

LAS UNIONES DE HECHO EN ESPAÑA. UNA VISIÓN JURÍDICA

María Paz GARCÍA RUBIO

SUMARIO: I. Introducción.–II. Situación actual de las parejas de hecho en el ordenamiento jurídico español: 1. Ámbito estatal: ausencia de una norma integral sobre parejas de hecho, reconocimientos jurídicos puntuales. 2. Ámbito autonómico: multiplicidad de leyes y heterogeneidad de contenidos, también en el ámbito civil.–III. Inconstitucionalidad de hecho: 1. Desde la perspectiva del Derecho autonómico. 2. Desde la perspectiva del Derecho estatal: A) Planteamiento hasta julio de 2005 y el «revival» del matrimonio. B) Planteamiento actual: sigue habiendo razones para mantener la «inconstitucionalidad por omisión» y sigue siendo necesaria una ley de parejas.–IV. Contenido necesario y contenido posible de la ley estatal de parejas: 1. Contenido necesario. 2. Contenido posible estrictamente civil: A) Función de una ley de este tipo. B) Constitución, derechos y deberes constante la relación y a la extinción de la pareja por cese de la convivencia o por muerte. 3. Si no hay ley estatal civil, necesidad de construcción jurisprudencial de la figura.–V. Multiplicidad de formas de vida y Derecho de familia «a la carta»: 1. Pluralidad de figuras. 2. Complejidad de la familia y complejidad de las formas jurídicas. 3. Acercamiento entre ellas y desinstitucionalización del matrimonio

I. INTRODUCCIÓN

EN casi todas las sociedades occidentales se observa un decrecimiento del número de matrimonios (salvo en Portugal y Grecia), mientras que al tiempo en todas ellas se produce un incremento exponencial de las parejas de hecho, aunque existen grandes diferencias entre, por ejemplo, los países nórdicos, donde el número de parejas no casadas prácticamente es equiparable a las de las casadas, y los países como España, Portugal, Grecia o Italia, donde la proporción de parejas no casadas apenas llegaba en 1999 al 3 por 100 del total (1).

(1) C. TOBIO, «Marriage, cohabitation and the residential independence of young people in Spain», *International Journal of Law, Policy and the Family*, 15 (2001), pp. 68-87, espec. p. 69, quien también apunta las opiniones de los sociólogos en relación con estas peculiaridades de los países del Sur de Europa, que para unos constituye una mera situación transitoria que llegará a converger con la de otros países del continente, mientras que para otros supone una expresión más de un modelo social diferente. Si salimos fuera del contexto europeo la situación todavía es más clara: en América del Sur, por ejemplo, las situaciones de cohabitación son extraordinariamente frecuentes.

La pareja de hecho es hoy una modalidad de convivencia plenamente aceptada que no sólo conforma una alternativa al matrimonio, sino que en muchas ocasiones lo precede a modo de matrimonio de prueba (*trial marriage*) o se intercala como modo de vida entre dos matrimonios de una persona.

Frecuentemente las parejas de hecho han venido cambiando de *status* y han accedido al matrimonial con la llegada de los hijos, si bien parece que esta tendencia también está en proceso decreciente. A título de ejemplo, en Suecia la mitad de los niños nacidos en 2001 lo fueron fuera del matrimonio. Situación similar se produce en otros países nórdicos, donde la convivencia fuera del matrimonio, reconocida en alguna medida por el Derecho, cuenta con una tradición secular (2) y es un estilo de vida más (*lifestyle choice*) equiparable al que se sustenta en el matrimonio. En Francia el número de niños nacidos fuera del matrimonio es aproximadamente del cuarenta por ciento y en Inglaterra aproximadamente la cuarta parte (3), cifra similar a la que se daba en Italia en 2000 (4). En España esa cifra apenas sobrepasaba el 11,09 por 100 en 1995 (5), mientras que en 1999 era del 16,30 por 100 y en 2004 ya alcanzaba el 25,08 por 100 (6). Aunque también se incluyen aquí las familias monoparentales no cabe duda que un número importante de estos nacimientos se producen en el seno de parejas que no han formalizado su situación.

Los motivos para elegir la convivencia fuera del matrimonio como forma de vida en pareja son muy variados y escapan a cualquier tentativa de generalización, pero parece que los más frecuentes son de tipo ideológico –aunque por ejemplo en Francia se estima que sólo un seis por ciento de los convivientes rechaza de plano el matrimonio–, coyuntural (matrimonio de prueba) o económico (evitar determinadas consecuencias de esta naturaleza). No se deben dejar de lado, además, las situaciones de convivencia fáctica por la existencia de un obstáculo legal que impide el matrimonio entre dos personas que desearían acceder a él (7).

Con este panorama resulta más que interesante preguntarse por las razones del incremento del número de parejas de hecho, tanto más cuanto que su situación ante el Derecho es, en general, más vulnerable que la del matrimonio. Esta aparente

(2) Se remonta ya a 1889 un caso en el que una pareja sueco-noruega celebró un contrato estableciendo las bases de su convivencia fuera del matrimonio, incluyendo el mutuo deber de socorro, que podía ser exigido incluso si la unión se disolvía y si una de las partes no estaba en condiciones de proveer por sí misma a sus propias necesidades [T. NOACK, «Cohabitation in Norway: an accepted and gradually more regulated way of living», *International Journal of Law, Policy and the Family*, 15, (2001), pp. 102-117, espec. p. 103].

(3) A. BARLOW/S. DUNCAN/ G. JAMES/A. PARK, *Cohabitation, Marriage and the Law, Social Change and Legal Reform in the 21 st Century*, Oxford, 2005, pp. 1 y 49. En este mismo lugar se afirma, con datos del Office for National Statistics, que 2001 fue el año con un porcentaje más bajo de matrimonios desde que en 1897 se comenzaron a hacer estadísticas de este tipo.

(4) Según E. CALÒ, *Le convivenze registrare in Europa. Verso un secondo regime patrimoniale della famiglia*, Giuffrè Editorie, Milano, 2000, p. 10, nota 21, en 2000 los hijos de uniones de hecho en Italia eran el 24,3 por 100 de los nacidos.

(5) Datos de 1995 citados por I. ALBERDI, *La nueva familia española*, Barcelona, Taurus, 1999, p. 134.

(6) Fuente: Instituto Nacional de Estadística, <http://www.ine.es/inebase2/leer.jsp?L=0&divi=IDB&his=0>.

(7) Supuesto de hecho, por ejemplo, que se dio en el inicio de la convivencia de los implicados en el caso de la STS de 17 de junio de 2003, sobre la que tendré ocasión de volver.

situación de irracionalidad tiene explicaciones distintas; así mientras que no es descartable que algunas parejas crean que su situación legal es equiparable a la del matrimonio, sobre todo después de un tiempo de convivencia, de tener hijos o de seguir determinadas formalidades (es el *common law marriage* del Derecho anglosajón y en España sería el caso, por ejemplo, de los gitanos que formalizan su unión por su rito, sin cumplimentar la forma exigida para el matrimonio en el Código Civil), otras parejas simplemente ejercitan la opción por el modelo fáctico frente al institucional formalizado, porque les da una mayor sensación de libertad o porque aprecian que les permite reevaluar y negociar continuamente los términos de la relación.

Todo ello significa que, en realidad, no puede hablarse de un único modelo de pareja de hecho, sino que claramente existen varios tipos o modalidades de cohabitación (8). Aunque las variedades pueden ser innumerables atendiendo a todos sus matices, a efectos analíticos podemos asumir tres posibles modelos teóricos. En primer lugar, la cohabitación como preludio del matrimonio, en la que los miembros de la pareja viven juntos provisionalmente pero tienen la perspectiva, más o menos clara o explícita, del matrimonio. En segundo lugar, la cohabitación como una variedad de matrimonio «*do-it-yourself*» la cual, para los implicados, es tan buena como el matrimonio formal; pienso que aquí se deben incluir a quienes creen que su particular «formalización» del rito vale como matrimonio. Por último, la cohabitación como una alternativa al matrimonio, cuyo carácter institucional produce a quienes optan por la vía convivencial el rechazo y hasta la aversión (9). Pues bien, asumida esta clasificación tripartita, con carácter general se puede decir que los primeros y los terceros son conscientes de estar «al margen» de la institución matrimonial, mientras que en el caso de los segundos la cosa no está tan clara, lo que me lleva a resaltar que la llamada unión libre no es siempre una derivación de la libre voluntad de sus miembros.

(8) La pareja de hecho es una forma de convivencia más frecuente en las jóvenes generaciones, aunque también hay personas de edad avanzada que fundamentalmente por motivos estratégicos optan por esta forma de vida. Incluso en países como Francia donde el porcentaje de convivientes fuera del matrimonio es mucho más alto que en España se piensa que en términos sociológicos la principal distinción no es ya la que diferencia la cohabitación entre jóvenes y entre adultos, sino aquella que distingue una cohabitación provisional (*cohabitation au présent*), que es una forma de vida asociada a la moderna tolerancia por las relaciones sexuales y afectivas, pero que no implica un proyecto de vida en común y la cohabitación a largo plazo, que conforma un proyecto de vida en común, con o sin hijos, al modo de un *mariage sans papiers* [C. MARTÍN/I. THÉRY, «The PACS and Marriage and Cohabitation in France», *International Journal of Law, Policy and the Family*, 15 (2001), pp.135-158, espec. p.138], si bien ha de reconocerse que no es fácil distinguir ambas formas de convivencia de hecho y que con frecuencia se produce una transformación gradual de una a otra. La distinción es recogida en nuestra literatura jurídica por M. MARTÍN CASALS, «La regulació de la parella de fet: lleis i models», *Nous reptes del Dret de família, Materials de les Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Documenta Universitaria, Girona, 2005, pp. 95-120, espec. pp. 340-341.

(9) Un estudio hecho en Madrid y Barcelona en 1988 sobre la convivencia fuera del matrimonio en España estimaba que esta forma de vida afectaba a un grupo de gente ideológicamente posicionada en la izquierda, con un nivel profesional medio-alto, no religiosa y en la mitad de los casos contraria activamente al matrimonio (C. TOBÍO, p. 71). En fechas mucho más recientes apunta interesantísimos datos sociológicos sobre las parejas de hecho, si bien en su mayor parte referidos exclusivamente a Cataluña, M. MARTÍN CASALS, 2005, pp. 338 ss.

II. SITUACIÓN ACTUAL DE LAS PAREJAS DE HECHO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

1. *Ámbito estatal: ausencia de una norma integral sobre parejas de hecho, reconocimientos jurídicos puntuales*

En otro trabajo sobre las parejas no casadas escrito en 2003 describí la opción tomada hasta ese momento por el legislador estatal en materia de parejas de hecho: intervención parcial en algunas materias, pero anomia en temas centrales como las consecuencias de la ruptura o los derechos sucesorios del conviviente, así como rechazo a cualquier tentativa de regulación sistemática más o menos completa del problema, lo cual no significaba, desde luego, que la figura fuera desconocida por el legislador del Estado español (10).

Por ceñirme sólo al ámbito civil citaré los conocidos supuestos del artículo 101 del CC en sede de pensión compensatoria, de la disposición adicional tercera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, donde se estableciera que las referencias a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables *«al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal»*, o de los artículos 12, 15 y 16 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos. A estos cabe añadir, entre los más recientes, el artículo 3 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, que equipara cónyuges y *«personas ligadas con análoga relación de afectividad»* a los efectos de prohibir las fundaciones familiares, el artículo 9.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que permite otorgar el consentimiento informado por representación a las personas vinculadas con el paciente *«por razones familiares o de hecho»*, o el artículo 93.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que incluye a esas mismas personas entre las especialmente relacionadas con el concursado; también es relevante la mención del artículo 831 del CC, modificado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad que, tras esta modificación, menciona en su párrafo 5 la sobrevenida de una relación de hecho análoga al matrimonio como causa de extinción de las facultades conferidas al cónyuge viudo por el precepto, mientras que en el párrafo 6 declara de aplicación el artículo en su conjunto *«a las personas con descendencia común no (estén) casadas entre sí»*, situación que, aunque no es necesariamente de convivencia de hecho, sí lo será en buena parte de las ocasiones. Más adelante mencionaré algún otro caso, como el suscitado al hilo de las normas dictadas en materia de violencia doméstica.

Luego insisto en la idea de que el legislador estatal no ignora la figura; simplemente se ha negado hasta ahora a darle un tratamiento legislativo sistemático e integral.

(10) M. P. GARCÍA RUBIO, «Parejas de hecho y lealtad constitucional», *Homenaje al Pr. Francisco Javier Serrano García*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2004, pp. 35-63, espec. p. 40.

2. *Ámbito autonómico: multiplicidad de leyes y heterogeneidad de contenidos, también en el ámbito civil*

La regulación de las parejas de hecho en el marco de las Comunidades Autónomas es prácticamente la contraria de la que se acaba de describir en el ámbito estatal, pues la mayor parte de ellas han optado por regular en una ley especial *ad hoc* la situación de pareja fuera del matrimonio.

Ahora bien, la referencia a las leyes autonómicas sobre parejas no casadas como si de una realidad uniforme se tratara es equívoca y hasta falsa. Se trata de leyes muy heterogéneas entre sí, tanto en la propia delimitación del modelo de pareja al que resultan en cada caso aplicables (11), como en su estructura, y contenido. Las diferencias no existen sólo en función de las competencias normativas de las diferentes CCAA, más en concreto en el ámbito del Derecho civil (12), cuya materia resulta propia de unas y está vedada a otras. Incluso aunque se puedan encontrar parecidos entre algunas de ellas, prácticamente en todas existe un punto de «originalidad» que las distingue de sus homólogas. Lo que todas tienen en común, y eso las diferencia de otras leyes de pareja registrada del ámbito comparado, como las nórdicas, alemana, suiza o inglesa –no así, por ejemplo, de la danesa–, es que afectan por igual a parejas homo y heterosexuales.

Existe ya un abundante literatura jurídica dedicada a analizar el contenido de las leyes autonómicas mencionadas (13), por lo que me voy a limitar a señalar, de una manera sinóptica, sus notas más relevantes.

(11) C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, «La aplicación de las leyes de parejas no casadas por parte de los tribunales», *RDP*, 2004, pp. 527-572, espec. 528.

(12) Con esa premisa considera que sólo las leyes de Cataluña, Aragón, Navarra, Baleares y País Vasco recogen un verdadero *status* para las parejas no casadas, C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2004, *passim*.

(13) El número de monografías y artículos destinados al comentario general o parcial de las leyes autonómicas de parejas es inabarcable; me limitaré a citar en este punto, por su perspectiva global, las obras de C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *Uniones de hecho; una visión nueva visión después de la publicación de las leyes sobre parejas estables*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002 y M. E. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, *La legislación autonómica sobre uniones de hecho. Revisión desde la Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

CCAA	Constitución	Efectos civiles constante relación	Compensación económica al cese de la relación	Derechos sucesorios	Adopción homosexuales	Derecho público
Cataluña.	Dos años convivencia o escritura pública (homosexuales sólo escritura pública).	Alimentos, gastos comunes, vivienda. Pactos.	Compensación y pensión alimenticia.	Muy limitados en la pareja heterosexual, más amplios en la homosexual.	Sí (desde Ley 3/2005).	Remisión
Aragón.	Inscripción registral.	Pactos, gastos comunes, vivienda, alimentos.	Compensación y pensión.	Aventajas, test. mancomunado, pactos sucesorios, fiducia.	Sí (desde Ley 2/2004).	Sí.
Navarra*.	Un año de convivencia o descendencia común.	Pactos, contribución car-gas.	Pensión/compensación legal (esc), responsabilidad solidaria frente terceros. Equiparación matrimonio en tutela y afines.	Equiparación al viudo en algunos puntos.	Sí.	Sí (amplia)
Valencia.	Inscripción registral.	Pactos, contribución car-gas.	No.	No.	No.	Sí.
Baleares.	Inscripción registral.	Pactos, régimen económico.	Pensión alimenticia y compensación.	Igual que el viudo.	No.	Sí.
Madrid**.	Inscripción registral***.	Pactos, cargas.	Compensaciones pactadas (remisión al 97).	No.	No.	Sí.
Asturias.	Un año de convivencia o descendencia común o escritura.	Pactos, remisión legalidad aplicable.	Compensaciones pactadas.	No.	No (sí acogimiento).	Sí.
Andalucía.	Inscripción registral.	Pactos relativos al régimen económico.	Compensaciones pactadas.	Residir vivienda durante un año.	No (sí acogimiento).	Sí.

* Cuestión de inconstitucionalidad, núm. 228-2003, providencia TC 25 marzo 2003. Recurso de inconstitucionalidad 5297/2000, admitido por providencia TC 31 octubre 2000.

** Cuestión de inconstitucionalidad, admitida por providencia TC de 10 de febrero de 2004.

*** Hasta el punto de que el Dictamen emitido por el Consejo de Estado sobre el Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid de 20 de junio de 2002 decía que «[...] la ley no contiene una regulación de las uniones de hecho, sino sólo de los requisitos de su inscripción en el Registro y de los beneficiarios que esa inscripción puede llevar aparejada.»

CCAA	Constitución	Efectos civiles constante relación	Compensación económica al cese de la relación	Derechos sucesorios	Adopción homosexuales	Derecho público
Canarias.	Un año de convivencia o descendencia común. Inscripción registral.	Pactos (médicos) cargas. Pactos.	Compensaciones pactadas.	No.	No.	Sí.
Extremadura.		Pactos.	Compensación legal.	No.	No (sí acogimiento).	Sí.
País Vasco*.	Inscripción registral.	Pactos. Cláusulas generales.	Pensión periódica y compensación.	Igual que los casados en la Ley 3/1992.	Sí.	Sí.
Cantabria.	Convivencia un año, descendencia común o escritura.	Pactos. Cargas.	Compensación legal.	No.	No (sí acogimiento).	Sí (las inscritas).
Castilla y León (Decreto).	Registro voluntaria pero con efectos en los derechos de la pareja.					

* Recurso de inconstitucionalidad, 5174-2003, admitido por providencia TC 7 agosto 2003. Auto TC 18 diciembre 2003, manteniendo la suspensión de la norma recurrida. ATC de 14 de diciembre 2004, acordando tener por desistido al Abogado del Estado del recurso. El Consejo de Estado en Dictamen de 11 de diciembre de 2003 había considerado constitucional el precepto impugnado (art. 8 de la ley, relativo a la posibilidad de adoptar por parte de la pareja homosexual), desde el punto de vista competencial, al estimar que había conexión suficiente entre la adopción y las instituciones reguladas por el derecho civil foral del País Vasco; en ese mismo Dictamen se había valorado la posible inconstitucionalidad del precepto impugnado por afectar al principio del interés del menor contenido en el artículo 39 de la CE; en sus consideraciones el Consejo de Estado, aún después de hacer reflexiones bastante «abiertas» en relación con la adopción en el seno de parejas constituidas por dos personas del mismo sexo, estimaba la conveniencia de que fuera el Tribunal Constitucional quien se pronunciase al respecto teniendo en cuenta «la naturaleza del problema, sus implicaciones polémicas en la doctrina y en la concidencia social, la heterogeneidad de las iniciativas adoptadas por las distintas Comunidades Autónomas, su incidencia en la invocada defensa y protección del interés del menor [...]». A pesar de ello, consideraciones estrictamente políticas han derivado, como se ha dicho, en la retirada del recurso.

III. INCONSTITUCIONALIDAD DE HECHO

De la curiosa maraña legislativa existente en nuestro país en el tema de las parejas de hecho, bosquejada en las líneas precedentes, se deriva a mi juicio una situación poco conforme con la Constitución de 1978, y ello tanto si se contempla desde la perspectiva de las leyes autonómicas, como si el punto de mira se sitúa en la actitud omisiva del legislador estatal. Ahora bien, la falta de declaración alguna al respecto por parte del Tribunal Constitucional me lleva a calificar la situación como de «inconstitucionalidad de hecho».

1. Desde la perspectiva del Derecho autonómico

Al hilo de la progresiva aparición de las leyes autonómicas de parejas, han sido numerosas las voces que se han dejado oír denunciando la inconstitucionalidad de algunas normas en ellas contenidas. Es opinión extendida que muchos de sus preceptos invaden competencias propias del legislador estatal, y ello tanto en el caso de las leyes promulgadas por las CCAA con competencias civiles, que se exceden, por ejemplo, de lo permitido por el artículo 149.1.8.^a CE, al invadir la competencia estatal exclusiva en materia de «conflictos de leyes», como en las leyes de las Comunidades que, careciendo de competencia en materia de Derecho civil, tratan de regular cuestiones de Derecho privado (14).

Con este panorama, no debe sorprender que se hayan presentado ante el Tribunal Constitucional varios recursos y cuestiones de inconstitucionalidad (15). Más extraño resulta, al menos desde consideraciones estrictamente jurídicas, que algunos de ellos hayan sido retirados al hilo del vaivén político con lo que, al menos en algunos casos, la única respuesta vinculante respecto de esa inconstitucionalidad más que probable se va a hacer esperar.

2. Desde la perspectiva del Derecho estatal

A) *Planteamiento hasta julio de 2005*

Ya he expresado en una ocasión anterior mi convencimiento acerca de la situación de contrariedad con la Constitución que se producía en nuestro ordenamiento jurídico por la falta de reconocimiento institucional de las parejas homosexuales por parte del legislador estatal, a las cuales se vedaba no sólo el derecho a contraer matrimonio, sino también el de constituirse como pareja de hecho a todos los efectos civiles (16).

(14) Entre otros, C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2004, p. 529; L. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO/I. CORDERO CUTILLAS, «Las leyes de parejas de hecho (Valencia, Madrid y Principado de Asturias): su adecuación con la Constitución Española», *Estudios Jurídicos en homenaje al Pr. Luis Díez-Picazo*, t. III, Derecho Civil. Derechos Reales. Derecho de Familia, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 4779-4797.

(15) *Vid. supra.*

(16) M. P. GARCÍA RUBIO, 2004, p. 41.

En ese mismo trabajo tuve oportunidad de analizar con mayor detalle las razones que me llevaban a pensar que la omisión por parte del legislador estatal de una regulación más o menos completa de este modo de convivencia –en este caso, tanto para parejas de homosexuales, como para las heterosexuales– debía de ser considerada como un caso de inconstitucionalidad por omisión derivada de la violación del principio de lealtad constitucional. Ello se manifestaba claramente en todos aquellos puntos en los que la falta de ejercicio de la competencia exclusiva del Estado impedía que las leyes de las Comunidades Autónomas sobre parejas desplegasen plenos efectos. A mi juicio tal era y sigue siendo la situación en el ámbito del Derecho Interregional y en el campo Procesal Civil. También en todos aquellos sectores del Derecho público en el que los intereses protegidos no han de depender del matrimonio, sino de la protección de las personas y de la familia en su más amplia acepción (17).

B) *Planteamiento actual: sigue habiendo razones para mantener la «inconstitucionalidad por omisión» y sigue siendo necesaria una ley de parejas estables*

Es evidente que la publicación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (18) ha hecho decaer la primera de las razones de inconstitucionalidad que se acaban de apuntar. Al extender el derecho a contraer matrimonio a las parejas constituidas por personas del mismo sexo se institucionaliza al máximo nivel la relación convivencial homosexual. Se ha dicho que se optó por tal criterio sobre todo por el valor «simbólico» de la institución. No estoy de acuerdo. Creo que no se trataba tanto de acceder al matrimonio como institución simbólica, como de alcanzar el prerequisite preciso para acceder a los efectos del matrimonio (pensiones de viudedad y otros derechos de naturaleza pública, pensión por desequilibrio, derechos sucesorios, adopción conjunta). Por eso, al igual que el Consejo de Estado, pienso que hubiera sido preferible, por ser menos problemático, crear una institución *ad hoc* que actuase también como prerequisite de esos mismos efectos (cuando pudieran ser los mismos, lo que no sucede, por ejemplo, en tema de filiación) (19).

Con todo, y por no incidir en un tema sobre el que ya he tenido ocasión de pronunciarme más ampliamente, permanecen las razones de lealtad constitucional que reclaman una ley de parejas al menos para regular el conflicto suscitado por el rimero de leyes autonómicas existentes, así como la necesidad de extender la protección de las parejas al ámbito procesal, fiscal, laboral y de seguridad social.

Por todo ello, a mi juicio sigue siendo necesaria una ley estatal de parejas. Ahora bien, entiendo que resulta imprescindible un cambio de orientación de esa ley estatal con relación a las leyes autonómicas promulgadas hasta ahora. No se debe olvidar que en estas últimas la introducción del reconocimiento legal de la institución ha operado como un factor fundamental para facilitar la institucionalización de las parejas homosexuales (20). Una vez reconocida la posibilidad de que

(17) M. P. GARCÍA RUBIO, 2004, pp. 58 ss.

(18) BOE de 2 de julio.

(19) M. P. GARCÍA RUBIO, «La modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio», *La Ley*, 15 de noviembre de 2005.

(20) Cf. Exposiciones de Motivos de las leyes autonómicas, especialmente la del País Vasco.

los homosexuales accedan al matrimonio, el enfoque debe ser si se reconoce o no *status* legal, y en caso afirmativo, cuál ha de ser éste, a las parejas –en su inmensa mayoría, heterosexuales– que no formalizan su relación como matrimonio.

Es cierto que, en contra de la necesidad e incluso de la conveniencia de una ley estatal de parejas, existen voces muy autorizadas que denuncian la contradicción que en sí misma representa la legalización de las parejas de hecho y su reconocimiento jurídico más o menos pleno (21). Incluso desde la perspectiva constitucional se aprecia que, siendo el derecho a contraer matrimonio consagrado en el artículo 32 de la CE un derecho de libertad, las leyes de este tipo suponen en realidad una violación del derecho fundamental a contraer matrimonio en su faceta negativa consistente en el derecho a no casarse de quien no desea hacerlo (22).

A pesar de ello insisto en mi convicción sobre la necesidad y hasta de la urgencia de una ley estatal de parejas de hecho, cuyo contenido necesario y cuyo contenido posible paso a exponer a continuación.

IV. CONTENIDO NECESARIO Y CONTENIDO POSIBLE DE LA LEY ESTATAL DE PAREJAS

1. Contenido necesario

Tal y como ya he apuntado, estimo que una ley estatal relativa a las uniones de hecho ha de tener un contenido imprescindible, derivado de la función supraordinada del legislador estatal en materias como el DIPr y el Derecho interregional, el Derecho Procesal, el Derecho Laboral y de la Seguridad Social o el Derecho Fiscal.

Tengo para mí que es en el Derecho público y no en el privado donde adquiere pleno sentido la equiparación entre pareja que convive y matrimonio, pues para el Derecho fiscal o social es la situación económica de las personas y no la vestidura legal que las cobija la que debe ser tomada en consideración. Que se necesite o no asistencia social o que se deban pagar más o menos impuestos en atención de unos ingresos dados no es una cuestión que deba depender del estado civil. Entiendo que no es crucial en nuestras sociedades avanzadas, por ejemplo, reconocer un derecho de naturaleza sucesoria legal a favor del conviviente, pero si se reconoce o si éste le

(21) *Ad. ex.* M. ALONSO PÉREZ, «El Derecho de Familia, entre lo viejo y lo nuevo», *Matrimonio y Uniones de hecho*, E. MARTÍNEZ GALLEGO (Coord.), Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2001, pp. 11-29, espec. p. 28.

(22) Como señala L. M.^a Díez-PICAZO, *Sistema de Derechos fundamentales*, 2.^a ed. Madrid, Thomson-Civitas, 2005, pp. 462-463, «El derecho fundamental a contraer matrimonio tiene dos facetas: una faceta positiva, consistente en el derecho a casarse sin que a uno le impidan hacerlo más que en supuestos justificados; y una faceta negativa, consistente en no casarse si uno no desea hacerlo». La doble dimensión ha venido siendo destacada por nuestra doctrina desde hace tiempo; así, V. FERRERES COMELLA, «El principio de igualdad y el «derecho a no casarse». (A propósito de la STC 222/1992)», *REDC*, 1994, pp. 163-196, y M. MARTÍN CASALS, «Informe de derecho comparado sobre la regulación de las parejas de hecho», *ADC*, 1995, pp. 1709-1808. Así lo reconocen, por lo demás, las Exposiciones de Motivos de algunas de las leyes autonómicas de parejas, como la navarra, balear o vasca. Niega, en mi opinión equivocadamente, que del artículo 32 CE pueda derivarse un derecho a no casarse, M. L. MARTÍNEZ DE MORETÍN, «Las uniones de hecho o la aversión a determinadas formas jurídicas», *AC*, 42/2003.

es otorgado por la otra parte, el conviviente sobreviviente debe ser tratado como un viudo y no como un extraño en el ámbito fiscal; tampoco se comprende, dentro del mismo ámbito tributario, que el concepto de unidad familiar barajado en la normativa del impuesto sobre la renta de las personas físicas ignore completamente a la familia de hecho (23). Menos comprensible aún es que nuestro Derecho de la Seguridad Social otorgue la pensión de viudedad a un divorciado, quien por serlo no puede considerarse viudo y se la niegue a un conviviente de hecho que era tal en el momento del fallecimiento de su compañero (24), tanto más cuanto que los intereses teóricamente tutelados por tal pensión se sustentan más en la dependencia económica que en la relación familiar (*cf.* art. 41 CE) (25).

No deja de ser reseñable que mientras en otros países europeos, como los escandinavos (26) o Alemania (27), la equiparación total entre matrimonio y cohabitación se ha producido ya en el ámbito del Derecho público (Seguridad Social e impuestos) (28), aplicándose mayoritariamente en el ámbito privado el principio de «no intervención» (29), en España ha sucedido prácticamente lo con-

(23) Salvo en el caso del País Vasco.

(24) *Cf.* artículo 174.2 del RDLeg 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

(25) En el sentido del texto, con amplitud de argumentos, M. L. LABACA ZABALA, «La desprotección de la familia no matrimonial por muerte y supervivencia en el sistema español de la Seguridad Social: la pensión de viudedad», *La Ley*, 8 de octubre 2004. La decisión paradigmática sobre el tema es STC 184/1990 (http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1990-0184), donde se considera que no cabe reprochar como arbitraria ni discriminatoria la exigencia de que el núcleo de convivencia institucionalizada entre hombre y mujer como casados le conste formalmente al Estado para que éste conceda la pensión de viudedad. No obstante, recientemente la Sentencia del Juzgado de los Social núm. 33 de Madrid de 14 de noviembre de 2005 (*La Ley* 23 de febrero de 2006), reconoce a la pareja de hecho del causante de la pensión de su mismo sexo los mismos derechos a pensión reconocidos a las parejas heterosexuales desde 1981, no aplicando la aplicación retroactiva de la Ley 13/2005, pues el fallecimiento se había producido en 2002.

(26) Así, *v. gr.* en Noruega, «Cohabitation in Norway: an accepted and gradually more regulated way of living», T. NOACK, *International Journal of Law, Policy and the Family*, 15, (2001), pp. 102-117.

(27) En Alemania el proceso de acercamiento entre los efectos jurídicos de la convivencia en pareja y del matrimonio iniciado más o menos en la década de los cincuenta tiene uno de sus ámbitos más marcados en la legislación de la Seguridad Social, que trata regularmente a los convivientes como uniones de ayuda mutua que tienen un hogar común y comparten sus recursos; por el contrario no se ha producido un acercamiento similar en cuanto a las pensiones alimenticias entre miembros de la pareja y los derechos en el contrato de arrendamiento tras el fallecimiento de uno de ellos [I. OSTNER, «Cohabitation in Germany-Rules, Reality and Public Discourses», *International Journal of Law, Policy and the Family*, 15 (2001), pp. 88-101, espec. p. 96].

(28) No así en Francia, como indican C. MARTÍN/I. THÉRY, p. 142.

(29) Sin que ello quiera decir que, a falta de voluntad de las partes se excluyan todo tipo de efectos. Así, por ejemplo en Noruega los tribunales reconocen la necesidad de proteger a la parte débil cuando ésta ha contribuido a las cargas comunes a través de su trabajo para la casa o en los negocios de la otra (T. NOACK, 108 y 110). En Suecia la ley de parejas convivientes reconoce desde 1988, un régimen limitado de propiedad común entre los miembros de la pareja y un mínimo de protección para la parte débil de la relación en el momento de su disolución (A. SALDEEN, «Joint custody, special representative for children and cohabitants' property», *ISFL*, 2001, pp. 405-410). Dinamarca es el menos intervencionista en materia de Derecho privado [D. BRADLEY, «Regulation of unmarried cohabitation in West-European Jurisdictions-Determinants of Legal Policy», *International Journal of Law, Policy and the Family*, 15 (2001), pp. 22-50, espec. 25]. En nuestro Derecho hace referencia al «principio de intervención pública mínima» la Exposición de Motivos de la ley andaluza de parejas.

trario (30). No obstante, debe reconocerse, como se ha plasmado sucintamente en el cuadro antecedente sobre las leyes autonómicas de parejas, que las CCAA sí han introducido efectos e incluso equiparaciones entre matrimonio y pareja en el ámbito de sus competencias de Derecho público (31).

Sobre la exigencia de una norma estatal que regule los conflictos interregionales surgidos por la multiplicidad de leyes autonómicas me limito a resumir lo que ya he dicho en otro lugar. Al legislador estatal le corresponde, de conformidad con el artículo 149.1.8.^a, la competencia exclusiva para legislar sobre conflictos de leyes, lo que incluye tanto las normas de DIPr como las de Derecho interregional. La omisión por parte del legislador estatal a la hora de promulgar normas de este tipo viene acompañada de una profusión de preceptos unilaterales contenidos en las leyes autonómicas de pareja con una enorme variedad de «puntos de conexión» sobre cuya inconstitucionalidad no albergo dudas y que en absoluto pueden servir para colmar la laguna derivada de la falta de regulación estatal (32).

Por su parte, la necesidad de integrar los procedimientos judiciales que afecten a las parejas de hecho, con o sin hijos, en los procesos de familia es difícilmente discutible. También abordé la cuestión con más detalle en el mismo trabajo al que reiteradamente me he remitido, por lo que ahora simplemente recordaré que en el caso de la ruptura de una pareja sin hijos ni será competente el Juzgado de Familia, allí donde exista, ni se podrá utilizar el «proceso matrimonial» previsto en los artículos 789 y siguientes de la LEC, sino que habrán de seguirse los trámites del juicio ordinario, ni tampoco podrán ser adoptadas «medidas provisionales previas». No deja de ser chocante, sobremanera, el contraste que se produce entre esta situación general y aquella más específica en la que exista violencia de género entre los miembros de la pareja, en cuyo caso sí se reconoce la posibilidad de que las medidas

(30) Como ya denunciaba, entre otros, F. PANTALEÓN PRIETO, «Bromas y veras sobre un siglo de Derecho civil», *El Derecho español en el siglo XX*, VVAA, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 165-190, espec. p. 181, quien señalaba «El legislador debe enmendar el nada edificante espectáculo que ha dado nuestro Tribunal Constitucional al sostener a la vez la constitucionalidad de no reconocer a la compañera *more uxorio* la pensión de viudedad (frente al Estado) y la inconstitucionalidad de no reconocerle (frente al arrendador) el derecho de subrogación en el arrendamiento urbano del difunto compañero. Si la protección social, económica y jurídica de la familia, que según el artículo 39.1 de la Constitución deben asegurar los poderes públicos, sirve para mantener al miembro supérstite de la pareja en la vivienda arrendada, debería servir también, al menos, para permitir a los trabajadores designar a sus compañeros o compañeras *more uxorio* beneficiarios de las pensiones públicas que se generen por su fallecimiento».

(31) Por su parte, debe decirse que muy cicatera ha sido la actitud de las instituciones de la Unión Europea, y más en concreto, de su Tribunal de Justicia, sobre el reconocimiento de derechos a las modalidades de familia situadas fuera del marco de la tradicional familia heterosexual fundada sobre el matrimonio. Actitud que es objeto de crecientes críticas, tanto por su carácter excluyente del ámbito de protección de las normas sociales europeas, como por su falta de coincidencia con el más amplio concepto de familia derivado del Convenio Europeo de Derechos Humanos según la interpretación sustentada principalmente por el Tribunal de Estrasburgo del artículo 8.1 del citado convenio. *Vid.* una comparación entre ambos sistemas y sobre la necesidad de la aproximación del primero al segundo, H. STALFORD, «Concepts of family under UE Law. Lessons from the ECHR», *International Journal of Law, Policy and Family*, 16, 2002, p. 410. La autora destaca la ambigüedad de las instituciones europeas en la consideración como familia de las parejas divorciadas con hijos y la exclusión de los convivientes no casados [*leading case Reed*, Case 59/85, *Países Bajos v. Reed*(1987) 2 CMLR 448].

(32) M. P. GARCÍA RUBIO, 2004, pp. 54 ss.

civiles (provisionales) derivadas de la orden de protección afecten a las parejas de hecho (33); asimismo, en la más reciente Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género (34) la competencia en el orden civil de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer se extiende a los asuntos «...que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar», lo que sin duda incluye a las parejas de hecho cuando se cumplan los requisitos subjetivos y objetivos exigidos por la mencionada ley (35).

Todas las materias mencionadas en las líneas precedentes son, según mi parecer, contenidos «imprescindibles» de una ley estatal de parejas. Con ello se dará carta de naturaleza a este modo de convivencia y una nueva opción institucional a los ciudadanos y se acabará con una situación de inhibición legislativa que, a mi juicio, viola el principio de lealtad constitucional que ha de presidir las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas. No es admisible que el legislador estatal imponga su opción política de no legislar sobre parejas de hecho, en contra de los legítimos intereses de las Comunidades Autónomas que han establecido el estatuto integral de las parejas y que ven impedido el despliegue de sus plenos efectos por la actitud omisiva de aquél (36).

Ahora bien, sea cual fuere la regulación de las parejas que finalmente se vaya a introducir, ha de quedar claro que las «conductas estratégicas» de los ciudadanos sometidos al ordenamiento jurídico español tienen que situarse en el marco amparado por la Constitución. En consecuencia con esa eventual nueva ley no se puede favorecer directa o indirectamente la convivencia de hecho en relación al matrimonio lo cual, como ha tenido ocasión de señalar el Tribunal Constitucional, no es conforme con la ley fundamental. Sin embargo, esto no impide que ambas realidades, pareja y matrimonio, puedan ser tratadas igual en aquellos temas en los que existe una semejanza suficientemente relevante o, si se prefiere, existe «identidad de razón»; así ocurre, por ejemplo, con las prestaciones sociales que tienen su base en la ayuda mutua o en el hecho de criar niños (v. gr. las prestaciones a las familias numerosas), o en las normas fiscales que deben amparar por igual a todas las familias (37).

(33) M. P. GARCÍA RUBIO, 2004, pp. 49 y ss.

(34) BOE de 12 de abril de 2005.

(35) Finalmente, en este punto, como novedad a resaltar se debe citar la Proposición de Ley 122/000014 (BOCG de 23 de abril de 2004) presentada por el Grupo Parlamentario Catalán, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para proceder a la creación de la jurisdicción de familia, que incluye entre las cuestiones atribuidas al nuevo «orden de familia» el conocimiento de los procesos que versen «[...] sobre las consecuencias de la ruptura de las uniones de hecho, con o sin hijos». Parece que no hace otro tanto la Proposición de Ley 122/000068 (BOCG de 11 de junio de 2004) presentada por el Grupo Parlamentario Popular. Ambas proposiciones de ley han sido objeto de un Dictamen reciente del Consejo General del Poder Judicial (13 de octubre de 2005) que, curiosamente, no hace mención alguna a la referencia que a las uniones de hecho como competencia de los Juzgados de Familia hace la Proposición del Grupo Catalán.

(36) M. P. GARCÍA RUBIO, 2004, p. 59.

(37) Todo lo cual coincide además con la «percepción de lo justo» por parte de los ciudadanos españoles. Según un estudio del Centro de Investigaciones Sociológicas (1997) una clara mayoría (76 por 100) consideraba que los convivientes de hecho deberían tener los mismos derechos a pensiones de viudedad, seguridad social y similares, que los casados, porcentaje que se incrementaba hasta el 80 por 100 en el caso de los menores de 44 años y en el de los que se declaraban ideológicamente más próximos a la izquierda (Citado por C. TOBÍO, p. 73).

2. Contenido posible estrictamente civil

Me detengo ahora a analizar la oportunidad de que una ley estatal de parejas de hecho contenga una regulación más o menos amplia en materia estrictamente civil y, en su caso, con qué alcance. Se trata en este caso –a diferencia de lo dicho en el epígrafe anterior– de un contenido facultativo, pues el principio democrático permite tanto la legislación material civil sobre parejas, como la ausencia de la misma.

Es reseñable que, de ser incluidas, esas normas serían el Derecho civil directamente aplicable y único posible en las Comunidades Autónomas incompetentes para legislar en materia civil y el Derecho supletorio en las Comunidades en las que por falta de iniciativa legislativa del legislador autonómico que, pudiendo hacerlo, no regulan la institución, carezcan de leyes de pareja (a día de hoy, sólo Galicia) (38).

Para dar una respuesta adecuada a esa oportunidad y a ese eventual contenido resulta esclarecedor preguntarse, como cuestión previa, por la función que se pretende cumplir con una hipotética ley de este tipo.

A) *Función de una ley de este tipo*

Varías son las respuestas posibles ante la cuestión planteada en el epígrafe que antecede.

Una primera opción es considerar que se trata de «elevar» las situaciones de convivencia al rango matrimonial. Es decir, se trataría de promulgar una ley que prácticamente equiparase a las parejas de hecho con las unidas en matrimonio en lo relativo a sus efectos civiles; es lo que ha hecho, por ejemplo, el legislador holandés (39), el cual incluso otorga una posibilidad de intercambio sencillo entre ambas instituciones (40), y lo que parece querer el legislador catalán a la luz del Antepro-

(38) Sobre la supletoriedad como regla de articulación entre el ordenamiento estatal y los ordenamientos autonómicos, más ampliamente, en M. P. GARCÍA RUBIO, «Plurilegislación, supletoriedad y Derecho civil», *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, t. I, Colegio de Registradores/ Universidad de Murcia, Murcia, 2004, pp. 1939-1953.

(39) La Ley de parejas registradas de 1997 crea el *status* de cohabitación, muy próximo al matrimonio; el propio Ministro de Justicia del momento afirmó que las consecuencias de ambas instituciones eran «virtualmente idénticas». No obstante, existen diferencias sobre todo en lo relativo a determinados efectos en las relaciones paternofiliales y a su modo de disolución *inter vivos*, que en el caso de las parejas no casadas no precisa del divorcio, aunque sí de ciertas formalidades. En realidad parece que se trata de dar a las parejas la posibilidad de optar entre el matrimonio y una institución con menor grado de simbolismo. No obstante, una vez abierto en 2000 el matrimonio a las parejas del mismo sexo, las autoridades holandesas se han planteado la coherencia de mantener ambas instituciones, prácticamente superpuestas; el Consejo de Estado en su Informe sobre la ley sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo estimó que debería ser abolida una de las dos instituciones; por su parte, el Gobierno de los Países Bajos ha decidido posponer su decisión definitiva sobre el futuro de la pareja registrada hasta 2006, para dar tiempo a que la ley que permite el matrimonio entre homosexuales pueda ser evaluada [W. SCHRAMA, «Reforms in Dutch Family Law during the course of 2001: increased pluriformity and complexity», *ISFL*, 2002, pp. 277-303, espec. pp. 280-281].

(40) La ley de 2000 que introdujo el matrimonio entre personas del mismo sexo en el Código civil holandés introdujo también dos artículos en la misma sede: el 77, del Libro I, estableciendo la posibilidad de conversión del matrimonio en pareja registrada, y el 80g, del mismo Libro I, donde se

yecto de Ley por el que se aprueba el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña relativo a la Persona y a la Familia (41), como el gallego si se toma como referencia el texto salido del Informe de la Ponencia de la Proposición de Ley de Derecho civil de Galicia (42). Personalmente no creo que la asimilación de ambas instituciones sea la opción más sensata, pues probablemente una solución de este tipo viola el artículo 32 de la CE en su dimensión de libertad negativa; recordemos que el derecho a contraer matrimonio incluye el derecho a no contraerlo y, por consiguiente, el derecho a no ser sometido contra la propia voluntad a un *status* matrimonial.

Una segunda opción, seguida más o menos por los ordenamientos jurídicos de los países escandinavos y, según mi criterio, más adecuada, es entender que la función de la ley de parejas ha de consistir en proporcionar a la parte más débil de la relación un mínimo de protección, sobre todo en el momento de la disolución de la relación de convivencia. Con ello no se trata de crear un matrimonio de rango inferior o de segundo nivel, sino de dar soluciones legales a problemas económicos primarios en aquellas materias donde debe prevalecer la necesidad de proteger a un sujeto que no está en condiciones de hacerlo por sí mismo (43).

B) *Constitución, derechos y deberes constante la relación y a la extinción de la pareja por cese de la convivencia o por muerte*

En coherencia con la función previamente señalada por una hipotética ley estatal de parejas, a mi juicio resulta preferible que no se establezcan exigencias forma-

prevé la situación inversa. Parece que esta última posibilidad está siendo utilizada por las parejas casadas como una vía rápida de acceso al divorcio, sin necesidad de intervención judicial [I. SUMMER/CAROLINE FORDER, «Bumper Issue: all you ever wanted to know about Dutch Family Law (and were afraid to ask)», *ISFL*, 2003, pp. 263-321, espec. pp. 267-268].

(41) El capítulo IV del Libro III del Libro II se rubrica «Las uniones estables de pareja» y contiene una prolija regulación hecha a semejanza de la del matrimonio.

(42) A tenor de la disposición adicional segunda bis, que contendría la disposición adicional tercera de la ley, «*Para os efectos de aplicación desta lei equiparanse ao matrimonio as relacións maritais mantidas con intención ou vocación de permanencia, co que se estenden, polo tanto, aos membros da parella os dereitos e as obrigas que esta lei lles reconece aos cónxuxes.*

Terá a consideración de relación marital análoga ao matrimonio a formada por dúas persoas que leven convivindo polo menos un ano, e tal circunstancia poderase acreditar por medio da inscrición no rexistro, por manifestación expresa mediante acta de notoriedade ou por calquera outro medio admisible en dereito. No caso de teren fillos en común abondará con acreditar a convivencia» [http://www.parlamentodegalicia.com/contenido/gal/docs/BOPG_VII_140.PDF]. Más allá de los evidentes excesos competenciales manifiestos en la norma transcrita que son muchos y muy graves (baste recordar el núcleo duro de las competencias exclusivas del Estado en materia de legislación civil contenidas en el art. 149.1.8.º), no es fácil encontrar calificativos lo suficientemente exactos para dar cuenta del dislate jurídico que ésta representa; me limito a subrayar que, al parecer, el ordenamiento jurídico gallego quiere sancionar un matrimonio con formalidades rebajadas (incluso meramente factual) y en el que es posible la bigamia (obsérvese que, más allá de la denominación, se equiparan los efectos del matrimonio y relación marital con vocación de permanencia y no se impide que una persona esté unida a otra por matrimonio y una tercera por relación marital).

(43) En ningún caso soy partidaria de una solución a la francesa, que me parece absurda y contradictoria (*vid.* C. MANTIN/I. THÉRY, p. 151, quienes consideran el PACS una legislación de tipo transitorio y resaltan también los muchos problemas jurídicos que plantean), además de que deja sin cobertura alguna a quienes ni se casan ni firman un PACS.

les para la constitución de la unión (44), por lo que no se debe considerar un requisito constitutivo de la institución la toma de razón de la condición de pareja en un Registro público (45). Al menos hay un par de razones que aconsejan rechazar un modelo formal. En primer lugar, porque un requisito de este tipo semeja la constitución de un matrimonio «*light*» y, en definitiva, una nueva «clase de matrimonio». En segundo lugar porque restringe el número de parejas destinatarias de la norma, dejando fuera y, por lo tanto, en situación similar a la que tendrían en ausencia de ley, a aquellas parejas que, conviviendo efectivamente, no procedan a la inscripción (46). En cualquier caso, de optarse por un modelo formal de convivencia –lo que me parece menos adecuado–, creo que la inscripción debería hacerse en el Registro civil y no en ningún otro *ad hoc* y de muy discutible naturaleza.

Este tipo de constitución no formal o factual debe condicionar los efectos de la institución. Por ejemplo, no tiene sentido extender a una pareja no registrada los efectos patrimoniales establecidos para el matrimonio y más en concreto los regímenes económicos, destinados en buena medida a la protección de terceros (47).

En cuanto a los derechos y deberes de contenido económico *inter partes* lo más sensato es otorgar a los miembros de la pareja la oportunidad más amplia posible de regular los efectos patrimoniales de su unión a través de un contrato (48), en el que puedan anticipar incluso las consecuencias de la disolución (49). A los efectos

(44) Parto pues de un «modelo convivencial» de pareja opuesto al «modelo formal»; la contraposición de ambos, siguiendo la terminología anglosajona (*cohabitation model* o *partnership model*) es propuesta por M. MARTÍN CASALS, *Comentaris al Codi de Família, a la LLei D'Unions Estables de Parella i a la Llei de Situacions Convivencials D'Ajuda Mutua*, J EGEA/J. FERRER RIBA (Coords.), Madrid, Tecnos, 2000, p. 1146.

(45) A. SALDEEN, p. 505. El Gobierno sueco, en el proceso de elaboración de la reforma de la ley de cohabitación de 2003, estimó que la exigencia de registración para quedar amparado por la ley ponía en peligro los efectos protectores que pretendía la norma. En el mismo sentido en Noruega, donde también se formó una Comisión para estudiar la ampliación de efectos a las parejas no casadas en 1996, se estimó que un registro obligatorio es impropio, pues los convivientes han elegido vivir informalmente, en lugar de hacerlo bajo la institución matrimonial (T. NOACK, pp. 112-113).

(46) Similar, que no idéntica, pues a diferencia de algunas opiniones, no creo que para estas parejas que no cumplan los requisitos legales sea del todo irrelevante la existencia o no de una ley de parejas de hecho. *Vid.* al respecto, C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2004, pp. 542-543.

(47) En Canadá, M. BAILEY, *ISFL*, 2005, pp. 134-135, citando la decisión de la *Supreme Court of Canada* que no consideró inconstitucional la exclusión para las parejas heterosexuales que conviven juntas de las normas sobre la propiedad matrimonial. La autora refleja también los diferentes puntos de vista de los jueces de la Corte canadiense.

(48) Aunque la cuestión merecería mayores matices, en general se estima que los pactos celebrados por los convivientes deben referirse únicamente a intereses de índole patrimonial durante la convivencia, excluyendo la validez de los convenios que versen sobre aspectos personales que quedarían fuera de la disponibilidad de las partes; en este sentido entre lo más reciente, C. MESA MARRERO, *Las uniones de hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos*, 3.^a ed., Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, p. 89.

(49) Sobre el tema, más extensamente, aunque con especial referencia a los pactos anticipatorios de la ruptura de un matrimonio, J. EGEA FERNÁNDEZ, «Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Dr. Luis Díez Picazo y Ponce de León*, Madrid, Civitas, 2003, pp. 4551-4574 y M. P. GARCÍA RUBIO, «Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código civil», *ADC*, 2003, 1653-1673 y «Acuerdos prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en el Derecho de familia», *Nous reptes del Dret de família, Materials de les Tretzenes Jornades de Dret Catllà a Tossa*, Documenta Universitària, Girona, 2005, pp. 95-120, espec. p. 96.

de estimar la existencia del pacto se han de tomar en consideración no sólo los acuerdos expresos y formales entre los convivientes, sino también los llamados contratos implícitos, derivados de comportamientos concluyentes de los interesados durante su periodo de convivencia (50).

Una vez reconocida la libertad de pactos se han de incluir en la ley escasas y flexibles normas supletorias, que en absoluto conviertan la institución en un matrimonio de «segundo nivel» (51), ni tienen por qué ser una copia difuminada de la institución matrimonial. Probablemente se deba reconocer el deber de asistencia mutua durante la convivencia, la presunción de comunidad de cargas y de responsabilidades, incluso la presunción de propiedad conjunta que tras la disolución podrá derivar en la aplicación de las reglas propias de la comunidad de bienes, pero todo eso no debe otorgar automáticamente derechos para el tiempo posterior a la relación, por ejemplo, de tipo sucesorio, compensatorio o relativo a pensiones, salvo que los convivientes lo quieran. Todos estos derechos habrán de basarse, bien en la voluntad de los interesados, bien en criterios de necesidad o, en su caso, de enriquecimiento sin causa. De existir este tipo de derechos se ha de introducir certeza en cuanto a su exigibilidad judicial, para lo que será muy conveniente incluir plazos de caducidad de las acciones de reclamación una vez extinguida la unión

Es probable que también haya que diferenciar distintos tipos de situaciones convivenciales; por ejemplo, si en la pareja hay o no hijos y si estos son o no menores en el momento de extinción de la relación. De nuevo en contraposición con lo que sucede en otros países de nuestro entorno cultural donde el tema ha preocupado bastante al legislador (52), poco se ha hablado en España sobre el establecimiento de la filiación en este tipo de parejas, o sobre los derechos derivados de la patria potestad de los convivientes en comparación con la situación de las parejas casadas, tanto constante como una vez extinguida la relación. Creo que habría que facilitar la determinación de la paternidad en caso de convivencia entre los progenitores, así como la custodia compartida de los hijos habidos de la unión una vez extinguida ésta, en ambos casos de forma parecida a lo que sucede con los padres casados después de sobrevenido el divorcio, pues los intereses aquí implicados sí son análogos en las dos instituciones. Por cierto, por esa misma razón en este punto no es inoportuno subrayar la inconveniencia de aludir al tema de la custodia compartida en sede de separación y divorcio, como ha hecho la reciente Ley 15/2005, ya que se trata de una cuestión relativa a las relaciones paternofiliales, haya existido o no matrimonio entre los progenitores y sus hijos menores.

(50) Si bien en este segundo caso puede resultar difícil probar su contenido y con ello determinar su alcance, como señala T. TORRES GARCÍA, «Régimen económico matrimonial y uniones de hecho», *Matrimonio y Uniones de hecho*, E. MARTÍNEZ GALLEGU (Coord.), Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2001, pp. 39-52, espec. p. 45; también sobre el tema S. LLEBARÍA SAMPER, «El patrimonio de las parejas de hecho», *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos, t. II. Patrimonios personales, familiares, sucesorios y profesionales*, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 363-421, espec. pp. 375, 396.

(51) *Vid.* ampliamente en el sentido del texto las conclusiones de la Comisión noruega de 1996 que se encuentran –sólo en noruego– en <http://odin.dep.no/bdf/norsk/publ/utredninger/NOU/004005-020012/index-dok000-b-n-a.html>. Para un resumen de las mismas en inglés, *vid.* T. NOACK, p. 116.

(52) *Ad ex.* en Holanda, W. SCHRAMA, 2002, 282 ss., o en Noruega, T. NOACK, p. 111.

Por supuesto en la actual coyuntura legal hay que extender la posibilidad de adopción conjunta a las parejas homosexuales, quienes a día de hoy en el ámbito estatal, a diferencia de lo que sucede con los convivientes heterosexuales, se ven obligados a contraer matrimonio si quieren acceder ambos a la condición de padres del niño (53).

En todo caso, el legislador debería garantizar el deseo de los convivientes de no casarse y, en consecuencia, no quedar sometido a efectos jurídicos no deseados, tanto por el respeto a la libertad negativa derivada del artículo 32 de la CE, como por el general respeto al principio de libre desarrollo de la personalidad contenido en el artículo 10.1 del mismo texto constitucional (54).

Este mismo respeto al derecho a no casarse debe permitir que la autonomía de la voluntad de los convivientes pueda excluir los efectos jurídicos típicos, aun cuando se hayan establecido para actuar únicamente de modo subsidiario o supletorio. Sin embargo en este punto hay que tener cuidado con el papel de la autonomía de la voluntad en relación con la función protectora de la ley y, más en concreto, con la posibilidad de eliminar por contrato los efectos legales que amparen situaciones de protección a la parte débil, por lo que el legislador también debe garantizar que los acuerdos excluyentes de derechos reconocidos por la ley gocen de suficientes garantías de libertad e integridad en los consentimientos (55).

3. Si no hay ley estatal civil, necesidad de construcción jurisprudencial de la figura

Los partidarios de considerar que no es precisa, ni siquiera conveniente, una ley estatal de parejas no pueden eludir la necesidad de dar respuesta a los problemas jurídicos planteados en el seno de éstas, sobre todo una vez extinguida la relación. Estiman sin embargo que es mejor diferir la solución de tales problemas a los tribunales quienes, con los mecanismos generales del Derecho privado puede solventarlos de forma casuística satisfactoriamente.

De momento, la solución jurisprudencial es la única existente en el marco estatal y la que completa el cuadro jurídico en el ámbito de las Comunidades Autónomas que sí han decidido darse una ley de parejas. Pues bien, el panorama que dibuja el muy abundante número de decisiones judiciales sobre el tema es muy complejo y su resultado aparente desalentador si lo que se trata es de reconocer pautas seguras para dar soluciones a los problemas planteados por las parejas de hecho.

(53) Cabe recordar que desde 1987 el Código civil reconoce la posibilidad de que los matrimonios y las parejas constituidas por un hombre y una mujer unidos de forma permanente por una relación de afectividad análoga a la conyugal adopten de forma conjunta.

(54) Con palabras certeras señala M. MARTÍN CASALS, 2005, p. 351, que cuanto más densa sea la regulación que la ley atribuya a la convivencia, más amplio será el campo de la posible colisión tanto con situaciones anteriores que subsisten como con los derechos que se quieren preservar. Por estas razones, la regulación del modelo factual de convivencia deberá prescindir de regular la pareja como si fuese un matrimonio ... y otorgarle los efectos que sean necesarios para protegerla en su especificidad de forma de familia.

(55) Como ya puse de relieve en los trabajos citados en la nota núm. 49.

Por un lado, en el marco autonómico, a la falta de criterio definido en la interpretación de las leyes existentes por parte de los tribunales en cada caso competentes (56), se suma la ausencia de un criterio claro a la hora de cubrir las lagunas e incoherencias de esas mismas leyes autonómicas (57).

Por otro lado, la jurisprudencia destinada a cubrir la ausencia de legislación estatal no es mucho más alentadora. En este ámbito se registran sentencias de todo género, la cuales no siguen una línea constante que permita prever futuros resultados ante pleitos similares, lo que sin duda ocasiona una importante quiebra del principio constitucional de seguridad jurídica.

Las Sentencias del Tribunal Supremo sobre la materia son muy numerosas y algunas de ellas muy conocidas. La mayor parte, por no decir todas, tratan de solventar problemas surgidos a raíz de la extinción de la pareja de hecho, bien porque se rompa la relación, bien por muerte de uno de ellos. Los argumentos traídos a colación por el alto tribunal a la hora de reconocer o negar derechos patrimoniales a los convivientes son bastante variados (58). Van desde el recurso a la analogía, para sustentar el derecho a pensión compensatoria de uno de los miembros de la unión [casos, entre otros, de las SSTs 27 de marzo (59), 5 de julio de 2001 (60), o 16 de julio de 2002 (61)], el recurso al contrato de sociedad [SSTs 18 de mayo de 1992 (62), 18 de febrero de 1993 (63), o 18 de marzo de 1995 (64)], la aplicación del principio general del derecho que prohíbe el enriquecimiento sin causa al considerar que se daban los presupuestos exigidos por esta acción [SSTs de 11 de diciembre de 1992 (65), 24 de noviembre de 1994 (66) o, más recientemente, 17 de junio de 2003 (67), en un supuesto especialmente interesante por la duración de la unión y las circunstancias de apariencia matrimonial en que se desarrolló ésta (68)], o la argumentación con base en

(56) Lo que pone muy bien de relieve C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2004, pp. 535 y ss.

(57) Como demuestra con abundancia de ejemplos y de argumentos C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2004, pp. 567 y ss.

(58) Con análisis de los distintos fundamentos, contando también con los puramente doctrinales, puede verse en C. MESA MARRERO, pp. 2002 y ss.

(59) *Aranzadi Westlaw*, RJ 2001/4770

(60) *Aranzadi Westlaw*, RJ 2001/4993

(61) *Aranzadi Westlaw*, RJ 2002/6246.

(62) *Aranzadi Westlaw*, RJ 1992/4907.

(63) *Aranzadi Westlaw*, RJ 1993/1246.

(64) *Aranzadi Westlaw*, RJ 1995/1962.

(65) *Aranzadi Westlaw*, RJ 1992/9733

(66) *Aranzadi Westlaw*, RJ 1994/8946

(67) *Aranzadi Westlaw*, RJ 2003/4605. Se trataba de una convivencia prolongada durante cincuenta y tres años (desde 1940 hasta 1993) y que termina con el fallecimiento del varón, quien no había otorgado testamento. Declarada heredera intestada la hermana del fallecido, la conviviente reclama una indemnización consistente en la totalidad del haber hereditario por los años de convivencia y subsidiariamente una pensión compensatoria por aplicación analógica del artículo 97 del Código Civil. El Alto Tribunal reconoce una indemnización en favor de la conviviente que se fija, con algunos matices, en la cuarta parte de los bienes del fallecido, si bien se cuida de señalar que no se establece con base en ningún derecho sucesorio, sino en aplicación del principio de enriquecimiento sin causa.

(68) En el momento de iniciarse la unión en 1940 los convivientes no podían contraer matrimonio so pena de incurrir en delito de bigamia, pues la mujer estaba ya casada y desaparecido su marido; tras la Ley de 7 de julio de 1981, después de más de cuarenta años de unión, el matrimonio hubiera podido celebrarse, aunque si teniendo en cuenta las circunstancias, cabe dudar que los interesados reparasen siquiera en ello. Este es sin lugar a dudas uno de esos supuesto de parejas de hecho en los

un supuesto principio general de protección al conviviente (débil) perjudicado por la ruptura que derivaría de normas constitucionales y legales (69) [SSTS de 10 de marzo de 1998 (70), 17 de enero de 2003 (71), o 23 de noviembre de 2004 (72)].

Con estas y otras argumentaciones los vaivenes jurisprudenciales basculan entre el estricto rigor en el reconocimiento de derechos y la máxima benevolencia. Entre estas últimas destaca la STS de 14 de mayo de 2004 (73). Entre las primeras son reseñables la STS de 27 de mayo de 2004 (74) y sobre todo la más reciente STS de 12 de septiembre de 2005 (75), que además de echar expresamente en falta la existencia de una regulación estatal sobre las parejas de hecho y mencionar con cierta falta de rigor las leyes existentes en el marco comparado y sus características, contiene algunas declaraciones tan inexactas como la de llamar pensión compensatoria a la establecida a favor del hijo de los litigantes, y otras aparentemente tan sorprendentes como la de considerar que la unión de hecho es una institución que nada tiene que ver con el matrimonio y que la aplicación por analogía de las normas propias de éste supone una «penalización de la libre ruptura de la pareja» (76). Como *ratio decidendi* del asunto la sentencia estima que para solventar los problemas surgidos tras la ruptura de estas parejas se deberán utilizar principios generales del derecho y, en concreto, el de enriquecimiento sin causa que según la sentencia no se da en el caso, a pesar de que la unión había durado casi veinte años (77). En la sentencia se incluyen dos votos particulares

que la proximidad con la institución matrimonial es tan acusada que más bien cabe hablar de matrimonio aparente. La sentencia ha sido comentada, entre otros, por M. PÉREZ ESCOLAR, «Derechos sucesorios del conviviente supérstite. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2003», AC, núm. 07, 1.ª quincena de abril de 2004;

(69) Considera dudoso que estemos ante un auténtico principio general del Derecho en este caso S. LLEBARÍA SAMPER, p. 393.

(70) *Aranzadi Westlaw*, RJ 1998/1272.

(71) *Aranzadi Westlaw*, RJ 2003/4, en un supuesto de ruptura unilateral por uno de los miembros de la pareja tras diecinueve años de convivencia y en el que el ponente de la sentencia citada se explaya sobre la fundamentación del aludido principio, que parece en ciertos momentos identificar con el de enriquecimiento sin causa, para terminar otorgando a la mujer como compensación el valor del tercio de los bienes relacionados como patrimonio adquirido vigente la convivencia.

(72) *Aranzadi Westlaw*, RJ 2004/7385.

(73) *Aranzadi Westlaw*, RJ 2004/3477; C. AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2004, pp. 571-572, considerada el pronunciamiento de esta decisión entre los dadivosos y benevolentes en el reconocimiento de derechos al conviviente.

(74) *Aranzadi Westlaw*, RJ 2004/3577.

(75) *Aranzadi Westlaw*, RJ 2005/7148.

(76) Tajantemente en uno de los párrafos del fundamento jurídico tercero se dice que «[...] hoy por hoy, con la existencia jurídica del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias». Como señala E. RUBIO TORRANO, *Aranzadi Civil*, núm. 19/2005, BIB 2005/2650, esta y otras afirmaciones contenidas en el cuerpo de la resolución serían difícilmente imaginables en el contexto normativo anterior a las recientes reformas del Código Civil.

(77) El análisis de los hechos lleva al tribunal a inferir que la mujer, en razón de la convivencia, no ha perdido un puesto de trabajo, ni ha visto disminuidas sus retribuciones. Que tampoco sufre de minusvalía o enfermedad alguna. Y que incluso aportó a la comunidad la carga del cuidado y educación de dos hijos. Así en el presente caso no se puede hablar de empobrecimiento de la parte actora y si la parte demandada ha visto aumentado su patrimonio de una manera moderada es debido al acierto en el desenvolvimiento de su actividad. Y tampoco se puede hablar de una causa que fundamente la situación económica antedicha.

formulados respectivamente por Xavier O'Callaghan, quien estima que debió estimarse el recurso de la actora y ser aplicado el principio general de protección al perjudicado, para no dejar al margen de todo beneficio generado por la unión a uno de los miembros – normalmente la mujer (78), y por José Ramón Ferrándiz Gabriel y Encarnación Roca Trías, quienes no discrepan del fallo pero sí de la argumentación de la mayoría y consideran que no siempre ha de excluirse la aplicación analógica de normas del matrimonio a las parejas de hecho, como puede ser el caso del artículo 97, el cual supone una compensación por el perjuicio que supone la ruptura –comparación de la situación *ex ante* y *ex post* de la ruptura– y no exige necesariamente enriquecimiento y correlativo empobrecimiento patrimonial.

Aunque cabe prever que la publicación de las leyes 13/2005 y 15/2005 puedan introducir cambios importantes en la jurisprudencia relativa a las uniones extramatrimoniales, las últimas sentencias del Tribunal Supremo relativas a las uniones de hecho siguen el camino dubitativo de sus antecesoras. Así, la de 5 de diciembre de 2005 (79): la de 26 de enero de 2006 (80) que estima constituida por pacto tácito una comunidad sobre el bien consistente en una edificación construida sobre un terreno propiedad de la mujer y la de 22 de febrero de 2006 (81) donde se deduce de la explotación comercial conjunta la voluntad tácita de crear un patrimonio común durante la convivencia.

Con este multiforme panorama en el seno del Tribunal Supremo, no debe sorprender que entre decisiones pronunciadas por los tribunales de grado inferior encontremos declaraciones muchas veces sorprendentes y no pocas contradictorias entre sí. Baste como botón de muestra, por un lado, la SAP Valladolid de 12 de junio de 2000 (82) en uno de cuyos fundamentos jurídicos se afirma tajantemente y con evidente exageración que «Es evidente que la interpretación normativa ha de ajustarse a la realidad social del tiempo de su vigencia. Y entender que una persona unida por una relación de afectividad permanente y estable a otra, de hecho, es algo constitucionalmente equiparado al matrimonio en todos los ámbitos de nuestro ordenamiento jurídico. En el ámbito civil, en el penal, en el laboral y en el administrativo, la equiparación de las parejas de hecho a los matrimonios es plena». Muy alejada hasta situarse en el extremo opuesto puede citarse la SAP Alicante de 18 de febrero de 2005 (83) en un caso en el que la actora reclamaba la mitad del premio de la lotería primitiva con el que resultó agraciada su pareja y en la que se afirma que «La inexistencia de regulación legal sobre las uniones de hecho no quiere decir que exista un vacío que haya de ser llenado por la fuerza expansiva del ordenamiento jurídico, pues en infinidad de casos ocurre que la falta de regulación concreta responde al respeto al libre albedrío, de tal manera que someter su voluntad al

(78) Para E. RUBIO TORRANO, en el trabajo antecitado, las consideraciones contenidas en este voto particular se ajustan a los criterios más firmes sostenidos por la jurisprudencia en los últimos años y se enmarcan en una línea proteccionista y de consolidación judicial de estas uniones, nacida a la sombra del matrimonio y que con el nuevo marco legislativo surgidos de las dos leyes relativas al matrimonio en 2005 está en su opinión destinada a cambiar.

(79) *Aranzadi Westlaw*, RJ 2005/10185.

(80) *Aranzadi Westlaw*, RJ 2006/417.

(81) *Aranzadi Westlaw*, RJ 2006/831.

(82) *Aranzadi Westlaw AC* 2000/1625.

(83) *La Ley*, 19 de octubre de 2005.

establecer una situación de facto a la situación reglamentaria que una institución jurídica implica, puede constituir un ataque frontal a su libertad», siendo este el caso al juicio del tribunal. Curiosamente en esta sentencia se mantiene, aludiendo a la jurisprudencia unánime (¿?) del Tribunal Supremo, la exclusión de la aplicación analógica de la normativa matrimonial en materia económica entre los convivientes, salvo que exista un pacto expreso o tácito al respecto, considerando que la eventual compensación económica a la extinción de la convivencia se ha de basar en el aludido pacto o en el enriquecimiento injusto.

V. MULTIPLICIDAD DE FORMAS DE VIDA Y DERECHO DE FAMILIA «A LA CARTA»

1. Pluralidad de figuras

En las sociedades postmodernas el matrimonio ha dejado de ser el epicentro del Derecho de familia. Muy al contrario, una pluralidad de figuras distintas acogen las formas de vida de las familias contemporáneas, lo que es reconocido por la doctrina como una realidad incontestable (84). Por aludir sólo a las situaciones de afecto recíproco con un componente afectivo y vocación de estabilidad podemos mencionar como formas socialmente típicas el matrimonio heterosexual, el matrimonio homosexual, las parejas registradas o que formalizan su unión (85), las parejas no registradas o no formalizadas (86) –dentro de éstas convivencias de corta y de larga duración–, las familias monoparentales, compuestas por un solo progenitor que convive con sus hijos, las familias conformadas por dos madres y sus hijos (87) o las familias reconstituidas o recompuestas, cuyo número va en aumento por el incremento de los hogares en los que los niños no tienen lazos biológicos (ni adoptivos) con al menos uno de los padres/madres sociales (88). Conformando situaciones en parte coincidentes con éstas últimas, hay familias basadas en relaciones paternofiliales de hecho, bien porque se sustentan en relaciones de

(84) Así, por ejemplo, M. ALONSO PÉREZ, 2001, pp. 11-29, espec. p. 22, afirma, «[...] la familia no es en nuestros días un modelo uniforme [...] proliferan formas diversas, cada día más insospechadas.

(85) Entre las que debemos computar, entre otras, a las «casadas» por el rito gitano que están en una situación muy similar a la del matrimonio putativo; no me parece del todo justo estimar que en este tipo de casos estamos ante una simple pareja de hecho en la que la norma imperante ha de ser la libertad de pactos.

(86) La diferencia se ve claramente en países como Suecia donde coexiste la *Register Partnerships Act* (1994) que atañe únicamente a homosexuales y configura una institución similar al matrimonio; y la *Cohabitees Act* (1987; nueva redacción en 2003) y que afecta a heterosexuales y homosexuales que cohabitan sin formalizar su unión.

(87) La posibilidad de una doble maternidad es ya una realidad en nuestro Derecho, como consecuencia de las técnicas de fecundación asistida. Sobre la problemática que puede presentar la maternidad múltiple, E. FARNÓS AMORÓS/M. GARRIGA GORINA, «¿Madres? Pueden ser más de una. Tres casos recientes de la Supreme Court de California», *InDret* 4/2005, www.indret.com.

(88) Sobre estas últimas, E. ROCA TRÍAS, «La regulació de les famílies recompostes o reconstituïdes», *Nous reptes del Dret de família, Materials de les Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Documenta Universitaria, Girona, 2005, pp. 213-239, y en esta misma obra, A. BOSCH I CARRERA, «Las familias reconstituidas y las cuestiones de protección patrimonial», pp. 241-273.

este tipo con los hijos de su pareja, bien porque se trata de situaciones en la que un hijo cree de buena fe que era el hijo biológico o adoptivo de una pareja o de una *persona y descubre que no lo era*, por ejemplo, en el momento de la sucesión *mortis causa* de esa persona (*equitably adoption*, que conforma una especie de filiación putativa) (89). Cumple incluso plantearse la existencia de «otras familias» de composición distinta y con otro tipo de lazos afectivos. Cabe citar como muestra que en 1997 el Gobierno sueco pidió a una Comisión del Parlamento que evaluase si la *Cohabitees Act* de 1987 debía o no extenderse a otros modelos de cohabitación como dos amigos o compañeros que no tuvieran entre sí una relación afectiva de tipo sexual (90); por su parte, el ya citado Anteproyecto de Ley sobre el Libro II del Código Civil de Cataluña dedica el título III a la familia y sitúa fuera de él en el título IV las que denomina «otras relaciones convivenciales».

En resumen, se puede decir en relación con la familia actual que «... *the traditional one-size-fits-all versión of marriage has been replaced by taylor-made family forms*» (91), de suerte que de un modelo familiar de corte rígido y monolítico se ha pasado a una pluralidad de modelos todas ellos con plena aceptación social.

Además, como ya se ha dicho, las diferentes formas de vida no son excluyentes entre sí, al menos diacrónicamente. La convivencia de hecho a menudo es un preludio del matrimonio o incluso un interludio entre varios matrimonios sucesivos, lo mismo que sucede con las situaciones de monoparentalidad o de recomposición familiar. Es indudable que muchas personas pasan por más de una de estas experiencias a lo largo de su vida, y que todas ellas son hoy menos definitivas, menos inamovibles y más igualitarias que nunca antes lo fue la institución familiar (92).

La pluralidad de formas de vida en familia es un indicativo del incremento de las opciones y el resultado de las elecciones individuales. En definitiva, probablemente se trata de una manifestación más de la filosofía liberal individualista que impregna el modo de pensar en las sociedades postmodernas y cuyos postulados básicos giran en torno a la autodeterminación de la persona y su supremo derecho a la libertad.

2. Complejidad de la familia y complejidad de las formas jurídicas

Ante esta pluriformidad de modelos familiares, no es de extrañar que los sociólogos británicos recomienden sustituir el término «*family*» por «*family practices*» (Morgan, 1996, Smart and Neale, 1999) o que los alemanes prefieran hablar de *Lebensformen* (93). En ambos casos el plural reemplaza al singular. Lo mismo suce-

(89) Sobre la figura de la *equitably adoption*, R. BRENT DRAKE, «Status or contract? A comparative analysis of inheritance rights under equitable adoption and domestic partnership doctrines», *Georgia Law Review*, 39, n.º 2, Wint 2005, pp. 675-781, espec. pp. 679 y ss.

(90) Finalmente tanto la Comisión como el Gobierno estimaron que la regulación extensiva de la cohabitación, con reglas similares a las del matrimonio, debía ser evitada, a fin de no crear un matrimonio de segundo nivel. La nueva ley de 2003 define así a los convivientes: «*cohabitantes mean two people who live together in a relationship as a couple and have a joint household*»; no se aplica esta regulación si cualquiera de los convivientes está casado.

(91) M. BAILEY, *ISFL*, 2005, p. 134. Según los datos del censo de 2000 en USA, sólo el 25 por 100 de los hogares estaban constituidos por familias tradicionales (R. BRENT DRAKE, p. 678).

(92) I. ALBERDI, p. 11.

(93) I. OSTNER, 2001, p. 91.

de en nuestro país, donde la literatura jurídica opta ya frecuentemente por hablar de «familias» y el propio Tribunal Constitucional lo ha reconocido también así. Muy conocida es, en este sentido, la STC 116/1999, de 17 de junio en la que, recordando otras anteriores (STC 222/1992, fdo. jdo. 5.º, reiterada en STC 47/2003, fdo. jdo. 2.º) que afirma «[...] nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, ni existe ninguna 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 junta a ella, como responde a una sociedad plural [...]». En el mismo sentido cabe citar la STC 47/1993, de 8 de febrero, donde también se declara que la Constitución no identifica la familia «[...] 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 considera siempre la familia y, en especial, en el repetido artículo 39, protección que corresponde a imperativos ligados al carácter social de nuestro Estado y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen» (94). En definitiva, como ya he dicho en otro lugar, el artículo 39 de la CE ni prejuzga, ni describe el modelo familiar constitucionalmente protegido (95).

Pues bien, no cabe duda que esa pluriformidad social, constitucionalmente reconocida, ha de tener un reflejo en el Derecho, con el consiguiente incremento del nivel de complejidad jurídica. A pesar de ello, el Derecho de Familia debe atender a esta múltiple realidad y darle cauce, debe conformarse como un «Derecho de familia a la carta». Por añadidura, creo que el legislador dentro del marco constitucional debe ser lo más neutral posible en la valorización de las diferentes formas de vida de sus ciudadanos y de sus tipos de familia, si bien la especial protección otorgada al matrimonio por nuestra Constitución obliga al legislador a mantener el máximo respeto por esta institución.

3. Acercamiento entre ellas y desinstitucionalización del matrimonio

Aun reconociendo que se trata de modalidades de familia diferentes, no cabe desconocer que, desde el punto de vista normativo, en los últimos tiempos se ha producido un cierto acercamiento entre la institución del matrimonio y de la unión de hecho.

Las parejas de hecho (no registradas) son situaciones no formales que dejan un amplio margen a la voluntad individual de sus miembros. Dan (o deben de dar) continuamente la oportunidad de revisar la decisión tomada, lo que permite considerarlas una modalidad de familia precaria (96). Sin embargo, en todo aquello que

(94) Más adelante la misma sentencia añade que «[...] en correspondencia con el pluralismo de opciones personales existente en la sociedad española y la preeminencia que posee el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), la Constitución no sólo protege a la familia que se constituye mediante el matrimonio –aunque a ésta la proteja especialmente (STC 45/1989)– sino también a la familia como realidad social, entendida por tal la que se constituye voluntariamente mediante la unión de hecho, afectiva y estable, de una pareja».

(95) M. P. GARCÍA RUBIO, 2004, p. 36.

(96) En terminología de I. ALBERDI, pp. 10-11.

cumplan una función análoga a la del matrimonio deben de encontrar una respuesta jurídica similar a la dada para éste, lo que sin duda conlleva la progresiva «institucionalización» de la relación de hecho.

De forma paralela al desarrollo de los nuevos modelos familiares, en la institución del matrimonio se producen cambios a nivel legal que parecen ir en la dirección contraria a la descrita para las parejas no formalizadas. Tanto es así que ya se habla de su «desinstitucionalización» (97). Baste pensar, a título de muestra, que el consentimiento matrimonial muda su naturaleza al mudar el contenido personal y patrimonial de la relación (fidelidad como lealtad). Las formalidades exigidas para su constitución y sobre todo para su disolución (divorcio) (98) se relajan de forma notoria, hasta el punto de desaparecer la necesidad de alegar cualquier causa para la separación o el divorcio –nótese que la extinción de la relación por decisión unilateral y sin alegar causa es clásica en las leyes de pareja–. Ahora bien, no se debe olvidar que la disolución en vida del matrimonio sigue necesitando en nuestro Derecho de un pronunciamiento judicial, en absoluto requerido para entender consumada la ruptura de una pareja no casada. Por otro lado, en línea con el reconocimiento creciente del principio de autodeterminación en el Derecho de familia, la ley da un amplio margen de la voluntad de los esposos en la concreción del contenido de la institución matrimonial la cual se basa, cada vez más, en la negociación entre los cónyuges acerca de los intercambios que aseguran la reciprocidad y la igualdad de ambos lo que, como se ha dicho más arriba, constituye una característica de la pareja de hecho y ha llevado a estimar que también el matrimonio está pasando a ser una institución precaria (99).

En fin, matrimonio y pareja no se confunden, pero sí convergen de modo progresivo sufriendo los efectos de la mutua atracción que ejercen ambas instituciones entre sí. La cuestión que queda en el aire es si en un futuro más o menos próximo ambas realidades están o no destinadas a confluir.

(97) D. BRADLEY, 2001, 43; M. ALONSO PÉREZ/M. CUADRADO IGLESIAS, «Prólogo a la 4.^a ed». del *Código Civil. Concordado y anotado con jurisprudencia*, Dykinson, Madrid, 2005, p. XLIV.

(98) 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 (*BOE* 9 de julio).

(99) I. ALBERDI, pp. 11 y 127.

