

# LAS UNIONES EXTRAMATRIMONIALES EN ESPAÑA. ¿ES NECESARIA SU REGULACIÓN?

LUIS PÉREZ FERNÁNDEZ  
ABOGADO DE ICA OVIEDO

## **Resumen.**

Las uniones extramatrimoniales constituyen un modelo de familia al margen del matrimonio que como tal, gozan actualmente de igual protección constitucional que las concebidas bajo el instituto matrimonial y, pese a existir desde la Antigüedad, no siempre gozaron de la protección jurídica que hoy disfrutan.

Ante la ausencia de reglamentación común en todo el territorio nacional, el legislador autonómico se ocupó con más o menos detalle de este fenómeno, en función de sus competencias. Por tanto, actualmente, en nuestro país conviven las uniones extramatrimoniales formalizadas con las puramente fácticas.

Nuestra reflexión se ciñe a plantearnos, por un lado, si una regulación absoluta de las uniones extramatrimoniales les privaría de su propia esencia; por otro, si es preciso abordar en el plano normativo algún aspecto de ellas con el fin de proteger al conviviente perjudicado por la ruptura -o a terceros- y por último, si debe dejarse libertad absoluta al individuo para autorregularse en el desarrollo de su autonomía privada en este aspecto.

## **Abstract.**

Extramarital unions are family models outside marriage which have the same constitutional protection than the ones conceived in it, and although they have existed from ancient times, not always have had the legal protection they have nowadays.

In the absence of common regulation in all the national territory, the autonomous legislator attended to this matter in some details according to their competences. Therefore, nowadays extramarital formalized unions and purely factual ones live together in our country.

Our deliberation seeks to ask on the one hand if the absolute regulation of extramarital unions would prevent them of their own essence. On the other hand, we should know if it is necessary to approach in the legal framework some aspects of them to protect the convenient injured parties for the breaking or the other people. Finally we have to give absolute freedom to the individual for self-regulating in the development of his autonomy denied in this respect.

Índice.

1. Introducción.

2. El concubinato como antecedente de las uniones extramatrimoniales actuales: la involución de la institución en congruencia con el significado peyorativo del término.

3. Instituciones tradicionales: matrimonio y familia.

4. Actualidad de las uniones extramatrimoniales.

5. A modo de conclusión.

## 1. Introducción.

Tanto en España como en los países de nuestro entorno, existen determinados individuos que, por muy variados motivos y en el desarrollo de su autonomía privada, deciden vivir en común sin contraer matrimonio, ya que la realidad social ha dado cabida a otras formas familiares al margen del mismo. Estas personas pueden autorregular su convivencia por medio de una unión extramatrimonial que, en función de cómo se lleve a cabo su constitución, podrá tener carácter formalizado o tratarse de una unión extramatrimonial puramente fáctica. Ambas despliegan efectos tanto entre sus miembros como frente a terceros; no obstante, a la hora de probar su existencia, esa tarea resulta más compleja cuando se trata de parejas no formalizadas.

Este modo de convivencia paramatrimonial o extramatrimonial, ha estado presente a lo largo de la historia en la mayoría de las civilizaciones y, en función del periodo en el que nos encontremos, ostentan mayor o menor consideración social y protección jurídica, constituyendo por sí mismas un auténtico modelo de familia al margen del matrimonio al que acudían los individuos que no podían unirse bajo ese vínculo porque no cumplían los requisitos preceptivos para ello, o bien porque no era su deseo, como ya se ha señalado.

No cualquier tipo de relación intersubjetiva es merecedora de considerarse unión extramatrimonial a los efectos de este artículo. Su identificación conlleva cierta dificultad ya que tanto su concepto como sus caracteres son difusos, debido a que abarcan diferentes manifestaciones con rasgos distintos, no una única modalidad con aspectos comunes.

Para delimitar el concepto de unión extramatrimonial en el momento histórico actual y dentro del estado español, vamos a restringir nuestro estudio al ámbito de las uniones *more uxorio* con características similares al matrimonio, como creadoras ambas de una familia. Por tanto, quedan extra muros de esta definición las uniones de amigos, de estudio, las uniones convivenciales de ayuda mutua y el noviazgo, entre otras realidades.

Para que estas uniones desplieguen sus efectos y sea posible su diferenciación de otras figuras, es necesario dotarlas de una serie de caracteres a diferencia de lo que ocurre con el instituto matrimonial perfectamente reconocible y regulado en el Derecho español.

Nuestro análisis, como ya se ha manifestado, se centrará en las uniones formalizadas, de acuerdo a la normativa autonómica concreta y aquellas otras

en las que afloren determinados caracteres a los que haremos referencia, parejas a los que concurren en un matrimonio. Por tanto han de estar revestidas de dichos caracteres, con la finalidad de evitar que otras relaciones humanas, con contenido sexual o asexuado pasen a formar parte del mismo. Además, no pueden estar constituidas por menores no emancipados o incapaces, personas unidas en matrimonio o formando otra unión extramatrimonial, ni entre parientes. Tampoco podrán estar sometidas ni a término ni a condición alguna.

De todas formas, el hecho de que la pareja no formalice conforme a la legislación autonómica vigente su unión, no implica que el Derecho se mantenga ajeno e impasible ante las posibles controversias que de los mencionados lazos se deriven, principalmente en el momento de su disolución y en aras a proteger al conviviente perjudicado por la ruptura.

Actualmente, las trascendentes modificaciones que en materia de Derecho de Familia se han llevado a cabo en nuestro país están marcadas por dos hitos legislativos que generan una inflexión en las uniones extramatrimoniales y acentúan su carácter potestativo, así como subsidiario. De una parte, la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer nupcias, que permite a las personas del mismo sexo a unirse en matrimonio entre sí y la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio, y que faculta la ruptura del matrimonio a los tres meses de haberse celebrado y sin mayor acreditación de causa.

Todo ello invita a plantearse una nueva etapa en el estudio de las parejas de hecho, ahora reguladas desde el ámbito autonómico, toda vez que el legislador estatal, hasta la actualidad, no se ha ocupado de normativizar esta materia de manera uniforme en todo el territorio, salvo referencias dispersas en relación a aspectos concretos en ciertas leyes. El que no haya una legislación a nivel estatal, ha provocado que el Tribunal Constitucional<sup>1</sup> se haya pronunciado recientemente sobre la invasión competencial de las Comunidades Autónomas frente al Estado, específicamente sobre el artículo 149.1.8ª de la Constitución, que delimita la competencia del Estado de legislar en materia civil, frente a la que ostentan las Comunidades Autónomas con tradición histórica sobre su propio derecho común y establecer su sistema de fuentes por un lado y, por el otro, sobre la competencia de estas últimas para regular la materia procesal respecto a su derecho foral o especial propio.

En síntesis, la idea determinante es que el individuo, dentro de su autonomía de la voluntad y con el consentimiento del otro miembro de la pareja,

---

1 Cfr. STS 81/2013, de 11 de abril, que declara inconstitucionales los artículos 4 y 5 de la Ley de la Asamblea de Madrid 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho y STS 93/2013, de 23 de abril, que declarara asimismo la parcial inconstitucional de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio. Y STC 110/2016, de 9 de junio, que declara parcialmente inconstitucional la Ley 5/2012 de 15 de octubre, de uniones de hecho formalidades de la Comunitat Valenciana.

puede optar por constituir una unión normativizada, de acuerdo a la legislación autonómica vigente o continuar su relación de hecho, sin formalización alguna.

## **2. El concubinato como antecedente de las uniones extramatrimoniales actuales: la involución de la institución en congruencia con el significado peyorativo del término.**

El Derecho Romano conocía de determinadas uniones entre dos personas que deciden convivir, al margen del matrimonio. Este tipo de enlace recibía el nombre de concubinato<sup>2</sup> y se concebía en Roma como una institución jurídica formada a partir de la convivencia de un hombre y una mujer libres; se trataba de una relación extramatrimonial a la que se le exigían una serie de presupuestos y que desplegaba determinados efectos jurídicos<sup>3</sup>. La principal diferencia entre matrimonio y concubinato venía constituida por el hecho de que en el concubinato no estaba presente la *affectio maritalis* o voluntad de estar unidos en matrimonio<sup>4</sup>, o que teniéndola, carecen de *conubium*<sup>5</sup>. El concubinato romano, estuvo socialmente reconocido y, con la legislación de Augusto adquiere mayor relevancia<sup>6</sup>.

Tener una concubina en Roma, no era contrario a la moral romana, ni era una deshonra para las mujeres que tenían tal condición<sup>7</sup> y determinaba el carácter de la filiación. Los nacidos de esa unión eran hijos naturales, en tanto que los habidos de otras uniones eran espurios; estos últimos no tenían jurídicamente padre, lo cual no ocurría con los hijos naturales<sup>8</sup>.

Por lo ya expuesto, puede afirmarse que el concubinato gozó de una gran importancia en Roma, sin la carga tan peyorativa que tuvo posteriormente y

2 Vid. OLIS ROBLEDA, S.J., *El matrimonio en derecho romano. Esencia, Requisitos de Validez, Efectos, Disolubilidad*, Librería Editrice Universita' Gregoriana, Roma, 1970, págs. 275-283; vid. IGLESIAS, J., *Derecho romano. Instituciones de Derecho Privado*, Ariel, Barcelona, 1979, pág. 563; vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, Iustel, Madrid, 2009, pág. 146: «(...) Así Paulo afirma que debe de estimarse que es concubina la que un hombre tiene en cual condición por la mera intención(...)».

3 Vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., op. Cit., pág. 146.

4 Vid. TORRENT, A., *Manual de Derecho Privado Romano*, Librería Central, Zaragoza, 1987, pág. 537.

5 Se entiende como *conubium*, la capacidad jurídica para contraer matrimonio. Vid PANERO ORIA, P., *El concubinato romano como antecedente de las actuales parejas de hecho*, Reus, 2011, Madrid, pág.99.

6 *Lex Iulia et Papia Poppaea* y la *Lex Iulia de adulteriis*, la primera ley fomentaba el concubinato al prohibir el matrimonio con ciertas mujeres y la segunda hacía posible esta unión, al no castigarla penalmente.

7 Vid. SHULTZ, F., *Derecho romano clásico*, edición traducida por SANTA CRUZ TEIGEIRO, J., Bosch, Barcelona, 1960, pág. 131 ;vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., op. Cit., pág. 147:« (...)La tolerancia social y legal, llega incluso hasta el punto de propiciar la relación de hecho entre patrono y liberto, así se manifiesta Ulpiano, en su comentario a la *Lex Iulia et Papia Poppaea nuptialis*, del 9 d.C. al afirmar que es más honorable para un patrono tener a su liberto como concubina que como mujer legítima.(...)».

8 Vid. BOSSERT, G. A., *Régimen jurídico del concubinato*, Astrea, Buenos Aires, 1992, págs. 11 -14.

en determinados aspectos producía efectos similares al matrimonio<sup>9</sup>. No obstante, hubo que esperar a la llegada del cristianismo, qué con su aspiración por suprimirlo, acabó por darle cierta relevancia jurídica; reconociéndose definitivamente por Justiniano<sup>10</sup>, que en la práctica lo equipararía al matrimonio<sup>11</sup>, pudiendo calificarse su regulación como completa, en palabras de VOLTERRA<sup>12</sup> «(...) *El concubinato es ahora configurado como una unión conyugal inferior al matrimonio legítimo; como este, es rigurosamente monogámico, prohibiéndose al hombre que tiene esposa tener también una concubina y al soltero tener más de una; solo puede constituirse entre personas que tienen la edad requerida para el matrimonio y entre las que no existen los impedimentos de la parentela y de la afinidad vigentes para el matrimonio(...)*».

Esta figura se mantuvo viva durante los siglos posteriores, a veces con otras denominaciones<sup>13</sup> y no fue hasta el Concilio de Trento (1563), cuando se

9 En las Novelas de Justiniano se reconoce la sucesión «*ab-intestato*» en favor de las concubinas. Vid. SHULTZ, F., op. Cit., pág. 133 y OLIS ROBLEDA, S.J., op. Cit., pág. 281.

10 Vid. VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, traducido al castellano por DAZA MARTÍNEZ, J., Civitas, Madrid, 1988, pág.666; vid. D'ORS, A., HERNÁNDEZ- TEJERO, F., FUENTESSECA, P.; GARCÍA GARRIDO, M., y BURILLO, J., *Versión castellana de El Digesto de Justiniano*, tomo II, Aranzadi, Pamplona, 1972, pág. 201 y vid. OLIS ROBLEDA, S.J., op. Cit., pág. 282.

11 Vid. PANERO ORIA, P., op. Cit., págs. 102 y 103.

12 Vid. VOLTERRA, E., op. Cit., pág. 666.

13 La barraganía, viene recogida de manera expresa en la Partida IV: «(...)barragana defiende la Iglesia que no tenga ningún cristiano. Pero los sabios antiguos que hicieron las leyes, consintieronlas (sic), que algunos las pudieran haber sin pena temporal, por que tuvieron que eran menos mal haber una que muchas, e por que los hijos que nacieren de ellas fuesen más ciertos(...)». Fosar Benlloch, recogiendo el sentir de Martínez Marina, se expresa «(...) a favor de la barraganía, según uso y costumbre de la antigua España, está la unidad, la sanidad, la fecundidad, filiación conocida y segura educación de los hijos(...)» . «(...)todo hombre que no fuese embargado de Orden o de casamiento puede haber barragana y dispone que la misma no ha de ser virgen, ni menor de doce años, ni viuda honesta, pero esta podrá ser tomada por tal si se manifestase así delante de hombres buenos, y si de otra manera la recibiese, existiría sospecha de que era su mujer legítima y así lo estimaría el juez si hubiere juicio sobre ello(...)»; «*prohíbe tener como barragana a determinados parientes, como las cuñadas y también a los Adelantados, mientras dure su mandato*». Vid. FOSAR BENLLOCH, E., «Las uniones no matrimoniales en el derecho histórico español. La sucesión mortis causa a favor de los hijos extramatrimoniales en el Derecho aragonés», *RCDI*, 1983, número 557, pág. 863. Sobre este particular, vid. PUIG PEÑA, F., «Las uniones maritales de hecho», *RDP*, tomo XXXIII, 1949,pág. 1090: «Desde el siglo XIII, concretamente 1228, año en que se celebró el Concilio de Valladolid por el legado Cardenal de Sabina, empieza la lucha contra la costumbre de la barraganía, y aunque las providencias que se tomaron no tuvieron efecto alguno, la insistente campaña de la Iglesia acabó por ir desterrando poco a poco estas uniones, primero de las leyes y después, de los usos del pueblo, pero no sería hasta el Concilio tridentino cuando finalmente lleguen a prohibirse», vid. GACTO FERNÁNDEZ, E., *La filiación no legítima en el Derecho histórico español*, publicaciones de la Universidad de Sevilla, nº 5, Sevilla, 1969, págs. 4-8. Sobre la mancebía, vid. COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA, M.J., *El amancebamiento: una visión histórico-jurídica en la Castilla Moderna*, Dickinson, Madrid, 2014, pág. 33.

produjo su prohibición al impedir cualquier forma de cohabitación al margen del matrimonio, incluso se llegó a castigar a los concubinos con la excomunión y otras penas<sup>14</sup>.

En la actualidad, el término aparece definido en el diccionario de la Real Academia Española como «relación marital de un hombre con una mujer sin estar casados»<sup>15</sup>. No obstante es un vocablo con cierto componente peyorativo, a nuestro juicio y es por ello, que en el momento presente, queda prácticamente desterrado y viene a ser sustituido por otros como unión extramatrimonial o unión de hecho, con más o menos relevancia jurídica, pero que no dejan de ser el mismo o similar fenómeno que el regulado durante el periodo justinianeo, que por unos u otros motivos pasó del reconocimiento y regulación que tenía en aquella etapa histórica, a un ostracismo durante siglos que despreció de tal modo el término que llegó asemejarlo exclusivamente a las relaciones proscritas, social o legalmente, nada más alejado de su significado en origen.

### 3. Instituciones tradicionales: matrimonio y familia.

La familia es una institución que evoluciona paralelamente a la sociedad<sup>16</sup>, por eso es necesario delimitar su concepto dependiendo del momento histórico en el cual nos encontremos<sup>17</sup>. Existen a lo largo de la historia posiciones doc-

14 Vid. ESTRADA ALONSO, E., *Las Uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil Español*, Civitas Madrid, 1991, pág. 32 y MORÁN MARTÍN, R., *Historia del derecho privado, penal y procesal*, Universitas, Madrid, 2002, pág. 342.

15 Cfr. *RAE* versión digital: <http://dle.rae.es/?id=DgIqVCc>.

16 Tal y como sostiene ARGUDO GUTIÉRREZ: «Vivimos épocas de profundas transformaciones en lo que a la familia se refiere, estamos ante una institución prejurídica cuyo concepto no aparece en nuestra Constitución (...). (...) Parece más correcto hablar de “familias” en plural para designar los modelos en los que se han organizado históricamente los grupos humanos». Vid. ARGUDO GUTIÉRREZ, C., *Parejas de hecho: situación actual de su regulación en la legislación mercantil y perspectivas de futuro*, Reus, Madrid, 2016, pág. 159.

17 A este respecto es muy importante reseñar el gran cambio que se produce desde el año 1981 en nuestro país con la entrada en vigor de la denominada Ley del Divorcio. Hasta esa fecha, la familia gravitaba en torno a la idea de matrimonio indisoluble y en aras a la procreación, de carácter eminentemente sexual. Con la desaparición del impedimento de impotencia, quiebra esa concepción. Estos cambios operados en el matrimonio y que afectan por tanto a la familia, fueron más relevantes a partir del año 2005 con la entrada en vigor de sendas leyes que dieron cabida al matrimonio homosexual y al divorcio incausado a los tres meses de su constitución. Estas modificaciones tan sustanciales, en la concepción tradicional de la familia, en nuestra opinión, allanaron el camino del debatido concepto. No en vano, el legislador autonómico mediante la Ley 25/2010 de 29 de julio del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña en su Preámbulo, acoge las relaciones familiares basadas en formas de convivencia diferentes a la matrimonial, como las familias formadas por un progenitor solo con sus descendientes, la convivencia en pareja estable y las relaciones convivenciales de ayuda mutua. La nueva regulación incorpora también la familia homoparental, aquella formada por una pareja de hombres o de mujeres, que se convierten en progenitores. Esta normativa justifica estos reconocimientos en la mayor tolerancia, que existe en la sociedad actual, hacia formas de vida distintas a las tradicionales, matizando que ese reconocimiento no entrañe «daños a terceros» y en las transformaciones sociales.

trinales contrapuestas sobre el origen de la familia. Ya a principios del siglo XX, SÁNCHEZ ROMÁN sostenía que «el problema de los orígenes de la familia están hoy por hoy sin resolver (...) Las teorías de los partidarios del patriarcado como las de los defensores del matriarcado, son meras hipótesis y conjeturas, más o menos plausibles y verosímiles, que se fundan en hechos de dudosa o difícil explicación; pero tanto unas como otras están muy lejos de *constituir verdades ciertas y probadas, adquiridas definitivamente para la ciencia*»<sup>18</sup>.

El concepto de familia, en España, no se encuentra recogido en la Ley ni en la Constitución. Es necesario acudir al campo de la sociología<sup>19</sup> y así, en nuestros días, se configura como un medio cuyo fin estriba en la socialización del individuo<sup>20</sup>, de suma importancia, de ahí que esté protegida por la Norma Fundamental<sup>21</sup> a pesar de que no la define, quizás para no herir sensibilidades de aquéllos que no se adaptan con facilidad a los cambios, máxime cuando estos afectan a instituciones tan sensibles y arraigadas y que forman parte de la intimidad y esfera más personal del individuo.

No obstante, en la actualidad, podemos encontrar dos significados de la idea de familia, tal y como sostiene Díez-PICAZO: «*en sentido amplio o familia-linaje, que comprende a las personas ligadas entre sí por el vínculo de parentesco del que la ley extrae alguna consecuencia jurídica; y la familia en sentido estricto o familia nuclear en la que se incluyen la pareja y los hijos*»<sup>22</sup>.

Por su parte, la definición de matrimonio, como paradigma nuclear de la familia matrimonial, se encuentra presente en infinidad de textos legales y de otras disciplinas a lo largo de la Historia y así encontramos una definición en el derecho histórico de matrimonio en las Partidas, específicamente en la Partida Cuarta Título 2 Ley 1 que trata de «los casamientos»: «*Matrimonio es ayuntamiento de marido y de mujer hecho con tal intención de vivir siempre en uno, y de no separarse, guardando lealmente cada uno de ellos al otro, y no ayuntándose el varón a otra mujer, ni ella a otro varón, viendo reunidos ambos*».

El influjo del cristianismo que dotó a todos los matrimonios civiles de ese carácter sagrado, del que carecen actualmente, los configuraba como base de la familia, impregnándola de dicha característica sacral, sujeta a la «Ley de Dios». Esta desnaturalización del matrimonio, pilar básico de la familia

18 Vid. SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Derecho Civil Español Común y Foral*, parte especial, libro tercero, derecho familia, Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1912, pág. 88.

19 Mantiene LASARTE que durante siglos «*(...)la familia como institución social ha sido una agrupación de personas conectadas por vínculos conyugales o de parentesco u otras circunstancias (adopción, prohijamiento, relación de servidumbre o vasallaje, etc.), que son e todo punto de vista obvios, pero que, a su vez, dependen de consideraciones sociológicas, éticas, morales, históricas, etc., que determinan la aceptación social de esquemas familiares muy variados*». Vid. LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil. Derecho de familia*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002, pág. 5.

20 Vid. Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 1999, pág. 35.

21 Cfr. Art. 39 CE.

22 Vid. Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A., op. Cit., pág. 32.

y que en la actualidad deviene cuando menos residual, ha sido reforzada por las modificaciones legales que sobre el mismo se han realizado y también por la proliferación de las uniones extramatrimoniales, configuradoras igualmente como otro modelo de familia.

La gran evolución del instituto matrimonial a nivel nacional en las últimas décadas, concretada en la ley del divorcio de 1981<sup>23</sup> que permitió la disolución del vínculo, pasando posteriormente por la reforma de derecho de familia que supusieron la ley 13/2005<sup>24</sup>, que extendió su ámbito de aplicación a las personas del mismo sexo, y la ley 15/2005<sup>25</sup>, que acoge el divorcio incausado a diferencia de la regulación anterior. Estos avances legislativos han llevado, como ya hemos hecho mención, a la desnaturalización del matrimonio, que se configura como una institución jurídica integrada en el Derecho de Familia y regulada bajo el paraguas de una concreta sistemática en cierto momento histórico, al margen de cualquier otro condicionamiento natural, moral, religioso, cultural o de otra índole que no sea dicha regulación. En España se contiene en el Título IV Libro Primero del Código Civil, comprendido en los artículos 42 al 107.

El “matrimonio” cabe definirlo como «el acuerdo de voluntades de dos personas, manifestado externamente con las formalidades legalmente establecidas, que persigue una vida en común duradera y estable y que determina el nacimiento de una familia legítima»<sup>26</sup>.

Para ser válido y eficaz debe reunir las siguientes notas características: en primer lugar, supone que se emitan dos declaraciones de voluntad (consentimiento), de dos personas distintas con independencia de su sexo, el consentimiento es un requisito indispensable para la celebración del matrimonio, junto con la capacidad de los contrayentes y la forma, y no puede estar sometido ni a condición, término o modo; de tal suerte que se reputarán nulos los matrimonios de complacencia porque en ellos el consentimiento es simulado.

Dicho consentimiento hubo de prestarse libremente, nadie puede ser obligado a casarse si no es su deseo y el destinatario ha de ser la persona con la que realmente se pretende contraer matrimonio, debe manifestarse externamente con claridad<sup>27</sup> y la persona que lo emite tiene que ser consciente del acto que realiza<sup>28</sup>. Además no puede adolecer de vicio alguno para que goce de plena

---

23 Cfr. Ley 30/1981, 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

24 Cfr. Ley 13/2005 de 1 de julio por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

25 Cfr. Ley 15/2005 de 8 de julio por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

26 Vid. SERRANO GÓMEZ, E., *Manual de derecho de familia*, coordinado por SERRANO ALONSO, E., Edisofer, Madrid, 2007, pág. 32.

27 Cfr. Art 58 del CC.

28 Cfr. Art 56 del CC.



eficacia y su emisión tiene que haberse producido por persona capaz para ello; se precisa que no concurran impedimentos matrimoniales<sup>29</sup>.

Es un negocio jurídico puro; así se establece en el artículo 45 apartado segundo del Código Civil<sup>30</sup>. Es monógamo<sup>31</sup> y presupone que entre los contratantes se establecerá una unión estable y duradera. Por último, para contraer, las personas habrán de tener capacidad de obrar, quedando vetado dicho instituto para los menores no emancipados que no alcancen los 16 años de edad cumplidos<sup>32</sup>. Hasta el año 2015, el Código Civil contemplaba en el artículo 48 la posibilidad de contraer matrimonio a los 14 años, previa dispensa del Juez de Primera Instancia, con la reforma de la Ley de Jurisdicción Voluntaria introducida por la Disposición Final Primera<sup>33</sup> de la Ley 15/2015 de 2 de julio, se modificó la redacción de dicho precepto, suprimiendo la dispensa de edad.

Con la desaparición del impedimento de impotencia que establecía el Código Civil en su artículo 83.3<sup>34</sup>, podría pensarse que el sexo no es parte de la idiosincrasia del matrimonio, lo cual es cierto. No obstante, en nuestra opinión, no se puede desconocer que, de facto, es un elemento consustancial a las relaciones humanas y por tanto al matrimonio y a la unión extramatrimonial, origen ambas de la familia, y la vía convencional para la preservación de la especie, aunque no la única. No en vano, las técnicas de reproducción asistida, permiten la procreación sin necesidad del componente sexual.

El matrimonio es un acto formal, por tanto ha de celebrarse de acuerdo a las formas establecidas en el Código Civil, es decir, jurídicamente o en la forma religiosa legalmente prevista; entre nacionales, entre extranjeros o entre nacionales y extranjeros. Los encargados de autorizar el matrimonio civil son el encargado del Registro Civil, el Alcalde del municipio o concejal en quien delegue y con la reforma del artículo 51 del Código Civil<sup>35</sup>, mediante la Disposición Final Primera de la referida Ley de la Jurisdicción Voluntaria, los

29 Cfr. Art 46.2 y 47 CC.

30 Cfr. Art. 45 CC.

31 El Código Penal en su artículo 217, establece: «El que contrajere segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año. El referido artículo, actualmente, a nuestro juicio, no está exento de polémica, y ello debido a que el ingente número de trámites administrativos y burocráticos exigidos en nuestro país para contraer matrimonio o en su caso para homologarlo, hace difícil que en la práctica forense se dé el supuesto de hecho que viene recogido en el tipo penal».

32 Cfr. Art. 46.1 y 317 CC.

33 Disposición final primera. Modificación de determinados artículos del Código Civil. El Código Civil queda modificado como sigue: (...) Dos. Se modifica el artículo 48: El Juez podrá dispensar, con justa causa y a instancia de parte, mediante resolución previa dictada en expediente de jurisdicción voluntaria, los impedimentos de muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal y de parentesco de grado tercero entre colaterales. La dispensa ulterior convalida, desde su celebración, el matrimonio cuya nulidad no haya sido instada judicialmente por alguna de las partes».

34 Cfr. Art. 83.3 CC.

35 Cfr. Art. 51 CC.

notarios del lugar de celebración del acto matrimonial<sup>36</sup>; y si este se celebrase en el extranjero el funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil<sup>37</sup>.

Por último, una vez celebrado, produce diversos efectos tanto en el plano personal<sup>38</sup>, relativos al estado civil de las personas, al domicilio, a respetarse y ayudarse mutuamente, a la nacionalidad, filiación etc. Lo mismo ocurre en el aspecto patrimonial, que genera un régimen *ad hoc* entre los contrayentes y crea expectativas de derechos entre sus integrantes<sup>39</sup>.

En nuestros días, tanto matrimonio como la unión extramatrimonial pueden constituir una familia y están amparados por la misma protección social, económica y jurídica del artículo 39.1 de la Constitución española, cuyo tenor literal establece: «Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia».

La jurisprudencia constitucional al interpretar el artículo 39 de la Constitución española, en relación con el 14 sostiene que aunque matrimonio y unión extramatrimonial «no son realidades equivalentes»<sup>40</sup>, no ha identificado el tipo de familia a la que manda proteger<sup>41</sup>. Por tanto, la familia contemporánea in-

36 Artículo 51. 1. «*La competencia para constatar mediante acta o expediente el cumplimiento de los requisitos de capacidad de ambos contrayentes y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, o cualquier género de obstáculos para contraer matrimonio corresponderá al Secretario judicial, Notario o Encargado del Registro Civil del lugar del domicilio de uno de los contrayentes o al funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil si residiesen en el extranjero. 2. Será competente para celebrar el matrimonio: 1.º El Juez de Paz o Alcalde del municipio donde se celebre el matrimonio o concejal en quien éste delegue. 2.º El Secretario judicial o Notario libremente elegido por ambos contrayentes que sea competente en el lugar de celebración. 3.º El funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil en el extranjero.*».

37 Cfr. Arts. 49 y ss. y 61 del CC.

38 Cfr. Arts. 66, 67, 68, 69 del CC.

39 Cfr. 1315 a 1444 CC, 96 y 97 CC.

40 Cfr. STC de 15 de noviembre de 1990. FJ. 3: «En anteriores resoluciones de inadmisión de demandas de amparo este Tribunal ha declarado ya que «el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes, siendo posible, por ello, que el legislador, dentro de su amplísima libertad de decisión, deduzca razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida» haciendo referencia al ATC 156/1987 de la Sección Segunda de 11 de febrero de 1987, FJ1, el cual establece de manera literal lo siguiente «(...)En primer lugar, el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes, siendo posible, por ello, que el legislador dentro de su amplísima libertad de decisión, deduzca razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida, y ello también respecto a las pensiones de viudedad, como confirma de otro lado el propio contenido de los convenios internacionales que garantizan pensiones de Seguridad Social exclusivamente para las «viudas» a cargo del cónyuge(...)».

41 Cfr. STC de 11 de diciembre de 1992. FJ. 5: «Ningún problema de constitucionalidad existiría si el concepto de familia presente en el art. 39.1 de la Constitución hubiera de entenderse referido, en término exclusivos y excluyentes, a la familia fundada en el matrimonio. No es así, sin embargo. Nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (arts. 32 y 39), sino también, junto a ello, por el mismo sentido amparador o tuitivo con el que la Norma fundamental

cluye tanto a las uniones matrimoniales como a las extramatrimoniales con independencia de su orientación sexual, disfrutando los hijos nacidos de los mismos derechos.

#### 4. Actualidad de las uniones extramatrimoniales.

Las uniones extramatrimoniales –a los efectos de este artículo- en términos esenciales, serían aquellas formadas por dos personas que voluntariamente deciden unirse al modo matrimonial. Esta unión podrá ser de derecho si se constituye con arreglo a las normas autonómicas que la regula o de hecho, si surge sin arreglo a ninguna normativa, por decisión de los integrantes en el desarrollo de su autonomía personal. No puede constituirse entre determinados parientes –incapaces, menores no emancipados, personas unidas en matrimonio o en pareja-, ni pueden estar sujetas ni a término, ni a condición alguna. Por último, este modelo de convivencia paramatrimonial está constitucionalmente<sup>42</sup> protegido igual que la derivada del matrimonio.

---

considera siempre a la familia y, en especial, en el repetido art. 39, protección que responde a imperativos ligados al carácter <social> de nuestro Estado (arts. 1.1 y 9.2) y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen. El sentido de estas normas constitucionales no se concilia, por tanto, con la constricción del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura -en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales- esa modalidad de vida familiar. Existen otras junto a ella, como corresponde a una sociedad plural, y ello impide interpretar en tales términos restrictivos una norma como la que se contiene en el art. 39.1, cuyo alcance, por lo demás, ha de ser comprendido también a la luz de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del mismo artículo. Del propio art. 39.1 no cabe derivar, por tanto, una diferenciación necesaria entre familias matrimoniales y no matrimoniales, diferenciación que tampoco fue afirmada por nuestra STC 184/1990, en la que no fue preciso pronunciarse acerca de si <la protección social, económica y jurídica de la familia> a la que aquel precepto se refiere podría alcanzar, en principio, tanto a la familia matrimonial como a la no fundada en el matrimonio (fundamento jurídico 2.). No es, con todo, impertinente la pregunta acerca de si tal diversificación resulta posible, en algún caso, en atención a la específica consideración del matrimonio en el art. 32 de la misma Norma fundamental.(...) Que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son a todos los efectos <realidades equivalentes> es algo, por otra parte, que ya dejó dicho este Tribunal, reiterando su anterior doctrina, de general aplicación, en la STC 184/1990 (fundamento jurídico 3.), apreciación que ha habido ocasión de repetir con posterioridad (SSTC 29, 30, 31, 35, 38 y 77, todas de 1991, así como STC 29/1992). Aquella resolución, con todo, no dejó prejuzgada, en modo alguno, la respuesta a una cuestión que la propia STC 184/1990 calificó, en su fundamento jurídico 2., de <general e indeterminada> y que no es otra que la de las exigencias y límites en este punto derivados del ya examinado art. 39.1 de la Constitución, observando entonces el Tribunal que de aquella no equivalencia entre matrimonio y convivencia de hecho no se deducía necesariamente que <toda medida que tenga como únicos destinatarios a los cónyuges, con exclusión de quienes conviven establemente en unión de hecho, sea siempre y en todos los casos compatible con la igualdad jurídica y la prohibición de discriminación que la Constitución garantiza en su art. 14>».

42 Tal y como recoge el artículo 39 de la Constitución Española: «1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley

Se trata, por lo tanto de una forma de vida que eligen dos personas, que no desean casarse, amparada en el libre desarrollo de la personalidad, tal y como lo contempla el artículo 10.1 de La Constitución Española, la cual establece de manera literal lo siguiente:

*«La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».*

Estos individuos que deciden unirse extramatrimonialmente autorregulan su convivencia familiar en base al principio de autonomía de la voluntad otorgando el consentimiento preceptivo, sometiéndose, en el caso de las uniones formalizadas a la normativa autonómica en la materia o estableciendo para su funcionamiento los pactos que estimen oportunos, este último supuesto sería aplicable tanto a las formalizadas como a las puramente fácticas.

Respecto a las uniones formalizadas de acuerdo a la normativa autonómica, estas no plantean problemática alguna respecto a su concepto debido a que este viene recogido en su propia legislación reguladora, tal es el caso de Cataluña, Navarra, País Vasco, Madrid y el Principado de Asturias<sup>43</sup>. No obstante la

---

posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus *derechos*».

43 En Cataluña, la derogada Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja otorga dos acepciones dependiendo de que la unión sea homosexual o heterosexual, en ambos casos, se refiere a la «unión estable de un hombre y una mujer, ambos mayores de edad, que, sin impedimento para contraer matrimonio entre sí, hayan convivido maritalmente, como mínimo, un período ininterrumpido de dos años o hayan otorgado escritura pública manifestando la voluntad de acogerse a lo que en él se establece. Como mínimo uno de los dos miembros de la pareja debe tener vecindad civil en Cataluña», actualmente en el Libro Segundo del Codi Civil de Catalunya (CCCat.) el cual deroga la Ley 10/1998, de 15 de julio (Disposición Derogatoria) no hace distinción entre los distintos tipos de parejas extramatrimoniales: «Dos personas que conviven en una comunidad de vida análoga a la matrimonial se consideran pareja estable en cualquiera de los siguientes casos: a) Si la convivencia dura más de dos años ininterrumpidos. b) Si durante la convivencia, tienen un hijo común. c) Si formalizan la relación en escritura pública»; en Navarra, declarada parcialmente inconstitucional, la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables considera pareja estable a «la unión libre y pública, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su orientación sexual, de dos personas mayores de edad o menores emancipadas sin vínculo de parentesco por consanguinidad o adopción en línea recta o colateral hasta el segundo grado, siempre que ninguna de ellas esté unida por un vínculo matrimonial o forme pareja estable con otra persona» por su parte en País Vasco, Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho establece como pareja de hecho a «la resultante de la unión libre de dos personas mayores de edad o menores emancipadas, con plena capacidad, que no sean parientes por consanguinidad o adopción en línea recta o por consanguinidad en segundo grado colateral y que se encuentren ligadas por una relación afectivo-sexual, sean del mismo o de distinto género. Asimismo ambos miembros de la pareja deberán cumplir el requisito de no estar unidos a otra persona por vínculo matrimonial o pareja de hecho»; la Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid, declarada parcial-

declaración de inconstitucionalidad que afectó a parte del articulado de algunas de ellas<sup>44</sup>, la cual es extensible a otras por los mismos motivos las acabará vaciando de contenido y postergando a un segundo plano.

Sin embargo las uniones extramatrimoniales no formalizadas, al carecer de regulación, plantean no pocas dificultades para el operador jurídico cuando se trata de proceder a su delimitación conceptual. Pese a lo cual, el Derecho no puede dejar de reconocer, y de hecho reconoce, ciertos efectos jurídicos que se derivan de las mismas durante su vigencia y a la hora de su extinción; principalmente, en aras de la protección del conviviente más débil. En definitiva se intenta evitar perjuicios al conviviente desfavorecido por la disolución mediante la regulación del fenómeno.

Llegados a este punto, nos encontraríamos tal y como apuntamos anteriormente, con dos formas de organización familiar que tendrían las personas: unión extramatrimonial de hecho o de derecho y matrimonio, cada una con un conjunto de derechos y obligaciones en la que los sujetos, en el libre ejercicio de su libertad individual, deciden qué grado de intervencionismo normativo en sus relaciones personales va a haber, siempre con el pleno respeto al orden constitucional y a los intereses superiores objeto de especial protección.

No en vano, independientemente del modelo de familia por el que se opte, podemos observar que en todos los casos provoca unas consecuencias parejas en el momento de su disolución. Tanto una unión extramatrimonial –como un matrimonio– pueden disolverse por causas imputables a los propios convivientes: en este supuesto hablaremos disolución por ruptura de la unión extramatrimonial, basada en la autonomía de la voluntad, ya sea por decisión conjunta o individualizada del cese de la convivencia; y en el caso de que esta se disuelva por causas inimputables a los convivientes, estaríamos ante la disolución por fallecimiento o declaración judicial del mismo.

Las diferencias entre una y otra situación estriban en la nota de voluntariedad que ostentan los convivientes para poner fin a la unión, que en el caso de la ruptura está presente, sin embargo en el del fallecimiento o la declaración judicial del mismo, deviene inexistente.

---

mente inconstitucional, dispone que, «La presente Ley será de aplicación a las personas que convivan en pareja, de forma libre, pública y notoria, vinculadas de forma estable, al menos durante un período ininterrumpido de doce meses, existiendo una relación de afectividad, siempre que voluntariamente decidan someterse a la misma mediante la inscripción de la unión en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid» y por último, nuestra normativa vigente en la materia recogida en la Ley del Principado de Asturias 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables se refiere a ellas como «la unión libre y pública, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su sexo, de dos personas mayores de edad o menores emancipadas sin vínculo de parentesco por consanguinidad o adopción en línea recta o colateral hasta el segundo grado, siempre que ninguna de ellas esté unida por un vínculo matrimonial o forme pareja estable con otra persona».

44 Cfr. Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid, ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, ley de la Comunidad Valenciana 1/2001, de 6 de abril.

Como decimos, la disolución de la unión extramatrimonial produce una serie de efectos, al igual que el matrimonio, tanto personales como patrimoniales, sobre los miembros de la misma y sobre sus descendientes.

El matrimonio, institución básica en el Derecho de familia, regula tanto los aspectos personales como económicos, que puedan derivarse de su disolución y que generan conflictividad a la hora de esta; en concreto, podemos mencionar, desde la óptica de los efectos personales: la atribución de la de guarda y custodia de los menores nacidos en el seno de la unión matrimonial y la regulación del régimen de visitas. Y en lo referente a las consecuencias patrimoniales, se incluyen en este grupo: la liquidación del patrimonio de los cónyuges, las eventuales compensaciones o indemnizaciones a favor del cónyuge perjudicado por la ruptura, la atribución del uso de la vivienda, los derechos sucesorios del cónyuge viudo y las prestaciones correspondientes de derecho público –pensión de viudedad–.

Al contrario, la disolución de la unión extramatrimonial genera una mayor dificultad, debido a su falta de normativización a nivel estatal. Así, esta materia viene regulada en el ámbito de las Comunidades Autónomas, que en unos casos carecen de competencia en Derecho Civil y en otros pese a tenerla no acaban de solucionar esta problemática al modo matrimonial. Además debemos tener en cuenta que muchas de las uniones extramatrimoniales no se constituyen formalmente por lo que no quedarían bajo el ámbito de aplicación de la ley autonómica aplicable a las mismas.

Para resolver o mitigar, dentro de lo posible, dichas controversias es preciso delimitar qué problemas se derivan a la hora de la disolución de la unión extramatrimonial. Para dar respuesta a estos, es necesario recurrir a los Principios Generales del Derecho, última fuente formal del ordenamiento jurídico, que opera en defecto de ley o costumbre aplicable al caso mediante la técnica de la analogía *iuris*, es decir, conforme a los criterios doctrinales y jurisprudenciales; a excepción de los menores fruto de estas uniones, pues no existe distinción alguna en función de que exista una filiación matrimonial o extramatrimonial.

## **5. A modo de conclusión.**

Las uniones extramatrimoniales convivieron a lo largo de la historia junto con el matrimonio convirtiéndose en necesarias con el fin de favorecer a determinados individuos que o bien por la existencia de impedimentos para contraer nupcias o simplemente, por decisión propia, en el desarrollo de su autonomía privada, porque así era su deseo, deciden unirse de esa forma.

Se tornan imprescindibles, por lo ya expuesto, y pese a gozar de reconocimiento en determinadas etapas históricas fueron injustamente denostadas en otras. El Derecho no debió prohibir este fenómeno social que fomenta el desarrollo de la personalidad del individuo, no obstante lo dicho su regulación podría implicar que perdieran su esencia; sin embargo es deseable y ahí sí tiene que estar presente el Ordenamiento Jurídico, una cierta regulación que evite efectos perniciosos a los propios convivientes o a terceros.

En el momento actual los cambios legislativos que produjeron las leyes de 2005 redujeron en gran medida la existencia de uniones extramatrimoniales debido a que dos grupos de individuos -homosexuales y divorciados con una antigüedad menor a dos años- que acudían a este modelo de convivencia, obligados por no poder encuadrarse dentro del matrimonio, hallaron su problema resuelto con la entrada en vigor de la citada normativa que les permitía acceder al instituto matrimonial. Por tanto en el momento presente las uniones son más vocacionales que antes de la promulgación de las citadas normas.

Ante la ausencia de reglamentación común en todo el territorio nacional, el legislador autonómico se ocupó con más o menos detalle de este fenómeno en función de sus competencias; no obstante hubo determinadas Comunidades Autónomas que se extralimitaron en la misma y sus leyes fueron declaradas parcialmente inconstitucionales, lo cual puede extenderse a otras que actuaron de igual manera.

Llegados a este punto cabe reflexionar sobre si una eventual regulación a nivel de todo el Estado en relación a las uniones extramatrimoniales o si la normativa de las Comunidades Autónomas les privaría a estas de su propia esencia. Puede pensarse que sí, ya que dejan de ser fácticas pasando a ser jurídicas; sin embargo a nuestro entender en función del contenido de dicha norma, podría admitirse una respuesta positiva a este interrogante; es decir, debería tratarse de una regulación que contuviese única y exclusivamente normativa en aras a la protección del conviviente perjudicado por la ruptura y no respecto a otros aspectos, sobre todo los concernientes a su constitución y a su disolución. Esos deberían quedar en el plano fáctico y así las uniones seguirían siendo de hecho, pero existirían mecanismos normativos para evitar perjuicios al conviviente perjudicado por la ruptura. Es cierto que habría problemas en aras a probar la existencia de esas uniones, no obstante para evitarlos ya se dispone del instituto matrimonial, que desde la reforma de 2005 se convirtió en una institución más abierta y mucho más fácil de disolver; de esta manera tendríamos cubiertas todas las necesidades y así en función de que la intervención normativa sea mayor o menor se estaría al matrimonio canónico con efectos civiles, pasando por el matrimonio civil hasta llegar a la unión extramatrimonial, regulada exclusivamente respecto a los efectos de su disolución, con el fin de evitar perjuicios al conviviente perjudicado por la ruptura.

