se ha marchado y posteriormente desea reintegrarse al hogar y el otro consorte le impide el acceso a esa vivienda, bien por la fuerza o bien por otros medios (por ejemplo, cambiando la cerradura, colocando una cadena en la puerta, etcétera). En tales casos, ¿tiene derecho a usar la fuerza la persona que quiere entrar?

Lacruz ha sostenido la respuesta positiva, basándose en que se trata del acceso al disfrute de bienes, en este caso al de la vivienda común⁷⁶. Posiblemente se trataría de una legítima defensa: existe una agresión ilegítima, consistente en impedir que una persona tenga acceso a su propia casa, y ante esa agresión cabe una defensa proporcionada. Si se impide la entrada por la fuerza, es posible usar la violencia para entrar. Nosotros mantenemos una opinión contraria a este respecto, pues se podría procesar por delito de coacciones a quien usa la fuerza para impedir que el otro cónyuge se salga con la suya, si se considera que la agresión ilegítima (impedir el acceso al hogar) ya no es actual, sino que estaba consumada. El problema sería semejante e igual de conflictivo que el del uso de la fuerza ante

⁷⁴ Cita Lacruz («Derecho de familia», cit., pág. 180) una sentencia de 1927 «de la que parece deducirse el poder del marido para obligar a la mujer a restituirse el hogar conducida incluso por la fuerza pública».

⁷⁵ En el mismo sentido se pronuncian Lacruz (ob. últ. cit., págs. 180 y 181) y Cavanillas (ob. cit., pág. 13).

⁷⁶ Cfr. Lacruz («Derecho de familia», cit., pág. 181), aunque iniciando su exposición con un inteligente «acaso».

un ladrón. La ley permite utilizar la violencia ante el intento de robo, pero ya es más dudoso que quepa usarla cuando el ladrón ha escapado: buscarle y recuperar por la fuerza la cosa robada podría ser ilícito, aunque algunos autores sostienen lo contrario.

III.9. ENFERMEDADES QUE DIFICULTAN LA CONVIVENCIA

El art. 82.4 del Cc. señala que es causa de separación matrimonial el alcoholismo, la toxicomanía o las perturbaciones mentales, siempre que el interés del otro cónyuge o el de la familia exijan la suspensión de la convivencia.

La enfermedad de un cónyuge, por sí misma, no justifica una separación matrimonial. Al contrario, uno de los deberes conyugales más relevantes desde el punto de vista legal es el de ayuda y socorro mutuo, que ha de manifestarse fundamentalmente en estas situaciones adversas. Ahora bien: cuando la enfermedad (y el alcoholismo y la toxicomanía tienen esta calificación) llega a tal extremo de gravedad que perturba gravemente la convivencia, rompiendo la paz matrimonial e impidiendo que se produzca la transmisión emocional entre los cónyuges, el Derecho prefiere preservar la integridad física y psíquica del cónyuge no afectado por la dolencia y de los restantes miembros de la familia, posibilitando de esa manera la separación por vía judicial y la consiguiente suspensión del deber de convivencia⁷⁷.

III.10. LA CAUSA DE SEPARACIÓN POR CONDENA DE UN CÓNYPGE NO SE DEBE A LA FALTA DE CONVIVENCIA

El ingreso en prisión de uno de los cónyuges no supone por ese solo hecho una ruptura de la convivencia, porque los miembros del matrimonio pueden continuarla si tienen el ánimo de iniciar o de reanudar la cohabitación una vez que haya cesado la causa externa que la impide. También pudiera suceder que esa separación meramente física se convirtiera en definitiva por los más variados motivos internos (un cónyuge se cansa de esperar el regreso y quiere rehacer su vida, forma una nueva pareja, se produce una ruptura en la distancia, etcétera)⁷⁸.

Las relaciones entre cónyuges pueden subsistir, a pesar del inconveniente de privación de libertad de uno o de ambos. Nuestra legislación penitenciaria per-

⁷⁷ La sentencia de la A.P. de Santa Cruz de Tenerife de 14 de diciembre de 1989 concedió la separación por causa de la enfermedad senil arteriosclerótica de un cónyuge, que le impedía mantener una situación normal de interrelación; y las sentencias de la A.T. de Valladolid de 17 de abril de 1984 y de la A.P. de Córdoba de 8 de mayo de 1992 declararon la separación con motivo de la inclinación enfermiza al juego, que impedía que el cónyuge afectado entregara el dinero necesario para el sustento de la familia. Sobre este tema, cfr. López-Muñiz, ob. cit., págs. 119 y ss.

⁷⁸ Esto es lo que sucedió en el caso enjuiciado en la sentencia del T.S. de 15 de marzo de 1990, comentada por Hernando Collazos (C.C.J.C., n.º 23, abril-agosto 1990, págs. 537 y ss.), que no considera que la condena penal sea una de los motivos análogos a que se refiere el art. 87.2 del Cc.

mite la visita de la pareja del presidiario, facilitando incluso las relaciones íntimas. Los cónyuges pueden verse en los momentos legalmente previstos y también tienen posibilidad de comunicarse por carta. Por otra parte, hay que tener presente que el cónyuge que ha sido condenado a pena de prisión no ha infringido voluntariamente el deber de convivencia.

A pesar de todo eso, el art. 82.3 del Cc. permite a un cónyuge solicitar la separación matrimonial cuando su consorte haya sido condenado a una pena de privación de libertad por tiempo superior a seis años. Al igual que sucede en los demás casos, el precepto no se aplica automáticamente; sino que, por el contrario, el ejercicio de la acción de separación depende exclusivamente de la voluntad del cónyuge que está en libertad, que decidirá, después de analizar los pros y los contras, si le interesa mantener una relación matrimonial tan limitada.

De manera muy significativa, el Código civil se refiere únicamente a la *condena*, sin tener en cuenta la auténtica duración de la privación de libertad. Como es sabido, algunos sectores de nuestra sociedad han criticado últimamente las facilidades que nuestra legislación penitenciaria concede a los presos, permitiéndoles reducir sensiblemente el período de estancia en prisión y situándoles en situaciones presidarias menos penosas al cabo de corto tiempo, concediéndoles permisos para salir los fines de semana y promoviendo su pase a grados penitenciarios en los que se alternan períodos de libertad y de reclusión. También puede suceder que un indulto ponga fin a la privación de libertad mucho tiempo antes de haberse cumplido la condena. Incluso es posible que, al computarse el período de prisión preventiva (el tiempo que pasó en la cárcel antes de ser condenado en firme), el cónyuge condenado salga en libertad precisamente cuando se produce la condena, porque ya ha cumplido la pena de privación de libertad señalada en la sentencia. Por esas mismas razones, ha afirmado algún tribunal que es difícil de admitir que el ingreso en prisión pueda ser considerado, sin más, un cese efectivo de la convivencia conyugal libremente admitido.

Todo ello nos hace pensar que la ley concede al cónyuge que no sufre la condena la posibilidad de separarse por motivos que son ajenos al deber de convivencia⁷⁹. El delito cometido ha sido grave, pues la condena es también considerable. Esa demostración de la perpetración de un concreto delito puede haber disminuido precisamente la consideración que un cónyuge tenía hacia su pareja:

⁷⁹ En parecidos términos se pronuncia Hernando Collazos, ob. cit., pág. 545: «La base de esta causa radica en la descalificación social en la que incurre el cónyuge sancionado, descalificación que daña el honor matrimonial». En contra, cfr. Díez-Picazo y Gullón, ob. cit., pág. 103: «Hay aquí un hecho objetivo (la privación de libertad) que hace de suyo difícil el cumplimiento de todos los fines de la unión»; en análogo sentido, declara la sentencia del T.S. de 15 de marzo de 1990 que «el cumplimiento de la sentencia penal afectante a pena de privación de libertad superior a seis años genera cese efectivo de la convivencia conyugal por tiempo superior a dos años ininterrumpidos, dado que el inicio de cumplimiento de tal condena es suficiente, por sí solo, para dar base al cómputo de la fecha de comienzo del plazo de interrupción de la convivencia».

Aunque lo más probable es que una persona se muestre solidaria con su consorte y le apoye para que pueda superar psicológicamente la condena de la manera más favorable, también es posible que suceda el fenómeno contrario, que un cónyuge sienta inmensos escrúpulos de reanudar la vida matrimonial con una persona que ha cometido un delito deplorable (por ejemplo, una violación o un asesinato con alevosía y ensañamiento). Esa es la razón por la que el Código civil faculta al cónyuge no condenado a optar por la separación matrimonial, si le conviniere. Esta explicación justifica también que, en el caso de que aún no se haya producido la condena, quepa al menos la posibilidad de solicitar la separación matrimonial por ruptura de la convivencia conyugal, al faltar la intención de reanudarla por parte del solicitante⁸⁰.

III.11. SUSPENSIÓN DE LA CONVIVENCIA A CONSECUENCIA DE PROCESOS MATRIMONIALES

Además de las causas que hemos analizado anteriormente, el deber de convivencia no es exigible desde que el juez admite a trámite la demanda de nulidad, separación o divorcio. El art. 102.1 del Cc. dispone que, a partir de ese momento, los cónyuges podrán vivir separados y cesa la presunción de convivencia conyugal. La norma legal tiene una lógica aplastante. No es conveniente obligar a quienes están litigando entre sí a que se vean continuamente bajo un mismo techo, porque ello podría dar lugar a graves enfrentamientos e incluso a violentas agresiones.

Observemos, sin embargo, que la ley no impone el cese de la convivencia, sino que determina la *suspensión provisional del deber* de vivir juntos. Los cónyuges ya no están obligados a vivir juntos, pero pueden hacerlo si así lo quieren. Sucede en muchos casos que los cónyuges no pueden separarse materialmente, aunque lo deseen, porque no tienen medios económicos suficientes para sufragar el mantenimiento de dos hogares diferentes, supuesto contemplado en el párrafo primero del art. 87 del Cc., que considera compatible esta situación con el cese efectivo de la convivencia. De todos modos, este problema subsistirá en caso de que prospere la acción judicial ejercitada y se decretara la separación, la nulidad o el divorcio.

Con mayor razón, establece el art. 83 del Cc. que la sentencia de separación produce la suspensión de la vida en común de los casados. Se confirma de esta manera la suspensión del deber de vivir juntos, que ya estaba suspendido provisionalmente desde que el juez admitió la demanda a trámite. Esa suspensión subsistirá mientras se prolongue la situación de separación conyugal y sólo se levantará en caso de que se produzca la posterior reconciliación entre los cónyuges (art. 84 del Cc.). La suspensión del deber de convivencia se transformará en extinción

⁸⁰ Así sucedió recientemente en el supuesto enjuiciado por la sentencia de la A.P. de Barcelona de 2 de junio de 1993, en el que el marido estaba en prisión preventiva y procesado por un supuesto delito de violación de su hijastra.

definitiva en caso de que se dicte posteriormente una sentencia de divorcio, ya que en ese supuesto dejará de existir el matrimonio y, por lo tanto, tampoco existirán los deberes matrimoniales.

III.12. LA CONVIVENCIA DE CÓNYUGES SEPARADOS

Desde que se dicta la sentencia que da lugar a la separación de los cónyuges queda suspendido *el deber* de vivir juntos, pero eso no significa que necesariamente haya de cesar la convivencia. Puede suceder que los cónyuges, aun estando separados judicialmente, sigan viviendo juntos, e incluso es posible que su relación afectiva se revitalice extraordinariamente ahora que no están obligados a mantenerla por imperativo legal. Pues bien: esa *convivencia efectiva* de los cónyuges separados debe ser un obstáculo insuperable para que prospere una posterior demanda de divorcio, cuando esa solicitud se base precisamente en el cese efectivo e ininterrumpido de la convivencia conyugal (art. 86.1.ª a 4.ª del Cc.). En ese caso, el cónyuge que se oponga al divorcio deberá probar que ha existido vida en común, ya que la presunción legal favorable a esta circunstancia dejó de tener efectos desde el momento en que se admitió a trámite la demanda de separación.

Mas nada impedirá que, estando de acuerdo los cónyuges separados en pedir el divorcio, lo obtengan sin mayores problemas, ya que el juez desconocerá que han estado conviviendo. Su jurisdicción no alcanza generalmente la intimidad de los hogares.

IV. LOS DEBERES DE FIDELIDAD Y DE RESPETO

IV.1. MAYOR SENSIBILIDAD SOCIAL EN ESTOS DEBERES

Los deberes de fidelidad y de respeto son las obligaciones conyugales en las que la mayoría de las personas casadas muestran su sensibilidad con más claridad. La infidelidad conyugal siempre ha sido un tema muy controvertido, sobre el que se ha escrito y hablado profusamente. Se trata de una cuestión que siempre será actual. Aunque existen antecedentes históricos pintorescos, como el de Esparta, en donde el marido estaba obligado a tolerar la infidelidad de su esposa siempre que ésta adulterara con hombre más fuerte y desarrollado que aquél⁸¹, lo cierto es que, desde los más remotos tiempos, la infidelidad conyugal, y singularmente la de la mujer, ha sido considerada como la falta más grave a los deberes conyugales.

El adulterio de la esposa ha sido castigado en casi todas las épocas con mayor dureza que la infidelidad marital. No olvidemos que el poder político ha estado, por lo general, en manos masculinas. Dentro de la tradición judía, en el Levítico

⁸¹ Cfr. Entrena Klett, ob. cit., pág. 94.

se contenía la sanción de pena de muerte para el hombre y la mujer casada que adulterara con él, pero, curiosamente, no se sancionaba la conducta inversa, cuando una mujer soltera adulteraba con un hombre casado. En la civilización helénica, mientras que el adulterio de la mujer era causa de divorcio y el marido podía retener la dote aportada como compensación a la lesión en su honor, el hombre casado era libre para tener concubina⁸². En la etapa histórica de supremacía de Roma, el marido que sorprendía a su esposa en adulterio tenía derecho a matarla, pero tenía que acabar también con la vida del adúltero. Esta discriminación legal subsistió posteriormente en nuestro país. El Fuero de Soria permitía que un hombre casado estuviera amancebado con otra mujer, a quien se le llamaba barragana, mientras que el adulterio de una mujer casada estaba severamente castigado: si el marido la encontraba yaciendo, podía matarla por su propia mano, y si la descubría de otra manera, debía denunciar a los amantes, que serían castigados con la pena de muerte. Y lo más curioso del caso es que el Fuero mencionado no castigaba a quien cometía un homicidio ordinario con la pena de muerte: la honra tenía más importancia que la propia vida. Y siguiendo la evolución histórica española, los Códigos penales –con excepción del de 1932– han venido tipificando como delitos, hasta finales de la década de los setenta, el adulterio de la mujer –bastaba con que se hubiera producido un solo yacimiento– y el amancebamiento del marido –era necesario que tuviera manceba en casa o notoriamente fuera de ella–, añadiendo la jurisprudencia para este último supuesto el requisito de que hubiera continuidad en tales relaciones extramatrimoniales. Hasta 1963 ha permanecido en nuestro país la facultad del marido de ejercitar la venganza sobre la pareja adúltera. Los autores de estas leyes, pertenecientes al sexo masculino, trataban de justificar la escandalosa discriminación amparándose en el argumento de la *turbación de la sangre* que se producía cuando la esposa mantenía relaciones extramatrimoniales, puesto que se quebraba de esa manera la certidumbre de paternidad del marido sobre los hijos que aquella concibiera durante el matrimonio.

Afortunadamente, la mujer ha ido consiguiendo paso a paso, peldaño a peldaño, la igualdad jurídica con el hombre, y hoy día las leyes de los países civilizados obligan a ambos cónyuges a guardarse fidelidad en el matrimonio. El deber afecta a marido y mujer por igual, pero su eventual incumplimiento ya no acarrea, afortunadamente, consecuencias penales.

IV.2. LA INFIDELIDAD TIENE UN ÁMBITO MÁS AMPLIO QUE EL ADULTERIO

Cuando hablamos de infidelidad enseguida pensamos en el *adulterio* que, como es sabido, consiste en el hecho de mantener una persona casada relaciones sexuales con persona diferente a su cónyuge. Esta opinión está bastante generalizada en nuestra sociedad e incluso en el mundo de los juristas y, en ese sentido, algunos

⁸² Cfr. Entrena Klett, ob. cit., pág. 96.

autores hacen coincidir el deber de fidelidad con la reprobación del adulterio⁸³. Se piensa que las relaciones con otras personas no son infidelidad cuando que no llegan a consumarse carnalmente.

No nos parece que sea ese el sentido del término infidelidad. Si consultamos el Diccionario de la Lengua Española comprobaremos que ese término significa «Falta de fidelidad. *Deslealtad*». El término deslealtad, como sinónimo de infidelidad, es bastante más amplio que el de adulterio. A nuestro juicio, se producirá la infidelidad cuando un cónyuge tenga una conducta desleal hacia su consorte, ya se trate de una actividad sexual, afectiva, familiar o social. Dicho en otras palabras: infiel es quien adultera, pero también lo es quien traiciona de cualquier otra manera a su pareja⁸⁴.

Nuestra sociedad concede más importancia a la infidelidad sexual que a las demás infidelidades. Estas infidelidades sexuales tienen trascendencia, pero, además del adulterio, existen otras clases de deslealtades que pueden llegar a ser, en determinados casos y en relación a la mentalidad de ciertas personas, aún más graves⁸⁵.

IV.3. LA CONSIDERACIÓN COMO CÓNYUGE, COINCIDENCIA BÁSICA DE LA FIDELIDAD Y EL RESPETO

Quien contrae matrimonio piensa generalmente que alcanza una posición privilegiada respecto a su pareja. Ese puesto social y familiar exige que el otro cónyuge le tenga *consideración*, que le dé su sitio en el hogar común y, sobre todo, de cara al mundo exterior. Y es por ahí por donde la idea de la fidelidad está íntimamente unida al deber de *respeto*, que también impone nuestra ley a las personas casadas⁸⁶.

El deber conyugal de *respeto mutuo* es mucho más intenso que el deber general de respeto a la dignidad, que merece toda persona por el solo hecho de serlo. Si

⁸³ Cfr. Roca Trías (ob. cit., pág. 67) y Díez-Picazo y Gullón (ob. cit., pág. 97). En el mismo sentido se pronuncia la sentencia de la A.T. de Zaragoza de 30 de noviembre de 1983. Más amplia es la interpretación que efectúa la sentencia de la A.T. de Barcelona de 24 de febrero de 1987: la infidelidad comprende toda clase de conducta contraria al principio de exclusividad de relaciones sexuales entre los cónyuges. Para la sentencia de la A.T. de Cáceres de 11 de diciembre de 1984, es infidelidad también la práctica de relaciones homosexuales. Sobre este tema, cfr. López-Muñiz, ob. cit., págs. 89 y ss.

⁸⁴ Cfr. Gete-Alonso, ob. cit., pág. 338: «Parece poco justificable continuar identificando infidelidad y adulterio». En el mismo sentido, cfr. García Cantero, ob. cit., pág. 195.

⁸⁵ Albaladejo (ob. cit., pág. 130) se remite a lo que la conciencia social reputa como infidelidad conyugal, lo mismo sean con personas de distinto sexo, que actos de homosexualidad, bestialidad, etcétera, e igual supongan que no, realización completa de cópula o ayuntamiento sexual. En análogos términos, cfr. Gete-Alonso, ob. cit., pág. 338.

⁸⁶ Cfr. Lacruz, «Derecho de familia», cit., pág. 186: «Acaso la especificidad del «respeto mutuo» de los cónyuges se relacione con el deber de fidelidad». Para Gete-Alonso (ob. cit., pág. 338), «no existe respeto mutuo cuando se lesiona la condición de cónyuge mediante actos que, en la conciencia social actual, son considerados como infidelidad».

cualquier individuo tiene derecho a que los demás respeten su honor, su fama, su intimidad personal y familiar, su moral individual, su integridad física o su libertad, por citar sólo los derechos más inherentes al ser humano, una persona casada tiene también derecho a que su pareja le respete ese lugar de privilegio que ocupa dentro de la familia⁸⁷. Para la sentencia del T.C. de 2 de diciembre de 1982, «por injuria tanto puede entenderse la acción dirigida a la privación de la fama o las acciones que buscan el menosprecio, como, en general, todas aquellas que lesionen los derechos y bienes de la personalidad».

Como indicábamos con anterioridad, nuestras leyes no exigen a los cónyuges que estén enamorados aunque, para curarse en salud, les imponen unos deberes matrimoniales que habrán de cumplir en todo caso, exista o no el afecto conyugal. Marido y mujer tienen el deber de *tratar con la mayor consideración y cortesía* a su cónyuge⁸⁸.

Se falta al respeto conyugal tanto desde el punto de vista físico como desde el punto de vista espiritual, con la conducta injuriosa o vejatoria. Son los llamados *malos tratos de palabra y de obra*: agresiones, violaciones, abusos deshonestos, insultos, desplantes, desprecios, humillaciones, etcétera.

Los malos tratos de obra es la manifestación más repugnante de la falta de respeto conyugal, porque en ellos el agresor, además de infringir gravemente un deber conyugal, actúa cobardemente, abusando de su superior fuerza física, sabiendo que en caso de respuesta tiene todas las de ganar. Por esa razón, las mujeres suelen ser frecuentemente las víctimas de estos malos tratos⁸⁹.

La sentencia del T.S. de 21 de octubre de 1994 ha declarado que es grave incumplimiento del deber de respeto conyugal una sola agresión física efectuada por el marido, enfadado porque su mujer había llegado tarde a casa, y que, por lo tanto, es suficiente para solicitar y obtener la separación matrimonial. Este órgano jurisdiccional estima que la concreta agresión, más allá de un vulgar incidente de la vida matrimonial, merece el calificativo de *seriamente desconsiderada* para con el cónyuge que la sufre⁹⁰. Como se puede apreciar, ha sido la falta grave de consideración, de la que hablábamos anteriormente, la que decidió este asunto.

Los malos tratos de palabra son también reprobables, pero al menos en este caso el cónyuge ofendido tiene posibilidades de defenderse adecuadamente. No

⁸⁷ No creemos que el respeto mutuo implica una especificación o concreción al ámbito matrimonial del deber de respeto al prójimo, como sostiene Gete-Alonso (ob. cit., pág. 324), sino que se trata de un deber de respeto cualificado o reforzado.

⁸⁸ Tomamos esta idea de Lacruz, «Derecho de familia», cit., pág. 186.

⁸⁹ Una encuesta publicada a finales de 1994 revelaba que en 1993 habían fallecido cuarenta mujeres a consecuencia de los malos tratos inferidos por su pareja, y en el primer semestre de 1994 las muertes se elevaban ya a veintidós.

⁹⁰ Coincidimos con Valpuesta (ob. cit., pág. 363) en considerar acertada la sentencia.

obstante, desde otra perspectiva distinta, es posible que una conducta continuada de agresión psicológica pueda llegar a producir efectos más perniciosos que los malos tratos de obra. Aunque una gota de agua daña menos que un cuchillo, un goteo continuado puede llegar a agujerear una piedra. Cuando uno de los cónyuges martiriza constantemente al otro con sus frases hirientes o con sus insultos se produce una importante reducción en la autoestima del ofendido, que puede originar incluso una grave enfermedad psíquica.

Pero también se falta al respeto conyugal cuando un cónyuge es infiel, porque traiciona al otro, rebajando la consideración que se merece como pareja legalmente reconocida. Aquí pueden entrar una serie de comportamientos conocidos: adulterio, relaciones amorosas aunque no sean adulterinas, por no culminar en relación sexual completa⁹¹.

Algún autor ha defendido que habría infidelidad cuando la esposa quedase inseminada artificialmente por un tercero, sin consentimiento del marido⁹², pero guarda silencio respecto de la conducta que podría considerarse inversa, es decir, el supuesto en que el marido dona su esperma para fecundar artificialmente o otra mujer, sin el consentimiento de su esposa. A nuestro juicio, si se considera desleal que un cónyuge no tenga en consideración a su consorte a la hora de utilizar técnicas de reproducción asistida, por esa misma razón de falta de consideración se debe apreciar también conducta desleal ante el hecho de facilitar el material imprescindible para que dichas técnicas puedan realizarse.

En nuestra opinión, también sería infidelidad toda conducta por la que una persona casada defraude la confianza que como cónyuge se merece su pareja. Esta deslealtad se puede realizar de distintas maneras: desvelando secretos e intimidaciones a terceros⁹³, poniéndose públicamente a favor de otra persona con la que el cónyuge tiene un conflicto, o hasta creando una apariencia de relaciones extramatrimoniales aunque no se corresponda con la realidad⁹⁴.

Se podrá objetar, con toda la razón del mundo, que si somos tan extensos en la delimitación de estas obligaciones, no existirá un solo matrimonio en que no se hayan vulnerado alguna vez los deberes de fidelidad y de respeto. Las relaciones conyugales llevan consigo inexorablemente la multiplicación de roces, discusiones y desavenencias de todo tipo, y siempre es posible que uno o ambos cónyuges, en

⁹¹ La sentencia de la A.P. de Castellón de 18 de enero de 1993 acordó la separación conyugal por vulneración de los deberes de respeto, fidelidad y convivencia, después de haber reconocido el marido demandado que dormía solo en el domicilio conyugal, alternaba en solitario con personas ajenas al trabajo y que frecuentaba la compañía de otra mujer durante los fines de semana. Obsérvese que el órgano judicial trata conjuntamente la vulneración de varios deberes conyugales, sin llegar a concretar cuál de ellos infringe cada conducta descrita y sin que hubiera necesidad de probar que hubo adulterio.

⁹² Cfr. Lacruz, «Derecho de familia», cit., pág. 184.

⁹³ En el mismo sentido, cfr. Lacruz, ob. cit., pág. 187.

⁹⁴ Las sentencias de la A.T. de Cáceres de 2 de junio y 11 de diciembre de 1984 declaran que la infidelidad presupone la obligación de observar una conducta inequívoca, debiéndose abstener de cualquier relación que origine una apariencia comprometedoras y lesiva para la dignidad del otro.

el calor de la refriega, cometa la torpeza de insultar o despreciar al otro. También es bastante posible que, en una sociedad moderna como la nuestra, alguno de los cónyuges salga en ocasiones con sus amistades con el único objeto de divertirse, y esa situación lleva aparejada en muchos casos la posibilidad de conversar, bailar o reír con personas del otro sexo. ¿Es justo que tales nimiedades puedan dan lugar a un incumplimiento de deberes conyugales que desembocara en una separación judicial?

La respuesta de este interrogante no es sencilla. Nuestras leyes exigen que los incumplimientos conyugales sean graves o reiterados para que sean causa de separación matrimonial. De esa formulación legal sólo se puede extraer una conclusión segura: una falta leve y aislada no es motivo legal de separación. Pero a partir de ahí, cuando la falta ya no es leve sino grave o cuando las faltas leves se reproducen (y para eso sólo basta con que sean dos) será el juez quien decida sobre la entidad del incumplimiento y lo gradúe teniendo en cuenta el contexto familiar y social, así como las actuaciones posteriores del cónyuge ofendido⁹⁵.

IV.4. COMPORTAMIENTO DEL CÓNYUGE OFENDIDO

Las ofensas pueden ser unilaterales o bilaterales, según se produzcan las agresiones por una sola de las partes o por ambas. E incluso podrían clasificarse las agresiones bilaterales en dos subgrupos: las indiscriminadas, en la que la iniciativa corresponde alternativa y aleatoriamente a uno o a otro, y las puramente defensivas, en las que uno de los cónyuges se limita sólo a contraatacar después de ser ofendido.

Supongamos que uno de los cónyuges infringe el deber de fidelidad o el de respeto, y que el cónyuge ofendido decide actuar de la misma manera, a modo de venganza o simplemente movido por la decepción que le ha producido la actitud de su pareja. Cuando ambos cónyuges han incidido en la infracción de deberes matrimoniales tan importantes como la fidelidad o el respeto, ¿se neutralizan jurídicamente esas conductas de tal manera que no pueden esgrimirse en un juicio de separación o de divorcio?

La reacción de la persona ofendida trazará seguramente el camino por el que habrá de desarrollarse la vida conyugal en el futuro⁹⁶. Se puede reaccionar violentamente, repeliendo la agresión en la misma o en desigual intensidad, pero también puede suceder que no se haga frente al agresor y se opte por soportar la situación, por sufrir la ira inmerecida.

⁹⁵ Para Valpuesta (ob. cit., pág. 365), el bien jurídico atendible, como puede ser la integridad moral o la dignidad de la persona, responde a derechos consagrados constitucionalmente, que requieren un mayor grado de protección que la «institución» matrimonial, que ha dejado de ser el cauce adecuado para realizar el proyecto de vida en común de la pareja.

⁹⁶ Cfr. Cavanillas, ob. cit., pág. 25: «Se trata de comprobar, no el grado de desafecto que suponen por parte del infractor, mediante el examen de si existe o no rencor y animadversión, sino el resultado producido en el agredido o vejado».

Al igual que sucede en el Derecho penal, no es lo mismo agredir como medio de defensa proporcional y adecuado ante un ataque injusto, en que se obedece al superior instinto de supervivencia, que iniciar una disputa sin provocación previa o después de una provocación de menor entidad. En el primer caso, semejante a la llamada legítima defensa penal, quien insulta inmediatamente después de ser insultado o quien agrede físicamente en el momento en que es agredido no debe tener reproche jurídico. Por el contrario, quien agrede sin ser atacado en ese momento o quien, siendo ofendido, repele la agresión con mayor intensidad, incurre en una conducta que puede ser jurídicamente sancionable.

En nuestra opinión, el matrimonio impone unos deberes a cada uno de los cónyuges, que deben ser cumplidos con independencia de que la otra parte los cumpla, de tal manera que el cónyuge que es infiel sabiendo que lo es también su consorte no queda exento de responsabilidad⁹⁷. En este matiz se diferencia el matrimonio de los llamados contratos bilaterales, como el de compraventa, en los que una parte incumplidora no puede dejar sin efectos el contrato por incumplimiento de la otra parte. Ahora bien, esta regla tiene algunas excepciones, en las que no se produciría el reproche jurídico y, en consecuencia, no podría darse lugar a la separación o al divorcio.

En primer lugar, aunque se produce realmente un incumplimiento de deberes matrimoniales, no tendría relevancia suficiente como para provocar una separación matrimonial la conducta del cónyuge que se limita a defenderse de la agresión en el mismo momento en que ésta se produce y utilizando unos medios de la misma o de menor intensidad que los utilizados por el agresor. Admitir la postura contraria sería tan disparatado como condenar por lesiones a la persona que muerde una mano del que pretende violarla.

En segundo lugar, tampoco tendría relevancia el incumplimiento por parte de una persona casada del deber de fidelidad cuando existe una previa ruptura de la convivencia conyugal impuesta por el otro cónyuge o consentida por los dos. La justificación de esta excepción es muy sencilla: viene establecida expresamente por el párrafo segundo del art. 82.1 del Cc.

Y en tercer lugar, tampoco podría ser esgrimido un incumplimiento de estos deberes cuando los cónyuges se han puesto mutuamente de acuerdo para no obligarse a cumplirlos⁹⁸. Lo mismo sucedería cuando los cónyuges llevan a cabo

⁹⁷ En análogos términos, cfr. Lacruz («Derecho de familia», cit., pág. 180)

⁹⁸ En contra de la validez del pacto por el que los cónyuges se dispensan mutuamente del deber de fidelidad se pronuncia Lacruz («Derecho de familia», cit., pág. 184), por considerar que ese deber tiene carácter de orden público, aunque no explique la razón de esta última afirmación. A pesar de eso, considera que «como circunstancia de hecho impediría reclamar por las infracciones realizadas sirviéndose de ella» (se refiere a la dispensa). Del mismo modo, opina García Cantero (ob. cit., pág. 196) que al seguir siendo de orden público, los cónyuges no pueden dispensarse de su cumplimiento. Por su parte, Albaladejo (ob. cit., pág. 129) se refiere a que va siendo cada vez más frecuente en la práctica la existencia de separaciones de hecho en las que los esposos otorgan algún documento en el que se conceden libertad en todos los aspectos, lo que es ciertamente una dispensa o renuncia

prácticas sadomasoquistas. La razón que justifica esta última solución consiste en que los cónyuges se han perdonado por anticipado la ofensa. En sentido general, cuando un cónyuge perdona al otro la infidelidad o la falta de respeto, está renunciando al mismo tiempo a utilizar esos hechos en un hipotético juicio de ruptura conyugal. Se trata de un *borrón y cuenta nueva*: el perdón se restringe a los hechos conocidos y perdonados, pero no se extiende a hechos futuros que sean distintos a los contemplados en el perdón, ni a los hechos pasados que eran ignorados por el perdonante. Es bastante posible que en un hogar concreto se multipliquen los insultos o actitudes despectivas entre los cónyuges, sin que por ese motivo se produzca una ruptura de la convivencia. Aunque hay ofensas en la realidad, son perdonadas al poco tiempo y con esa conducta, caracterizada por una continuación de la relación conyugal, el cónyuge ofendido está renunciando tácitamente a ejercitar la acción de separación o de divorcio. Sin embargo, es también probable que esas mismas ofensas o sevicias se produzcan en otro hogar en el que la sensibilidad, la susceptibilidad y, sobre todo, el afecto conyugal son muy distintos, de tal manera que provoquen la decisión de romper el lazo matrimonial. Y, finalmente, también es posible que un cónyuge se canse de perdonar y ponga punto final a la relación ante el convencimiento de que su consorte no va a alterar jamás su comportamiento irrespetuoso.

IV.5. LA PRUEBA DE LOS INCUMPLIMIENTOS DE LOS DEBERES DE FIDELIDAD Y RESPETO

Las conductas reveladoras de las infracciones de los deberes de fidelidad y respeto se manifiestan generalmente en el interior de las viviendas. La misma infidelidad, en su manifestación más llamativa de infidelidad sexual, requiere ordinariamente la concurrencia de cierta dosis de secreto o de clandestinidad.

Cuando estas conductas trascienden al exterior de las casas en que se desenvuelven, la prueba se facilita extraordinariamente: así sucede cuando se precisa atención médica para curar las heridas padecidas por un cónyuge agredido; o cuando unos testigos vieron que una persona casada realizaba manifestaciones amorosas en la calle o en una discoteca con persona distinta a su cónyuge; e incluso cuando los parientes presenciaron y oyeron los graves insultos pronunciados por un cónyuge en una celebración familiar.

El problema se plantea respecto de los malos tratos realizados en el interior del hogar y de la infidelidad clandestina⁹⁹.

a su derecho a la fidelidad, y añade: «Documento que la conciencia jurídica (no entro en la moral) de la sociedad (cada vez más permisiva) no rechaza, o por lo menos tolera, y que a la vista del texto legal antes citado –se refiere al párrafo segundo de la causa 1.ª del art. 82 del Cc.–, es muy problemático que pudiese estimarse que se trata de un acto nulo por contra ley».

⁹⁹ Cfr. Cavanillas, ob. cit., pág. 25: «Las dificultades probatorias que sabidamente afectan a los malos tratos físicos y psíquicos obligan a pensar, salvo fundadas razones, que aquellos que se han acreditado no son más que la punta del iceberg de una conducta vejatoria más extensa».

En el primer caso, los testigos más cualificados serían los hijos que conviven en la misma casa, que podrían declarar sobre los hechos en un juicio de ruptura matrimonial. Esta posibilidad existe, pero nos parece durísima, casi inhumana. En muchos casos, esos hijos toman decididamente partido por uno de sus progenitores y esa circunstancia se convierte, a su vez, en una grave ofensa para el otro progenitor, que se siente marginado o traicionado por su descendiente, y hasta es posible que trate de vengarse posteriormente, a la hora de pagar la pensión alimenticia. Pero existen otros supuestos en que los hijos no saben qué decir, porque quieren de una forma parecida a su padre y a su madre. En tales circunstancias, tener que pasar por una declaración a consecuencia de la cual se produzca la separación de las personas más queridas puede originar en la mente del hijo problemas de la máxima gravedad.

Y en el supuesto de la infidelidad sexual realizada de forma reservada, con utilización de apartamentos, hoteles, etcétera, es muy frecuente acudir a detectives profesionales, que realizan una labor ciertamente ingrata, pero legítima, puesto que la ley obliga al cónyuge ofendido a aportar las pruebas del adulterio y quien mejor las puede obtener es alguien que tiene una profesión dedicada a esa finalidad. Y es aquí donde se podría producir un conflicto entre el derecho de un cónyuge a obtener las pruebas de la infidelidad de su consorte y el derecho a la intimidad personal de toda persona (en este caso del cónyuge infiel), que está reconocido y protegido en el art. 18.1 de nuestra Constitución¹⁰⁰.

Algunos Tribunales españoles no han tenido más remedio que adoptar un criterio flexible en orden a la prueba de la separación, sin exigir que se acredite plenamente el incumplimiento, dadas las dificultades que esa probanza lleva consigo¹⁰¹. Pero ese criterio no se ha generalizado y otros Tribunales son más reacios a admitir los indicios probatorios, exigiendo la prueba plena en virtud de un supuesto principio de conservación del matrimonio o de favor matrimonial¹⁰².

Todos estos problemas, no sólo procesales, sino también humanos, se resolverían modificando la normativa legal, en el sentido que apuntaba una iniciativa parlamentaria de septiembre de 1994 que no llegó a prosperar.

¹⁰⁰ A este respecto, recoge Lacruz («Derecho de familia», cit., pág. 187) esta frase de Wacke: «El respeto a la libertad personal excluye que sea admisible la vigilancia de un cónyuge, ordenada por el otro, por medio de detectives privados, salvo cuando existe la fundada sospecha de relaciones adulterinas. Tampoco lo son las grabaciones no consentidas, o la observación mediante terceros dentro de la vivienda: ésta, ni siquiera cuando hay fundadas sospechas».

¹⁰¹ La sentencia de la A.P. de Oviedo de 10 de mayo de 1993 es partidaria de un criterio flexible en orden a la prueba de la separación. No cree Cavanillas (ob. cit., pág. 27) que la presunción constitucional de inocencia deba jugar en los juicios matrimoniales, dado que no puede tildarse la separación causal de normativa auténticamente sancionatoria o verdadera pena privada. En contra, Lete del Río (ob. cit., pág. 643) aboga por la necesidad de énnervar la presunción de inocencia acorde al principio proclamado en el art. 24, párrafo 2.º, de la C.E.

¹⁰² Sobre este tema, cfr. Cavanillas (ob. cit., págs. 26 y ss.) y López-Muñiz (ob. cit., pág. 115).

IV.6. LOS DEBERES DE FIDELIDAD Y RESPETO, TRAS LA SENTENCIA DE SEPARACIÓN

El Código civil declara en su art. 83 que la sentencia de separación produce la suspensión de la vida en común de los casados, pero no regula lo que sucede con los demás deberes conyugales. Como la sentencia de separación no extingue el vínculo matrimonial, las personas separadas siguen estando casadas, lo que, en principio, sugiere la posibilidad de que subsistan todas las obligaciones matrimoniales que no son mencionadas en el precepto que acabamos de citar.

Para la sentencia del T.C. de 2 de diciembre de 1982, «es obvio que la separación de hecho no hace desaparecer los deberes derivados de la relación conyugal ni otorga un omnímodo derecho de libertad a los cónyuges; que esta subsistencia de deberes es igual para uno y otro consorte y que uno y otro se injurian si, *antes de que se produzca la disolución del vínculo*, desarrollan comportamientos que signifiquen menosprecio o que lesionen otros bienes de la personalidad». Del subrayado que hemos efectuado se podía inferir que mientras conserven la condición de cónyuges, las personas separadas han de seguir cumpliendo el deber conyugal de respeto mutuo y, si venimos defendiendo que la fidelidad está estrechamente relacionada con ese deber, podría concluirse que debe subsistir también tras la sentencia de separación¹⁰³.

Debemos subrayar que, en esta sentencia, lo que se estaba discutiendo era si un cónyuge separado de hecho debía seguir cumpliendo sus deberes conyugales, por lo que la afirmación genérica del Tribunal Constitucional, aplicable también a las separaciones judiciales, es claramente *obiter dictum*, y, además, se refiere a la legislación anterior a la reforma de la Ley de 7 de julio de 1981. Por otra parte, cuando ese Organismo superior no se limita meramente a analizar si una decisión judicial tiene fundamento jurídico y si el mismo se encuentra extensa y detalladamente motivado, sino que expone su propia interpretación sobre un problema concreto, estamos de acuerdo con Carrasco Perera en que los Tribunales ordinarios son entonces libres para desconocer la interpretación constitucional¹⁰⁴.

Existe otro argumento para sostener que el deber de fidelidad subsiste tras la sentencia de separación. Valpuesta considera que la infidelidad producida después de esa sentencia puede ser causa de desheredación, al amparo del apartado I del art. 855 del Cc. («haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales»), aunque aclara que ese deber está muy debilitado¹⁰⁵.

¹⁰³ La sentencia de la A.T. de Albacete había estimado la separación matrimonial por causa de injurias graves de la esposa, pues había permanecido durante unas horas de la noche en un edificio o chalé en la sola compañía de un hombre que no era su esposo, llegando a afirmar que «lo lógico en una mujer casada era permanecer en la puerta, donde todos la vieran».

¹⁰⁴ Cfr. Carrasco Perera, «Alquileres e hipotecas: costes y principios de protección (a propósito de la S.T.C. 6/1992, de 13 de enero)»; Derecho privado y Constitución, 1993; n.º 1: págs. 225 y ss.; en concreto, pág. 226.

¹⁰⁵ Cfr. Valpuesta, «Derecho de familia», de López, A. M.; Montés, V. L.; Roca, E., y Valpuesta, M.ª R., Valencia, 1991, pág. 87. A favor de la subsistencia de ese deber se pronuncian Vidal Martínez («La

Advierte Albaladejo que el deber de fidelidad debería subsistir aun si los esposos están separados legalmente o de hecho, pero considera que esa tesis se quedaría en ser pura y exclusivamente platónica, por las siguientes consideraciones: «1.º Que si, como después veremos, el único remedio contra la infidelidad es la obtención de la separación (art. 82.1.ª), cuando los esposos estén ya separados falta todo remedio; por lo que es poco útil seguir insistiendo en que legalmente subsiste el deber de fidelidad. 2.º Que un Derecho que, como el nuestro, no facilita más recurso contra la infidelidad que la separación, ya da pie para mantener que para él el deber de fidelidad no alcanza al matrimonio separado. 3.º Que esto lo confirma de algún modo el art. 82.1.ª, párrafo segundo, al decir que «No podrá invocarse (como causa para pedir la separación legal) la infidelidad conyugal, si existe previa separación de hecho libremente consentida por ambos (esposos) o impuesta por el que la alega», porque este texto, por lo menos, *tolera* la infidelidad por la sola existencia de la separación de hecho. 4.º Únase a todo eso que va siendo cada vez más frecuente en la práctica la existencia de separaciones de hecho en las que los esposos otorgan algún documento en el que se conceden libertad en todos los aspectos, lo que es ciertamente una dispensa o renuncia a su derecho a la fidelidad»¹⁰⁶.

Por nuestra parte, preferimos seguir la opinión formulada por López López y considerar que la sentencia de separación pone fin al deber de fidelidad¹⁰⁷. Si está suspendido el deber de convivencia, también deben quedar suspendidos los demás deberes, que giran en torno a aquél, y que sólo pueden cumplirse efectivamente cuando existe una plena comunidad de vida. Los deberes de ayuda y socorro se convierten, tras la sentencia de separación, en las obligaciones de abonar las pensiones alimenticia y compensatoria¹⁰⁸, que puede ser que no existan si los cónyuges no las pactan en el convenio ni las reclaman en el proceso de separación. El deber de respeto mutuo deja de ser cualificado y queda reducido al deber general de respeto a la dignidad de las personas¹⁰⁹. Al no vivir juntos los cónyuges separados, se disgrega la familia y ya no cabe hablar de un interés de la familia de carácter integrador porque se forman dos grupos familiares, si hay hijos comu-

relación no matrimonial en el Derecho español», *Tapia*, n.º 36; octubre 1987; págs. 15 y ss.; en concreto, pág. 19) y Díez-Picazo y Gullón (ob. cit., pág. 106).

¹⁰⁶ Cfr. Albaladejo, ob. cit., pág. 129.

¹⁰⁷ Cfr. López López, «Perfil sistemático de las instituciones de la crisis matrimonial»; *Libro homenaje al profesor José Beltrán de Heredia Castaño*, Salamanca, 1984, págs. 429 y ss.; en concreto, págs. 432 y 433.

¹⁰⁸ Cfr. García Cantero (ob. cit., pág. 197), que indica que el deber de mutuo socorro, cesada la convivencia conyugal, adquiere una fisonomía jurídica más perfilada, transformándose en el deber de alimentos entre cónyuges.

¹⁰⁹ Valpuesta (ob. últ. cit., pág. 87) coincide con nuestra opinión en este punto, y ya no trae a colación el art. 855 del Cc., que se refiere genéricamente a los deberes conyugales, y no sólo a la fidelidad. En contra, García Cantero (ob. cit., pág. 185) piensa que hay que esforzarse por encontrar la especialidad de este respeto mutuo, cuyo ámbito ha de extenderse no sólo a los cónyuges convivientes, sino también a los separados de hecho o de derecho, e incluso persiste después de la disolución del matrimonio, en cuanto a la vida íntima y a todos aquellos temas que cada cónyuge conoce por su relación de confianza con el otro.

nes convivientes con uno y otro cónyuge; en caso contrario, si uno de los cónyuges vive sin la compañía de sus hijos, sólo subsistirá las obligaciones derivadas del ejercicio de la patria potestad y de abonar las pensiones alimenticias, en su caso.

Y en cuanto a la desheredación, nos parece que el art. 855 del Cc., cuando exige en su parte final que los cónyuges no vivan bajo el mismo techo para que la causa de separación sea también de desheredación, está pensado para el supuesto en que el incumplimiento de deberes conyugales se produce en un momento anterior, cuando convivían los cónyuges y no cuando el matrimonio está relajado por una separación judicial. Por eso el cónyuge que quiere reaccionar frente a la ofensa que le infiere su consorte y le deshereda, tiene que correr con la carga de renunciar a la vida en común y solicitar la separación probando el incumplimiento de deberes de su consorte; sólo cuando actúe así perderá el cónyuge ofensor su derecho a la legítima (art. 834 del Cc.)¹¹⁰.

V. LOS DEBERES DE AYUDA Y SOCORRO

V.1. DISTINCIÓN MERAMENTE TEÓRICA ENTRE LA AYUDA Y EL SOCORRO

Teniendo el matrimonio la finalidad de establecer una comunidad de vida entre la mujer y el marido, los deberes de ayuda y de socorro aparecen como una consecuencia necesaria de esa convivencia conyugal. De la misma manera que se disfruta de los buenos momentos, hay que dar la talla en las situaciones más desfavorables.

Los arts. 67 y 68 del Cc. obligan a los cónyuges a ayudarse y a socorrerse mutuamente. La primera cuestión que se plantea es si son distintos los deberes de ayuda y de socorro.

Desde luego, la acepción más utilizada de la palabra socorro nos sugiere un remedio a una situación de urgencia o de necesidad. Pide socorro quien carece de medios propios para superar una adversidad apremiante. Pero otra acepción más amplia de esa palabra es la de ayuda: presta socorro quien facilita a otra persona la realización de una actividad o la entrega de un bien, con independencia de que la persona socorrida pudiera o no conseguir tales objetivos por sí misma¹¹¹.

Sucede algo parecido con la palabra ayuda, que sugiere inicialmente la idea de cooperación o colaboración, de contribución de esfuerzos, pero que, en un sentido más amplio puede abarcar incluso el sentido más estricto de socorro o auxilio, de solución de una emergencia.

¹¹⁰ Este precepto no ha sido afectado por la reforma de 7 de julio de 1981 y conserva el anterior sistema de la separación por culpa, que debe revisarse en relación a los nuevos preceptos, conforme a una interpretación sistemática. Obsérvese, por otra parte, que el art. 834 hace depender la pérdida de la legítima de hechos anteriores a la separación, pues sólo así puede acreditarse que tal separación fuera por culpa de un cónyuge.

¹¹¹ Parecidas consideraciones lingüísticas hace Lete del Río, ob. cit., pág. 645.

Los autores que han estudiado técnicamente la terminología no terminan de ponerse de acuerdo sobre la distinción. Para unos, la ayuda se equipara a asistencia, es decir, a dispensar cuidados de tipo espiritual e incluso de índole física o material, pero excluyendo la aportación meramente pecuniaria, concepto este último que se reserva para la palabra socorro¹¹²: así, la dedicación a cuidar del cónyuge enfermo y soportar las incomodidades de su enfermedad estaría incluida en el deber de ayuda, mientras que el pago de una pensión periódica de carácter alimenticio sería una manifestación del deber de socorro. Para otros, la ayuda se ha de prestar en las situaciones más cotidianas (por ejemplo, cuidar a un enfermo crónico), mientras que el socorro exige un nivel más elevado de intensidad en la prestación, pues trata de remediar situaciones de carácter extraordinario (por ejemplo, trasladar a un hospital al cónyuge que sufre un infarto de miocardio).

Como quiera que la distinción carece de relevancia jurídica¹¹³, ya que no existe ninguna diferencia apreciable entre los contenidos y los efectos de uno u otro término en la regulación legal, preferimos referirnos indistintamente a esas palabras, considerándolas sinónimas¹¹⁴.

V.2. CONTENIDO Y EXIGIBILIDAD DE ESTOS DEBERES

La ayuda y el socorro desde el punto de vista jurídico-matrimonial abarcan actuaciones de muy diversa índole, que van desde el auxilio meramente dinerario hasta la satisfacción de atenciones de carácter físico o espiritual. Un cónyuge ayuda al otro sosteniéndole económicamente, animándole para superar los problemas, atendiéndole en su enfermedad o colaborando en la dedicación a las labores domésticas o en la educación de los hijos¹¹⁵.

Desde la perspectiva estrictamente económica, los deberes de ayuda y de socorro se traducen en una serie de instituciones jurídicas, como son la *contribución a las cargas del matrimonio* y el deber legal de *alimentos*. Tratándose de obligaciones que pueden evaluarse pecuniariamente y cuantificarse, tienen la posibilidad de ser reclamadas judicialmente mediante *acciones de cumplimiento*. El cónyuge que tiene derecho a obtener una prestación económica de su consorte tiene la facultad de reclamarle por vía judicial el cumplimiento de esa obligación¹¹⁶ y si, una vez obtenida la sentencia condenatoria, el cónyuge deudor no se aviene a cumplir voluntariamente su deber, podrá el juez embargarle bienes suficientes para garantizar el cobro de esa deuda.

¹¹² En este sentido se manifiestan Albaladejo (ob. cit., pág. 131) y González Pacanowska (ob. cit., pág. 87).

¹¹³ En parecidos términos se pronuncia Lacruz, «Derecho de familia», cit., pág. 184.

¹¹⁴ En el mismo sentido se manifiesta finalmente Albaladejo, ob. cit., págs. 127 y 131.

¹¹⁵ En análogos términos, cfr. Lete del Río, ob. cit., pág. 646.

¹¹⁶ Análogamente, cfr. Albaladejo (ob. cit., pág. 131) y Lete del Río (ob. cit., pág. 647).

Mucho más complicado es que pueda exigirse judicialmente el cumplimiento de los deberes de ayuda y de socorro cuando no tienen un contenido esencialmente económico, como sucede con la asistencia al cónyuge enfermo, con la colaboración en las tareas domésticas o en el cuidado y educación de los hijos comunes. Ciertamente, se trata de actividades que en parte pueden ser suplidas por otra persona. Se puede contratar a un enfermero para que cuide al cónyuge que está delicado de salud, o a una persona para que se encargue de las labores del hogar o para que cuide y eduque a los hijos, y por esa vía cabría demandar al cónyuge incumplidor, pidiendo que en caso de que no se prestase voluntariamente a cumplir los deberes, entregase una cantidad para contribuir a satisfacer los emolumentos de la persona sustituta que se encargase de tales tareas. Esa medida es posible desde la óptica jurídica, pero no resulta plenamente satisfactoria en la práctica, pues una persona extraña no podrá realizar su actividad con la misma calidad y cariño con que lo llevaría a cabo uno de los cónyuges cuando, movido por el afecto, cumple voluntariamente estos deberes.

La posibilidad de reclamar judicialmente el cumplimiento es prácticamente nula cuando se incumplen los deberes espirituales de ayuda y de socorro¹¹⁷. Si uno de los cónyuges se desentiende sistemáticamente de los problemas que aquejan a su pareja, no hay forma jurídica de obligarle a cumplir con esa obligación, ni cabe tampoco traducir esa prestación en su equivalente pecuniario. El cónyuge necesitado de ayuda podrá tomar medidas de represalia para manifestar su disgusto ante el abandono espiritual a que ha sido sometido, incluyendo el cese temporal o definitivo de la convivencia matrimonial, pero no podrá forzar al otro cónyuge para que le ayude anímicamente.

V.3. LÍMITES DE ESTOS DEBERES

El ser humano puede desprenderse de sí mismo hasta alcanzar límites heroicos cuando existe entre el que ayuda y el necesitado una relación estrecha, como la que se crea a través de la paternidad; pero en las demás relaciones, incluida la afectiva y la conyugal, los niveles suelen bajar ostensiblemente. Los esfuerzos son más interesados, la finalidad es más egoísta. Es posible que por amor se realicen actos de ayuda o de socorro que revelen un sacrificio extraordinario, pero también es muy frecuente que la persona benefactora, más tarde o más temprano, se cansa de dedicar todas sus fuerzas en favor de una persona que no le corresponde en la misma medida. Y también es probable que al esfuerzo desmesurado siga una etapa de extenuación, e incluso de depresión.

En el supuesto en que exista correspondencia o reciprocidad, también es bastante probable que a la hora de plantearse una ayuda, la persona tenga que

¹¹⁷ Ya manifestaba la sentencia del T.S. de 4 de diciembre de 1959 que «su índole las hace de naturaleza verdaderamente incoercible en muchos de sus aspectos a la acción de la ley civil, siendo el auxilio físico de los alimentos el único verdaderamente sancionado por la ley».

resolver un conflicto entre el bien del otro y el suyo propio. Para ayudar a otro hay que dedicar unas energías y un tiempo que ya no se pueden invertir en la satisfacción de una necesidad propia.

A la hora de calibrar si existe o no un auténtico incumplimiento de los deberes de ayuda y de socorro deben tenerse en cuenta también el nivel de ocupaciones que tiene cada uno de los cónyuges. Es fácilmente comprensible que un cónyuge que dedica muchas horas a trabajar fuera de casa y que tiene a su cargo la mayor parte de las tareas familiares se excuse de ayudar al otro cónyuge, que está más descansado, cuando se trate de realizar una labor que éste puede culminar perfectamente por sí mismo o cuando no sea apremiante la atención que ha de cubrirse.

En conclusión: la ayuda y el socorro son *deberes relativos y limitados*, pues tales características tienen también, por desgracia, las fuerzas humanas. Deben alcanzar un nivel proporcional a la necesidad del que recibe las atenciones y a las energías y posibilidades del que las presta, teniendo en cuenta las circunstancias concretas y las diversas personalidades de uno y otro cónyuge¹¹⁸. En caso de que exista una necesidad que precise de urgente satisfacción, la ayuda debe alcanzar los niveles más altos.

Esta conclusión queda plenamente demostrada si tenemos en cuenta que es causa de separación conyugal el alcoholismo, la toxicomanía o las perturbaciones mentales, siempre que el interés del otro cónyuge o el de la familia exijan la suspensión de la convivencia. En principio, un cónyuge está obligado a ayudar y a socorrer a su consorte, cuando éste tiene alguna enfermedad y no hace falta recordar que el alcoholismo y la toxicomanía tienen esa calificación. En los momentos más delicados, si la necesidad es apremiante, es cuando deben prestarse más intensamente la ayuda y el socorro. Debe apoyarle, comprenderle, animarle a superar el mal si ello fuera posible. Pero la ley no le obliga a cumplir esos deberes de una manera ilimitada. Cuando el interés del cónyuge sano o el de la familia exijan la suspensión de la convivencia, no tendrá relevancia jurídica el incumplimiento de las obligaciones conyugales a que nos estamos refiriendo. Las leyes tratan de resolver un conflicto entre bienes distintos y optan por conceder primacía a la integridad física y psíquica del cónyuge sano, tratando de evitar que salga irremediablemente perjudicado por una convivencia demasiado difícil.

En el fondo de la cuestión, las leyes imponen los deberes de ayuda y socorro entre los cónyuges para *evitar, sobre todo, que se produzcan situaciones de desamparo*. En otro orden de cosas y de una manera más relativa, como un objetivo más difícil de concretar, las normas legales introducen esas obligaciones dentro del marco del deber de convivencia. Habrá que analizar cuál es la relación y los acuerdos

¹¹⁸ En parecidos términos se manifiesta Lacruz, «Derecho de familia», cit., pág. 185.

existentes entre los cónyuges para discernir en cada caso qué ayuda y socorro son exigibles en cada momento¹¹⁹.

¹¹⁹ Los casos límite de desamparo tienen la protección adicional del Derecho penal. Tras la reforma de 1989, se sanciona penalmente en nuestra patria al que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes al matrimonio, al que abandonare maliciosamente el domicilio familiar, al que abandone aquellos deberes por causa de su conducta desordenada y al que dejare de prestar la asistencia indispensable para el sustento del cónyuge que se hallare necesitado. Nuestros Tribunales vienen aplicando de manera un tanto restrictiva esa norma penal. Para condenar al infractor se exige que se cumplan los mismos requisitos que han de darse en el delito genérico de abandono de familia, que está tipificado en otro lugar del Código Penal. En concreto, se extiende al caso que estamos analizando la circunstancia de que el cónyuge infractor incumpla sus obligaciones «pudiendo hacerlo», lo que lleva a la consecuencia de que no incurrir en conducta sancionable penalmente los cónyuges que carecen de capacidad económica suficiente para cumplir los deberes de ayuda y socorro. Podríamos admitir estas decisiones judiciales cuando se contempla la estricta ayuda y socorro entre cónyuges. Cuando una persona casada desampara a su consorte, pero no tiene ingresos suficientes para ayudarle, no debe ser sancionado, porque ambos están en análoga situación desfavorable. Pero nos caben dudas más profundas cuando la falta de ayuda se refiere al sostenimiento de los hijos comunes, pues si ninguno de los cónyuges obtiene ingresos suficientes para atender esa obligación legal, nos parece injusto que no tenga sanción el cónyuge que abandona a su consorte y a sus hijos y deja toda la carga sobre las espaldas del cónyuge abandonado y desamparado. Y lo más chocante del caso es que el Tribunal Supremo ha condenado en más de una ocasión a la madre que carece de medios económicos, por lo que abandona a sus hijos y se dedica posteriormente a la prostitución. Nuestro Alto Tribunal invierte los términos del debate, puesto que considera que el efecto de la miseria (dedicarse a la prostitución) es la causa del abandono (conducta desordenada que motiva el incumplimiento de los deberes de asistencia a los hijos), que es lo que realmente contempla a ley. Y también nos produce perplejidad que para condenar a la madre que se dedica a la prostitución se le reproche que no acudiese a las instituciones públicas para que atendieran a sus hijos desvalidos. Ese mismo reproche se le puede hacer al padre que carece de ingresos y que se desentiende del deber de ayuda y socorro respecto del cuidado, mantenimiento y educación de los hijos comunes y, sin embargo, se le absuelve.