

DERECHO, ANTROPOLOGÍA Y LIBERTAD EN LAS UNIONES DE HECHO *

JUAN IGNACIO BAÑARES

SUMARIO

I • A MODO DE INTRODUCCIÓN. II • PERSONA, LIBERTAD Y SOCIEDAD. III • SEXUALIDAD, LIBERTAD Y MATRIMONIO. IV • LIBERTAD Y UNIÓN DE HECHO. V • EL ESTADO Y LAS UNIONES DE HECHO. VI • LO JURÍDICAMENTE PROTEGIBLE DE ALGUNAS UNIONES DE HECHO.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN¹

Se plantean ahora con frecuencia reivindicaciones variadas con un rasgo común: relación con la sexualidad y pretensión de equiparación a la familia de origen matrimonial. Hace unos meses se publicó, en un medio de comunicación, un artículo que planteaba un concepto de familia que iba todavía más lejos. A tenor de sus propios ejemplos, el concepto de familia debía ampliarse hasta abarcar: un señor con su perro, una viuda con su gato o con su periquito, una divorciada con su tortuga, una pareja de homosexuales, o un hijo al que sus padres han dejado solo. «¿Quién, y con qué autoridad, le impide a alguien erigirse en familia si así lo desea?» —escribía el autor—; y continuaba: «Si la familia responde al concepto de unidad básica de la sociedad, nada resulta más básico y primario que el elemento único. Yo soy yo y mi familia inventada».

El siguiente paso consistía en afirmar que el matrimonio está trastrocado, y que en Austria existen más *familias* formadas por un humano y un perro, que matrimonios tradicionales: «Desengañémonos —decía—: el vínculo que une al hombre y al perro es tan sólido como el que existe

* Este artículo fue escrito para el volumen de Homenaje al Prof. José María Díaz Moreno. Agradezco a los Coordinadores de ese trabajo su permiso para incluirlo en esta Revista.

1. Se ha respetado —en buena parte— el tono coloquial que dio origen a estas reflexiones.

entre marido y mujer, por no decir más sólido, como es el caso con demasiada frecuencia».

La conclusión del autor era clara: la familia, en la sociedad occidental, debe morir: «¡familias, me dais risa!» —afirmaba—. En su lugar, sugería otro tipo de uniones —cualesquiera que sean— con la sola condición de que, al menos uno de los sujetos, sea un ser humano. Aparte de la descalificación del matrimonio, lo que ofrecía el artículo era, simplemente, esa propuesta de nuevo concepto de familia. Sólo que en el fundamento parece que se encuentran dos errores de cierta entidad.

En primer lugar, nadie ha dicho que la familia responda al concepto de *unidad* básica de la sociedad —como si se negara la existencia de individuos en su seno—, sino que constituye el *núcleo* básico de ésta: es decir, que da lugar a las relaciones más íntimas de la persona —las del parentesco—; que la relación permanente entre varón y mujer —la familia de origen matrimonial— constituye el modelo más humano y más humanizador para recibir a las sucesivas generaciones según la dignidad de la persona, introducirlas en las relaciones de parentesco y en la sociedad, y transmitirles la herencia cultural.

En segundo lugar, es evidente que si se define la familia como «lo que yo quiero para mí», a partir de ahí puede comprender lo que sea: no se entiende por qué sólo poner ejemplos de animales; también podrían ser las rosas de mi jardín... o —¿por qué no?— mi coche, mi cepillo de dientes, mi sueldo; quizá incluso mi afición a la música *tecno*, mi salud, o mi aversión a las corbatas amarillas. En efecto, si el fundamento último es lo que yo quiero, entonces no hay por qué limitarlo ni siquiera a la esfera de los seres animales: es evidente que hay gente que ama más su poder o su fama que a todos los animales del mundo juntos.

Quizá lo que ocurre es que en el artículo en cuestión se confundían varios asuntos distintos: una cosa es que yo sea libre de amar lo que quiera, sin que se me coaccione; otra cosa es la posibilidad de engendrar hijos; otra cosa es fundar una relación estable basada en el carácter complementario de la mujer y el varón, y en la posibilidad de la maternidad y paternidad consiguiente; otra cosa es la relación entre los seres humanos unidos por el parentesco en sus distintos grados, y su introducción en la sociedad; y otra es la atribución de derechos y deberes —de relaciones

jurídicas— que la sociedad deba reconocer a cada tipo de unión. Todos esos fenómenos son reales, por supuesto, pero diversos entre sí.

Lo que parece que se le escapa al autor es que precisamente se ha llamado familia al tipo de sociedad que reúne de un modo particular y natural *todos* estos fenómenos simultáneamente. Es cierto, por tanto, que cada uno de ellos constituye un elemento del mundo familiar, pero eso no significa que cada uno de ellos sea «la familia». Del mismo modo que si barajo las letras de una palabra, resulta un término distinto. Es cierto que la familia de origen matrimonial tiene su inicio en un acto de libertad... pero quizá no es igualmente cierto que cualquier acto de libertad—independientemente de su objeto— pueda dar lugar a una familia.

De una parte, habrá que atender a quienes sufren un abandono injusto. De otra parte, habrá quien argumente a favor o en contra de determinadas conductas. Pero, en todo caso, una cosa es el tratamiento jurídico de un mero fenómeno de voluntad individual —o dual—, y otra cosa es la realidad de la diferencia que existe entre eso y la familia. Por eso, antes de reclamar equiparaciones en derecho, conviene pararse a considerar si los hechos —y su dimensión de justicia— son equiparables. Mientras no se demuestre que una unión de otro tipo es igual que el matrimonio y/o aporta los mismos beneficios y ventajas sociales que éste, convendrá llamar a cada cosa por su nombre, y darles el tratamiento adecuado. No es cuestión de represión ni de marginación, sino de sentido común: uno es libre para vivir su sexualidad como quiera, pero no cualquier forma de vivir la sexualidad en privado comprende los elementos que conforman a la familia de origen matrimonial ni aporta los mismos valores a la sociedad: y el reconocimiento de determinados efectos jurídicos es consecuencia precisamente del reconocimiento de sus valores específicos. Una cosa es estar con quien quiera y hacer lo que quiera, y otra el derecho a llamar a eso como quiera y a exigir arbitrariamente el reconocimiento de lo inexistente.

De un lado, no es justo reducir el matrimonio a la sexualidad: gracias a Dios es cada día más reconocida la riqueza personal de su contenido (y por lo demás, para el simple *uso* del sexo no hace falta el matrimonio). De otro lado, no se puede confundir la libertad del sujeto con los valores sociales: yo soy libre de expresarme libremente y escribir lo que desee, pero eso no me da derecho a que el Estado publique mis libros. Si se reduce la familia y la vida matrimonial a la pura libertad, entonces

pronto estaríamos en la propuesta del autor del artículo citado. Pero en ese caso no se ve por qué debe existir un privilegio en los temas de sexo: sería más coherente aceptar hasta el final la tesis del artículo: la familia sería la unión de un sujeto humano con lo que prefiera. Sólo que la propuesta en realidad es engañosa: no plantea un nuevo concepto de familia, sino que se limita a confundirla con la libertad de sentimientos (libertad que, por otro lado, nadie niega). Por eso conviene detenerse a pensar qué es cada cosa, llamarle por su nombre, y tratar de atribuirle efectos jurídicos en relación con la aportación directa a la sociedad. Es mejor hablar de realidades antes que de nombres, y reservar luego un nombre distinto para cada realidad diferente.

El objeto de estas líneas no es otro que hacer notar un presupuesto bastante extendido en la mentalidad actual de la sociedad occidental de consumo: «no importa lo que la realidad sea, sino lo que yo quiero o siento acerca de ella». La consecuencia, sin embargo, en el campo del derecho, es grave: porque la justicia debe procurar atribuir a cada realidad lo que es suyo, lo que le es debido... y eso no cabe sin conocer previamente la naturaleza de la realidad de que se trata.

II. PERSONA, LIBERTAD Y SOCIEDAD

Sin duda el concepto de libertad en el ámbito político significa un enriquecimiento cultural y una defensa de la dignidad de la persona humana: precisamente porque en muchas cuestiones complejas referidas al bien común no pueden establecerse dogmas, es necesario respetar las opiniones diversas de los ciudadanos y las diferentes iniciativas de los grupos sociales. El fundamento está en la libertad de pensamiento, de expresión y de acción de la persona —individualmente, o asociada— y en la primacía de ésta sobre lo colectivo: hasta el punto de que se entiende el bien común como el conjunto de condiciones que facilitan el desarrollo de las personas en el ámbito de la comunidad política².

2. Resulta tan claro este principio que la Iglesia no ha tenido reparos —al revés— en defender el principio de libertad religiosa (sin que ello quiera decir que acepte que todas las religiones participan igualmente de la verdad natural y de la verdad revelada: una cosa es mantener que uno tiene la verdad, y otra diferente —y compatible— aceptar que tal verdad no puede ser impuesta y en consecuencia respetar a quien está en el error: esto es lo que la Iglesia defiende).

Por otro lado, la persona no es un sujeto encerrado en sí mismo, y por tanto su actuación afecta —no puede no afectar— a los demás, y al conjunto de la sociedad en la que está inserta. De hecho, el ejercicio de los derechos —también de los derechos fundamentales— tiene, a su vez, el límite del bien común: de lo que dañaría ese conjunto de condiciones que permiten el mejor desarrollo de las personas. Es decir, la libertad de las personas, en la medida en que tiene mayor repercusión social, debe ser regulada en su ejercicio y en sus límites para que no dañe los derechos de otros o el bien de la sociedad. Así, la persona goza de sus derechos desde el primer momento, pero no puede ejercerlos todos y siempre de manera arbitraria: p. e., algunos derechos —como el del sufragio universal— no pueden ser ejercidos hasta la mayoría de edad; el derecho a elegir el cónyuge, exige que la otra parte acceda a contraer matrimonio, etc.

Cuando se arranca de un liberalismo cerrado, se entiende el individuo justamente como algo aislado en sí mismo, y su libertad como un absoluto. Se tiende a pensar que todo lo que *quiero* engendra un *deber* correlativo por parte de la sociedad. A partir de ahí, se corta el nexo entre la libertad del individuo y el contenido de los valores por los que opta. No interesa cuál sea el contenido de mi voluntad, sino el hecho de que yo lo quiera. Y a su vez, llegados a este punto se incurre fácilmente en la siguiente secuencia: a) quien rige la sociedad —el estado— no puede determinar unos valores por encima de otros; b) por respeto a la libertad de cada uno, hay que considerar iguales todas las opciones; c) por tanto cualquier reivindicación tiene fuerza absoluta simplemente porque alguien la quiere y reclama; d) el derecho debe ajustarse a toda reivindicación, si no quiere incurrir en la injusticia de una discriminación en razón de la libertad de las opciones individuales. Más adelante volveremos sobre ello.

El sofisma se encuentra precisamente en que no todos los valores son iguales, ni todas las opciones de voluntad se enraízan en un bien que merezca la protección social, ni implican relaciones intersubjetivas que entrañen una dimensión de justicia y por tanto menos aún pueden exigir la *misma* protección social. En realidad, sólo puede hablarse de discriminación injusta cuando a lo que es *igual* se le otorga sin motivo un tratamiento desigual, no cuando se tratan de manera dispar realidades distintas; en este caso la distinción es justa: más aún, obligada, porque la discriminación estaría precisamente en tratar idénticamente lo diverso.

III. SEXUALIDAD, LIBERTAD Y MATRIMONIO

Si se entiende la sexualidad como algo que el sujeto tiene a su libre disposición —independientemente de la orientación de sus opciones y usos—, como un accidente corporal disponible para la búsqueda de placer u otros fines subjetivos, se parte ya de la ruptura entre persona, corporeidad, sexualidad, amor conyugal, generación y relaciones de parentesco. A partir de ahí puede elegirse —y exigirse luego en el ámbito social— cualquier combinación de los elementos: heterosexualidad u homosexualidad, vínculo o ausencia de él, derechos y obligaciones (como contenido de la relación jurídica del vínculo) o pura facticidad, acto sexual sin generación, o generación sin acto sexual, paternidad/maternidad (desde la propia pareja, a través de la intervención artificial, o incluso por encargo, a través de otros) y filiación, permanencia o no del vínculo establecido —a voluntad—, efectos patrimoniales y sucesorios, etc.

Los errores subyacentes en este planteamiento —y sus consiguientes exigencias sociales—, provienen, como ya advertimos, del alejamiento de la verdad sobre el hombre, y a partir de ahí de la consideración de que el Estado tiene que permitir toda opción en plano de igualdad, y protegerla jurídicamente equiparándola en sus efectos. Lógicamente la crítica de esta opinión pasa necesariamente por recordar algunos principios antropológicos básicos: a) el hecho de la igualdad personal de varón y mujer; b) el hecho de que mujer y varón son igualmente personas a la vez que lo son de diverso modo: con una distinta modalización sexual —femenina o masculina—; c) la existencia de cierta complementariedad entre los sexos; d) la atracción entre los sexos; e) la posibilidad de un amor específicamente centrado en la diferenciación sexual; f) la relación existente entre la diferenciación sexual y la posibilidad de generación de los hijos; g) la posibilidad de un compromiso que establezca una relación estable cuyo objeto tenga como contenido propio lo que son varón y mujer en cuanto tales (en lo referente a la dimensión sexuada de la persona humana: a lo conyugable); h) la responsabilidad natural de los padres respecto a sus hijos y la importancia de su función; i) la influencia y el papel de la familia de origen matrimonial en el ámbito de la sociedad³.

3. Cfr., acerca de la «juridicidad constitutiva de la familia», F. D'AGOSTINO, *Elementos para una filosofía de la familia*, Madrid 1991, pp. 57-86.

Si se acepta la posibilidad de un amor específico entre mujer y varón, es obvio que tal amor inclina (de por sí) a una intimidad, a una cierta exclusividad, a la generación de la prole y a un proyecto común de vida: cuando se quiere eso, y se quiere de modo que se le otorga al otro la capacidad de exigirlo, se produce la real entrega y aceptación de mujer y varón en todo lo conyugable, a título de deuda: es decir, se otorga y recibe el título real de coposesor de uno mismo en toda la dimensión sexuada —feminidad o masculinidad— de la persona humana. A esto se llama —en la tradición histórica cristiana de occidente— matrimonio: «L'amor coniugalis, pertanto, non è solo né soprattutto sentimento; è invece essenzialmente un impegno verso l'altra persona, impegno che si assume con un preciso atto di volontà. Proprio questo qualifica tale amor rendendolo coniugalis. Una volta dato ed accettato l'impegno per mezzo del consenso, l'amore diviene coniugale, e mai perde questo carattere. Qui entra in gioco la fedeltà dell'amore, che ha la sua radice nell'obbligo liberamente assunto. Il mio Predecessore, il papa Paolo VI, in un suo incontro con la Rota, sintenticamente affermava: "Ex ultroneo affectus sensu, amor fit officium devinciens" (AAS 68 [1976], 207)»⁴. De hecho es común —aun entre los partidarios del divorcio— sostener que la forma ideal de unión es el matrimonio permanente.

A partir de ese vínculo —que es puesto en marcha por el acto de libertad humano, pero que establece la propia naturaleza, que es la que ofrece una estructura abierta a la posibilidad de una peculiar comunión del tipo descrito—, se deriva la realidad de la familia con las relaciones de parentesco directo (las derivadas de la generación —paternidad, maternidad, filiación, fraternidad—) o indirecto (las que provienen del parentesco directo de la otra parte: suegros, cuñados, etc.). En cualquier caso, la raíz inmediata de todo parentesco radica en la generación, que es la que enlaza padres e hijos y les atribuye una relación de justicia. Pero a su vez el ámbito humano y humanizador por excelencia de la generación lo constituye precisamente la conyugalidad, que es la raíz última de la generación propiamente humana, que da el origen debido a las demás relaciones. Es decir, el parentesco es una realidad biológica que se esta-

4. JUAN PABLO II, *Discurso al Tribunal de la Rota Romana con ocasión de la apertura del Año Judicial*, el 21 de enero de 1999.

blece como una relación en el orden mismo del ser a través de la generación; pero a su vez, la dignidad de la persona humana —de los padres, y de los hijos— exige que su fuente sea la conyugalidad, que es la única relación que se da en el orden del ser y que no proviene de un origen biológico sino de un acto específico de libertad por el que una mujer y un varón se constituyen en esposos. Por eso se puede decir que la conyugalidad es la forma propiamente humana de dar origen a las demás relaciones que se dan en el orden del ser. Tanto la conyugalidad como el parentesco están comprendidos en lo que podemos llamar «relaciones familiares», pero es propiamente la conyugalidad la que hace que sean también «familiares» las relaciones de parentesco.

IV. LIBERTAD Y UNIÓN DE HECHO

Ciertamente una persona puede vivir, en función de su libre albedrío, de modo acorde o no con la propia naturaleza, y por tanto puede optar por un uso de la sexualidad distinto del previsto por la misma naturaleza y de su finalidad propia. Lo que resulta erróneo es sostener que cualquier cosa que yo pueda hacer debe tener la misma consideración que una cosa de naturaleza diversa: yo soy libre para cursar la carrera de ciencias económicas y empresariales, pero no tengo derecho a exigir luego el título de arquitecto. Como hemos dicho, una cosa es que dos realidades sean iguales entre sí; otra, que tengan un nombre igual o diferente; y otra, que les correspondan iguales o diferentes efectos.

A partir de estas premisas, hay que advertir que no es lo mismo utilizar la sexualidad arbitrariamente, que establecer una realidad matrimonial y fundar una familia; y no es lo mismo tampoco para la sociedad, por el tipo de relación existente entre los sujetos, por la importancia que tiene la recepción y educación de los nuevos ciudadanos y por la función social que desarrolla la familia. No se trata solamente de una cuestión moral: se trata de dos contenidos *objetivamente* diversos, incluso con independencia de la valoración moral que se les quiera atribuir.

La pretensión de quienes se unen como pareja de hecho es la siguiente: a) una cohabitación con cierto contenido sexual; b) el rechazo

directo de cualquier relación precisa; c) la negación —en consecuencia— a aceptar ningún vínculo: la unión de hecho es la expresión directa del llamado «amor libre», es decir, desprovisto de toda implicación; d) la negación de cualquier contenido objetivo entre ellos: si no existe relación, ni vínculo, no existen derechos ni deberes; e) la aceptación expresa de que cada miembro de la pareja puede hacer lo que quiera, cuando quiera y mientras quiera, sin deber al otro ninguna particular obligación, cuidado, ni siquiera explicación o justificación de su conducta. La realidad que se pretende aquí, por tanto, no sólo es totalmente distinta del matrimonio, sino que le es contraria: es *el negativo* del matrimonio, es la voluntad precisa y clara del no-matrimonio (que nace históricamente, de hecho, como oposición al matrimonio —canónico, o aun civil— y como rechazo a toda intervención de la sociedad)⁵.

V. EL ESTADO Y LAS UNIONES DE HECHO

Los estados modernos han sentido desde sus inicios la necesidad de proclamar los derechos y libertades del hombre. Una necesidad que se ha traducido en un esfuerzo inmenso para recoger, describir y garantizar esos derechos y esas libertades en textos escritos. Nunca como en los últimos siglos se han aprobado declaraciones de derechos, constituciones y códigos, leyes, decretos y reglamentos —civiles y penales, laborales y administrativas...— para defender los derechos del hombre frente a las arbitrariedades nacidas al abrigo de la acumulación del poder del más fuerte, privado o público.

Dentro de ese esfuerzo legislativo, los estados modernos comenzaron a exigir una forma de celebración del compromiso matrimonial y su correspondiente inscripción en un registro; en unas ocasiones, acep-

5. Otra cosa es el caso —común en ciertos países en los que falta cierta formación y la legislación divorcista se ha prolongado durante décadas— en que una pareja, por entender mal la intervención de la Iglesia (o de la sociedad civil, si no son católicos) en el matrimonio, se unan y establezcan una familia sin querer casarse ante nadie, pero con verdadera voluntad de mantener una relación matrimonial: es decir, dándose y aceptándose como esposos, con todas las obligaciones y derechos de éstos. En estos casos puede hablarse de una *verdadera* voluntad matrimonial subjetiva —que no ha llegado a engendrar el vínculo por falta de la forma exigida para su validez—, más que de una simple unión de hecho: ya que la unión de hecho rechaza la forma como *expresión clara de su ausencia de voluntad matrimonial*.

tando la forma canónica; en otras, estableciendo una forma civil única. La sociedad moderna juzga que el mundo de las relaciones que nacen con el matrimonio no es una realidad exclusivamente individual; la realidad matrimonial y familiar genera unos derechos y unos deberes entre los cónyuges, y de los padres en relación con los hijos, y del Estado en relación al núcleo familiar... que por ello mismo merecen —exigen— ser protegidos socialmente.

Con todo, como hemos visto, en nombre de la libertad del amor, algunas parejas se negaron entonces y se niegan hoy a aceptar esas exigencias. Rechazaron y rechazan cualquier calificación jurídica, precisamente porque no quieren el matrimonio; no pretenden establecer una relación de cónyuges entre ellos, sino simplemente convivir. En este sentido, lógicamente no pueden aceptar los rasgos, los requisitos, las características ni los efectos propios del matrimonio⁶. Estas parejas entienden que lo único existente entre ellos es su afecto mutuo y la voluntad libre de permanecer haciendo vida en común, o de interrumpirla si libremente lo desean. Así pues, hacen vida en común y asumen —en su caso— la relación de paternidad o maternidad: pero rechazando cualquier intervención de la sociedad.

Desde el punto de vista moral es claro que esta actitud no respeta la dinámica del amor conyugal propio de varón y mujer: éste, por tratarse de un amor entre personas, va orientado a una peculiar comunión entre ellas, y en consecuencia exige un compromiso adecuado que dé razón de la totalidad de su entrega en todo lo conyugable. Una entrega total de lo que uno es como persona masculina y femenina exige el establecimiento de un vínculo permanente y exclusivo, tanto por la dignidad de los propios cónyuges como por la de los hijos que puedan ser fruto de esa unión. Ahora, sin embargo, dando por sentadas estas razones morales, nos queremos fijar principalmente en otro aspecto: la propia dificultad de coherencia que se plantea en el ámbito jurídico cuando se realiza una acción marginal al derecho y simultáneamente se pretende acudir a éste buscando su protección y sus efectos.

6. Cfr. P. J. VILADRICH (dir.), *Documento sobre la Familia (de 40 ONG's, presentado en Madrid el 26 de noviembre de 1994, en conmemoración del Año Internacional de la Familia)*, Pamplona 1995, pp. 25-44; cfr. J. CARRERAS, *Las bodas: sexo, fiesta y derecho*, Madrid 1994, pp. 132-138.

Paradójicamente, ahora que los ámbitos de libertad están más desarrollados que nunca en los estados de derecho, algunas parejas de hecho han pedido —o incluso exigido— un registro en el que puedan inscribirse como tales. A primera vista, tal vez no sea fácil entender qué ha ocurrido para que se produzca esta inversión de papeles, impensable hace pocos años, y por qué esa nueva demanda social. Por eso hay que hacer notar que esta demanda no proviene de un cambio de concepción de la unión de hecho. Quienes mantienen una relación de este tipo no pretenden que su unión sea reconocida como matrimonio: siguen rechazando su concepto y sus rasgos. Sí pretenden, sin embargo, ser reconocidos *de otra forma* —justamente como lo que son: una pareja de hecho—; y pretenden igualmente que ese reconocimiento les permita disfrutar de ciertos efectos jurídicos, propios del matrimonio, que les parecen ventajosos y convenientes: p.e., relativos a bienes patrimoniales, impuestos, sucesiones, etc. Es decir: no quieren aquello que la sociedad entiende como matrimonio, pero solicitan de la sociedad un trato equiparable en el ordenamiento jurídico.

No se trata aquí de analizar cada una de las opiniones que se defienden al respecto sobre el alcance de esa equiparación⁷. Se trata más bien de señalar que el rechazo terminante a ser considerado matrimonio tal vez no sea el mejor fundamento para pedir un tratamiento jurídico parejo. Por una parte, el matrimonio está definido en la sociedad civil como un tipo de relación concreta. Y por otra, la regulación del matrimonio no se limita a definirlo y establecer determinados efectos: también señala requisitos y rasgos propios. En definitiva, los efectos vienen como consecuencia del *tipo de relación* que el matrimonio es, y de sus características propias. Pues la sociedad entiende que la relación matrimonial afecta a su entramado nuclear y a un derecho fundamental de la persona y —en consecuencia— intenta describir y proteger la relación en sí y la libertad de quienes desean contraerla. Pero en una unión de hecho la realidad es diferente: precisamente por ser *de hecho*, esa unión rechaza lo demás. Por ello los problemas que plantea esa pretendida equiparación no son de solución fácil.

7. Puede verse, p.e., una buena presentación de la cuestión en C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Diagnóstico sobre el Derecho de familia. Análisis sobre el sentido y los contrasentidos de las transformaciones contemporáneas del derecho de familia*, Madrid 1996, especialmente pp. 59-78/115-156; tiene también notable interés el comentario de F. AZNAR GIL *Las parejas no casadas: nota a propósito de algunas publicaciones recientes*, en REDC 53 (1996), pp. 811-822.

Respecto a su origen y naturaleza, resulta ciertamente difícil saber *en qué consiste esa relación*, y por qué deba tener un reconocimiento público, si no existe entre la pareja ningún compromiso. Es decir, se trata del simple hecho de que un varón y una mujer han decidido compartir algo de su vida durante un tiempo expresamente indeterminado, pero sin *ser nada* entre ellos. Ahora bien, si no reconocen en esa unión una relación especial que dé lugar a derechos y deberes, cuesta discernir qué debe proteger el derecho. Porque si la relación misma permanece por definición absolutamente abierta, es imposible que obligue a nada —entre ellos— y por tanto que afecte de alguna manera a la justicia.

Por ello la acusación de discriminación en el tratamiento de las uniones de hecho es injusta pero, sobre todo, falsa: es injusta precisamente por ser falsa. La institución matrimonial ciertamente protege no sólo el derecho fundamental de la persona al matrimonio, sino también el matrimonio mismo como *bien social*, como parte integrante del bien común: y esta protección la debe el Estado a la sociedad y a cada ciudadano. Lo que es un bien de carácter público o social, se debe proteger; si además, esa institución contiene en sí misma una dimensión de justicia entre las partes o respecto a la sociedad misma, entonces la sociedad debe reconocer, facilitar y proteger las relaciones afectadas por esta dimensión. Por ello es congruente que la sociedad —tanto la eclesial, como la civil— proteja la institución matrimonial. Es decir, el derecho debe actuar cuando hay un bien que debe ser protegido jurídicamente: cuando existe una relación entre partes que entraña una dimensión de justicia, y se debe determinar qué es lo justo, qué corresponde a cada uno.

En cambio quienes se unen de hecho no «fundan» nada, no se dan o reciben a título de deuda, no engendran en su relación ninguna dimensión de justicia: todo empieza y se acaba en una cuestión fáctica y privada (que es justamente lo que quieren tales parejas). La cuestión es que para ejercer esa libertad, no *necesitan* de ninguna protección específica de la ley: basta que de hecho vivan juntos, como quieran y el tiempo que quieran. El Estado puede abstenerse de considerar esa conducta privada. Lo que no puede es decir que existe lo que no existe: una dimensión de justicia; si lo que quiere la pareja es pura expresión de su sexualidad, y se basa en el puro hecho, en la falta de contenido relacionado con lo justo

—no hay obligaciones ni derechos—, obviamente el Estado no tiene nada que regular: no hay un qué —una materia debida—.

Por otra parte, tampoco resulta fácil explicar por qué deben otorgarse ciertos efectos jurídicos a este tipo de uniones, y no a otras. Si el Estado atribuyera efectos jurídicos a esa situación, discriminaría a otras muchas formas de convivencia y de colaboración por el hecho de no contener una dimensión sexual: ¿por qué habrían de gozar de determinados beneficios propios de los cónyuges quienes no quieren serlo si tienen vida sexual común, y en cambio no podrían tener esos beneficios quienes viven juntos por otros motivos no relacionados con la sexualidad? Por ejemplo, una de las partes podría dejar como heredera a la otra y la transmisión de la herencia se haría como si fueran cónyuges; en cambio un anciano que ha sido cuidado diligentemente por una sobrina soltera durante años, no podría favorecerla del mismo modo.

En resumen, el Estado no debe regular esas uniones porque no existe un derecho a su protección jurídica ni constituyen una parte integrante del bien común. Una cosa es que se prohíba una determinada conducta que yo escojo para mí —cuya relevancia, respecto a un posible perjuicio para la sociedad *deberá* valorarse adecuadamente y *podrá* tolerarse en determinados casos y situaciones históricas— y otra cosa es exigir el mismo trato que merece una institución distinta y opuesta. Por tanto, nos encontramos con que no hay nada que regular por parte de la voluntad de los que así se unen; no es un bien común para la sociedad; es un ámbito privado de la vida de los ciudadanos que no puede dar lugar a privilegios; y discriminaría a otros sujetos y/o situaciones por razón de la sexualidad.

Por otra parte, el mero hecho de legislar sobre este fenómeno social engendraría confusión acerca del matrimonio mismo —que sí constituye parte del bien común de la sociedad—, y facilitaría su decadencia al equiparar en el sistema jurídico un *modo* distinto y contrario de vivir la sexualidad —y, en su caso, la generación y las relaciones de parentesco—, rechazando todo compromiso. La libertad de los ciudadanos se respeta sobradamente con la tolerancia: en cambio, no parece existir ningún argumento por el que se deban reconocer efectos a estas uniones, en cuanto tales.

Por lo demás, otra dificultad añadida sería discernir qué y cómo debe regularse *lo no regulable*. Sería necesario tener en cuenta cierto

grado de parentesco, pues no parece adecuada una unión de abuela y nieto, o de hermano y hermana; también habría que considerar una edad mínima, e igualmente el no estar casado con otra persona, o ser sujeto de otra —u otras— uniones de hecho. Pero entonces se acabaría reinventando los actuales impedimentos: de edad, de parentesco, de vínculo.

Además, el hecho de la inscripción en un registro —firmada por ambos— en el fondo se convertiría en una «forma jurídica» de la unión. En un modo externo de manifestación de la voluntad de convivir, ante la sociedad que la recibe y reconoce.

Y por último habría que atender a la protección de la libertad y a la capacidad de quienes solicitan la inscripción. Y ello supondría de nuevo una regulación acerca de la voluntariedad de las partes y de sus posibles defectos.

Pero resulta que los impedimentos, la forma de celebración, y la regulación del consentimiento, constituyen precisamente el esqueleto del tratamiento jurídico del matrimonio. De este modo, se llegaría a la contradicción de volver a «inventar» un verdadero sistema —un nuevo ordenamiento jurídico— no-matrimonial, paralelo al matrimonial, para regular lo que no quiere ser regulado, y otorgar unos efectos cuasi-matrimoniales a unas uniones no-matrimoniales. Es decir, se multiplicaría lo formal por parte de la intervención de la sociedad —del sistema jurídico—, sólo que sin contenido objetivo: puesto que no existe vínculo, ni compromiso, ni obligaciones entre las partes. Las uniones de hecho quedarían como una especie de «matrimonio de segunda» con efectos —en definitiva— exclusivamente patrimoniales y económicos.

Por otro lado, podrían existir nuevas parejas que no quisieran ese tipo de regulación, y a su vez pasado el tiempo podrían solicitar unos efectos equiparables. Es más, si se impusiera un registro para tales uniones, y algunas no quisieran registrarse, no se solucionaría el problema, porque —pasado el tiempo— también podrían exigir un trato equiparado: pues podrían dar lugar igualmente a situaciones concretas que afectan a la justicia —obligaciones naturales, como veremos enseguida— y habría que resolverlas de modo adecuado.

Es cierto que, en algunos casos, de la unión de hecho pueden llegar a derivarse situaciones que sí afectan a la justicia: p.e., las relaciones con los hijos habidos. Pero la relación de paternidad, maternidad y filia-

ción ya está regulada por la ley, también cuando es ilegítima o extramatrimonial. ¿Y la relación de conyugalidad? Ésta es, precisamente, la que nunca han querido tener, porque querer ser cónyuges es justamente querer casarse: querer convivir juntos sin casarse es querer no ser cónyuges; de ahí que no puedan exigir precisamente el trato que se da a quienes son cónyuges —precisamente por el hecho de serlo—.

VI. LO JURÍDICAMENTE PROTEGIBLE DE ALGUNAS UNIONES DE HECHO

Como es obvio, pueden darse casos de convivencia en común que engendren obligaciones naturales (aun cuando entre las partes expresamente se hayan negado siempre a reconocerlas). Por ejemplo, parece justo que quien ha convivido prolongados años de su vida con alguien con quien ha engendrado hijos, a quien ha cuidado como si fuera cónyuge, y por quien ha dejado posibilidades personales de trabajo, ganancias, seguridad de futuro, etc., pueda quedar protegida si, en la ancianidad, se ve abandonada de la otra parte: porque con los hechos sucesivos ha llegado a conformar una verdadera prestación, con renunciaciones a bienes propios, etc. Pero admitir esto no quiere decir legalizar a las uniones de hecho: significa reconocer una obligación natural en determinados supuestos, no por constituir matrimonio —o tipo alguno de unión formal— sino porque merece que se le retribuya de algún modo lo que ciertamente dio a lo largo del tiempo (incluso se podría ver ahí un pacto implícito en cuanto a las cuestiones de bienes se refiere: mientras tú te dedicas a mí, yo cuido de ti)⁸.

En el fondo, al solicitar un registro probablemente se está apelando a una cierta tendencia de estabilidad como fundamento de las exigencias que se plantean. Pero la contradicción reside entonces en que la esencia misma de la unión de hecho rechaza todo compromiso de

8. En algún caso, y respecto a determinadas cuestiones patrimoniales, quizá podría aplicarse una cierta analogía con lo matrimonial: precisamente en la medida en que —pese a la voluntad de las partes— la vida de la pareja se haya desarrollado *al modo* del matrimonio. Pero como no son unión, sino hecho, sólo con el tiempo se puede decir si existe o no algún parecido entre la relación sostenida y la vida matrimonial. Curiosamente sólo ese parecido —que siempre han rechazado formalmente— será lo que venga a justificar un tratamiento también *parecido* al que se da en una familia de fundación matrimonial.

futuro. Y una relación hecha de meros «instantes», al no vincular conductas, no puede exigir implicaciones *a priori* por parte de la sociedad, o de terceros.

Como hemos señalado, las razones que con frecuencia se alegan para solicitar los efectos aludidos parten frecuentemente de casos penosos y extremos. Ante estas alegaciones, se puede recordar —como han hecho numerosas sentencias judiciales— que escogieron libremente ese tipo de unión, que supone aceptar el riesgo derivado de su apertura permanente: de hecho, es eso lo querido por ellos: ningún compromiso. Con todo quizá, en estos casos, se está apelando inconscientemente a otras razones de justicia.

En efecto, si bien no parece claro que la voluntad de instaurar una unión de hecho tenga títulos para exigir derechos, sin embargo también es patente que *la realidad* —el hecho continuado— de una vida en pareja, de la generación de hijos, de la convivencia a modo de matrimonio, origina ciertos derechos en función de los hijos —y de las relaciones de parentesco— y del tiempo y conductas dedicados realmente por la pareja que forma la unión. El *hecho* de la voluntad inicial, cuando se hace *tiempo*, se multiplica en muchos hechos enlazados... y éstos sí pueden dar origen a una dimensión de justicia, porque ha existido una relación intersubjetiva con prestaciones mutuas implícitamente aceptadas por ambas partes.

Por eso no parece adecuado plantear el tema jurídico en el momento *inicial*, en su origen formal a través de la inscripción en el *registro*, sino —cuando sea necesario— acudiendo a los tribunales para que decidan dónde está la justicia y dónde la injusticia en función de la conducta libremente vivida por las parejas. Así permanecerán en el ámbito estrictamente privado, pero se podrá dar fuerza a los hechos vividos como tal pareja en el momento jurisprudencial: cuando se puede probar que una concreta unión de hecho llegó —también por vía de hecho— a engendrar derecho. Y el contenido de la prueba estaría basado en la efectiva vida de pareja y con los hijos. La nueva paradoja es que, al final, el derecho surge precisamente por la relación de permanencia, dedicación mutua y paternidad y maternidad común vivida responsablemente: es decir, cuando se asumen —por vía de hecho— los fines de la vida matrimonial y familiar a la que desean equipararse.

Quienes se casan, porque comprometen conductas de futuro, engendran *en su inicio* relaciones de justicia entre ellos y con la sociedad; las uniones de hecho, porque rechazan tal compromiso, no pueden dar lugar a tales relaciones en su comienzo, sino en la medida del desarrollo de la convivencia mutua: y determinar la justicia en tales supuestos de hecho —también por la variedad y complejidad que presentan— parece más acorde con la tarea específica de los jueces. En resumen, para solucionar los casos referidos no parece necesario legislar la institución en sí (que tampoco es institución) sino ver el modo de resolver la protección de la parte débil en cada caso, sin establecer una figura jurídica que resulta ambigua: el modo concreto de hacerlo (a través de la jurisprudencia, o de otros cauces adecuados), deberán estudiarlo los profesionales del derecho civil de familia: lo importante es respetar la identidad del matrimonio, y no caer en la falacia de llamar igual a lo distinto⁹.

Obviamente no se trata de ignorar los atropellos que puedan producirse, ni de impedir la justicia; al contrario, se trata de determinar el modo más adecuado para resolver aquéllos aplicando ésta. A la vez, el Estado debe tomar la precaución de reforzar las defensas del matrimonio: con su protección, favoreciendo las condiciones que le ayudan a desarrollarse, a través de la educación, etc. Como recordaba recientemente el Presidente de la Conferencia Episcopal Española: «Las relaciones humanas de este género son la fuente básica de la constitución y educación de la persona. Son el lugar apto para la generación de nuevas vidas humanas y la escuela integral en la que se pueden poner las bases de una personalidad abierta a la Verdad del hombre. Por eso la familia merece toda la atención y todo el respeto por parte de la Iglesia, del Estado y de la sociedad (...) En los últimos meses asistimos a una especie de campaña en la que todas estas situaciones aparecen intencionadamente mezcladas para pedir una regulación jurídica que las abarcara a todas bajo el concepto general de “parejas de hecho” o “uniones de hecho”. Los legisladores habrán de saber distinguir y discernir si se dan situaciones que merecen en realidad un tratamiento legal especial que evite discriminaciones e injusticias o si este objetivo se puede lograr ya mediante una

9. Sobre el tratamiento de las parejas de hecho en el derecho europeo y anglosajón, cfr. R. NAVARRO VALLS, *Matrimonio y Derecho*, Madrid 1994, pp. 66-89. Sobre el Derecho civil español, puede verse J. CALVO ÁLVAREZ, *Consideraciones en torno a las uniones extramatrimoniales*, en «Ius Canonicum» 36, n. 72 (1996), pp. 515-537.

aplicación oportuna de la legislación vigente y de los principios generales del derecho. Pero lo que no nos puede parecer lícito en ningún caso es que se equipare jurídicamente lo que no debe ser equiparado por constituir realidades antropológicas y sociales muy diversas»¹⁰.

10. E. YANES, *Discurso de apertura de la LXVII Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal Española*, 21-IV-1997, en «Ecclesia», n.º 2839 (3-V-1997), p. 636. Desde el punto de vista de la atención pastoral, que es un tema distinto al que aquí nos ocupa, hay que tener en cuenta especialmente el n. 81 de la Exh. Ap. *Familiaris Consortio*, en el que se distinguen diversas situaciones y se concluye: «Los pastores y la comunidad eclesial se preocuparán por conocer tales situaciones y sus causas concretas, caso por caso; se acercarán a los que conviven, con discreción y respeto; se empeñarán en una acción de iluminación paciente, de corrección caritativa y de testimonio familiar cristiano que puede allanarles el camino hacia la regularización de sus situación. Pero, sobre todo, adelántense enseñándoles a cultivar el sentido de la fidelidad en la educación moral y religiosa de los jóvenes; instruyéndoles sobre las condiciones y estructuras que favorecen tal fidelidad, sin la cual no se da verdadera libertad; ayudándoles a madurar espiritualmente y haciéndoles comprender la rica realidad humana y sobrenatural del matrimonio-sacramento». Se encuentra un breve y claro resumen de los principios que deben tenerse en cuenta para la acción pastoral en J. M. DÍAZ MORENO S.J., *La Iglesia ante las familias «de hecho» y monoparentales*, en «Familia en un mundo cambiante», D. BOROBIO, Coord., Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca 1994, pp. 281-282.