

Primera lectura de la Proposición de Ley 122/ 000098: Contratos de unión civil

JOSÉ LEÓN-CASTRO ALONSO
Universidad de Sevilla

De las expresiones que convencional y habitualmente empleamos para aludir al tema que nos ocupa, «parejas de hecho, o unión libre», debo decir ya *a priori* que su concepto es tan difuso como equívoca la intención con que el legislador de los sucesivos Proyectos de la LAU finalmente aprobada en 1994 abrió brecha en la materia, a saber una relación de afectividad análoga a la de cónyuge. Y aún de ella, creo que lo más claro fue también lo más querido, o al menos su mayor concesión, o sea la total independencia de la orientación sexual, producto sin duda de una mas que generosa lectura del principio constitucionalmente consagrado de respeto al libre desarrollo de la personalidad, tema del que me limitaré a señalar que la reciente aparición de la Sentencia del Tribunal de Justicia con sede en Luxemburgo de 17 de Febrero de 1998⁽¹⁾ ha cercenado toda posibilidad de equiparar las relaciones estables entre parejas de homosexuales con las derivadas de situaciones matrimoniales o extramatrimoniales pero heterosexuales, fallo que crea Jurisprudencia en todos los Estados miembros de la Unión Europea.

No se me oculta sin embargo que la materia resulta particularmente tributaria de buena parte de la normativa constitucional como asimismo del alcance y entendimiento que a la disciplina matrimo-

niale pueda otorgarse a la luz de aquella. De ahí que difícilmente me sea dado orillar algunas cuestiones en torno a ambos extremos aunque si desde luego lo haré del modo más funcional posible.

Y es que con ser universal el concubinato en el tiempo y en el espacio -ya Platón nos relataba algo similar en su República-, o de sobras conocida la barraganía de nuestro Derecho castellano, desde que el propio Napoleón no pudiera resistirse a la contundente y por todos conocida afirmación «Les concubins se passent de la Loi, la Loi se désintéresse d'eux», que tal vez en nuestro interior muchos compartamos, el fenómeno⁽²⁾ de las uniones de hecho se ha ido extendiendo al compás de una capa de permeabilidad social con el inestimable y tan usual aliado de la estadística.

Así se explican las múltiples y variadas fórmulas y denominaciones con que con mas o menos fortuna han tratado de describir la situación en una especie de lo que se ha llamado el vértigo de la creatividad. Así sobre ideas tan viejas como la poliandria, la poligamia, el patriarcado, la promiscuidad y un larguísimo etcétera, se han ido proponiendo denominaciones que han acabado por alzarse en lugares comunes; entre ellos el estado de mancebía, convivencia *more uxorio*, unión de hecho,

⁽¹⁾ Con la citada Sentencia del Tribunal de Luxemburgo, por cierto prestidivado por el español Gil Carlos Rodríguez Iglesias, parecen desoírse por el momento anteriores Recomendaciones dictadas una por la Asamblea de Parlamentarios del Consejo de Europa de 2 de Octubre de 1981 en la que se exhortaba a los Estados miembros donde los actos homosexuales, incluso entre adultos que consienten en ellos, son perseguidos mediante acciones penales, a abolir tales leyes, llegándose incluso a proponer la modificación del art. 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos y acoger la expresa alusión a la orientación sexual, y otra de fecha 8 de Febrero de 1994 por el Parlamento Europeo a todos los Estados miembros, en el sentido de poner fin a las prohibiciones de que los homosexuales pudieran contraer matrimonio entre sí y admitir la posibilidad de adopción de tales parejas, recomendaciones ambas que no fueron consideradas por el Estado español.

Se trataba en la indicada Sentencia de la pretensión esgrimida por una empleada británica, lesbiana, quien reclama a la empresa ferroviaria donde trabaja que su compañera obtenga en sus viajes idénticos descuentos que los concedidos a parejas heterosexuales. El supuesto, objeto de atención en nuestro país merced a una análoga reivindicación plantea-

da por ciertos colectivos de la Compañía Iberia, zanja cualquier posibilidad de tratamiento paritario al establecer que la pareja homosexual de un trabajador no tiene derecho a las prestaciones previstas por las empresas para los cónyuges o parejas estables heterosexuales porque sus relaciones no solo no están previstas en las normas comunitarias sino que tampoco están comprendidas en el ámbito de aplicación del derecho al respeto de la vida familiar protegido por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Considera finalmente el Tribunal, que asimismo desestima la tesis sostenida y sugerida por su Asesor General Michael B. Elmer, que en el estado actual del Derecho en la Comunidad Europea, las relaciones estables entre dos personas del mismo sexo no están equiparadas a las relaciones entre personas casadas o con relación estable fuera del matrimonio entre personas de sexo opuesto, y, en consecuencia, un empresario no está obligado por el Derecho Comunitario a equiparar la situación de quien mantiene una relación con una pareja del mismo sexo a la de una persona casada o que mantiene una relación estable sin casarse con alguien del sexo opuesto. Por el momento, pues, los colectivos afectados habrán de continuar aguardando a que el Tratado de Amsterdam, cuya entrada en vigor sustituyendo al de Maastrich no se prevé sino hasta el año 1999, aborde de forma diferente la presunta discriminación por orientación sexual.

²⁰ Y digo fenómeno en su mas genuino sentido, con el pudor que dicta en ocasiones no llamar a las cosas por su nombre convencional, cuando tan claras han sido las circunstancias y motivaciones de un origen, o amor. Es cierto que a la razón humana le puede llegar a resultar ingrato resistir a la seducción de una idea inquietante, pero también para tal ocasión conoce la sabiduría popular un dicho con el que, que mas allá de un puro y vulgar machismo, vendría a justificar a la perfección la fascinación por la novedad del problema: aquel de que las ideas son como las mujeres, cuesta menos alimentar a diez que vestir a una.

matrimonio a ensayo, por comportamiento, sociedad de asiento, familia sin papeles, etc., y de entre las que sacrificando la originalidad en aras del rigor, estimo la unión extramarital la mas ajustada. Pero de ahí a encontrarle una mas armónica vestimenta jurídica resta un trecho por recorrer pues en Derecho como en el paisaje casi todo es cuestión de limites y estos existirán siempre en la vista o en el paisaje mismo, en la norma o en la realidad y hasta en el intérprete que en algunos caso serán naturales y en otros legales o sociales. Se podría replicar que mal se compadecen limites y libertad si bien probablemente sin aquellos no pudiera existir esta al menos siempre que los mismos fueran arbitrarios. De donde que, aunque asimismo cuestión de limites, casi con completa seguridad que en el fondo nuestro problema exceda con creces de un planteamiento lateral.

¿Sería perjudicial, o hasta osado, aunque sin duda me preocupe mas lo primero que lo segundo, solicitar de Uds. el asentimiento a la interrogante de si nos encontramos hoy ante un tiempo de crisis?. Crisis de los valores, tópicamente entendidos, pero también crisis de una realidad social y cultural que no únicamente depende de aquellos sino sobre todo de nosotros mismos, sus autores, de la dimensión y reconocimiento que como juristas y como ciudadanos queremos seguir concediendo a aquéllos.

Se ha dicho al respecto que la convivencia de hecho es una forma de conyugalidad, lo cual precisamente en ese sentido de pura apariencia no deja de ser exacto, si bien desde tal preciso instante deje formuladas mis reservas acerca de si ello significa tanto como una verdadera alternativa al matrimonio. Este, solemos explicarlo los civilistas como vínculo, comunidad estable de vida generadora de derechos y obligaciones, institución instrumental al servicio del Derecho de Familia y, mas a modo de recurso pedagógico que en pura semántica jurídica, como contrato. Pero sea cual sea la opción por la que nos decantemos, la unanimidad se cierra en torno a su con-

ceptuación como *status*, noción esta que ya *ab initio* se nos antoja capital por varias y diversas razones.

En primer lugar, y muy principal, por mucha que sea su incidencia en otras esferas, *status* es término e idea genuinamente acuñados por y para el Derecho, y su significado no resulta desde luego atribuible de forma caprichosa o trivial. Si ello es así, una situación que por esencia se predica como fáctica, no puede pretender jamas gozar de otra substancia jurídica que el reconocimiento formal que se le pueda otorgar sobre la base de un *nomen* y una *fama*, de los que muy a menudo huirán los propios convivientes a los que, a lo sumo, se les podría presumir un *tractatus* como mero componente material de una *affectio maritalis* en todo caso de muy inferior transcendencia respecto de la que deriva para el modelo fundado en el vínculo matrimonial.

En segundo lugar, abundando en lo anterior, en absoluto es lícita la transmutación de lo social hacia lo jurídico, y ello en ningún caso por motivo de protagonismos o antagonismos, ni de prioridades en la cultura popular ni, mucho menos aun, por recelos a una posible degradación o reforzamiento de una u otra hipótesis porque, como con acierto se ha afirmado, el legislador no puede asumir funciones promocionales. No obstante la mera denominación de unión libre no deja de implicar una agresión apriorística hacia el matrimonio al que, por contraposición y subliminalmente, tal vez pudiera estar entendiéndosele privado de esa alusión a la libertad a la que, desde luego, ni es ni puede ser ajeno.

Y sobre todo, en tercer lugar, por su propia autonomía, plenitud normativa y soporte constitucional, entre otros factores, las uniones de hecho resultan ser un instituto difícilmente institucionalizable. Es decir, sabido es que en el ámbito del Derecho de Familia hay razones suficientes para distinguir entre institución y funciones familiares, en tanto que mientras que las primeras desarrollarán en toda su extensión aquella dimensión de *status* y se insertan en el régimen personal y pa-

rimonial de la familia, las segundas limitan su eficacia a hacer las veces de aquellas, de donde que la misma se vea con frecuencia limitada a cuestiones coyunturales y parciales.

De forma contraria a lo que ocurre en otros ámbitos y supuestos del Derecho de Familia, en el fenómeno de la convivencia paramarital se observa claramente un efecto de hiperprivatización de aquél, al pretenderse equiparar la más genuina idea de familia con sólo una vertiente contractualista de la misma. En esa especie de familia contractual, obsérvese como se está sustituyendo la noción de un matrimonio-comunidad por una más elemental por individualista de matrimonio-asociación en el que cualquier cuestión se relativiza hasta perder buena parte de dramatismo ya que, según expresión de FLAQUER, habrá sido mucho menor la inversión afectiva.

El mejor apoyo a la distinción que tratamos de construir nos viene dado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Mayo de 1992 donde se establece que «Las uniones libres aunque están carentes de precisa normativa, no por eso son totalmente desconocidas por nuestro Ordenamiento jurídico. La Constitución no las prevé, pero tampoco expresamente las interdicta y rechaza y así se desprende de la lectura de su artículo 32 con relación al 39, que se proyecta a la protección de la familia en forma genérica, es decir como núcleo creado tanto por el matrimonio como por la unión de hecho; lo que ha llevado al Tribunal de Casación de Italia a pronunciar la importante Sentencia de 2 de Febrero de 1.977 que vino a reconocer la "familia di fatto" como grupo social que desempeña una función en la educación y mantenimiento de sus miembros, digna de protección conforme al artículo 2 de su Constitución. De esta manera, si bien no se equiparó estas situaciones a las familias legalmente constituidas, no por eso se las margina cuando presentan situaciones de darse una efectiva comunidad de vida, que la legislación de dicho país mediterráneo tiene en cuenta como cohabitación notoria».

Pero en realidad yo creo que la reflexión a que la transición del concepto parece invitar podría justificarse mejor sobre el argumento sociológico de que es muy diferente ser que tener una familia, esto es ajustarse a una comunidad estable de vida, en la que priman los intereses generales sobre los particulares, el vínculo sobre los afectos y todo un esquema legalmente diseñado aunque libremente asumido sobre una tan esporádica como descomprometida autorregulación de intereses, por más que esta última se haya querido sublimar por algnos.

¿A qué se está en suma asistiendo, y porqué tan grave urgencia en institucionalizar compromisos familiares de hecho?. En el sentido antes aludido, con el reconocimiento de las uniones de hecho se están queriendo obtener efectos indirectos de mayor calado cuales son, entre otros, la protección de una posible filiación y la permisividad social de otros modelos de convivencia. Por lo que al aspecto de la filiación hace referencia, es obvio que ante él no caben las diferencias y mucho menos aún los prejuicios o las reticencias. Ha afirmado la ex ministra C. ALBERDI que las uniones matrimoniales ven reconocido su derecho a una protección jurídica por la vía indirecta aunque principal del reconocimiento claro e inequívoco de la igualdad de los hijos no matrimoniales.

Tan indiscutible conclusión, ya sugerida o impuesta por la circular de la Fiscalía General del Estado 2/1987, comienza a encontrar eco en la Jurisprudencia sobre pronunciamientos previos de ciertas Audiencias como la que establece el Auto de la Provincial de Barcelona de 27 de Febrero de 1990 que dispone «la actora, el demandado y los hijos comunes de ambos han venido constituyendo un núcleo familiar estable que se trunca en 1.988 por razón de las desavenencias de los dos progenitores. Y es en el marco de éste núcleo, y en favor e interés del mismo, que en Mayo de 1.983, actora y demandado adquieren en común por mitades indivisas la vivienda en que se instaló y ha asentado con pretensión de per-

³¹ Conviene recordar no obstante con RUIZ MIGUEL que también la práctica judicial ofrece dos modelos antitéticos de jueces: de una parte el juez técnico en el que priman los aspectos conservativos de su función y en la que actúa como mero transmisor y ejecutor de decisiones políticas que, vestidas de jurídicas, son ajenas a él y, de otra parte, el juez político que subraya la función autónoma de las decisiones judiciales como ejercicio de un poder social que tiende a modificar los sentidos de las leyes y a influir directamente en la organización de la sociedad.

Pues bien, según esa pauta y en lo que se refiere a un supuesto de sobras conocido, relativo a la LAU cual es la STC 222/1992 de 11 de diciembre, seguramente que el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Fuengirola habría operado con un criterio puramente técnico dado que entre los hechos que se invocaban por el demandante y su pretensión de denegación de la prórroga al conviviente, decide plantear la cuestión de inconstitucionalidad con el argumento de una subrogación *pro aequitas* de fondo. Por su parte, el juez constitucional que admite la oposición y falla la cuestión de inconstitucionalidad, habrá operado con criterio político, no inmune al cambio, celoso hasta la saciedad con los derechos adquiridos, y armonizador del principio de seguridad jurídica con otros valores constitucionales como los de libertad, igualdad y libre desarrollo de la personalidad, consciente en definitiva de que no tomar partido es ya de alguna manera tomarlo.

Lo que ocurre es que con anterioridad a que esta sentencia de nuestro Tribunal Constitucional se hubiera dictado para subvertir buena parte del mas tradicional Derecho de Familia, aquel juez técnico promotor de la cuestión habría actuado con toda corrección y respeto a la función judicial propiamente dicha de haberse limitado a denegar la prórroga conforme al entonces vigente artículo 58 de la LAU 1964, obligando a los interesados a fundar en su nueva pretensión las bases de aquella convulsión. Sin embargo, acaba por convertirse también él en juez político merced al recurso al principio de tutela judicial efectiva ex artículo 24. 1º CE y extrayendo

manencia duradera y estable la familia. Si la relación entre las partes, basada en el afecto hace crisis -cual sucede en el supuesto enjuiciado- y existen hijos comunes de ambas, es evidente que deben adoptarse judicialmente -cuando así se interesa- todas cuantas medidas exija la nueva situación, teniendo como único norte el interés de los hijos que son los más urgentemente necesitados de protección, supliendo de tal forma la inactividad o falta de precisión de los progenitores. Entre estas medidas hay que incluir también la relativa al uso de la vivienda con objeto de que el amparo a los hijos no sea meramente parcial; y si en el marco de la relación matrimonial el artículo 96 del Código Civil en defecto de pacto atribuye este uso a los hijos comunes, y por extensión lógica al cónyuge en cuya compañía queden, no hay razón alguna para seguir distinto criterio cuando la relación de los cónyuges es meramente de hecho pero con visos, apariencia y voluntad de estabilidad, por cuanto que otra cosa supondría una indeseable discriminación.

Semejante doctrina se constata hoy en la STC de 15 de Noviembre de 1990 que afirma con referencia a las uniones *more uxorio* que ni son institución jurídicamente garantizada ni existe un derecho constitucional expreso a su establecimiento. De modo que cabe extraer ya sin violencia alguna la conclusión de que al igual que en el caso de las pensiones de viudedad, el legislador podrá extender determinados efectos y beneficios propios del *status* conyugal a ciertas situaciones paraconyugales, del mismo modo sus diferentes estatutos legales harán que en cada caso las pretensiones, ayudas y estímulos deban ser igualmente diversos, sin que uno y otro proceder implique en absoluto ni integrar ambas instituciones en un régimen de completa analogía ni tachar lo contrario de arbitrario o carente de fundamento, porque tampoco nada obstará entonces a suscribir la postura del Prof. LACRUZ en pos de ver en la relación marital un valor positivo, en tanto la no marital restaría como un valor neutro, o mera manifestación indiferente de la autonomía de la pareja que decide cohabitar.

Si tratamos ahora de obtener un concepto jurisprudencial realmente constitutivo de situaciones paramaritales dignas de protección, nos encontramos: el que sienta la Sentencia de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca de 1 de Junio de 1987 que viene a exigir que «la comunidad de vida sea pública y notoria por comportarse los convivientes en las relaciones sociales y frente al exterior como marido y mujer creando la apariencia de verdadero matrimonio», o la del Tribunal Supremo de 18 de Mayo de 1992 que entiende que «la convivencia *more uxorio* ha de desarrollarse en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma externa y pública y con acreditadas situaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunal vida amplia, intereses y fines en el núcleo de un mismo hogar», o la del Constitucional 47 /1993 de 8 de Febrero cuando admitió la existencia de una pareja de hecho porque «constituía una familia a los fines del artículo 39, 1º CE pues en correspondencia con el pluralismo de opciones personales existentes en la sociedad española y la preeminencia que posee el libre desarrollo de la personalidad, la constitución no solo protege a la familia que se constituye mediante el matrimonio -aunque a esta la proteja especialmente-, sino también a la familia como realidad social, entendida por tal la que se constituye voluntariamente mediante la unión de hecho afectiva y estable, de una pareja».

Teniendo en cuenta que en otros pronunciamientos los tribunales encuentran la fórmula óptima para dispensar a la unión de hecho toda la protección pensable, sea sobre la vía de la analogía sea sobre el reconocimiento de su realidad social, sea en fin sobre la necesidad de amparar intereses más dignos de tutela que la unión misma, lo cierto es que volvemos a encontrar ante tratamientos judiciales que una vez más nos sugieren hallarnos ante la solución de la última conjetura. Pero no se vea en estas palabras actitud de hipercriticismo alguno hacia nuestra judicatura³² siquiera aquel

no excede en absoluto de algo que nuestros propios jueces denuncian con alarma, a saber la incontestable judicialización de toda la vida ciudadana.

Viene tan prolijo *excursus* a que tratando de conciliar las anteriores consideraciones con la doctrina que sienta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de Mayo de 1991, no puede uno dejar de experimentar una sensación extraña. Dispone la misma que «La realidad social demuestra la existencia de uniones estables entre hombre y mujer basadas en vínculos de solidaridad y apoyo mutuo, y constitutivas de una plena convivencia en el orden afectivo, económico y social, que sin embargo no se enmarcan en el ámbito jurídico del matrimonio. Tales uniones ofrecen los rasgos básicos de la familia con la única salvedad de omitir la formalización social de la unión. Sin embargo, no cualquier unión de hombre y mujer integra doctrinalmente el concepto que estamos examinando, sino que aquella viene delimitada por la concurrencia de ciertos requisitos cuales son en el orden subjetivo la bilateralidad heterosexual, la madurez física y psicológica, la relación sexual y la *affectio maritalis*, y en el objetivo la convivencia *more uxorio*, conjuntándose con estos requisitos positivos, el negativo de la ausencia de formalidades de matrimonio. Cuando una unión de hombre y mujer presenta estas notas, se plantea la cuestión de la atribución de efectos jurídicos a la misma»⁽⁴⁾. Pues bien, de la indicada sentencia se obtiene, como decía, la impresión de que el procedimiento de creación de un supuesto de hecho sobre la base del reconocimiento de ciertos efectos particulares, es exactamente el inverso al que debe presidir el razonamiento jurídico lógico; igual que el día es antes que el sol, aunque sea éste el que nos lo haga reconocible, también aquí debíanse reconocer los efectos únicamente después de haber apreciado la existencia de una causa. Pero claro, si se nos dice que hasta aquí tenemos muy poco, si bien dotándose de algunos efectos será a partir de estos desde donde se articule cierta protección, y hasta algunos otros efectos que aún pudieran complemen-

tariamente añadirse, habremos acabado por reconocer algo que ni siquiera conocíamos, siempre claro está desde el punto de vista jurídico.

Y en efecto, traigo todo ello a propósito del requisito de la convivencia, como soporte último para el reconocimiento de la unión libre. siempre que en esta no existiera filiación, interés, repito, siempre digno de protección en sí mismo. Ocurre entonces la inevitable paradoja porque, si de una parte, ha de imponerse esa convivencia como presupuesto jurídico que haga protegible el hecho de la unión libre, ¿qué clase de unión libre es ésta que requiere esencialmente la cohabitación diaria?. Y por otra parte, si a continuación la dotáramos de determinados efectos, los más elementales, por ejemplo los previstos en los arts. 66 a 68 CC, que le otorgarían al menos un estatuto mínimo, habremos simple y llanamente redescubierto el matrimonio, si bien que de segundo grado.

Pero no; si ahora acudimos al planteamiento de los propios convivientes, hay algo que quiebra en el anterior discurso. Y es que, de un lado, no existe, ni seguramente tenga porqué existir proyecto alguno de matrimonio; o sea, no se trataría de matrimonializar una idea de comunidad en la que se ha sublimado la libertad hasta en el terreno de los afectos, no se diga ya en el de las cargas. Tampoco esta ausencia de un ánimo de vinculación formal, la exclusión de cualquier acto de manifestación que entraña un compromiso, se compadece bien con una estabilidad nunca consentida, con una perdurabilidad en la comunidad impuesta como el substrato mínimo jurídicamente exigible, y que se acaba relajando también hasta el extremo de hacer aflorar el más que probable propósito de los convivientes: la misma informalidad y libertad para la disolución que se tuvo para la constitución de la unión⁽⁵⁾. Pero ¡Cuidado!, porque como a continuación veremos, esa es la lanza que podría tomarse caña ya que si ni siquiera la comunidad de vida, más o menos estable, si ni la convivencia se asume por cuanto pudiera consti-

un criterio anticipado conforme al artículo 5, 3º LOPJ para así mejor acomodar una norma positiva clara a los mas amplios principios constitucionales.

Una y otra concepción, siendo ambas extremas porque a diferencia del legislador el juez ha de ser órgano heterónomo en el proceso de creación del Derecho, nos abocan a terminar admitiendo ciertas acrobacias jurisprudenciales en las que la discrecionalidad se convierte en verdadero instrumento de creación. Desde luego que la misma labor de interpretación no es precisamente incompatible con un juicio comprometido por parte del exégeta desde el momento en que la ponderación del clásico axioma «*in claris non fit interpretatio*» requiere un análisis subjetivo para conocer con exactitud hasta donde la claridad o desde donde la penumbra y la antinomia. Y en esto radica muchas veces el gran problema, en la inseguridad jurídica que deriva cuando se transita desde lo que HART llamaba la moralidad íntima hacia la moralidad crítica del ordenamiento jurídico, por muy inevitable que ello resulte a veces sí, como creo, el juez debe contemplar las transformaciones sociales desde un sistema normativo abierto para que en esa dimensión variable que el Derecho es respecto del orden social, su decisión pueda ser sólida y justa.

⁽⁴⁾ Y todavía continúa argumentando la Sentencia que: «El artículo 39 CE establece que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia, habiéndose cuestionado si las uniones que estudiamos gozan de la protección del Ordenamiento jurídico o, por el contrario, se hallan fuera del mismo sin regulación ni efecto. El concepto de familia es extrajurídico y se define como gente que vive en una casa bajo una misma dirección, siendo ese concepto social el protegido por la Constitución, que no distingue entre familia basada en el vínculo matrimonial y familia extramatrimonial. No podía ser de otra manera cuando los intereses subyacentes en una y otra unión presentan unos rasgos muy similares y características análogas, siendo por lo demás ésta

interpretación coherente con un sistema respetuoso con las libertades civiles de los individuos en una sociedad plural e incluso con otras situaciones familiares reconocidas en la Ley, y carentes de vínculo matrimonial, cómo ocurre con la adoptiva. Partiendo, pues, de ésta premisa hay que situar en el marco jurídico positivo la institución que se está estudiando. Variados son los expedientes a los que la doctrina ha acudido para justificar la protección de efectos jurídicos de estas relaciones; la sociedad universal, la comunidad de bienes y derechos, la empresa familiar, o la teoría del enriquecimiento injusto».

⁶⁹ O dicho de otro modo, si se piensa que a unión libre ruptura libre, y al final, no obstante, se haya debido cumplir con un mínimo de convivencia y de voluntad de relativa permanencia, se nos habrá colado por la ventana el matrimonio que echamos por la puerta, y ello sin reparar en la actual disolubilidad del vínculo matrimonial que una vez más nos ratificaría en la innecesidad de aquellas alforjas para este viaje. He aquí, por tanto, una nueva y espectacular paradoja: la unión libre, tan libre como se concibió, habrá acabado siéndolo tanto que los que la adoptaron no son libres para perder su libertad.

tuir un límite a la libertad, se rompe precisamente el único límite con el que la ley opera para el reconocimiento de unos particulares derechos.

Lo cierto es que la necesidad de una cobertura normativa ante la ausencia de toda regulación de la unión libre, ha llevado a intentar la analogía con la institución y el régimen matrimoniales como su más adecuado cauce, si bien de lo bizantino de la cuestión es buena prueba la conclusión a que trataré de llegar al respecto. Y es que matizando alguna afirmación ya en sí muy significativa en el sentido de existir familias más que familia, debe estimarse hoy la posibilidad de una multiplicidad de formas de convivir en las que no siempre podrá apreciarse base y sustancia típicamente maritales. Así se desprende de las conclusiones a que llega la anteriormente citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de Mayo de 1.991 para la que «las consideraciones sirven, pues, para ilustrar sobre la finalidad del precepto legal cuestionado y sobre su conexión con lo dispuesto en el artículo 39, 1º CE. Este último precepto, sin embargo, no proporciona por sí mismo respuesta a la duda de constitucionalidad aquí planteada, porque el mandato de protección de la familia no entraña, sin más, un deber para los poderes públicos de dispensar tal amparo, indiferenciadamente y sin matices, a todo género de unidades familiares, siendo evidente que puede el legislador diferenciar entre unas y otras en atención, por ejemplo, a criterios de necesidad relativa o a otros que resulten igualmente racionales. No está, por tanto, en el artículo 39, 1º CE la medida para apreciar la validez o invalidez de las diferenciaciones normativas en este punto, sino en el artículo 14 de la propia norma fundamental, con arreglo al que habrá que apreciar si las diferenciaciones establecidas por la norma resultan o no discriminatorias».

Lo anterior obligará, por una parte, a calibrar en cada caso cuando nos encontramos ante una convivencia paramarital ciertamente digna de pro-

tección jurídica, lo que desde luego no ocurrirá por el mero hecho de que dos personas hayan decidido unirse y, por otra parte, solo con criterio riguroso deberá procederse a través de la analogía respecto de las situaciones matrimoniales *strictu sensu*.

En primer lugar, resulta más que discutible que la unión de hecho participe de los caracteres esenciales del matrimonio de modo tan claro que deba llevar al intérprete a apreciar identidad de razón tal como requiere el artículo 4, 1º Cc. El hecho de que dos personas decidan entregar su proyecto de unión extramarital a una apariencia sobre la única base de un comportamiento consensual y a diario renovado, en absoluto significa su conversión en *status* matrimonial por faltar desde el acto que formalmente da vida al vínculo hasta la intención de someterse a un tal esquema que, entre otras cosas, les substraería su modelo de convivencia del ideal de autonomía con que ellos mismo lo concibieron. En consecuencia, sin que en absoluto ello implique relegar el fenómeno a un ámbito de contralegalidad o ilegalidad sino a lo sumo de praeterlegalidad, la analogía nunca podrá ser *ius* sino *legis*, y puntualmente reducida a muy concretos aspectos.

En segundo lugar, la disparidad y variedad de situaciones a que dan lugar las uniones de hecho, lo aleatorio e incierto de su duración y continuidad, hacen particularmente difícil y hasta enojoso su encaje homogéneo y hermético en un régimen normativo unitario y típico. Es cierto que algún margen debiera otorgarse a la autonomía de la voluntad de quienes, en aras a un pluralismo sociológico y al principio de respeto hacia el libre desarrollo de la personalidad, han optado por esa forma de convivencia. No obstante, ni siquiera con la sociedad misma el Derecho tiene asumido tan inexorable compromiso de dar puntual respuesta y solución a la vasta muestra de fórmulas y modelos con que socialmente pueden dos personas comportarse. Pero en cualquier caso, tampoco puede haber duda acerca de que si esa autonomía de la voluntad se nos muestra muy

restringida a la institución matrimonial, no con menos rigor habría de entenderse en las uniones paramaritales pues de lo contrario estaríamos admitiendo no ya un régimen matrimonial secundario sino absolutamente privilegiado.

Y así, por vía de ejemplos, ¿podría imponerse a los convivientes sin perjuicio de sus obligaciones para con los hijos, el deber especial y genérico de alimentos?; ¿y los deberes básicos que derivan de los artículos 66 a 68 CC, serían exigibles a los libremente unidos con las oportunas sanciones en caso de incumplimiento?; ¿y el régimen patrimonial *ex lege* a falta de manifestación consensual expresa, acaso cabría imponerlo sobre la libre y autónoma voluntad de los convivientes?; ¿Y los deberes sucesorios que exige el simple vínculo parental dentro de un amplio ámbito familiar?; ¿y la amplia gama de incompatibilidades profesionales para ejercitar determinadas funciones, tales las judiciales, periciales, etc?; ¿y en fin las cargas fiscales que derivan del *status* matrimonial?. Todo lo cual es de algún modo lógico si se piensa, por una parte, que no pueden existir entre los convivientes efectos y relaciones que solo del estatuto matrimonial derivan y, por otra parte, que tampoco cabe el recurso a un vínculo parental casi expresamente excluido por los convivientes mismos desde el instante en que en el ejercicio del artículo 32 CE han adoptado ese modelo de convivencia.

De todo lo anterior se desprende con absoluta nitidez la inconveniencia de dotar a las uniones de hecho, ni siquiera por la vía de una total integración analógica, de un marco normativo de conjunto, de ahí que su reflejo legal deba limitarse a un estatuto de mínimos que, respetando las particulares reglamentaciones de régimen interno, contemple aspectos muy puntuales de la relación⁽⁶⁾. Cualquier otra concesión, insisto, implicaría o una *reformatio in peius* desde el punto de vista del orden jurídico de algo que socialmente existe y la Constitución no desampara, o la reversión de una voluntad individual forzada a ingresar a un esquema que nunca se deseó.

Ahora bien, asimismo de todo lo anterior resulta una consecuencia que debe quedar muy clara e indiscutida. Si como dice ROPPO el problema de las uniones de hecho es que por la imperatividad de proteger la filiación y el *favor libertatis* hacia la pareja, aquellas están condenadas a moverse entre la disciplina y efectos de un matrimonio legal y la de una convivencia no positivizada *ex lege*, cualquier intento de equiparación global entre la institución matrimonial y la unión libre llegaría al extremo de la discriminación por su diferenciación esencial, de donde que como tantas veces se ha dicho la única salvaguarda de la libertad sea ofrecer soluciones diferentes a cuestiones igualmente diferentes.

Pues bien, con fecha 7 de Octubre de 1.997, se publicaba en el DOGC la proposición de Ley 122/000098⁽⁷⁾ acerca de la cuestión que nos ocupa bajo el título «Contrato de unión civil». Ya su sola denominación resulta especialmente significativa y, desde luego, bastante más rigurosa y oportuna que anteriores fórmulas. En su Exposición de Motivos se alcanza a leer que es preciso respetar la libertad de quiénes quieren relacionarse más allá del Derecho. Con semejante expresión - si bien más exacta hubiera sido colocar el límite referencial más acá o menos allá del Derecho - nuestro legislador se aproxima bastante a la afirmación napoleónica de que si los convivientes se abstraen al Derecho deben ser ignorados por éste. Y en efecto, a continuación el texto propuesto parece relegar toda la materia reguladora de la cuestión al plano pura y exclusivamente paccionado entre los que pretenden unirse, y a salvo siempre los principios generales del enriquecimiento injusto y abuso de derecho.

Desde ese momento el problema no tiene otro soporte que el del artículo 1255 CC, con los límites que allí se recogen, y en un generoso entendimiento de la doctrina del *numerus apertus* para regular las relaciones contractuales de hecho. La unión civil no tiene desde ahora otro instrumento idóneo que el contrato al que, sin embargo, le van a ser exigidos ciertos

⁽⁶⁾ Sin embargo tal afirmación será válida fundamentalmente al objeto de reconocer un estatuto suficiente que contemple y proteja la realidad social de las uniones de hecho o, si se prefiere, para conceder al legislador una vía de ingreso del fenómeno, siquiera sea a los efectos parciales de constatar su existencia marginal en el ordenamiento político. Pero no debe ser ello óbice alguno para entender que en aquellas materias en que *ex voluntate legis* las uniones libres han irrumpido en nuestro panorama jurídico a fin de otorgar a los convivientes ciertos derechos y beneficios hasta ahora exclusivos de los cónyuges, tal vez por el carácter especial de tales legislaciones, que nunca excepcional, en relación al carácter general y común de la normativa a la que se remiten, el Código Civil, y en este caso además por la nota de derecho necesario, esto es substraído a la voluntad de los particulares, de gran parte del estatuto matrimonial, su admisión deba estimarse extendida también al régimen de obligaciones que del mismo derivan para los esposos. Del mismo modo en que, por ejemplo, a los convivientes le deben ser exigidos los deberes especiales que el Código Civil impone en supuestos de crisis matrimoniales y con relación a los hijos, o a terceros, en los arts. 92 a 96, así también ciertas cargas y obligaciones que para el titular arrendatario derivan de la ley misma, deberán extenderse a quien por razón de pura convivencia va a resultar beneficiado por la permanencia en el uso de la vivienda hasta entonces habitada en común con el conviviente.

⁽⁷⁾ Comienza diciendo su Exposición de Motivos que esta Ley reguladora del contrato de unión civil, se inspira en el valor superior en nuestro Ordenamiento jurídico que es la libertad (artículo 1.1 de la Constitución); en la garantía del Estado de Derecho que es la seguridad jurídica (artículo 9.3); y en el derecho fundamental de los ciudadanos a la intimidad (artículo 18.1). La aludida Proposición que otorga rango de Ley Orgánica a sus artículos 3, 4 y 5, por cuanto que en

ellos se modifican el Código Penal, la Ley Orgánica del Poder Judicial, y la reguladora del *Hábeas Corpus* respectivamente, afecta puntualmente a otras normas y cuestiones además de las recién mencionadas y de aquellas que en el texto se recogen. Entre ellas citaremos: la Ley 29/1987, de 18 de Diciembre, relativa al Impuesto sobre Donaciones y Sucesiones, así como la 18/1991, de 6 de Junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, los Reales Decretos Legislativos 1/1995, de 24 de Marzo, que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y 1/1994, de 20 de Junio, la Ley General de la Seguridad Social, la Ley 30/1984, de 2 de Agosto, de Medidas para la reforma de la Función Pública así como el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de Abril, relativo a las Clases Pasivas del Estado.

⁽⁸⁾ Sobre el particular puede verse mi trabajo «Las parejas de hecho en la LAU», «Parejas de hecho», Ilustre Colegio Notarial de Granada, págs. 129 s.s., Granada 1.996.

requisitos mínimos cuales en el plano de la forma el otorgamiento ante Notario y la necesaria inscripción en el Registro Civil, ambos indicativos de una solemnidad requerida con alcance ad solemnitatem y una eficacia constitutiva, postulados reclamados por el principio de seguridad jurídica sin menos cabo alguno del respeto a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad.

La base conceptual de la que se parte es por tanto la de un mero acuerdo entre dos personas físicas mayores de edad, que decidan convivir y prestarse ayuda mutua, considerándose la relación en cualquier caso como un sistema abierto e incompatible con el matrimonio, hasta el punto de no estimarse en el artículo 1, 6º el comienzo de su vigencia sino hasta después de haber transcurrido un año desde su celebración y preverse en la misma norma la resolución del contrato de unión por el matrimonio de alguna de las partes. Ese concepto puramente instrumental es el único modelo con que nuestro legislador ha concebido que el Derecho debe reconocer una realidad social, y esa es en definitiva la única respuesta que le ofrece.

Por otra parte, no resultan de especial interés las modificaciones que esta Proposición de Ley introduce en el articulado del Código Civil y, por otra parte, la expresa mención al artículo 16, B de la LAU para determinar las personas con derecho a la subrogación⁽⁸⁾, introduce la significativa novedad de acreditar tal derecho no ya solo sobre la base de una convivencia permanente en relación de afectividad análoga a la de cónyuge, sino la efectiva celebración de un contrato de unión civil.

Por lo que al Código Civil respecta, las expresas modificaciones que el texto contempla, parecen estar contempladas con un criterio de pura residualidad, y así los arts. 181, 182, 184 y 189 se limitan a reconocer a los unidos civilmente como representantes y defensores natos del desaparecido y del declarado ausente, al tiempo que los legitima para promover la declaración de ausencia legal, teniendo derecho en las situa-

ciones indicadas a la separación de bienes. Se agota ahí la incidencia de la relación contractual de unión civil que, como se comprenderá, no tiene mayor incidencia que si con ella se hubiera dispuesto expresamente la capacidad de los unidos a constituir un censo enfiteútico o su legitimación para concertar con los acreedores un pacto anticrético, por citar algún otro efecto.

¿Quid de los efectos personales o patrimoniales reguladores tanto de la relación de convivencia misma, como de su régimen económico, como incluso de ciertos efectos sucesorios que la misma pudieran derivarse?. Siempre había creído que la consagración de un régimen de unión libre en un marco normativo propio, sería la antesala del fin de tales situaciones y, desde luego, su definitiva postergación para un reconocimiento a nivel institucional. Porque fijense; ya con anterioridad al texto propuesto, el Código Civil se hacía de algún modo eco de ciertas consecuencias subyacentes a la relación paramarital.

Paradigma de lo que afirmo eran los arts. 101, que extingue el derecho a la pensión en casos de nulidad, separación y divorcio, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona; o el 160 que en casos de pérdida de la patria potestad por algún progenitor, disponía que no obstante no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el hijo y otros parientes y allegados, pudiéndose entenderse bajo esta última referencia al conviviente unido civilmente; o el 320, que permitía la concesión judicial de la emancipación cuando el titular de la patria potestad contrajere nuevas nupcias o conviviere maritalmente con persona distinta del otro progenitor; o la DA 3ª de la Ley de 11 de Noviembre de 1987, reguladora de la Adopción y modificadora del artículo 175 CC, al disponer que las referencias legales a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor, serán también aplicables al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afecti-

vidad análoga a la conyugal; o finalmente la Ley 35/1988, de 22 de Noviembre, reguladora de las técnicas de reproducción asistida, donde se prevé la posibilidad de que el varón no casado preste su consentimiento escrito con el efecto de conferir al documento el carácter indubitado en el marco del artículo 49 LRC para el expediente de inscripción de la filiación no matrimonial.

Pues bien, ¿no eran todos y cada uno de estos efectos de muy superior trascendencia a los que ahora contempla la Proposición de Ley?. ¿Qué lectura tiene una regulación e incidencia de aspectos tan superficiales, aun abriéndoles a los civilmente unidos la vía de la autonomía de la voluntad?. Si a ello añadimos además que para los propios cónyuges aquellos efectos personales previstos en los arts. 67 a 70 CC, a pesar de su tono imperativo, presentan un alto grado de incoercibilidad, reduciéndose su efecto sancionador a tan sólo la posibilidad para el cónyuge no inculpidor de interponer la oportuna demanda de separación, con mucha más razón habrá que afirmar la incoercibilidad respecto de los unidos civilmente para quienes tales deberes alcanzarían a lo sumo la categoría de obligaciones naturales. Nada se diga ya de la total ausencia de mención a unos deberes alimenticios ex artículo 143, cosa por otro lado irrefutable atendiendo a la consideración que al legislador merece la figura cuando, reformando el artículo 23 C.P. califica el hecho de la unión civil de circunstancia mixta de parentesco. Y asimismo de la no inclusión del unido civilmente entre los herederos que bien con carácter legítimo contemplen los arts. 806 y ss., bien como llamados abintestato ex 913 y ss. del Código Civil, resulta la conclusión lógica de restar únicamente abierta para los unidos la vía de disponer por pactos los efectos sucesorios (artículo 1, 6º del texto de la Proposición), con la contundente limitación que para la sucesión contractual en general y para el testamento mancomunado en particular suponen en nuestro Ordenamiento jurídico los arts. 669 y 733 C.C.

Por otra parte, en lo que a un posible régimen económico de la unión civil se refiere, la alusión que contiene el artículo 1, 4º relativa a la necesidad de hacer constar en el contrato la opción elegida de entre las modalidades establecidas en el Código Civil, resulta tan obvio que será el pacto la única fuente para su establecimiento, como impensable la aplicación de alguno de los modelos legalmente establecidos como regímenes económico matrimoniales⁹⁹. Y ello porque, además, resultaría inconveniente y fuera de lugar un criterio mediante el que se creara más o menos imperativamente un sistema económico uniforme para toda situación de unión civil, pues no se olvide que la vía instrumentada por el legislador no es otra que el puro contrato con todas las consecuencias del artículo 1255 pero también con todos sus límites.

Múltiple y variada podría ser al respecto la gama de pactos posibles y tolerados, tales como un sistema individual de adquisición y titularidad de los bienes, la contribución de cada uno al levantamiento de las cargas, las bases de administración y liquidación del patrimonio, el régimen de indemnizaciones en caso de ruptura o desistimiento unilaterales, etc. No pocas dificultades se me antoja revestirían otros modelos cuales la sociedad universal del artículo 1672 CC, fundamentalmente por la más que probable ausencia sistemática del requisito de la *affected societatis* y hasta quizás de una actividad desarrollada en común. Más factible resultan los patrones con que el Código Civil concibe y estructura la comunidad de bienes dado que su fórmula por cuotas, y al estilo de lo que establecen los arts. 392 y ss. del Código Civil, permitiría con relativa facilidad proceder a la distribución tanto de cargas como de beneficios, y hasta para una eventual responsabilidad frente a terceros desde un espíritu análogo al del artículo 1319, 2º que obviara la necesidad de recurrir a soluciones más frágiles cuales las reglas de un mandato tácito o el principio general del abuso de Derecho, sencillamente con criterios de pura proporción a las respectivas aportaciones, o simple-

⁹⁹ La reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Octubre de 1.997, tras apreciar una base fáctica suficiente para reconocer la existencia de una unión de hecho estimable como familia natural al amparo del art. 39, 1º CE, por entender que las partes contendientes constituirían una pareja heterosexual que convivió por espacio de cinco años sobre la base de una recíproca *affectedio*, período durante el que habían adquirido una vivienda en la que fijaron su residencia y cuyo precio se pagó con fondos de una cuenta corriente bancaria a nombre de las dos partes y cuyos asientos positivos fueron efectuados indistintamente por ambas, viene a establecer el siguiente Fundamento de Derecho: « Cuando cesa con carácter definitivo - como en la actual situación -, la convivencia familiar, surge la necesidad de la disolución y adjudicación de la cotitularidad compartida sobre los bienes comunales, sin que represente obstáculo eficiente el que la titularidad de todos o algunos de dichos bienes aparezca a favor de alguno de los componentes de la unión de hecho, debiéndose efectuar en posiciones igualitarias, y a la que se debe aplicar sin duda el régimen que establecen los artículos 392 s.s. del Código Civil.

mente llegado que fuera el momento de la división, según preceptúan los arts. 403 y 405 CC.

Tal vez el esquema patrimonial que personalmente creo más y mejor se ajusta a la figura que tenemos planteada, sea un sistema mixto que permitiera a los civilmente unidos funcionar durante todo el tiempo en que la unión permaneciera activa mediante un régimen de total y absoluta separación de bienes - siempre que la procedencia del bien no ofreciera dudas sobre su atribución privativa -, para proceder finalmente llegado que fuera el instante de la disolución de conformidad con el tradicional modelo de nuestro Derecho Civil, esto es la comunidad romana prevista para cualesquiera situaciones comunitarias.

Semejante fórmula, que hasta podría ofrecer cobertura normativa suficiente al espíritu del artículo 1348, se aproxima sustancialmente al régimen económico matrimonial de participación en las ganancias que, aún a pesar de la escasa fortuna que en la práctica ha merecido si atendemos a la estadística, y tal vez por su relativa complejidad a la hora de liquidar, ofrece la indudable ventaja de permitir un funcionamiento personal perfectamente autónomo durante el plazo de vigencia de la unión, y una participación proporcional en pérdidas y ganancias llegado aquel momento final.

Llegados a este punto, y para finalizar, casi obvio será tener que recurrir a una manifestación expresa con la que concluir nuestra posición al respecto. Aún así no quiero ocultarla y, en ese sentido, considero que siendo la unión de hecho un modelo como cualquier otro de convivencia entre dos personas, perfectamente legítimo dentro de un sistema de pluralismo sociológico como el que pueda resultar hoy de nuestro texto constitucional, allá cada uno con el modo en que ejercite sus más personales opciones y cual entienda es el mejor cauce para el libre desarrollo de su personalidad. Tal vez en esa libertad para asumir los propios errores se halle todo el sentido de progreso e independencia del hombre,

pero no por ello los errores dejarán de serlo por mucho que vengan tribunales y leyes a otorgarles una cobertura material y formal. Sigo pensando, no obstante, que el legislador constitucional se ha excedido en su función de legislador exclusivamente negativo y que, por tanto, su respuesta se ha producido en un espacio y un tiempo en los que no existía ese apremio social con el que se trata de dar suficiente cobertura a la decisión.

No quisiera resultar fatalista ni agorero, pero confieso y hasta advierto el impacto que me causó la lectura de una imagen gráficamente retratada por un sociólogo austríaco, LINTON, quien, tras denunciar los excesos de una malentendida tolerancia, nos describe la apocalíptica escena de un hombre que tras mucho vivir, consume las últimas horas de su vida buscando a su mujer y a su hijo.

O dicho de otro modo, convendrá recapacitar de modo reflexivo y subvenir al dato incontestable de que los planteamientos jurídicos que inciden en las concepciones familiar y matrimonial de una sociedad, no pueden estar nunca presididos por criterios de pura trivialidad o de caprichosas concesiones al individualismo, pues en última instancia son verdaderas *rei publicae* con una altísima dosis de sociabilidad y, por tanto, de transcendencia tal que la conducta de uno afecta a toda una comunidad y para la que es necesaria una exquisita coordinación no solo del Derecho y la Política, sino también de la Ética, la Sensibilidad y la Cultura.

Porque, en efecto, el matrimonio y la familia son fórmulas que habiendo existido siempre en todos los tiempos y civilizaciones, no son sino el resultado final de la destilación crítica de variados y múltiples modelos y ensayos. Quizás ese pulso mantenido con las más ancestrales épocas y sociedades le hayan hecho soportar con éxito todos los embates, para acabar siendo siempre la mejor síntesis de cualesquiera crisis afectivas o sociales serias, hasta convertirse en el más viejo recurso social para combatir las viejas novedades del hombre.