

Las uniones de hecho no matrimoniales: consideraciones generales y aspectos registrales

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. IDEAS BÁSICAS SOBRE LAS LLAMADAS UNIONES DE HECHO O UNIONES NO MATRIMONIALES: a) LAS UNIONES EXTRAMATRIMONIALES COMO NÚCLEOS FAMILIARES; b) EL CONCEPTO CONSTITUCIONAL (Y LEGAL) DE «FAMILIA»; c) LA EQUIPARACIÓN LEGAL DE TODAS LAS FORMAS DE «FAMILIA»; d) EL ARTÍCULO 32 DE LA CONSTITUCIÓN: LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL MATRIMONIO, Y SU ALCANCE.—2. LAS UNIONES EXTRAMATRIMONIALES, ¿SON DE HECHO O SON DE DERECHO? SOBRE LA POSIBILIDAD DE PACTOS O ACUERDOS CONSTITUTIVOS DE LA UNIÓN.—3. LAS DIFERENCIAS ENTRE MATRIMONIO Y UNIONES DE HECHO.—PROPUESTAS DE POLÍTICA LEGISLATIVA. LAS POSIBILIDADES Y LOS LÍMITES: EL PRINCIPIO DE LIBRE OPCIÓN Y SU ALCANCE.—4. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS UNIONES EXTRAMATRIMONIALES ESTABLES: ESQUEMA GENERAL; ASPECTOS COMUNES Y DIFERENCIALES CON LAS UNIONES MATRIMONIALES: a) ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN CASO DE RUPTURA DE LA UNIÓN; b) PENSIÓN POR DESEQUILIBRIO E INDEMNIZACIÓN POR ENRIQUECIMIENTO INJUSTO; c) RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL; d) SOBRE LA APLICABILIDAD O NO DEL ARTÍCULO 1.320 DEL CÓDIGO CIVIL A LAS UNIONES EXTRAMATRIMONIALES.—5. **LAS UNIONES EXTRAMATRIMONIALES ANÓMALAS.**—6. **LAS UNIONES EXTRAMATRIMONIALES Y REGISTROS DE UNIONES O PAREJAS DE HECHO:** 7.1. LA COMPETENCIA ESTATAL SOBRE REGISTROS PÚBLICOS: REGISTROS CIVILES o CON «EFICACIA CIVIL». 7.2. REGISTROS DE HECHO o REGISTROS DE DECLARACIONES. LA EFICACIA DE LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL COMO MEDIO DE ACREDITACIÓN DE LA CONVIVENCIA. 7.3. INSCRIPCIONES DECLARATIVAS O CONSTITUTIVAS. 7.4. REGISTRO DE ACCESO PÚBLICO o REGISTRO DE ACCESO RESTRINGIDO A LOS MIEMBROS DE LA UNIÓN, Y OTROS SUJETOS LIMITADAMENTE. 7.5. REGISTRO DE INSCRIPCIÓN VOLUNTARIA o DE INSCRIPCIÓN OBLIGATORIA. 7.6. ÚLTIMAS CUESTIONES SOBRE LOS REGISTROS DE PAREJAS: 7.6.1. *¿Registro Civil o Registro especial ad hoc?* 7.6.2. *El sistema de cancelación de los asientos del Registro de Parejas.*

1. INTRODUCCIÓN. IDEAS BÁSICAS SOBRE LAS LLAMADAS UNIONES DE HECHO O UNIONES NO MATRIMONIALES

Como múltiples autores y pensadores han reconocido, el Derecho, y en concreto el Derecho Civil, es un producto histórico, es fruto de una serie de convicciones y valores imperantes en un determinado momento del devenir de una sociedad. Nada de esto es tan evidente como respecto de la regulación jurídica de la familia y las relaciones entre sus miembros, o respecto de la persona individual y sus necesidades propias. En este campo es probablemente donde la influencia social es más acusada, y en donde el legislador es más esclavo de las exigencias de sus ciudadanos, precisamente porque afecta a la fibra sensible de la sociedad, a aquello que afecta a su convivencia diaria y a su desarrollo personal.

Por esta razón, creemos, con carácter general, que el estudio de las cuestiones jurídicas suscitadas al hilo de los cambios de mentalidad social operados en las relaciones personales, como sucede en el ámbito del Derecho de familia, no puede abordarse desde una perspectiva «purista» o de análisis de los textos legales vigentes, sino que ha de hacerse tomando en consideración esa misma realidad social que pretende regular. Los juristas no somos ni debemos ser sujetos apegados a una estricta y férrea metodología, sino que tenemos el deber moral de estar atentos a lo que la sociedad reclama en cada momento, y por qué lo reclama, para, a partir de ahí, buscar los cauces técnicos para dar respuesta a esas demandas sociales o para orientarla y excepcionalmente corregirla.

Estas afirmaciones son especialmente procedentes cuando se trata de analizar el fenómeno de las uniones de hecho, o uniones libres, o uniones extramatrimoniales (1). No hay hoy seguramente un tema jurídico donde la

(1) En cuanto a la terminología que se va a usar en este trabajo, emplearemos indistintamente las expresiones tradicionales de uniones de hecho, uniones o parejas estables o uniones extramatrimoniales, aunque nos parece preferible esta última expresión, por ser más amplia y a la vez más precisa que las anteriores. En concreto, la más usada de «uniones de hecho» está sujeta a una serie de objeciones a las que luego se hará referencia, pero sin que ello haga totalmente inservible la expresión. Respecto al giro «parejas estables» o «uniones estables», creemos que supone una aproximación inadecuada a la figura matrimonial, y además excesiva, pues exige a las parejas no casadas un «plus» que el legislador no se atreve a imponer —para protegerlas— a las uniones matrimoniales; además, tampoco es la estabilidad un requisito general de las uniones no matrimoniales para ser protegidas, ya que algunas leyes autonómicas las tutelan y cobijan en ocasiones aun cuando esa estabilidad no exista (v.gr., cuando hubo hijos de la unión pero ésta se disolvió rápidamente). Finalmente, no usaremos la expresión «convivencia o unión *more uxorio*», precisamente porque entendemos que de la misma parten una serie de prejuicios que no han hecho ningún bien al tratamiento legal de estas situaciones: pensamos que el legislador, si quiere ocuparse de las uniones no matrimoniales, debería hacerlo con independencia de si entre ellas existe o no una aproximación o apariencia de matrimonio.

sociedad se viene pronunciando con más contundencia y asiduidad, ni por lo tanto una materia donde nosotros, los juristas, debamos preocuparnos de lograr un acercamiento entre lo que los ciudadanos nos demandan y lo que la técnica jurídica nos permite.

Claro que lo primero que parece necesario es delimitar en qué momento social nos hallamos en el devenir de las relaciones personales y familiares, cuál es —si es posible concretarla— la conciencia social predominante, y de qué modo nosotros, como juristas, podemos sensatamente dar respuesta a las necesidades que dicha sociedad reclama.

Por lo pronto, hay, en primer lugar, un dato bastante llamativo en todo este ya largo proceso de juridificación de las parejas o uniones de hecho. Creemos que existe una clara disociación entre lo que piensan los juristas, y lo que la sociedad opina. Si atendemos a las declaraciones u opiniones formales de la doctrina civilista que ha estudiado las uniones de hecho, la inmensa mayoría de los autores mantienen la tesis de que matrimonio y unión de hecho no son lo mismo, que son realidades diferentes, y en consecuencia les corresponden unas normas o reglas diferentes (si es que son precisas tales normas, lo que también se discute). Las mismas manifestaciones se encuentran en múltiples sentencias, del Tribunal Supremo y de Tribunales inferiores. En cambio, al nivel social, parece existir la convicción justamente contraria, a saber, que, aun siendo fenómenos distintos, las uniones de hecho deben ser objeto de casi total equiparación con los matrimonios en cuanto a su régimen jurídico, tanto si lo referimos a uniones heterosexuales como homosexuales.

Pero mucho más clarificador aún es que esta misma tendencia equiparadora ha quedado ya plasmada, de forma callada pero imparable, en múltiples textos legales, tanto estatales como sobre todo autonómicos; y la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, a pesar de manifestaciones formales en contra, viene realizando una labor interna de equiparación durante los últimos años, que no puede ocultarse (2). Desde el punto de vista legal, si se hace un repaso a las

(2) A día de hoy, y salvo el tema de la aplicabilidad a las uniones de hecho de las disposiciones del régimen económico-matrimonial, y su posible liquidación tras la ruptura (aunque también en este campo ha habido ya algún acercamiento, bastante discutible por cierto, como el recogido en la STS de 17 de enero de 2003), la Jurisprudencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo ya ha llegado a la casi total equiparación en todos los temas que allí se han tratado (reglas sobre asignación de guarda y custodia de hijos nacidos de la unión, atribución de la vivienda familiar, pensiones por desequilibrio, etc...). Resulta interesante preguntarse a este respecto, no tanto por los criterios o argumentos formales por los que se ha llegado a ello, sino por las razones de fondo, por los condicionantes que han obligado a un cambio de rumbo tan espectacular como el producido, si se compara con la doctrina jurisprudencial de hace diez años, y mucho más si se la compara con la de hace veinticinco o treinta años. Parece claro, por un lado, la enorme presión social que vienen sufriendo en este campo nuestros jueces y Tribunales, pero, junto a ello, tampoco puede dejar de reconocerse que el cambio se ha generado después de un período de reflexión en el que esos mismos órganos jurisdiccionales han llegado al simple conven-

normas estatales que, en los últimos años, han incidido en cuestiones familiares, todas ellas han llegado a la unificación de régimen: piénsese, por ejemplo, en temas de adopción, arrendamientos urbanos, etc. En cuanto a la legislación autonómica, existe una clara tendencia a la plena igualación de régimen jurídico; es más, incluso los aspectos más dudosos, como el de la adopción por parejas homosexuales, ya han sido resueltos, por algunas recientes leyes autonómicas, con la unificación de criterios (3). Como juristas, debemos hacernos la siguiente pregunta —que a la vez es motivo de profunda reflexión—: ¿Por qué hemos llegado a esta situación? ¿Qué razón justifica esa tendencia casi imparable a la equiparación? ¿No nos estaremos equivocando en nuestros planteamientos? Indudablemente, aunque las preguntas nunca suelen ser inocentes, sino que muchas veces en la pregunta va la propia respuesta, nos parece que hay que partir de cero, y proceder a replantear las cuestiones fundamentales (matrimonio, familia, uniones de hecho...) sin prejuicios, o con los mínimos posibles. A eso va destinado este trabajo.

a) LAS UNIONES EXTRAMATRIMONIALES COMO NÚCLEOS FAMILIARES

A la vista de las anteriores consideraciones, parece sensato comenzar con un dato o punto de partida previo a cualquier postura jurídica. Y ese dato es que hoy día, a nivel social como a nivel incluso de doctrina jurídica, las uniones extramatrimoniales son un tipo de «familia» cada vez más extendido. No existe discusión, ni siquiera entre los estudiosos del Derecho, que las llamadas uniones de hecho o uniones no matrimoniales constituyen —cuando se cumplen una serie de condiciones, a las que ahora nos referiremos— auténticos núcleos familiares, esto es, son «familia» (4), y por ese motivo deben obtener la tutela del ordenamiento jurídico, en virtud del mandato contenido en el artículo 39 CE.

cimiento de la justicia inherente a la equiparación. Hay probablemente una razón de fondo intuitiva y no suficientemente bien pensada. Nuestro trabajo aspira a dar cumplida y certera respuesta a esa nueva tendencia de la jurisprudencia, entre otras cosas.

(3) Esta es la perspectiva adoptada, por ejemplo, por la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, del Parlamento navarro, cuyo artículo 8 autoriza a las parejas estables (hetero y homosexuales) la posibilidad de adopción conjunta.

(4) Vid. a título de ejemplo, y desde diversas perspectivas ideológicas, GAVIDIA, J., «¿Es la unión libre una situación análoga al matrimonio?», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 32, octubre-diciembre 1999, pág. 262, quien considera que han adquirido la consideración de «familia», no sólo respecto de la relación de filiación, sino también en lo relativo a la relación entre los convivientes; LLEDÓ YAGÜE, F., «Comentario a la STS de 20 de octubre de 1994», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil CCJC*, núm. 37, enero-marzo 1995, pág. 350.

Por si había alguna duda acerca de esta idea, y como ratificación de la misma, basta con un breve repaso a las distintas leyes autonómicas sobre uniones o parejas de hecho dictadas en los últimos años: en todas ellas, en sus Preámbulos o exposiciones de motivos, y a lo largo de los respectivos textos legales, se obtiene fácilmente la conclusión de que nadie pone en duda hoy día la consideración como «familias» de esta clase de uniones. Es obvio que, si los distintos legisladores han efectuado ese reconocimiento, es porque hay un amplio respaldo social que apoya ese tipo de leyes reguladoras y a la vez protectoras de las uniones no matrimoniales. Prescindimos de momento del tipo o alcance de protección o tutela que tales relaciones merecen.

Esta primera conclusión, que parece bastante clara, acaso no está suficientemente matizada. El consenso social sobre la equiparación a las uniones matrimoniales es indiscutible respecto de las uniones de hecho heterosexuales (al menos de aquellas caracterizadas por su estabilidad, perdurabilidad y publicidad), pero ¿qué decir de las homosexuales? ¿Existe la misma conformidad en considerarlas como «familia»? (5).

A pesar de ciertas dudas, y a falta de estadísticas al respecto, que probablemente serían muy útiles a nuestros fines, creemos que también se puede convenir en la cada vez mayor aceptación social de las uniones homosexuales, no sólo como sujetos con plena libertad e integrados en la sociedad, sino incluso como sujetos a los que se reconoce su pleno derecho a conformar verdaderos núcleos familiares, en pie de igualdad con las parejas heterosexuales, casadas o no (6). Por supuesto, estamos pensando en aquellas parejas homosexuales que se acredita han constituido un vínculo estable, permanente y exclusivo de convivencia, en el que los dos miembros asumen o manifiestan una voluntad de continuidad en una relación afectiva y/o sexual, por asimilación a las uniones matrimoniales. Por el contrario, no serán «familia» a efectos constitucionales y legales —porque socialmente no tienen esa consideración— las uniones no estables, o las uniones estables pero sin la voluntad o intención de formar un núcleo de convivencia, afecto y asistencia mutua.

Como argumento de apoyo a esta idea pueden servir las últimas normas materiales, las cuales expresan su reconocimiento de la unión homosexual con esa típica coletilla de «con independencia de su orientación sexual». Eso

(5) Con buen criterio, VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R., «La institucionalización jurídica de la pareja. Registro de parejas de hecho», en la obra *Las uniones de hecho* (coord. por M.^a PAZ SÁNCHEZ GONZÁLEZ), Universidad de Cádiz, 1995, pág. 54, considera que para la consideración de familia de la unión homosexual no es suficiente una ausencia de rechazo o reprobación social, sino que debe haberse consolidado socialmente y ser aceptada por los valores imperantes.

(6) Vid. al efecto TALAVERA FERNÁNDEZ, P. A., *Fundamentos para el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales. Propuestas de regulación en España*, Madrid, 1999, págs. 63-64.

no es otra cosa que la plasmación legal de una clara opinión social favorable a la equiparación. El esfuerzo denodado e incansable de las asociaciones de homosexuales y su cada vez mayor presencia en el ámbito cultural y en los medios de comunicación, ha dado al menos, y por ahora, este importante fruto. Ese reconocimiento no ha sido posible únicamente por la presión de los grupos afectados y la rendición de los poderes legislativo y judicial: es el indudable reflejo de una conciencia social no sólo permisiva con los nuevos fenómenos (en realidad, no tan nuevos) sino también respetuosa con la libre configuración familiar de los ciudadanos. Cuestión diferente es que exista el mismo consenso social sobre algunos temas jurídicos puntuales, como es el de la admisibilidad o no de la adopción de menores por parejas homosexuales (aunque seguramente acabará por reconocerse legalmente, tal como ya está ocurriendo en otros países e incluso ya en algunas zonas del nuestro).

b) EL CONCEPTO CONSTITUCIONAL (Y LEGAL) DE «FAMILIA»

Indudablemente es de gran interés lo expuesto en el apartado precedente, a la hora de descender al plano jurídico y determinar qué se entiende por «familia» en nuestro ordenamiento jurídico. A estos efectos, creemos que también se puede estar conforme en que el concepto de «familia» empleado en el fundamental artículo 39 CE, precepto que es la base del resto de preceptos legales y el punto de referencia a la hora de decidir el tratamiento legal de la realidad familiar, es *un concepto extrajurídico*, que conecta directamente con la realidad social y la concepción social sobre lo que sea «familia» (7).

La «familia» a que alude el citado artículo 39 de la Constitución no es, como en algún momento se ha dicho, un concepto «prejurídico» o «preconstitucional». Es indudable que los autores de la Constitución Española de 1978 partieron de una idea determinada de familia —sin duda, la matrimonial—, pero tuvieron el acierto de separar matrimonio (art. 32 CE), por un lado, y familia (art. 39 CE), por otro, dejando además sin definir ni describir el concepto de familia, haciéndolo depender de las concepciones sociales de cada momento histórico. Eso significa, por tanto, que en ningún momento excluyeron, precisamente por la conexión de la idea de «familia» con la realidad social de cada momento, la tutela jurídica de otras formas o modalidades de familia, distintas de las existentes al momento de promulgarse la Constitución. Y en efecto, así ha sucedido, pues desde entonces hasta ahora, hemos asistido a la expansión de la familia monoparental, formada por uno

(7) En esta misma línea, VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R., «La institucionalización jurídica de la pareja. Registro de parejas de hecho», en el volumen *Las uniones de hecho* (coord. por M.^a PAZ SÁNCHEZ GONZÁLEZ), Universidad de Cádiz, 1995, pág. 53.

de los progenitores y su hijo o hijos, así como a la progresiva implantación social de las familias extramatrimoniales o uniones libres, de distinto o del mismo sexo. Nada impide que, en los próximos años, nos encontremos con nuevas modalidades de familia, surgidas al cobijo de nuevas formas de relación personal más o menos extendidas socialmente, o acaso por el influjo de otras mentalidades, en una sociedad cada vez más pluralista y multicultural.

Al margen del texto constitucional, tampoco en la legislación ordinaria, civil o de otra naturaleza, se ha abordado un concepto técnico o descripción de condiciones para reconocer una «familia» desde el punto de vista legal. Y si no hay un concepto legal de familia, eso demuestra que la tutela jurídica de la «familia» prevista en el artículo 39.3 de la Constitución, ha de basarse en un concepto extrajurídico, extraíble de la realidad social de cada momento. Y como consecuencia de ello, debe procederse progresivamente, conforme vayan aceptándose socialmente nuevos modelos familiares, o a la reforma de las leyes para regular esos núcleos familiares, o a una reinterpretación, adaptada a la realidad social del momento (art. 3.1 del Código Civil) de las leyes vigentes reguladoras de medidas —del tipo que sea— protectoras de la familia.

C) LA EQUIPARACIÓN LEGAL DE TODAS LAS FORMAS DE «FAMILIA»

Si resulta que las uniones de hecho son «familia» (al menos, algunas modalidades de ellas, las constituidas con unas determinadas características: básicamente las recogidas en las leyes autonómicas: uniones estables de dos personas, con relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia del sexo, y de cierta publicidad o notoriedad), y resulta que el artículo 39 CE ordena a los poderes públicos, y entre ellos al legislativo, proteger legal o jurídicamente a las familias, eso significa, como conclusión por el momento bastante simplista pero contundente, que todas las «familias» o núcleos familiares deben ser protegidos por el Ordenamiento jurídico, y además que esa protección debe realizarse en los mismos términos para unas y para otras modalidades.

No es, por tanto, admisible jurídicamente, por lo de inconstitucional que tendría, que las leyes diesen un tratamiento diferenciado a unos u otros núcleos familiares: el trato debe ser igual, si no se quiere incurrir en una discriminación contraria a la Constitución. Hay, sin embargo, autores, como GAVIDIA, que no ven inconveniente en que, a pesar de considerarlas como familia, el legislador dé un trato diferenciado a éstas respecto del matrimonio (así pretende justificar la diferencia por razones de orden presupuestario) (8). No podemos compartir

(8) Vid. GAVIDIA, *¿Es la unión libre...?*, cit., pág. 224, quien remite al «legislador positivo», para que con criterios de razonabilidad o de orden político legisle en unos términos igualitarios o no.

esta opinión: a nuestro juicio, el legislador tiene libertad para elegir si protege, y de qué modo y hasta qué punto, a las familias, pero una vez ha decidido otorgarles tutela, debe extenderla a todos los núcleos socialmente considerados como «familias», si no quiere incurrir en una discriminación (art. 14 CE: discriminación por razón del tipo familiar). Esto, como es obvio, afecta fundamentalmente a medidas de naturaleza «pública» (fiscales, asistenciales, administrativas...). Pero no se puede descartar que también conciernen al Derecho privado, pues también en él hay normas cuyo fin —exclusivo o compartido con otros— es el de tutelar a las familias (9). Ya se verá más adelante.

Esto que decimos es enormemente importante, pues nos permite, sin recurrir a expedientes más o menos sofisticados, dar una respuesta razonable, coherente y acorde con la Constitución, a buena parte de los problemas jurídicos relativos a las uniones de hecho más al uso (las de índole familiar). Los problemas surgen a la hora de delimitar qué normas están inspiradas en la protección de la familia, y cuáles en otros motivos. Porque, claro está, es obvio que si la razón de la tutela legal al matrimonio no es por su consideración como «familia», sino por otro motivo, habrá entonces que descender a ese punto concreto para resolver sobre si también deben regirse o no las uniones de hecho por esas mismas reglas previstas para el matrimonio.

A este respecto debe ya avanzarse que, a nuestro juicio, hay un elevado grupo de normas, sobre todo de orden administrativo, laboral, funcional, fiscal, asistencial, etc., en las que subyace el componente «familiar» como justificador o fundamentador de la solución normativa; algunas veces, ciertamente —por tratarse de normas preconstitucionales muchas de ellas— bajo la veste o la apariencia de la protección del matrimonio; pero perfectamente aplicables, con una visión actual de las normas, a otros núcleos socialmente aceptados ya como «familias»; otras veces, el componente familiar se halla mezclado con otras consideraciones o razones: vínculos afectivos, parentesco, convivencia...). No hay que descartar que, además de ellas, también algunas normas civiles o jurídico-privadas estén también impregnadas de esa aureola «familiar»; aunque en este campo es más habitual que jueguen y se entremezclen con aquéllas otras consideraciones o fundamentaciones que hagan más complejo el análisis de la *ratio* normativa. Sobre ello volveremos con posterioridad.

d) EL ARTÍCULO 32 DE LA CONSTITUCIÓN: LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL MATRIMONIO, Y SU ALCANCE

En este rompecabezas constitucional, desempeña un papel relevante también el artículo 32 de la Constitución, que declara la necesidad de tutela del

(9) En una línea muy similar a la defendida, vid. PANTALEÓN, *ob. cit.*, págs. 74 y 76.

«derecho a casarse», y por tanto la exigencia al legislador ordinario de respetar el contenido esencial de ese derecho, so pena de inconstitucionalidad.

Sin pretender profundizar del todo en dicha norma, creemos que han de destacarse varias ideas derivadas del mismo que son de una gran trascendencia.

La primera es que el reconocimiento como derecho constitucional del *ius connubii* o derecho a contraer matrimonio sin más cortapisas legales que las imprescindibles, no es sino un reflejo o manifestación concreta del principio, consagrado en el artículo 10.1 de la propia Constitución, del «libre desarrollo de la personalidad». El legislador constituyente lo que hace es dotar de protección a uno de los medios o formas más habituales en nuestra sociedad de que los ciudadanos alcancen su desarrollo como personas, la institución matrimonial. Del mismo modo que el resto de derechos reconocidos en el Título I de la Constitución son también un reflejo de ese principio de libre desarrollo, en cuanto difícilmente se lograría éste sin la concesión de un derecho a la integridad, a la intimidad, a la libertad de creación y expresión, etc..., el matrimonio aparece expresamente recogido como un instrumento en poder de quien libremente quiera utilizarlo, para satisfacer fines de orden afectivo, sexual, reproductivo, asistencial, necesarios en todo ser humano.

Dicho esto, debe señalarse que, en nuestra opinión, el artículo 32 CE no supone un «plus» de protección respecto de otros núcleos familiares posibles, ni por tanto de diferenciación entre uniones matrimoniales y no matrimoniales (10). Creemos que este artículo, en cuanto manifestación o expresión concreta del principio del «libre desarrollo» del artículo 10 CE, se basa en la tradición histórica, razón por la cual el legislador la respeta, y mantiene la garantía institucional del matrimonio, esto es, asegura que el matrimonio será una institución necesaria en nuestro ordenamiento jurídico, al ser una forma útil y extendida de lograr los ciudadanos sus fines individuales. Pero no es la única posible, ni es descartable que aparezcan otras instituciones o figuras jurídicas que sirvan a esos mismos objetivos de orden afectivo, asistencial, sexual o reproductivo, y que tengan aceptación social.

Así pues, el que el legislador se proponga regular otra suerte de uniones, o incluso dar apoyo —mayor o menor— a cualquier tipo de contrato o unión convivencial, no tiene por qué suponer una lesión a la institución matrimonial. Es cierto, en principio, que debe asegurarse que el legislador ordinario no ponga cortapisas o utilice fórmulas que impidan de hecho o dificulten materialmente el acceso al matrimonio. Hay autores que han puesto en tela de juicio buena parte de la regulación (de momento, autonómica) de las uniones extramatrimoniales, aduciendo el peligro para la institución matrimonial y la necesidad de preservarla y garantizarla. Pero, seamos claros —y esto se podrá

(10) En contra de esta posición, MARTÍN CASALS, M., «Informe de derecho comparado sobre la regulación de la pareja de hecho», en *ADC*, 1995, IV, pág. 1714.

comprobar con el transcurrir de los años—, difícilmente se podrá declarar inconstitucional una ley que autorice una unión paralela al matrimonio u otorgue cierta tutela a la mayoría de las uniones convivenciales, por el hecho de afectar al derecho a contraer matrimonio del artículo 32 o a su contenido esencial. Esas nuevas modalidades familiares o uniones de personas también son formas, también son medios o instrumentos para alcanzar ese «libre desarrollo de la personalidad» de que habla el esencial artículo 10 CE, tan legítimos y dignos como el matrimonio (11).

Dicho más claramente, la garantía institucional del matrimonio no puede llegar al punto de «sacralizarlo» como la única manera de satisfacer los fines espirituales de los individuos. Quienes propugnan la necesidad de defensa a ultranza del matrimonio frente a otras formas de convivencia y afectividad, cuya regulación legal podría suponer una herida mortal a la institución matrimonial, en el fondo parten del prejuicio de la superioridad de ésta respecto de las demás formas de convivencia o de uniones familiares (12). Pero esa superioridad no se deriva del artículo 32 CE ni de ningún otro precepto constitucional. El artículo 32 sólo tiene por misión reconocer que, en este momento histórico, el matrimonio debe ser legalmente regulado, procurando que no se pongan restricciones por razón de edad o circunstancias personales o sociales que hagan inviable el recurso a la figura, pero sin impedir otras maneras de satisfacer los fines antedichos que pudieran surgir. Por lógica, esas formas o modalidades deben tener la misma consideración legal, aun cuando no estén reconocidas expresamente en la Constitución, pues serán derivación del artículo 10 y del principio de libre desarrollo, del mismo modo que lo que es matrimonio mismo. Estas formas no pueden ser en ningún caso entendidas como una especie de «amenaza» a la institución matrimonial, porque de entenderlo así, estaríamos entronizando al matrimonio, perdiendo de vista su valor constitucional como mero instrumento —histórico, y por tanto prescindible o alterable en el futuro—, junto a otros posibles, para alcanzar la plenitud vital de los seres humanos (13).

(11) Además, esas nuevas figuras no tienen por qué afectar a la existencia misma de la institución matrimonial, ya que, en el fondo, son o pueden ser nuevas manifestaciones o concepciones de matrimonio, que en realidad vienen a confirmarlo como institución necesaria en la sociedad, o a complementarlo, pero nunca a destruirlo.

(12) Ha dicho el profesor PANTALEÓN, «Régimen jurídico civil de las uniones de hecho», en la obra *Uniones de hecho* (eds.: J. M. MARTINELL y M. T. ARECES PINOL), XI Jornades Jurídiques, Universitat de Lleida, 1998, pág. 70, que el trato de privilegio que tradicionalmente ha recibido el matrimonio proviene de que éste se basa en la posibilidad de procreación; idea esta que en la actualidad debe ser desechada, y por tanto permitirse el matrimonio o la institucionalización jurídica de la convivencia homosexual.

(13) Ni siquiera está claro que el artículo 32 CE suponga una garantía de la institución matrimonial. Tal como está redactado el precepto constitucional, el derecho reconocido parece agotarse en su ejercicio mismo, sin ir más allá, sin atender o pensar en la

2. LAS UNIONES EXTRAMATRIMONIALES, ¿SON DE HECHO O SON DE DERECHO? SOBRE LA POSIBILIDAD DE PACTOS O ACUERDOS CONSTITUTIVOS DE LA UNIÓN

Debemos, a continuación, plantearnos algo que hasta ahora la doctrina viene asumiendo, pero que sin embargo, conviene poner en tela de juicio, o al menos matizar de forma considerable. Nos referimos a la consideración de las uniones objeto de estudio como uniones *de hecho*. Desde nuestro punto de vista, hablar de unión «de hecho» significa implícitamente prescindir de la posible existencia de vínculo o acuerdo, del tipo que sea, entre los dos miembros de la misma; así como de la cuestión de su posible licitud, en suma, significa considerar la relación entre los miembros de pareja como una situación espontánea, en la que la voluntad de los sujetos resulta irrelevante desde la perspectiva jurídica, lo que sin embargo debe cuestionarse.

A nuestro juicio, las uniones extramatrimoniales son prácticamente siempre el fruto de un acuerdo, expreso o tácito —pero siempre existente, otra cosa son sus posibilidades de prueba—, entre dos personas, mayores de edad en principio y plenamente capaces, que deciden desarrollar una convivencia y unos vínculos recíprocos, mayores o menores, según el alcance de lo pactado o convenido (14). La existencia de ese acuerdo iniciador de la convivencia, en circunstancias normales (15), parece fuera de toda duda: nadie decide unilateralmente ni a la ligera algo en principio tan trascendental como iniciar una vida común estable y exclusiva —en este trabajo nos referimos sólo a esta clase de uniones— sin haberlo meditado y acordado con la otra parte de algún modo, expreso unas veces, otras muchas tácito (pero siempre diáfano en sus planteamientos básicos). No entramos en la cuestión de la mayor o menor dificultad probatoria de la existencia y contenido de ese acuerdo.

institución matrimonial, y en una defensa de la misma frente a posibles atentados legislativos. Probablemente, la tutela llega hasta el punto de no impedirse legalmente el acceso al matrimonio a quienes reúnan unas condiciones de madurez razonables, pero no hasta el límite de construir una defensa infranqueable que blinde la institución en su desenvolvimiento y en su cesación o extinción. La idea antes expuesta de que el «derecho a casarse» del artículo 32 deriva del principio del libre desarrollo conecta con esta idea de que la tutela constitucional llega al momento de la celebración, a su mismo ejercicio, y no más allá. Piénsese, si no, en el carácter abierto y de norma en blanco del apartado 2 del artículo 32, que remite al legislador ordinario la fijación de los demás aspectos relativos al matrimonio, dándole casi total libertad para su desarrollo legal.

(14) De «familia contractual o voluntarística» nos habla algún autor, como MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Diagnóstico sobre el Derecho de familia*, Universidad de Navarra, 1996, pág. 25, para referirse a estas nuevas modalidades de familia que son las uniones no matrimoniales.

(15) Dejamos de lado los supuestos, cercanos a lo delictivo, cuando no abiertamente constitutivos de delito, en los que una persona convive con otra a la fuerza o mediante coacción física o psíquica.

No hay, desde el punto de vista legal, ningún inconveniente jurídico para la plena validez de ese acuerdo, y de sus posibles contenidos, siempre que éstos respeten los principios básicos de cumplimiento de la legalidad, garantía de los derechos fundamentales de los miembros de la unión (incluida la igualdad) y no infracción de la moral o el orden público, incluso aunque ello suponga alterar algunos de los deberes o principios genéricos de la institución familiar. Aun cuando puede encontrarse algunas opiniones contrarias a la licitud de esos contenidos (16), pensamos que el principio de autonomía privada, derivado a su vez del principio del libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE), justifica sobradamente la licitud de cualquier acuerdo que, sobre la base de los contenidos típicos del contrato matrimonial, suponga una alteración del esquema de derechos-deberes propios del matrimonio recogidos en los artículos 66 y siguientes del Código Civil (17), en tanto se respeten los límites antes expuestos (18). De hecho, la diferente normativa autonómica sobre parejas o uniones estables reconoce sin ambages la licitud de pactos o acuerdos de contenido personal, esto es, regulador de las relaciones personales, que son los que por ahora nos interesan (19).

(16) Así, LLEDÓ, *ob. cit.*, pág. 354, quien considera, siguiendo a LACRUZ, que en el matrimonio no pueden los convivientes determinar su propio estatuto personal, lo que repercute en la ineficacia jurídica de los pactos en las uniones de hecho.

También MESA MARRERO, C., *Las uniones de hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos*, Ed. Aranzadi, 1999, pág. 112, se muestra contraria a los pactos sobre los aspectos personales de la convivencia, aunque no de los patrimoniales.

(17) En esta línea, LLEBARIA SAMPER, S., «Consecuencias de una convivencia prometiendo en matrimonio: indemnizaciones y analogías matrimoniales. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1996», en *Revista Jurídica La Ley*, 1997-5, pág. 1629. MARTÍNEZ DE MORENTÍN, M. L., «Las uniones de hecho o la aversión a determinadas normas jurídicas», en *Actualidad Civil*, núm. 42, 10 al 16 de noviembre de 2003, págs. 1126-1127.

(18) Prueba de esa licitud puede ser el caso de existencia de «pacto privado» sobre el futuro régimen de convivencia entre dos personas que han contraído matrimonio, pero están incurso en causa de nulidad del mismo: parece claro que la ulterior declaración judicial de nulidad matrimonial, existiendo un régimen de convivencia pactado y acreditado, no necesariamente impedirá la eficacia de lo acordado, si la causa de nulidad no es de las que conciernen a vicios del consentimiento, a pesar de lo dispuesto en el artículo 79 del Código Civil (que parece limitar la eficacia de ese matrimonio nulo —matrimonio putativo— a los hijos, los terceros de buena fe y el contrayente de buena fe). En tales casos, si no hubo alteraciones en relación a lo que sería el conjunto de derechos y deberes legales, propio de un matrimonio normal, sería defendible la aplicación, mientras dure la convivencia (incluso si sigue después de la sentencia firme de nulidad), de un régimen asimilable al matrimonial, en aplicación del principio de autonomía privada (salvo en todo aquello que concierna a la protección de intereses de terceros de buena fe).

(19) Vid. al respecto el artículo 5 de la Ley Foral navarra de 3 de julio de 2000; artículo 5 de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, de parejas estables no casadas, del Parlamento de Aragón; artículo 4 de la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas estables, de las Islas Baleares; artículo 3 de la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, del Parlamento de Cataluña, entre otras.

Otra cosa es que, cuando se adoptan esos acuerdos y su contenido sea diverso del configurado por el Código Civil como estatuto de derechos y deberes matrimoniales, la unión así constituida pueda ser configurada como «familia» desde el punto de vista social, y merezca la protección como tal. Si los pactos desfiguran de tal modo las condiciones de vida de la pareja, en cuanto conlleven la ausencia o libertad de convivencia (compartir domicilio), la libertad de orden sexual o la casi total carencia de deberes asistenciales, o la fijación de límite temporal (siempre que sea breve), entonces no se le podrá asignar la tutela «familiar» ni será posible la equiparación con las uniones matrimoniales. Esto es seguramente lo que late debajo de la declaración, contenida en algunas leyes autonómicas sobre parejas de hecho, de nulidad de los pactos o estipulaciones sobre la temporalidad de la unión o la fijación de condiciones (20). No es que tales estipulaciones sean en sí mismas nulas por ser contrarias al orden público, sino porque su establecimiento desvirtúa o puede desvirtuar la unión hasta el punto de convertirla en una relación muy lejana a las típicas uniones con vocación «familiar».

Pero esta primera idea necesita ser matizada, y conectada a su vez con esa denominación clásica de uniones «de hecho». Desde nuestra perspectiva, los acuerdos de constitución de la unión, precisamente porque estamos ante una relación querida como libre de cualquier forma y compromiso futuro, no condicionan el desenvolvimiento subsiguiente de la unión (21). Así, nada impide que los contenidos que van a regir esa relación sean alterados progresivamente, de manera informal, tantas veces como se quiera. No habrá entonces un problema de segundad jurídica, pues los terceros —en principio— no

(20) Así, artículo 4.2 de la Ley balear de 2001; artículo 5.2 de la Ley aragonesa de 1999; artículo 2.2 de la Ley 1/2001, de 6 de abril, de Regulación de las uniones de hecho, de la Comunidad Valenciana, entre otras.

(21) Del mismo modo que tampoco lo hacen respecto del matrimonio, pues la doctrina suele estar de acuerdo en que, tras la celebración del matrimonio (no antes ni en el momento de celebrarse, lo que podría ser causa de nulidad matrimonial, a pesar de que el art. 45.2 disponga que tengan por no puestas las condiciones ni los «modos»), los casados pueden alterar sus vínculos obligaciones típicos de fidelidad, convivencia, ayuda y socorro mutuo, por otro régimen distinto, más matizado, o incluso diametralmente opuesto, en ejercicio de su autonomía privada y del libre desarrollo de su personalidad (art. 10 CE). El efecto derivado de ese cambio de criterios y de régimen de deberes-derechos radica en afectar a la posible concurrencia o no de causa de separación matrimonial por incumplimiento de deberes (que ya no podría alegarse como tal si alguno de esos deberes ha sido totalmente excluido por pacto), pero no en su ilegalidad. Obviamente, se trataría de un acuerdo con eficacia interna, que no trascendería al exterior ni sería oponible a terceros mientras no se les diese a conocer a través de un pacto de capitulaciones matrimoniales, con acceso al Registro Civil (o el tercero que contratara con alguno de ellos aceptase el cambio de régimen derivado del pacto, cuando se diese a conocer una fórmula de responsabilidad *ad extra* distinta de la genérica del matrimonio (art. 1.319 y sigs. del Código Civil). Obviamente, se trataría de un típico pacto de limitación de la responsabilidad patrimonial (a sólo determinados bienes o conjuntos de ellos).

se verán afectados, sino un problema de prueba del estado y régimen actual de la pareja. La cuestión es singularmente importante cuando, por ejemplo, los convivientes pactan una vigencia temporal concreta a la unión: este pacto no significa, a nuestro juicio, que la unión no pueda perdurar más allá de ese lapso temporal, en cuyo caso, una unión no nacida con la intención de conformar un núcleo estable o familiar, puede llegar a serlo por la fuerza de las circunstancias ulteriores en que se desenvuelve (22).

En suma, lo que se propugna es que, incluso aunque en el momento constitutivo, la unión hubiera nacido con unas características impropias de una relación de orden familiar, por ejemplo, por haberse dispuesto o estipulado la libertad sexual (no exigencia de deberes de fidelidad sexual recíproca), o por haberse fijado un límite temporal a la unión (u otro tipo de condiciones restrictivas), nada debe impedir que esa unión se desarrolle *de hecho* en unos términos tales, que *a posteriori*, y con el tiempo transcurrido, pueda ser considerada como unión familiar, con sus características típicas de estabilidad en la convivencia, afectividad o exclusividad. A la inversa, la constitución de una unión originariamente estable y permanente, no prejuzga el que la misma pueda salir de la órbita de esa categoría de uniones si, en ejercicio de la libre autonomía, una o las dos partes deciden romper la unión al poco tiempo de iniciarse la convivencia. Este es el verdadero sentido de la expresión «unión de hecho», y el motivo de su frecuente utilización: que lo decisivo no es lo que los miembros de la pareja hubiesen pactado al iniciarse la convivencia, sino lo que efectivamente ha resultado o esté resultando con el paso del tiempo (siempre, por supuesto, con el problema de la prueba de la existencia y vigencia actual de la relación) (23).

Parece, por tanto, que no es un criterio razonable el utilizado por algunas leyes autonómicas de parejas de hecho o estables, para discernir entre uniones «protegibles» y «no protegibles», y que consiste en atender al otorgamiento efectivo de una escritura pública manifestando la voluntad de acogerse a lo que se dispone en la ley (v.gr., art. 1.1 de la Ley catalana de 1998), porque

(22) Ahora bien, el hecho de que esa convivencia se extienda en el tiempo, no significa que deba legalmente reconocerse a la misma un estatuto de derechos y deberes, en el sentido de imponerse deberes como los de fidelidad, asistencia o socorro mutuo, etc. MARTÍN CASALS, *ob. cit.*, págs. 1727-1728, nos da cuenta de cómo la jurisprudencia francesa únicamente admite, en defecto de pacto expreso, el nacimiento entre los convivientes de un genérico deber de lealtad y de actuación conforme a la buena fe (del que en su caso podría derivar un deber de indemnización en caso de ruptura intempestiva), posición que nos parece bastante acertada en su traslación también a la práctica española.

(23) Por eso, existe una cierta incoherencia en algunas de las leyes autonómicas que regulan esta materia, ya que se autodenominan leyes «de uniones de hecho» o de «parejas de hecho», y luego excluyen como tales a aquéllas en las que se acordó *ab initio* una relación temporal o no exclusiva, pero luego se produjo «de hecho» o materialmente la continuidad y exclusividad precisas para su protección legal.

prescinde de la situación material ulterior, que bien pudiera ser la de una ruptura rápida de la convivencia. Una fórmula como la usada por la Ley catalana lesiona gravemente a las uniones que no han hecho manifestación ante notario de someterse a las reglas legales pero que tienen una situación convivencial materialmente estable: en tales situaciones, el legislador no tiene razones poderosas para apartarlas del régimen legal previsto para las uniones constituidas a través de escritura pública (y luego desarrolladas a través de una convivencia más o menos estable), al menos si partimos, como hace la citada ley, de unas verdaderas uniones «de hecho» (24).

Del mismo modo, tampoco parece razonable el criterio seguido por otras leyes autonómicas, consistente en establecer una «presunción de convivencia» de los miembros de la unión por el hecho de haberse inscrito —tras la previa manifestación de querer la unión ante el funcionario encargado del Registro de uniones o parejas—. Esa regla, aparte de ser irreal por las razones antedichas, en cuanto una declaración no debe traer consigo tal presunción por no existir la adecuada relación de causa-efecto (cuestión distinta es que esa declaración tenga verdaderos efectos civiles, por suponer una «legalización» o «formalización» de la unión, en términos similares a los de un matrimonio), supone o puede suponer aplicar a las uniones de hecho el mismo «molde» del matrimonio, lo que no parece de recibo si las partes no hicieron ninguna manifestación conjunta de comprometerse a una convivencia duradera e indefinida, al contrario de lo que sí hacen los contrayentes al manifestar el consentimiento matrimonial. Es que incluso aunque hubiera una constancia de esa voluntad de crear entre sí un vínculo (moral y jurídico) permanente, el simple hecho de declararlo y que, en su caso, llegue al Registro de Uniones, tampoco puede tener valor decisivo a la hora de calificar a esa pareja —en un futuro conflicto— como una unión familiar.

Cuestión distinta es que, dejando de lado las posibles consideraciones de las uniones de hecho como posibles núcleos familiares, exista una pretensión del legislador de autorizar la constitución de un nuevo negocio jurídico de derecho de familia, o incluso de constituir varias modalidades nuevas, o incluso infinitas, de negocios familiares de índole convivencial. Aquí las situaciones fácticas pierden su relevancia, habida cuenta que ya no se trata de responder a un modelo de familia aceptado socialmente (familia de dos miembros, con estabilidad contrastada, con exclusividad aunque sin por ello excluir posibles situaciones de infidelidad, externa o pública), sino de dar cabida y

(24) Es más, tanto en éstas como inclusive en las uniones prohibidas, es defendible que se siga un régimen jurídico común, al menos en cuanto a los efectos derivados de la ruptura, tal como de algún modo se puede deducir de la jurisprudencia vigente, que tiende a la asimilación en todos los temas relacionados con la ruptura de la unión, con buen criterio a nuestro juicio. Pero sobre esto volveremos más adelante.

tratamiento legal —mayor o menor— a los posibles pactos o acuerdos convivenciales. Nada impide que el legislador regule múltiples modalidades, del mismo modo que tampoco es ilícito que lo haga respecto de una sola de ellas, v.gr., aquella que más se parezca a lo que es un núcleo matrimonial.

Aquí sí que es libre el legislador de complementar esa institucionalización de un nuevo o unos nuevos negocios convivenciales con una suerte de medidas, como sería la anterior «presunción de convivencia». Puesto que en el negocio más típico de Derecho de familia, como es el matrimonio, parte este legislador de unas declaraciones o manifestaciones de voluntad, ante el funcionario o autoridad competente, para a partir de ahí presumir la convivencia de los mismos, tal como dispone el artículo 69 (bien es cierto que sobre la base del mutuo deber de convivencia ex art. 68 del Código Civil), nada impediría que hiciera lo propio con esas nuevas uniones convivenciales institucionalizadas, en cuyo caso no es excesivo reconocer relevancia a la presunción legal que se estableciera.

Descendiendo ya al examen de cuestiones concretas, la generación de una relación de pareja en la que las partes hubiesen excluido un deber de fidelidad sexual (no entramos en los problemas del deber de respeto genérico entre las personas, que siempre existe, con independencia de que haya o no vinculación al efecto), no excluye automáticamente la consideración de la pareja como núcleo familiar, al objeto de beneficiarse de las normas legales (públicas y privadas) tuteladoras de la familia. Si con posterioridad se acredita que la relación ha llevado o lleva una vida más o menos típica o incluso ejemplar desde el punto de vista de la fidelidad, estaremos ante una unión protegible como familia. Pero es que incluso, no sucediendo así, creemos que el deber de fidelidad no puede ser de los que cualifiquen la unión como familiar o no. La razón es que, tanto fuera del matrimonio como dentro de él, el Estado o las Administraciones públicas no pueden entrar en ese ámbito por estar sustraído a la intimidad de las personas.

No tiene, a estos efectos, ningún sentido exigir, como en buena medida hacen las leyes autonómicas de uniones o parejas, a las parejas no matrimoniales, para su efectiva protección, algo que el Código y las leyes no exigen a los miembros del matrimonio, esto es, condicionar su protección a la exclusividad de la unión, negando la tutela si consta de algún modo la «infidelidad» de hecho (más exactamente, la no exclusividad) de alguno de los miembros o de ambos. A nuestro juicio, ninguna norma jurídica castiga a aquellos matrimonios o miembros individuales de una pareja matrimonial, por el hecho de ser infieles (25). En cambio, es un contrasentido que sí lo hagan las

(25) Piénsese, a este fin, en la relativa frecuencia y tradición de los matrimonios de conveniencia (matrimonios de interés para los dos contrayentes), que son perfectamente legales en cuanto verdaderamente queridos (esto es, no simulados), y además aceptados

leyes promulgadas hasta la fecha respecto de las parejas extramatrimoniales. Lo decisivo, tanto para la tutela de la pareja no matrimonial en calidad de núcleo familiar como en los casos de institucionalización y protección en cuanto nuevo negocio de derecho de familia, no es que se cumpla real y verdaderamente la exclusividad, sino que la pareja se presente a la sociedad como una unión dotada de estabilidad y con apariencia de familia. Lo que ocurra dentro de ella, en el devenir cotidiano, es irrelevante para el Derecho y para la sociedad, como lo es en cualquier matrimonio (salvo cuando, por no estar consentido, puede servir para iniciar un procedimiento de separación o divorcio) (26).

Lo mismo que se defiende respecto de la exclusividad, se puede proponer en relación a alguna otra estipulación (27). Por ejemplo, supóngase que los dos miembros de la pareja, al empezar a convivir, acordaron mantener en secreto su unión. En teoría, ese pacto excluye la consideración de la unión como vínculo de índole familiar, tal como se desprende de prácticamente todas las leyes autonómicas sobre uniones no matrimoniales, en donde se consideran «no protegibles» las uniones que no sean públicas y notorias. Pero esa exclusión es sólo originaria, pues nada impide que, con posterioridad, la rigidez primitiva dé paso a una flexibilización mayor, y la publicidad o exteriorización sea consentida por sus miembros y tolerada familiar y socialmente, con lo que se transformaría en una unión perfectamente tutelable (28).

socialmente, en los cuales se guardan unas apariencias (apariencia de familia), pero en el que cada sujeto dispone de libertad sexual plena o casi plena.

(26) Nadie, sensatamente, puede defender, con base en las distintas leyes autonómicas, que la comisión de una infidelidad por alguno de los miembros de la unión provoca de forma automática la expulsión de la misma del ámbito de las uniones protegidas. Entre otras cosas, porque, como ya se ha dicho, ésta es una cuestión que concierne a la intimidad de las personas y las familias. Mientras la unión persista, y ninguno de sus integrantes haga manifestación de querer darla por concluida, debe seguir siendo tutelada, a pesar del mayor o menor número de «infidelidades» o del más o menos exacto cumplimiento de la exclusividad.

(27) Incluso GAVIDIA, *¿Es la unión libre...?*, cit., págs. 290-291, llega a admitir, con base en las reglas generales de la autonomía contractual (art. 1.255 del Código Civil: ley, moral, orden público) y siempre respetando esos límites, la licitud de las estipulaciones que afecten al principio de igualdad entre los convivientes.

(28) De todos modos, la exigencia de publicidad o notoriedad de la unión como requisito para ser tutelada y dotada de unos beneficios legales asimilados a los del matrimonio, debe ser puesta en tela de juicio. En tanto en cuanto se pueda probar, por otros medios distintos de los testificales, la existencia de la unión más o menos estable, no debería desprotegerse a estas uniones no externas o no públicas. No puede dejarse su tutela jurídica al mayor o menor conocimiento público de la misma (piénsese en una unión que convive en lugar apartado durante años, o en una unión que permanentemente se desplaza de lugar y cambia de residencia con mucha frecuencia), siendo posible que también en ellas se presenten los mismos problemas que en las demás —sobre todo a la hora de su ruptura— y sea entonces razonable aplicarles las mismas soluciones que a las protegidas. Sobre ello volveremos más abajo.

Ahora bien, igual que antes se señaló, si lo que pretenden las leyes promulgadas o que en el futuro se promulguen, es instituir un nuevo o unos nuevos negocios de Derecho de familia con finalidad convivencial, hasta ahora inexistentes, sí puede ser razonable el establecimiento de esas cortapisas o condiciones para su adecuada tutela, entre ellas las de la exclusividad o la publicidad. Es más, hasta sería muy coherente respecto de esta última —la publicidad de la unión— que se introdujeran exigencias formales con el objeto de dar seguridad de que el acuerdo o contrato ha llegado a tener existencia. Sucede, no obstante, que una alternativa como ésta puede acabar por dejar fuera de regulación a múltiples uniones que no respondan exactamente a todas las características o condiciones impuestas, en cuyo caso el legislador (o en su defecto la autoridad judicial) tendría que seguir resolviendo los múltiples conflictos que de ellas se derivarían, siendo por tanto recomendable una normativa que sirviera de marco jurídico —mínimo— al mayor número posible de relaciones convivenciales creadas.

A lo que conducen las ideas anteriores, es, en suma, a poner en tela de juicio las condiciones legales de algunas leyes autonómicas, de prohibición de pactos temporales o estipulaciones condicionales, sobre todo si ello se conecta con el acceso al Registro de Uniones a través de una declaración más o menos formal, de la que se hace depender el régimen jurídico aplicable a la unión (sobre todo, el régimen jurídico-civil, que es el más problemático). El carácter jurídico y a la vez fáctico de las uniones extramatrimoniales debe conducir a pensar que merecen la misma protección como pareja estable no casada una unión que se conformó con vocación de vitalicia que aquella que no lo hizo así pero luego se desenvolvió de hecho como si lo fuese; y lo mismo en caso de imposición de cualquier suerte de condición que luego de hecho no llegó a cumplirse o exigirse.

Por otro lado, tampoco puede perderse de vista el entendimiento que suele hacerse de los artículos 66 y siguientes del Código Civil, en materia matrimonial, y cuya —en cierto modo— traslación al ámbito de las uniones no matrimoniales, como posible límite intrínseco a los contenidos posibles de las mismas, resulta inconveniente. Es cierto, en principio, que debajo de esos preceptos legales late un determinado modelo legal de unión matrimonial, aceptada incluso socialmente, como vínculo permanente, exclusivo, heterosexual, y de carácter vitalicio en principio, aunque disoluble. Pero no es menos cierto que se trata de un modelo que ha sufrido cambios (v.gr., en materia de disolubilidad), y que puede seguir sufriendolos en el futuro, por lo que no responde a un esquema inmutable (29). Pero sobre todo, tampoco

(29) Es más, existe una corriente doctrinal que se ha planteado, en las antípodas ideológicas de lo que aquí se analiza y sostiene, la posible incorporación a nuestras leyes de dos tipos de matrimonio, uno disoluble, y otro indisoluble de partida, fruto del conven-

es incierto, y existe doctrina que así lo ha mantenido (30), que, tras la celebración del matrimonio, y sin que ello implique una voluntad de ruptura del vínculo, son posibles y lícitos multitud de pactos de alteración del estatuto legal de deberes personales, con eficacia puramente interna a los miembros, y con consecuencias jurídicas plenamente lícitas y acomodadas a la nueva situación convivencial (31). Ello es así precisamente en aras del respeto al principio de libre desarrollo de la personalidad, ahora de cada uno de los cónyuges. Pues bien, el hecho de que tales pactos se otorguen entre los cónyuges no hace perder a la unión su consideración como matrimonio ni su tutela legal como tal, ya que la seguridad jurídica queda garantizada a los terceros mientras esa situación no tenga trascendencia externa, a través de resolución judicial publicada en el Registro (Civil, pero también de la Propiedad o Mercantil) o de escritura de capitulaciones matrimoniales suficientemente explícita e inscrita también.

Volviendo a los pactos en las uniones extramatrimoniales, el hecho mismo de recurrir al principio del libre desarrollo como fundamento de estas

cimiento de los contrayentes acerca de las bondades de la indisolubilidad (vid. a título de ejemplo, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Diagnóstico sobre el Derecho de familia*, Universidad de Navarra, 1996, en particular págs. 201 y sigs.). Con independencia de esta posición doctrinal (e ideológica), que no compartimos ni siquiera desde una perspectiva técnico-jurídica, ya que esa indisolubilidad originaria, caso de que pudiera imponerse, nunca podría impedir la disolución ulterior, en ejercicio del principio de «libre desarrollo» (art. 10 CE), es indudable que su planteamiento obedece a una tendencia cada vez más fuerte a negar la consideración unitaria del matrimonio, como modelo rígido e inalterable (*a priori*), y a empezar a dar cabida a otras modalidades de matrimonio-familia, también aceptadas socialmente en la actualidad o en un futuro ya próximo.

A mayor abundamiento, entendemos que nuestro legislador estatal, cuando finalmente llegue a plantearse una regulación legal de las uniones no matrimoniales de distinto o del mismo sexo, si realmente quiere dar una respuesta correcta a las aspiraciones sociales que están en la base de este movimiento de juridificación de aquéllas, debería empezar por analizar y decidir sobre el posible reconocimiento de otras uniones legales diferenciadas de la matrimonial, o el reconocimiento de diferentes modalidades de matrimonio según su contenido. Sólo así se podría hacer un enfoque correcto del fenómeno de las uniones no matrimoniales. Porque pudiera ser que, a día de hoy o en un futuro no lejano, los ciudadanos que optan por no contraer matrimonio, lo hacen, no por rechazo a las formalidades y vínculos matrimoniales, sino muy al contrario, con el deseo de gozar de vínculos con fuerza legal, pero con una configuración de los mismos distinta de la del matrimonio actual, que es unidireccional y uniforme. No puede ser un obstáculo para ello la inseguridad jurídica que se podría generar, ya que este inconveniente se salvaría a través de la adecuada publicidad de esa nueva o nuevas modalidades de unión matrimonial o legal (si es que se pretende que tengan efectos frente a terceros).

(30) Vid. a título de ejemplo, RAGEL, L. F., *¿A qué obliga el matrimonio?*, Salamanca, 1998, págs. 60-61.

(31) Vid. en un sentido próximo al aquí defendido, ESPINAR VICENTE, J. M., «Sobre la urgente necesidad de reformar la regulación jurídica del matrimonio», en AC, núm. 19, 5 al 11 de mayo de 2003, pág. 481, quien habla del carácter delicuescente del contenido de la institución matrimonial.

uniones heterosexuales es un claro indicio de que, en su ejercicio, los dos miembros de la unión han llegado a una postura común sobre el tipo de convivencia, al margen de la matrimonial, que quieren desarrollar. El ordenamiento jurídico no puede permanecer al margen de esa suerte de acuerdo, convenio o contrato, y por eso lo ratifica apoyándose en el precepto constitucional, pero en realidad no es otra cosa que un pacto o contrato entre dos personas plenamente capaces, cuya eficacia será la que ellos mismos libremente decidan (32).

El problema que se deriva de la consideración de contratos o negocios jurídicos de este tipo de acuerdos convivenciales extramatrimoniales entre dos personas, de distinto o del mismo sexo, es el de su real eficacia. Aquí no hay más remedio que establecer un claro paralelismo con los matrimonios, en donde el incumplimiento o infracción de los deberes conyugales (contractuales, aunque legalmente fijados con carácter teóricamente imperativo), no acarrea *a priori* una consecuencia jurídica negativa, salvo las específicas de servir de base a una demanda de separación. La cuestión es importante en su traslación a las uniones no matrimoniales, pues si en éstas se establecen unos deberes parecidos a los del matrimonio, con el mismo o con diferente alcance, la imposibilidad de recurrir en caso de infracción a esa «sanción» en que consiste la posible demanda de separación (habida cuenta que la disolución en estas uniones es, en principio, unilateral y libre, esto es, *ad nutum*), hace que la eficacia de los referidos pactos quede en entredicho. Este es uno de los motivos por los que algún sector de la doctrina ha negado la calificación de contratos o negocios jurídicos a estos pactos de convivencia, y a considerarlos como situaciones puramente fácticas.

El asunto merece ser revisado. Sobre todo a partir del dato de que, en el ámbito del matrimonio, ya empiezan a surgir opiniones doctrinales favorables a la exigencia de responsabilidad patrimonial (por daños no sólo morales, sino también materiales) en casos de incumplimiento de los deberes conyugales, al menos de algunos de ellos, en tanto la infracción fuese injustificada, o fuese reiterada, o generase perjuicios económicos relevantes (33), a pesar de algún pronunciamiento reciente del Tribunal Supremo contrario a esta tesis (34). Si eso es así en el matrimonio, nada distinto debe suceder en el

(32) Sobre el valor del artículo 10 CE como garante de la autonomía de la voluntad, vid. GAVIDIA SÁNCHEZ, J., «La libertad de elección entre el matrimonio y la unión libre», en *Revista de Derecho Privado y Constitución*, núm. 12, 1998, pág. 70.

(33) Cfr. al respecto, en relación al incumplimiento del deber de fidelidad, el reciente trabajo de SANCHO VILLARREAL, L., «El deber de fidelidad conyugal como obligación jurídica y consecuencias jurídicas de su infracción», en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 12, pág. 77 y sigs.

(34) Se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 1999, comentada precisamente por el autor antes citado. En ella se niega el derecho a obtener indemniza-

campo de las uniones no matrimoniales. Siempre se ha partido de que las uniones citadas carecen de vinculación jurídica porque esos sujetos han expresamente excluido la regulación matrimonial. Pero el que hayan excluido esa regulación no significa que no quieran vinculación jurídica, ni que los acuerdos expresos o tácitos tomados entre ellos no tengan eficacia jurídica, obviamente, cuando deban tenerla.

A nuestro juicio, por tanto, no se puede rechazar con carácter general la posible exigencia de responsabilidad civil al conviviente que se había comprometido frente al otro a una determinada forma de convivencia que luego se ha visto frustrada por la conducta imputable del primero, siempre y cuando el reclamante acredite la existencia de un daño, del tipo que sea, y se den el resto de los presupuestos propios de la responsabilidad contractual. Porque aun cuando se trate de deberes incoercibles, al afectar a la conducta de las personas, en donde rige siempre el principio de autonomía y de libre desarrollo (siendo en consecuencia inadmisibles la posibilidad de forzar materialmente a un sujeto a adoptar una conducta activa o pasiva a la que se comprometió), ello no supone la ineficacia de lo acordado, que ha de ser calificado como contrato, vinculante para las partes y por tanto susceptible de generar responsabilidad contractual.

Pero es que, yendo incluso más lejos, tampoco es descartable, ante la dificultad de lograr el cumplimiento efectivo de los deberes impuestos en esos contratos convivenciales, el recurso a medios coercitivos indirectos, estipulados en el propio negocio creado, como serían las cláusulas penales. No creemos que existan inconvenientes de peso para admitir la licitud de determinadas cláusulas penales que impongan, por ejemplo, sanciones de orden económico a aquel miembro de la unión que infrinja alguno de los deberes establecidos en el acuerdo (v.gr., que establezca una cantidad o multa por infracción de los mismos, bien en su conjunto, bien por cada infracción, a pagar normalmente al disolverse la pareja, si finalmente se produce), como medio de estimular y asegurar el correcto desenvolvimiento del programa de vida común. La mayor duda sería el supuesto en que se fijase en el contrato convivencial una multa o indemnización por disolver la unión, pero incluso aquí podría ser lícita (v.gr., si la unión se hubiese configurado desde el principio como vitalicia e indisoluble, y se estableciese como cautela para lograr ese fin) (35). No necesariamente habría aquí —salvo cuando la cuantía de la

ción por daños morales al varón de una unión matrimonial, posteriormente disuelta, por haberle ocultado su esposa durante varios años la procedencia extramatrimonial de los dos hijos nacidos durante la vigencia de la unión.

(35) Del mismo modo, no puede tampoco descartarse como lícito un acuerdo de convivencia en el que se disponga por las partes una serie de causas concretas de disolución de la relación, y se acompañe a ese pacto una estipulación de pena o multa para el caso de desistimiento unilateral por una causa distinta de las acordadas. El asunto en

multa o indemnización fuese tan desorbitada que supusiese de hecho una restricción inadmisibles al libre desistimiento— un atentado contra el principio de autonomía (de libre desarrollo de la personalidad), ya que las partes habrían querido, libre y conscientemente, en ejercicio de su libertad, conformar una unión con unas características muy definidas (36).

Finalmente, respecto de las estipulaciones de índole patrimonial, no cabe duda de que son perfectamente lícitas en el seno de la unión extramatrimonial, al comienzo de la convivencia o a lo largo de la misma, tal como unánimemente ha admitido la doctrina y la jurisprudencia (37). Incluso es factible que se estipule una remisión en bloque a alguno de los regímenes económicos matrimoniales y a su normativa legal: tal pacto también será lícito, aun cuando sus efectos no podrán ser en ningún momento equiparables plenamente a los del matrimonio, ya que se limitarán a las partes que lo celebraron, sin tener ninguna trascendencia frente a terceros, al menos mientras no exista un registro de efectos civiles que pueda dar noticia de esos acuerdos (38).

estos casos residiría además en la dificultad que tendría el juez que conociese del conflicto para determinar si ha concurrido o no una de las causas de disolución pactadas, y si son lícitas o no algunas de ellas. Lo que no hay ninguna duda es de que tendría que entrar a conocer del fondo del asunto, sin poder argumentar la inexistencia de pacto con relevancia jurídica (acuerdo de índole puramente moral), pues normalmente se cumplirán —si se acredita, claro está, que el acuerdo se celebró, que será el principal problema— los presupuestos y límites generales de los contratos (arts. 1.254 y 1.255 del Código Civil).

(36) Por supuesto, nada impediría la acreditación de que el pacto creador de la unión, y sus estipulaciones accesorias, se hubiese celebrado sin la libertad o consciencia necesarias, en cuyo caso podría ser anulado por dolo, error, intimidación, conforme a las reglas generales de los negocios jurídicos.

(37) Un tema interesante se plantea cuando, habiéndose pactado un período mínimo o fijo de vigencia de la unión (por ejemplo, cinco años), con la correspondiente prestación de alimentos a uno de los convivientes por el otro, la unión se rompe por decisión unilateral del obligado. En tales circunstancias, se podría plantear la licitud o ilicitud de la estipulación, complementaria a la general de constitución de la relación, de mantener la prestación alimenticia durante esos años de vigencia del acuerdo. A nuestro juicio, será seguramente lícita tal estipulación, y el obligado que decidió romper unilateralmente la pareja habrá de mantener su compromiso de prestar alimentos, en los términos pactados, a la otra parte.

(38) Vid. al respecto TORRES GARCÍA, T., «Régimen económico-matrimonial y uniones de hecho», en el volumen *Matrimonio y uniones de hecho*, cit., pág. 47, quien nos habla de la Proposición de Ley del Grupo Popular del año 1998, de la cual se desprende que la constancia registral de tales pactos y su publicidad externa permitirían superar ese obstáculo a la eficacia externa de los acuerdos.

3. LAS DIFERENCIAS ENTRE MATRIMONIO Y UNIONES DE HECHO

La constatación de que normalmente las uniones surgen como consecuencia de un acuerdo entre sus miembros, y que éste posee la misma naturaleza contractual que el matrimonio, nos pone sobre la mesa la cuestión, tan ampliamente destacada en la jurisprudencia y en la doctrina, de las diferencias entre matrimonio y uniones de hecho.

Por lo pronto, debe desde este instante, y a la vista de lo dicho en el apartado anterior, rechazarse como elemento diferenciador entre las dos figuras, tal como ha sido dicho por algunos (39), el que el matrimonio disponga de un estatuto de derechos y deberes de los cónyuges, del que carecerían las uniones extramatrimoniales. Como es obvio, creemos que también en prácticamente todas las uniones —sin duda, al menos, en las estables—, existe un conjunto de derechos y deberes recíprocos entre las partes, mayor o menor, con más o menos matices, sólo que no con el carácter de estatuto legal, sino fruto de la pura convención de sus integrantes. El hecho de que sea convencional no supone ninguna diferencia práctica; de hecho, en el matrimonio, los derechos y deberes también son de origen convencional, aunque su contenido esté prefigurado en la ley y sean en principio inalterables. En cualquier caso, en las uniones no matrimoniales, el que no exista un control estatal previo, como sucede en el matrimonio, no significa que no lo haya *a posteriori*, que sin duda lo habrá en casos de conflicto sobre su existencia y contenido (control de legalidad de los pactos a la hora de su aplicación judicial).

Es más, en este punto, debe ponerse de manifiesto la proximidad entre las dos figuras, ya que, como más arriba se dijo, los deberes matrimoniales son, una vez concluido el matrimonio, incluso nada más celebrado el acto de prestación de los consentimientos, fácilmente alterables. Eso significa que el vínculo matrimonial puede llegar a transformarse —en las relaciones internas de los cónyuges, no frente a terceros— en una situación cercana a las uniones de hecho. Piénsese en las infinitas posibilidades que tienen los casados, en ejercicio de su propia autonomía ex artículo 10 CE, de reorganizar su convivencia, acordando internamente la alteración o exclusión de alguno o algunos de los deberes conyugales, tales como la fidelidad, la convivencia, el socorro mutuo (40).

(39) Cfr. GAVIDIA, *¿Es la unión libre...?*, cit., pág. 220, quien parece sostenerlo así.

(40) Si pensamos en un supuesto de alteración de los deberes conyugales nada más concluido el acto mismo de celebración del matrimonio, habría inclusive que replantearse el funcionamiento de la nulidad como vía de ineficacia del vínculo matrimonial. Hasta la fecha es frecuente encontrar, sobre todo en los últimos tiempos, en los que los matrimonios de conveniencia usados por los inmigrantes para adquirir la nacionalidad española están a la orden del día, ciertos pronunciamientos judiciales que declaran la nulidad por

Otra idea muy extendida acerca de las diferencias entre matrimonio y uniones de hecho es la de que es esencial a estas últimas el libre desistimiento, mientras en el matrimonio ese libre desistimiento no existe (41).

También este asunto debe someterse a cierto análisis crítico. En primer lugar, creemos que no es del todo cierto que no exista ese libre desistimiento también en el matrimonio, o que es conveniente que lo haya y lo reconozcan las leyes en el futuro.

La prueba de lo que decimos se puede hallar en el fenómeno de las separaciones de hecho. En caso de crisis matrimonial, en la que por las razones que sean no se quiere acudir al juez para que declare la separación, cualquiera de los casados puede decidir unilateralmente el cese de la convivencia, sin que existan medios para impedirlo, lo que se hará en ejercicio una vez más del principio de autonomía y libre desarrollo de la personalidad. Esa decisión unilateral no traerá unas consecuencias negativas específicas al cónyuge que la practique, ya que el único posible efecto —el de la responsabilidad civil por daños por incumplimiento de sus deberes que más arriba se propuso— no sólo es puramente testimonial y excepcional, sino que ni siquiera es exclusivo del matrimonio, ya que también existirá en la mayoría de las uniones no matrimoniales, dado que también éstas suelen constituirse con deberes teóricamente vitalicios y no de vigencia temporal. Desde luego, tampoco es la posible concurrencia de causa de separación judicial ex artículo 82.1.º del Código Civil una suerte de sanción específica del matrimonio, entendida como freno al libre desistimiento, ya que técnicamente hablando no

simulación a partir de conductas de uno de los casados, realizadas tanto antes como inmediatamente después de casados, y que llevan a los Tribunales a presumir con esa conducta (normalmente, de desatención y de separación física por parte de uno de los ya cónyuges) una falta de consentimiento matrimonial. Probablemente haya que plantearse una cierta revisión de esta tendencia, no sólo por el hecho de que los matrimonios de conveniencia *gozan* de una larga tradición, y sólo se cuestionan ahora, cuando el asunto se plantea respecto de individuos de otra raza o nacionalidad. También debe hacerse por el hecho de que se estaría entrando en aspectos próximos a la conciencia y a la intimidad de las personas, se estaría entrando en las motivaciones íntimas de las personas para contraer matrimonio, lo que parece no sólo difícil sino inconveniente (¿se podría negar que ambas partes quisieron de verdad casarse en el momento en que acudieron a prestar el consentimiento ante el funcionario?).

Pero lo que nos interesa destacar en este momento es que, aun cuando fueran objeto de una sentencia declarando la nulidad matrimonial estas situaciones en las que se alteraran nada más casarse los deberes conyugales, debería en todo caso mantenerse su consideración como uniones no matrimoniales a los efectos de aplicarles las normas que en su caso se promulguen para regular esos supuestos o las ya promulgadas (en aquellos territorios donde existe ley autonómica de parejas). Todo lo cual no es sino un indicio muy claro de la proximidad entre matrimonio y uniones de hecho en este específico aspecto de los deberes y derechos existentes entre las partes.

(41) Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *ob. cit.*, págs. 102-1103; GAVIDIA, *¿Es la unión libre...?*, cit., pág. 232 y sigs.

es una sanción prevista legalmente para esos casos, sino una de las posibles causas para el cese formal de la convivencia. Tan sólo existe una particularidad a estos efectos en el matrimonio, y es el mantenimiento del deber de alimentos por parte del cónyuge que decide dar por concluida —internamente— la unión matrimonial a través de una separación de hecho unilateral, con el riesgo de un posible delito de abandono de familia. Pero puede que ni siquiera ese deber sea necesario cumplirlo tras el cese unilateral, pues es cada vez más frecuente en nuestras sociedades que el otro cónyuge tenga sus propios medios de subsistencia (42). Téngase en cuenta que, respecto de terceros, que son sujetos a los que se presta especial atención en la regulación del matrimonio, esa separación unilateralmente decidida les es inoponible mientras no haya una sentencia firme de separación inscrita además en el Registro Civil. Así pues, la vigencia del matrimonio respecto de esos terceros a pesar de la separación de hecho unilateral constituye sólo una medida natural de tutela de los terceros, y no una regla cuyo fin sea preservar el matrimonio y denegar la relevancia del libre desistimiento, cuyo valor y eficacia permanece en su ámbito más propio, el de las relaciones internas entre los dos integrantes de la unión.

Pensando ahora en una eficacia general y *erga omnes* del libre desistimiento en el matrimonio, no sólo limitada a los cónyuges, sí parece cada vez más conveniente en los momentos presentes proceder a una revisión profunda de las causas de disolución del vínculo matrimonial en el Código Civil español. Aunque no sea ésta la sede adecuada y sólo podamos tratar el tema

(42) Además, conviene de nuevo plantear en términos críticos la idea del libre desistimiento, y por tanto la teórica exoneración de los deberes asumidos en las uniones extramatrimoniales. Si pensamos en una unión surgida con vocación de vigencia indefinida, como serán muchas de ellas, y que al constituirse se pactó un régimen convencional de deberes, entre ellos el de asistencia recíproca y manutención, no es descartable que en el futuro llegue a plantearse la posibilidad de exigencia de alimentos, incluso después del desistimiento unilateral decidido por uno de ellos, dada la asunción de deberes de duración ilimitada durante la vida de los convivientes. Lo que sucede es que, normalmente, en ese pacto general, irá con frecuencia implícita la estipulación de cese o extinción de los deberes acordados por decisión unilateral libre de cualquiera de los convivientes.

Ahora bien, es perfectamente lícito estipular en las uniones de hecho pactos de exclusión o renuncia a la libre ruptura, tal como ha destacado GAVIDIA, *ob. cit.*, pág. 259, quien sin embargo señala que carecen de virtualidad si uno de los miembros quiere disolver la unión, por respeto al libre desarrollo. Contrariamente a lo que sostiene este autor, entendemos que el libre desarrollo es eficaz en el sentido de que no caben fórmulas ni legales ni convencionales de constreñir a los sujetos a adoptar conductas no deseadas, pero no llega más allá. Por tanto no hay motivo para que, existiendo este tipo de pactos de exclusión de la libre ruptura, que han sido libremente consentidos, carezca absolutamente de valor la exclusión de la libre ruptura, de modo que su infracción acaso podría fundar la exigencia de responsabilidades civiles por incumplimiento de unos deberes constituidos de por vida (incluso es imaginable una responsabilidad penal por abandono de familia). PENSAR.

superficialmente, debe tenerse en cuenta que, en países más avanzados que el nuestro, señaladamente en los países nórdicos, en Alemania y en algunos Estados americanos, entre otros, existe, con unos u otros matices, la disolución del matrimonio por libre ruptura unilateral, lo que puede tener buen sentido desde el punto de vista de la adecuada tutela del principio de libre desarrollo de la personalidad de los cónyuges. Resulta coherente con dicho principio permitir a los cónyuges, una vez sopesados adecuadamente los pros y contras de su decisión, manifestar ante una autoridad pública —que bien puede ser la judicial para evitar problemas de indefensión para la otra parte y dar máxima seguridad jurídica— su voluntad irrevocable e inequívoca de dar por concluida la unión matrimonial, sin más condiciones (43). A nuestro juicio, el mantenimiento de un listado de causas de disolución del matrimonio como las recogidas en el vigente artículo 86 de nuestro Código Civil, puede llegar a plantear incluso un problema de inconstitucionalidad. Porque ¿no será acaso inconstitucional, por infringir ese principio del libre desarrollo, una normativa sobre divorcio que pone fuertes trabas a las personas para disolver su unión, forzándolas a mantener el vínculo durante un lapso de tiempo tan largo —uno, dos o cinco años—, mucho más del que seguramente desearían, cuando menos aquel que ya ha tomado firmemente y de manera inmediata su decisión de dar por concluido el vínculo legal? A todo ello se añaden las consecuencias negativas cuando existe la intención adicional de volver a contraer matrimonio con otra persona, lo que supone un indudable e injustificado freno a la propia libertad de casarse; así como los problemas inherentes al mantenimiento formal de la relación, en particular el de seguir obligado al pago de una pensión alimenticia al otro cónyuge, caso de necesitarla, cuando ya han desaparecido las relaciones personales y afectivas y existe voluntad inquebrantable de romper la unión.

Matizando la cuestión del libre desistimiento, ahora en las uniones no matrimoniales, ha de añadirse que cuando se opte por practicarlo, seguramente no valdrá con una mera separación física de los convivientes, para entender que se ha producido el libre desistimiento y, por tanto, la ruptura de la unión, ya que esa separación puede ser temporal o provisional, no definitivamente querida. De ahí seguramente el que algunas leyes autonómicas exijan, con

(43) En contra, se manifiesta GAVIDIA, *¿Es la unión libre...?*, cit., pág. 233, nota núm. 27, quien opina que la referencia del texto constitucional, en su artículo 32.2, a las «causas de disolución», implica a su juicio la imposibilidad de admitir como causa de divorcio el desistimiento unilateral sin justa causa; opinión que, aparte de no estar justificada, no podemos compartir en modo alguno, muy al contrario, entendemos que el principio de libre desarrollo obliga al legislador a facilitar, tras una decisión bien sopesada, la opción por el divorcio con la sola petición de cualquiera de los cónyuges.

Por supuesto, esa decisión unilateral debería ser sopesada por la autoridad judicial en el aspecto básico de la tutela de los menores, si los hubiera.

razón, una notificación a la otra parte: sólo así se sabe su voluntad inequívoca de desistir. Mientras eso no suceda, es decir, mientras no llegue a conocimiento de la otra parte de la relación la voluntad inequívoca de disolverla, existirán y estarán vigentes los diversos deberes (pactados), v.gr., el deber de alimentos y de contribución a las cargas familiares. Esto es así porque se presupone el pacto previo convivencial y su validez y eficacia; si no fuese así, valdría la mera ruptura y no habría necesidad de notificación (44).

La idea del libre desistimiento es verdad que constituye un aspecto muy relevante en las uniones de hecho, en cuanto que en éstas se busca normalmente la «libertad» (de ahí la expresión «unión libre»), la eliminación de cortapisas. Pero ese libre desistimiento es más bien un efecto o consecuencia de un factor diferencial más profundo que hay debajo de esa particularidad: se trata de la *aformalidad de la unión*, por contraposición al formalismo típico del matrimonio (45). En este último, la adopción de un modelo o prototipo de unión por el legislador exige un cauce formal de celebración, con el objetivo de dotar de seguridad a una relación jurídica personal-patrimonial entre dos personas. En cambio, en la unión extramatrimonial, lo que se busca es, no tanto la no sujeción a normas jurídicas, como muchos han defendido, cuanto fundamentalmente la aformalidad de la relación (jurídica) creada, y por derivación o efecto de ella, el libre desistimiento unilateral (46).

Si esto es así, entonces resulta improcedente la pretensión de algunas leyes autonómicas de parejas o uniones, entre ellas la andaluza de 2002, de encauzar formalmente a las uniones de hecho a través de determinadas declaraciones o de inscripciones registrales. Al menos en una normativa que es aplicable a la generalidad de las uniones, incluidas las heterosexuales. No hay nada más rechazable que la exigencia de forma en la constitución de una unión libre

(44) No obstante, es perfectamente imaginable, además de lícito, que se pacte entre los convivientes que el mero cese unilateral de la convivencia o la separación física de uno de ellos, supondrá la automática resolución de la relación jurídica convivencial.

(45) Así se expresa también LLEDÓ, *ob. cit.*, pág. 351, aunque con una perspectiva distinta de la nuestra.

Por supuesto, al hacer esta afirmación, no estamos pensando en las uniones de homosexuales, en donde sería razonable que se exigieran formalidades similares a las matrimoniales, cuando esos sujetos quieran expresamente un vínculo como el matrimonial (y así lo permita el ordenamiento jurídico).

(46) Ésta es en parte la postura mantenida por MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Diagnóstico...*, cit., págs. 70-71, aunque más adelante (pág. 125 y sigs.) sostiene que la voluntad concubinaria tiene como contenido propio esencial la exclusión del matrimonio; opinión que sin embargo no compartimos.

Vid. también, O'CALLAGHAN, X., «Concepto y clasificación jurídica de las uniones de hecho», en el volumen *Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1998, pág. 19, quien considera como diferencia entre matrimonio y uniones de hecho la ausencia de constitución legal de estas últimas (de donde deduce su falta de consideración y de sanción jurídica, lo que nos parece más discutible).

heterosexual. Una cosa es buscar la prueba de la unión, que no se consigue con la mera inscripción de la constitución de la misma, y otra muy distinta la exigencia de formalidades a una relación por naturaleza «informal».

El matrimonio es un negocio formal o solemne porque crea un vínculo con una clara proyección externa, para lo que el legislador busca elementos de control público con un claro fin de seguridad jurídica. Todo matrimonio, sea cual sea el régimen económico-matrimonial que se elija, tiene en mayor o menor medida eficacia externa en sus aspectos patrimoniales. Piénsese, si no, en la existencia del llamado régimen matrimonial primario, que es aplicable cualquiera que sea el régimen económico elegido, y cuya relevancia en las relaciones con terceros es fundamental, por ejemplo, a la hora de hacer eficaces los contratos o actos realizados por uno solo de los cónyuges en la esfera patrimonial del que no contrató, en tanto se tratase de negocio o acto jurídico propio de lo que sería la esfera de gestión ordinaria de la pareja (47). Esa característica induce a su vez a la exigencia de un control judicial que declare el cese o disolución formal de la unión, de modo que, mientras no exista y no se inscriba en el Registro Civil, no podrá ser oponible a los terceros, quienes se seguirán rigiendo por las normas generales del Código para ese régimen económico, o por lo publicado en los Registros (cuando se otorgaron capitulaciones matrimoniales estipulando un régimen diferente de los legales) (48).

Por el contrario, en las uniones de hecho, el vínculo teóricamente existente entre sus dos integrantes, siendo plenamente lícito y eficaz jurídicamente como regla, sólo alcanza y tiene relevancia respecto de los convivientes, no respecto de terceros. La razón está en que los que eligieron esta opción, lo hicieron con el fin, no tanto de que no tuviera trascendencia jurídica, sino de

(47) Esta conexión entre forma (del matrimonio) y eficacia frente a terceros se puede encontrar de nuevo en MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *ob. cit.*, pág. 188.

(48) Es más, se puede imaginar una situación en la que dos sujetos casados lleguen a un acuerdo interno de romper la pareja y darla por disuelta, a la espera —o no— de la concurrencia de los requisitos para alguna de las causas legales de divorcio. Parece claro que, salvo quizás el obstáculo del posible deber de alimentos, esa ruptura y cese de la unión puede tener plenos efectos entre los miembros de la pareja solamente, dejando de tener virtualidad de manera indefinida todos los deberes conyugales. En cambio, frente a terceros, será precisa la ruptura formal a través de una sentencia judicial de divorcio, por razones de seguridad jurídica. Podría, no obstante, trascender en parte hacia el exterior, a través de la estipulación de unas capitulaciones matrimoniales que certificasen externamente una ruptura interna, v.gr., a través de un régimen de separación o similar. Ese acuerdo de ruptura no impediría un nuevo acuerdo de restablecimiento de la convivencia sin necesidad de nuevo matrimonio formal: frente a terceros, el matrimonio no habría dejado de existir, e internamente, bastaría con un nuevo acuerdo, en unos términos idénticos o algo distintos a como el matrimonio se configura en el Código (recuérdese que el legislador admite la multiplicidad de situaciones jurídicas entre los cónyuges dentro del molde matrimonial).

que sólo la tuviera en su caso entre ellos, nunca frente a terceros. De ahí el que no haya necesidad de formalidades para la efectividad de lo acordado. La exclusión del recurso al matrimonio supone, cuando se trate de crear un régimen más o menos estable de convivencia entre dos personas, una opción por un vínculo no formal, de eficacia restringida.

Ahora bien, eso no significa que las diferencias entre matrimonios y uniones de hecho sean insalvables. El legislador tiene capacidad suficiente para, si en un momento dado lo estima oportuno, institucionalizar una o varias modalidades de uniones, de contenido distinto de las matrimoniales, exigiendo para ello determinadas solemnidades, similares a las de los matrimonios, o distintas pero de alcance jurídico idéntico. Del mismo modo también puede proponerse dotar a las uniones de hecho que así lo decidan en cualquier momento —y cumplan unas exigencias formales, v.gr., una inscripción en Registro creado al efecto—, de un valor jurídico superior, y próximo al de los matrimonios. En ambos casos, lo razonable sería que esas formalidades sirviesen para dar una seguridad jurídica que precisa la deseada eficacia frente a terceros de esas uniones.

En definitiva, lo que se quiere destacar es que, en los momentos presentes, tal como están configuradas las relaciones entre matrimonio y uniones de hecho, la diferencia básica entre uno y otras se halla en el formalismo del primero y la aformalidad de las segundas. Pero sin que ello llegue ni siquiera a erigirse en elemento diferencial natural e inevitable, ya que, como se ha querido reseñar, se trata de una característica susceptible de ser suprimida —al menos en parte, esto es, para aquellos que así lo quisiesen— por decisión del legislador, en cuyo caso desaparecerían las diferencias entre ambas instituciones.

Indudablemente, esta conclusión repercute seriamente en los planteamientos tradicionales de doctrina y de jurisprudencia (aunque en ésta última, más en sus manifestaciones formales que materialmente, dada la creciente tendencia a la equiparación). Seguramente, con todo lo dicho en éste y en el apartado anterior, es posible vislumbrar la necesidad de un nuevo replanteamiento de las bases en las que tradicionalmente se ha asentado el estudio de los aspectos jurídicos de las uniones de hecho no matrimoniales. Ya no es procedente una argumentación basada en las diferencias, cuando éstas, como se ha visto, no son sustanciales, y además es probable que acaben difuminándose de manera definitiva en un futuro no lejano.

4. PROPUESTAS DE POLÍTICA LEGISLATIVA.
LAS POSIBILIDADES Y LOS LÍMITES: EL PRINCIPIO DE LIBRE
OPCIÓN Y SU ALCANCE

Si resulta que las diferencias entre matrimonio y uniones de hecho son cada vez más difusas, parece conveniente plantearse ya algunas posibles propuestas de política legislativa sobre cómo debe encauzarse una futura regulación legal de las uniones no matrimoniales, e incluso posibles reformas de la institución matrimonial.

El asunto en parte ha sido tratado y resuelto —inadecuadamente, a nuestro juicio— por la abundante legislación autonómica dictada hasta la fecha sobre parejas estables o uniones de hecho. Pero la premura con que se ha procedido a la elaboración de esas leyes, así como la necesidad de proponer un enfoque de la futura regulación estatal, por otro, hacen necesario este análisis.

La mayor parte de la doctrina se ha pronunciado en contra de un tratamiento legal de las uniones no matrimoniales en términos cuantitativa y cualitativamente similares a los del matrimonio. Ello supondría, se ha dicho, crear un nuevo estatus con efectos personales y patrimoniales homogéneos, lo que iría abiertamente en contra del principio de libertad de opción, y además supondría construir un matrimonio de segunda clase.

Sin embargo, frente a esta argumentación, debe ponerse en su justo lugar el alcance del llamado principio de libre opción, que se halla en la base de la protección constitucional, y que es utilizado por buena parte de la doctrina para defender la no equiparación legal y la necesidad de un trato legal diferenciado de uniones de hecho y matrimonio. Pues bien, a nuestro juicio, el respeto a ese principio lleva primordialmente a prohibir que el legislador ordinario configure las uniones extramatrimoniales con un estatuto convivencial de derechos y deberes uniforme e imperativo, so pena de inconstitucionalidad por infringir el principio de libre desarrollo (art. 10 CE). Es decir, que, para respetar la Constitución, no le cabe a ese legislador crear uno o varios modelos legales exclusivos que además sean impuestos forzosamente a quienes opten por no casarse, o la imposición de reglas obligatorias y inamovibles sobre la convivencia de la pareja.

Ésta ha de tener en todo momento la libertad para conformar a su antojo el propio estatuto de derechos y deberes, asimilándose o no a los matrimoniales. Lo cual significa que no es inconstitucional, por un lado, ordenar la creación de uno o varios modelos de uniones no matrimoniales, con un concreto estatuto de derechos y deberes, pero siempre que sean opcionales, esto es, de elección voluntaria. Eso significa por tanto que nunca podrían ser imperativos, aunque sí vinculantes cuando fuesen elegidos libremente, y además que no podrá impedirse la constitución de otros distintos. Fuera de estos

límites, el legislador tiene libertad prácticamente plena de regular las uniones, e incluso de que éstas se aproximen al matrimonio en todos aquellos aspectos que conciernan a cuestiones distintas de las convivenciales, distintas de lo que supone el desarrollo normal de la convivencia de la pareja. Por lo tanto, nada impide, ya se trate de parejas homosexuales, donde es previsible una regulación equiparadora a la matrimonial, ya de uniones heterosexuales (y en las homosexuales que no elijan la vía institucional), que se promulgue una normativa que prevea múltiples aspectos singulares de la pareja, por ejemplo en relación a las situaciones de crisis, en tanto en cuanto ello no suponga una prohibición de estipulaciones en contrario, esto es, de previsiones convencionales acerca de los efectos de la ruptura de la unión.

Así pues, es posible precisar que en la hipotética regulación de las uniones de hecho —del mismo modo que sucede en el matrimonio mismo— hay dos campos distintos: por una parte, lo que podría ser el estatuto de los derechos y deberes de los miembros de la unión, el cual, por tratarse de una unión caracterizada en principio como «libre», no debe ser unitario o estereotipado, o al menos no imperativo, so pena de inconstitucionalidad por afectar al principio de libre opción o libre desarrollo; por la otra, están lo que serían estrictamente normas que prevén un tratamiento y dan solución a los casos de ruptura de la pareja no matrimonial, y algunos otros aspectos adicionales.

Desde nuestro punto de vista, en nada se vería afectado el principio de libre opción —derivado a su vez del principio de libre desarrollo de la personalidad del artículo 10 CE— si una ley estableciese una regulación específica para esas situaciones de ruptura de la unión (e incluso algunos otros aspectos, como veremos), común o próxima a las del matrimonio. No hay riesgo de inconstitucionalidad por el hecho de acoger en una ley todos esos aspectos, por cuanto queda salvaguardada la libre configuración de la relación, e incluso la previsión convencional de un régimen jurídico propio para casos de ruptura, cuando así se hubiese previsto por las partes al momento de constituirse la relación, o en un momento ulterior. En suma, mientras esas normas reguladoras de los efectos de la ruptura de la unión no sean cerradas totalmente, en el sentido de no tener el carácter de imperativas, y por tanto permitan la libre estipulación de efectos para cada caso singular, no debe haber inconveniente en que se opte legislativamente por dar respuesta genérica a las situaciones patológicas, como son las propias de las crisis o ruptura definitiva de la pareja no matrimonial. Sería una suerte de régimen dispositivo —alterable, pues, por estipulación en contrario— de una serie de temas habitualmente no previstos al nacer la unión, y que no se puede decir que afecten o conciernan al principio subyacente a las uniones no matrimoniales, que es el de la libre elección de la forma de vivir en pareja.

Ahora bien, tampoco puede descartarse, a la vista de la legislación autonómica ya promulgada, que el legislador estatal pueda optar por crear, en una

hipotética Ley de parejas, un nuevo tipo de negocio jurídico de Derecho de familia, próximo al matrimonio, y generador de un estatus uniforme de derechos y deberes (49).

Tampoco sería ésta una normativa contraria a la Constitución, en tanto en cuanto, como no podría ser de otra manera, se deje vía libre a los ciudadanos para seguir configurando a su antojo los regímenes de convivencia en pareja que tuvieran por conveniente. Al margen del matrimonial y de esta nueva modalidad negocial. Pero entonces el problema sería el del sentido de esa nueva regulación, máxime si además de ello se impusiera —como sería previsible en ese caso— un acto formal o un procedimiento para su nacimiento, ya que entonces estaríamos ante una suerte de «matrimonio civil bis», que carecería de razón de ser, al existir ya el negocio matrimonial. En cualquier caso, esta nueva modalidad podría responder a la aspiración de las parejas homosexuales de acceder a una suerte de estatus idéntico o muy similar al matrimonial, pero entonces debería quedar limitado a esos sujetos, pues para las uniones heterosexuales no matrimoniales no tendría demasiado sentido.

La otra vía o alternativa que puede barajar nuestro legislador estatal cuando se plantee un asunto como éste, es la de permitir que puedan recibir un tratamiento específico por la ley una serie de uniones no matrimoniales, de distintas características y contenidos, por tanto sin un régimen o estatus uniforme, pero siempre al menos con un cierto perfil genérico de estabilidad. No parece que exista inconveniente al efecto, siempre que se respete la libertad de forma en su constitución, es decir, siempre que esas parejas con esas características comunes de estabilidad y posible tendencia a la publicidad no se vean forzadas a celebrar un concreto y típico acto solemne de investidura en ese nuevo estatus, por cuanto ello supondría dar lugar a un matrimonio-bis. Del mismo modo, tampoco se les podría imponer un estatuto jurídico de derechos y deberes común y único para cada tipo, por cuanto podría ser atentatorio al principio de libre desarrollo (aunque sí una regulación de aspectos que no dependan del régimen convivencial, v.gr., los relativos a su ruptura, tal como antes se propuso).

Lo razonable es que se deje la posibilidad de que, en cualquier momento (sea cuando se constituye, sea durante la vida de la pareja), y a través de determinados medios documentales fehacientes, se pudiese dar constancia

(49) A este asunto se refiere COCA PAYERAS, M., «Aspectos generales de la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables de las Islas Baleares», en *Tribuna Parlamentaria*; núm. 5, *Normativa Autonómica: la Llei 28/2001, de 19 de desembre, de parelles estables*. Parlament de les illes Balears, 2003, pág. 49 y sigs., quien critica sin embargo el problema derivado de una regulación legal de este nuevo negocio, en cuanto supondría seguir dejando fuera de la tutela legal a todas aquellas parejas que no pasen por el «peaje» de la concurrencia de los requisitos legales, entre ellos la inscripción previa en el Registro de Parejas creado al efecto.

de su existencia, con el fin de darles acceso a un Registro de efectos civiles (que por lógica debería ser el Registro Civil), siempre por una decisión voluntaria de la pareja. De ese modo, la unión podría tener, mientras constase en el Registro y no se cancelase el asiento de constitución de la pareja, una eficacia frente a terceros idéntica o similar a la del matrimonio. En suma, se trataría de una unión cuya existencia sería cognoscible por los terceros, del mismo modo que lo es respecto del matrimonio el acceso público a los asientos del Registro Civil, y que derivaría, por tanto, en un sistema de responsabilidad conjunta (subsidiaria o solidaria, a elección del legislador) de los dos miembros de la unión por las deudas contraídas frente a terceros en el levantamiento de cargas familiares (50).

No hay razón para negar a estas uniones no matrimoniales la entrada en un Registro de efectos civiles, cuando sus integrantes *quieran* que tenga eficacia frente a terceros, igual que el matrimonio. El cambio sería de mentalidad social, en cuanto los terceros que tuvieran intención de contratar con alguno de los miembros de la unión, habrían de cerciorarse —u obtener información directa de su cocontratante— de si está casado o unido con otra persona en una unión «registrada»: Esa constancia registral de la unión tendría el valor de hacer eficaz frente al otro miembro de la unión lo contratado (siempre que afectase a lo que sería el levantamiento de cargas comunes o familiares). En caso contrario, esto es, no habiendo tal constancia registral, el tercero contratante únicamente estaría garantizado con el patrimonio personal o individual de su contraparte contratante (salvo, como es lógico, cuando hubiese una manifestación específica, para ese caso, de que ambos miembros de la unión respaldaban lo realizado por uno de ellos, y así quedase ratificado por el consentimiento explícito de los dos, como puede suceder en cualquier otra relación contractual).

Cuestión aparte es que el legislador se plantee una Ley de parejas o uniones no matrimoniales como modo de controlar las parejas que, además de haber decidido crear una familia, pretenden a la vez beneficiarse de una serie de medidas de orden administrativo, asistencial o de otro tipo (básicamente beneficios de orden jurídico-público). Y para ello imponga la creación de un registro administrativo en el que consten esas parejas. El establecimiento de este registro, con ese concreto fin, es perfectamente posible y, a nuestro juicio, acorde con la Constitución, ya que no afectaría al principio de libre elección.

(50) En este sentido, la regulación contenida en las leyes autonómicas de parejas o uniones estables resulta muy incompleta, además de desenfocada. La previsión de inscripción de determinado tipo de uniones convivenciales, a las que muchas veces además se protege sólo en cuanto se constituyan a través de formalidades registrales, y sólo en esa medida, implica la exclusión de multitud de uniones que, queriendo mantenerse fuera de los moldes del matrimonio típico, querrían sin embargo —al nacer o en un momento ulterior— una constancia registral, a determinados efectos o fines, perfectamente tutelables.

5. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS UNIONES
EXTRAMATRIMONIALES ESTABLES: ESQUEMA GENERAL;
ASPECTOS COMUNES Y DIFERENCIALES CON LAS UNIONES
MATRIMONIALES

Nuestra postura general sobre la aplicación o no del régimen jurídico del matrimonio a las uniones de hecho, ya ha quedado en buena medida prejuzgado a la vista de las páginas anteriores. Somos abiertamente partidarios de seguir, en la futura normativa que se acometa sobre uniones extramatrimoniales, una tendencia equiparadora con carácter general, aunque con los matices que ya se han indicado y ahora se desarrollarán. Esta postura no sólo la defendemos *de lege ferenda*, en relación a una necesaria e inminente regulación, sino incluso *de lege lata*, como criterio de solución de problemas a través de una reinterpretación de las normas vigentes (51).

Hemos de partir, en primer lugar, del importante principio de protección jurídica de la familia, expuesto en el artículo 39 CE, del que se desprende, como más arriba se dijo, la necesidad de tutelar *por igual* a toda clase de familias —no sólo la matrimonial—, dado el concepto sociológico de familia allí recogido, del que deriva el imperativo de proteger también a las uniones extramatrimoniales —hetero y homosexuales— de índole familiar.

Esto nos obliga a un esfuerzo de búsqueda y análisis del conjunto de disposiciones legales de nuestro ordenamiento que han sido establecidas con el fin de tutelar a la institución familiar, para procurar la equiparación.

Indudablemente, en esa labor de rastreo de normas, las primeras con las que nos topamos son todo ese conjunto de disposiciones legales —imposible de recoger con detalle en este lugar— de índole jurídico-pública, cuyo objetivo expreso o implícito no es otro que la adopción de medidas favorecedoras de la institución familiar. Aquí cabe incluir normas fiscales, administrativas, asistenciales, laborales o funcionariales. En todos estos casos, una vez aclarada la presencia en cada uno de ellos de un fin de salvaguardia de la familia, debe procederse, por vía de modificación legal o de reinterpretación de las normas, a su extensión y aplicación a las uniones de hecho familiares. Como ya se dijo en su momento, el legislador, a nuestro juicio, es libre de proteger más o de proteger menos a la institución familiar, sin que se corra el riesgo de inconstitucionalidad por el hecho de que se opte por alternativas poco beneficiosas; pero cuando ese mismo legislador se decida por dotar de nuevos mecanismos protectores a la familia, la Constitución ordena que se extiendan

(51) En esta misma línea, en relación concretamente a los aspectos sucesorios en las uniones extramatrimoniales, vid. ROMERO PAREJA, A., «Los derechos sucesorios de las uniones familiares no matrimoniales», en *Diario La Ley*, núm. 5757, 9 de abril de 2003, pág. 1 y sigs.

a todas las familias —a todo lo que en ese momento, o en el futuro, sea considerado socialmente como «familia»—, incluidas naturalmente las uniones familiares no matrimoniales.

Esta es seguramente la idea que subyace en las normativas autonómicas promulgadas por aquellas Comunidades sin competencia en materia civil. Por poner el ejemplo de la Ley de parejas andaluza de 2002, en ella se contienen reglas absolutamente equiparadoras en todo lo concerniente a los beneficios públicos y asistenciales otorgados tradicionalmente a las uniones matrimoniales (beneficios funcionariales, asistenciales, etc...). La razón de esa orientación —que también se recoge en las demás leyes de CC.AA. con competencia civil— hay que buscarla en la necesidad, derivada del principio de protección de la familia, de proporcionar a todas las clases de núcleos familiares un mismo régimen de beneficios jurídico-públicos, para evitar caer en una discriminación legal que pugnaría con los artículos 14 y 39 de la Constitución (52).

Pero no sólo existen normas jurídico-públicas de tutela de la familia, sino que también es posible hallar en los Códigos Civiles y en las leyes civiles especiales algunos preceptos de índole protectora de la familia (no necesariamente del matrimonio), que por tanto podrían alcanzar a otros núcleos familiares como las uniones extramatrimoniales.

Sin perjuicio de un análisis individualizado de normas hipotéticamente susceptibles de ser aplicadas a las uniones no matrimoniales, al que ahora nos

(52) En esta línea, por ejemplo, creemos que los Tribunales deben mostrarse, a pesar de los inconvenientes de orden presupuestario que ello conllevaría, favorables a aplicar las pensiones de viudedad a aquel miembro de la unión cuyo compañero haya fallecido y hubiese convivido con él en un régimen equiparable al matrimonial. Es verdad que esta tesis fue en su momento rechazada por el Tribunal Constitucional en la primera sentencia en que se pronunciaba sobre las uniones no matrimoniales, pero si tuviese que resolver el mismo asunto a día de hoy, probablemente tendría otra orientación. Es cierto, no obstante, como ha dicho VALPUESTA, *ob. cit.*, pág. 50, que las normas administrativas o asistenciales de esa índole no configuran un efecto típico de la relación familiar, sino una consecuencia de otra realidad normativa, en la que la primera entra a formar parte como un elemento más. Pero, pensando concretamente en la pensión de viudedad, aunque la razón de la atribución, es decir, el presupuesto o hecho determinante de la misma, es el fallecimiento del afiliado a la Seguridad Social, es indudable que lo que determina la concesión del derecho de pensión es la condición de cónyuge, más exactamente, *de familiar* unido por vínculos afectivos y convivenciales en términos «familiares», sólo que el legislador se limitó legalmente a la figura del cónyuge ante la constatación de que el matrimonio era por entonces el único núcleo familiar socialmente reconocido. La idea de familia y de protección familiar subyace indiscutiblemente a la asignación de la pensión, por lo que la misma razón debe regir, en una interpretación de la norma vigente de acuerdo con la realidad social actual (art. 3.1 del Código Civil), cuando hay una unión extramatrimonial, en tanto se dé el presupuesto de que el conviviente superviviente formaba con el fallecido un núcleo familiar. No es el matrimonio lo que justifica la asignación de la pensión, sino el vínculo o convivencia en sentido familiar —no necesariamente matrimonial— entre fallecido y superviviente.

referiremos, debe hacerse una importante matización. Y es que, en los últimos años, tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como incluso la doctrina científica, se han dejado llevar por una cierta tendencia a la catalogación como reglas protectoras —y por tanto extensibles a otros tipos de familia— de algunas que, a nuestro juicio, no lo son, sino que responden a otras consideraciones. Basta con echar un vistazo a esa jurisprudencia para comprobar cómo se usa indiscriminadamente ese así llamado «principio de protección del conviviente más débil», para aplicar a las uniones de hecho las mismas reglas del matrimonio en aspectos tan diversos como la atribución de la vivienda familiar (v.gr., en STS de 10 de marzo de 1998) o la asignación de pensión por desequilibrio (STS de 5 de julio de 2001 o 16 de julio de 2002). En suma, se acaba perdiendo de vista la verdadera *ratio* de esos y otros preceptos, que entendemos responden a objetivos distintos a los de protección, y se fundamentan en motivos de otra índole.

Sobre cuál sea esa particular naturaleza o *ratio*, debe decirse que, desde nuestra perspectiva, hay una razón de ser común a muchas de esas reglas aparentemente «protectoras», y ésta no es otra que *la de resolver conflictos típicos derivados de cualquier situación de ruptura de las uniones familiares* (cuando éstas están compuestas de dos miembros adultos). Y es que, sea un núcleo familiar bimembre unido por vínculo formal o uno sin tal clase de vínculo, siempre indefectiblemente las partes —y a falta de acuerdos, el juez— deben enfrentarse, cuando tal pareja entra en crisis y se separa o disuelve, con una serie de problemas típicos, y es por tanto lógico que deban resolverse con criterios o pautas similares. Por ese motivo, ante el nacimiento de nuevos núcleos familiares, carentes de regulación específica, el juzgador tiene la inercia de acabar utilizando los mismos o similares criterios que con el matrimonio —y es razonable que así sea—, puesto que la regulación legal de éste es la única que disciplina de forma completa todos los posibles conflictos de intereses que pudieran presentarse, durante la vida normal y en situaciones de crisis o ruptura de la unión (dado que, durante muchísimo tiempo y hasta hace muy poco, era el único tipo de familia socialmente aceptado).

En suma, lo que queremos significar al mismo tiempo es que muchas de las reglas que disciplinan el matrimonio no son ni forman parte del estatuto propio de la institución, sino que constituyen una suerte de añadido que tradicionalmente ha buscado resolver una serie de típicos conflictos de intereses en casos de ruptura de la unión, pero que no son exclusivos de aquél; al menos en los momentos presentes, en que el matrimonio no es la única modalidad de familia. La esencia actual del matrimonio, el núcleo duro del mismo, es, a nuestro juicio, el estatuto de derechos y deberes mutuos entre los cónyuges; no las normas que disciplinan su ruptura, que básicamente son de alcance mucho más general, y fácilmente

extensibles a otras uniones o parejas en crisis (53). Por tanto, muchas de esas normas afectantes al matrimonio, podrían ser perfectamente suprimidas en nuestra legislación, sin que ello sufriese la esencia o el estatuto básico del vínculo matrimonial (54).

No cabe duda que muchos de esos hipotéticos conflictos recogidos y regulados en el Código Civil o en leyes especiales son susceptibles de presentarse también, en los mismos términos, en las uniones de hecho familia-

(53) Hay un aspecto curioso pero a la vez enormemente trascendente en la regulación del matrimonio contenida en el Código Civil, que nos puede arrojar luz sobre lo que decimos. Se trata del artículo 58 del Código Civil, relativo al acto de celebración del matrimonio. Como es sabido, en él la autoridad otorgante lee a los contrayentes los artículos 66, 67 y 68 del Código Civil, referidos a los deberes y derechos conyugales, antes de la prestación de los consentimientos. De esta norma se desprende con toda claridad que el consentimiento matrimonial se otorga al modelo matrimonial representado por ese conjunto de derechos y deberes recíprocos. No se leen, sin embargo, los demás preceptos legales sobre matrimonio, en particular los relativos a las reglas sobre ruptura o crisis de la pareja (arts. 90 y sigs. del Código Civil). Esto es demostrativo de que la esencia del consentimiento matrimonial concierne justamente a esos deberes-derechos, pero no al resto del modelo matrimonial creado por nuestro legislador. No cabe, por tanto, una nulidad matrimonial (por error o por falta de consentimiento) basada en una posible previsión, diferente de la legal, acerca de los temas regulados en esos artículos 90 y siguientes (que además suelen contener múltiples materias disponibles); ni por tanto es tampoco posible a la postre considerarlos un aspecto primordial del modelo matrimonial, que se ciñe, pues, al régimen de convivencia exclusivamente.

Las ideas defendidas más arriba parecen estar en la base de las opiniones de otros autores. Por ejemplo, de VALPUESTA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pág. 58 y sigs., quien considera que las normas sobre los derechos y deberes conyugales responden a la esencia o naturaleza de la institución matrimonial, lo que no sucede con el resto de normas, que se justifican en la necesidad de imponer la equidad o el equilibrio entre los miembros de la pareja. O de ALONSO PÉREZ, «El Derecho de familia, entre lo viejo y lo nuevo», en el volumen *Matrimonio y uniones de hecho*, Edic. Universidad de Salamanca, 2001, pág. 27, cuando afirma: «...Si el hombre y la mujer buscan en tal caso una salida a su afecto... por la senda de la cohabitación *more coniugali*, el derecho debe ofrecer solución a sus problemas básicos, y únicamente a éstos...».

(54) Así, si tuviéramos que partir de cero y plantearnos *ex novo* su inclusión o no, su tratamiento o no por normas estrictamente limitadas al matrimonio, el legislador tendría las manos libres —desde el punto de vista de la coherencia constitucional y de la tutela institucional del matrimonio ex art. 32 CE— para decidir su introducción, o remitir a reglas y principios más generales (responsabilidad extracontractual, enriquecimiento sin causa...). Por poner dos ejemplos: los efectos patrimoniales de la ruptura de un matrimonio, o prácticamente todas las reglas sucesorias, son perfectamente prescindibles, y su incorporación vendría justificada por la voluntad de prever y resolver un típico conflicto social (entre los cónyuges o entre éstos y terceros) que no es exclusivo en modo alguno de las uniones matrimoniales, sino de todas aquellas uniones familiares formadas por dos miembros. Los criterios que se deberían utilizar ya en concreto en la resolución de esos concretos conflictos sí serán muy diversos, y no reconducibles a uno solo (como el de «protección del cónyuge o conviviente más débil», usado por la reciente jurisprudencia), sino a parámetros basados en concepciones sociales actuales, variables a su vez según las coordenadas sociales y económicas de cada momento histórico.

res (55). Si se piensa con detenimiento, se puede deducir que regulaciones como las relativas a la ruptura matrimonial (asignación de vivienda familiar, pensiones por desequilibrio, etc.), o incluso las concernientes a la sucesión intestada o legitimaria del consorte fallecido, no forman parte de la esencia del vínculo matrimonial, hasta el punto de hacer inviable su traslación a otros núcleos familiares. Muy al contrario, responden a un esquema conflictual que es susceptible de presentarse en otras uniones familiares, una vez reconocida la expansión de esos nuevos núcleos en la sociedad actual (56).

Ahora bien, el que la jurisprudencia venga en los últimos años recurriendo cada vez más —salvo en la aplicación de las normas sobre regímenes económicos matrimoniales— a las mismas pautas legales que los matrimonios, responde a una solución que es coyuntural (aunque puede ser razonable en términos generales). Dicho de otro modo, y visto el tema desde la perspectiva de la conformidad constitucional, entendemos que no hay obstáculo constitucional para que en el futuro, si así se estima conveniente, el legislador estatal proceda a dotar de una regulación diferente a las uniones extramatrimoniales al resolver estos conflictos típicos de intereses en situaciones de ruptura de la pareja (o en las otras situaciones aludidas). En estos ámbitos no juega el principio del artículo 39.1 CE de tutela o protección de la familia —de todo lo que sea considerado socialmente como «familia»—, no existiendo inconvenientes constitucionales para dar un trato diferente a unas y otras uniones, ya que no hay base en la Constitución para aplicar los mismos criterios (siempre sin perjuicio de posibles pactos al respecto). Sucede, sin embargo, que, a la vista de lo expuesto, sería poco razonable y carente de justificación una regulación diversa de esos problemas para parejas casadas y para parejas no casadas (57).

Conviene, no obstante, descender a algunos campos concretos; no todos los posibles, sino los más significativos, para conocer el sentido o espíritu de

(55) Incluso en las no consideradas como «familia» desde el punto de vista social, porque lo que no se regule, el juez tendrá que resolverlo, y es muy probable que lo haga con base en los criterios existentes para aquellas otras uniones (las «familiares»). Por eso, su no regulación planteará a los jueces y Tribunales un problema añadido, que es el mismo que hasta ahora se ha presentado a los mismos jueces respecto de las uniones parafamiliares.

(56) Esta idea se puede comprobar en la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 9 de noviembre de 1995. Citada por ZARRALUQUI, *oh. cit.*, pág. 654.

(57) Si imagináramos el supuesto en que el legislador estatal procediese a redactar y promulgar una ley de uniones no matrimoniales sin hacer alusión a esta suerte de conflictos típicos de intereses tras la ruptura de la pareja, las derivaciones prácticas de ello serían, creemos, bastante evidentes: con gran seguridad, los jueces y Tribunales acabarían recurriendo de nuevo, para solventarlos, a las pautas propias de la normativa matrimonial, al ser el único modelo completo de regulación de todas las situaciones y consecuencias derivadas de la unión y su ruptura.

esas normas, y pronunciarse sobre la posible traslación de sus soluciones al ámbito de las uniones extramatrimoniales:

a) ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN CASO DE RUPTURA DE LA UNIÓN

La cuestión de la asignación de la vivienda familiar en situaciones de crisis o ruptura de la pareja de hecho es un claro ejemplo de todo lo que se ha dicho hasta ahora. Como ha destacado ZARRALUQUI (58), es éste un campo en el que son evidentes las semejanzas entre unión matrimonial y no matrimonial, al ser habitual en ambos casos que se entable una disputa para ver quién permanece en la vivienda familiar.

La lectura de la norma del artículo 96 del Código Civil nos confirma la idea de que, en materia de matrimonio, el legislador distingue según que la pareja tenga o no hijos. Habiendo hijos, el precepto se ampara en una razón de tutela familiar para asignar la vivienda a aquel cónyuge al que se hubiera atribuido la guarda de los mismos: es, pues, la protección, no tanto de los hijos en exclusiva, cuanto de ese nuevo núcleo familiar formado por progenitor guardador e hijos (familia monoparental), lo que fundamenta el derecho a ocupar aquella, y por tanto, lo que a su vez nos permite trasladar ese mismo criterio, de forma natural y sin ninguna dificultad, al ámbito de las uniones de hecho (59). Por supuesto, siempre salvo previsión específica de los integrantes de la unión, que prevalecería sobre esta regla, de índole dispositiva.

Tratándose, por el contrario, de una pareja sin hijos, el precepto legal resuelve un neto conflicto de intereses, con base en un criterio prioritario (la mayor necesidad de protección), junto al análisis de las circunstancias concretas del caso. No hay, a nuestro juicio, razón alguna para alterar esas pautas legales cuando de una unión extramatrimonial se trate (60). De ahí que, tras varios intentos fallidos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo haya acabado reconociendo lo razonable de aplicar analógicamente el artículo 96 y sus diversos criterios a las uniones de hecho (61).

(58) ZARRALUQUÍ SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., «Efectos de la extinción de la pareja de hecho. La vivienda familiar», en el volumen *Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho*, cit., pág. 621.

(59) En esta misma línea, PANTALEÓN, *oh. cit.*, pág. 72; MESA MARRERO, *oh. cit.*, pág. 221.

(60) También a favor, MESA MARRERO, *oh. cit.*, págs. 226-227.

(61) Vid. la Jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto, elaborada a partir de la STS de 16 de diciembre de 1996, basada en el recurso a la analogía.

Respecto a la cuestión, susceptible de plantearse en el futuro, de qué hacer con esta clase de conflicto sobre atribución de vivienda común en las uniones consideradas como «prohibidas» (v.gr., pareja previamente casada y luego unida con otra de forma extramatrimonial. uniones entre parientes muy cercanos...), siendo sensatos, no hay razón para no

b) PENSIÓN POR DESEQUILIBRIO E INDEMNIZACIÓN POR ENRIQUECIMIENTO INJUSTO

Del mismo modo que acabamos de sostener que las reglas sobre atribución del uso de la vivienda familiar no forman parte de la esencia o núcleo duro del matrimonio, también ahora debemos propugnar que los preceptos del Código Civil sobre asignación de posible pensión por desequilibrio en el matrimonio pueden ser trasladados al campo de las uniones extramatrimoniales. Nos hallamos de nuevo ante un típico conflicto de intereses susceptible de presentarse en cualquier situación de crisis o ruptura de un núcleo convivencial de dos personas, esté o no unido por vínculo matrimonial. Por lo tanto, en las uniones no matrimoniales, también puede surgir la disputa entre uno y otro miembro de la unión acerca de las consecuencias de la ruptura. Por supuesto, estamos partiendo de una situación en la que las partes habían concebido su unión orientada a la vida estable, y no como unión temporal a prueba (de todos modos, ya dijimos que no podía dejar de considerarse como unión extramatrimonial de carácter familiar aquella que, surgida en estos términos, es decir, a prueba y temporal, luego de hecho, y por existencia de acuerdos expresos o tácitos, acababa convirtiéndose en estable).

Así pues, en este campo de la posible reclamación de pensión por desequilibrio en unión estables no matrimoniales, no creemos que las normas reguladoras de los artículos 97 y siguientes del Código Civil, referidas al matrimonio en exclusiva, respondan ni a una *ratio* de tutela matrimonial, ya que no forma parte de su esencia como tal (podrían ser suprimidas esas reglas y el matrimonio no perdería su configuración, aunque ciertamente el conflicto merecería una solución legal), ni tampoco a un motivo de orden familiar, que obligara a un tratamiento uniforme para toda clase de familias (bimembres), en aplicación de los principios tuteladores de la familia ex artículo 39 CE (62). Otra cosa es que, mientras el legislador estatal no le dé una regulación específica, el fundamento de estas normas sobre pensión en

fijar los mismos criterios o pautas que en las uniones extramatrimoniales protegidas. Ni estamos en un campo en el que la razón de ser de la norma sea una *ratio* protectora de la familia —que fundamentaría la exclusión de las uniones que no tuvieran esa consideración—, ni existe justificación ética para que, respecto de ese conflicto concreto entre esos convivientes, y siempre que se trate de una unión desarrollada de hecho establemente (o en la que haya habido hijos), deba hacerse de peor condición al conviviente «no legalizado» y más necesitado, dado que el tema de base no es otro que un mero conflicto entre las partes sobre el destino de la vivienda común y sobre los criterios o pautas para resolver quién de ellos tiene prioridad para ocuparla (temporalmente, se entiende).

(62) En una línea muy similar a la nuestra, LLEBARÍA SAMPER, S., *Hacia la familia no matrimonial*, Barcelona, 1997, pág. 124, quien además señala que es imaginable que ese desequilibrio propio de la ruptura de parejas, tanto matrimoniales como no matrimoniales, puede ser incluso más drástico en estas últimas.

crisis matrimoniales no pueda razonablemente extenderse a las uniones extramatrimoniales (63).

Respecto de la aplicabilidad de las reglas sobre enriquecimiento sin causa y la posibilidad de obtener una reparación el conviviente que hubiera desarrollado una actividad doméstica, estamos plenamente de acuerdo con los criterios de la doctrina mayoritaria y de buena parte de la jurisprudencia.

No estamos sin embargo conformes con el criterio mantenido por la reciente sentencia del TS de 17 de enero de 2003, donde se cuantifica en una tercera parte de los bienes adquiridos por el otro durante la unión, como fórmula pretendidamente intermedia entre una cuantificación individualizada del enriquecimiento, como sería razonable, y la aplicabilidad del régimen de gananciales (atribución por mitad de las ganancias obtenidas durante todo el periodo de vida de la unión) (64).

(63) No estamos de acuerdo con autores como GAVIDIA, *¿Es la unión libre...?*, cit., págs. 234, 237-238 y 324, que fundamentan el derecho a pensión en la sola convivencia, y además, criticando a las leyes autonómicas en las que se dispone su aplicación a las uniones extramatrimoniales, entiende que no deben extenderse a éstas porque podrían lesionar la libertad de ruptura de la unión. Reitera esta misma idea más recientemente en GAVIDIA, «Comentario a la STS de 16 de julio de 2002», en *CCJC*, núm. 61, enero-abril 2003, pág. 127, donde considera incluso inconstitucional, por obstaculizar el principio de libre ruptura (en suma, de autonomía ex art. 10 CE), atribuir a los convivientes una pensión por ruptura que sobrepase el límite del enriquecimiento sin causa.

Tenemos, sin embargo, la idea al respecto de que la razón por la que se prevé la pensión en el matrimonio es más bien el desequilibrio mismo generado en una situación de previa y duradera convivencia, y no ya el matrimonio. Por lo demás, aunque la imposición en las citadas uniones de pensión por desequilibrio, o de una indemnización por enriquecimiento, podría suponer un peligro de que la unión deje de ser «libre», lo cierto es que el mismo efecto puede darse también en el matrimonio, donde también existe, con matices, el mismo principio de libre ruptura de la convivencia (y a la postre ruptura del vínculo matrimonial mismo), y en el que la perspectiva de tener que pagar pensión también puede servir de freno a las peticiones de separación o divorcio. Pero esa consecuencia no es más que una hipotética coyuntura de determinadas situaciones, no extensible a la generalidad ni mucho menos, siendo en cualquier caso la razón de la regulación legal ajena o extraña a la presencia de un vínculo más o menos fuerte creado entre las partes.

Lo que sí puede ser un freno al libre desistimiento de la unión es esa dualidad de conceptos o pensiones, que se prevén, por ejemplo, en la Ley de las Islas Baleares, y que podría resultar excesivos de cara a una hipotética decisión sobre ruptura unilateral de la unión por alguno de sus miembros.

(64) A favor del criterio seguido por la sentencia del Tribunal Supremo, acriticamente, CORDERO CUTILLAS, «Comentario a la STS de 17 de enero de 2003: Disolución por voluntad unilateral de la convivencia *more uxorio*», en *AC*, núm. 30, 21 al 27 de julio de 2003, pág. 831 y sigs.

Con independencia de los argumentos básicos (la aplicación, en defecto de ley y costumbre, de los principios generales del derecho, entre los que se encontraría el del enriquecimiento injusto y el de protección al conviviente perjudicado), bastante discutibles, la solución defendida por el Tribunal Supremo de otorgar al conviviente perjudicado una tercera parte de los bienes adquiridos durante la convivencia, debía de haber sido en todo caso improcedente, ante la existencia de un pacto entre las partes, suscrito al poner

Es cierto que en toda unión familiar no matrimonial, siempre suele haber algo en común —pues si no, no sería una verdadera unión—, que no sólo se manifiesta en los aspectos personales. También en los aspectos económicos es difícil mantener una absoluta separación, pues en algún momento acaban mezclándose, entre otras razones porque suele haber cargas comunes familiares que han de ser levantadas y cubiertas por los convivientes, o iniciativas económicas también comunes. Por eso, sería razonable, de cara a una futura normativa estatal, que hubiera una respuesta legal, en términos similares al menos a como ocurre en la más simple y desestructurada de las uniones matrimoniales, a saber, aquélla en la que rige un sistema de separación de bienes (65), donde, como es sabido, el cónyuge que se dedicó a las tareas domésticas tiene al final de la convivencia un derecho a una indemnización por el trabajo realizado (cfr. art. 1.439 del Código Civil) (66). Esa respuesta legal es importante que exista, por cuanto, de otro modo, sería prácticamente imposible justificar, con base en un posible enriquecimiento sin causa, la pretensión del conviviente desfavorecido (67). Lo que no es admisible es que se produzca, tal como parece proponer la referida sentencia del Tribunal Supremo, una cuantificación alzada y generalizada de esa indemnización, sino que deberá dejarse a la alegación y prueba por las partes, en cada caso concreto, de la actividad doméstica o de otro tipo desplegada y de las iniciativas económicas en las que ambos convivientes se han visto implicados.

De nuevo ha de asumirse que la existencia de pacto *ad hoc* previendo el pago o exoneración de posibles resarcimientos, deberá ser respetado, en aplicación, una vez más, del principio de «libertad de opción». Nada impide, por lo demás, que ese pacto fuese tácito o deducido de la forma de conformar las funciones y tareas de los miembros de la unión.

c) RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL

A la vista de lo dicho con anterioridad, el establecimiento por ley de un régimen económico de la pareja no casada debe quedar indudablemente ex-

fin a la convivencia, que resolvía todas las cuestiones económicas derivadas de la ruptura, y que por tanto al tener carácter transaccional, o cuando menos el valor de negocio de fijación, debía impedir una reclamación ulterior sobre el mismo tema.

(65) Sobre la similitud entre régimen matrimonial de separación de bienes y convivencia de hecho, vid. ROCA TRÍAS, E., «El régimen económico de las parejas de hecho», en el volumen *Las parejas de hecho* (coord.: M.^a PAZ SÁNCHEZ GONZÁLEZ), Universidad de Cádiz, 1995, pág. 38.

(66) En esta misma línea, PANTALEÓN, *ob. cit.*, pág. 74. En contra, MESA MARRERO, *ob. cit.*, pág. 247.

(67) Vid. al respecto el ya clásico trabajo de Díez-PiCAZO y CÁMARA ÁLVAREZ, *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Madrid, 1988.

cluido: este tema constituye el núcleo duro —junto con los aspectos personales o convivenciales— del principio de libertad de opción (68). Tampoco interviene aquí una razón de tutela de orden familiar que justifique un tratamiento legal general.

En el futuro, si se generalizan las uniones no matrimoniales, como parece estar sucediendo ya, ni siquiera habría una hipotética razón de tutela del tercero en aspectos como la comunicación de responsabilidad al no contratante por los contratos o actos realizados por uno de los convivientes. Lo normal será que ese tercero se cerciore, antes de contratar, de si hay o no vínculo matrimonial (o unión de hecho registrada). No habiéndolo, no habría razón para que respondiese el conviviente no contratante, ni siquiera aunque hubiese un pacto interno y no publicado de constitución de un régimen económico y de asunción (interna) de deudas contraídas por uno (cuando afectasen a la unión).

Existe un mimetismo inaceptable en la legislación autonómica, que describe un tipo de unión estable muy cercana al matrimonio, y asimilada a él en su apariencia externa. Precisamente por eso, y con el ánimo de proteger a Jos terceros, se dispone en alguna de esas leyes la vinculación del patrimonio de uno de los miembros de la unión otro a los actos y contratos celebrados por el otro: la razón se halla en que, en esta clase de uniones, el tercero puede llegar a confundirla con un matrimonio, en el que, como es sabido, existe responsabilidad de ambos patrimonios respecto al levantamiento de cargas de la familia. Este planteamiento es equivocado, pues parte de un dato social que seguramente ya no es relevante (a saber, que la mayoría de las parejas forman matrimonio, y es razonablemente previsible que así lo considere el tercero que contrata con persona que convive con otra), y no hay en consecuencia un verdadero motivo de tutela de los terceros. Quien contrata con una persona, lo hace en atención a su patrimonio o a la confianza que le suscita como sujeto cumplidor; debe, por tanto, ser diligente a la hora de conocer su estado patrimonial real, y no le resulta costoso, económicamente, en caso de duda (de si hay o no matrimonio) acudir al Registro para averiguarlo o pedir a la contraparte información al respecto; si no lo hace, es evidente que asume el riesgo de que su contratante sea insolvente, no habiendo motivos para vincular el patrimonio de quien convive con este último, si nada se le manifestó al respecto ni hubo ningún compromiso de responsabilidad (directa o subsidiaria) (69). En el momento social en que nos hallamos, en donde son cada vez

(68) En contra de esta idea y a favor por tanto de una aplicación analógica de las reglas sobre régimen económico de gananciales (cuando no existan elementos de conducta determinantes de su exclusión), GARCÍA VÁRELA, R., «Criterios sobre el régimen económico de las uniones de hecho», en *Revista Jurídica Española La Ley*, 1997-6, pág. 1634.

(69) En las parejas no casadas sucede *mutatis mutandi* algo parecido a lo que sucede con las sociedades sin personalidad jurídica (art. 1.669 del Código Civil), en donde, a nuestro juicio, los socios internos no contratantes no responden frente a tercero, a menos

más habituales las uniones libres, nadie puede ya tener la seguridad o alta probabilidad de que existe un matrimonio entre dos personas que conviven, y que, por lo tanto, es razonable imponer una responsabilidad conjunta de los patrimonios de ambos miembros de la pareja. Por supuesto, todo esto quedaría aún más evidente, y habría además mucha mayor seguridad jurídica, si las uniones de hecho —no todas, sino aquellas que quisieran hacerlo así— se inscribiesen en un Registro, con acceso público y con efectos civiles. Ahora bien, éste es un tema que dependerá de la constancia registral de la unión y del tipo de publicidad y de eficacia de lo inscrito en el registro.

d) SOBRE LA APLICABILIDAD O NO DEL ARTÍCULO 1.320 DEL CÓDIGO CIVIL
A LAS UNIONES EXTRAMATRIMONIALES

Un último apunte sobre otro aspecto relevante de las uniones matrimoniales y su posible traslación al campo de las parejas no casadas. Se trata del tema de la necesidad o no de consentimiento del cónyuge no titular de la vivienda a la enajenación de la misma que pretende realizar el titular. Se trata, en suma, de cuestionarse por la procedencia o no, en una futura reforma legislativa, de recurrir al principio subyacente a esa norma (art. 1.320 del Código Civil) para aplicarlo a las citadas uniones no matrimoniales.

Aunque algunos pudieran pensar que si se atribuye esa facultad a los convivientes en las uniones de hecho, se puede entorpecer el derecho al libre desistimiento, creemos que es factible también aplicar similar solución a aquéllas, sin que necesariamente sufra el principio de «libre opción» (70).

Seguramente debajo del artículo 1.320 del Código Civil, subyace una intención de protección familiar (de la nueva familia formada por el conviviente que se queda con los hijos), o de protección al más necesitado, si no había hijos. Dándose este supuesto en una unión no matrimonial de índole familiar, puede ser recomendable resolver el conflicto de intereses en los términos de tutelar el interés del conviviente no titular (y los posibles hijos), frente a un acto dispositivo del titular hipotéticamente lesivo para la adecuada convivencia familiar. De nuevo debe pensarse que la institución matrimonial misma no es lo que se halla en la base de la *ratio* de la norma, sino más bien

que hayan asumido expresamente como deudores o como garantes, las posibles consecuencias negativas del incumplimiento de las obligaciones, con conocimiento y consentimiento del tercero. Sobre el tema, vid. el reciente trabajo de QUESADA SÁNCHEZ, A., *Las sociedades sin personalidad jurídica en el Derecho español*, Málaga, 2003.

(70) En contra de aplicar esta regla recogida en el artículo 1.320 del Código Civil a las uniones libres, GAVIDIA, *¿Es la unión libre...?*, cit., pág. 323 y sigs., quien además la justifica con base en la existencia, sólo en el matrimonio, de un deber de convivencia y de actuación en interés de la familia.

Ja existencia de un núcleo familiar asentado y necesitado de tutela en cuanto tal. Así pues, esta norma, en cuanto protectora en general de la familia, debe extenderse a cualquier núcleo familiar socialmente reconocible, sea del tipo que sea (71). No es obstáculo para ello el que se trate de una norma civil, y no de índole jurídico-pública (72).

No obstante, debe hacerse una matización. Se trata de la necesidad de proteger los intereses de terceros adquirentes de buena fe, cuando éstos adquirieron el inmueble donde habitaba la pareja desconociendo la existencia de esta unión, v.gr., por no estar inscrita la misma en un Registro de parejas (o por estar inscrita, pero en un Registro que no sea de acceso público, tal como son los actuales registros creados a nivel autonómico). En tales casos, parece razonable proteger a estos terceros de buena fe que contrataron con el titular de la vivienda desconociendo que en la misma convivía éste con otra persona de forma estable (73).

6. LAS UNIONES EXTRAMATRIMONIALES ANÓMALAS

Es un tanto paradójico que existan leyes reguladoras de uniones o parejas «de hecho», y a la vez se prohíban determinadas uniones (que por supuesto pueden darse en la realidad): la razón de fondo es una desconsideración social hacia esas uniones, que no son generadoras de núcleos familiares, según las convicciones sociales. Seguramente esa falta de consideración social como «familia» es lo que justifica el que las leyes autonómicas dictadas hasta la fecha hagan siempre un listado de uniones de hecho excluidas del ámbito de las mismas u ordenen la imposibilidad de inscripción en los correspondientes Registros de Uniones de hecho.

(71) En esta línea de defender una traslación a las uniones de hecho la regla del artículo 1.320, sobre disposición de vivienda familiar, pero a través de una reforma legislativa, ZARRALUQUI, «Efectos de la extinción de la pareja de hecho: la vivienda familiar», en la obra *Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho*, cit., pág. 617 y sigs.

(72) En consecuencia, entendemos que debe existir un mismo régimen aplicable a los matrimonios y las uniones de hecho, cuando menos a aquellas dotadas de una cierta estabilidad. Es más, nos parece oportuno y acertado que los conflictos que se planteen en el futuro sobre este tema sean resueltos con criterios similares, aun sin haberse producido aún una reforma legal.

(73) Al respecto, nos parece erróneo el planteamiento de la Ley catalana de uniones estables de 1998, cuyo artículo 11 establece, con carácter general, la necesidad de consentimiento del otro conviviente cuando el titular pretenda enajenar o gravar la vivienda de uso común de la pareja. A nuestro juicio, habida cuenta que estas uniones no constan en ningún registro de acceso público, supone una grave desprotección de los terceros de buena fe la posibilidad que la ley concede de anular el acto de enajenación si no consintió el conviviente no titular.

Ahora bien, esa falta de consideración social no debe llegar al extremo de mantener totalmente al margen del Derecho a estas uniones, ya que es indudable que las mismas producen de hecho algunos efectos jurídicos a pesar de su rechazo social (74). Por tanto, creemos que el futuro legislador estatal, aunque pueda tener la convicción de que nos encontramos ante uniones socialmente reprobables, podría, si lo estima oportuno, e incluso debería, dar una mínima regulación a esas uniones anómalas, básicamente en la línea de lo antes señalado respecto a las situaciones de crisis o ruptura de la pareja. Al tratarse de conflictos típicos de intereses, comunes a cualquier clase de pareja más o menos estable, no debe haber inconveniente en extender esas medidas legales (sobre asignación de vivienda, etc...) también a las uniones anómalas o no «familiares», en tanto en cuanto respondan a una situación de estable convivencia previa que justifique la aplicación de dichas reglas. La alternativa a esta regulación mínima o básica sería la no regulación, con la consecuencia de tener que acudir a la reclamación judicial. Cuando así suceda, es probable que la autoridad judicial, en un número considerable de casos —y si no hay por medio algún tipo de animadversión personal o ideológica a esta clase de parejas—, acabe recurriendo a las reglas ya previstas en la ley para el matrimonio y las parejas «legalizadas» (75).

Por lo demás, nada impide que en el futuro —y puede que no sea muy lejano— las uniones anómalas, al menos algunas de ellas, tengan aceptación social, y el legislador se vea en la tesitura de aplicarles el mismo régimen que a las otras ya reconocidas y reguladas. Téngase en cuenta que el principio de «libre opción» y de respeto al «libre desarrollo» individual están tan asentados en la sociedad, que pueden conducir a un reconocimiento de estas otras uniones.

(74) Así lo ha entendido algún autor, como GAVIDIA, *ob. cit.*, pág. 210 y sigs., quien, aparte de negar su consideración como «familia», las considera productoras de ciertos efectos jurídicos, aunque no especifica cuáles.

Del mismo modo, O'CALLAGHAN, *ob. cit.*, pág. 21, refiriéndose a las uniones entre parientes de cualquier grado, señala que el derecho no puede ignorar posibles efectos jurídicos en ellas, y destaca entre otros los de la tutela de los hijos nacidos de esa unión prohibida o el posible perjuicio de uno de ellos por el abandono de parte del otro (lo que parece remitir a las reglas sobre pensión compensatoria o sobre enriquecimiento sin causa).

(75) PÉREZ UREÑA, *Uniones de hecho: estudio práctico de sus efectos civiles*. Madrid, 2001, pág. 21, nos da cuenta, por ejemplo, de una sentencia de 31 de mayo de 1999, de la Audiencia Provincial de León, que sin embargo, en un caso de convivencia de dos primos hermanos, uno de ellos de avanzada edad, niega la consideración de convivencia *more uxorio* a esa situación. Aun cuando no se trata de un supuesto de hipotética unión ilícita, pues eran primos hermanos, la sentencia plantea el tema de lo ilógico de rechazar la aplicación de reglas o principios (legales o jurisprudenciales) a determinadas uniones que pueden ser anómalas o marginales, por lo que supone de dejar sin una respuesta jurídica a situaciones conflictivas que se pueden presentar en cualquier momento ante los Tribunales.

Un tipo de pareja que merecería un tratamiento específico es el de las uniones en que uno de sus miembros se encuentre todavía unido con tercero por un vínculo matrimonial preexistente, y no disuelto o anulado. Es difícil considerar como anómala y no merecedora de cierta tutela a esta clase de unión, excepción hecha de las situaciones excepcionales (delictivas) de multiplicidad de matrimonios (y uniones) a la vez (76). En muchos de estos casos, suele haber simplemente una imposibilidad temporal de contraer matrimonio, y es probable que ni siquiera socialmente se consideren como núcleos familiares moralmente reprobables.

Es cierto, no obstante, que estas situaciones generan inseguridad jurídica, en cuanto la pervivencia formal del vínculo matrimonial puede provocar problemas en las relaciones con terceros. En esta línea, tanto las leyes autonómicas sobre parejas o uniones como las leyes de algunos países europeos, v.gr., Francia, establecen cortapisas al reconocimiento y tutela jurídica de las uniones en que alguno de sus miembros se encuentre todavía casado. En realidad, es más bien un problema de que esa unión va a pasar a constar en un registro público, el cual publicará unos datos contradictorios con éste o con otro registro público, y por eso trata de evitar la posible confusión e inseguridad subsiguiente. Pero ello no debería ser obstáculo para el otorgamiento de determinados efectos jurídicos a estas uniones, al margen de las consecuencias derivadas de una imposible inscripción registral, por entender que estamos ante un tipo de pareja socialmente reproducible. Máxime en aquellos ordenamientos como el nuestro, donde el divorcio es una medida que se consigue frecuentemente con dificultades, al exigirse legalmente plazos de tiempo considerables desde el cese de la convivencia, sin olvidar las posibles trabas de un cónyuge que se opone al divorcio y de unos jueces y Tribunales que pueden demorarse demasiado en dictar sentencia.

En particular, la cuestión sucesoria en esta clase de parejas (uniones con al menos uno de los miembros todavía unido matrimonialmente con tercero) constituye un problema práctico singular al que el legislador podría darle una respuesta, en el caso de que ese conviviente casado fallezca antes de obtener el divorcio, y se abra su sucesión hereditaria. La solución debería pasar por que su pareja actual tenga derecho sucesorio (al menos intestado), excluyendo la facultad de suceder del cónyuge formal, en tanto quedase constancia de que la convivencia entre ellos cesó por haber iniciado el fallecido una nueva estable y duradera con aquella otra persona. Esa sería además la ocasión para solventar de una vez por todas el problema suscitado por la descoordinación entre los artículos 834 y 945 del Código Civil, y la posible nulidad de testamento no modificado en el que se designa

(76) Vid. al respecto GAVIDIA, «La libertad de elección entre el matrimonio y la unión libre», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 12, 1998, pág. 124.

heredero al cónyuge pero a la muerte del causante existe separación de hecho entre los casados.

7. UNIONES EXTRAMATRIMONIALES Y REGISTROS DE UNIONES O PAREJAS DE HECHO

Lo expuesto en las páginas precedentes nos puede ayudar a enfocar una adecuada regulación de los Registros —actuales o futuros— de uniones o parejas de hecho, así como a entender los aciertos y desaciertos de la vigente normativa autonómica en la materia.

En relación a esto último, debe partirse de que la generalidad de las leyes autonómicas sobre parejas o uniones de hecho o uniones estables se ha servido de los referidos Registros públicos (administrativos siempre) como instrumento esencial de su política sobre las citadas situaciones familiares. No cabe duda de que, salvo alguna rara excepción, los Registros de parejas de hecho se están utilizando como elemento clave para la protección —que es al fin y a la postre la finalidad última de los legisladores autonómicos— de estas situaciones fáctico-jurídicas hasta ahora no reguladas.

Hay, sin embargo, una relativa inercia de dichos legisladores sobre la manera adecuada de recurrir a estos registros, y sobre el alcance que tienen o deben tener los mismos; inercia que seguramente procede de la expansión, en los años noventa, de los registros municipales (a veces, también autonómicos) de parejas, que surgieron más bien como un pretendido remedio de urgencia para acreditar la existencia de las uniones extramatrimoniales, pero que hoy han perdido todo su sentido, a la vista de una regulación legal autonómica claramente proteccionista y de mucho mayor calado en cuanto a los efectos pretendidos.

Hay otro dato especialmente relevante que no puede perderse de vista en el tratamiento por estas leyes autonómicas de los Registros de parejas no casadas, y que se ha puesto de manifiesto en los últimos años: nos referimos a la preocupación de esos legisladores por proteger singularmente a las parejas homosexuales y dotarlas de un estatus similar al matrimonial. Efecto directo de esta tendencia ha sido una regulación de los registros de uniones extramatrimoniales volcada hacia esta clase de parejas, para acercar al máximo su posición jurídica a la de los matrimonios (pero sin hacer distinciones entre parejas homo y heterosexuales, ni siquiera en su acceso al Registro) (77). En muy buena medi-

(77) La práctica en los territorios donde ya existe regulación legal de las parejas extramatrimoniales y un registro autonómico desplegado, está demostrando lo contrario de lo que originariamente se pensaba, a saber, que es considerablemente mayor el número de parejas heterosexuales que se están inscribiendo en los Registros creados a tal fin. Ello no

da, todas las exigencias autonómicas sobre las condiciones de estabilidad y publicidad de la pareja, sobre los impedimentos legales para conformar parejas protegibles, así como el carácter constitutivo —muchas veces— de la inscripción, con incorporación de manifestaciones de ambos convivientes realizadas a la vez y en unidad de acto ante el encargado de dichos registros, están pensadas para las parejas homosexuales, antes que para las heterosexuales, a las que sin embargo, y de manera incorrecta, se meten en ese mismo saco, con efectos muy perniciosos. Pensando en concreto en las homosexuales, y sin perjuicio de lo que luego se dirá, se olvidan estos legisladores que un requisito tan fuerte como la inscripción constitutiva no lo exige el Código Civil ni siquiera a los matrimonios, en los que claramente se afirma que el matrimonio existe desde su celebración, y sólo es relevante la constancia registral para muy concretos efectos (eficacia frente a terceros, y poco más) (78).

A estos efectos, parece obvio que nuestro legislador debería haber separado tajantemente a unas y otras parejas (homo y heterosexuales). A las primeras, las homosexuales, debería en el futuro disponerse, por parte del legislador estatal, la posibilidad de celebrar un «matrimonio», o negocio familiar similar (con otra denominación si se quiere), de contenido obligacional típico, con las mismas obligaciones o deberes de los artículos 66 y siguientes del Código Civil, que fuese de inscripción obligatoria (como el matrimonio), en el Registro Civil (o en otro registro de efectos civiles similares), pero en el que la celebración del negocio se hiciese ante fedatario público, y sin que tuviese carácter constitutivo la inscripción misma. Esto es en buena medida lo que ha sucedido en los países europeos, en los que la regulación legal se ha limitado a esta clase de parejas, y a la creación de un Registro de estas características.

En cambio, respecto a las parejas heterosexuales, dado que tienen la posibilidad de elegir libremente entre el matrimonio y la unión no matrimonial (con todas sus infinitas posibilidades), el legislador, si opta por un tratamiento legal, que es lo primero que ha de decidirse (79), debe regular determinados efectos

sólo es un efecto de la mayor proporción de estas uniones en nuestra sociedad; es también, a nuestro juicio, una consecuencia de la inexactitud de esa clásica afirmación de que los convivientes de hecho no quieren el Derecho (y por eso éste no debe venir a auxiliarles). Para nosotros, un porcentaje muy considerable de parejas heterosexuales sí «quieren el Derecho», sí quieren regulación y protección legal, en determinados aspectos (no sólo de índole jurídico-pública, sino también privada), y por eso se acercan a los Registros.

(78) Sobre el valor real de la no inscripción de matrimonio, y su limitada repercusión frente a terceros (exceptuando a aquellos que hubiesen contratado de buena fe en relación a algún bien de titularidad de uno de los contrayentes, v.gr., la futura vivienda familiar). véanse los distintos comentarios al artículo 61 del Código Civil. A título de ejemplo, DIEZ DEL CORRAL RIVAS, J., en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, tomo I, Madrid, 1991, págs. 300-302.

(79) Como se ha podido comprobar a lo largo de este trabajo, nosotros somos partidarios de que el legislador estatal elabore esa regulación, aunque seguramente de mínimos.

de esas parejas —de aquéllas que reúnan unas condiciones mínimas como pareja, básicamente una cierta estabilidad—, dejándoles la posibilidad de optar voluntariamente por dar acceso al Registro (Civil u otro similar) la existencia de esa unión y sus pactos de orden económico, cuando se tenga la previsión de que la pareja responda externamente de las deudas o cargas típicamente familiares. Ahora bien, desde el momento en que se admita un matrimonio de homosexuales, o negocio familiar asimilado, estas mismas ideas expuestas para las parejas heterosexuales, deben también valer para aquellas uniones homosexuales en las se haya elegido, en ejercicio de la misma libertad de opción que hoy día tienen las heterosexuales, una vía alternativa al negocio formal matrimonial. (Por tanto, cuando en adelante hablemos de parejas heterosexuales, deben incluirse también en esas referencias a las uniones homosexuales que no quieran optar por el vínculo formal y uniforme, siempre que, además, gocen de cierta estabilidad en su convivencia.)

No obstante, las anteriores afirmaciones requieren un desarrollo más minucioso, y un análisis pormenorizado de las distintas opciones existentes. Pensando sobre todo en una futura regulación estatal en la materia, debemos buscar el enfoque correcto y construir desde el principio y por su base el edificio registral que razonablemente se debería adoptar. Para ello, empezaremos planteando las distintas alternativas posibles de registros de parejas de hecho o uniones estables no matrimoniales, eligiendo la alternativa o alternativas que consideramos más coherente en atención a los fines perseguidos y los principios constitucionales y legales reguladores de la materia.

7.1. LA COMPETENCIA ESTATAL SOBRE REGISTROS PÚBLICOS: REGISTROS CIVILES O CON «EFICACIA CIVIL»

Antes de entrar en estas cuestiones, debe partirse de *la cuestión competencial en materia registral*: los Registros Públicos, se entiende que con eficacia civil, son competencia exclusiva del Estado, conforme al artículo 149.1.8.º de la Constitución, y por tanto, sólo son constitucionalmente admisibles registros (de parejas de hecho) de índole administrativa y con efectos estrictamente administrativos (80).

(80) No vamos a entrar aquí en la cuestión de la constitucionalidad o no de las leyes autonómicas sobre uniones o parejas, por atentar hipotéticamente a la competencia estatal sobre «formas de matrimonio» del artículo 149.1.8.º CE. Sobre el tema, RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M. E., *La legislación autonómica sobre uniones de hecho*, Valencia, 2003, pág. 48 y sigs., quien considera contrarias a la Constitución estas leyes en tanto en ellas se ha pretendido crear una nueva forma o tipo de matrimonio, lo cual entra dentro de la antes citada competencia estatal. A nuestro juicio, no es inconstitucional, sin embargo, una ley autonómica que pretenda la creación y regulación de uno o varios tipos de negocios

No es nada sencillo tratar de aclarar a qué se refiere el legislador constituyente cuando atribuye al Estado en exclusiva la competencia sobre «Registros Públicos». Prescindiendo de los Registros que conciernen a derechos reales o a determinadas relaciones contractuales (v.gr., Registros de ventas de bienes muebles a plazos o Registros de Condiciones Generales), y centrándonos en los Registros que afectan a las personas y a su estado personal, parece claro que el legislador no se limita a dar cobertura estatal a un único modelo de institución registral, sino que da vía libre a cualquier posible configuración del mismo y de sus efectos. Lo único que implícitamente ordena es que se trate de Registros que tengan eficacia, mayor o menor, pero de índole «civil», por lo que, si tuviera otro tipo de efectos, por ejemplo «administrativos», podría perfectamente chocar con una hipotética legislación autonómica, siendo ésta prevalente en tanto se tratase de desarrollar aspectos competenciales propios de la respectiva Comunidad Autónoma.

La cuestión reside en delimitar qué sean «efectos civiles», y qué «efectos administrativos», o de otra clase. Parece que la eficacia civil concierne, cualquiera que sea su configuración concreta, a la asignación de un determinado valor de lo publicado en las relaciones entre particulares afectados, esto es, cuando del asiento practicado en el registro que se cree deriven consecuencias nuevas para relaciones privadas, en comparación con las que tendría si se hubiese inscrito. Claro está, estas consecuencias adicionales pueden ser de muy vanada índole (presunción de veracidad de lo inscrito, *erga omnes* o frente a determinados sujetos, presunción de convivencia, eficacia de la unión a efectos de determinar las responsabilidades *ad extra* de la pareja...), por lo que la existencia en la ley de algún mandato en este sentido, automáticamente implicará «efectos civiles» y por tanto la automática atracción de esa materia al ámbito de la competencia estatal.

Es muy probable también que para que exista esa eficacia civil, sea imprescindible la previsión legal de un acceso más o menos amplio —pero siempre necesario— de terceros ajenos al acto o negocio inscrito. Difícilmente se puede conciliar un Registro con efectos civiles sin que esos mismos efectos trasciendan al exterior, y por tanto sin que «el exterior», es decir, los terceros que se verán afectados, no puedan conocer en mayor o menor medida lo inscrito.

Por otra parte, y como en cierto modo ya se ha indicado, no hay razón para que esos efectos registrales no puedan configurarse libremente de una u otra manera, con mayor o menor alcance en cuanto a la eficacia de lo publicado. Así, si se da un repaso a los distintos modelos de eficacia civil de los diferentes Registros existentes (incluyendo a los que, siendo civiles, no con-

jurídicos familiares nuevos, inexistentes hasta ahora (la duda es su tipificación social y las mayores o menores similitudes con el matrimonio).

ciernen a aspectos personales), en nuestro país y fuera de él, se pueden obtener distintas opciones en cuanto a eficacia. Los hay que simplemente dan a lo inscrito el valor de un medio privilegiado de prueba, sin excluir otros al margen del Registro; los hay que recogen materialmente el documento en el que se constata el acto o negocio, y los que seleccionan del mismo aquello que concierne a la materia objeto de ese Registro, prescindiendo del resto; los hay que han dan valor de presunción *iuris tantum* a lo publicado, y los que atribuyen, en determinadas circunstancias y con concretas condiciones, el carácter de verdad inamovable a lo inscrito, incluso aunque no coincida con la realidad extrarregistral, etc.

De toda esta exposición, se deduce, en consecuencia, que será de competencia estatal, y no podrá por tanto ser desarrollado por una ley autonómica, cualquier registro que establezca un valor concreto a lo publicado por él en las relaciones entre particulares. Esto es, cuando su finalidad es servir de instrumento para la mejor acreditación de hechos o manifestaciones de voluntad, o bien actuar como presupuesto —junto a otros— para la creación de un nuevo estatus civil, con la obtención de nuevos derechos y obligaciones para quien o quienes inscriben, entonces estaremos ante uno de esos registros de que trata el artículo 149.1.8.º CE y que son de competencia exclusiva del Estado.

Dicho lo anterior, una primera consideración debe hacerse, y es que se debe poner en tela de juicio la conformidad constitucional de muchos preceptos legales autonómicos, tanto de CC.AA. con competencia civil como algunos de Comunidades sin tradición foral, que dotan a estos registros de efectos auténticamente civiles (81). Como ha sido puesto de manifiesto recientemente (82), en casi todos los registros creados por las diversas Autonomías la inscripción registral forma parte del proceso de constitución de las parejas o uniones extramatrimoniales, por lo que automáticamente debemos catalogar estos registros como «civiles» o de efectos civiles, y por tanto inconstitucionales por atentar a la antes citada competencia estatal exclusiva.

En cambio, será perfectamente acorde con la Constitución una ley autonómica que regule determinados Registros de uniones o parejas pero limitando sus efectos a lo puramente administrativo o de orden jurídico-público (funcionarioal, asistencial, sanitario, etc.). Aunque, junto a estos efectos, se

(81) Ejemplo palmario de lo que decimos es la Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid, cuya regulación dispone la obligatoriedad, para obtener los efectos y beneficios previstos en ella, de la inscripción con carácter constitutivo en el Registro de Uniones de Hecho. Esa inscripción, una vez practicada, conlleva evidentes efectos civiles, v.gr., los previstos en el artículo 4.2, 3 y 4 de la citada Ley (licitud de pactar compensaciones económicas, presunción de contribución equitativa a las cargas familiares...).

(82) RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, *La legislación autonómica...*, cit., pág. 53 y sigs.

prevean otros de índole civil, su constitucionalidad estará garantizada, sólo que limitada a aquella parcela. Pero lo que no se puede descartar es que la constancia de datos o declaraciones en un registro puramente administrativo no pueda tener —sin que ello provoque su inconstitucionalidad— un cierto valor «civil», en el siguiente sentido: como valor de documento público, si se hizo ante funcionario o fedatario público, o a lo sumo como documento privado presentado ante funcionario encargado de un Registro Público, en los términos previstos en el artículo 1.227 del Código Civil (83).

Puede ser, sin embargo, dudoso constitucionalmente hablando el supuesto en que una ley autonómica ordene la creación de registros, con efectos administrativos únicamente, pero con alcance a otras Administraciones distintas (local, institucional...), es decir, no restringidos a la propia Administración autonómica, al poder invadir competencias propias (84).

Aún más grave es la distorsión que ha producido esa competencia exclusiva del Estado sobre los Registros públicos —con efectos civiles, se entiende—, en este tema de las uniones extramatrimoniales. De tal modo que la inexistente regulación estatal de dichas uniones, en la que por lógica debería haberse hecho alguna previsión sobre su posible constancia registral, ha forzado a las Comunidades Autónomas a crear registros administrativos para de algún modo suplir esa carencia y dar alguna alternativa probatoria o de seguridad a los integrantes de esas uniones. Lo más razonable hubiera sido que el legislador estatal hubiera ejercitado su opción concreta sobre el acceso o no a alguna suerte de registro, o al Registro Civil, y sobre el tipo de publicidad de dichas uniones y de eficacia de sus correspondientes inscripciones.

7.2. REGISTROS DE HECHOS o REGISTROS DE DECLARACIONES. LA EFICACIA

DE LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL COMO MEDIO DE ACREDITACIÓN

DE LA CONVIVENCIA

Parece que el punto de arranque preferible en el análisis de la posible configuración de los Registros sobre uniones extramatrimoniales debe ser

(83) Esta idea la sostiene también CORDERO CUTILLAS, I., «Algunas precisiones en torno a la regulación de las uniones de hecho en las Leyes de Valencia, Madrid y Principado de Asturias», en *AC*, núm. 47-48, 16 a 29 de diciembre de 2002, pág. 1427.

En contra de aplicar el artículo 1.227 del Código Civil y dar valor de documento auténtico a las inscripciones de uniones practicadas en los registros administrativos, ALONSO HERREROS, D., «Algunas consideraciones sobre los registros de uniones civiles de hecho», en *Revista de Derecho Privado*, marzo 2002, pág. 237.

(84) VALPUESTA, *ob. cit.*, pág. 64, en relación a los antiguos Registros de Parejas de los Ayuntamientos y los ulteriores de las Comunidades Autónomas, parece indicar la necesidad de ceñir su eficacia a su propio ámbito de competencias, sin extralimitarse a otras posibles Administraciones Públicas y mucho menos a su posible eficacia civil.

éste, a saber: si es más razonable adoptar un Registro donde se contengan «hechos», básicamente la convivencia de los unidos extramaritalmente (su nacimiento, su duración, su estado actual, sus modificaciones...), o un Registro referido a «declaraciones», esto es, manifestaciones de los convivientes acerca de su voluntad de convivir y crear una unión familiar o de otra índole.

Debe tenerse en cuenta que, originariamente, cuando se crearon los diversos registros municipales sobre parejas, el objetivo que se perseguía —en parte, aún no ha dejado de serlo— era lograr un medio de prueba o acreditación, ante las correspondientes instancias, de un estado de hecho similar al matrimonial. De ahí que fuesen concebidos como registros «de hechos», de situaciones fácticas, y ahí mismo radicaba su debilidad: no se puede acreditar un hecho a través de un documento (un certificado registral) que a lo sumo contenía una «declaración» (declaración de dos sujetos, en un momento determinado y ante una concreta autoridad). La declaración realizada por los miembros de la unión, y la subsiguiente constancia en esos registros de la misma, no es el medio probatorio adecuado para una situación prolongada en el tiempo como es la convivencia extramatrimonial.

En buena medida, el problema sigue persistiendo con los actuales Registros de uniones o parejas de hecho, creados por las Comunidades Autónomas y regulados en las recientes leyes sobre la materia. El objetivo sigue siendo, en principio, demostrar una situación fáctica, prolongada además en el tiempo, y el modo de hacerlo es a través de una manifestación —con o sin acto público de celebración, según los casos— ante el funcionario encargado de los registros de uniones o parejas de hecho, quien luego la inscribe en ellos con fines básicamente probatorios. Pero los inconvenientes siguen siendo en esencia los mismos: no se puede probar o acreditar una situación persistente en el tiempo sobre la base de una declaración de querer vivir de forma duradera emitida en un momento concreto —se supone que al comienzo de la unión—. Y ese obstáculo no se salva ni siquiera en aquellos casos en que consten en dicho Registro más de un acto jurídico (v.gr., un ulterior acto de regulación de aspectos económicos o uno posterior de modificación de los mismos), o más de una manifestación de convivencia (si es que ello es posible, lo que en principio no parece viable tal como aparecen configurados los registros autonómicos de uniones o parejas); por cuanto esas declaraciones o expresiones no demostrarán por sí solas la real y efectiva convivencia antes, durante o después de las mismas (85).

(85) En un Registro de estas características, no puede mantenerse una presunción de convivencia ni siquiera en el tiempo que medie de uno a otro asiento registral. Cuestión diferente, como se verá a continuación, es que el Registro pueda ser configurado como de declaraciones (y exista voluntad del legislador de dar realce a esas declaraciones, del tipo que sean, una vez cumplidas ciertas formalidades, por razones de seguridad jurídica).

Ninguna de las leyes autonómicas promulgadas hasta la fecha acompaña o complementa esa declaración con un sistema de revisión periódica, a cargo de esos o de otros funcionarios públicos (por ejemplo, policía municipal), de la continuidad de la relación fáctica de convivencia, como sería lo lógico si de un verdadero registro de hechos o situaciones fácticas se tratase. Tampoco existe una obligación periódica de los convivientes de reiterar su voluntad de seguir la convivencia; ni tampoco la incorporación de otros datos, como por ejemplo el padrón municipal de los años sucesivos, como medio de asegurar la continuidad de la declaración originaria.

Como puede suponerse, pues, a la vista de estos datos, nuestra valoración sobre ese esquema configurador del Registro de uniones de hecho es muy crítica, dado que no sirve en modo alguno para dar respuesta a la teórica finalidad perseguida, esto es, la prueba de un estado de hecho duradero en el tiempo, como es la convivencia (con las características previstas en las leyes: ininterrumpida, estable, pública...). Los motivos de rechazo son de dos órdenes: por un lado, por la consideración básica de que los hechos no pueden demostrarse mediante declaraciones o manifestaciones (86); por otro, por cuanto una declaración conjunta, aunque pudiera ser de utilidad para demostrar el hecho de la convivencia (*rectius*: la voluntad de convivencia, no la convivencia misma), es en todo caso insuficiente para acreditar la estabilidad y continuidad exigida por esas leyes.

No obstante, dado que la normativa autonómica promulgada hasta la fecha prevé también una serie de beneficios de índole pública o administrativa a las parejas que se constituyan conforme a dichas leyes y además se inscriban en los correspondientes registros, debe reconocerse que la vigencia actual del asiento registral constitutivo de la pareja debe acarrear como consecuencia jurídica la obtención de los citados beneficios jurídico-públicos. Parece difícilmente revocable por la propia Administración que ha engendrado esa Ley y ese registro, un asiento registral practicado cumpliendo todas las exigencias previstas en la misma ley: el hecho de que no existan mecanismos de control ulterior de la vigencia de la unión sólo puede ser achacado a un defecto del legislador, sin que se pueda cargar el mismo precisamente sobre quien ha cumplido las exigencias legales, aun cuando éstas puedan haber sido adoptadas con cierta finalidad llamémosla «fraudulenta» (por falta de convivencia posterior). La potestad de la Administración para denegar los beneficios que ella misma ha concebido no es discrecional, sino que debe ceñirse a la falta de concurrencia de las condiciones o presupuestos legales.

Indudablemente, estas consideraciones están particularmente referidas a aquellas leyes (autonómicas, de momento) autodenominadas de «parejas de hecho» o de «uniones de hecho». De conformidad con su denominación, el

(86) En esta misma dirección, VALPUESTA, *oh. cit.*, pág. 64.

fin teórico de las mismas sería la regulación de un hecho o situación fáctica, lo cual tiene poco que ver con los actos de manifestación de la voluntad de convivir que los convivientes han de realizar ante los encargados de los respectivos registros. No entramos de momento en las consecuencias derivadas de aquellas leyes autonómicas que, junto a ello, prevén que la certificación registral sea la única forma de acreditar la unión, o se prevean además de ella otros medios probatorios.

La cuestión se torna más compleja en aquellas leyes autonómicas cuya denominación no incluye la expresión «parejas de hecho» o «uniones de hecho», sino la de «parejas estables», o similar. En estos casos, hay que preguntarse si la finalidad reguladora es la de dar tratamiento jurídico a una situación fáctica, o si más bien se trata de una suerte de nuevo «negocio jurídico familiar». Es bastante probable que la finalidad sea esta última, aunque sin demasiada seguridad de que ésa haya sido la verdadera intención del respectivo legislador. Así parece sostenerlo algún autor (87).

Obviamente, el legislador es absolutamente soberano de establecer, en la manera que estime oportuna, una regulación que autorice y desarrolle un nuevo tipo de negocio jurídico familiar. A este respecto, y con carácter general, desde la opinión expresada hace algunos años por Díez-PICAZO (88), no encontramos inconvenientes serios para la autonomía privada en las relaciones familiares, tanto en relación a la pareja como a los demás miembros del grupo familiar. En este sentido, las declaraciones emitidas, según los casos, ante notario o fedatario público, o sobre todo ante el encargado del registro de Uniones o parejas, vendrían a ser la culminación de todo un proceso de gestación del negocio familiar, dando fe de su nacimiento.

Refiriéndonos en particular a la incorporación de ese acto o negocio a un registro como parte de su proceso constitutivo, son interesantes las palabras recientes de PAU PEDRÓN, quien afirma que un registro de parejas «supone la máxima juridificación» (89), en cuanto ocasiona la institucionalización, elevada a sus máximas cotas, de un negocio en cuyo origen se encuentra la libertad de los sujetos de constituir una alternativa al régimen matrimonial. Esa juridificación debería venir, en principio, acompañada de una normativa que estableciese una regulación uniforme de los contenidos de la nueva situación o relación jurídica familiar, en cuanto a derechos y deberes de sus integrantes y su trascendencia frente a terceros, pues lo contrario conllevaría una enorme inseguridad jurídica sobre el alcance de las relaciones inscritas. Des-

(87) Remitimos a la opinión más arriba expuesta de COCA PAYERAS, *ob. cit.*, pág. 49.

(88) Díez-PICAZO, L., *Familia y Derecho*, Madrid, 1984.

(89) PAU PEDRÓN, A., «El Registro de Uniones de Hecho», dentro del volumen *Tribuna Parlamentaria*, núm. 7: *Normativa autonómica: la Llei 28/2001, de 19 de desembre, de parelles estables*, cit., pág. 286.

graciadamente, prácticamente nada o muy poco dicen las leyes autonómicas sobre este asunto.

En estos casos, ese registro será, lógicamente, *un registro de declaraciones* (o de recepción de documentos fehacientes en los que se contengan declaraciones), no de situaciones fácticas, y entonces sí tendría sentido, mientras se cumpliesen las condiciones anteriores. La constancia registral de la unión, acompañada o no de sus pactos de índole económica, permitiría dar seguridad jurídica a una nueva institución que los particulares podrían libremente crear, pero que tendría un contenido preconfigurado de antemano.

Con este esquema, parece evidente que *un registro de declaraciones sería útil primordialmente respecto de parejas homosexuales*, pues sólo ellas carecen de la posibilidad legal de acceder a la institución matrimonial. A ellas les resultará interesante poder optar libremente por vivir sin vínculo formal, o por declarar su intención de constituir una unión estable, con contenido obligacional específico, y con eficacia frente a terceros. No entramos, sin embargo, en la adecuación o inadecuación a la Constitución, desde el punto de vista de las competencias legislativas, de que hayan sido las Comunidades Autónomas, y no el Estado, las que hayan originado este nuevo negocio familiar, sin duda asimilable al matrimonio, utilizando los registros de parejas como vía o instrumento para constituirlo.

Por lo que concierne ahora a las *parejas heterosexuales*, que siempre tienen la posibilidad de contraer matrimonio y construir entre ellos un vínculo duradero y formal, en principio carece de sentido, a la vista de nuestras ideas expuestas en páginas anteriores, que se les dé la posibilidad de un registro de declaraciones, adonde se lleven las voluntades concordes de los dos integrantes de la pareja dirigidas a constituir una convivencia estable. A esta clase de parejas, les es más útil, pensando en la obtención de beneficios legales tanto de índole jurídico-pública como de naturaleza privada, un registro de hechos, con el cual dotarse de medios probatorios cualificados de su situación de convivencia. Un registro de declaraciones en parejas heterosexuales, partiendo de que carece de sentido para ellas un nuevo negocio familiar distinto del matrimonio, sólo puede tener el alcance de servir para acreditar que dos personas, en un momento dado, tenían la intención de constituir una unión convivencial, con una determinada extensión, pero no que realmente la hayan constituido ni que haya perdurado en el tiempo.

Pero, ¿no podría ser también de algún interés un Registro de declaraciones para las parejas heterosexuales? La respuesta puede ser a nuestro juicio afirmativa, siempre que se den unas determinadas condiciones.

La primera consistiría en que el legislador autorizase abiertamente la celebración de cualquier clase de unión, con las condiciones que libremente estableciesen sus miembros. No tiene lógica crear un registro de declaraciones convivenciales, realizadas por parejas heterosexuales —que siempre pueden

recurrir al matrimonio—, en el que sólo tuviesen cabida unas determinadas y concretas parejas, con unas características preconfiguradas, dejando fuera al resto. Lo normal será entonces exigir a esas parejas, para su inscripción, unas características similares a las de las parejas casadas. Pero aquí estaría justamente su inconveniente, puesto que la lógica impondría a las mismas recurrir al matrimonio, de modo que el valor efectivo de ese registro sería mínimo, salvo en cuanto a la obtención de beneficios jurídico-públicos (pero no se olvide que estamos tratando aquí de registros de parejas *con efectos civiles*). La alternativa razonable sería abrir la puerta a otra clase de parejas, con condiciones de convivencia y características variadas —sería irrelevante el que tuviesen o no la consideración social o aceptación social como «familia», puesto que su relevancia a estos efectos va por otro sitio, como vimos—. Así, se permitiría dotar a estas parejas de unos efectos jurídicos mínimos, susceptibles de ser completados con otros adicionales incorporados por ellos. En suma, lo que se propone es reconocer la existencia de múltiples modalidades de negocios de tipo convivencial, que podrían encontrar acomodo y cierto grado de protección, no sólo por el hecho de su celebración y prueba, sino especialmente por su inscripción en un Registro *ad hoc*.

La pregunta sería: ¿para qué querrían tener acceso al Registro de parejas esas otras uniones de vanadas características? La respuesta es clara: para poder gozar de una tutela que hoy se les niega legalmente (aunque cada vez menos por vía jurisprudencial). Tutela en el sentido de permitirles obtener una posición similar a la de los matrimonios, sobre todo en un aspecto, el de la presunción de exactitud de lo publicado. No hay razón para dotar a los matrimonios, que son en lo esencial contratos, de una presunción de veracidad y exactitud de lo publicado, por el hecho de estar inscritos en el Registro Civil, y negárselo a otros modelos de contratos convivenciales, en los que las partes pueden tener la misma seriedad y compromiso de convivencia (con las características acordadas en cada caso), y además decidan llevarlos a un Registro público de efectos civiles.

De esa presunción de certeza y veracidad se derivaría razonablemente, ahora sí, *la presunción de convivencia* (recordar que estamos tratando de registros —estatales— con efectos civiles), presunción durante todo el tiempo en que las partes hubiesen acordado su vida en común, tal como ocurre en el matrimonio. Entendemos que, siempre y cuando resulte fehacientemente acreditado, con las suficientes garantías o formalidades por razones de seguridad jurídica, el convenio o contrato convivencial, y se decida llevarlo al Registro correspondiente (90), no debe haber inconveniente en dotarlo de la misma

(90) La duda seguramente mayor de esta solución de dar entrada en el Registro a toda una serie de pactos creadores de uniones convivenciales radicaría en conocer las posibles razones que impulsarían a una pareja, que explícitamente ha querido quedar al

presunción de convivencia —en los términos pactados— de que goza el contrato matrimonial (art. 69 del Código Civil) (91).

Claro que, por derivación de esa idea, habría también que resolver que, si se opta por un registro de acceso público o general para cualquier sujeto interesado, como ahora veremos es lo razonable, la publicidad de lo inscrito en esos registros debería concretarse en una eficacia frente a terceros (contratantes, acreedores...) de los datos inscritos. Pues bien, si partimos además de un registro de acceso voluntario de estas uniones, tal como venimos propugnando para las parejas heterosexuales, la decisión de acudir al Registro de parejas, al ser fruto de una voluntad clara de los miembros de esa unión de dar valor y trascendencia externa a su unión (haciéndola eficaz frente a terceros desde el punto de vista de la responsabilidad por deudas, por ejemplo), debería suponer el efecto automático de ser eficaz *erga omnes* lo publicado en él. Es más, en esa eficacia externa de la unión inscrita, no sólo habría que otorgar trascendencia externa a los pactos económicos celebrados entre sí por los miembros de la pareja, sino que incluso habría que propugnar un criterio legal de *responsabilidad externa de los patrimonios de ambos convivientes* (vía responsabilidad solidaria o responsabilidad subsidiaria) por los actos o contratos celebrados por cada uno de sus integrantes en tanto correspondan a la cobertura de necesidades ordinarias de la pareja, cuando no hubiese pacto al efecto. Este sería como una suerte de efecto añadido «impuesto» por la ley, para aquellos que así hubiesen decidido la entrada en el Registro, en suma, una suerte de régimen económico primario pero de alcance más reducido al

margen de la unión formal matrimonial, a acudir a ese Registro para dar luz pública a su unión. A nuestro juicio, pueden ser de diverso tipo. Una primera, y muy importante, sería la de obtener esa presunción de convivencia, durante todo el tiempo de vigencia de ese asiento, que tan difícil es conseguir por otros medios, o por los actuales registros de uniones o parejas. Con ella, y partiendo de una legislación donde se tutele a toda clase de parejas o uniones de hecho en aspectos diversos, por ejemplo, los sucesorios o los arrendaticios, se encontraría una vía fácil y sencilla para salvar el principal escollo de este tipo de asuntos, la prueba de la convivencia con la que obtener un tratamiento jurídico-civil beneficioso (derecho a suceder intestadamente o al reconocimiento de legítima, si lo hubiera; derecho a suceder en el arrendamiento, etc.). Una segunda imaginable, aunque de efectos diferentes, sería la de dar publicidad a los terceros de un posible régimen económico de la unión, que hasta la fecha prácticamente no aseguran los actuales registros autonómicos (a lo más que se llega es a hacer responsable subsidiario o solidario al patrimonio del conviviente que no contrató con el tercero, lo que en realidad es una suerte de régimen primario muy simplificado, además de criticable, como ya se vio).

(91) La cuestión puede ser especialmente relevante también para supuestos como la aplicación a las uniones extramatrimoniales de la presunción de paternidad de los hijos nacidos durante la unión. La constancia registral de la pareja, adoptada por iniciativa común de los convivientes, les puede permitir a éstos jugar con su presunción de convivencia a estos efectos de presumir la filiación (que sería «no matrimonial», lógicamente) sin tener que proceder a ninguna clase de expediente *ad hoc* ante el Encargado de Registro, o de reconocimiento de filiación.

matrimonial (92). Nada más lógico y sensato que dar ese nuevo paso, cumpliendo de ese modo un objetivo de seguridad jurídica altamente loable: quienes en el futuro contraten con el miembro de una pareja no casada han de pedir información al propio sujeto contratante (el conviviente) sobre las posibles responsabilidades propias y del otro miembro de la unión en ese ámbito de la contratación, o recurrir al Registro de parejas (que podría ser una sección del propio Registro Civil) para saber con exactitud qué tipo de unión existe y qué suerte de responsabilidades externas se han asumido o deben subsidiariamente asumirse.

Resumiendo las condiciones de ese hipotético registro de declaraciones para parejas heterosexuales, el legislador debería: *a)* dar libertad para hacer llevar su declaración al Registro en cualquier momento de la unión; *b)* prever en la ley, sin que las partes tengan que manifestarlo de forma expresa, que la constancia registral implica una eficacia *ad extra* y un compromiso de responsabilidad frente a terceros; *c)* que estos terceros tengan la posibilidad de acceder a los datos del Registro; *d)* admitir cualquier tipo de unión, sea cual sea su alcance y el contenido de obligaciones, pues lo contrario supondría una ilógica discriminación: en las parejas heterosexuales, no hay necesidad de asimilación a la pareja matrimonial, sino sólo de dar cauce a una aspiración de esa unión heterosexual de ser conocida externamente y ser relevante frente a terceros, y de dotarla de determinados efectos genéricos asimilados a los matrimoniales (v.gr., presunción de exactitud del acuerdo, presunción de convivencia durante el tiempo pactado, presunción de paternidad derivada de esta última presunción).

Prescindir de esta vía de acceso a las parejas heterosexuales, supondrá dejar sin solución multitud de problemas que se presentan —la jurisprudencia nos los pone de manifiesto a diario— y que seguirán presentándose aunque se produzca una regulación estatal en unos términos similares a los establecidos en las leyes autonómicas ya promulgadas. Por supuesto, el Registro de uniones extramatrimoniales y las facilidades para su acceso, no solucionarán

(92) El hecho de tomar la decisión de acudir al Registro e inscribir en él un posible pacto de contenido económico, en el que se prevea la forma de hacer frente a las cargas de la unión, conlleva, a nuestro juicio, una voluntad de dar publicidad externa a unos aspectos que podían haber permanecido ocultos a los terceros (al modo en que, por ejemplo, ocurre en las sociedades civiles internas o sin personalidad: art. 1.669 del Código Civil). De ahí el que sea razonable establecer la presunción adicional de que esa inscripción del pacto económico supone el compromiso frente a los terceros de responder en la forma en que así se hubiese acordado entre los convivientes, aunque el tercero sólo contratase con uno sólo de ellos.

Aquí sucedería algo muy similar a lo que sucede en el matrimonio, cuando el régimen vigente entre los cónyuges es el de separación de bienes: en éste, aun habiendo una radical incomunicación de los patrimonios, siempre existe esa vinculación de los dos patrimonios a los gastos ordinarios de la familia (art. 1.319 del Código Civil).

todos los problemas, ya que siempre quedarán un grupo considerable de uniones heterosexuales que ni siquiera tengan interés en iniciar un procedimiento de inscripción registral. Para ellas, debería haber, como ya se señaló más arriba, unas reglas legales mínimas que, sobre la base de la acreditación por cualquier medio de la existencia de una convivencia más o menos estable (y de un pacto para la misma), les solucionen al menos los problemas básicos derivados de crisis de la pareja, ruptura o disolución por fallecimiento.

7.3. INSCRIPCIONES DECLARATIVAS o CONSTITUTIVAS

Como es sabido, muchas de las leyes autonómicas han dispuesto el carácter constitutivo de la inscripción en los Registros de parejas o uniones, de modo que no existirá como tal esa unión, ni gozará de las medidas legales propias de ellas, si no ha alcanzado su constancia registral. El Registro es, pues, una fase más —la última— en el proceso de constitución de la unión. Esta estructura es seguida, con más o menos alteraciones, por las leyes de Valencia, Islas Baleares o Madrid.

Desde el punto de vista constitucional, parece difícilmente admisible la constitucionalidad de estos registros autonómicos con inscripciones constitutivas. Al menos por lo que concierne a los efectos de índole civil o procesal. No obsta, sin embargo, a que sean constitutivas las inscripciones de las parejas cuando de obtener beneficios jurídico-públicos se trata.

Es más, no es descartable que todas estas leyes autonómicas que establecen la inscripción constitutiva de las uniones —fíjese bien, tanto homosexuales como heterosexuales—, en realidad no lo hacen por lo que concierne a los aspectos civiles, sino que lo refieren implícitamente a los aspectos jurídico-públicos. Por ejemplo, la Ley andaluza puede ser un ejemplo claro de ello, dado que es seguramente la más formalista de todas, al establecer más condiciones que ninguna otra para ser considerado como pareja, y sus efectos se limitan a los de índole jurídico-pública (93). Resulta ilógico que algo tan sumamente fáctico como una unión no matrimonial tenga que pasar por un nivel de exigencia formal superior al del propio matrimonio, en el que nunca es constitutiva la inscripción. Esa forma de razonar debe conducir a la anterior conclusión de que el carácter constitutivo de las inscripciones, previsto en la mayor parte de leyes autonómicas, no alcanza a los aspectos civiles, sino a lo sumo a los de índole jurídico-pública.

(93) Bastante clara al respecto es la también Ley aragonesa, cuyo artículo 2 explícitamente dispone la inscripción obligatoria en el Registro de la Diputación General de Aragón «para que le sean aplicables las medidas administrativas reguladas en la presente Ley».

Pero pensando ahora en una futura ley estatal reguladora de uniones extramatrimoniales, parece sensato propugnar el *carácter declarativo*, y no constitutivo de la inscripción registral de las referidas uniones. Sobre todo si la legislación que se promulgue aspira a dar trato legal a un número amplio de situaciones convivenciales, asignándoles efectos jurídico-civiles.

Defender la declaratividad de la inscripción registral implica atender al momento de perfección del acuerdo o contrato constitutivo de la unión, en lugar de hacer del registro la culminación del proceso de constitución. Y significa, sobre todo, dar relevancia jurídica a la acreditación, por cualquier medio, independiente del registral, de una situación de convivencia más o menos estable entre dos personas, y/o de un pacto creador de la misma. No es sensato excluir del ámbito de aplicación de una ley de parejas, que en teoría pretende dar una respuesta legal a algunos o muchos de los problemas que a éstas se plantean, a todas aquellas que no hayan llegado al Registro creado al efecto.

Cuestión distinta es que, refiriéndonos en concreto a las parejas homosexuales, en las que no existe una figura institucionalizada como el matrimonio, se pueda plantear la conveniencia de la que sea constitutiva su inscripción, como modo de dar seguridad jurídica a la propia pareja y a terceros del nacimiento de ese modelo negocial elevado ya a categoría de institución jurídica. La inscripción registral podría ser un elemento integrante —quizá la pieza principal— de las solemnidades de constitución de la unión homosexual formal: ante la hipotética carencia de un funcionario autorizante, la declaración concorde de los dos sujetos de querer dar lugar a una unión bien puede no ser suficiente garantía, y entonces se podría recurrir a la solemnidad de acudir al encargado de ese registro para ratificar allí la validez de unas declaraciones previamente realizadas (94).

De todos modos, la cuestión debe ser objeto de reflexión, ya que conviene no olvidar que en los matrimonios, la inscripción no es constitutiva, sino puramente declarativa, a pesar de lo que dispone el artículo 61 del Código Civil sobre el «pleno reconocimiento» de los mismos a través de su inscripción (95). Ahora bien, esa declaratividad de la inscripción matrimonial

(94) No es descartable, sin embargo, la alternativa consistente en hacer constar esas declaraciones conjuntas de constituir una unión convivencial a través de documento público notarial, susceptible de ser presentado luego —y admitido— por el encargado de ese Registro de Parejas. De admitirse también esta posibilidad, sólo habría inscripción constitutiva en el primer caso, y en este otro el nacimiento de la unión se produciría notarialmente, y la entrada en el registro sólo tendría el valor de ser oponible frente a terceros a partir de entonces.

(95) Además, los consentimientos matrimoniales se otorgan ante el propio encargado del Registro Civil que hace las veces de fedatario público en estos casos. Vid. LUCES GIL, F., *Derecho registral civil*, Barcelona, 1986, pág. 3.

no oculta el carácter solemne del matrimonio, que es siempre celebrado ante autoridad legalmente establecida, y con presencia de testigos: seguramente esas solemnidades hacen innecesaria la inscripción dentro del proceso de gestación del vínculo matrimonial. En las uniones de parejas homosexuales, el legislador puede optar por seguir esas mismas formalidades, en cuyo caso la inscripción no tiene por qué ser constitutiva. En cambio, si se elige otra fórmula, en la que no exista la seguridad que proporciona la presencia de un funcionario autorizante constituido al efecto (acompañada de testigos) puede llegar a ser necesaria una inscripción constitutiva con la que se garantice la fehaciencia de la unión homosexual.

7.4. REGISTRO DE ACCESO PÚBLICO o REGISTRO DE ACCESO RESTRINGIDO A LOS MIEMBROS DE LA UNIÓN, Y OTROS SUJETOS LIMITADAMENTE

Otra de las características típicas de los Registros autonómicos creados es la de quedar restringido su acceso a los propios sujetos intervinientes, o a lo sumo a quienes éstos hubiesen autorizado (96).

No están claras las razones por las que queda totalmente restringido el acceso a los datos de estos Registros de parejas o uniones extramatrimoniales. Hay un motivo de base que seguramente subyace a esas restricciones, y es la preservación de los datos íntimos de las personas, que podrían sacarse a la luz pública si cualquiera tuviera acceso (97). Sin embargo, se trata de un criterio incorrecto, pues eso también puede ocurrir respecto de los matrimonios y otros datos de las personas, y la Ley del Registro Civil solventa el inconveniente disponiendo la presunción —salvo constancia de lo contrario— de un interés legítimo y digno en quien solicita información sobre los asientos registrales por las distintas vías existentes.

De todos modos, existe una conexión clara y directa entre acceso público al Registro y oponibilidad de lo inscrito frente a terceros (98). Por lo tanto, en la medida en que se prevean repercusiones jurídicas frente a terceros de los datos de esos Registros de uniones extramatrimoniales, automáticamente hay que disponer el libre acceso —con alguna limitación, si se quiere— de terceros a los datos registrales. Resulta, sin embargo, curioso que algunas leyes autonómicas hayan, por un lado, dotado de relevancia externa a las parejas o uniones de hecho (v.gr., mediante la atribución de responsabi-

(96) Así lo afirma PAU PEDRÓN, *ob. cit.*, pág. 293, en relación concretamente al Registro creado por la Ley andaluza de 2002.

(97) Así, ALONSO HERREROS, D., «Algunas consideraciones sobre los registros de uniones civiles de hecho», en *Revista de Derecho Privado*, marzo 2002, pág. 232.

(98) En esta línea, VALPUESTA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pág. 61; PAU PEDRÓN, *ob. cit.*, pág. 284.

lidades de los dos miembros de la pareja por la cobertura de cargas comunes o familiares), lo cual implícitamente se hace efectivo a través de las inscripciones registrales, y por otro, se siga excluyendo el acceso público a los citados Registros.

A la vista de lo anterior, es razonable propugnar, cuando se trate de regular este asunto por una ley estatal, que queden abiertos a terceros interesados los asientos registrales.

7.5. REGISTRO DE INSCRIPCIÓN VOLUNTARIA o DE INSCRIPCIÓN OBLIGATORIA

Hemos defendido más arriba la conveniencia de que los registros sobre parejas o uniones de hecho sean de inscripción voluntaria por parte de quienes acuerdan la constitución de la unión. Debemos desarrollar un poco más esta idea, y hacer algunas matizaciones.

En primer lugar, entendemos que, mientras no exista una institucionalización de un negocio jurídico familiar asimilado al matrimonio, con un contenido de derechos y deberes uniforme y preestablecido legalmente, lo razonables es, siempre que se quiera dar protección jurídica a las parejas no casadas, que sea voluntaria, y no obligatoria o forzosa, la llegada, al Registro que se cree, por parte de las parejas (99).

El matrimonio, como es sabido, es un negocio de inscripción obligatoria, en cuanto la autoridad que lo otorga, en unos casos, y en otros, los contrayentes, tienen el deber de proceder a la inscripción del matrimonio celebrado en el Registro Civil, con sanciones administrativas y efectos negativos de otro tipo si no se practica. En cambio, es absolutamente voluntaria la constancia registral de las capitulaciones matrimoniales y, por tanto, del específico régimen económico que va a regir la unión (cfr. art. 266 del Reglamento del Registro Civil). La innecesariedad de esta constancia de los aspectos económicos obedece a que la ley ya ha previsto un régimen económico supletorio y general, que es el de gananciales en el Derecho común, de manera que, frente a terceros (contratantes, acreedores...), ese matrimonio se rige plenamente por el sistema de gananciales mientras no se haya llevado otra fórmula al Registro Civil. Se garantiza así la posición de los terceros, quienes tienen en todo momento la seguridad de saber a qué atenerse en sus relaciones patrimoniales con el matrimonio.

En cambio, en las uniones no matrimoniales la situación es diferente. Por supuesto, debe partirse de que, si finalmente se opta por el matrimonio o la

(99) •Vid. MARTÍNEZ DE MORENTÍN, *ob. cit.*, pág. 1130, en esta misma dirección de admitir la inscripción de las uniones de hecho «por voluntad de las partes», y no como requisito de constitución de la unión, con el fin además de publicidad frente a terceros.

unión formal entre homosexuales, como creemos razonable que ocurra, y si esa nueva modalidad negocial goza de un estatuto único preestablecido, puede ser lógico que su inscripción en el correspondiente registro de uniones o parejas homosexuales tenga el carácter de obligatorio, y no voluntario, al haberse institucionalizado esa novedosa clase de unión (100). Ahora bien, para que ello sea así, debería cumplirse una condición previa: la del establecimiento legal de un régimen económico supletorio de esa clase de uniones, al estilo de las matrimoniales, como forma de dar seguridad jurídica a los terceros. Piénsese, si no es así, en el grave contrasentido que supondría crear una relación jurídico-familiar entre homosexuales, disponer un régimen de derechos-deberes idéntico o similar al del matrimonio —entre ellos, un deber de asistencia mutua, alimentos y de actuación en interés conjunto—, comprendiendo además un deber genérico de contribución al levantamiento de cargas familiares o comunes, y sin embargo, no disponer nada sobre un posible régimen económico supletorio de la pareja. La posición de los terceros sería muy complicada, pues, ante la posible ausencia de un pacto económico inscrito en ese Registro, no sabrían a qué atenerse en cuanto a las responsabilidades externas de la pareja como tal.

Fuera de este ámbito del matrimonio o unión formal de homosexuales, la inscripción debería ser voluntaria; tanto si se trata de parejas heterosexuales, como de aquellas parejas homosexuales que no hayan optado por acogerse a esa nueva unión formal que pueda prever la ley. Sería la forma más correcta de dar una cierta cobertura jurídica a múltiples tipos o clases de parejas que no han querido adoptar la alternativa «matrimonial». Aquellos que, habiendo rechazado esta última opción, quieran sin embargo tener una trascendencia jurídica externa, en la forma que ellos mismos hubieran libremente configurado, no deberían tener inconvenientes para ello (salvo, a lo sumo, cuando se tratase de una unión inmoral o no aceptada socialmente). La constancia registral sería una fórmula para generar voluntariamente un compromiso externo de la pareja acerca de las relaciones patrimoniales con terceros.

En esta última clase de uniones (las uniones que llamaremos «no formales»), no hace falta, ni además sería correcto constitucionalmente, que la ley prevea un régimen supletorio eficaz frente a terceros. El régimen eficazmente oponible frente a estos terceros con quienes los convivientes tengan interés de contratar, será el que hayan creado ellos mismos y hayan decidido publicar en el pertinente Registro de parejas (con el matiz más arriba señalado de la posible vinculación de ambos patrimonios al levantamiento de las necesidades ordinarias de la familia). En este sentido, el reconocimiento de múltiples

(100) Evidentemente, al hacer el encargado de estos registros las veces de autoridad otorgante, lo razonable es que sea él, en su caso, el obligado a culminar la práctica del asiento de inscripción de la pareja.

tipos o modalidades de parejas, susceptibles además de inscripción registral, debe conllevar un cambio profundo de mentalidad dentro de la sociedad, en cuanto a asumir la costumbre de indagar previamente en los Registros de parejas el tipo de régimen que rige entre ellas en sus relaciones con los terceros.

Pero precisamente por la trascendencia que esa publicidad de la unión no formal puede llegar a tener frente a los terceros, es por lo que debería preverse un control previo y simultáneo a la inscripción de la unión, a los efectos de hacer viable la aplicación de principios registrales básicos, tales como la presunción de veracidad de lo inscrito o el carácter de prueba excluyente, propio por ejemplo de los Registros civiles. Por lo tanto, debería exigirse a esta clase de uniones la previa concurrencia ante Notario o fedatario público para hacer fehaciente la manifestación de constitución (o de ratificación) de la unión, antes de acudir al Encargado del Registro de parejas. Porque parece lógico suponer que este último, siguiendo una función calificadora y de control de legalidad, propia de los registros jurídicos, sólo deberá proceder a esas inscripciones sobre la base de un documento fehaciente en el que conste la existencia y el alcance de la unión, tanto en lo personal como en lo patrimonial. No debe, pues, bastar con la sola concurrencia ante el Encargado del Registro manifestando las partes su voluntad de inscribirse: una efectiva función calificadora y de control de legalidad sólo puede hacerse con garantías a partir de un documento escrito en el que se recoja la voluntad de las partes tamizada por los conocimientos jurídicos de un fedatario público.

Es evidente, por último, que si la pareja opta no sólo por no tomar la forma matrimonial, sino además por no llevarla al Registro de Uniones o parejas, es lógico que el legislador prevea, en los términos que más arriba se expuso, un régimen jurídico básico o de mínimos, para resolver cuestiones puntuales, sobre todo en supuestos de crisis o ruptura de la pareja; para solventar los problemas de lo que PAU PEDRÓN llama las parejas de hecho-hecho, esto es, aquellas que ni siquiera lleguen a los Registros de uniones (101). En cuanto a la responsabilidad frente a terceros de esa pareja no inscrita, la misma será individual, y sin posibilidad de repercusión sobre el patrimonio del otro; sólo lo habría cuando originariamente, en el momento de contratar, el tercero supiese y aceptase el compromiso conjunto de ambos como responsables de las deudas que pudieran surgir.

(101) Vid. PAU PEDRÓN, *ob. cit.*, pág. 286, quien considera, en línea próxima aunque no idéntica a la nuestra, que en esta clase de parejas puede existir un perjudicado en los casos de cese de la convivencia, el cual necesitará protección; además propone que a esas uniones se les reconozca algún derecho sucesorio, arrendaticio o de seguridad social, pero nada más allá.

7.6. ÚLTIMAS CUESTIONES SOBRE LOS REGISTROS DE PAREJAS

7.6.1. ¿Registro Civil o Registro especial ad hoc?

Constituye tema complejo el resolver si es preferible, a la vista de nuestras anteriores afirmaciones, y pensando de nuevo en una futura ley estatal, practicar la inscripción de estas parejas o uniones extramatrimoniales y sus pactos, en el Registro Civil, creando al efecto un nuevo Libro, o proponer un nuevo Registro específico para esta clase de uniones, y sus distintas modalidades, tal como han hecho las diversas leyes autonómicas.

A nuestro juicio, si se piensa en las uniones formales de homosexuales («matrimonios homosexuales», para abreviar), es indudablemente más lógico que sea el Registro Civil el que se ocupe de esos asuntos, por la equiparación con el matrimonio. En cambio, si pensamos en parejas heterosexuales y la constancia registral de sus pactos, habida cuenta la singularidad que las mismas tendrían, seguramente acabaría distorsionando el funcionamiento del Registro Civil si tuvieran entrada en él las vicisitudes de esas parejas, por sus características singulares, básicamente la voluntariedad de la inscripción. Pero en realidad, éste no constituye un inconveniente insalvable para su encaje en el Registro Civil, y supondría una indudable ventaja la eficiencia y profesionalidad demostrada de este Registro, en orden a su adecuada implantación.

Entre las ventajas, destacar una muy importante, y es que se evitarían todos los problemas actuales derivados de la falta de interconexión entre los registros, tanto los antiguos municipales, como los actuales autonómicos, lo que está permitiendo actitudes fraudulentas de los sujetos. Con el Registro Civil, se evitan buena parte de estos inconvenientes.

Se ha señalado, sin embargo, que la imposibilidad de dar acceso a las uniones extramatrimoniales en el Registro Civil tiene su origen y razón de ser en que el establecimiento de una pareja estable de hecho no cambia el estado civil de las personas (102). A nuestro juicio, éste no es argumento de fuerza para rechazar la entrada en el Registro Civil de tales uniones, por cuanto este registro no sólo da acceso a «estados civiles», sino también a otros datos de interés de las personas físicas, que merecen ser conocidas por terceros o que pueden ser relevantes a efectos probatorios o de seguridad jurídica.

En última instancia, la futura admisión de las parejas extramatrimoniales en el Registro Civil, habida cuenta que su inscripción conllevará la entrada de diversos tipos de uniones y de regímenes económicos también diferentes, debería suponer una reforma de la legislación del Registro Civil, que podría afectar incluso a la regulación de la inscripción de los aspectos económicos

(102) Así se expresa CORDERO CUTILLAS, I., *Algunas precisiones...*, cit., págs. 1426-1427.

del matrimonio mismo. Básicamente, debería implicar la modificación de la Ley y del Reglamento con el objeto de dar publicidad de los acuerdos económicos de la pareja, que hasta la fecha sólo son objeto —en el matrimonio, obviamente— de las llamadas «menciones o indicaciones sobre régimen de bienes» del artículo 266 del Reglamento del Registro Civil, las cuales son una simple remisión a los contenidos de los protocolos notariales. Parece conveniente, para dar mayor juego a las inscripciones de uniones extramatrimoniales, dotar a las mismas —también a las matrimoniales— de un mayor desarrollo en los aspectos económicos, informando a los terceros con cierto detalle del alcance de las vinculaciones patrimoniales entre los convivientes.

7.6.2. *El sistema de cancelación de los asientos del Registro de Parejas*

Falta también alguna breve referencia al sistema de cancelación de asientos en el futuro Registro de Parejas o uniones extramatrimoniales (si es que finalmente se crea éste al margen del Registro Civil).

Tal como aparece tratado este tema en las leyes autonómicas hasta ahora promulgadas, la cancelación será fruto de la decisión unilateral de cualquiera de los miembros de la pareja, habida cuenta la necesidad de respetar el típico principio de libertad que rige estas uniones. La implantación de un registro estatal de uniones implicará la necesidad de pronunciarse sobre esta cuestión tan relevante.

Es evidente, a nuestro juicio, que habrá que distinguir de nuevo entre uniones homosexuales de carácter formal o matrimonial, y uniones no matrimoniales que hubieran voluntariamente inscrito su unión. En el primero de los casos, es claro que la cancelación del vínculo debería hacerse previa resolución judicial decretando el posible «divorcio» o disolución de la unión, comprobando previamente la concurrencia de alguna de las causas legales que dan lugar al mismo en esta clase de uniones formales entre personas del mismo sexo (103); procediendo a la ulterior constancia registral de la desapa-

(103) Es muy probable que una legalización y regulación de los matrimonios o uniones formales entre homosexuales debería prever la aplicación en bloque o no de las normas matrimoniales, en particular las relativas a la separación y sobre todo al divorcio en estas parejas. Lo lógico sería no dejar al libre desistimiento unilateral (notificado) la disolución de las mismas, sino aplicarles unas reglas idénticas o muy similares a las del matrimonio. Ahora bien, es razonable imaginar que esa regulación de la disolución de los matrimonios o uniones formales homosexuales acabe trayendo consigo una reforma de las causas de divorcio en los matrimonios heterosexuales en la línea de una mayor flexibilización de las mismas, e incluso de acercamiento al desistimiento unilateral libre o cuasilibre (mediante manifestación ante la autoridad judicial o el encargado del Registro).

rición de la unión mediante un asiento de cancelación. Esa cancelación, por lógica, no debería tener efectos constitutivos, sino declarativos, y de eficacia frente a terceros, en la misma de las uniones matrimoniales.

En cambio, en las uniones no formales, hetero u homosexuales, cuando voluntariamente hubiesen decidido llevar al Registro su vínculo convivencial, la cancelación deberá ser practicada sin necesidad ni de una resolución judicial ni de una declaración conjunta de los dos convivientes (aunque ésta también sería admisible: se trataría de una mutuo disenso), siendo suficiente con la declaración o solicitud de cualquiera de ellos manifestando la voluntad de romper la relación, tal como sucede en los actuales registros autonómicos de parejas (104). Esa declaración o solicitud, una vez practicado el asiento registral de cancelación, no debe tener efectos constitutivos, esto es, no debe hacerse depender la eficacia de la ruptura de la práctica del citado asiento, sino que la misma se producirá, en las relaciones *inter partes*, desde la realización de la manifestación unilateral de ruptura, en tanto además hubiese sido notificada al otro conviviente (105). Por supuesto, si la manifestación no fue extrarregistral, sino que se produjo con la presentación ante el encargado de esos registros, la pareja se disolverá en ese momento: en el de la manifestación o solicitud al encargado, no en el de la fecha de asiento de cancelación.

Cuestión distinta será la eficacia frente a terceros. Puesto que si se acepta que la unión no formal (heterosexual u homosexual) puede tener entrada en el Registro de parejas (o en el Registro Civil, en su caso), con fines de trascendencia y publicidad frente a terceros, es obvio que sólo el asiento de cancelación en el que conste la ruptura definitiva de la unión

(104) Excepcionalmente, si consta en ese Registro un pacto en el que la pareja había concertado su unión como indisoluble —lo que vimos era posible en virtud de la libertad de pactos en este campo—, lo razonable sería exigir una declaración conjunta de mutuo disenso realizada por ambos convivientes, para hacer efectiva la cancelación registral de la misma.

(105) Debe tenerse en cuenta que, mientras esa notificación no se produzca, el vínculo convivencial existente seguirá en vigor al no haber llegado a conocimiento del otro conviviente, y por tanto, podría en su caso ser fuente de obligaciones del que rompe frente al que no, en tanto éste no lo sepa. Téngase en cuenta además que esa notificación supondrá una manifestación clara e inequívoca de la voluntad de dar por terminada la unión, que no existiría de otro modo, v.gr., por el simple cese de la convivencia, por cuanto este cese podría ser temporal o coyuntural, motivado por una situación de disputas en la pareja —a veces, tan frecuentes—, sin por ello encerrar en sí una intención terminante de romper la unión.

Seguramente, los mismos efectos que esa notificación se producirían en el caso de existir otra clase de conductas que demostrasen la voluntad decidida e inequívoca de hacer cesar la unión, en tanto en cuanto, aun no habiendo comunicación fehaciente a la otra parte, al menos llegase a su conocimiento por cualquier vía (y así se acreditase en el proceso correspondiente).

será eficaz y oponible a dichos terceros, quienes hasta entonces se registrarán en sus relaciones con los miembros de la pareja por lo publicado en el referido Registro (106).

JOSÉ MANUEL RUIZ-RICO RUIZ
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Málaga

BELÉN CASADO CASADO
Becaria de Investigación de Derecho Civil
Universidad de Málaga

(106) GAVIDIA, *¿Es la unión libre...?*, cit., págs. 284-285, plantea la interesante cuestión de que se hubiese cancelado en el Registro —se refiere al regulado en las leyes autonómicas— el asiento de existencia de la pareja, pero sin embargo la misma hubiese continuado (o se hubiese reanudado la convivencia) al margen de lo publicado por aquél. En tal caso, si la ley reguladora no admitiese la libre creación de parejas o uniones al margen del Registro, es evidente que la misma perdería su condición de tal, dejando de estar protegida por la ley. Lo lógico es, como antes se propuso, que las leyes prevean un régimen de mínimos aplicable con independencia de la inscripción en el Registro de Parejas, dotando a las inscritas de un estatuto jurídico más completo en cuanto a su eficacia frente a terceros (y siempre en defecto de estipulación específica *ad hoc*).