

### 3. Elementos subjetivos

#### a) «*Affectio*» y voluntad expresa de convivencia sin vinculación matrimonial

F. Gazzoni constata que en el ordenamiento jurídico italiano la *affectio* es el fundamento de la familia de hecho<sup>37</sup>. Estrada Alonso considera la *affectio* como factor que constituye la unión de hecho y es su «fundamento último sin la que no podría sobrevivir». La define como «la amistad auténtica, el afecto recíproco entre compañeros, el origen espontáneo de la solidaridad y responsabilidad de los convivientes»<sup>38</sup>. A. García Garate llega a precisar el término *afectividad*, empleado por la literatura jurídica, afirmando que debe tratarse de «relaciones amorosas y no de mero cariño»<sup>39</sup>. Luis Zarralugui la denomina como «*affectio maritalis* (requisito de componente afectivo o amoroso y sexual)»<sup>40</sup>.

En nuestra opinión, en el caso de la unión de hecho, es bastante difícil otorgar fuerza constitutiva a un factor que desde el punto de vista jurídico es poco susceptible de una delimitación precisa ya que se trata de sentimientos internos (amistad, afectividad, relaciones amorosas). Tampoco parece oportuno remitirse al matrimonio para construir oraciones del tipo: *affectio maritalis*; *afectividad análoga*, *similar*, puesto que, precisamente la voluntad no matrimonial, donde «la libre ruptura es la característica esencial de la unión libre»<sup>41</sup>, es lo que une a los convivientes.

Por lo tanto resulta más conveniente sustituir el concepto de la *affectio*, empleado por la doctrina para conceptualizar el factor unitivo de la pareja, por la de *voluntad expresa de convivencia* identificable con el ánimo de convivir *more uxorio* sin que esto produzca la vinculación jurí-

37. Cfr. F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano 1983, p. 69.

38. E. ESTRADA ALONSO, *Las uniones...*, cit., p. 74.

39. A. GARCÍA GARATE, *Reflexiones de un jurista...*, cit., p. 248.

40. M. FERNÁNDEZ GARRIDO, *Tratamiento jurisprudencial y situación práctica en los órganos jurisprudenciales: crisis convivencial e inseguridad jurídica*, en: C. VILLAGROSA ALCAIDE (coord.), *El Derecho Europeo...*, cit., p. 108.

41. J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, *Uniones libres y competencia legislativa de ciertas comunidades autónomas para desarrollar su propio derecho civil*, en: «Revista Jurídica Española. La Ley», 5 (1999), p. 1970.

dica propia del matrimonio. La existencia de la unión de hecho depende en cada momento de esa voluntad entendida separadamente respecto a cada uno de los convivientes. La existencia y la permanencia de la unión presumen la constante renovación de las voluntades expresas de convivencia sin vinculación matrimonial<sup>42</sup>. En esta perspectiva la *affectio* entendida como afectividad se puede manifestar como el móvil que sostiene dichas voluntades.

En la unión de hecho la voluntad de convivencia no es verificable a través de un acto jurídico sino a través de la notoriedad de la convivencia y por tanto aparece siempre como una presunción. Los elementos objetivos, anteriormente caracterizados y considerados conjuntamente, constituyen el *factum* de la unión de hecho y por tanto la base para esta presunción. Sin embargo, como hemos visto, en los casos extremos de la ausencia de cohabitación o de relaciones sexuales, se remite a la presencia de la voluntad de convivencia para confirmar la continuidad de la unión. Dichos dos elementos objetivos de nuestro fenómeno no se presentan entonces como radicalmente constitutivos; no obstante, siguen siendo imprescindibles para formar el fundamento de la presunción mencionada.

Nos encontramos por tanto ante una aporía: la *affectio* que, según algunos autores, es constitutiva e imprescindible en la unión de hecho se deduce permanentemente de un fundamento efímero que puede desaparecer. Por consiguiente, ante el problema de la constante ausencia de certeza jurídica, existe una tendencia a la contractualización de la unión de hecho.

Es posible por tanto que las voluntades expresas de convivencia sin vinculación matrimonial asuman un compromiso a través de un contrato cuyos términos precisan libremente, para regular de algún modo sus relaciones; no obstante, la obligatoriedad de este contrato está sometida en cada momento al derecho a la libre ruptura de la relación y por tanto tiene su vigencia mientras la convivencia dure<sup>43</sup>. Otro modo, utilizado para obtener una elemental certeza jurídica, lo aportan los ya mencionados registros de las parejas.

42. Cfr. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Diagnóstico...*, cit., pp. 128-129.

43. Cfr. *ibid.*, nota 125, p. 126.

Es preciso advertir sin embargo que en estos casos la unión de hecho pierde su connatural carácter de pura facticidad y se convierte en un tipo *peculiar* de unión de derecho o *matrimonio de segunda clase*.

#### b) Motivaciones subjetivas

Para clasificar las motivaciones subjetivas que conducen a la elección de la convivencia *more uxorio* debemos confrontar otra vez la unión de hecho con el matrimonio como punto de referencia. De ahí, dichas motivaciones responden no tanto a la pregunta: *¿por qué la unión de hecho?* sino más bien: *¿por qué no el matrimonio?* Por consiguiente podemos distinguir las motivaciones que rechazan el vínculo matrimonial como expresión de la indisolubilidad (en derecho civil, por causa del divorcio, más bien la indisolubilidad tendencial). Esta postura puede responder a la voluntad de elección del *matrimonio a prueba* o de la *cohabitación juvenil*. Los convivientes no descartan la posibilidad de un futuro matrimonio, sin embargo, ante el miedo a un compromiso definitivo y posible fracaso de su relación, optan por la convivencia *more uxorio*. El miedo a lo duradero y permanente puede convertirse en una postura estable de negación de todo compromiso<sup>44</sup>. El matrimonio desaparece entonces del horizonte de los posibles proyectos de vida incluso como una elección futura.

Otro tipo de motivaciones rechazan el matrimonio como estructura formal que «coarta la espontaneidad del amor»<sup>45</sup>. Esta postura esconde muchas veces la bastante extendida convicción de que la única diferencia entre el matrimonio y la unión de hecho reside en la presencia o la ausencia de las formalidades y celebraciones que acompañan el momento de las nupcias<sup>46</sup>. Existen también motivaciones que rechazan el matrimonio para no perder beneficios de índole económica, jurídica, asistencial, etc.<sup>47</sup>.

No es posible exponer exhaustivamente todas las motivaciones subjetivas que pueden conducir a la elección de la unión de hecho ante-

44. Cfr. J. M. DÍAZ MORENO, *La Iglesia ante las familias «de hecho»...*, cit., p. 280.

45. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Diagnóstico...*, cit., p. 62.

46. Cfr. P.-J. VILADRICH, *La Agonía del Matrimonio Legal. Una introducción a los elementos conceptuales básicos del matrimonio*, Pamplona 1997, p. 121.

47. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Diagnóstico...*, cit., p. 122.