

PANORÁMICA LEGISLATIVA SOBRE UNIONES DE HECHO *

DOLORES GARCÍA-HERVÁS

SUMARIO

I • CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS. II • LEGISLACIÓN EUROPEA SOBRE UNIONES DE HECHO. 1. Legislación sobre la convivencia heterosexual. Suecia. 2. Leyes que regulan la convivencia homosexual. A. El modelo nórdico. B. Especial mención a la ley holandesa. 3. Legislación sobre convivencia «asexual». El «Pacto Civil de Solidaridad» francés. **III • EL DERECHO ESPAÑOL ESTATAL Y AUTONÓMICO. IV • REFLEXIONES FINALES.**

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

El Derecho matrimonial y de Familia ha sufrido una profunda transformación en las últimas décadas; una mutación «que se caracteriza —cito a Martínez de Aguirre¹— tanto por la velocidad a que se ha producido, como por su extensión e intensidad; por su radicalidad, en suma».

Sin embargo, no cabe olvidar —como el propio Martínez de Aguirre señala²—, que, si bien es cierto que «el fenómeno aludido se hace más perceptible en las últimas décadas, es lo cierto que hunde sus raíces en una evolución secular, cuyo curso ha agrietado lentamente la estructura interna de un edificio aparentemente imponente —el de la que podríamos denominar, de manera convencional, “familia tradicional”— hasta producir su también aparente ruina desde mediados los años sesenta de este siglo».

No es el momento de hacer un detenido análisis de dicha evolución, en toda su complejidad; pero sí haremos una muy breve referencia

* Ponencia presentada en el XXII Curso de actualización en Derecho Canónico, *Moral y Derecho ante la conflictividad matrimonial*, Pamplona, 18-20 de septiembre de 2000.

1. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Diagnóstico sobre el Derecho de familia*, Pamplona, 1996, p. 13.

2. *Ibidem*, *op. cit.*, p. 14 y s.

a uno de los factores que más han influido en las transformaciones de la realidad familiar: el tránsito de la *familia institucional*, basada en el matrimonio, de estructura jerarquizada y configuración unitaria, que trasciende los intereses particulares de sus miembros, a la *familia contractual* o voluntarista, de fundación no necesariamente matrimonial, estructura igualitaria y configuración plural, subordinada a la satisfacción de los intereses individuales de sus miembros³.

Los nuevos modelos familiares vigentes en la actualidad han sido magistralmente caracterizados por la profesora Meulders⁴, distinguiéndose de la familia tradicional «por su fluidez, su fragilidad y su intercambiabilidad, por el declinar del matrimonio, por la evolución desde el orden público hacia la autonomía de las voluntades, por el paso del status al contrato, y de una sociedad de grupos a una sociedad de individuos».

Es en este contexto de lo que podríamos llamar con Piepoli⁵ la *familia afectiva*, regulada por la lógica de la espontaneidad y arbitrariedad de los sentimientos, donde cabe situar el fenómeno de las *uniones de hecho*, en las que centraremos nuestra atención desde este momento.

Una de las características más acusadas de lo se viene conociendo como la post-modernidad, es lo que Malaurie⁶ llama «la desafección hacia el matrimonio»: cada vez hay menos matrimonios y cada vez el matrimonio parece tener menos sentido; y una de las consecuencias más típicas de esa desafección, es el aumento progresivo de las uniones no matrimoniales. En todo caso, el propio Malaurie⁷ advierte que se puede percibir ya una corriente de desafección hacia este tipo de uniones, sustituidas por una vida en solitario, con encuentros sexuales esporádicos u ocasionales.

El fenómeno de las uniones de hecho no es una realidad novedosa, pero sí lo es, sin embargo, la pretensión de presentarlas, social y jurídicamente, como situaciones equivalentes, análogas al matrimonio, conse-

3. Un sugerente análisis sobre el tema ha sido propuesto por MARTÍNEZ DE AGUIRRE, en la obra que venimos citando: cfr. pp. 24 y ss.

4. MEULDERS, *L'évolution du mariage et le sens de l'histoire: de l'institution au contrat, et au-delà*, en GANGHOFER (coord.), *Le Droit de la famille en Europe*, Estrasburgo, pp. 215 y ss.

5. PIEPOLI, *El grupo familiar*, en LIPARI (coord.) *Derecho Privado. Un ensayo para la enseñanza*, Bolonia, 1980, p. 197

6. Cfr. MALAURIE y AYNÉS, *Droit civil. La famille*, París, 1992, p. 54.

7. *Ibidem*.

cuencia —como ya hemos señalado— de la desinstitucionalización del matrimonio y de la consecuente privatización de la familia, que pasa a ser entendida como un «asunto privado», regulado de manera determinante por la «gestión personal de la intimidad».

Hasta después de la Segunda Guerra Mundial sólo la familia legítima, fundada en el matrimonio o la adopción, era tenida en cuenta por las legislaciones civiles. «Todavía en la década de los 50 —dirá Navarro Valls⁸—, considerando que el concubinato era contrario a la moral, los tratados de Derecho civil solían declarar nulos, como opuestos al orden público y a las buenas costumbres, los contratos que establecieran y organizaran uniones libres».

Las uniones de hecho —como la doctrina ha subrayado de forma prácticamente unánime— hacen referencia a un fenómeno sumamente heterogéneo y magmático, que agrupa situaciones muy disímiles, e, incluso, contradictorias. La misma pluralidad terminológica que las designa —uniones de hecho, parejas de hecho, unión libre, concubinato, convivencia *more uxorio*, matrimonios de hecho, parejas no casadas, etc.—, puede ser interpretada como la expresión lingüística de la indefinición que encierra la realidad de las uniones de hecho. De ahí la dificultad a la hora de proponer un concepto unívoco, porque, como ha puesto de relieve Vidal⁹, «no se trata de una relación jurídica, sino de una simple relación de hecho que puede producir efectos jurídicos, que es cosa distinta».

Con carácter muy general, puede entenderse por «unión de hecho» aquélla que se presenta socialmente como alternativa al matrimonio; es decir, la convivencia *more uxorio* entre dos personas, del mismo o distinto sexo, caracterizada por la exclusividad y por una cierta estabilidad.

Parece evidente que el concepto «unión de hecho» es, cuando menos, un concepto real y jurídicamente difuso, razón por la cual los respectivos ordenamientos jurídicos encuentran dificultades objetivas a la hora de establecer una normativa de conjunto que las regule, también por la constante movilidad y subjetividad de esta materia.

8. NAVARRO VALLS, *Matrimonio y Derecho*, Madrid, 1994, p. 71.

9. VIDAL MARTÍNEZ, *La relación no matrimonial en el Derecho español*, Madrid, 1987, p. 16.

Si bien es cierto que en los países de nuestro entorno cultural la regulación de nuevos modos de convivencia se halla poco extendida, y allí donde existe es relativamente reciente, existen, como es sabido, leyes o proyectos legislativos que se han ocupado, en conjunto o parcialmente, de esta materia. Haremos, pues, una breve referencia, en primer lugar, a las legislaciones europeas sobre uniones de hecho —dejando a un lado, por responder a parámetros jurídicos muy diferentes a los nuestros, el Derecho angloamericano¹⁰—, para dedicar después una más detenida atención a los problemas que se plantean en el Derecho español.

II. LEGISLACIÓN EUROPEA SOBRE UNIONES DE HECHO

A la hora de referirme, aunque con la necesaria brevedad, a la legislación comparada, distinguiré, siguiendo a Martín Casals¹¹, dentro de los países que tienen una regulación específica sobre la convivencia fuera del matrimonio, tres tipos de situaciones:

1. legislación sobre convivencia heterosexual;
2. legislación sobre convivencia homosexual;
3. legislación sobre convivencia «asexual», entendiendo por ésta última una amplia gama de relaciones de dependencia personal, económica y afectiva, pero sin ningún substrato sexual, entre personas que comparten un cierto proyecto de vida en común.

Dejaremos al margen, en consecuencia, aquellos países que no poseen una regulación específica, si bien los respectivos ordenamientos jurídicos les reconocen efectos fragmentarios, dispersos en la legislación, y sus tribunales adoptan soluciones a los problemas que de facto se plantean, mediante el recurso a figuras generales del Derecho común de contratos y del Derecho patrimonial, rehusando aplicar, por vía analógica, las normas que regulan el matrimonio a las uniones de hecho. En esta

10. Una aproximación a las soluciones propuestas en el Derecho angloamericano, puede verse en NAVARRO VALLS, *Matrimonio y Derecho*, cit., pp. 72 y ss.

11. Vid. MARTÍN CASALS, *Las parejas de hecho en el Derecho europeo: realidades, variantes y perspectivas*, Madrid, 1999; también puede verse, con más detalles y amplias referencias bibliográficas MARTÍN CASALS, *Informe de Derecho comparado sobre la regulación de la pareja de hecho*, en «Anuario de Derecho Civil», 1995, pp. 1709 y ss.

situación se encuentran, entre otros países, Italia, Alemania, Bélgica y Portugal, además de España.

También omitiré, por distintas razones que no es el momento de explicar, las referencias al Derecho internacional y comunitario, con una sola excepción, que ya parece, por sí misma, lo suficientemente relevante. Me refiero a la tristemente célebre Resolución del Parlamento Europeo sobre «Igualdad de derechos de los homosexuales y de las lesbianas en la Unión Europea», aprobada el 8-II-1994.

Como es sabido, la Resolución solicita, entre otras medidas, que en los Estados miembros se ponga fin «a la prohibición de contraer matrimonio o de acceder a regímenes jurídicos equivalentes a las parejas de lesbianas o de homosexuales», garantizando a dichas uniones «los plenos derechos y beneficios del matrimonio». También se solicita que se elimine en los Derechos nacionales, «toda restricción de los derechos de las lesbianas y homosexuales a ser padres, a adoptar o a criar niños».

La citada Resolución —conviene recordar que no es de obligado cumplimiento para los Estados miembros—, tuvo una notable repercusión en los medios políticos y eclesiásticos. El elevado número de votos en contra y abstenciones que obtuvo la Resolución en el propio Parlamento Europeo, es una manifestación clara de la radicalidad con que proponía la equiparación entre las uniones homosexuales y el matrimonio¹².

Existen varios países europeos en los que se han aprobado leyes por las cuales se concede un estatuto jurídico orgánico, más o menos amplio, a las uniones no matrimoniales¹³. Así por ejemplo sucede en Dinamarca, desde 1989, Noruega, desde 1993, Groenlandia, desde 1994, Suecia, desde 1995; Islandia y Hungría, desde 1996, Holanda, desde 1998, y, por último, Francia, que aprobó, tras un largo e intenso debate social y político, el llamado Pacto Civil de Solidaridad, en octubre de 1999.

12. Más recientemente, el Parlamento europeo aprobó una nueva resolución, el 14. III. 2000, en la que vuelve a insistir en la idea de que los países de la Unión europea traten de adecuar sus respectivas legislaciones para que las parejas de hecho, también homosexuales, obtengan un reconocimiento jurídico adecuado.

13. Una referencia a la legislación europea sobre uniones de hecho, puede verse con más detalle en AZNAR GIL, *Uniones estables de pareja y magisterio de la Iglesia Católica*, en «Revista Española de Derecho Canónico» (59) 1999, p. 79.

Me referiré a continuación a las leyes que regulan la convivencia heterosexual, haciendo una única mención: el caso sueco, por ser el único país que reguló inicialmente la convivencia de hecho sólo entre personas de distinto sexo.

1. *Legislación sobre la convivencia heterosexual. Suecia*¹⁴

Suecia optó inicialmente por una regulación parcial y muy puntual de las uniones no matrimoniales heterosexuales, con la promulgación de la *Ley 232/87 sobre el hogar común de los convivientes de hecho*¹⁵.

Esta ley regulaba con carácter exclusivo el destino de la vivienda y del ajuar doméstico de los convivientes de hecho, dejando al margen todo lo referente a sus relaciones patrimoniales y personales. De algunas leyes generales o del silencio de éstas, pueden deducirse el resto de las cuestiones que afectan a la pareja de hecho, como por ejemplo, que entre ellos no rige la presunción de paternidad, que no existe deber de alimentos, ni el derecho a usar el apellido del otro. Tampoco tienen derechos sucesorios entre sí, ni pueden adoptar conjuntamente.

Esta ley no tiene carácter imperativo, de tal manera que las parejas que no deseen acogerse a ella pueden excluir su aplicación mediante convenio (cfr. §5)

La singularidad de la ley sueca del 87 se refiere al ámbito personal de su aplicación, ya que el §1, II dispone que:

«La regulación de esta Ley es aplicable a las relaciones de convivencia en las que una mujer y un hombre no casados viven juntos en condiciones análogas a las del matrimonio».

De esta manera, quedaba expresamente reducido su ámbito de aplicación a las parejas heterosexuales, quedando excluidas las parejas homosexuales, como también —según entendió la doctrina— aquellas

14. Con carácter monográfico, puede consultarse BOGDAN-HENNING, *La cohabitación extramatrimonial en el Derecho sueco*, en «Centenario del Código Civil», Universidad Popular Enrique Tierno Galván, 1989, pp. 47 y ss.

15. Referencia tomada de la traducción castellana realizada por VILLAGRASA (coord.) *El Derecho europeo ante la pareja de hecho*, Barcelona, 1996, pp. 283 y ss.

uniones entre personas para las que exista un impedimento a la hora de contraer matrimonio.

Sin embargo, otra norma posterior, la Ley 814/87, sobre los convivientes homosexuales¹⁶, la amplió a las parejas homosexuales, promulgándose más tarde, en 1994, otra ley específica para las parejas homosexuales que ampliaba considerablemente, como luego veremos, la relación de sus derechos y deberes.

2. *Leyes que regulan la convivencia homosexual*

A. *El modelo nórdico*

En los últimos diez años se han ido promulgando leyes en los distintos países nórdicos que aproximan de forma muy notable el estatuto de las parejas homosexuales al matrimonio.

En este ámbito, son paradigmáticas la ley danesa de «convivencia inscrita», de 7 de junio de 1989, y noruega, de 1 de agosto de 1993.

Como es sabido, Dinamarca fue el primer país del mundo que aprobó una amplia regulación de las parejas homosexuales, equiparando la unión homosexual «registrada» al matrimonio heterosexual, tanto en el ámbito público (derecho fiscal, seguridad social, pensiones, etc.) como en el ámbito del Derecho civil, y en este último, reconociendo a la unión homosexual los mismos efectos jurídicos que al matrimonio —incluidos los sucesorios—, así como en los trámites de su constitución y disolución¹⁷.

En unos u otros términos, todas las legislaciones nórdicas disponen que la convivencia inscrita de homosexuales produce los mismos efectos jurídicos que el matrimonio en cuanto a los convivientes, con algunas excepciones, poco significativas, respecto de las uniones homosexuales, como por ejemplo, que no pueden optar por la celebración en forma civil o religiosa de su «unión», o que, en el proceso de divorcio, en

16. Cfr. VILLAGRASA, cit., p. 291.

17. Cfr. MARTÍN CASALS, *Informe de Derecho comparado*, cit., pp. 1729 y ss.

el que se sigue el mismo procedimiento que para el matrimonio heterosexual, no se puede solicitar la mediación de un clérigo para intentar la reconciliación de las partes¹⁸.

Sin embargo, no existe equiparación en lo que respecta a los hijos, de tal manera que:

1. En Dinamarca, Suecia y Noruega no pueden ejercer conjuntamente la patria potestad sobre el hijo de uno de ellos. La única excepción es Islandia.

2. No pueden adoptar conjuntamente ni ejercer un derecho de guarda conjunto.

3. Se excluye a las parejas homosexuales de las prácticas sobre reproducción asistida.

En cuanto a la capacidad personal para acogerse al régimen de la ley, en todas las legislaciones citadas se establece que los convivientes deben ser siempre personas del mismo sexo. Además de esta circunstancia, para proceder a la inscripción de la convivencia, la ley exige que tengan capacidad suficiente y no se encuentren afectados por impedimentos legales, cuestiones que se regulan mediante la remisión a las normas sobre el matrimonio. No podrán inscribirse aquellas personas que estén ya casadas o se encuentren todavía inscritas como convivientes de una unión anterior.

La disolución de la convivencia inscrita se produce por muerte o por divorcio. También se admite la separación judicial, excepto en Suecia, donde esta institución tampoco existe respecto del matrimonio¹⁹.

Los convivientes homosexuales pueden optar por la aplicación o no de la ley; para acogerse ella deberán inscribirse, no en un registro cualquiera o creado *ad hoc*, sino en el mismo Registro Civil.

En todo caso, en atención a los problemas de Derecho internacional privado que pueden presentarse, se exige que al menos uno de los convivientes tenga la nacionalidad del país respectivo²⁰.

18. Cfr. NAVARRO VALLS, *Las uniones de hecho en el Derecho comparado*, en MARTINELL-ARECES (eds.) «Uniones de hecho», Lérida, 1998, p. 34.

19. Cfr. MARTÍN CASALS, *Las parejas de hecho*, cit., p. 191.

20. Para más detalles, vid. MARTÍN CASALS, *Las parejas de hecho*, cit., pp. 186 y ss.

B. Especial mención a la ley holandesa

La ley holandesa, presenta variables significativas respecto de las legislaciones nórdicas, por lo que merece una especial atención²¹.

El 1 de julio de 1997 el Parlamento holandés aprobó el Proyecto de Ley de Reforma del título I del Código civil holandés y del Código de Procedimiento civil, relativo a la inscripción de los convivientes, por lo que la nueva Ley de convivencia inscrita, que entró en vigor el 1 de enero de 1998, se incorporó al Código civil holandés, en el Libro I, después del Tit. 5 relativo al matrimonio, bajo la rúbrica: «La convivencia inscrita».

Las principales diferencias respecto de las leyes anteriores, se refieren a los aspectos siguientes:

1. La Ley no sólo está abierta a los homosexuales, sino que también permite la inscripción de parejas heterosexuales.

2. Pueden acogerse al régimen de convivencia inscrita no sólo los holandeses, sino también los ciudadanos miembros de la Unión Europea, y de los Estados firmantes del Convenio sobre el Espacio Económico Europeo, siempre que dispongan de un permiso de residencia en los Países Bajos²².

En cuanto a la capacidad y derechos y deberes de los convivientes, la ley se remite en bloque a la regulación matrimonial. La equiparación se produce también en el ámbito del Derecho patrimonial, sucesorio, procesal, penal, fiscal, etc., así como a la hora de disolver la convivencia.

Por lo que se refiere a los requisitos e impedimentos para constituir una convivencia inscrita, son los mismos que para contraer matrimonio: aquí la equiparación es absoluta, con las necesarias adaptaciones.

Sin embargo, a pesar de esta casi identidad del estatuto personal de los cónyuges y los convivientes, no se producen las mismas consecuencias respecto de los hijos hasta la entrada en vigor de la Ley de 24 de diciembre de 1997, por la cual se lleva a cabo una amplia modifica-

21. También aquí seguimos principalmente a MARTÍN CASALS, *Las parejas de hecho*, cit., pp. 184 y ss.

22. Cfr. MARTÍN CASALS, *Las parejas de hecho*, cit., p. 194.

ción de la regulación de la filiación y de la adopción. Esta nueva ley permite la adopción conjunta por parte de parejas no casadas —aunque sólo heterosexuales—, así como la adopción individual, tanto si el adoptante forma parte de una pareja, sea heterosexual u homosexual, como si no. La adopción conjunta por parte de parejas homosexuales fue sólo cuestión de tiempo, admitiéndose hoy esta posibilidad, restringida, eso sí, a niños de nacionalidad holandesa, por haber suscrito este país el Convenio de la Haya sobre Adopción²³.

3. *Legislación sobre convivencia «asexual». El «Pacto Civil de Solidaridad» francés*

En la legislatura anterior a la última victoria socialista de 1997, se presentaron ante el Parlamento francés tres proposiciones de Ley, que nunca llegaron a ser debatidas. En las correspondientes Exposiciones de Motivos de lo que entonces vino a llamarse el «Contrato de Unión Social», se destacaba cómo habían aparecido en la sociedad «nuevas formas de solidaridad y ayuda mutua entre los individuos, especialmente entre personas de la tercera edad, que intentan, así, poner remedio a sus dificultades económicas y sociales y luchar contra el aislamiento» (...). «La esencia del CUS —añade— es la solidaridad (...) y la ayuda mutua, material y moral a la que ellos se obligan. Su consecuencia es la comunidad de vida». Y, dado que afecta al estado civil de las personas, «se inscribe al margen de la inscripción del estado civil». Después de destacar que está abierto a todos, «sea cual sea el sexo de los contratantes» concluye que «crea un verdadero estatuto específico para las personas vinculadas por un proyecto de vida en común. (...) No sustituye al matrimonio y “no impide la práctica del concubinato”».

Al mismo tiempo, diversos municipios franceses habían empezado a otorgar certificados de convivencia a parejas homosexuales, y a intentar mejorar la situación de las parejas heterosexuales, con lo que la cuestión provocó un intenso debate político, razón por la cual el Ministro de Justicia encargó en 1996 un estudio sobre el tema a un grupo de reflexión, pre-

23. Cfr. MARTÍN CASALS, *Las parejas de hecho*, cit., p. 198.

sidido por el Prof. Hauser²⁴. El informe Hauser —que fue entregado a la Ministra de Justicia del nuevo gobierno socialista—, proponía un modelo fundado en la comunidad de vida y en la puesta en común de determinados bienes, que debía tener su encaje en el Libro Tercero del Código civil francés: De los diversos modos de adquirir la propiedad. Este modelo, netamente patrimonial, se denominaba «Pacto de interés común».

Tras la victoria socialista de 1997, el gobierno francés presentó de nuevo la proposición de ley con ligeras modificaciones, y, finalmente, el 9 de diciembre de 1998, la Asamblea Nacional Francesa admitió a trámite la que ya era la enésima versión de la Proposición del ahora llamado «Pacto Civil de Solidaridad», aprobado, no sin dificultades, el 13 de octubre de 1999.

La nueva normativa se ubica en el Libro I del Código civil francés: De las Personas. Aunque sigue muy de cerca las líneas generales de las proposiciones anteriores, trata de evitar todos los indicios de que se entienda como una especie de matrimonio de segunda clase. Así, por ejemplo, no se inscribe en el Registro Civil sino en un registro judicial de los llamados «Tribunales de instancia»²⁵; no produce los efectos del matrimonio en el ámbito fiscal ni en el de los derechos sociales, y se permite la resolución del pacto sin necesidad de intervención judicial.

Puede ser concluido por «dos personas físicas mayores de edad, del mismo o distinto sexo, que quieran organizar su vida en común»²⁶. En este sentido adopta el amplio concepto de los textos que refunde. Sin embargo, a diferencia de éstos, excluye a las personas unidas por parentesco de afinidad, pero extiende a los hermanos o hermanas conviventes la posibilidad de hacer una declaración de la Renta conjunta o de subrogarse en el contrato de arrendamiento, facultades que implican un retoque de última hora, como mínima concesión a los partidarios de admitir el Pacto civil de solidaridad entre hermanos²⁷.

En materia patrimonial, fiscal, de derechos sociales, etc., la aproximación al matrimonio es notable.

24. Con más amplitud, puede verse MARTÍN CASALS, *ult. op. cit.*, pp. 199 y ss.

25. Cfr. art. 515-3.

26. Cfr. art. 515-1.

27. Cfr. MARTÍN CASALS, *Las parejas de hecho*, *cit.*, p. 204.

En cuanto a los derechos y deberes de las partes, se comprometen a aportarse mutuamente sostenimiento material y moral en los términos que hayan pactado²⁸.

Finalmente, la Ley añade un Capítulo II a este nuevo título XII, que titula, sin ambages, «Del concubinato», definiéndolo como «una unión de hecho, caracterizada por una vida común con ciertas características de estabilidad y de continuidad, entre dos personas, del mismo o distinto sexo, que viven en pareja».

Como anteriormente decíamos, la legislación francesa se caracteriza por una particularidad muy especial: abarcar una amplia gama de relaciones de dependencia personal, económica y afectiva, pero sin ningún substrato sexual, entre personas que comparten un cierto proyecto de vida en común.

De esta breve referencia a la legislación comparada, puede concluirse que las leyes vigentes en el Derecho continental europeo han optado por la regulación institucional de las uniones de hecho, tanto heterosexuales como homosexuales, otorgándoles un estatuto jurídico, más o menos amplio, muy similar al del matrimonio.

III. EL DERECHO ESPAÑOL ESTATAL Y AUTONÓMICO

El ordenamiento jurídico español viene reconociendo desde hace ya algunos años determinados efectos jurídicos a las uniones heterosexuales u homosexuales que conviven *more uxorio*, sin que se haya logrado la aprobación de una ley estatal que las regule de modo orgánico y unitario, pese a las distintas proposiciones de ley presentadas, tanto en la pasada legislatura como en ésta, ante el Parlamento español. Sin embargo, se da la peculiar circunstancia de que varias Comunidades autónomas —como la catalana, la aragonesa y, más recientemente, la Comunidad Foral Navarra— han promulgado sus propias leyes autonómicas, regulando de modo institucional la convivencia de hecho, como en su momento veremos.

28. Cfr. art. 515-4.

La preocupación del legislador español por las uniones de hecho comienza en la década de los ochenta, limitándose en ese momento sólo a las uniones heterosexuales.

Las primeras normas importantes aparecen en la Reforma del Código civil de 7 de julio de 1981. Sin embargo, como ha subrayado Pantaleón²⁹, se trataba de normas más bien de repercusión negativa en la convivencia *more uxorio*, que de concesión de derechos. En ellas se hace referencia a la convivencia de hecho como causa de extinción de la pensión compensatoria por separación o divorcio (cfr. art. 101 Cc.), o como causa de emancipación de los hijos cuando, quien ejerce la patria potestad, pasa a convivir maritalmente con persona distinta del otro progenitor (cfr. art. 320,1 Cc.); también, la famosa Disposición Adicional 10^a, que otorgaba las prestaciones de la Seguridad Social asignadas al cónyuge también «a quienes no hubieran podido contraer matrimonio por impedírsele la legislación vigente hasta la fecha» (al no existir hasta entonces posibilidad de divorcio), norma que fue profundamente negativa en relación con la convivencia *more uxorio*, porque se interpretó siempre en el sentido de que los convivientes posteriores a la ley no podían acogerse a ninguna de las prestaciones de la Seguridad Social.

A partir del año 1981 comienzan a reconocerse ciertos derechos, hasta la fecha reservados a los cónyuges, en algunas leyes particulares. Así, y sin ánimo de exahustividad:

1. En el ámbito civil cabe destacar:

a) La disposición adicional 3^a de la Ley 21/87, de 11 de noviembre, sobre la adopción, en la que se establece que «las normas sobre la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables al hombre y a la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal».

b) La ley sobre técnicas de reproducción asistida, de 22 de noviembre de 1988, concede prácticamente los mismos derechos en esta materia, tanto a las personas casadas como a los unidos afectivamente sin

29. Cfr. PANTALEÓN, *Régimen jurídico de las uniones de hecho*, en MARTINELL-ARECES (eds.), «Uniones de hecho», cit., p. 67.

vínculo matrimonial. En este sentido, en su preámbulo se refiere al «semen del marido o del varón de la pareja» como posibilidades de inseminación artificial; el art. 9,3 extiende al «varón no unido por vínculo matrimonial» la facultad de «consentir en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado en los seis meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer» (se entiende «o a su pareja»); también, el art. 13,3 a) habla genéricamente de «pareja» a los efectos del derecho que tienen a ser informados sobre procedimientos, investigación y riesgos de la terapia propuesta.

2. En el ámbito penal, en determinados preceptos del Código Penal aparecen referencias a la convivencia *análoga* a la conyugal, en concreto, respecto de las circunstancias atenuantes o agravantes por relación de parentesco, o en el encubrimiento de parientes (cfr. arts. 11 y 18 del Código penal).

3. En materia política, la Ley sobre el derecho de asilo, de 26 de marzo de 1984, concede este derecho no sólo al cónyuge sino también al convivente, así como la condición de refugiado.

4. En el ámbito administrativo, en la ley de Arrendamientos Urbanos 29/94, de 24 de noviembre, se equipara al convivente del arrendatario con el cónyuge a la hora de reconocerle determinados derechos en esta materia, como la posibilidad de subrogación en el contrato de alquiler.

5. En materia laboral, la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/81, de 7 de julio, concede las «prestaciones de la Seguridad Social» y el «derecho a la pensión de viudedad» a «quienes no hubieran podido contraer matrimonio por impedirlo la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tal».

Y otras referencias dispersas podríamos señalar en la Ley Orgánica del Poder Judicial, 3/85, de 1 de julio, la cual, entre las causas de abstención, recusación e incompatibilidad de Jueces y Magistrados, establece el matrimonio «o situación de hecho asimilable»; en la Ley Orgánica del Jurado 5/1995, de 22 de mayo; en la Ley Orgánica reguladora del *habeas corpus* 6/1984, de 24 de mayo; o en la Ley sobre ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, de 11 de diciembre de 1995, y algunas referencias más en el ámbito administrativo.

A partir de 1992 aparecen las primeras menciones en la legislación a la convivencia homosexual, bajo el sorprendente barbarismo «con independencia de su orientación sexual»; así, por ejemplo, en las ya mencionadas Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, o en la Ley de 1995 sobre Ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos o contra la libertad sexual.

En definitiva, la legislación española vigente en la actualidad se limita a algunas referencias puntuales, aisladas, del fenómeno de la convivencia fuera del matrimonio, en normas que otorgan un cierto reconocimiento de derechos, pero un reconocimiento disperso, no orgánico y ocasional.

En la década de los 90, lo más relevante es la intervención de la jurisprudencia constitucional. Aunque no podemos entrar en un análisis de la misma porque excede del tema propuesto, sí cabe advertir en ella idéntica perplejidad que en nuestro ordenamiento jurídico ante las situaciones convivenciales de hecho.

En este sentido la jurisprudencia constitucional no es uniforme ni clara, y, en algunas ocasiones, significativamente contradictoria. Así, por ejemplo, cuando entiende que no puede concederse pensión de viudedad a favor de quienes hubieran constituido una unión de hecho³⁰, pero sí reconocía antes de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, el beneficio de subrogación *mortis causa* a quien hubiere convivido maritalmente y de modo estable con el arrendatario fallecido³¹.

Por su parte, el Tribunal Supremo ha intervenido en distintas ocasiones, siempre en relación con las consecuencias patrimoniales o económicas de la convivencia de hecho. Muy resumidamente, entiende que si los conviventes han pactado un estatuto patrimonial, habrá que estar a lo convenido, de acuerdo con el art. 1255 del Cc; pero si, por el contrario, no lo han hecho, no cabe acudir, por analogía a las normas que regulan el régimen económico matrimonial. Para la liquidación en caso de patrimonio común, estima que cabe aplicar las reglas de la comunidad de bienes, y, en su caso, las de sociedad. Y, cuando no haya existido ni comunidad de bienes ni sociedad civil, admite la posibilidad de recurrir

30. Cfr. sent. 66/94, de 28 de febrero, que reafirma otras anteriores.

31. Cfr. sent. 222/94, de 14 de diciembre.

al enriquecimiento sin causa, siempre que se den los términos exigidos en dicha figura³².

Volviendo a la regulación de ámbito estatal, ya en la pasada legislatura se presentaron ante el Congreso de los Diputados diferentes propuestas legislativas dirigidas a regular de modo orgánico las uniones de hecho; así, por parte del Grupo Parlamentario Mixto, Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida e Iniciativa per Catalunya, Grupo Parlamentario Socialista, de Coalición Canaria, todas entre los años 94-97. Y, finalmente, el Grupo Parlamentario Popular, presentó en el Congreso una proposición de Ley Orgánica de Contrato de Unión Civil en 1997, en la que expresamente se decía que no se pretendía «inventar una nueva figura que sea una especie de matrimonio de segunda clase, oseudomatrimonio», dejando claro que se excluía la equiparación jurídica de esas formas de convivencia con la institución matrimonial. También en la Exposición de motivos se reafirmaba expresamente la libertad individual de quienes «quieren relacionarse más allá del Derecho», y quedar, por tanto, excluidos del ámbito de aplicación de esta ley. Asimismo, cabe destacar que se evitan, en favor de la seguridad jurídica, expresiones de dudosa juridicidad, como «afectividad», «orientación sexual», etc. De hecho, la proposición de ley no hace ninguna referencia al sexo de los convivientes. El proyecto incluía modificaciones legislativas, si bien muchas de ellas se encuentran ya vigentes, según hemos visto. Sin embargo, como es sabido, ninguno de estos proyectos prosperó.

Siguiendo con el Derecho vigente, ya no estatal sino autonómico, son en la actualidad tres las Comunidades Autónomas que han promulgado sus propias leyes sobre convivencia extramatrimonial; por orden cronológico, la Comunidad Autónoma catalana, por ley 10/98, de 15 de julio, sobre «uniones estables de pareja»; la Comunidad Autónoma aragonesa, por ley 6/99, de 26 de marzo, de «parejas estables no casadas»; y la Comunidad Foral Navarra, por ley 6/2000, de 3 de julio, «para la igualdad jurídica de las parejas estables».

Las leyes autonómicas sobre parejas estables tienen en común —con ligeras variantes— ofrecer un amplio estatuto personal y patrimonial a los

32. Cfr. LACRUZ en *Elementos de Derecho civil, IV, Derecho de Familia*, Barcelona, 1997, pp. 412 y ss.

conviventes, similar al del matrimonio, y estar abiertas tanto a uniones heterosexuales como homosexuales.

En todas ellas se dispone que podrán acogerse a la ley los mayores de edad que, sin impedimento para contraer matrimonio, hayan convivido maritalmente durante un cierto tiempo —dos años, según las leyes catalana y aragonesa³³; uno, según dispone la navarra³⁴— o bien hayan manifestado su voluntad de acogerse al régimen de la ley mediante escritura pública. La convivencia podrá acreditarse mediante cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho. Se regula ampliamente el régimen patrimonial y económico por el que se regirá la convivencia, así como las causas de extinción, y los efectos patrimoniales de la misma. Tanto en la Ley catalana como en la aragonesa, se dispone que, en caso de ruptura, los conviventes no podrán volver a formalizar una unión estable con otra persona hasta después de transcurridos 6 meses desde que dejaron sin efecto el documento público correspondiente a la convivencia anterior³⁵. Sin embargo, la Ley navarra sólo exige la disolución de la unión precedente³⁶.

En las tres leyes autonómicas se admite expresamente la adopción conjunta por parte de quienes hubieren constituido una unión estable³⁷, pero sólo la Ley navarra permite la adopción conjunta por parte de homosexuales, «con iguales derechos y deberes que las parejas unidas por matrimonio», según se dispone, textualmente, en su art. 8.

La Comunidad Autónoma catalana promulgó, pocos meses más tarde, otra ley sobre «Situaciones convivenciales de ayuda mutua» —Ley 19/98, de 28 de diciembre³⁸—, a la que pueden acogerse personas sin vínculo matrimonial ni pareja estable, que sean parientes en línea colateral, o tener relaciones de simple amistad o compañerismo. El número de conviventes queda limitado a cuatro.

Como no podía ser de otro modo, la doctrina se ha planteado, desde distintas perspectivas, la legitimidad —y, aún más, la constitucio-

33. Cfr. arts. 1 y 3,1, respectivamente.

34. Cfr. art. 2,2.

35. Cfr. arts. 29,1 de la Ley catalana, y 6,4 de la Ley aragonesa.

36. Cfr. art. 3.

37. Cfr. art. 6 de la Ley catalana y 10 de la aragonesa.

38. Vid. B. O. E. n. 35, de 10 de febrero de 1999.

nalidad— de la competencia de las Comunidades Autónomas para regular estas peculiares formas de convivencia. Dos problemas se plantean, principalmente. En primer lugar, y según el art. 149,1,8º de la Constitución española, es competencia exclusiva del Estado «la legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación o desarrollo por las Comunidades autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan». Es decir, las Comunidades autónomas sólo tienen competencias en materia civil para conservar, desarrollar o modificar el Derecho civil autonómico preexistente; o, con otras palabras, se requiere conexión institucional entre la regulación autonómica en materia civil y una institución ya regulada previamente por el Derecho civil autonómico ¿Cuál sería esa conexión entre la normativa de las Comunidades autónomas sobre parejas estables, y una institución civil preexistente ya regulada por el propio Derecho civil autonómico? En segundo lugar, también se ha planteado si esta regulación autonómica, sin previa existencia de normativa estatal sobre uniones de hecho, no vulneraría lo dispuesto en el art. 139,1 de la Constitución cuando dice que «Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado». Son muchos los autores que se han ocupado de estos temas —que, evidentemente, sólo podemos dejar apuntados—, si bien en la mayoría de ellos se advierte una lectura selectivamente autonomista, tanto de los preceptos constitucionales como de la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional³⁹.

Después de esta sucinta referencia a la legislación española, estatal y autonómica, nos encontramos en condiciones de configurar, a grandes rasgos, la situación actual de las parejas no casadas según el Derecho vigente.

En primer lugar, parece claro que la «unión libre» es hoy un concepto jurídicamente difuso. No sólo es de definición incierta por la gran variedad de situaciones que puede abarcar, sino que, además, es una realidad de muy plurales efectos jurídicos, que se producen individualmente según las más diversas circunstancias, y son específicos de cada unión.

39. Para un detenido análisis de la problemática planteada, hemos seguido principalmente el exhaustivo estudio de GAVIDIA, *Uniones libres y competencia legislativa de ciertas comunidades autónomas para desarrollar su propio Derecho civil*, en «La Ley», año XX, n. 4904, de 13 de octubre de 1999.

En todo caso, pienso que la unión de hecho que podríamos llamar típica puede definirse a partir de las siguientes notas⁴⁰:

1. La convivencia: a diferencia del matrimonio, en el cual el vínculo subsiste aunque no se dé convivencia y esta situación persista indefinidamente, la unión de hecho es impensable sin convivencia.

2. Estabilidad: no se trata de una unión esporádica u ocasional, sino de algún modo permanente, consolidada a lo largo del tiempo o con voluntad de consolidarla, y con una cierta publicidad⁴¹. Sin embargo, se trata de una convivencia proyectivamente estable, o con una voluntad de permanencia no comprometida. A diferencia de lo que ocurre en el matrimonio, en el que la estabilidad es un compromiso que vincula el futuro, en la unión de hecho no es más que una constatación de duración que se proyecta al pasado⁴².

3. Disolución informal y libre. Tanto la unión matrimonial civil como la unión de hecho, son disolubles, pero ésta, a diferencia del matrimonio, se extingue por la mera voluntad de uno de los convivientes, y, como diría Álvaro d'Ors, sin necesidad de «estrépitos judiciales».

4. Exclusividad de la relación o ausencia en los convivientes de otras situaciones o compromisos semejantes y vigentes. Esta es una característica que se impone en todas las legislaciones que, en la actualidad, regulan las uniones de hecho: la imposibilidad de mantener simultáneamente más de una unión de hecho, como tampoco, una unión matrimonial y otra unión de hecho.

Asimismo, y de acuerdo con el derecho estatal vigente, puede establecerse un cierto régimen jurídico común respecto de las uniones no matrimoniales, que sintetizamos, muy brevemente, a continuación.

En primer lugar, resulta de la mayor importancia destacar dos premisas muy claras, en relación con la institución matrimonial:

40. Seguimos en este punto la clara y completa exposición que hace LACRUZ en *Elementos*, cit., pp. 410 y ss.

41. Sobre este aspecto se pronuncia con claridad la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1982, cit. por LACRUZ, en *Elementos*, cit., p. 410.

42. Vid., en este sentido TRABUCCHI, *Morte della famiglia o famiglie senza famiglia*, en «Rivista di Diritto Civile», 1988, p. 34.

1º. No son aplicables por analogía las normas relativas al matrimonio, porque no cabe la aplicación analógica al no darse uno de los requisitos: la identidad de razón entre el supuesto de la institución matrimonial y el de la convivencia de hecho⁴³. En este sentido, puede decirse que hay unanimidad en la doctrina. Sí cabe una remisión explícita por parte de la ley a determinadas normas aplicables al matrimonio, como, de hecho, ya vimos que ocurre en las distintas leyes estatales y autonómicas.

2º. Mayor autonomía de la voluntad de los convivientes en la regulación de sus relaciones jurídicas. En aquellos aspectos en los que la ley no dispone nada, el régimen jurídico de la convivencia *more uxorio* es el que los convivientes acuerden.

Sin embargo, y pese a lo que pueda parecer, los límites de la autonomía de su voluntad son muy señalados⁴⁴. El convenio no podrá ser contrario, en ninguno de sus extremos, a los derechos fundamentales, la ética, la moral o el orden público. Pero, además, y en cuanto a los límites de la autonomía de la voluntad a la hora de pactar, resulta necesario distinguir el ámbito de su estatuto personal y el de las relaciones de naturaleza económica o patrimonial.

2.1. En lo que se refiere a su estatuto personal, no cabe configurar la convivencia de hecho, desde el punto de vista jurídico, con ninguno de los deberes del matrimonio, y, por lo tanto, con ninguno de sus derechos; insisto, en el ámbito de las relaciones personales. Y esto, porque en la unión de hecho falta un vínculo jurídico como el del matrimonio, y los derechos y deberes conyugales no pueden ser objeto de otro contrato que el matrimonial⁴⁵.

Entre los convivientes se entrecruzan unos consentimientos difusos en cuanto a su contenido, que no vinculan jurídicamente a las partes en lo que respecta a su estatuto personal. En efecto, como precisa Lacruz «la unión libre no excluye, desde luego, el respeto entre los con-

43. Sobre la compleja cuestión de la analogía legal entre las uniones de hecho y el matrimonio, puede verse el exhaustivo planteamiento del tema que propone GAVIDIA, en *¿Es la unión libre una situación análoga al matrimonio?* en «Revista jurídica del notariado», octubre-diciembre, 1999, pp. 199 y ss.

44. Explica por extenso y con todo rigor este tema LACRUZ, *Elementos*, cit. pp. 411 y ss.

45. Cfr. LACRUZ, *Elementos*, cit., pp. 409 y ss.

vivientes, o la fidelidad que voluntariamente se guarden (...), o la mutua ayuda; antes bien, lo usual es que se practiquen, el menos tendencialmente —como en el matrimonio— tales virtudes; pero fuera de toda obligación, y, en general, del campo de lo jurídico».

Puede que los convivientes, antes de iniciar su relación estable, celebren un convenio o acuerdo que se refiera también a los derechos y deberes entre ellos de naturaleza personal, pero lo que pacten o determinen carecerá de eficacia jurídica. Su validez y cumplimiento queda al arbitrio de los propios «contratantes». El convenio no podrá versar sobre los aspectos personales de la convivencia porque éstos están sustraídos al pacto, pero, además, no podrán exigirse jurídicamente ante ninguna instancia.

2.2. Respecto de los hijos: los pactos relativos a los hijos sólo son posibles en los mismos términos que en el matrimonio, con absoluto respeto de lo dispuesto en los art. 154 y ss. del Cc., por ser esas normas de *ius cogens* en su mayor parte (cfr. art. 90 y ss.). Sin embargo, no opera la presunción de paternidad, prevista exclusivamente respecto de la unión matrimonial.

2.3. Pactos destinados a regular el régimen patrimonial.

Los pactos que tienen por objeto regular los efectos económicos de la convivencia *more uxorio*, tienen mucho mayor campo de actuación y efectos, y hoy se hallan plenamente admitidos tanto por parte de la doctrina como por la propia jurisprudencia, que da en ocasiones eficacia a los solo tácitos⁴⁶.

Hay consenso doctrinal en cuanto a dos extremos:

a) que las relaciones económicas entre los convivientes no vienen disciplinadas por el régimen económico matrimonial previsto por el Código civil respecto del matrimonio⁴⁷;

b) que los convivientes sí pueden regular tales relaciones económicas mediante pacto.

46. Cfr. SS. T. S. de 21 de octubre 1992 y de 18 de febrero de 1993.

47. En las SS. T. S. de 21 de octubre y 11 de diciembre de 1992, y 18 de febrero y 22 de julio de 1993, se sostiene la imposibilidad de aplicar a las uniones de hecho las normas reguladoras de la sociedad de gananciales, invocando, una vez más, que no puede hablarse técnicamente de analogía.

En ausencia de pacto, nuestros tribunales suelen aplicar las normas del contrato de sociedad al régimen de los bienes comunes de la pareja, siempre que conste de algún modo —al menos tácitamente— que entre los convivientes existía una cierta *affectio societatis*. No se presume, pues es perfectamente factible que los convivientes hayan optado por una plena independencia económica en su relación. En otras ocasiones el Tribunal Supremo ha recurrido a las normas sobre la comunidad de bienes, o sobre enriquecimiento sin causa, cuando una de las partes haya obtenido ventajas económicas o patrimoniales de su convivencia con la otra⁴⁸.

En cuanto a la obligación de alimentos, la convivencia de hecho no crea un deber legal de alimentos. Una vez más, habrá que atender en este punto a la voluntad contractual.

Por lo que se refiere al régimen de la vivienda común, respecto del uso, se estará también a lo pactado. Se aplica la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos en cuanto al derecho de subrogación en el contrato de alquiler, según ya vimos en su momento.

Por lo que respecta a la cesación de la convivencia, no cabe aplicar por analogía las normas sobre pensión compensatoria previstas para el caso de ruptura del matrimonio en el art. 97 del Cc. Una vez más, los convivientes sí pueden pactarla. También se aplican, en su caso, como hemos dicho, las normas sobre enriquecimiento sin causa. Finalmente, no cabe reclamar pensión de viudedad, según ha estimado, contradictoriamente, como vimos, nuestro Tribunal Supremo.

IV. REFLEXIONES FINALES

El ordenamiento español estatal ha seguido, por ahora, la vía de reconocer efectos colaterales a las uniones de hecho, en leyes dispersas, en lugar de regular de modo orgánico en una ley unitaria dichos efectos; pero parece claro que se trata de una opción provisional, en tanto no se resuelva el cúmulo de problemas jurídicos que plantea su regulación orgánica, más o menos amplia. En todo caso, que la intención del legis-

48. Con más detalle, puede verse LACRUZ, *Elementos*, cit., pp. 412 y ss.

lador español se orienta hacia la regulación institucional de las uniones de hecho, parece hoy indiscutible.

El tránsito del sistema de concesión de efectos al reconocimiento institucional de las relaciones convivenciales *more uxorio*, no carece, precisamente, de importancia. Porque una cosa es el reconocimiento de efectos parciales de carácter económico, o dirigidos a evitar situaciones convivenciales objetivamente injustas, y otra muy distinta, la configuración por ley de una especie de «matrimonio de segunda clase», mediante la institucionalización de dichas formas de convivencia⁴⁹.

En efecto, la institucionalización de la convivencia *more uxorio*, en la cual la disolución *ad nutum*, es un elemento definitorio, «distorsionaría —dirá Navarro Valls⁵⁰— todo el sistema, produciendo una clara debilitación de la institución matrimonial, que, llevada a su extremo, haría prácticamente inútil la propia noción de matrimonio».

Por otra parte, si la tutela de las relaciones de hecho a través de una regulación orgánica, pretende justificarse en virtud del principio de igualdad y del derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 14 y 10 de la Constitución Española), como mayoritariamente viene argumentándose, no se entiende por qué el reconocimiento de efectos no pueda generalizarse, extendiéndose también a otras relaciones convivenciales por razones de amistad, compañerismo o económicas, en todo caso, sin base sexual. ¿Dónde poner el límite?⁵¹.

Es evidente que situaciones tan dispares no pueden tener un tratamiento ni siquiera similar⁵².

En definitiva, la panorámica que hemos tratado de ofrecer sobre la regulación legal de las situaciones convivenciales de hecho —en Derecho español y comparado—, permite, cuando menos, sospechar que nos hallamos ante dificultades e incongruencias lo suficientemente graves como para merecer una atenta y desapasionada reflexión.

49. Es particularmente claro en este punto NAVARRO VALLS, en *Matrimonio y Derecho*, cit., p. 82 y ss.; vid, en especial, las reflexiones que propone en la p. 88.

50. NAVARRO VALLS, *Matrimonio y Derecho*, cit., p. 83.

51. Vid., a este respecto, las alternativas que plantea NAVARRO VALLS, en *Matrimonio y Derecho*, cit., pp. 87 y ss.; también, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Diagnóstico*, cit., pp. 151 y ss.

52. Cfr. LACRUZ, *Convivencia «more uxorio»: estipulaciones y presunciones*, en «Centenario del Código Civil. Asociación de Profesores de Derecho Civil»(ed.), Madrid, 1990, p. 1063.

El planteamiento sería el siguiente: si el fenómeno de las situaciones convivenciales de hecho, se reduce a un problema de simple concesión de efectos, o, más bien, nos encontramos con el progresivo diseño de una figura institucionalizada *ad instar matrimonii*.

La masiva concesión de efectos, o, mejor, como decimos, la progresiva institucionalización de la simple cohabitación, es el resultado de una cadena que comienza por equiparar las relaciones horizontales —hijos matrimoniales y extramatrimoniales—, pasando después a las verticales —relaciones entre los propios conviventes—, insistiendo en las derivaciones económicas o patrimoniales.

Pero, muy principalmente, es el resultado de una espiral que tiene principio pero parece no tener fin. En efecto, esta equiparación comienza a girar en torno a la progresiva desinstitucionalización del matrimonio civil. Y cito a Martínez de Aguirre: «Si el acceso al matrimonio está abierto a quien quiera contraerlo, sólo por el hecho de querer contraerlo (pérdida de importancia de los impedimentos); si el deber de fidelidad no goza prácticamente de protección legal alguna (despenalización del adulterio, divorcio y separación puramente objetivos); si cabe cualesquiera combinaciones entre sexualidad, procreación, matrimonio y familia (medios contraceptivos, técnicas de reproducción asistida, desaparición del impedimento de impotencia); si, en fin, el matrimonio se disuelve por el consentimiento de ambos cónyuges o la voluntad de uno de ellos; entonces hay que concluir que, en efecto, el ordenamiento positivo carece de un concepto propio de matrimonio, y que, dentro del mismo, caben opciones muy diferentes (...). En esta perspectiva ¿qué queda del matrimonio? Cada vez más, sólo un nombre y una forma. Una cáscara vacía»⁵³.

En particular, la admisión del divorcio distorsiona todo el sistema matrimonial civil. En efecto, la posibilidad de disolver el vínculo, no es un fenómeno periférico o superficial, sino que altera sustancialmente el concepto mismo de matrimonio, «de tal manera que se puede afirmar —concluye Martínez de Aguirre— que matrimonio indisoluble y matrimonio disoluble por divorcio no son, en sustancia, la misma ins-

53. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Diagnóstico*, cit., pp. 73 y ss.; en el mismo sentido, vid. LO CASTRO, *L'idea di matrimonio e i rapporti interordinamentali*, en «Trè studi sul matrimonio», Milano, 1992, p. 62.

titución con una diferencia relativamente importante (pero, al fin, accidental) que atañe tan sólo al modo de extinción: son dos figuras jurídicamente diferentes»⁵⁴.

En definitiva, y sin ánimo de radicalidad, sino de pura coherencia, puede concluirse que en el ámbito civil ya no existen dos «instituciones» perfectamente diferenciadas —el matrimonio y la unión libre—, sino dos formas de uniones «paraconyugales», más o menos libres: el «matrimonio disoluble» y las uniones de hecho, más disolubles todavía.

La realidad antropológica, como sabemos, es muy distinta. En el matrimonio existe un compromiso irrevocable del cual surge un vínculo, una relación jurídica, un estatus, del que derivan las obligaciones y derechos de los cónyuges, todo lo cual trasciende al mundo jurídico mediante una determinada forma legal.

En las uniones de hecho, muy al contrario, pueden existir convenios que tienen por objeto determinar las reglas, principalmente económicas, por las que se rige la convivencia. Convenios que no dejan de suscitar reticencias en la doctrina: porque, como afirma Lacruz, se trata de «un singular contrato, cuyas estipulaciones personales serán inválidas; celebrado sin forma y deducido del hecho de la convivencia con ánimo de ser marido y mujer “por libre”, y hasta que la voluntad de uno los separe; pero contrato no menos existente»⁵⁵.

La ausencia de vínculo, y, en consecuencia, de una relación jurídica propiamente dicha entre los convivientes, pone de relieve las dificultades para considerar como familia, también desde el punto de vista jurídico, la resultante de una unión no matrimonial⁵⁶. En efecto, en el supuesto de que exista descendencia, los convivientes están ligados con sus hijos por los respectivos vínculos de paternidad o maternidad, cada uno por separado; y ello, no en virtud de la relación que exista entre los convivientes, sino en virtud de la ley, de la que derivan directamente las obligaciones y derechos paternofiliales. En cambio, los convivientes no están ligados entre sí por relación jurídica alguna, porque la mera convivencia no es, insisto, una relación jurídica, de lo cual solo puede deducirse

54. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Diagnóstico*, cit., p. 212.

55. LACRUZ, *Convivencia «more uxorio»*, ult. op. cit., p. 1068.

56. Cfr. MENGONI, *La famiglia in una società complessa*, en «Iustitia», 1990, p. 4

que los meros «convivientes» no constituyen una «familia»⁵⁷. Hay, pues, relación jurídica padre-hijos, madre-hijos, y de los hermanos entre sí como parientes, pero no entre el padre y la madre, como tampoco entre los convivientes sin descendencia: el tejido de relaciones jurídico familiares queda gravemente distorsionado, y es, cuando menos, incompleto⁵⁸.

En este proceso de mimetización del matrimonio se olvida que, tanto la naturaleza como el Derecho, tienen sus propias reglas. Al margen de otras consideraciones, el valor social de una y otra fórmula no parece ni siquiera comparable.

En consecuencia, el Derecho de familia no puede pretender la protección de simples relaciones asistenciales, amistosas o sexuales; lo que pretende es tutelar un estilo de vida que asegure la estabilidad social y el recambio y educación de las generaciones⁵⁹.

La ley puede regular determinadas cuestiones económicas para evitar la desigualdad o el enriquecimiento injusto, pero no puede ir mucho más allá en materia de equiparación con el matrimonio.

En cuanto a las parejas homosexuales, parece innecesario añadir que los posibles efectos civiles que puedan derivarse de este tipo de relación, nunca pueden pertenecer al Derecho matrimonial o de Familia. «La ficción de que una pareja homosexual constituye algo parecido a un matrimonio, es tan contradictorio —dirá Navarro Valls— como pretender que forman un *holding*, un *leasing* o una fundación. Son instituciones jurídicas que se mueven en otra órbita»⁶⁰.

Estas relaciones pueden ser reguladas *ad casum* por los propios contrayentes, mediante un posible contrato de convivencia doméstica,

57. NAVARRO VALLS ha señalado que «en la República Federal de Alemania se entiende que la cohabitación entre parejas no casadas no es, en sí, una relación familiar. Sólo cuando nacen hijos en una cohabitación de este tipo, la relación padre-hijos se escinde en dos relaciones familiares distintas, una con la madre y otra con el padre» (*Matrimonio y Derecho*, cit., p. 76)

58. Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Diagnóstico*, cit., p. 137. Por su parte, Lacruz entiende que la Constitución, al ordenar en el art. 39,1, la protección jurídica de la familia, viene a comprender en esa tutela a las uniones de hecho como realidades también «familiares», si bien matiza que el grado de protección de las diversas *familias* puede ser distinto, como lo es su estatuto legal, con el solo límite de la equiparación entre los hijos. Vid. LACRUZ, *Elementos*, op. cit., pp. 24 y ss.

59. Cfr. NAVARRO VALLS, *Matrimonio y Derecho*, cit., pp. 105 y ss.

60. *Ibidem*, p. 105.

que respondería al tipo de contrato de sociedad civil sin personalidad jurídica.

Las parejas homosexuales pueden pretender cierta protección por parte del Derecho —para evitar, por ejemplo, como hemos dicho, la desigualdad o el enriquecimiento sin causa—, pero nunca pueden pretender ser amparadas por el Derecho matrimonial o de familia porque esa relación no puede considerarse «de carácter conyugal», al no ser heterosexual ni estar abierta a la procreación.

Pero, además, argumentos como la libertad para decidir sobre su orientación sexual —en terminología cada vez más empleada por la jurisprudencia, por la doctrina y por la propia ley—, el derecho a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad, etc., no justifican suficientemente las razones de interés social en cuya virtud una relación homosexual deba ser objeto de un tratamiento jurídico especial de carácter tuitivo por parte del ordenamiento.

Volviendo a las uniones de hecho, en todo caso, éstas se caracterizan por la precariedad y por la ausencia de compromisos irreversibles que generen derechos y deberes, por lo que no pueden pretender beneficiarse de todas las ventajas del matrimonio sin asumir ninguna de sus obligaciones. La ley no puede dar a los conviventes las garantías que se dan a las parejas casadas, sin que la sociedad reciba a cambio un compromiso de estabilidad.

La falta de estabilidad, la ausencia de compromisos de futuro, el sometimiento a la pura voluntad de uno cualquiera de los conviventes, la inseguridad acerca del régimen jurídico aplicable, no constituyen soporte suficientemente sólido sobre el que la sociedad pueda apoyar confiadamente su propia continuidad.

De ahí que se esté empezando a hablar del «retorno del matrimonio», potenciándose esta institución tanto en el ámbito del Derecho continental europeo como angloamericano⁶¹.

61. Plantea y desarrolla esta idea NAVARRO VALLS, *El retorno del matrimonio*, en «Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación», 29, 1999, pp. 161 y ss.; también, en *El matrimonio institucional en dos recientes leyes estadounidenses*, en «Revista de Derecho Privado», nov. 1998, pp. 769 y ss. En este último artículo, el a. recoge, como ejemplo significativo, el llamado «matrimonio pactado» (*covenant marriage*), vigente en el Estado de Lui-

Por todo ello, considero de la mayor importancia buscar respuestas no sólo *emotivas* sino también *reflexivas* a propósito también del tema que nos ocupa, con la convicción de que el considerar ciertas cosas como indiscutibles, proporciona una fuerza extraordinaria.

siana (EE. UU.) desde el 15 de agosto de 1997. Según se dispone expresamente en la *New Louisiana Covenant Marriage Law*, el matrimonio pactado es «el contraído por un hombre y una mujer que entienden y acuerdan que el matrimonio entre ellos es una relación para toda la vida». Conviene aclarar que también el matrimonio pactado contempla la posibilidad de divorcio, pero sólo en supuestos muy excepcionales.