

El concepto de convivencia no matrimonial en Derecho español

ELDA GARCÍA-POSADA GÓMEZ

SUMARIO: I. *Introducción*.—II. *El concepto de convivencia no matrimonial antes de las regulaciones legislativas*: 1. Concepto restringido: 1.1 Consideraciones generales: noción no institucional y comparación con el matrimonio. 1.2 Elementos objetivos, subjetivos y formales: A) Elementos objetivos: la convivencia-comunidad de vida al modo marital. B) Elementos subjetivos. C) Elementos formales. 1.3 Conclusión: concepto de pareja no casada como realidad familiar no institucional alternativa al matrimonio. 2. Concepto amplio.—III. *El concepto de convivencia no matrimonial en las regulaciones legislativas*: 1. Concepto restringido: 1.1 Las Leyes autonómicas de parejas no casadas: A) La pareja estable legal: concepto y elementos, B) Crítica de la regulación. 1.2 La proyectada regulación estatal (el contrato de unión civil): A) Concepto y elementos. B) Crítica de la regulación. 2. Concepto amplio: las «otras» convivencias no matrimoniales (situaciones convivenciales de ayuda mutua y acogimiento de personas mayores): A) Concepto y elementos. B) Naturaleza de la relación y aplicaciones prácticas.—IV. *Consecuencias: convivientes excluidos de las regulaciones; el problema de su régimen jurídico*: A) Primer grupo: las parejas atípicas. B) Segundo grupo: las uniones «no juridificables».

I. INTRODUCCIÓN

Resulta ya tópico señalar cómo en los últimos veinte años el fenómeno social de la convivencia no matrimonial ha dado lugar a una suerte de «big-bang jurídico»¹. El punto de inflexión puede

¹ NAVARRO-VALLS, R.: «Las uniones de hecho en el Derecho comparado», en Marti-nell, J. M., y Areces-Piñol, M. T. (eds.), *Uniones de hecho*, Lleida, 1998, p. 27.

con toda probabilidad situarse en la celebración en Messina del primer (y único) Congreso Internacional de Parejas no Casadas en el año 1982: a partir de entonces la atención por parte del legislador y los operadores jurídicos ha ido en aumento, y la profusión de estudios doctrinales sobre el tema, tanto en nuestro país como en el extranjero, ha hecho de él una materia inabarcable.

Al debate sobre la atribución de efectos jurídicos a esta realidad se ha unido, como cuestión previa, el interrogante sobre el *supuesto de hecho normativo*. Huelga decir que no toda convivencia «de hecho» entre personas no unidas por vínculo matrimonial es «convivencia no matrimonial» en sentido técnico-jurídico, apta para que le sea aplicada la pertinente normativa de origen legal o jurisprudencial. Desde un primer momento se ha impuesto, por tanto, la necesidad de perfilar un concepto de la convivencia no matrimonial jurídicamente relevante.

¿Cuáles son las características que debe reunir una situación de convivencia no matrimonial para ser tutelable por el Derecho? (Esto es, cuáles son los *elementos objetivos* que han de concurrir en la relación para ser calificada como tal.) ¿Qué requisitos deben exigirse a las personas integrantes de la misma? (O, dicho de otro modo, cuáles son los *elementos subjetivos* de esa relación.) ¿Es —o ha de ser— la ausencia de *elementos formales* el único factor diferencial respecto del matrimonio? Éstos han sido los puntos examinados a la hora de acotar el sustrato cuyo tratamiento normativo estaba en estudio.

La propia labilidad de una realidad fáctica y prejurídica ha venido a complicar la respuesta a las anteriores cuestiones. Las principales dudas se han suscitado en dos frentes. Del lado de los elementos objetivos, el problema consiste en decidir si la atención ha de ceñirse a las uniones que desarrollan un comportamiento análogo al de los cónyuges (las clásicas parejas no casadas), o si por el contrario también las relaciones que no participan de ese rasgo de la maritalidad han de estar contempladas por las normas de convivencia no matrimonial. La pregunta sobre el *tipo* de unión conduce así a una primera subdivisión entre un *concepto restringido* y otro *amplio* de convivencia no matrimonial.

Pero, además, la unión que de acuerdo con lo anterior se tome en cuenta, ha de ser delimitada en cuanto a los elementos subjetivos, a fin de que en ella no encuentren acomodo hipótesis cuya tutela deba descartarse. Y aquí se encuentra el principal caballo de batalla, pues las posturas en torno a qué concretos convivientes (por lo que hace a su edad, sexo, estado civil, etc.) han de ser admitidos al concepto dependen en estrecha medida de cuál sea considerado el fundamen-

to último de tutela de la convivencia no matrimonial. ¿Se trata de configurar una institución paralela al matrimonio (en cuyo caso habrán de requerirse requisitos análogos a los de éste), o bien de tutelarla en cuanto realidad no institucional alternativa al mismo?

Dos décadas después de aquella eclosión del fenómeno en el mundo del Derecho, la discusión sobre el concepto jurídico de convivencia no matrimonial (y con ello sobre los intereses merecedores de protección) sigue vigente. A las caracterizaciones que hasta ahora se habían venido haciendo en doctrina y jurisprudencia, así como en alguna norma legal concreta, se han superpuesto –sin, como se verá, desplazar a las anteriores– las definiciones que las primeras regulaciones legislativas específicas sobre la materia (las Leyes autonómicas de parejas) se han aventurado a introducir. Y seguramente no es muy arriesgado identificar, precisamente en esta delimitación legal de un concepto, uno de los aspectos más criticables de estas regulaciones, a su vez en estrecha conexión con el propio *modo* de acometer la regulación. Y es que, si a estas alturas el debate sobre la necesidad de intervenir legislativamente en materia de convivencia no matrimonial parece contestado en sentido afirmativo, lo que vuelve sin embargo a reavivar la polémica, y acaso a ocasionar más disfunciones que la misma ausencia de regulación, son los presupuestos y el concepto de que dichas regulaciones parten.

Al análisis de estos problemas va destinado el presente trabajo. En él se examinan sucesivamente el concepto que ha ido siendo esbozado antes de las regulaciones legislativas específicas sobre el tema (II) y el que posteriormente acogen estas regulaciones o proyectos de regulación (III), para acabar con una reflexión sobre las consecuencias originadas por la consagración de este último concepto legislativo específico de convivencia no matrimonial, sobre todo teniendo en cuenta la pervivencia del concepto anterior, con el que a partir de ahora va a coexistir (IV).

II. EL CONCEPTO DE CONVIVENCIA NO MATRIMONIAL ANTES DE LAS REGULACIONES LEGISLATIVAS

Los preceptos legislativos y resoluciones judiciales que, en ausencia de una regulación legal de conjunto, han concedido efectos a la convivencia no matrimonial, no han delimitado, en general, de modo preciso su ámbito subjetivo de aplicación. Los primeros han partido de una fórmula genérica (la convivencia marital, la pareja en relación de afectividad análoga a la conyugal) sin proporcionar una defi-

nición explícita. Las segundas también han partido con frecuencia de una noción que daban por supuesta, y en muy pocas ocasiones han identificado expresamente los elementos que deben integrarla para que aquella convivencia despliegue consecuencias jurídicas².

Así las cosas, el concepto de convivencia no matrimonial ha sido en buena parte fruto de las reflexiones y propuestas de regulación avanzadas por la doctrina que ha estudiado el fenómeno, con el referente que han aportado tanto las soluciones del Derecho extranjero como las que subyacen al casuismo jurisprudencial.

Posteriormente³ (y sin perjuicio de que su valor sea ante todo simbólico) han proporcionado un concepto explícito, al establecer requisitos de acceso a la inscripción, las diversas normas reguladoras de los denominados Registros municipales y autonómicos de uniones civiles: requisitos que en buena medida recogen los elementos identificadores del concepto perfilado en sede jurisprudencial y doctrinal.

En cualquier caso, durante esta fase el concepto y caracterización de la convivencia no matrimonial (tanto en la doctrina, como en los Tribunales y en los textos normativos que atribuyen algún efecto concreto) es un «concepto jurídico difuso»⁴, no sencillo de identificar mediante una precisa delimitación. Esto se explica tanto por la diversidad de situaciones que éste cubre, como por la misma diversidad de efectos que según los casos produce, de tal manera que el presupuesto fáctico de las variadas normas, de origen legal o jurisprudencial, que de algún modo contemplan la convivencia sin matrimonio no siempre es el mismo⁵. No hay, en definitiva, un con-

² Vid. VEGA SALA, C.: «Las uniones de hecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Cuestiones derivadas de los pleitos de familia*, Madrid, 1996, pp. 107-141; y ÁLVAREZ LATA, N.: «Las parejas de hecho: perspectiva jurisprudencial», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 12, 1998, pp. 8-17.

³ Desde la constitución del primer Registro municipal de uniones civiles en España, el del Ayuntamiento de Vitoria, por Decreto del Alcalde de 28 de febrero de 1994.

⁴ LACRUZ BERDEJO, J. L.: «Convivencia *more uxorio*: estipulaciones y presunciones», en *Centenario del Código Civil. Asociación de Profesores de Derecho Civil*, t. 1, Madrid, 1990, p. 1.061.

⁵ A esto hay que añadir la dispersión de las definiciones dadas por los citados Registros municipales de uniones civiles, dado el elevado número existente de los mismos (MARTÍN CASALS da noticia de la creación de veintidós, sólo en Cataluña, y de marzo a septiembre de 1994: vid. «Informe de Derecho comparado sobre la regulación de la pareja de hecho», *Anuario de Derecho Civil*, 1995, XLVIII, vol. IV, p. 1711). Y es que, a pesar de que los requisitos fijados por aquéllos suelen coincidir –por haberse inspirado casi todos los respectivos Decretos de creación en el antes citado del Registro de Vitoria–, en algunos casos se han introducido modificaciones concretas, que se han de reseñar en su momento. Por otra parte hay que tener en cuenta la eficacia jurídica limitada de la inscripción en estos Registros, circunscrita al ámbito municipal (fundamentalmente en relación con la concesión de beneficios sociales por el Ayuntamiento), de un valor en gran medida simbólico, que de ningún modo agota los medios probatorios, y en ningún caso constitutiva de la pareja. Como señala Gallego Domínguez, la delimitación de las uniones libres hecha por los Registros es a efectos de acceso a los mismos, y por tanto el problema de dicha delimitación ni de lejos se cierra con la aparición de tales Registros: GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., *Las Parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*, Madrid, 1995, p. 50.

cepto rígido y de validez general, pues tal concepto no parece posible cuando la convivencia no matrimonial no es regulada en sí misma, sino simplemente tomada en cuenta por la norma concreta como presupuesto de su aplicación, y dada la variedad de efectos que a dicha toma en consideración se vinculan⁶.

Una muestra de esta ductilidad es la propia evolución del concepto en las dos últimas décadas a lo largo de las cuales se ha ido perfilando. Porque, en una primera aproximación, puede decirse que aquellos textos, sentencias y reflexiones han partido de lo que hemos llamado un *concepto restringido de convivencia no matrimonial*; esto es, aquel que engloba únicamente a las parejas no casadas que conviven de un modo similar a como lo haría un matrimonio. A su vez, en un primer momento, la restricción fue máxima, por cuanto la atención se centró en las parejas «más similares» a las casadas: las parejas heterosexuales. Sólo después, mediada la década de los noventa, y en vista de las previsiones legislativas que tanto en el Derecho comparado como en el nuestro van diluyendo el requisito de la heterosexualidad, la noción de convivencia no matrimonial se ensancha para incluir también a las parejas homosexuales.

Una ulterior ampliación del ámbito subjetivo se observa en algunas Leyes y proyectos legislativos —españoles y extranjeros— más recientes, a los que se hará referencia más adelante⁷, pero no ha sido objeto de atención jurisprudencial y resulta todavía poco frecuente en la doctrina: como se verá enseguida, sólo algún autor⁸ maneja un *concepto amplio de convivencia no matrimonial* que no se circunscribe a la pareja que mantiene una relación análoga a la marital.

1. CONCEPTO RESTRINGIDO

1.1 Consideraciones generales: noción no institucional y comparación con el matrimonio

Centrándonos para empezar en la pareja no casada que convive *more uxorio*, en su caracterización suele partirse de una serie de elementos, requisitos o rasgos peculiares que identifican a dicha

⁶ Así lo señala Llebaría Samper precisando que «la variedad de efectos vinculados a la inclusión normativa de aquella unión viene condicionada por un mosaico heterogéneo de casos de difícil y hasta desaconsejable reducción a la homogeneidad [...] ¿Hay que exigir el mismo tipo y naturaleza de convivencia [...] para adoptar a un menor que para extinguir el beneficio del *any de plor* de uno de los convivientes?» (LLEBARÍA SAMPER, S., *Hacia la familia no matrimonial*, Barcelona, 1997, p. 32

⁷ Vid. *infra* II 2.

⁸ Vid. los que se citarán *infra* en núm. 197.

pareja, para ulteriormente proporcionar por abstracción una definición genérica del supuesto de hecho tutelable⁹. Al respecto hay que hacer dos observaciones preliminares.

La primera es que esta definición, se añade a veces, se referiría a un «tipo ejemplar» de parejas no casadas, hecha la previa advertencia de la heterogeneidad que caracteriza a estas uniones. Heterogeneidad que no se refiere tanto al sustrato material (pues en este sentido también son heterogéneos los matrimonios), sino a su consideración jurídica¹⁰. Lo que se quiere a fin de cuentas poner de relieve es que el concepto en este estadio manejado no supone una *institucionalización* de la convivencia no matrimonial en sí, sino simplemente una referencia de base para una *normalización* de la misma¹¹. Como puntualiza la STS de 18 de mayo de 1992, al enunciar un concepto de pareja no casada el objetivo que se persigue es que «a estas uniones se les aplique la normativa legal» —en los casos en que esté prevista— «a fin de evitar que una interpretación amplia y no debidamente medida desborde y desvirtúe la aplicación del Derecho». Se trata, en definitiva, de establecer unas exigencias mínimas en aras de la seguridad jurídica y de la necesidad de evitar fraudes de ley¹².

En segundo lugar, y justamente a causa de esta consideración no institucional de la pareja no casada, aquellos elementos (objetivos, subjetivos y formales) son los que han de concurrir¹³ en una situación de convivencia, que ha existido y que puede o no continuar en la actualidad, a efectos de calificar la misma como relación

⁹ Vid. ad. ex. ESTRADA ALONSO, E.: *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español*, 2.ª edic. act. y ampl., Madrid, 1991, pp. 51 ss.; BLANCO PÉREZ-RUBIO, L.: *Parejas no casadas y pensión de viudedad*, Madrid, 1992, pp. 100 ss.; GALLEGO, *Las parejas...*, cit., pp. 47 ss.; LACRUZ, «Convivencia...», cit., p. 1067; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Diagnóstico sobre el Derecho de familia*, Madrid, 1996, pp. 119-120; SÁNCHEZ LORENZO, S., «Las parejas no casadas ante el Derecho internacional privado», *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 2, vol. XLI, 1989, pp. 492-494.

¹⁰ En este sentido, LACRUZ («Convivencia *more uxorio*...», cit., p. 1.066), al decir que «la unión libre no es una situación, sino una constelación de situaciones que tienen como nota común la convivencia *more uxorio*», pero cuidándose de precisar que esa diversidad se debe a la falta de una normativa de conjunto, de un estatuto que, como el del matrimonio, proporcione unidad. (Con lo que se salva la objeción de que también el sustrato fáctico del matrimonio es, obviamente, heterogéneo.) También se ha dicho que ante «la diversidad esencial del fenómeno [...] el estudio debe ser no del concubinato sino de los concubinatos» (CERDÁ GIMENO, J., «La situación actual de las parejas no casadas ante el Derecho», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1988, núm. 1482, p. 610); por lo que la noción a la que se llegue posee un carácter instrumental (SÁNCHEZ LORENZO, «Las parejas no casadas...», cit., p. 492).

¹¹ La distinción en De Valkerner, recogido por NAVARRO-VALLS, R., *Matrimonio y Derecho*, Madrid, 1994, p. 88, y en «Las uniones de hecho...», cit., p. 32.

¹² ÁLVAREZ LATA, «Las parejas de hecho...», cit., p. 10.

¹³ Los elementos objetivos y subjetivos, pues la ausencia de elementos formales en sentido estricto es por definición una característica de la convivencia no matrimonial (al menos antes de las regulaciones orgánicas), si bien pueden darse algunos elementos formales en sentido amplio, en cualquier caso opcionales: vid. *infra* 1.2.C).

de pareja extramatrimonial tutelable por el Derecho (en la extensión que se decida otorgar a esta tutela). En particular, respecto a los elementos subjetivos o personales, conviene precisar que no se trata de requisitos de constitución de la unión al modo de los matrimoniales, de manera que «mirando al futuro» se les exigieran a los convivientes para iniciar su relación dentro de un peculiar estatus. Por definición, en ausencia de una regulación orgánica (y tómesese nota de esta precisión), la concesión de efectos se orienta esencialmente al pasado –y en su caso al presente–, pero no crea un estatus de futuro. Con el establecimiento de un elenco aproximado de requisitos se trata de ver cuándo una situación de convivencia ha de ser objeto de atribución de efectos *ex post facto*, así como cuándo debe permitirse su continuación.

En este sentido, estos requisitos, en cuanto que objetivos y subjetivos, tienen un doble fundamento. Por un lado, los requisitos objetivos atienden en resumidas cuentas a la necesidad de que la convivencia sea marital (esto es, que venga cualificada por el rasgo distintivo de la *affectio maritalis*), puesto que se considera en general –sin dejar de haber opiniones en contra– que esa naturaleza demanda un tratamiento jurídico diferenciado del de otro tipo de convivencias¹⁴. Por otro lado, los requisitos subjetivos obedecen a razones de orden público que han de limitar la libertad para unirse *extramatrimonialmente*: y ahí reside el riesgo de confusión con los requisitos *ad nuptiam*, cuyo fundamento se halla también en el orden público, pero que limitan la libertad para unirse *matrimonialmente*. Aunque esto último parezca una tautología, importa al efecto de recordar que una y otra libertad son distintas¹⁵, y distintos han de ser por tanto aquellos requisitos subjetivos (o alguno de ellos, según la funcionalidad de cada uno de ellos en uno y otro tipo de unión, la matrimonial y la no matrimonial).

Lo que ocurre es que la «analogía» con el modo de vida conyugal que comportan los elementos objetivos ha constituido con frecuencia un importante factor de confusión, llevando a establecer una analogía también con los requisitos de constitución del matrimonio. Aquí aparece una de las contradicciones más notorias en el discurso que comúnmente se refiere a este tema¹⁶. Por un lado se ha afirmado a menudo la necesidad de analogía máxima entre

¹⁴ Vid. *infra* II.2.

¹⁵ Vid. LLEBARÍA, *Hacia la familia...*, cit., p. 99.

¹⁶ Denunciado por varios autores: vid. *ad. ex.*, LLEBARÍA, *Hacia la familia...*, cit., p. 38; y sobre todo TALAVERA FERNÁNDEZ, P. A., *Fundamentos para el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales. Propuestas de regulación en España*, Madrid, 1999, pp. 34-44, en relación con la exigencia de heterosexualidad.

matrimonio y pareja no casada (y por tanto analogía no sólo con el modo de vida material propio de aquél, sino también con los requisitos para acceder al mismo en tanto que institución). Por otro lado, se ha insistido hasta la saciedad en que el matrimonio y la pareja no casada «no son situaciones análogas ni equivalentes»: afirmación consagrada por la jurisprudencia constitucional y ordinaria ¹⁷, y seguida con fervor por la doctrina más reacia a la concesión de un régimen «matrimonial» a la pareja no casada. Resulta sin embargo curioso comprobar cómo es esa misma doctrina la que exige de modo más rotundo una equivalencia perfecta (salvo, lógicamente, en lo que a forma de constitución se refiere) con el matrimonio, lo que le lleva a rechazar de plano las «convivencias no análogas» (v. gr. por la homosexualidad de sus integrantes o por concurrir en ellos algún impedimento matrimonial). Y entonces el argumento es que sólo las convivencias análogas al matrimonio pueden obtener efectos matrimoniales... que se habían excluido en un primer momento.

Este galimatías aparente tiene en realidad una solución muy sencilla si se parte de un empleo más preciso y menos equívoco de los términos. Acertadamente se ha avisado ¹⁸ sobre la necesidad de proceder a una distinción entre analogía, en sentido técnico-jurídico, y semejanza, en sentido material ¹⁹. Hecha la misma, se puede dar una formulación no contradictoria a la realidad evidente de que, aun siendo cierto que matrimonio y convivencia no matrimonial no son figuras equiparables, por no haber analogía desde el punto de vista jurídico-formal, existe una incuestionable semejanza en el desarrollo material de la relación ²⁰, que es lo que permite calificarla de marital o *more uxorio* (sinécdoques referidos respectivamente al elemento masculino o femenino de la pareja). Esta semejanza del elemento objetivo (la convivencia) es de hecho el presupuesto de que a la hora de la verdad se conceda algún efecto previsto para el matrimonio (y en particular operando, si no con la analogía *legis*,

¹⁷ La falta de equivalencia entre matrimonio y convivencia *more uxorio*, a efectos de negar el recurso a la analogía para aplicar la normativa propia de aquél, queda clara en la jurisprudencia del TC que gira en torno a sus dos sentencias más conocidas y emblemáticas sobre el tema: la STC 184/1990 y la STC 222/1992. En términos aún más rotundos se pronuncia el TS: *vid.* especialmente las SSTs de 21 de octubre de 1992 y de 22 de julio de 1993.

¹⁸ TALAVERA FERNÁNDEZ, *Fundamentos...*, cit., p. 44.

¹⁹ Así, si la analogía es un mecanismo jurídico de autointegración de las normas, la semejanza es una característica que resulta de la comparación entre supuestos de hecho. La segunda, en su caso, posibilitará el recurso a la analogía si entre los supuestos de hecho comparados existe además identidad de razón, en cuanto segunda condición de aplicación de aquel mecanismo (*vid.* ATIENZA RODRÍGUEZ, M., *Sobre el uso de la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Madrid, 1986, en especial pp. 32-41 y 180-187; recogido en TALAVERA FERNÁNDEZ, *ibid.*)

²⁰ *Vid.* TALAVERA FERNÁNDEZ, *Fundamentos...*, cit., p. 44.

con la analogía *iuris*) sobre todo cuando dicho efecto, al estar incluido en la normativa matrimonial, no tiene como fundamento el matrimonio en sí, como institución, sino la situación de convivencia afectiva que acompaña a éste, la cual es común (semejante) con la de la pareja no casada. Es, por lo tanto, con la relación de afectividad con la que se establece la analogía (en sentido impropio), no con la institución y sus requisitos²¹. Precizando más, la similitud de los elementos objetivos no implica (siempre) identidad de los elementos subjetivos, según se va a tener ocasión de ver en páginas posteriores.

Todo esto, claro, siempre que de verdad estemos hablando de pareja no casada y no de una modalidad de matrimonio. Y es que, sin perjuicio de que sobre ello haya de volverse con insistencia más adelante, no debe olvidarse que lo que se pretende en ausencia de una regulación orgánica es delimitar cuál es el supuesto de hecho de la tutela y la admisibilidad, pero no la creación de una nueva institución matrimonial (matrimonio sin forma) o cuasi matrimonial (unión con requisitos matrimoniales, quizá formalizada, y con efectos matrimoniales atenuados)²².

1.2 Elementos objetivos, subjetivos y formales

A) *Elementos objetivos: la convivencia-comunidad de vida al modo marital*

Como primer elemento, consustancial a la propia idea, se halla la situación fáctica de la convivencia. Es usual traer a colación las palabras de Lacruz al respecto cuando observa que si es pensable un matrimonio sin convivencia, no ocurre lo mismo con la unión libre²³, ya que es ese elemento material el que suple, a efectos de apreciar la existencia de la relación, la falta del vínculo formal que

²¹ Porque, como señala LLEBARÍA, «la convivencia entre dos personas no tiene por qué ser distinta por la circunstancia de no haber contraído nupcias, pero [...] sin embargo sí son distintas las razones por las cuales no lo han hecho» (*Hacia la familia...*, cit., p. 38).

²² Sobre la distinción con esas realidades, *vid.* el apartado sobre los elementos formales de la pareja no casada [*infra* 1.2.C)], y posteriormente la crítica a las regulaciones legislativas (III.1).

²³ LACRUZ, «Convivencia...», cit., p. 1067. En el mismo sentido se dice que la vida común es más precisa para la unión libre que para el matrimonio, el cual puede seguir existiendo sin ella (LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F. A., *et alii*, *Elementos de Derecho Civil I. Derecho de Familia*, vol. 2.º, 5.ª edic., Barcelona, 1997, p. 402). O, dicho de otro modo, igual que en el matrimonio la vida común es una consecuencia, en la unión libre es una condición (RAYMOND, cit. en BLANCO, *Parejas no casadas...*, cit., p. 103, núm. 244).

en el matrimonio mantiene aquella relación aunque la convivencia cese.

Pero además la convivencia, dado que de un concepto restringido de convivencia no matrimonial se trata, ha de poder merecer el calificativo de marital. Éste ha sido el único elemento genéricamente mencionado por las primeras normas que han otorgado algún tipo de relevancia jurídica a la convivencia no matrimonial, aludiendo a la *semejanza material* con el modo de vida matrimonial. (Que no, según lo dicho, analogía formal, a pesar de la terminología con frecuencia empleada: «relación de afectividad *análoga* a la conyugal».) Dichas normas, de las que se ofrece un listado a continuación, no definen sin embargo en qué consiste esa maritalidad.

A) *Normas jurídico-civiles*

– Los artículos 101 y 320.1.º CC hablan de «(con)vivir maritalmente».

– La disposición adicional 10.ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio, se refiere a quienes «hubieren vivido como tal [matrimonio]».

– La disposición adicional 3.ª de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de reforma del CC en materia de adopción, al igual que los artículos 12, 16, 24 y disposición transitoria 2.ª de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, toman como elemento definidor la convivencia en relación de afectividad *análoga* a la conyugal.

– Finalmente, la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (texto refundido aprobado por Decreto 632/1968, de 21 de marzo), en la nota 2 a la tabla I de su anexo (introducido por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados) utiliza la expresión «uniones conyugales de hecho», ciertamente desafortunada, pero con la que igualmente se quiere sugerir esa semejanza con la relación matrimonial.

B) *Normas en materia no civil*

– La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, incide también en la similitud o equivalencia: «situación de hecho asimilable» al vínculo matrimonial (arts. 219 y 461) o «situación de hecho equivalente» (art. 391).

– En numerosas normas ha cuajado asimismo la alusión a la relación de afectividad y convivencia *análoga* a la conyugal. *Vid.:*

– Artículos 23, 153, 424, 443, 444, 454 y 617 CP;

– Artículo 10 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado; artículo 3 de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, de Hábeas Corpus;

– Artículo 1.2 de la Ley 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección a Testigos y Peritos en Causas Criminales;

- Artículo 2.2 de la Ley de 30 de mayo de 1995, de límites del dominio sobre inmuebles para eliminar las barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad;
- Artículo 2.3. a) de la Ley 30/1995, de 11 de diciembre, de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y Contra la Libertad Sexual; y
- Artículo 3 de la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo

Al respecto se ha entendido que la convivencia, para ser marital, debe traducirse en un compartir la existencia diaria, el domicilio y en su caso los recursos económicos de modo similar a como lo hace una pareja casada. La comunidad de vida y de cuidados que se establece entre los miembros de la pareja apunta así a la idea de *consortium omnis vitae* propia de la relación conyugal²⁴, que aparece transida por el componente de la *affectio maritalis*. Éste es en última instancia el elemento absolutamente fundamental, cuya presencia da vida a la relación de pareja y cuya desaparición la extingue²⁵. La *affectio* es en definitiva el *elemento constitutivo* de la relación, que suple la falta de un *acto constitutivo* como el matrimonio, y que se traduce en consentimiento continuamente renovado sobre el hecho mismo de la convivencia y del desarrollo de una comunidad de vida y de cuidados, una voluntad enderezada al mantenimiento de una relación íntima de pareja. Consentimiento que no es matrimonial, en cuanto no comporta la asunción del estatuto y régimen propios de éste y no genera vínculo jurídico (de haber tal consentimiento matrimonial, pero carente de forma, estaríamos ante un matrimonio consensual o por comportamiento: *vid. infra* C).

La jurisprudencia, en la primera ocasión en que ha detallado expresamente los elementos (objetivos: no, curiosamente, los subjetivos) constitutivos de la relación de pareja no casada se remite al contenido básico de la *affectio* al señalar que «la convivencia *more uxorio* ha de desarrollarse en régimen vivencial de coexistencia diaria [...] creándose así una comunal vida amplia, intereses y fines, en el núcleo de un mismo hogar» (STS de 18 de mayo de 1992). Lo cual ha sido reiterado posteriormente por el propio TS o por tribunales inferiores, para los cuales la convivencia marital se caracteriza por la constitución de «una comunidad de vida en el núcleo de

²⁴ De *communio tori, mensae et habitationis* habla la jurisprudencia italiana: ESTRADA, *Las uniones...*, cit., p. 63. *Vid. ad rem* también GALLEGO, *Las parejas...*, cit., p. 60; y BLANCO, *Parejas no casadas...*, cit., pp. 103-104

²⁵ Perfectamente lo resume ESTRADA cuando lo conceptúa como «la causa primera de la unión extramatrimonial», su «fundamento último», sin el cual aquélla no puede nacer ni perdurar (*vid. Las uniones...*, cit., p. 74). El concepto, desarrollado por la doctrina italiana de formación romanista y acogido por alguna jurisprudencia francesa, no reviste, sin embargo, señala el autor antes citado, tanta importancia en la doctrina alemana, que se centra en los aspectos económicos.

un mismo hogar» (SAP de Asturias de 16 de enero de 1993), de «un modelo de vida que coincide con el que acostumbran a realizar los cónyuges» (SAP de Madrid de 22 de marzo de 1995); o de «una auténtica comunidad de intereses económicos, a más de naturales vínculos afectivos [...] de todo lo que se derivó en un estado de hecho semejante al generado por una unión matrimonial solemnizada legalmente» (STS de 16 de diciembre de 1996). Otros pronunciamientos –la mayoría–, en lugar de referirse al contenido de la *affectio* resuelven la cuestión insistiendo simplemente en la semejanza material con el matrimonio, requiriendo que la pareja viva como si fueran «marido y mujer» (SAP de Baleares de 25 de noviembre de 1996), «como si de un matrimonio de hecho se tratase» (SAP de Asturias de 16 de enero de 1996), «en relación *cuasi* matrimonial» (STS de 22 de julio de 1993) o «a semejanza de la matrimonial» (STS de 10 de marzo de 1998). El término *affectio* aparece explícitamente mencionado en algunas sentencias (SSTS de 30 de diciembre de 1994 y de 20 de octubre de 1997), mientras que otras emplean expresiones que denotan la misma idea («vínculos de afectividad análogos a la relación conyugal» –SAP de Cantabria de 29 de julio de 1996–, «vínculos de solidaridad y apoyo mutuo» –SAP de Córdoba de 29 de abril de 1998–...).

En la noción de *affectio* reside la clave (y a la vez, según se verá, el problema) de la distinción entre el concepto restringido y el concepto amplio de convivencia no matrimonial ²⁶, y su presencia determina otra serie de rasgos que continúan cualificando la convivencia que sirve de situación de base, configurándola como lo que se ha dado en llamar «institución-sombra» del matrimonio ²⁷. Dichos rasgos son: la estabilidad, la continuidad, la exclusividad, el cumplimiento de los deberes matrimoniales y la notoriedad y publicidad de la relación. A ellos se añaden por algunos autores la presencia de relaciones sexuales, así como la constitución de un entramado de relaciones económicas entre los convivientes.

a) La estabilidad

Que la convivencia haya de ser estable entraña una voluntad de permanencia ²⁸, lo que excluye uniones concebidas ya desde un

²⁶ La ausencia de *affectio maritalis* ha sido traída a colación por algunas sentencias para excluir relaciones convivenciales de pura amistad (sin una «intensidad tal para integrar una convivencia *more uxorio*»: SAP de Madrid de 24 de abril de 1998) u otras no semejantes a las conyugales (como la «derivada de la prestación del servicio doméstico, desarrollada a lo largo de muchos años»: SAP de Pontevedra de 29 de abril de 1994).

²⁷ Es decir, el resto de los requisitos que, dentro de la dimensión objetiva de la relación, se analizan, no constituyen sino un derivado de la existencia de *affectio* (ESTRADA, *ibid.*).

²⁸ LACRUZ, «Convivencia...», cit. p. 1.067.

principio como efímeras o pasajeras, sin intención inicial «de compartir vida con vida»²⁹.

La jurisprudencia ha tenido oportunidad de insistir en este requisito. Ya en la Sentencia 184/1990, el TC exigió la existencia de una «unidad de convivencia estable» y el TS, en la citada STS de 18 de mayo de 1992, dijo que «la convivencia *more uxorio* ha de desarrollarse en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años» (cursiva añadida). Asimismo, varias de las normas atributivas de efectos concretos a la convivencia precisan que los convivientes han de hallarse ligados «de forma permanente» o «estable». (Emplean la expresión «permanente» la disposición adicional 3.^a de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de reforma del CC en materia de adopción, y los preceptos antes reseñados de la LAU, la Ley de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y Contra la Libertad Sexual, y la Ley de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo. El adjetivo «estable» aparece en el CP de 1995.)

Sin embargo, la posibilidad de disolución de este tipo de uniones llevaron con frecuencia en el pasado a negar su carácter estable³⁰. Una vez que aquella posibilidad deja de ser la nota diferencial respecto del matrimonio, con la admisión del divorcio, algunos autores siguen no obstante haciendo hincapié en la menor estabilidad de la pareja no casada, subrayando que la estabilidad que ha de admitirse respecto de las mismas lo es por oposición a los encuentros sexuales esporádicos (o, habría que añadir, reiterados «pero saltuarios: el mes de vacaciones de verano...»³¹), dado que todos éstos se han excluido del concepto. Pero, insisten, la estabilidad de la unión libre, por contraposición al matrimonio, no deja de ser meramente una estabilidad referida a la convivencia pasada y actual, y cuya proyección hacia el futuro carece en cambio de la naturaleza institucional que caracteriza a aquél³². Es decir, si la disolubilidad es hoy por hoy común a matrimonio y parejas no casadas, continúa caracterizando a las segundas una mayor facilidad para la ruptura, posible incluso por la voluntad unilateral de uno de los componentes, sin necesidad de dejar transcurrir plazo desde la separación –pues la propia separación extingue la convivencia, siempre que no sea una separación circunstancial debi-

²⁹ ESTRADA, *Las uniones...*, cit., p. 68.

³⁰ ESTRADA, *Las uniones...*, cit., p. 66.

³¹ LACRUZ, «Convivencia...», cit. p. 1.067.

³² Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Diagnóstico...*, cit., pp. 119-120, y en especial nota 104, donde recalca que «desde ahora es importante no confundir esta estabilidad *ex ante*, que se dirige al futuro de forma meramente proyectiva, con la estabilidad institucionalmente dirigida hacia el futuro propia del matrimonio. De carácter proyectivamente estable habla también LACRUZ: «Convivencia *more uxorio*...», cit., p. 1.066.

da a motivos laborales u otros extrínsecos a la relación de pareja: *vid. infra b*)—, sin alegación de causa y sin trámites formales.

De hecho éste es para muchos el elemento esencial que permite distinguir entre matrimonio y parejas no casadas³³. Pero en ocasiones el análisis va más allá, y encuentra en esa libertad de ruptura el reflejo de lo que realmente constituiría la diferencia de fondo con la realidad matrimonial. Dicha diferencia estribaría en la intensidad del compromiso asumido, o *rectius*, en la ausencia de un compromiso efectivo en la relación de pareja no casada, ya que no se trata de un compromiso de futuro³⁴.

Cabe oponer a esta argumentación, en primer lugar, que la misma parte de una concepción de la pareja no casada como aquella que rechaza el matrimonio, cuando ello no siempre es así, ni puede presumirse en todo caso³⁵. Incluso en supuestos de rechazo

³³ *Vid. ad. ex.* GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V., «La libertad de elección entre matrimonio y unión libre», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 12, 1998, p. 79, si bien este autor enfoca la cuestión desde la necesidad, para obtener el divorcio, de alegar y demostrar que concurre justa causa. Sin embargo lo cierto es que en la actualidad dicho divorcio causal, o bien ha desaparecido—como es el caso de algunas legislaciones extranjeras—, o bien, como en nuestro país, su subsistencia, heredera de las anteriores consideraciones de culpabilidad, es algo puramente formal, dada la relajación del control de las causas de divorcio en sede judicial, y el hecho de que algunas de esas causas consistan precisamente en el cese efectivo de la convivencia conyugal o separación fáctica, consentida por ambos cónyuges [art. 86. 3.ª a)] o no (art. 86. 4.ª). Con lo cual, en definitiva, por una vía o por otra, se abre la puerta al divorcio unilateral, que sólo requeriría el transcurso de un plazo desde la separación, más o menos largo según los casos. (*Vid. en este sentido*, en relación con su análisis del «vaciado de contenidos institucionales del matrimonio», REINA, V., y MARTINELL, J. M., *Las uniones matrimoniales de hecho*, Madrid, 1996, pp. 13 ss., en especial 15 y 23). Por eso parece más exacta la identificación que de la característica diferencial de la unión libre, frente al matrimonio, hace LACRUZ («Convivencia...»), cit., p. 1066): la *informalidad* de la disolución, sin trámites y sin transcurso de plazo, y, ulteriormente, su *baratura*, en una doble vertiente: por un lado, al no haber trámites no hay costes; y por otro, no habría en principio pensiones e indemnizaciones a cargo de uno de los convivientes. (Esto último, no obstante, resulta matizado por las resoluciones judiciales que en ocasiones, más allá de la compensación por enriquecimiento injusto, han fijado una pensión compensatoria en virtud de la aplicación analógica del art. 97 CC, así como, sobre todo, por la pensión indemnizatorio-alimenticia que las legislaciones autonómicas de parejas no casadas establecen con carácter imperativo para la ruptura de la relación: *vid. infra* III.1.)

³⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Diagnóstico...*, cit., pp. 125-137: en estas páginas desglosa el autor esta su idea clave, poniendo de relieve el distinto papel que en matrimonio y unión libre juegan la voluntad (dirigida a la asunción de un compromiso de futuro en los cónyuges), el compromiso, el vínculo (como plasmación jurídica de ese compromiso) y la forma. En términos coincidentes, LACRUZ («Convivencia *more uxorio*...»): «falta en la unión paramatrimonial, un vínculo jurídico contractual, como el del matrimonio...», ya que los consentimientos que entrecruzan los convivientes en orden a vivir juntos «no vinculan a la persistencia de lo que se promete como persistente».

³⁵ Nunca debe perderse de vista la diversidad de causas que subyacen a la convivencia sin matrimonio, que incluye supuestos en que los convivientes ven obstaculizado su deseo de casarse por un impedimento jurídico o de otro tipo. (Sobre esta diversidad de causas *vid. ad. ex.* SERRANO MORENO, J. L., «Una propuesta para la tutela jurídica de la familia sin matrimonio (I)», *AC*, núm. 27, 1987, pp. 1719-1727; SÁNCHEZ LORENZO, «Las parejas no casadas...», cit., pp. 488-489; ESTRADA, *Las uniones...*, cit., pp. 35-44; SIMÓ SANTOJA, V. L., *Vida jurídica de las parejas no casadas*, Valencia, 1986, cit., pp. 17-18; BLANCO, *Parejas no casadas...*, cit., pp. 113-123.

de la institución matrimonial como tal no cabe excluir la voluntad de un compromiso de futuro y tendencialmente perpetuo que simplemente se rehúsa formalizar o institucionalizar de aquella manera³⁶. Por otra parte, y a la inversa, el progresivo acercamiento del matrimonio a las uniones no matrimoniales se deja sentir también en este punto, dado que, cuanto más flexible se hace el procedimiento de divorcio³⁷, el compromiso de los cónyuges se acerca bastante al de los convivientes³⁸. Compromiso que no parece residir tanto en la juridicidad o formalidad del vínculo cuanto en la voluntad día a día renovada de continuar con la comunidad de vida existente³⁹.

En todo caso el *animus* de permanencia de los convivientes implica la voluntad de compartir vida y hogar por tiempo indefinido⁴⁰, y en esto coinciden con los cónyuges, independientemente de

³⁶ En esta línea, las corrientes que se rebelan, no tanto contra el contenido material del matrimonio, sino contra su rigidez formal; o bien aquellas que defienden la constitución de una relación caracterizada por un compromiso de igual o superior validez ética: superioridad que derivaría precisamente de la no necesidad de sancionarlo mediante un vínculo jurídico-formal.

³⁷ Hasta ser posible a petición de uno de los cónyuges tras un breve tiempo de reflexión (seis meses en las legislaciones escandinavas y algunas estadounidenses) y sin alegación de causa.

³⁸ Tanto que se ha escrito que ya ni siquiera el matrimonio ha de ser tendencialmente perpetuo, que «nuestro régimen positivo permite, en la práctica, modalidades de matrimonio a ensayo o a prueba» (GARCÍA CANTERO, G., «Luces y sombras en la evolución del Derecho español de familia (1981-1990)», en *Proyecto Social*, núm. 2, 1994, p. 44), a pesar de que el artículo 45 CC considera irrelevante el matrimonio *ad tempus*. Este autor concluye, siguiendo a MEULDERS KLEIN, que si se avanza en esa dirección, la eficacia del vínculo matrimonial es menor que la de cualquier contrato, «es mero compromiso social que puede fácilmente eludirse». O se parecería mucho, cabe añadir, al «singular contrato» al que se refiere LACRUZ en relación con la convivencia no matrimonial: singular en cuanto que entre otras cosas su cumplimiento queda al arbitrio de las dos partes contratantes, «pero contrato no menos existente» («Convivencia *more uxorio*...», cit., p. 1068).

Ésta es la razón de que en algunos Ordenamientos –v. gr. el del Estado de Luisiana en EEUU– se asista actualmente al peculiar fenómeno del *matrimonio opcional*, consistente en la introducción de un matrimonio indisoluble, o de disolución por causas tasadas, al lado del matrimonio estándar (al cual se aplica un divorcio de fácil consecución). Es esta una de las manifestaciones de lo que NAVARRO-VALLS llama «el retorno del matrimonio» (vid. el artículo que lleva este título en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 29, 1999, pp. 159-170): el matrimonio que retorna –en un contexto donde el propio concepto de matrimonio ya no es unívoco– es el configurado según el modelo clásico, canónico, en el que subsistiría en estado puro aquella diferencia atinente al vínculo y al compromiso, y el que por cierto tienen *in mente* quienes siguen resaltando esa diferencia.

³⁹ En este sentido, RIVERO HERNÁNDEZ, en el Prólogo a la obra de LLEBARÍA, *Hacia la familia...*, cit., p. 19.

⁴⁰ LACRUZ; SANCHO REBULLIDA, *et alii*, *Elementos...*, cit., p. 402: «la convivencia es muchas veces por tiempo largo, indefinido, y en la voluntad de bastantes parejas para siempre» (subrayado añadido). Aunque también añaden que este «siempre» no suele pasar de un período corto o medio de tiempo. Al contrario, señala ESTRADA que la idea de estabilidad se refuerza ante el dato fáctico de que existen parejas que han continuado la relación toda su vida (*Las uniones...*, cit., p. 66).

esta posibilidad de poner término a la unión en cualquier momento de modo unilateral⁴¹. En esto consiste el compromiso de la pareja no casada, pues, frente a las opiniones aludidas, en la mayoría de las ocasiones lo hay, aunque sea un compromiso no juridificado y formalizado. Compromiso de convivir indefinidamente, por más que ello no signifique necesariamente «de por vida» (como tampoco porta este significado en el matrimonio civil actual). Compromiso de estabilidad, en definitiva.

Ahora bien, dada la ausencia de formalización de dicha voluntad de permanencia (salva la celebración, aún poco frecuente en nuestro Derecho, de un pacto escrito), ¿cómo comprobar si concurre? Al efecto algunos autores⁴² ven signos de la estabilidad requerida en la realización conjunta por los miembros de la pareja de determinados actos concluyentes: el reconocimiento de un hijo, la compra de una vivienda, la explotación común de negocios, o la apertura de una cuenta bancaria. También pueden tomarse en cuenta otros datos, siempre desde el presupuesto de la libertad de medios probatorios: v. gr. un certificado de empadronamiento expedido por los servicios municipales^{43, 44}.

Pero sin duda los índices de estabilidad más empleados han sido el transcurso de un plazo durante el cual la convivencia se haya prolongado y, con carácter acumulativo o disyuntivo, la existencia de hijos comunes de la pareja. Se ha seguido con ello el modelo proporcionado por las legislaciones y decisiones judiciales extranjeras, que a menudo exigen uno de estos dos requisitos,

⁴¹ Y es que a la hora de la verdad la relativa facilidad de disolución, en el matrimonio actual, no contradice la prohibición del artículo 45 CC de que aquél se sujete a término o condición –pese a lo argumentado por GARCÍA CANTERO– pues ésta se refiere a la intención inicial. Tampoco parece admisible la temporalidad, prevista *ab initio* de la unión libre. (En contra, sin embargo, LACRUZ-SANCHO REBULLIDA, et alii, *Elementos...*, cit., p. 402, donde se afirma que la duración de aquélla puede convenirse o sobreentenderse limitada; así como alguna jurisprudencia extranjera, citada en BLANCO, *Parejas no casadas...*, cit., p. 106, núm. 259.)

⁴² V. los citados por ESTRADA, *Las uniones...*, cit., p. 66, núm. 81.

⁴³ SÁNCHEZ LORENZO (*Las parejas...*), p. 493), quien asimismo apunta cómo en las situaciones de tráfico externo los certificados de concubinatio o atestados de unión libre expedidos por las autoridades extranjeras (frecuentes desde hace un tiempo en Francia) pueden hacer fe en España en las condiciones establecidas por los artículos 600 y 601 LEC. (Igualmente, MERINO GUTIÉRREZ, «Las uniones libres y su perspectiva actual», *La Ley*, vol. I, 1988, p. 1007. Sobre el valor en sí de dichos certificados, similares en cierto modo a la inscripción en nuestros Registros de uniones civiles, vid. MARTÍN CASALS, «Informe...», cit., p. 1723.)

⁴⁴ No faltan ejemplos de esta índole en sede judicial, que la antes citada STS de 18 de mayo de 1992 condensa en la presencia de «acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados». En el supuesto concreto dichas actividades en común consistieron en «el reconocimiento legal de su hija a la que mantuvieron y educaron; la existencia y manejo de cuentas bancarias y la compra de bienes producto de sus actividades negociales compartidas».

o los dos, para conceder efectos a la convivencia de las parejas no casadas⁴⁵.

Éste es el criterio que sigue en nuestro Derecho la Ley de Arrendamientos Urbanos y la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y Contra la Libertad Sexual, únicas normas que, antes de las regulaciones orgánicas, introducen requisitos que precisan la escueta definición de la pareja como aquella permanentemente ligada por una relación de afectividad análoga a la conyugal: dicha relación ha de haberse prolongado «durante, al menos, dos años, salvo que hubieran tenido descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia». (Vid. arts. 12, 16, 24 y disposición transitoria 2.ª LAU y 2.3 a) Ley 35/1995. Más recientemente repite los mismos criterios la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo (art. 3). Ninguno de estos requisitos aparece, en cambio, en los Decretos de los Registros de uniones civiles, para acceder a los cuales basta la simple declaración de los interesados de que conviven de forma estable.

A favor de exigir un plazo de duración de la convivencia se manifiestan diversos autores, arguyendo que resulta preciso para confirmar la seriedad del proyecto de comunidad de vida y garantizar una mínima seguridad jurídica cuando se trata de conceder efectos a la convivencia no matrimonial tanto en las relaciones *inter partes* como frente a terceros⁴⁶. En contra de esta postura se ha subrayado lo arbitrario de fijar un tiempo mínimo por debajo del cual una convivencia no se tome en consideración⁴⁷. Asimismo, se

⁴⁵ Vid. ESTRADA, *Las uniones...*, cit., p. 67; GALLEGO, *Las parejas...*, cit., pp. 63-64; SÁNCHEZ LORENZO, «Las parejas no casadas...», cit., p. 493. El primero observa que las legislaciones extranjeras oscilan entre uno y quince años, y que esta exigencia de plazo es una constante en las legislaciones iberoamericanas, mientras que otros países adoptan soluciones más flexibles, como simplemente la fórmula de «un largo período de tiempo» de la legislación yugoslava.

⁴⁶ Así, ESTRADA, *Las uniones...*, cit., p. 67, considera prudente la fijación de *lege ferenda* de un plazo de cinco años. Le sigue en este punto GALLEGO, *Las parejas...*, cit., p. 65, si bien más matizadamente, con conciencia de que ya en el momento en que éste escribe algunas normas de nuestro Derecho señalan un plazo sensiblemente más corto; pero subrayando en cualquier caso que a diferencia del matrimonio «la unión libre no desarrolla verdaderamente sus consecuencias sino tras un cierto período de tiempo, variable según las circunstancias, sin perjuicio de que llegados a ese punto puedan atribuirse efectos retroactivos a tales efectos» (pp. 62-63). Otros autores expresamente favorables a la exigencia de un plazo: BLANCO, *Parejas no casadas...*, cit., p. 106 (vid. *infra*, núm. 49); ESCOBAR JIMÉNEZ, «Convivencia de hecho y pensión de viudedad: una visión sobre la jurisprudencia», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 15, 1992, p. 118; MARTÍN CASALS, «Informe...», cit., p. 1801; OSSORIO SERRANO, en BERCOVITZ, R. (Coord.), *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Madrid, 1993, pp. 378-379; GARCÍA VILLALUENGA, L., «Las uniones familiares de hecho en el Derecho civil», *Actualidad Civil*, 41, 1996, p. 899.

⁴⁷ NOIR-MASNATA, C., *Los efectos patrimoniales del concubinato y su influencia en el deber de sostenimiento entre esposos separados*, trad. esp. de CAMPOS COBO, Madrid, 1986, p. 30: «todo depende de las circunstancias: existen uniones queridas como estables que duran poco tiempo, como existen matrimonios de corta duración». También expresamente en contra del establecimiento de un plazo: MIRALLES GONZÁLEZ, I., «A pro-

ha hecho hincapié en que la estabilidad debe valorarse desde un punto de vista interno, en atención a la *affectio* de los convivientes, a su voluntad de vivir en pareja de modo marital⁴⁸: lo cual habría de probarse por cualquiera de los medios admitidos en Derecho, siempre desde una perspectiva de flexibilidad⁴⁹: esta misma idea subyace al planteamiento de quienes no rechazan frontalmente el establecimiento de un plazo pero consideran que no es el mejor sistema, dado que en todo caso hay que analizar el significado y contenido de los años de convivencia transcurridos⁵⁰.

Jurisprudencialmente no se han prescrito plazos concretos⁵¹, pero se observa una tendencia a estimar una larga duración de la convivencia como argumento de peso para apreciar la estabilidad de la misma y para justificar la necesidad de tutela⁵².

En cuanto a la existencia de hijos comunes, la misma constituye otro indicio de que concurre la necesaria voluntad de perma-

pósito de la STC 222/1992, de 11 de diciembre. Las relaciones de hecho. Una lectura civil», *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 3, 1993, pp. 677-678; y RIVERO, «La institución matrimonial y las uniones paramatrimoniales» (cit. en LLEBARÍA, *Hacia la familia...*, p. 85, núm. 15).

⁴⁸ El elemento subjetivo, intencional, es determinante, de manera que, si bien es claro que esa intención se manifiesta en que la convivencia se haya prolongado en el tiempo, también podrá apreciarse cuando lleve manteniéndose durante un corto período pero sea evidente y público el propósito de los convivientes de establecer una comunidad de vida (Vid. LACRUZ, «Convivencia...», cit., p. 1067: «publicidad acaso a través de una recepción de las amistades en el hogar común o en un establecimiento *ad hoc*, equivalente al banquete de bodas». Ahora bien, poco después matiza que, por una exigencia de equidad, una unión proyectada como indefinida, que acaba sin embargo durando unos pocos meses, no ha de producir las mismas consecuencias que una que haya durado muchos años: a diferencia del matrimonio, que despliega iguales efectos desde el momento de su celebración con independencia de cuánto haya durado.

⁴⁹ JEANMART, cit. en BLANCO PÉREZ RUBIO, p. 105, núm. 257. Esta última autora objeta sin embargo que la *affectio* no es un elemento susceptible de medición, por lo que prefiere verificar la estabilidad en los términos externos de duración de la convivencia, mediante el establecimiento de un plazo: p. 106.

⁵⁰ OSSORIO y GALLARDO, cit. en BLANCO, *Parejas no casadas...*, cit., p. 106, núm. 258. En resumidas cuentas, al igual que en tantas otras hipótesis, el dilema se presenta entre las opciones de seguridad, pero rigidez, y flexibilidad, pero incertidumbre. Hay que precisar no obstante que autores partidarios, en línea de principio, de la exigencia de plazo no descartan el recurso a otros medios, si bien advirtiendo que «los Jueces, en este tema, han de ser especialmente rigurosos» (ESTRADA, *Las uniones...*, cit., p. 68).

⁵¹ En la SAP de Baleares de 18 de mayo de 1998 se dice que, «en lo que se refiere a la nota de estabilidad o duración que debe presidir la relación de que se trate para poder ser tenida como verdadera “unión de hecho”, es evidente la variabilidad en cada caso, sin que exista prefijado de antemano un límite temporal mínimo (un año, tres años, tres meses)...».

⁵² En la STS de 20 de octubre de 1994 se afirmó «esta Sala ha tenido buen cuidado en admitir que las uniones de hecho, máxime las de larga duración, como la presente, pueden en ocasiones ser causa legítima de alguna reclamación»; y la STS de 24 de diciembre del mismo año calificó una unión de «estable y duradera, puesto que alcanzó catorce años». Ello sin perjuicio de que en otras ocasiones también se hayan amparado relaciones convivenciales de duración notoriamente inferior (v. gr. de apenas dos años: vid. STS de 21 de octubre de 1992), cuya estabilidad, sin embargo, ha podido en ocasiones ser rechazada por tribunales inferiores (Vid. v. gr. SAT de Barcelona de 21 de noviembre de 1988, que no juzgó suficiente al efecto un plazo de tres años).

nencia. Ahora bien, es preciso recalcar que su toma en consideración se hace sólo a estos efectos, para determinar la relevancia que la unión tiene para el Derecho. Lo cual es algo distinto de que, además, la filiación haga surgir relaciones jurídicas entre los progenitores y los hijos (deberes de patria potestad –arts. 154 ss. CC– y/o de cuidado y alimentos –arts. 110 y 142 ss. CC–, principalmente): relaciones verticales, diferenciadas de las relaciones horizontales entre los miembros de la pareja, que existen por otra parte con independencia de estas últimas (es decir, con independencia de que los progenitores convivan en pareja), y que son iguales a las que surgen de la filiación matrimonial, por imperativo del principio de igualdad. Pero la tutela de la pareja en sí (de las relaciones horizontales) no ha de estar condicionada a la existencia de hijos comunes de la misma⁵³. En primer lugar porque, si el modelo de referencia es el del matrimonio, tampoco la filiación es imprescindible en él: su tutela jurídica hoy en día es incluso independiente de la posibilidad, expectativa o intención de tener descendencia. La función esencial del matrimonio ha dejado de ser la procreación⁵⁴. En segundo lugar, es de notar que el artículo 39.1 CE (donde es comúnmente admitido que se reconoce implícitamente la convivencia no matrimonial) no alude a la filiación, que es objeto de los dos siguientes apartados⁵⁵. Por lo tanto, también hay pareja no casada productora de efectos jurídicos aunque no existan hijos comunes: lo que ocurre es que, si existen éstos, será más fácil apreciar la estabilidad requerida y flexibilizar así el requisito de la duración.

⁵³ Recuerda ESTRADA cómo parte de la doctrina italiana confunde ambos aspectos, al sostener que la atribución de consecuencias jurídicas a la unión libre depende de la procreación: frente a ello distingue entre *familia natural*, que existe por la consanguinidad –y en la que, cabría añadir, no es precisa la convivencia– y *familia de hecho* o unión libre, fundada en la convivencia y circunscrita a las relaciones personales y patrimoniales entre los convivientes, con independencia de que exista filiación, y en la que ésta como se ha dicho, se toma como indicativo de la estabilidad de la convivencia. (Sobre la distinción entre ambos conceptos, *vid.* también BLANCO, *Parejas no casadas...*, cit., pp. 112-113.)

De todas formas, el prejuicio es pertinaz, también en nuestra doctrina: por ello no es unánime la consideración como familia de la pareja no casada sin hijos (aunque se le reconozcan efectos), pese a que de la jurisprudencia del TC se desprende claramente que lo es (*vid.* por todas STC 222/1992).

⁵⁴ Como confirma la desaparición del antiguo impedimento de impotencia [*vid.* GARCÍA CANTERO, en ALBALADEJO (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*; t. II; arts. 42 a 107 CC; Madrid, 1982, pp. 45 ss.].

⁵⁵ La disociación pareja-hijos camina, pues, en dos sentidos: ni la convivencia en pareja (matrimonial o no) es «para» tener hijos, ni para ello hace falta vivir en pareja. Así lo demuestra la proliferación de familias monoparentales, reforzada por la autorización que la ley concede a un soltero para que, individualmente, pueda adoptar, o a una mujer soltera para que, también individualmente, pueda recurrir a las técnicas de reproducción asistida (*vid.* art. 175 CC y Ley 35/1988, de 22 de noviembre, arts. 6 y 8.2).

b) La continuidad

Distinta en rigor de la estabilidad, aunque relacionada con ella, es la exigencia de que la convivencia sea además continua⁵⁶. En sentido estricto, si se parte de la premisa ya vista de que la convivencia es constitutiva de la unión libre (no una consecuencia, como en el matrimonio), una interrupción de aquélla provocaría la desaparición de ésta. Sin embargo, es precisa una cierta flexibilidad en este requisito. En este sentido se ha precisado que «la continuidad de la relación debe mostrarse [...] no tanto por su realidad material, sino por la voluntad tendencial de estar juntos»⁵⁷. De modo que no debe apreciarse ruptura de la continuidad por el hecho de que existan separaciones ocasionales debidas a motivos externos (v. gr. a causa de razones laborales, militares o presidiarias⁵⁸, o en supuestos de enfermedad⁵⁹), sin que haya voluntad de disolución. Esta discontinuidad «circunstancial» (a la que se ha referido algún pronunciamiento judicial: *vid. ad. ex.* SAP de Granada de 5 de marzo de 1996 o STS de 16 de diciembre del mismo año) no interrumpe, pues, la comunidad de vida⁶⁰.

c) La exclusividad

Que la convivencia no matrimonial, en su sentido restringido, ha de ser exclusiva⁶¹, se manifiesta en la propia identificación de esta noción con la de pareja no casada, apuntando, por tanto, a una relación bímembre. La exclusividad no es en general requerida explícitamente por las normas o decisiones judiciales, que simple-

⁵⁶ Recuérdese que se han excluido del concepto las uniones denominadas por LACRUZ «saltuarias», que se repiten intermitentemente por temporadas.

⁵⁷ ESTRADA, *Las uniones...*, cit., p. 68. Para llegar a esta conclusión aduce que, ya que el parámetro es la vida conyugal, no puede, por lógica, exigirse más a los convivientes que a los esposos, a los cuales se les permiten separaciones por «motivos laborales, profesionales u otros de naturaleza análoga» que no implican cese efectivo de la convivencia conyugal (art. 87.II CC). Con ser ello cierto, también lo es que el cese efectivo de la vida conyugal no supone el fin del matrimonio, como sí el de la pareja no casada, dada la función sustitutiva de esta situación fáctica respecto del vínculo formal.

⁵⁸ ESTRADA, *Las uniones...*, cit., p. 65.

⁵⁹ BLANCO, *Parejas no casadas...*, cit., p. 4; GALLEGOS, *Las parejas...*, cit., p. 61.

⁶⁰ Esto es lo que vienen a decir las interpretaciones generadas en la doctrina francesa a propósito del artículo 340. 4.º CC, relativo al concubinato notorio. Éste, al exigir «en defecto de comunidad de vida, relaciones estables y continuas», parece significar que la comunidad de vida y la continuidad de las relaciones son cosas distintas, cuando en rigor lo segundo integra lo primero. En realidad donde dice «comunidad de vida» entienden los autores que quiere decirse «cohabitación», la cual puede quedar en suspenso si se configura la exigencia de continuidad del modo flexible que se ha visto (*Ad rem vid.* ESTRADA, *Las uniones...*, pp. 64-65, y BLANCO, *Parejas no casadas...*, cit., pp. 104 y 105, en especial núm. 248).

⁶¹ MALAURIE-AYNES, *cits.* en BLANCO, *Parejas no casadas...*, cit., p. 106; ESTRADA, *Las uniones...*, cit., p. 69.

mente la presuponen. (Tan sólo en algún Registro de uniones civiles, como v. gr. en el de la Comunidad andaluza –*vid.* Decreto 3/1996, de 9 de enero– se concreta en la prohibición de efectuar una inscripción cuando alguno de los miembros de la pareja conste inscrito como integrante de una unión civil en otro Registro similar).

Esta exigencia responde a un doble orden de razones:

– En primer lugar, la falta de este requisito puede derivar de, y señalar, la ausencia de estabilidad y, por tanto, de una verdadera comunidad de vida.

– En segundo lugar, se dice, el hecho de que la convivencia deba desarrollarse conforme al modelo matrimonial conlleva una exigencia de monogamia, pues ésta es una característica esencial del matrimonio en nuestro sistema ⁶².

Ahora bien, es preciso distinguir tres situaciones que a menudo aparecen mezcladas al hablar de este requisito:

1.^a La relación extramatrimonial que se simultanea con una matrimonial o bien con una situación de convivencia de hecho. La consideración como pareja de aquella relación no es posible por faltarle el propio y esencial requisito de la convivencia ⁶³.

2.^a La pareja en la cual uno de sus miembros está aún casado con otra persona, de la que se encuentra separado, legalmente o de hecho. Esta situación se estudiará al analizar los componentes subjetivos del concepto de pareja no casada. Basta señalar, de momento, que la misma no comporta, a diferencia de la anterior, ausencia de exclusividad, pues supone que ha cesado la comunidad de vida con el cónyuge, y se ha establecido en su lugar con el conviviente.

3.^a Las relaciones propiamente poligámicas (o poliándricas), en que se establecen relaciones simultáneas con varias personas, con cada una de las cuales, sin embargo, existe comunidad de vida

⁶² BLANCO, *Parejas no casadas...*, cit., p. 107; ESTRADA, *Las uniones...*, cit., p. 69; GALLEGO, *Las parejas...*, cit., p. 53. La STS de 24 de diciembre de 1994 requiere, para que la convivencia sea semejante al matrimonio, que entre los convivientes exista «relación sexual monogámica».

⁶³ En este sentido aclaran LACRUZ /SANCHO REBULLIDA que no integran el concepto de pareja no casada «las relaciones sexuales continuadas pero limitadas a la comunidad de lecho: el caso más frecuente, el del marido que vive en familia y visita todos los días a otra mujer, a la que mantiene» (*Elementos...*, cit., p. 401). En algún ejemplo de esta concurrencia entre relación matrimonial y extramatrimonial se ha negado la calificación de convivencia *more uxorio*: *vid.* S. de 5 de marzo de 1990 del Juzgado de 1.^a instancia núm. 4 de Córdoba (recogida por GALLEGO, *Las parejas...*, cit., p. 53). Asimismo, BLANCO, *Parejas no casadas...*, cit., p. 103, recalca que los integrantes de la relación deben formar un hogar, pues si no estamos en presencia simplemente de lo que en términos vulgares se conoce como amantes.

y habitación. En estos casos podría haber varias relaciones extra-matrimoniales⁶⁴, o bien coexistir una relación matrimonial con otras que, o tampoco lo son, o no tienen esta consideración conforme al Ordenamiento estatal, a pesar de sí constituir matrimonio de acuerdo con una confesión religiosa que admita la poligamia. En el supuesto se aprecian, pues, subdivisiones, no irrelevantes desde el punto de vista de su consideración jurídica, como enseguida se precisará.

Esta hipótesis plantea problemas. Su exclusión del concepto, que realizan la mayor parte de los autores⁶⁵, no obedece al primer orden de razones antes apuntadas, en cuanto aquí parece perfectamente posible la existencia de una comunidad de vida, estable y duradera, bajo un mismo techo, de las varias personas que entran en relación. La negación, entonces, del reconocimiento jurídico de esta convivencia parece basarla la generalidad de la doctrina en la aplicación de esquemas matrimonialistas, esto es, en una exigencia de analogía respecto del modelo conyugal. Ahora bien, si la analogía no se establece con la institución matrimonial en sí misma considerada y, por lo tanto, con los requisitos que deben concurrir en su formación, sino con la relación de afectividad y la comunidad de vida, ha de tenerse en cuenta que en una relación poligámica son perfectamente posibles tanto un afecto de esa intensidad como la existencia de un *consortium omnis vitae*⁶⁶.

Sin embargo, la inclusión de este tipo de situaciones en el concepto de convivencia no matrimonial en sentido restringido puede rechazarse no ya desde la comparación con el matrimonio como institución, sino desde la comparación con la relación de afectividad, si entendemos que ésta, para ser análoga a la conyugal, exige, según nuestra conciencia social y jurídica, la exclusividad⁶⁷. Esta

⁶⁴ V. gr. convivencia de un hombre con dos concubinas, como en el caso de la sentencia de la *Cour de Cassation* de París de 18 de noviembre de 1932, que concedió indemnización a aquellas dos por muerte del primero y que suscitó el comentario de que los tribunales franceses «amparaban no ya la unión libre, sino la misma poligamia» (recogido por ESTRADA, *Las uniones...*, cit., p. 70; y BLANCO, *Parejas no casadas...*, cit., p. 107, núm. 262).

⁶⁵ Vid. autores citados en núm. 62.

⁶⁶ *Ad rem vid.* GAVIDIA, *La unión libre (El marco constitucional y la situación del conviviente supérstite)*, Valencia, 1995, p. 23, si bien este autor se refiere a una cuestión más amplia, dentro de su concepto extensivo de unión libre que habrá ocasión de comentar más adelante (*infra* II.2.). Directamente, en relación con el supuesto que nos ocupa, ALENDA SALINAS («Poligamia musulmana y unión de hecho», en MARTINELL y ARECES PIÑOL (eds.), *Uniones de hecho*, Lleida, 1998), de quien procede la siguiente afirmación: «me resulta costoso aceptar que una relación de afectividad como tal, tan intensa como la matrimonial, no pueda tenerse por parte de un islámico respecto de su segunda o tercera mujer, esto es, que basándonos únicamente en el número de componentes pueda excluirse un afecto análogo al matrimonial» (pp. 104 y 105).

⁶⁷ ALENDA SALINAS, «Poligamia...», *ibid.*

explicación parece más plausible, y enlazaría con razones de orden público que se tendrían en cuenta, igual que para negar la compatibilidad de dos vínculos matrimoniales simultáneos, para rechazar tanto dos «vínculos» extramatrimoniales como uno matrimonial y otro extramatrimonial, con la justificación de que esa circunstancia es contraria a las convicciones sociales. En este último caso (concurrentia de unión matrimonial y extramatrimonial) la exclusión se basaría además en la monogamia del sistema matrimonial en sí y, por tanto, actuaría como un mecanismo de protección del primer matrimonio ⁶⁸.

Ahora bien, todavía dentro de la hipótesis de simultaneidad matrimonio-unión de hecho, habría que hacer una matización si la segunda fuera matrimonio para el sistema confesional correspondiente. Porque ese caso demanda un especial cuidado en su tratamiento, dada la constitución de la relación al amparo de la herencia cultural y religiosa. Y con ello no quiere decirse que negarle efectos violara la libertad de religión ⁶⁹, puesto que esta encuentra su límite precisamente en el orden público, y parece indudable que conforme a nuestro entorno social y jurídico el contenido concreto de ese orden público vendría aquí representado *inter alia* por otros derechos fundamentales como la igualdad de sexos y la dignidad de la persona (generalmente la mujer), contra los que la admisión de la poligamia (aun cuando el cauce de esa admisión no fuera el reconocimiento del segundo o ulteriores matrimonios, sino el de su consideración como unión de hecho con relevancia jurídica) chocaría. No parece que un escrutinio estricto, obligado cuando se trata de restricciones a derechos fundamentales y de colisión entre varios de ellos, permita conducir a otra conclusión.

De todos modos, el no reconocimiento como pareja no casada de estas uniones (entendido como medida tendente a desincentivarlas para el futuro) no debería identificarse con una total privación de efectos mientras, en todo caso, sigan existiendo al margen del Derecho, pues con ello se hace un flaco favor a la persona (en la práctica la mujer) cuya igualdad y libertad, jurídicas y teóricas, se toman como punto de partida, pero que normalmente no serán «reales y efectivas» (art. 9.2 CE), dado el peso de aquella tradición social,

⁶⁸ Nuevamente, ALENDA SALINAS, «Poligamia...», cit., p. 110.

⁶⁹ ESTRADA parece abrir la puerta a una excepción a la exigencia de monogamia en la unión libre al decir que «también ha de pretenderse, en la medida que no se contradiga la libertad religiosa proclamada en el artículo 16 de la Constitución, que la relación sea monogámica» (p. 69, subrayado añadido). Esto entroncaría con la consideración como unión de hecho que los matrimonios religiosos no reconocidos, sin efectos civiles, tienen en algunos Ordenamientos, de que el mismo autor da noticia (pp. 41 y 43). Sin embargo no aborda directamente el problema.

cultural y religiosa. Si las exigencias de protección de la parte más débil son el *telos* en que coincide prácticamente toda la doctrina (independientemente de cuál sea su postura acerca de una regulación de la convivencia no matrimonial, más o menos intensa, y sobre el cauce normativo para ello), está claro que no pueden soslayarse en circunstancias especialmente delicadas como ésta. El problema estriba en cómo coordinar esas exigencias, que implican la concesión de particulares efectos jurídicos al respecto, con la imposibilidad de otorgar relevancia jurídica a la relación *in complexu* por las razones señaladas. Una solución podría hallarse en la inclusión de estas hipótesis dentro del concepto amplio de convivencia no matrimonial, lo cual será objeto de examen más adelante⁷⁰. Otra sería, *de lege ferenda*, que aquellos efectos pudieran consagrarse incluso legislativamente, siguiendo el ejemplo que en este punto proporciona el Derecho canónico⁷¹. En última instancia siempre cabría la remisión a la justicia del caso concreto.

d) El cumplimiento de los deberes matrimoniales

El siguiente interrogante que suele plantearse la doctrina estudiosa del tema es el de si, para que la convivencia pueda tildarse de marital, la pareja ha de observar los deberes de tipo personal propios de los cónyuges, enunciados en nuestro Derecho, esencialmente, en los artículos 67 y 68 CC: deber de respeto, ayuda y socorro mutuos, de actuación en interés de la familia, de vivir juntos y de guardarse fidelidad.

En la práctica es el deber de fidelidad el que ha suscitado más dudas, pues los demás resultan inescindibles de la propia idea de la convivencia y de la comunidad de vida y cuidados⁷². Lo único que hay que destacar, una vez más, es que, en cuanto elementos integrantes de esa comunidad de vida, no resultan aquí una consecuen-

⁷⁰ *Infra*, II.2.

⁷¹ *Vid.* canon 1.148, donde se concede una mínima protección al cónyuge o cónyuges «apartados»:

«1.148.1. Al recibir el bautismo en la Iglesia Católica un no bautizado que tenga simultáneamente varias mujeres tampoco bautizadas, si le resulta duro permanecer con la primera de ellas, puede quedarse con una de las otras, apartando de sí las demás. Lo mismo vale para la mujer no bautizada que tenga simultáneamente varios maridos no bautizados.
[...]

3. Teniendo en cuenta la condición moral, social y económica de los lugares y de las personas, el Ordinario del lugar ha de cuidar de que, según las normas de la justicia, de la caridad cristiana y de la caridad natural, se provea suficientemente a las necesidades de la primera mujer y de las demás que hayan sido apartadas.»

⁷² Alguna jurisprudencia se ha referido, como elemento constitutivo de la unión libre, al cumplimiento voluntario y espontáneo no de deberes matrimoniales, sino de deberes de responsabilidad y solidaridad recíprocos (*vid.* SAP de Palma de Mallorca de 15 de mayo de 1998).

cia de un vínculo formal que por definición no existe, sino la condición misma o elemento constitutivo de la relación de pareja. De ahí que no se configuren como deberes propiamente dichos, sino como elementos cuya observancia espontánea y voluntaria da vida a la convivencia no matrimonial⁷³.

En cuanto al deber de fidelidad, tampoco en la práctica debería ocasionar problemas, dado que, si de lo que se trata es de comprobar si la relación de afecto es similar a la conyugal, basta con que aquél tenga la misma virtualidad que en el matrimonio: esto es, como deber fundamentalmente moral, cuya infracción es en gran medida una cuestión personal de los cónyuges. Nuevamente no ha de exigirse más a los convivientes que a los esposos, en principio⁷⁴. Ahora bien, también aquí la existencia de matrimonio es relevante en cuanto que el vínculo que éste crea subsiste a pesar del incumplimiento de los deberes mientras no haya disolución formal, mientras que para los convivientes ese incumplimiento es capaz de producir la desaparición de la situación de comunidad de vida. En este sentido una infidelidad reiterada puede dar lugar (además de como es obvio a la decisión de la otra parte de extinguir la relación) a que la convivencia no se tenga por marital, en cuanto aquella infidelidad sea indicativa de la ausencia de *affectio* ⁷⁵.

Por otro lado, la infracción de estos deberes no vendrá lógicamente acompañada de las sanciones indirectas que recibe en el matrimonio, en tanto que causa de separación y divorcio, de desheredación y de pérdida del derecho a alimentos⁷⁶. Pero podrían los convivientes celebrar un contrato en el que se previesen al menos estas dos últimas consecuencias (no la primera, pues la extinción de la unión ha de ser libre por definición, al margen de que *de facto* ese incumplimiento sea un motivo comprensible de ruptura): supresión de los efectos sucesorios⁷⁷ y alimenticios que se hubieran

⁷³ Cobra así sentido la afirmación de que la falta de cumplimiento de los deberes del artículo 67 y 68 CC, en cuanto no tienen para la pareja de hecho más que una fuerza moral cimentada en la gratitud y la responsabilidad, no acarrea sanción jurídica, pero sin embargo priva de los efectos favorables que el Derecho deba otorgar a la pareja (ESTRADA, *Las uniones...*, cit., p. 56). Si priva de estos efectos es precisamente porque no se considera que haya pareja.

⁷⁴ ESTRADA, *Las uniones...*, cit., pp. 58 y 59, quien cita, sin embargo, opiniones según las cuales la fidelidad en la unión libre ha de ser más fuerte que en el matrimonio mismo.

⁷⁵ Vid. BLANCO, *Parejas no casadas...*, cit., p. 107 y los que cita. Las opiniones aludidas en la nota anterior probablemente puedan interpretarse en este sentido: una conducta tendencialmente fiel es constitutiva, en tanto que integrante de la *affectio* , de la convivencia *more uxorio* .

⁷⁶ Vid. respectivamente artículos 82.1.ª (y 86), 855.1.ª y 152.4.ª CC.

⁷⁷ Puede sorprender la referencia a efectos sucesorios acordados, ya que el Derecho civil español común (no así algunos Derechos forales) prohíbe los pactos sucesorios (art. 1271.II CC). Sin embargo, esta regla podría derogarse para la convivencia no matrimo-

acordado. Esta posibilidad, que hasta ahora venía vedada por el parecer mayoritario de la doctrina de que los contratos entre convivientes sólo podían versar sobre asuntos económicos, comenzó a ser tomada en cuenta ante la previsión de los Registros de uniones civiles de que las partes regulasen por pacto los aspectos patrimoniales y *personales* de su relación, lo que ha llevado a algunos autores incluso a permitir su aseguramiento mediante una cláusula penal, que sería moderable, en todo, caso en sede judicial ⁷⁸.

e) La notoriedad y publicidad

Con este requisito se alude a la necesidad de que la relación sea conocida por el entorno y los terceros. La varias veces citada STS de 18 de mayo de 1992 considera que la convivencia *more uxorio* ha de ser «practicada de forma externa y pública» y la también con anterioridad aludida STS de 16 de diciembre de 1996 tuvo en cuenta que la «convivencia [...] creó [...] un claro reconocimiento social». Las decisiones de Tribunales inferiores recogen asimismo esta nota (hablando, v. gr. de «la proyección pública de la comunidad de vida» –SAP de Asturias de 4 de noviembre de 1994– o del «carácter público y notorio de la probada convivencia, si bien con ausencia de forma» –SAP de Córdoba de 15 de junio de 1992–) ⁷⁹.

Quedarían así excluidas de tutela las relaciones ocultas o secretas ⁸⁰, en tanto dicha ocultación puede denotar la ausencia de un auténtico modo de vida marital, a la par que la publicidad representa un medio de prueba del hecho de la convivencia ^{81, 82}.

nial, en sentido amplio, si finalmente fuera aprobada la Proposición de Ley Orgánica de contrato de unión civil (*vid. infra* III.1.2), que permite a las partes incluir en el mismo aquellos efectos (art. 1.5). Así lo advierte JORDANO BAREA, J. B., «Matrimonio y unión libre», *Actualidad Civil*, núm. 6, 1999, p. 189.

⁷⁸ *Vid. ad. ex.* BERNARD MAINAR, R., «Uniones o matrimonios de hecho: nuevos intentos legislativos», en *Proyecto Social*, núm. 6, 1998, p. 67.

⁷⁹ Los actos concluyentes y conjuntos de los interesados que ayudaban a considerar una pareja como estable (al margen de la duración de la convivencia y de la presencia de hijos: *vid. supra*) son también elementos que permiten constatar la publicidad de la convivencia: *vid.* en este sentido nuevamente la STS de 18 de mayo de 1992.

⁸⁰ ESTRADA, *Las uniones...*, cit., p. 52; BLANCO, *Parejas no casadas...*, cit., p. 110.

⁸¹ SÁNCHEZ LORENZO, «Las parejas no casadas...», cit., p. 494.

⁸² No obstante, el «secreto» no supone rotundamente la negación de todo efecto jurídico. Pueden por el contrario producirse ciertos efectos en las relaciones internas entre los sujetos (v. gr. indemnizaciones recíprocas, entregas materiales en cumplimiento de una obligación natural que jugaría como causa, etc. Junto a ello cabe pensar en supuestos en que, a pesar de la falta de una notoriedad «social», haya una notoriedad «relativa», cuando los terceros concretos que se relacionan con los convivientes conocen su condición. Respecto a esos terceros habrían de deducirse los efectos positivos o negativos que en cada caso fueran pertinentes, pues la buena fe que se pretende salvaguardar no concurriría si el tercero en cuestión alega ignorancia de la relación, basándose en la intención, incluso fraudulenta, de los convivientes de ocultarla, si a pesar de

Aparte de esta función probatoria, la notoriedad no añade mucho al resto de los elementos⁸³, sino que simplemente los refuerza. Y es que, aunque se haya llegado a hablar, en relación con este elemento, de la necesidad de una *posesión de estado* matrimonial, integrada por la consabida tripartición de *nomen, tractatus y fama*⁸⁴, esto no parece exacto, desde el momento en que no es en absoluto necesario (ni tampoco relativamente frecuente) que los miembros de la pareja utilicen el mismo nombre (*nomen*), ni que se hagan pasar por esposos (*fama*)⁸⁵. Tan sólo el *tractatus* (comportamiento de la pareja de acuerdo con el patrón matrimonial) sería relevante⁸⁶. Pero ni el mismo configura por sí solo aquella posesión de estado, ni es distinto del elemento de la *affectio*, con el que en definitiva coincide.

f) Las relaciones sexuales

El carácter marital de la relación se ha anudado con cierta frecuencia a que sus miembros mantengan relaciones sexuales entre sí. Sin embargo, éstas no son imprescindibles en el matrimonio (desde que se abandonó el requisito de la consumación): con lo cual este representa otro aspecto donde se ha exigido más a los convivientes que a los esposos⁸⁷. Las relaciones sexuales, se dice, tienen que haber existido en algún momento. Más aún, ese sería el factor diferencial respecto de las convivencias entre estudiantes,

todo se demuestra que llegó a conocerla. (Vid. sobre estas cuestiones, GALLEGO, *Las parejas...*, cit., p. 71).

Por otro lado, apunta TALAVERA FERNÁNDEZ, que determinadas circunstancias pueden impedir, siquiera temporalmente, la publicidad: v. gr. la religión de uno de los convivientes, exigencias del trabajo, etc. Asimismo, recuerda que ha de hacerse compatible este requisito con el derecho a la intimidad y con la existencia del matrimonio secreto del artículo 54 CC (*Fundamentos...*, cit., p. 32, núm. 61).

⁸³ BLANCO, *ibid.*

⁸⁴ PUIG PEÑA, citado en ESTRADA, *Las uniones...*, p. 52.

⁸⁵ Una apariencia matrimonial debería antes al contrario ser evitada o desmentida, puesto que causa confusión para los terceros, y lo que debería manifestarse es precisamente el régimen de coexistencia diaria como pareja no casada (ESTRADA, *Las uniones...*, cit., p. 53). En contra, SÁNCHEZ LORENZO, *ibid.*, quien estima que los convivientes no tienen por qué mostrar su condición, y que cabe incluso que la oculten en una apariencia matrimonial. Por nuestra parte cabe señalar que una completa posesión de estado, con aquellos tres elementos, indica la presencia de un *matrimonio consensual*, si hay además consentimiento: y éste es un fenómeno que no se confunde con el de la pareja no casada: *vid. infra* C).

⁸⁶ ESTRADA, *ibid.*

⁸⁷ Resulta típico citar la conocida frase de RODIÈRE de que «hay matrimonios Blancos, no concubinatos blancos»: *vid. ad. ex.* ESTRADA, *Las uniones...*, cit., p. 70; BLANCO, *Parejas no casadas...*, cit., p. 109; GALLEGO, *Las parejas...*, cit., p. 77; SÁNCHEZ LORENZO, «Las parejas no casadas...», cit., p. 23. También suele recurrirse a la propia etimología del término concubinatio (*de cum cubare*); y a las connotaciones del adjetivo «libre» aplicado a la unión de estas características (libre, por permitir una relación sexual fuera del matrimonio). Como cualquier argumento etimológico, resulta discutible y poco convincente.

amigos, etc.⁸⁸. Se admite, sin embargo, que luego cesen por cualquier causa, sin que ello lleve a no considerar como pareja no casada a los convivientes.

Compartimos, por el contrario, la opinión de que las relaciones sexuales, aunque se presumen y son elemento frecuente en la convivencia no matrimonial en sentido restringido, no son determinantes ni configuradoras de la misma⁸⁹. En primer lugar, huelga decir que no son susceptibles de prueba, pues pertenecen a la esfera privada y de libertad de la persona, por lo que, en virtud del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, nunca podría condicionarse la calificación como marital de una convivencia a la comprobación de su práctica. En segundo lugar, además, no tiene por qué excluirse *a priori* la voluntad de la pareja de prescindir de ellas⁹⁰. Y en tercer lugar, no parece que algo que «haya sucedido en algún momento», y que posteriormente pueda dejar de existir durante largo tiempo, incluso toda la vida, tenga entidad suficiente para cualificar la convivencia. Reiteramos en cambio que el componente cualificador está en la *affectio maritalis*, de la cual las relaciones sexuales son elemento *natural*, pero no *esencial*. La *affectio*, por así decirlo, presupone una apertura a la relación sexual, una dimensión sexual o de atracción mutua, la cual no tiene, sin embargo, por qué manifestarse en una relación carnal⁹¹. Si la ausencia de relaciones sexuales se toma como indicador de la falta de *affectio*, ello, en todo caso, deberá hacerse en conjunción con otras circunstancias.

⁸⁸ Su inicio, opina ESTRADA, «convierte la mera convivencia en unión libre» (*ibid.*). Asimismo, BLANCO, *Parejas no casadas...*, cit., para quien sin este elemento sería difícil configurar una verdadera y propia unión libre y su relativa problemática jurídica (*Parejas no casadas...*, cit., p. 113).

⁸⁹ De este parecer, NOIR-MASNATA, *Los efectos patrimoniales...*, cit., p. 30, a quien sigue SÁNCHEZ LORENZO, «Las parejas no casadas...», cit., p. 494.

⁹⁰ Esto es, de mantener «relaciones puramente espirituales» (BLANCO, *Parejas no casadas...*, cit., p. 109). No se trata de un supuesto meramente teórico: RUBELLIN-DEVICHI (cit. en CERDÁ GIMENO, «La situación actual...», cit., p. 568) da cuenta de parejas en las que los convivientes habían tenido una larga vida matrimonial precedente y no deseaba mantener relaciones carnales para el futuro. La unión libre sin relación sexual podría derivar también simplemente de inconsumación: GAZZONI, cit. en ESTRADA, *Las uniones...*, cit., p. 71.

⁹¹ La SAP de Toledo de 2 de noviembre de 1994 no entendió necesario el requisito de las relaciones sexuales, al estimar compatible la incapacidad permanente absoluta de uno de los convivientes con la existencia de una convivencia *more uxorio*. Al respecto recordó que «las relaciones sexuales no constituyen obviamente un requisito de la convivencia matrimonial, pues ello implicaría que la misma cesa cuando lo hace la aptitud de los cónyuges para mantenerlas, lo que puede ocurrir por propia determinación de la voluntad de uno o de ambos como a causa de otros factores como la edad o el estado físico de los esposos, sin que en tales supuestos sea admisible negar esta convivencia; además, las relaciones de tal carácter no se restringen al acto del coito, por lo que, en principio, nada impide el mantenimiento de tal clase de relaciones con independencia del estado de salud».

A la inversa es importante percibirse de cómo una convivencia consistente en el mero hecho de compartir vivienda, sin intención de desarrollar una comunidad de vida y de cuidados, no se convierte en convivencia marital sólo porque además los convivientes mantengan relaciones sexuales⁹².

g) Las relaciones económicas

La comunidad de vida propia de una relación de pareja suele conllevar una puesta en común de recursos económicos, y de hecho la existencia de un entramado económico entre sus miembros, su participación conjunta en actividades económicas, y datos similares pueden ser un indicio de esa comunidad de vida. Las relaciones económicas entre convivientes son, por otro lado, uno de los aspectos más estudiados por la doctrina que ha dedicado atención a las parejas no casadas.

Sin embargo, no es algo que venga exigido por el carácter marital de la convivencia, dado que en el propio matrimonio pueden los cónyuges optar por una separación de sus respectivas economías⁹³. De hecho, ante la falta de un régimen legal, la separación se presume en línea de principio, y para derogar esa situación es preciso un pacto expreso o implícito al respecto, con todas las modalidades que respecto de uno u otro han ido admitiendo doctrina y jurisprudencia, y los problemas que éstos plantean⁹⁴.

⁹² La SAP de Toledo citada en la nota anterior continúa diciendo que, «por el contrario, tampoco la existencia de contactos sexuales, cualquiera que sea su naturaleza, es sinónimo de convivencia matrimonial, puesto que es perfectamente concebible la existencia de aquéllos sin ningún otro tipo de aditamento típico de ésta». Resultan en este sentido sumamente expresivas las palabras de GAVIDIA («La libertad de elección...», cit., p. 125), que se transcriben a modo de conclusión: «lo que sí está claro es que si se pretende que el carácter marital de la convivencia resulte de que [los convivientes] mantengan relaciones sexuales entre ellos, además de ser vano el intento en el terreno probatorio [...], es que [...] no haría marital una convivencia de (dos) estudiantes que se limitan a compartir un piso y unos gastos, aunque practicasen sexo juntos hasta la extenuación, ya que esta unión no está planteada como familiar [...]; ni dejaría de ser una unión familiar la de quienes se cuidan recíprocamente, y anteponen el interés del otro al propio, por el hecho de que no mantengan relaciones sexuales entre sí».

El problema reside entonces en si esa sola presunción no contrastable y esa sola hipotética apertura a la sexualidad justifican la distinción entre un concepto restringido y un concepto amplio de convivencia no matrimonial: sobre ello se reflexiona más adelante (*vid. infra* II.2).

⁹³ GALLEGO, *Las parejas...*, cit., p. 68.

⁹⁴ Contrato de sociedad universal de ganancias, comunidad de bienes, sociedad de hecho tácita, sociedad civil irregular... Los problemas más relevantes al efecto derivan, por un lado, de la propia noción de pactos tácitos, a menudo no suficiente para desvirtuar, desde un punto de vista riguroso, la citada presunción de separación de economías, y mediante la cual los tribunales han recurrido con frecuencia a la extracción de una voluntad en realidad ficticia de las partes, a fin de «camuflar» la aplicación de soluciones de equidad. Por otro lado, los eventuales pactos expresos suscitan problemas de admisibilidad de su contenido y extensión: en concreto el de la posibilidad (en ausencia de una norma habi-

B) *Los elementos subjetivos*

En relación con los sujetos que conviven, cuatro cuestiones suelen ser examinadas: las relativas al sexo de los mismos (si es preciso que, como en el matrimonio, sean de sexo opuesto), a la edad requerida para integrar una relación de este tipo, a la necesidad de que no se hallen ligados a otra persona por vínculo matrimonial previo, y a la ausencia de impedimentos matrimoniales.

El referente inevitable de este análisis son los requisitos de capacidad e impedimentos establecidos para el matrimonio⁹⁵. No obstante, ya se ha advertido del riesgo de desembocar en una nueva definición del matrimonio (un «redescubrimiento» del mismo, parafraseando a Lacruz⁹⁶) por esta vía, con olvido del punto de partida fundamental: se trata de situaciones distintas^{97, 98}. Al respecto

litadora como las que hoy están incluidas en las regulaciones orgánicas) de acordar el sometimiento a un régimen matrimonial como tal. *Vid.* por todos GALLEGO, *Las parejas...*, cit., pp. 125-224; y últimamente MESA MARRERO, C., *Las uniones de hecho: análisis de las relaciones económicas y sus efectos*, Pamplona, 1999, pp. 106-117, 121-149, 197-216.

⁹⁵ Seguiremos aquí la distinción, que efectúa GARCÍA CANTERO, entre requisitos de capacidad e impedimentos en sentido estricto (*Vid.* Comentario a los arts. 42 a 107 del CC, en *Comentarios al Código Civil...*, cit., p. 81). Los primeros se refieren a la abstracta facultad nupcial de contraer matrimonio con cualquier persona, y se formulan de modo negativo, como *prohibiciones absolutas*: son los contenidos en el artículo 46 CC, que veda el matrimonio a los menores de edad no emancipados y a los ligados por vínculo matrimonial. Los segundos, en cambio, presuponen la capacidad matrimonial, pero, en tanto que prohibiciones *relativas*, obstaculizan el matrimonio entre personas determinadas: se trata de los que recoge el artículo 47 CC al establecer que «tampoco pueden contraer matrimonio *entre sí*» (subrayado añadido) los parientes próximos (en línea recta por consanguinidad o adopción y en línea colateral por consanguinidad hasta el tercer grado) y los condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos. Sin embargo, puesto que es usual hallar la denominación de «impedimento», en sentido amplio, aplicada a las prohibiciones o requisitos de capacidad del artículo 46, también en lo que sigue se hablará ocasionalmente del «impedimento» de edad o del de vínculo matrimonial previo.

Por otro lado, como *prius* de los requisitos de capacidad y de los impedimentos de los artículos 46 y 47 CC, se encuentra el asimismo requisito subjetivo de la diferencia de sexos entre los contrayentes: principio que da por supuesto el artículo 44 CC, que a su vez sigue al artículo 32. I CE. (*Vid.* asimismo GARCÍA CANTERO, *loc. cit.*, p. 70; e *infra* a continuación p. 31). La identidad de sexo no se configura por tanto como un impedimento, ya que, al aludir positivamente a la heterosexualidad como elemento esencial del matrimonio regulado por el Código, éste no considera necesario excluir lo que ya de por sí está excluido de la propia definición.

⁹⁶ «Convivencia *more uxorio*...», cit., p. 1062.

⁹⁷ La confusión, que como se tendrá oportunidad de comprobar se ha trasvasado a las regulaciones legislativas orgánicas en nuestro Derecho, ha venido en buena parte propiciada por el hecho de que la exigencia de condiciones de capacidad iguales a las del matrimonio es una constante en los Ordenamientos hispanoamericanos que reconocen efectos jurídicos a la convivencia no matrimonial. Sin embargo, se trata en rigor de un fenómeno diferente: a las uniones de hecho, existentes en ese contexto social y jurídico a causa de la falta de medios económicos de sus integrantes, se les otorga en general la categoría de matrimonios: informales, pero matrimonios al fin y al cabo. [Sobre esta distinción, *vid. infra*, C)].

⁹⁸ En realidad, según sugieren REINA/ MARTINELL (*Las uniones...*, cit., pp. 38 y 39), las posturas favorables a extenderle los mismos «impedimentos» y requisitos de capacidad que al matrimonio presuponen, en el fondo, la negación del reconocimiento de la pareja no casada como tal. En efecto aquellas posturas alegan la coherencia del propio Ordenamiento

conviene, desarrollando ideas que ya se han ido avanzando, tener presentes dos cosas, ambas relacionadas.

En primer término, para el matrimonio los requisitos subjetivos (principio de heterosexualidad de los arts. 32 CE y 44 CC, y prohibiciones e impedimentos de, respectivamente, los arts. 46 y 47 CC) actúan como condiciones de ingreso en una institución definida legalmente. Son requisitos constitutivos, por tanto, de una situación institucional. Para la pareja no casada en cambio no son sino parámetros de la licitud de una convivencia ya constituida, o dicho de otro modo, consecuencias de la noción de orden público conforme a la cual hay que dilucidar si esa convivencia marital puede permitirse, y, a partir de ahí, tutelarse en alguno o algunos de sus aspectos (en atención a los intereses que se estimen dignos de protección, las opciones de política legislativa, etc.). Son requisitos en definitiva no constitutivos, sino de admisibilidad y tutela *a posteriori* de una situación fáctica⁹⁹.

En segundo lugar, aparte del distinto momento en que los requisitos operan (*ex ante* en el matrimonio, *ex post facto* en la pareja no casada), los propios requisitos no pueden ser idénticos. No tiene sentido aplicar a la pareja no casada los mismos que al matrimonio, ya que la libertad para unirse no es, no puede ser la misma, en uno y otro caso¹⁰⁰. Habrá que examinar, por consiguiente, cuál es el alcance y qué específicos límites deben acotar la libertad de dos

jurídico, arguyendo que supondría un fraude de ley atribuir efectos «matrimoniales» a uniones que el Derecho impide ser matrimoniales. A la crítica que a este planteamiento realizan los citados autores habría que añadir que el error está en ese punto de partida, en pensar que los efectos que se atribuyen a la pareja no casada son matrimoniales (cuando en realidad «la equiparación o no [...] obedece a razones distintas conexas a su vez con la institución a que se aplica»). Sorprende que sean precisamente quienes de modo más claro niegan una extensión analógica de la normativa matrimonial a la pareja no casada los que luego argumenten esa analogía para justificar que no pueda darse entrada a personas inhabilitadas para contraer matrimonio entre sí. A la hora de la verdad da la sensación de que los reacios a la concesión de efectos a la pareja no casada, ante el hecho inevitable e irreversible de que esos efectos se están concediendo y ampliando, intentan «contener» o limitar lo más posible esa concesión, siquiera en cuanto al ámbito subjetivo. Dicho de otro modo, aquéllos, alarmados por el posible debilitamiento de la institución matrimonial, tratan de que la pareja no casada «se parezca» lo más posible al matrimonio: con lo cual lo que se viene a admitir en definitiva es una suerte de «mini-matrimonio» o matrimonio informal.

⁹⁹ Pues, como observa CERDÁ GIMENO, «carece de sentido hablar de requisitos de capacidad o de impedimentos *para constituir* válidamente una relación concubinaria» («Reflexiones jurídicas sobre el concubinato», en *Estudios sobre Derecho de Familia*, Madrid, 1993, p. 532, subrayado añadido).

¹⁰⁰ En esta línea se ha dicho que la posibilidad de que algunas personas afectadas por impedimentos matrimoniales puedan ser parte de una pareja no casada no reconocida viene impuesta por la propia naturaleza del fenómeno (REINA/ MARTINELL, *Las uniones...*, cit., p. 39). Es decir, el ámbito subjetivo de la noción jurídica de pareja no casada es por definición más amplio que el de la institución del matrimonio. Así lo corroboraría alguna jurisprudencia, a tenor de la cual se incluyen «todos los supuestos en los que se acredite la convivencia *more uxorio*, tanto si a sus miembros les hubiera resultado posible contraer matrimonio entre sí como si así no fuera» (SAP de Madrid de 28 de marzo de 1995).

personas para convivir maritalmente sin estar casadas, a fin de concretar qué requisitos, de los establecidos para el matrimonio, son aplicables también a esta relación de pareja extramatrimonial.

a) El sexo

Durante un tiempo fue dominante en la dogmática civilista la idea de que la heterosexualidad era un elemento definidor o un requisito de la convivencia *more uxorio*¹⁰¹. Se aducían al respecto varias razones:

1.^a La más tradicional partía de la analogía o paralelismo entre la relación matrimonial y la extramatrimonial. Silogísticamente se argumentaba que si la relación había de ser, para desplegar efectos, análoga a la matrimonial, siendo la heterosexualidad un rasgo esencial del matrimonio, también la pareja no casada debía estar compuesta por personas de sexo diferente¹⁰².

La heterosexualidad del matrimonio en nuestro sistema, que constituye la segunda premisa del silogismo, parece difícil de discutir. Las interpretaciones que en ocasiones se han esgrimido atendiendo al estricto tenor literal del artículo 32.1 CE (cuya fórmula prácticamente repite el art. 44 CC) ni han prosperado¹⁰³, ni resisten

¹⁰¹ Dicho requisito se halla implícito asimismo en la mayoría de los pronunciamientos jurisprudenciales, como pone de relieve ÁLVAREZ LATA, quien cita a este efecto varios ejemplos (vid. «Las parejas de hecho...», cit., pp. 11 y 12). Sin embargo, TALAVERA FERNÁNDEZ (*Fundamentos...*, cit.) observa que en la única definición expresa más o menos completa dada por el TS, la de la sentencia de 18 de mayo de 1992, no se incluye la heterosexualidad como componente esencial de la convivencia *more uxorio*. En realidad lo que ocurre es que, como también recuerda la primera autora citada (p. 11, núm. 4) los casos planteados ante las Salas de lo Civil han sido de convivientes heterosexuales, por lo que la cuestión de la homosexualidad no se ha llegado a plantear ni siquiera hipotéticamente, salvo en algún caso aislado (SAP de Guipúzcoa de 25 de octubre de 1993, que se citará nuevamente más adelante). Por otra parte, las Salas de lo Social, ante las que sí se han presentado demandas de parejas homosexuales, han desestimado las mismas, pero no por ser homosexuales los demandantes, sino por no haber matrimonio, que era el presupuesto de los derechos que se reclamaban (pensión de viudedad o permiso por matrimonio).

En cuanto a las referencias legislativas, las normas que durante los años ochenta y primera mitad de los noventa toman en consideración la convivencia no matrimonial y que se han citado anteriormente, están pensadas para parejas heterosexuales, aunque la diferencia de sexo no se exija explícitamente más que en la norma que permite la adopción conjunta (vid. disposición adicional tercera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que se refiere «al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente...»).

¹⁰² Vid. ad. ex. LACRUZ, «Convivencia *more uxorio*...», cit., p. 1061; GARCÍA CANTERO, «La crisis de la sexualidad y su reflejo en el Derecho de familia», en *Homenaje al Prof. Dr. J. L. Lacruz Berdejo*, vol. 1, Barcelona, 1992, p. 348; GALLEGO, *Las parejas...*, cit., p. 50; y en general los citados en TALAVERA, *Fundamentos...*, cit., p. 35, núm. 66. Esta interpretación permitía concluir que las normas aludidas en la nota anterior, al hablar de «maritalidad» o de «relación de afectividad análoga a la conyugal», tenían como referente exclusivo la convivencia heterosexual.

¹⁰³ La conocida Resolución de la DGRN de 21 de enero de 1988 denegó la inscripción a una pareja homosexual que entendía que el derecho constitucional del «hombre y la

una exégesis conforme a los debates constitucionales¹⁰⁴. El TC de momento ha zanjado la cuestión en este punto, declarando la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del matrimonio¹⁰⁵.

Pero es en la premisa inicial del razonamiento donde radica el error: ya se ha dejado constancia de la confusión que se produce entre la analogía con el matrimonio como institución, que por definición no se da en la pareja no casada, y la semejanza material con el modo de vida y la afectividad matrimoniales, que porta, también por definición, la convivencia no matrimonial en sentido estricto. No hace falta por tanto insistir en ello, y sí sólo en cómo esa confusión, acaso deliberada, ha tenido como fundamental consecuencia el arraigo en un sector doctrinal de la idea de que la diferencia de sexos es imprescindible no sólo para casarse, sino también para formar una pareja productora de efectos jurídicos)¹⁰⁶.

mujer» a contraer matrimonio no implicaba que tuvieran que hacerlo «entre sí», por haberse omitido esa precisión en el precepto en cuestión. A esto la resolución citada opone otro argumento gramatical —el art. 32 es el único que se refiere explícitamente a los dos sexos, en lugar de haber utilizado una expresión genérica, como en otros artículos («todos», «toda persona», etc.)—, un argumento histórico —el concepto tradicional de matrimonio tiene como contenido esencial la heterosexualidad—, y un argumento sistemático, apoyado en la interpretación de acuerdo con los textos internacionales ratificados por España (art. 10.2 CE), que asimismo acogen ese criterio.

¹⁰⁴ Como recuerda LLAMAZARES, a la hora de la aprobación del texto constitucional se accede por la derecha parlamentaria a que el matrimonio quede disociado de la idea de familia (art. 32 vs. 39) a cambio de que por la izquierda se acepte la configuración tradicional de aquel como heterosexual [LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho eclesástico del Estado (Derecho de la libertad de conciencia)*, 2.ª ed. rev., Madrid, 1991, p. 745].

¹⁰⁵ Auto 222/1994, comentado por DE VERDA Y BEAMONTE («Principio de libre desarrollo de la personalidad y *ius connubi*», en MARTINELL-ARECES PIÑOL, *Uniones de hecho*, cit., pp. 477-495).

Estima, por el contrario, que ese principio heterosexual es inconstitucional, PÉREZ CÁNOVAS, N., («El derecho de las parejas gays y lesbianas a la vida familiar», en *Jueces para la Democracia*, núm. 30, noviembre 1997, pp. 25-32; y más ampliamente *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español*, Granada, 1996), en cuanto contrario a los principios de igualdad (art. 14) y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1). Esto, desde el entendimiento de que aquel principio no viene exigido por el artículo 32 (pues no hay normas constitucionales inconstitucionales en nuestro Derecho), si se acude a una interpretación teleológica (no gramatical, que además no es concluyente) y acorde con el sistema de valores superiores en que descansa el Ordenamiento (art. 1.1). Por otra parte, la interpretación histórica ha sido contestada por BORRILLO, D. («Uniones del mismo sexo y libertad matrimonial», en *Jueces para la democracia*, núm. 35, julio 1999, pp. 15-19), quien propone ejemplos de uniones homosexuales formalizadas en épocas pasadas.

¹⁰⁶ TALAVERA FERNÁNDEZ sugiere que la insistencia sobre la afinidad conceptual entre matrimonio y pareja no casada ha ido precisamente dirigida a consagrar la heterosexualidad de ésta (*Fundamentos...*, cit.). Este argumento de la analogía ha influido también en los operadores jurídicos en Derecho comparado. Así v. gr.:

a) La jurisprudencia alemana, a la pregunta de «cómo de similar al matrimonio» debe ser la relación, responde diciendo que «ha de existir una convivencia a la cual le falte sólo el certificado matrimonial»; y ello lleva a excluir inicialmente del concepto las hipótesis en las cuales el matrimonio no es posible: *inter alia*, porque los convivientes sean del mismo sexo. Si bien el reconocimiento de que esa limitación no es intrínseca a la materia conduce a una ulterior distinción entre convivencias «especialmente paramatrimoniales» y

Ahora bien, el problema que puede subsistir es el de si la necesidad, no de analogía en sentido estricto, sino de semejanza material entre los supuestos de hecho, permite conceptualizar la relación homosexual como convivencia *more uxorio*. Dicho de otro modo, si la relación afectiva entre dos personas del mismo sexo puede considerarse análoga a la conyugal. En este sentido, no parece que quepa duda de que en una convivencia entre homosexuales se dan los elementos objetivos ya vistos (comunidad de vida, estable y duradera, exclusiva, etc.) que basculan en torno a la idea central de la *affectio*¹⁰⁷. La semejanza viene, sin embargo, matizada por una serie de peculiaridades unidas al propio hecho de la homosexualidad que dan pie a la siguiente razón alegada para excluir a la pareja homosexual del concepto, ya sea a fin de configurarla (o de al menos dejar apuntada la posibilidad de configurarla) como una categoría aparte, con una tutela jurídica diversa, ya sea a efectos de negarle toda relevancia jurídica.

«menos paramatrimoniales»: las segundas no producen efectos en el ámbito del Derecho social (GRZIWOTZ, «Rechtsprechung zum nichtehelichen Lebensgemeinschaft», *FamRz*, 1999, 7, p. 413).

b) La mayor parte de las regulaciones australianas de convivencia no matrimonial —con excepción de la *Domestic Relationships Act* del Territorio de la Capital Australiana, sobre la que se volverá más adelante— limitan la protección a «la más similar al matrimonio [*marriage-like*] de las relaciones domésticas informales»: la convivencia heterosexual (*vid.* BAILEY-HARRIS, R., «Financial rights in relationships outside marriage: a decade of reforms in Australia», *International Journal of Law and the Family*, 9, 1995, p. 241).

c) En Francia la interpretación del término legal *concubinage* como unión estable y continua *con apariencia de matrimonio* ha llevado hasta fechas recientes a restringir su ámbito a la convivencia entre un hombre y una mujer (*vid.* MARTÍN CASALS, «Informe...», cit., p. 1723, y S. de la *Cour de Cassation* de 17 de diciembre de 1997). Cuando la legislación de este país finalmente ha contemplado también a la pareja homosexual mediante el PACS (*vid. infra* 1.2, p. 46) el concepto de *concubinage* (que persiste como unión de hecho, contrapuesta a la unión contractual que es el PACS) se ha ampliado para incluir a las parejas del mismo sexo (*vid.* art. 515.8 *Code Civil*, introducido por la Ley 99-944, de 15 de noviembre, relativa al pacto civil de solidaridad).

d) Otros países donde la comparación con el matrimonio ha llevado a centrar la atención en la pareja heterosexual —aunque la homosexual haya ido gradualmente abriéndose paso a ciertos efectos— son Inglaterra (*vid.* MARTÍN CASALS, «Informe...», cit., p. 1739; y PARRY, M., *The Law relating to Cohabitation*, London, 1993, pp. 4 y 244) e Italia (donde la expresión «familia de hecho» se reserva a la pareja heterosexual, mientras que la homosexual queda englobada en la más amplia de «unión libre»: *vid.* ROVIRA SUEIRO, M. E., «La familia de hecho en Italia: estado actual de la cuestión», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 12, 1998, p. 273).

¹⁰⁷ Sobre la concurrencia de la *affectio maritalis* en la pareja homosexual, *vid.* TALAVERA FERNÁNDEZ, *Fundamentos...*, cit., pp. 48-52. Algún problema podría suscitar el elemento de la notoriedad, dada la relativa clandestinidad en que todavía tienen que permanecer muchas de estas parejas, pese al cambio de moral y costumbres. No obstante, ya se ha dicho que el secreto de la relación (que en última instancia no priva siempre de efectos a ésta) se valora negativamente en cuanto denote la ausencia de un modo de vida marital. A *contrario* puede concluirse que no tendrá esa eficacia excluyente si responde a otras razones atendibles, como sería el caso, mientras los demás elementos estén presentes.

2.^a Esta razón –se ha argumentado– estriba en la problemática específica a aquella aparejada ¹⁰⁸. Problemática específica que puede resumirse en tres aspectos ¹⁰⁹:

1. Imposibilidad de unirse en matrimonio:

El discutible argumento derivado del juego de las presunciones –sólo es pareja no casada quien libremente rechaza la opción matrimonial– conduce a negar esta consideración a quien no tiene dicha opción ¹¹⁰. Algo falla en esta deducción: en el fondo lo que subyace a ese extraño concepto de pareja no casada del que se parte es la analogía con el matrimonio como institución y, por tanto, con sus requisitos subjetivos.

Claro que esta circunstancia también se ha alegado a efectos de establecer un régimen específico para la pareja homosexual. Pero, en todo caso, en rigor, de ahí se inferiría la necesidad de un tratamiento más favorable, dada la «situación de inferioridad» que la caracteriza ¹¹¹. No obstante, esta última observación puede llevar a confundir dos planos distintos:

a) Por un lado, la posibilidad de «establecer un sistema de equiparación por el que los convivientes homosexuales puedan llegar a beneficiarse de los plenos derechos y beneficios del matrimonio», admitida *de lege ferenda* por el Auto 222/1994 del TC ¹¹². Es decir, la institucionalización jurídica de la convivencia homosexual, sea con el *nomen iuris* de matrimonio o con otro alternativo ¹¹³, que

¹⁰⁸ Así, ESTRADA estima que las uniones homosexuales y lesbiánicas son «dignas de un trabajo independiente» por sus especiales características (*Las uniones...*, cit., p. 69). La misma idea parece inspirar el trabajo de GALLEGO, lo que explicaría la aparente contradicción entre su afirmación inicial de que la similitud *material* entre matrimonio y pareja no casada impone la heterosexualidad de ésta, y el hecho de que a renglón seguido reconozca que en la práctica existen parejas homosexuales que desarrollan una comunidad de vida en todo semejante a las heterosexuales (*Las parejas...*, cit., pp. 50-53). Del mismo modo, REINA/MARTINELL, *Las uniones matrimoniales...*, cit., pp. 34-35, quienes ven en la pareja homosexual una «realidad distinta» que por eso mismo requiere un tratamiento jurídico también diferenciado, «aunque» –añaden– «en ciertos aspectos concretos [...] se pudiera eventualmente llegar a soluciones más o menos equivalentes».

¹⁰⁹ Vid. TALAVERA FERNÁNDEZ, *Fundamentos...*, cit., p. 57-66.

¹¹⁰ Así lo concluye CERVILLA, «Las uniones de hecho de parejas homosexuales: breves reflexiones sobre su posible admisión en nuestro Derecho», en SÁNCHEZ GONZÁLEZ (Coord.), *Las uniones de hecho*, Cádiz, 1995, pp. 91 y 92.

¹¹¹ Así, TALAVERA FERNÁNDEZ, *Fundamentos...*, cit., p. 59.

¹¹² En un sentido parecido, pero apuntando una solución que no requeriría reforma legislativa, la antes citada SAP de Guipúzcoa de 25 de octubre de 1993: tras negar la aplicación analógica de la normativa matrimonial a las parejas heterosexuales (que era el problema planteado), aduce que en cambio esa aplicación analógica sí tendría sentido en el caso de las parejas homosexuales «siempre que acreditaran su voluntad de comportarse a modo de tal matrimonio».

¹¹³ Sobre la urgencia de proceder a dicha institucionalización jurídica, PANTALEÓN PRIETO, F., «Régimen jurídico civil de las uniones de hecho», en MARTINELL-ARECES PIÑOL, *Uniones de hecho*, cit., pp. 69 y 70, precisando que, si bien la Constitución no la impone, el

permitiese a los homosexuales que así lo quisiesen formalizar su relación.

b) Por otro lado, la necesidad de proteger una relación de convivencia no formalizada (independientemente de cuáles sean las causas de esa no formalización), de solventar los problemas e injusticias que una falta de atención puede generar. Aquí el presupuesto fáctico es el mismo –la situación de convivencia–, y por ello no se ve la necesidad de diferenciar el tratamiento ¹¹⁴.

Esta confusión, sin embargo, ha propiciado la creencia de que la reivindicación de una tutela para las parejas no casadas es un «invento» de los homosexuales ¹¹⁵, derivada del hecho de que, a falta de una reforma legislativa que prevea el matrimonio homosexual o institución jurídica equivalente, la consideración de la pareja homosexual como convivencia marital sea la única vía de tutela de su relación (independientemente de que, de poder hacerlo, quisieran o no casarse). Se pasa así por alto que la decisión de convivir en pareja da vida a una situación que reclama de por sí una protección específica, como lo demuestra la conflictividad existente ante los Tribunales, y que las reclamaciones en estos conflictos provienen mayoritariamente de parejas heterosexuales, pues son éstas las que más quieren una comunidad de vida sin pasar por el matrimonio ¹¹⁶. Lo que ocurre es que la tutela debería diferenciar esos dos planos y, bien junto a una eventual institucionalización jurídica de la pareja homosexual en el sentido indicado, o bien independientemente de ella, habría de proporcionar un marco (legislativo o no) adecuado para las parejas, heterosexuales u homosexuales, que conviviesen sin formalizar su unión mediante matrimonio o mediante la institu-

estado actual de las circunstancias la hace conveniente; y vaticinando incluso que la evolución de la conciencia social puede en un futuro próximo hacer de ello una exigencia constitucional. También Joan MIQUEL (intervención en coloquio en *Uniones de hecho*, p. 84) se ha mostrado partidario de aquella institucionalización, pero sin utilizar el *nomen* de matrimonio. En contra, GAVIDIA, quien parece sugerir que el legislador no puede extender el matrimonio (o institución equivalente) a otros supuestos (*La libertad de elección...*, cit., pp. 109-110).

¹¹⁴ Vid. en este sentido, TALAVERA FERNÁNDEZ, *Fundamentos...*, cit., pp. 57-60. Lo intuye también GALLEGO, cuando, a pesar de haber excluido inicialmente a la pareja homosexual del estudio, sin embargo dice más adelante que «las soluciones que se basen en la convivencia, la estabilidad y la singularidad deberían, en general, extenderse a ambos tipos de parejas» (*Las parejas...*, cit., p. 53).

¹¹⁵ Como rotundamente afirma CANTERO NÚÑEZ, sin ocultar su rechazo frontal de cualquier regulación del fenómeno («Reflexiones en torno a la pretendida regulación de las uniones de hecho», *Revista de Derecho Privado*, marzo de 1995, pp. 221 y 224). Más matizadamente, pero con la misma idea de que «la pretensión de regulación de las uniones de hecho está sobre todo alentada en los últimos tiempos por los autollamados «colectivos gays y de lesbianas», ROCA GUILLAMÓN, «Las cargas de la familia de hecho», en HERRERA CAMPOS (Dir.), *Parejas de hecho*, Granada, 1996.

¹¹⁶ Vid. LLEBARÍA, *Hacia la familia...*, cit., p. 94.

ción equivalente para homosexuales¹¹⁷. Pero si una tutela (legislativa) de la pareja no casada sigue el modelo de la institucionalización, basándose en que ésta es una reivindicación de muchas parejas homosexuales, y lo extiende a la pareja heterosexual, entonces, además de ser innecesaria esta extensión, quedarían sin proteger esos otros intereses: los de las parejas, heterosexuales u homosexuales, que no acudiesen a la institución matrimonial o cuasi matrimonial¹¹⁸. Y, en este sentido, es cierto que las propuestas de regulación y las regulaciones acabadas no siempre o no del todo han respetado la distinción, lo que ha provocado distorsiones importantes¹¹⁹.

¹¹⁷ La referida confusión se refleja, además, en la falta de rigor técnico con la que a menudo, cuando se aborda el tema de la «pareja de hecho» homosexual, se traen a colación las regulaciones extranjeras que supuestamente la tienen por objeto: fundamentalmente en Europa, las escandinavas. Se citan así las «Leyes parejas registradas» (Ley danesa de 7 de junio de 1989, Ley noruega de 1 de agosto de 1993, Ley sueca de 23 de junio de 1994 y Ley islandesa de 27 de junio de 1996), olvidándose, con no poca frecuencia, que dichas leyes lo que regulan es una institución paralela al matrimonio a la que pueden acogerse los homosexuales que así lo deseen, y que produce todos los efectos de aquél —la técnica empleada es de hecho la remisión en bloque a la normativa matrimonial—, con la salvedad de lo relativo a adopción, patria potestad conjunta y técnicas de reproducción asistida. Al margen de estas leyes, los países respectivos aplican sus propias soluciones a las parejas realmente «de hecho», tanto heterosexuales como homosexuales, que ni se casan ni registran su relación de pareja homosexual. Soluciones, en general, de origen jurisprudencial o recogidas en concretos preceptos legales, pero que también, en algún caso, como el de Suecia, han dado lugar a una ley *ad hoc*. De manera que, según esta articulación de disposiciones normativas, la pareja homosexual, igual que la heterosexual tiene la alternativa entre el matrimonio y la convivencia de hecho, puede elegir entre formalizar su relación y obtener así un estatuto matrimonial, o convivir sin formalizarla, acogiéndose a la tutela específica y a los efectos más limitados de esta situación, idénticos para los convivientes con independencia de que sean del mismo o de distinto sexo. (Sobre el Derecho escandinavo sobre convivencia no matrimonial y sobre «matrimonio» homosexual, *vid. ad. ex.* AGELL, A., *Åktenskap, samboende, partnerskap*, 2.ª ed., Uppsala, 1998; NIELSEN, «Family rights and the registered partnership in Denmark», *International Journal of Law and the Family*, núm. 4, 1990, pp. 297-315; PEDERSEN, I. M., «Features of Danish Law concerning property rights and obligations of unmarried cohabitants», *Scandinavian Studies in Law*, núm. 25, 1981, pp. 130-15; STRØM, K., «Non-marital cohabitation in Norway», *SSL*, núm. 30, 1986, pp. 29-48.)

Un caso peculiar es el de Holanda, donde la Ley de parejas registradas de 5 de julio de 1997 produce los mismos efectos que el matrimonio (salvo en materia de adopción), pero no se equipara a él en cuanto subsiste la libertad de ruptura sin trámites formales y, por otro lado, institucionaliza no sólo la convivencia homosexual, sino también la heterosexual (*vid.* SCHRAMA, W., «Registered partnership in the netherlands», *International Journal of Law and the Family*, 13, 1999, pp. 315-327). Junto a ello, el 1 de abril de 2001 ha entrado en vigor la Ley que extiende el matrimonio como tal a los homosexuales y les permite incluso la adopción conjunta. También Alemania (2001) y Bélgica (2003) han regulado una institución cuasi matrimonial para parejas del mismo sexo.

Otra modalidad de «matrimonio» homosexual (que, aunque no produce todos los efectos del matrimonio heterosexual, sí requiere de trámites análogos de divorcio) son las «Civil Unions» del Estado norteamericano de Vermont, la Ley reguladora de las cuales se halla en vigor desde el 1 de julio de 2000.

¹¹⁸ Así lo advertía algún autor *de lege ferenda*: *vid.* LLEBARÍA, *Hacia la familia*, p. 94.

¹¹⁹ Distorsiones consistentes en que, por un lado, la institucionalización de la convivencia homosexual deja fuera a las «parejas de hecho» homosexuales, que no formalicen su relación; y, por otro, en que la institucionalización (aun con distinta intensidad) se extiende a la pareja heterosexual, lo que no era ni necesario ni conveniente, y en última instancia deja también fuera a un número de «parejas de hecho» heterosexuales. Sobre todo ello, *vid. infra* III.

2. Imposibilidad de tener descendencia biológica:

El hecho de que «en la pareja heterosexual se encierra también la idea de núcleo natural para la descendencia»¹²⁰ se ha aducido como segundo argumento que justificaría una distinción o, incluso, una negación de efectos a la pareja homosexual¹²¹.

Certeramente se ha refutado este planteamiento¹²². Como se ha visto en páginas anteriores, el reconocimiento y protección de la pareja no casada heterosexual, y su consideración como familia, no ha de estar en relación con el hecho de la filiación, del mismo modo que tampoco ello es así para el matrimonio. Ahora bien, también se ha comentado que ello no obstaría en su caso a un refuerzo de esa protección para las parejas con hijos, biológicos o adoptivos: y esas parejas, salvo en Derecho navarro, sólo pueden ser heterosexuales¹²³. Pero se insiste en que sería la existencia efectiva de hijos la que justificaría ese trato favorable: no la mera posibilidad¹²⁴.

¹²⁰ REINA/MARTINELL, *Las uniones matrimoniales...*, cit., p. 35.

¹²¹ En este último sentido, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, quien, partiendo de la premisa de que la función que tienen asignada el matrimonio y la familia es la procreación y la educación de los hijos en orden a la supervivencia de la sociedad, y que esto es lo que fundamenta su tutela jurídica, la unión homosexual, en tanto que naturalmente estéril, «no interesa a la sociedad ni tampoco al Derecho». «Es más» –añade–, «el interés estaría, en todo caso, en desincentivarlas, dada su evidente disfuncionalidad» (*Diagnóstico...*, cit., pp. 158-168). No puede compartirse tal opinión, que considera que la afectividad en sí no tiene trascendencia jurídica, sino sólo en cuanto tenga como consecuencia la procreación («pero entonces con gran intensidad e institucionalmente»: p. 168). De acuerdo con lo que se dirá a continuación, no parece ser aquella la función *esencial* del matrimonio o de la familia en nuestros días –aunque no puede tampoco negarse que sea una de sus funciones *naturales* o posibles–, y la crítica a la «concepción subjetiva e individualista de sexualidad y familia» (p. 159), que, por cierto, hace a aquel autor ser también poco favorable a las parejas no casadas heterosexuales, olvida la utilidad social que la familia, matrimonial o no, está llamada a desempeñar en cuanto comunidad de cuidados y solidaridad recíprocos. Por otro lado, alguna contradicción late en el planteamiento si se tiene en cuenta que la defensa de la conveniencia de desincentivar también las parejas no casadas heterosexuales (a causa de que su menor estabilidad, derivada de la ausencia de compromiso, no las hace aptas para cumplir esa función procreadora y educativa del modo más idóneo) se hace con la precisión de que no han de generarse injusticias, no sólo para los hijos, *sino para los propios convivientes* (pp. 137-142). ¿Por qué evitar situaciones de injusticia para los convivientes heterosexuales y no para los homosexuales? El trasfondo homófobo parece evidente.

¹²² Vid. TALAVERA FERNÁNDEZ, *Fundamentos...*, cit., pp. 60-62.

¹²³ El derecho a adoptar no se concede a las parejas homosexuales ni antes (*vid.* disposición adicional 3.ª de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, *a contrario*) ni después de las regulaciones orgánicas (arts. 6 LUEP y 10 LPENC), con la salvedad de la Ley Foral navarra 6/2000, de 3 de julio y de la Ley vasca 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho (*vid.* art. 8 de ambas). Contra las mismas se han interpuesto sendos recursos de inconstitucionalidad. Claro que cabe que un homosexual que viva en pareja adopte individualmente: el artículo 28 de la Ley de la Infancia valenciana (Ley 7/1994, de 5 de diciembre) recalca que la concesión de la adopción debe hacerse sin consideraciones al «tipo de núcleo de convivencia familiar» del solicitante. Lo mismo puede decirse de la mujer que tenga una relación homosexual y se someta a las técnicas de reproducción asistida.

¹²⁴ Vid. GAVIDIA, *La libertad de elección...*, cit., pp. 129-135: si bien también aboga por medidas de discriminación positiva en otros órdenes para las parejas homosexuales, que compensarían ese trato favorable dispensado a las parejas heterosexuales con hijos.

3. Insuficiente aceptación social:

Finalmente, la exclusión de la pareja homosexual del concepto jurídico de pareja no casada ha venido también justificada desde una perspectiva sociológica¹²⁵. En los últimos tiempos, sin embargo, parece haberse avanzado notoriamente hacia el respeto de este tipo de relación, lo que no ha sido obstáculo para argüir que no basta la simple tolerancia y que al reconocimiento jurídico pleno ha de preceder el reconocimiento social¹²⁶.

Pero puede muy bien defenderse lo contrario: que precisamente es la difícil situación de los homosexuales en un entorno todavía homófobo lo que demanda medidas de acción positiva por parte de los poderes públicos (art. 9.2 CE), a fin de impulsar la integración social de estas personas y sus respectivas parejas¹²⁷. Y es que si bien es cierto que el esfuerzo de cualquier ley por transformar estructuras y conciencias suele ser vano cuando el cambio social de base no se ha producido, si ese cambio está en marcha puede sin embargo ser dinamizado por un legislador atento al signo de los tiempos¹²⁸. En este sentido, el contexto social propicio, que se traduce *prima facie* en una actitud general de tolerancia, viene reflejado en y reforzado por la evolución de las propias normas: desde la despenalización de la homosexualidad hasta los hitos legislativos más recientes en el contexto nacional e internacional¹²⁹.

Por otra parte, el que no sea un modelo totalmente establecido desde el punto de vista social podría, como mucho, utilizarse como razón que aconseje diferir una institucionalización jurídica de la pareja homosexual (y aun esto es discutible si se tiene en cuenta la anterior consideración sobre la relación recíproca entre Derecho y

¹²⁵ ESTRADA habla de «su todavía escandalosa consideración social» (*Las uniones...*, cit., p. 69); BLANCO estima que, aun reuniendo los elementos objetivos, no constituye un modelo socialmente establecido, por lo que habría de quedar «en un nivel de relevancia meramente individual» (*Parejas no casadas...*, cit., p. 108); VALPUESTA FERNÁNDEZ entiende que su consideración jurídica «debe venir auspiciada por la consolidación de cierta permisividad social» (VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R., «La institucionalización jurídica de la pareja de hecho. Registro de parejas de hecho», en SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P. (Coord.), *Las uniones de hecho*, Cádiz, 1995, p. 54).

¹²⁶ En este sentido, RIVERO, *La institución matrimonial...*, cit., pp 5 y 6. (Inédito: referencia en LLEBARÍA, *Hacia la familia*, p. 91, núm. 23).

¹²⁷ Máxime si se considera, como hace GAVIDIA siguiendo a KOPPELMAN, que la secular discriminación en el orden social, laboral y familiar de los homosexuales es un caso de discriminación por razón de sexo (*La libertad de elección...*, cit., pp. 117-120). Por otro lado, es de notar que esa dificultad de integración debida a la presión social explica algún rasgo, como la menor estabilidad, del que algunos autores acusan a estas parejas, también para justificar la conveniencia de no tutelarlas (*v. gr.*, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Diagnóstico...*, cit., p. 168).

¹²⁸ Vid. Díez-PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, 3.ª ed., Barcelona, 1993, pp. 310-312.

¹²⁹ Vid., sobre esta evolución, PÉREZ CÁNOVAS, *Homosexualidad...*, cit., pp. 39-100.

cambio social), o bien (y esto parece que tiene mayor fundamento) como medida de prudencia a la hora de prever efectos que impliquen consecuencias para terceros necesitados de especial tutela (sustancialmente la cuestión de la adopción conjunta). Pero no se ve cómo aquello haya de servir para denegar la protección de la situación fáctica de convivencia, no sólo lícita (de esto ya no cabe duda alguna a la luz de los principios constitucionales), sino también materialmente igual a la situación también fáctica de convivencia heterosexual, y que a causa de esa igualdad origina análogos problemas. Si en este caso no se trata (o no debería tratarse) de institucionalizar nada, sino de resolver o evitar injusticias, ¿cómo denegar esa protección? Ése ha de ser, además, el paso siguiente a la admisión de la licitud de la convivencia homosexual (imposibilidad de alegar contrariedad al orden público, por tanto), como lo fue en su tiempo para la pareja heterosexual ¹³⁰.

Por todo lo dicho, no es de extrañar que, desde aproximadamente mediados de los noventa, no pocos autores defiendan la inclusión de la pareja homosexual en el concepto de convivencia marital ¹³¹. La precisión sobre la fecha es importante, ya que coincide con el reconocimiento jurídico explícito de esa pareja a diversos efectos en nuestro Derecho positivo, a su vez en el marco de un contexto europeo que da pasos en el mismo sentido ¹³². Así, la LAU de 1994

¹³⁰ Como dice LLEBARÍA (*Hacia la familia...*, cit., p. 95): «a estas altura también puede resultar un tanto hipócrita o fuera de tono invocar valores éticos, principios naturales o condicionamientos sociales, para no incluir en la pareja de hecho que se quiere proteger aquella integrada por dos personas del mismo sexo. Si un pretendido derecho al sexo se apoya en el artículo 10.1 CE, la justificación normativa debe llevarse hasta sus últimas consecuencias [...] Además, la protección que pretende arbitrarse tiene en consideración esencial, y casi única, la lesión que la ruptura de la convivencia puede ocasionar a una persona, para lo cual no creo que pueda afirmarse que entre homosexuales nunca hay ruptura, o habiéndola nunca hay lesión». «Claro que» –añade– «la arbitraria negación es fácil colocarla mucho más al principio: ahí ni tan siquiera puede haber pareja». Prejuicio de fondo que persiste en la resistencia a considerar «familia» en el sentido del artículo 39.1 CE a la pareja homosexual –como hasta cierto punto ocurre también con la pareja heterosexual sin hijos–, y que se ha inmiscuido en las regulaciones orgánicas (v. *infra* III). En ello en definitiva late, por increíble que pueda parecer, una identificación de la familia con el matrimonio, el cual además estaría fundamentalmente orientado a la procreación: un anclaje en el pasado enteramente disconforme con la evolución social y jurídico-constitucional.

¹³¹ *Vid. ad. ex.* GARCÍA VILLALUENGA, «Las Uniones familiares de hecho...», cit., p. 900; GAVIDIA, *La unión libre...*, cit., pp. 34-35; LLEBARÍA, *Hacia la familia...*, cit., pp. 91-95; LLEDÓ YAGÜE, F., «Comentario a la STS de 20 de octubre de 1994, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 37, 1995, p. 351; PÉREZ CÁNOVAS, *Homosexualidad...*, cit., *passim*; TALAVERA, *Fundamentos...*, cit., *passim* y, en especial, pp. 21-68.

¹³² Del salto que se produce a mitad de la década dan prueba las palabras que todavía en el año 1994 escribe el profesor PANTALEÓN, quien, pese a defender la autorregulación de la convivencia homosexual en vista de su licitud –e incluso de *lege ferenda* la institucionalización jurídica de la misma: *vid. supra* núm. 113– no puede sino concluir que, dado que «carece de cualquier reconocimiento por parte del Derecho positivo» (subrayado añadido) y «atendidas las concepciones sociales aquí y ahora mayoritarias» no tiene la consideración de familia en el sentido del artículo 39.1 CE, «por más que» –como con clarividencia

(arts. 12, 16, 24 y disposición transitoria 2.^a) ya contempla indistintamente a la pareja heterosexual y a la homosexual, al añadir, a la mención del conviviente ligado con el arrendatario en análoga relación de afectividad a la del cónyuge, el discutible inciso «con independencia de su orientación sexual»: expresión que hará fortuna y será repetida por leyes inmediatamente posteriores¹³³. Por otro lado, y paralelamente, los Registros de uniones civiles permiten sin ambages la inscripción de las parejas homosexuales¹³⁴. En último lugar cabe citar alguna sentencia que rompe el anterior silencio jurisprudencial sobre el tema y que, recogiendo este estado actual de la cuestión, incluye a la convivencia homosexual en la definición de unión de hecho: *vid.* la SAP de Baleares de 15 de mayo de 1998 o la STSJ de Cataluña de 4 de julio de 1996¹³⁵.

b) La edad

Dado que la convivencia ha de desarrollarse en condiciones similares al matrimonio, la mayoría de los autores y de las decisiones judiciales juzgan que la edad de los convivientes ha de coinci-

añade— «esta situación pueda cambiar con extraordinaria rapidez en la línea de una equiparación con la convivencia heterosexual, como parece ya anunciar el éxito de los registros municipales de convivencia» (voz «Compañero/Compañera», *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, 1995, p. 1161). El contexto europeo está conformado, de una parte, por las aludidas Leyes tanto de «matrimonio» como de convivencia no matrimonial homosexual, (*vid. supra* núm. 117), a las que hay que añadir la Ley belga y la francesa que se citarán más adelante; así como por la práctica judicial que, en los países sin legislación específica, va otorgando efectos a la pareja homosexual. Todo ello se encuadra en la tónica marcada por la Resolución del Parlamento Europeo sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y de las lesbianas en la Comunidad Europea, de 8 de febrero de 1994. (Si bien hay que advertir de la involución que más tarde representó la Resolución del mismo Parlamento sobre protección de las familias y de los grupos familiares de 14 de diciembre de 1994, al no incluir dentro del ámbito de la familia a las parejas del mismo sexo, y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de febrero, que niega la equiparación a efectos de beneficios laborales entre el matrimonio heterosexual y la relación estable homosexual.) *Vid.* TALAVERA, *Fundamentos...*, cit., pp. 69-78.

¹³³ La Ley de 30 de mayo de 1995 de límites del dominio sobre inmuebles para eliminar las barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad (art. 2.2) y la Ley 30/1995, de 11 de diciembre, de ayuda y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual [art. 2.3 a)].

¹³⁴ El artículo 2 del citado Decreto de constitución del Registro de Vitoria, que ha sido seguido por todos los demás, señala que «se inscribirán las declaraciones de constitución de uniones no matrimoniales de convivencia entre parejas, *incluso del mismo sexo...*». (Subrayado añadido). La creación de este Registro, por sus repercusiones no jurídicas, sino en la opinión pública, ha sido por ello calificada como «el acontecimiento más importante, y punto de inflexión en la situación jurídica de las uniones homosexuales» (PÉREZ CÁNOVAS, *El derecho de las parejas gays...*, cit., p. 27).

¹³⁵ La inclusión en la primera sentencia citada es, sin embargo, a modo de *obiter dicta*, pues el conflicto a dirimir se planteaba, una vez más, en una pareja heterosexual. (También ocurría esto en la SAP de Madrid de 2 de febrero de 1999, que quizá por ello sigue aferrada, en la definición que recoge, a la idea de la «convivencia entre un hombre y una mujer».) La segunda resolución, por el contrario, sí resuelve *in concreto* la pretensión de una pareja homosexual.

dir con la edad núbil ¹³⁶. Es importante, empero, resaltar que esta conclusión, que compartimos, no deriva de aplicar analógicamente uno de los requisitos de aquel instituto, sino de la constatación de que en definitiva la capacidad física e intelectual ha de ser semejante, pues semejante es la comunidad de vida que se instaura ¹³⁷. En nuestro Ordenamiento, tal edad es la de la emancipación (art. 46.1.º CC *a contrario*), es decir, los dieciséis años (arts. 319 y 320), si bien cabe la dispensa del impedimento de edad a partir de los catorce (art. 48.II), en cuyo caso el matrimonio del menor producirá a su vez la emancipación (art. 316). Puesto que esa edad es la que se estima suficiente, en cuanto al grado de madurez para asumir las responsabilidades derivadas del matrimonio ¹³⁸, también ha de serlo para las que origina la convivencia extramatrimonial.

Esta última referencia a las responsabilidades podría no obstante llevar a pensar que, como el grado de compromiso en la unión libre es menor, también puede ser inferior la edad precisa para asumirlo. Nuevamente resulta problemática la referencia a una supuesta distinta intensidad del compromiso, basada en la formalización o no del mismo; pero en cualquier caso no incide sobre el contenido sustantivo de la convivencia mientras ésta dura tanto en el matrimonio como en la relación no matrimonial ¹³⁹: en ambos casos, dicha convivencia entraña idénticas responsabilidades materiales. Responsabilidades dimanantes del hecho de decidir convivir en pareja y hacerlo efectivamente, y vinculadas así a una aptitud que, dado el alcance de los artículos 322 y 323 CC, es razonable referir a la emancipación. Además de que es lógico que a dicha decisión vaya aparejada la vida independiente que requiere el artículo 319 para considerar al menor emancipado «de hecho». ¹⁴⁰

¹³⁶ *Vid. ad. ex.* BLANCO, *Parejas no casadas...*, cit., pp. 111 y 112; CERDÁ GIMENO, «La situación actual...», p. 612; GALLEGO, *Las parejas...*, cit., p. 55; LLEBARÍA, *Hacia la familia...*, cit., pp. 95-97. En cuanto a la jurisprudencia, a pesar de que son escasos los pronunciamientos sobre la capacidad para vivir como pareja no casada, del conjunto de ellos se desprende la necesidad de la madurez física y psíquica que se requiere, por lo menos, en el cónyuge: *vid.* ÁLVAREZ LATA, *Las parejas de hecho...*, cit., p. 10. Las normas reguladoras de los Registros de uniones civiles permiten el acceso a los mismos de las parejas formadas por mayores de edad o menores emancipados: *vid.* por todos artículo 3 del Decreto de constitución del Registro de Vitoria.

¹³⁷ Esta precisión la hace, entre otros, SÁNCHEZ LORENZO, *Las parejas no casadas...*, cit., p. 493.

¹³⁸ Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, 6.ª ed., Madrid, 1992, p. 77.

¹³⁹ «La intensidad del compromiso, su contenido cualitativo, no se mide por las formas o cauces [...] en que una relación puede quedar disuelta, sino por el contenido y significado que la relación es capaz de proyectar mientras dure sobre la esfera personal y patrimonial de los convivientes. Y, en este sentido, no veo claro que la diferencia de edad quede justificada» (LLEBARÍA, *Hacia la familia...*, cit., p. 96).

¹⁴⁰ LLEBARÍA, *Hacia la familia...*, cit., pp. 95 y 96.

Por otra parte, y en la línea de los autores que postulan atender, más que a una edad fija, al grado de madurez psico-física de los miembros de la pareja ¹⁴¹, la presencia de esa madurez *in casu* podría permitir en supuestos excepcionales considerar como pareja no casada aquella en que uno de sus integrantes fuera menor de dieciséis años, igual que cabe la dispensa del impedimento de edad para contraer matrimonio ¹⁴², ¹⁴³.

En contra de lo dicho se manifiestan algunos partidarios de fijar una edad superior a la matrimonial, que coincidiría con la mayoría de edad ¹⁴⁴. No se comprende muy bien esta exigencia, como no sea por el hecho de que la edad matrimonial se juzga de por sí excesivamente temprana, no significativa de la aptitud precisa para afrontar la vida en pareja. Sin embargo, de aceptarse este planteamiento —de por sí discutible, dada la capacidad que la ley reconoce en general al emancipado: *vid.* art. 323— se podría defender una reforma legislativa que también exigiese la mayor edad para contraer matrimonio, pero no una diferenciación entre convivencia matrimonial y no matrimonial en este punto.

Como tercera postura puede citarse la que considera que, teniendo en cuenta la posibilidad de autorregulación de la unión libre, la edad requerida ha de ser la que otorga capacidad para contratar ¹⁴⁵. En este caso sería también la de la emancipación, con las

¹⁴¹ *Vid.* los citados en BLANCO, *Parejas no casadas...*, cit., p. 111.

¹⁴² Podría si cabe seguirse incluso una mayor flexibilidad ante una unión no matrimonial, dado que, se reitera, partimos de una situación de hecho sobre la que hay que decidir, conforme a las reglas del orden público, si debe admitirse su continuación en aras de su pertinente tutela: no estamos, mediante la identificación de un concepto no plasmado en una regulación legislativa orgánica, configurando una institución (una categoría matrimonial en definitiva) con requisitos rígidos y prefijados de antemano.

No obstante —huelga decirlo— aquellas serán hipótesis muy escasas, no sólo por la infrecuencia de uniones constituidas por menores, sino también porque es difícil concebir la suficiente capacidad en edades inferiores a la señalada (ya puede de por sí resultar criticable que se admita legislativamente la posibilidad de contraer matrimonio entre los catorce y los dieciséis años). Recuérdese, en este sentido, la previsión del CC de que el ejercicio de la patria potestad por parte del menor emancipado que tenga hijos sea con asistencia de los padres o tutor —o, en su caso, del juez—; y que como límite máximo infranqueable operaría la edad de doce años, por debajo de la cual no puede consentirse válidamente a una relación sexual (cfr. art. 181.2.1.º CP). (Ésta es, además, la edad mínima requerida en nuestro Derecho histórico para el matrimonio de la mujer, cuando aquella se ligaba, no a la madurez intelectual, sino a la física, o capacidad para la procreación: DIEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema...*, cit., *ibid.*).

¹⁴³ No obstante ha de tenerse en cuenta, como recuerda también LLEBARÍA (*Hacia la familia...*, cit., p. 96), que «dispensar» del requisito de edad a partir de los catorce años supondría una coexistencia con el régimen de patria potestad o tutela, con las contradicciones que ello ocasionaría. (Y es que si «el matrimonio produce de Derecho la emancipación» —art. 316—, también, por tanto, a partir de los catorce años, no ocurre lo mismo con la convivencia constitutiva de una vida independiente, pues el art. 319 exige el mínimo de los dieciséis años.)

¹⁴⁴ *Vid.* ESTRADA, *Las uniones...*, cit., p. 73. La SAP de Córdoba de 15 de junio de 1992 exigió, asimismo, la mayoría de edad.

¹⁴⁵ *Vid.* ESTRADA, *Las uniones...*, cit., pp. 73 y 74, y BLANCO, *Parejas no casadas...*, cit., p. 112, y los citados por ambos.

limitaciones del artículo 323 CC. Ahora bien, en relación con los pactos que no regulasen todo el estatuto convivientes (es decir, que no fueran propiamente «contratos de convivencia»), sino sólo aspectos patrimoniales concretos conforme a las reglas de Derecho común, esa capacidad no tendría nada que ver con el propio concepto de pareja no casada (se trataría simplemente de contratos otorgados entre dos personas como lo podrían hacer también si no conviviesen), por lo que no sería necesaria la concurrencia de los restantes elementos conformadores de ese concepto. No obstante, en la medida en que esos pactos se asemejasen a las capitulaciones matrimoniales, y su contenido consistiera en someter las relaciones económicas de la pareja al régimen de la sociedad de gananciales, habría de tenerse en cuenta la norma de capacidad del artículo 1.329 CC¹⁴⁶. Se requeriría así el concurso y consentimiento de los padres o tutor del menor emancipado en ese supuesto (no cuando en aquellas capitulaciones se limite a pactar el régimen de separación o participación).

Al margen de la referencia a la edad, los Registros de uniones civiles –*vid.* por todos art. 3 del Decreto de constitución del Registro de Vitoria– exigen que los sujetos no hayan sido declarados incapaces para emitir el consentimiento necesario e inscribirse como pareja: limitación que, como todas las relativas a la incapacidad, habrá de interpretarse restrictivamente.

c) La ausencia de vínculo matrimonial

La operatividad de este requisito es problemática, y se halla en conexión con el requisito de la exclusividad analizado páginas atrás¹⁴⁷. Entonces se dijo que había que diferenciar tres hipótesis: en primer lugar, la relación de una persona casada, que sigue conviviendo con su cónyuge, con otra persona, con la que no convive

¹⁴⁶ Esta posibilidad de someterse al régimen de gananciales ha sido admitida por la jurisprudencia en distintas ocasiones, a partir de la conocida SAP de Córdoba de 21 de abril de 1986, pero es rechazada en general por la doctrina, que estima que para pactar el sometimiento a un régimen matrimonial es presupuesto indispensable la existencia de matrimonio (*vid.* GALLEGO, *Las parejas...*, cit., pp. 134-142). Según esta postura, lo que puede hacer la pareja no casada, en su lugar, es constituir una sociedad universal de ganancias, con lo que obtiene efectos muy similares a la sociedad de gananciales. La particularidad está entonces en que para ello no rige, según las reglas del CC sobre la sociedad civil, ninguna limitación específica a la capacidad del menor emancipado (fuera de las que se desprenden del art. 323), como sí para acogerse al régimen de gananciales mediante capitulaciones matrimoniales.

¹⁴⁷ Pero no se confunde con él: obsérvese que bajo el examen de aquel requisito se trataba de dar respuesta a si cabe una relación extramatrimonial que se simultanea con otra, también extramatrimonial o matrimonial. Ahora se trata sólo de este segundo supuesto: concurrencia de una unión matrimonial y otra que no lo es.

pero tiene encuentros sexuales más o menos continuados; en segundo lugar, la relación propiamente poligámica, donde –en lo que aquí nos interesa– coexisten un matrimonio legítimo y otras relaciones que, aun formalizadas de acuerdo con un Ordenamiento confesional, son extramatrimoniales conforme al ordenamiento estatal; y en tercer lugar, la persona que, hallándose separada legalmente o de hecho de su cónyuge, ha pasado a convivir maritalmente con otra persona, sin haberse disuelto todavía el matrimonio anterior.

De la primera se dijo que, al margen de su ilicitud civil, no podía en absoluto conceptuarse como convivencia no matrimonial, precisamente por la ausencia del elemento material esencial de la convivencia-comunidad de vida. En relación con la segunda se concluyó que también había de quedar fuera del concepto restringido de convivencia no matrimonial, a pesar de sí haber en este caso comunidad de vida. (La expulsión resultaba obligada en vista de la *communis opinio* de que en nuestro sistema una convivencia, para ser marital, exige la exclusividad). Ahora es momento de abundar en –y matizar– esa exclusión desde el punto de vista, no ya de los elementos objetivos, sino del subjetivo que se encarna en el impedimento de vínculo matrimonial. Éste ha de operar para impedir, no sólo la constitución de otra unión matrimonial, sino también el reconocimiento de la o las uniones extramatrimoniales que concurren con el primer (y único válido) matrimonio, por razones de orden público y de protección de ese matrimonio y del carácter monógamo que reviste en nuestro Derecho.

En lo tocante a la tercera situación reseñada, el problema de su licitud y su subsiguiente reconocimiento de efectos jurídicos suele enfocarse desde la perspectiva del deber de fidelidad¹⁴⁸: el examen de si éste persiste entre esposos separados.

Un análisis de las normas del CC parece conducir a una respuesta negativa. Al respecto se pueden ir haciendo sucesivamente varias consideraciones:

1.^a Aquel deber de fidelidad no puede sino cesar tras la separación legal, como consecuencia lógica de la suspensión de la vida común de los casados que se produce por la sentencia de separación (art. 83 CC).

¹⁴⁸ Deber que es jurídico y no meramente moral: aunque su infracción ya no acarrea por supuesto sanción penal (Ley de 26 de mayo de 1978, de despenalización del adulterio y del amancebamiento), constituye un ilícito civil, y en cuanto tal opera como causa de separación y divorcio (art. 86 en relación con el 82.1.º), de desheredación (art. 855.1.º) y de pérdida del derecho a alimentos (art. 152.4.º, en relación con el anterior). No genera, sin embargo, responsabilidad civil: *vid. ad. ex.* STS de 30 de julio de 1999, que desestima la demanda sobre indemnización de daños morales ejercitada por el marido contra su esposa, al estar acreditada la infidelidad conyugal.

2.^a Por otra parte, tampoco parece subsistir el deber de fidelidad en la hipótesis de separación de hecho libremente consentida por ambos cónyuges ¹⁴⁹ o impuesta por uno de ellos, dado que este último cónyuge en el segundo caso, o cualquiera de los dos en el primero, no pueden invocar la infidelidad como causa de separación legal (art. 82.1.^a II) ¹⁵⁰: sería, en definitiva, admisible que, o bien ambos, o bien el cónyuge al que se le impuso la separación de hecho, pasasen a convivir maritalmente con otra persona.

3.^a Yendo más allá, si se considera que el propio cónyuge que impuso la separación de hecho puede solicitar la separación judicial cuando aquélla se haya prolongado por un período de tres años (art. 82.6.^a), no es descabellado deducir que para él termina también el deber de fidelidad, si es él el que convive ahora con otra pareja ¹⁵¹.

Hay que recordar, además, que la no existencia de deber de fidelidad entre esposos separados queda en cierto modo corroborada por el cese de la presunción de paternidad del esposo respecto a los hijos nacidos después de los trescientos días siguientes a la separación legal o de hecho (*vid.* art. 116, *a contrario*).

¹⁴⁹ Lo que incluye tanto la separación inicial de mutuo acuerdo como la separación en principio impuesta por uno de los cónyuges pero consentida posteriormente, de modo expreso o tácito, por el otro: *arg. ex. art. 82.5.^a*

¹⁵⁰ Esta previsión demostraría que «en tal caso, o ha dejado de existir el deber de fidelidad entre los cónyuges, o, si existe, por cuanto privado de su sanción típica, lo hace de tal manera «desjuridificado» que no cabe ya reconocerle virtualidad bastante para calificar de ilícita la convivencia *more uxorio* contraria al mismo» (PANTALEÓN, *La autorregulación...*, cit, p. 123).

¹⁵¹ Es decir, a partir de ese momento se presume *iuris et de iure* que el matrimonio ha fracasado, y se le permite al cónyuge «extinguir» el deber de fidelidad. Ahora bien, si es posible «derogarlo», la situación de convivencia con otra persona ha de estimarse de por sí lícita, pues no es razonable que lo sea sólo en cuanto se realicen los trámites de separación. Así lo interpreta nuevamente PANTALEÓN (*La autorregulación...*, cit., *ibi.*), quien concluye que «la convivencia *more uxorio*, aun estando uno de los miembros de la pareja previamente casado, o es ya plenamente lícita a su inicio, o está llamada a serlo en un plazo breve de tiempo». (Siempre que se trate de verdadera convivencia *more uxorio*, pues no merece esta calificación «la situación, sin duda civilmente ilícita, [...] de quien, conviviendo con su cónyuge, mantiene relaciones sexuales más o menos periódicas con un o una amante al o a la que, por utilizar el dicho popular, «ha puesto un piso»: es decir, la primera hipótesis que se excluía del concepto por no ir ligada a una convivencia y comunidad de vida.)

A favor de la cesación del deber de fidelidad se manifiestan también, entre otros, FOSAR BENLLOCH, *Estudios de Derecho de Familia*, t. II, vol. I, Barcelona, 1982, pp. 81 ss., GALLEGO, *Las parejas...*, cit., p. 56; ESTRADA, *Las uniones...*, cit., p. 60-62; LLEBARÍA, *Hacia la familia...*, cit., p. 99; REINA/MARTINELL, *Las uniones...*, cit., pp. 39 y 40. En contra, ALBALAEJO, M., *Curso de Derecho Civil*, tomo IV, Derecho de Familia, 6.^a ed., Barcelona, 1994, p. 129, si bien advierte que el mantenimiento de tal deber «es una tesis pura y exclusivamente platónica». Otros fundamentan su vigencia en la posibilidad de reconciliación, si bien reconociendo que el artículo 84 nada dice al respecto: CASTÁN, ESPÍN, SANCHO REBULLIDA, citados por ESTRADA (p. 60, núm. 61), quien opone que aquella reconciliación no queda impedida por una eventual conducta infiel. No se pronuncian claramente, con relación a la separación judicial, DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, cit., p. 106.

Avanzando en el análisis de la situación del cónyuge separado, es de destacar que la sola admisión de la demanda de separación hace cesar asimismo la obligación de vivir juntos y la presunción de convivencia conyugal (art. 102.1.º), e interrumpe la normal vinculación de los respectivos patrimonios (art. 102.2.º): todo lo cual se refuerza tras la sentencia (*vid.* arts. 83 y 95). En definitiva, se ha observado, el casado separado se halla en condiciones de desarrollar una comunidad de vida con otra persona, dado que esa comunidad de vida ya no existe con su cónyuge. En esto consiste la libertad necesaria para integrarse en una unión no matrimonial, que es distinta de la requerida para contraer matrimonio: para llegar a ésta es imprescindible la ausencia de vínculo matrimonial (por lo que, de existir, debe esperarse hasta su total anulación, sin que baste la separación); mientras que aquélla se identifica con «la posibilidad de cumplir espontáneamente con los postulados propios de una vida familiar»¹⁵².

La posición contraria al reconocimiento de la unión no matrimonial en la cual uno de sus miembros está casado y separado podría apoyarse en la disposición adicional 10.ª, 2.ª, de la Ley 30/1981, de 7 de julio, que en materia de prestaciones de la Seguridad Social equiparó al cónyuge a la persona que hubiera convivido con el difunto, cuando no hubiera podido contraer matrimonio con él por impedírselo la legislación vigente hasta la fecha. De tal manera que en la actualidad el separado, en vista de que la legislación ahora vigente le permite el divorcio, no tendría derechos como conviviente *more uxorio*. Pero esta postura lo que niega es en general el reconocimiento jurídico de las parejas no casadas, y también de aquéllas en las que sus dos componentes están solteros, con base en el consabido razonamiento de que quien no se casa, siendo libre para hacerlo, rechaza cualquier normativa para su relación¹⁵³.

¹⁵² LLEBARÍA, *Hacia la familia...*, cit., p. 99. Es decir, puesto que el separado no tiene la obligación de convivencia ni de fidelidad para con su cónyuge, puede proyectar esta convivencia y fidelidad hacia otra persona. La «situación intermedia» consistente en defender que no puede disponer de ellas a favor de persona distinta al cónyuge, aun aceptando que no está obligado para con éste, «limita innecesariamente una libertad que encaja más en el artículo 10.1 que en el 32 CE»: *op. cit.*, p. 100.

¹⁵³ Tal razonamiento subyace a un buen número de resoluciones judiciales, que fundan en él la inaplicabilidad por analogía de las normas matrimoniales «en este caso entre personas sin impedimento legal para contraer matrimonio» (STS de 27 de mayo de 1994) o «que pudieron contraer matrimonio» (STS de 24 de noviembre de 1994). A la inversa, y en la misma dirección de la disposición adicional 10.ª citada, se ha justificado la concesión de efectos cuando «al no darse las condiciones de libertad para contraer matrimonio o no hacerlo debido a causas constitucionalmente proscritas, debe presumirse que quienes convivieron *more uxorio* lo hicieron así porque no gozaron de la libertad efectiva para contraer matrimonio y, en consecuencia, deben reconocérseles los mismos derechos que hubieran tenido de haber formado una convivencia matrimonial» (STC 155/1998, de 13 de julio).

Claro que con la lógica de la anterior argumentación se llega en ocasiones a la tesis de que debe reconocerse la unión libre entre dos personas si alguna de ellas, separada, no ha podido todavía conseguir el divorcio, por no haber transcurrido los plazos o no haber recaído sentencia: es decir, una «convivencia de hecho provisional»¹⁵⁴. Sin embargo, dicha tesis adolece de una contradicción interna: si se parte de aplicar esquemas matrimonialistas a las parejas no casadas (y de, por tanto, en el fondo no reconocerlas como tales), exigiendo de primeras el requisito de la ausencia de vínculo, ¿por qué establecer una excepción? Es decir, si se considera necesario que aquéllas vengán sujetas a los mismos impedimentos que el matrimonio por coherencia con el sistema, la propia coherencia impediría su reconocimiento aun en esa situación transitoria, pues si durante la misma no se le permite casarse, tampoco se le podría permitir soslayar esa prohibición acogiéndose a los efectos «paramatrimoniales» de la unión de hecho.

Por demás, hay que recordar posturas que, como la de Estrada o Gallego antes vistas, abogan por un plazo de cinco años para otorgar efectos a la convivencia, argumentando *inter alia* que es el tiempo máximo necesario en nuestro Derecho para obtener el divorcio (art. 86.4.ª CC). Sin embargo, con ello no exigen que efectivamente el matrimonio anterior, de existir, proceda a disolverse, por lo que el mencionado plazo no es sino indicativo de la seriedad e irrevocabilidad de la decisión de vivir en pareja, independientemente de que haya o no vínculo previo¹⁵⁵.

Una razón que a primera vista podría parecer más aceptable para excluir del ámbito de tutela a la pareja integrada por un casado separado es la que advierte del riesgo de solapamiento con el régimen del matrimonio subsistente. No obstante tampoco puede acogerse por los siguientes motivos:

1.º La separación, como se ha visto, hace cesar numerosos efectos del matrimonio y del régimen matrimonial¹⁵⁶, por lo que el hipotético ámbito de conflicto se reduce sobremanera.

2.º En los supuestos en que se produjera una coincidencia de efectos patrimoniales (*v. gr.* sucesorios¹⁵⁷) hacia las dos relaciones,

¹⁵⁴ Así llamada por HAUSER: citado en BLANCO, *Parejas no casadas...*, cit., p. 115.

¹⁵⁵ LLEBARÍA, *Hacia la familia...*, cit., pp. 98 y 99. Sobre las críticas que, además, cabe hacer al recurso a ese plazo, *vid. ibid.*, núm. 38.

¹⁵⁶ Y no sólo la legal, sino que también la de hecho está siendo considerada por las normas y la jurisprudencia como causa determinante en la práctica del cese de esos efectos, según hace notar GALLEGO (*Las parejas...*, cit., p. 57).

¹⁵⁷ LLEBARÍA SAMPER pone el ejemplo, referido al Derecho catalán, de reclamación por el cónyuge supérstite de la cuarta viudal, en una hipótesis en que la condición de sucesor testado recayera sobre el compañero o compañera.

la matrimonial no disuelta y la no matrimonial, bastaría con hacer la salvedad de que los derechos derivados del anterior matrimonio no pueden perjudicarse¹⁵⁸. No obstante, esta conclusión tampoco es en sí tajante y dependerá del tipo de efecto, de lo prolongado de la convivencia de hecho –con paralelo y prolongado cese efectivo de la convivencia conyugal– y, en su caso, de otras circunstancias que habrá que ponderar adecuadamente¹⁵⁹.

3.º La concurrencia de situaciones ya ha sido resuelta parcialmente por el legislador en el sentido de suprimir ciertos efectos positivos del anterior matrimonio para el cónyuge separado: concretamente el derecho a la pensión compensatoria del artículo 97 CC (*vid.* art. 101 I CC). Aquí se pone de paso de manifiesto otro de los fallos de la antes referida tesis de la incoherencia (la supuesta incoherencia con el sistema que según algunos se produce con la admisión de que un separado forme una pareja de hecho productora de efectos): para la perplejidad de los devotos de la misma, la propia lógica del sistema aconsejaría justo la solución contraria, esto es, que si al hecho de «vivir maritalmente con otra persona» se le concede una eficacia negativa para con el matrimonio anterior, aún no disuelto, sea razonable conferirle también efectos positivos en lo que toca a las relaciones entre los convivientes. Y ello por una elemental exigencia de protección de la persona que pierde el derecho a aquella pensión. (Recuérdese que la protección de la parte más necesitada constituye el *leit-motiv* de todas las propuestas de concesión de efectos jurídicos a la convivencia *more uxorio*.)

Porque ¿cuál es el fundamento de esta pérdida determinada por la ley¹⁶⁰? Caben las siguientes posibilidades:

a) Se trata de una sanción por la infracción del deber de fidelidad. Sin embargo se ha rechazado que dicho deber persista (y mucho más cuando hay separación judicial, como es el caso). Además el artículo 101 no se refiere específicamente a infidelidad o adulterio, sino a una conducta distinta, la convivencia marital¹⁶¹.

¹⁵⁸ GALLEGO, *Las parejas...*, cit., p. 56.

¹⁵⁹ En este sentido, las reclamaciones del cónyuge anterior pueden tener –y de hecho han tenido en la práctica de los Tribunales en alguna ocasión– la consideración de abuso de Derecho. Así, en la STS de 13 de junio de 1986, donde se estimó como acto contrario a la buena fe la petición de los derechos de viudedad aragonesa por una esposa de quien el fallecido llevaba separado de hecho, mediando acuerdo mutuo, más de cuarenta años, tiempo durante el cual había pasado a convivir con otra mujer. (*Vid.* VIDAL MARTÍNEZ, «Relación no matrimonial: reflexiones sobre los conceptos de separación de hecho, abuso de derecho, buena fe y equidad. Comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 13 de junio de 1986», en *Revista General de Derecho*, núm. 508 y 509, 1987, pp. 33-47).

¹⁶⁰ Acerca de dicho fundamento, *vid.* autores citados en GALLEGO, *Las parejas...*, cit., p. 438.

¹⁶¹ Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, cit., p. 106.

Por otra parte, cabe señalar que, *a contrario*, la concesión de esa pensión es independiente de que el cónyuge que tiene derecho a ella al quedar en peor situación haya sido el «causante» de esa separación por su conducta infiel ¹⁶².

b) El precepto se basa en una presunción de que quien convive maritalmente con otra persona está recibiendo adecuado sustento y ha desaparecido la situación de desequilibrio que motivó la concesión de la pensión. Esta parece ser la interpretación más extendida ¹⁶³, ¹⁶⁴. Sin embargo esta presunción no va acompañada de una obligación paralela de mantenimiento entre convivientes, ni la norma tiene en cuenta si realmente el compañero está atendiendo a las necesidades del cónyuge separado: la extinción es, por el contrario, automática ante el hecho de la convivencia ¹⁶⁵. Y esto es justamente lo que apoya la juridificación de ese derecho-deber de mantenimiento entre convivientes, por más que éste se cumpla espontáneamente durante la relación (no así a la ruptura de la misma) ¹⁶⁶. Podría alegarse que para conseguir esos efectos existe

¹⁶² Sobre esta «irrelevancia de la culpa» *vid.* GARCÍA RUBIO, M. P., *Alimentos entre cónyuges y convivientes de hecho*, Madrid, 1995, pp. 144-145.

¹⁶³ *Vid.* ESTRADA, *Las uniones...*, pp. 303-312, donde se hace un repaso de las normas de origen legal o jurisprudencial que en otros Derechos suprimen de modo análogo las pensiones por separación o divorcio ante la ulterior unión extramatrimonial del acreedor. (También, en GALLEGO, *Las parejas...*, cit., pp. 435-438; y más ampliamente en NOIR-MASNATA, *Los efectos patrimoniales...*, cit., *passim*.) Estas normas se han justificado en ocasiones mediante el increíble principio, seguido en una época por jurisprudencia y doctrina alemanas, de que «el marido divorciado no tiene por qué financiar el concubinato de su ex esposa». (Lo cual también se ha alegado en ocasiones en Derecho español: *vid.* GITRAMA GONZÁLEZ, M., «Notas sobre la problemática jurídica de la pareja no casada», *Separata del libro-homenaje al prof. J. Beltrán de Heredia y Castaño*, Salamanca, 1984, p. 229.) Pero, en general, se fundan en la desaparición de la situación de necesidad, si bien no siempre o no a menudo implican una comprobación de que ello, efectivamente, es así, ni mucho menos originan una obligación jurídica de asistencia recíproca entre los convivientes. (*Vid.* texto a continuación.) La *ratio* última de esta atribución de eficacia negativa a las uniones extramatrimoniales viene a ser así el evitar una propagación de éstas motivada por el deseo de no perder ventajas económicas en caso de segundo matrimonio. El mismo fin inspira las disposiciones que prevén la extinción de la pensión de viudedad en las mismas circunstancias (en Derecho español, la disposición adicional 10.ª, apartado 5.º, de la Ley 30/1981, de 7 de julio).

¹⁶⁴ Hay que tener en cuenta, no obstante, que la naturaleza de la pensión compensatoria del artículo 97 no es exactamente alimenticia —como sí lo son muchas de las prestaciones que se conceden en el Derecho comparado— y, por tanto, observan Díez-PICAZO y GULLÓN, no sustituye ni resulta incompatible con los alimentos que se hubieran acordado en caso de separación: si bien a renglón seguido precisan que «en tal caso se disminuiría considerablemente la apreciación del desequilibrio» (*Sistema...*, cit., p. 138). Hace esta apreciación sobre el carácter de la pensión, ya en relación con lo dispuesto en el artículo 101, TORRES LANA, J. A., en *Matrimonio y Divorcio. Comentarios a las reformas del Título IV del Código Civil*, coordinados por LACRUZ BERDEJO, Madrid, 1982, p. 791.

¹⁶⁵ Critican esta regulación GALLEGO, *Las parejas...*, cit., p. 438 —quien por eso afirma que la justificación es sólo parcial—, y GARCÍA RUBIO, *Alimentos...*, cit., p. 205. El primero no obstante opina que se evitan así los posibles fraudes derivados de las dificultades de prueba; en sentido parecido a ESTRADA (*vid.* nota siguiente).

¹⁶⁶ ESTRADA, que explica la extinción automática como modo realista de resolver las dudas que podía plantear el tener que calibrar el estado de necesidad (según la antigua pen-

ya la vía matrimonial, dado que el fin de la norma fue precisamente conjurar los fraudes ocasionados por no contraer nupcias para no perder la pensión, a pesar de hallarse cubiertas las necesidades del perceptor. Pero la objeción no puede ser acogida, pues supondría una inadmisibles constrictión de la libertad, en contra de la doctrina del TC que veta que desde la legislación se impongan dificultades excesivas a quien decide vivir en pareja sin casarse. Dicho de otro modo, el argumento aún podría considerarse si no se hubiera otorgado esa eficacia negativa a la convivencia extramatrimonial por el artículo 101 CC, o si aquella dependiera de la real cobertura de las necesidades. Pero puesto que ello no ha sido así, y en vista de los problemas que esta última alternativa entrañaría, parece razonable autorizar la conversión del efecto positivo «fáctico», que la norma toma como presupuesto de su efecto negativo, en efecto positivo jurídico¹⁶⁷.

sión de alimentos por separación), a cambio fundamenta, en la línea de la jurisprudencia italiana, una obligación natural de asistencia entre compañeros, basada en los principios de justicia, equidad y solidaridad: *vid.* pp. 310 y 311. Pero ello sigue sin justificar aquella extinción automática, dada precisamente la no exigibilidad de una obligación natural, que únicamente operaría como «justa causa», a los efectos del artículo 1.901, de las atribuciones espontáneamente realizadas, y daría lugar a la *soluti retentio*. El autor parece por ello condicionar aquella extinción a que la obligación natural en efecto se cumpla: «Cumplida [...] cesará temporalmente la obligación alimentaria del otro cónyuge». Y dice «temporalmente» porque a continuación especifica que «cuando la unión marital termine y cese la asistencia recíproca entre convivientes –aunque el art. 101 no disponga nada al respecto– ha de entenderse que renace con ello el derecho a percibir la pensión (de separación o divorcio) suspendida. De no ser así se dejaría al *ex cónyuge* en la más absoluta de las miserias, salvo que [...] tuviera derecho a percibir una indemnización del *ex conviviente*» (p. 311). *Vid.* también GALLEGO, *Las parejas...*, cit., p. 442 y 443, que no cree que se pueda llegar a esa solución –suspensión y posterior renacer de la pensión– con la letra de la Ley, aunque estima que sería de justicia; y GITRAMA, *Notas...*, cit., pp. 229 y 230, quien postula remitir cada caso concreto a los Tribunales.

¹⁶⁷ Ahora bien, que sea conveniente no significa que la consecuencia positiva se pueda extraer directamente de la norma que atribuye el efecto negativo, pues, como subraya GARCÍA RUBIO (*Alimentos...*, cit., p. 205), tal razonamiento supone un salto lógico inaceptable. Pero igual que resulta chocante que la convivencia marital no sirva para conceder la pensión de viudedad y en cambio sí para perder el derecho a la pensión del 97 (GONZÁLEZ PORRAS, J. M., *Uniones de hecho y pensiones de la Seguridad Social*, Madrid, 1992, p. 21), también lo es negar la posibilidad de configurar una obligación recíproca de mantenimiento entre convivientes. Sorprende también –abundando en las contradicciones y aunque esto no se refiera ya sólo al supuesto de que uno de los convivientes esté separado, sino a la convivencia de hecho en general–, que los gastos que genera esta última no se incluyan en el concepto de «carga familiar» a los efectos de reclamar el subsidio por desempleo (RD 625/1985, de 2 de abril, art. 18) o que tampoco compute a efectos del reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita (art. 3.2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, y art. 8, modelo Anexo I, del RD 3103/1996, de 20 de septiembre). Parece con ello que en muchos casos el legislador presupone que sólo ingresan, gastan, se alimentan y se ayudan entre sí quienes están casados (LEBARÍA, *Hacia la familia...*, cit., p. 28): y, sin embargo, el mismo legislador deja de presuponerlo cuando de suprimir la pensión compensatoria se trata.

Por otra parte, el artículo 101 CC no hace referencia a la situación inversa, esto es, a que el que conviva maritalmente con otra persona sea el obligado a satisfacer la pensión. Desde la doctrina se estima en general que una eventual reducción de dicha pensión *ex artículo 100* sólo vendría justificada por la presencia de hijos en la unión extramatrimo-

Por otro lado, existe en la legislación española otra norma, de entre las que atribuyen algún efecto a la convivencia no matrimonial, que prevé la eventualidad del vínculo matrimonial subsistente de alguno de los unidos de hecho: se trata de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, que en la nota 3 a la Tabla I de su anexo (relativa a la concesión de indemnizaciones por muerte) indica que «en los supuestos de concurrencia [de cónyuge separado o divorciado que, por tener derecho a la pensión compensatoria del art. 97 CC, lo tiene también a indemnización] con uniones conyugales de hecho [...] la indemnización fijada [...] se distribuirá entre los concurrentes en proporción a la cuantía que les hubiera correspondido de no haber concurrencia.» El concepto de «unión conyugal de hecho» a esta previsión subyacente, según el cual tienen cabida en el mismo los casados separados, concuerda así con las directrices contenidas en la memoria explicativa que acompaña a la Recomendación R(88) 3 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los estados miembros sobre la validez de los contratos entre las personas que viven juntas como pareja no casada y de sus disposiciones testamentarias¹⁶⁸. En este texto se indica que, si bien el Comité no ha formulado un concepto de pareja no casada, por estimar que ello corresponde a la legislación nacional, se tiene presente la relación entre un hombre y una mujer que viven juntos fuera del matrimonio, «estén o no casados con otra persona».

En cuanto a la postura de la jurisprudencia, es de señalar que en ella el vínculo matrimonial previo subsistente no ha sido en general un obstáculo para apreciar la existencia de una unión extramatrimonial: *vid. ad. ex.* la SAP de Granada de 28 de junio de 1993 («Al margen de que la señora M. estuviese casada con un tercero, y subsistiese el vínculo matrimonial, es lo cierto que de modo ininterrumpido convivió desde la fecha dicha con el señor O. [...] el hecho de que la señora M.A. ostentase la condición de casada, por no haberse disuelto su anterior matrimonio, en nada le impediría adquirir bienes en común con el señor O.»); o las SSAP de Asturias de 22 de junio y de 4 de noviembre de 1994, las cuales, a pesar de en ambos casos hallarse una de las partes separada de su cónyuge,

nial del obligado, pero no en ausencia de los mismos, dada la primacía legal de la unión matrimonial (ESTRADA, *Las uniones...*, cit., pp. 311 y 312, y GALLEGO, *Las parejas...*, cit., p. 444). La conclusión es discutible, pues esa unión matrimonial está en trance de extinguirse o se ha extinguido, y en todo caso no constituye ya una familia: no parece razonable que un residuo de familia prime rotundamente sobre la familia actual. Sería preferible sopesar las necesidades respectivas de sustento y de capacidad económica, en la línea de alguna jurisprudencia y doctrina italiana (citada en aquellos autores).

¹⁶⁸ *Vid.* BIMJ, núm. 1531, de 25 de junio de 1989, pp. 2727 a 2730.

se afirma rotundamente la existencia de sendas uniones *more uxorio* con el actual conviviente, al concurrir los requisitos enunciados por la STS de 18 de mayo de 1992. Recuérdese, de hecho, que la definición dada por esta sentencia no excluye explícitamente a nadie de la posibilidad de constituir una pareja no casada, al centrarse sólo en los elementos objetivos de la relación: las personas admitidas se entiende por tanto que lo serán en función de su capacidad de desarrollar efectivamente esos elementos objetivos ¹⁶⁹.

Las normas reguladoras de los Registros administrativos de uniones civiles no mantienen, sin embargo, una postura uniforme sobre la cuestión: si bien la mayoría no exige el requisito de la ausencia de ligamen previo, existe algún ejemplo en que así ocurre: *vid.* artículo 4 del Decreto 71/1994, de 29 de septiembre, del Gobierno asturiano, que crea el Registro de Uniones de Hecho del Principado de Asturias.

d) La no concurrencia de impedimentos matrimoniales en sentido estricto

Finalmente, suele señalarse como requisito de configuración de la unión libre, la no concurrencia de impedimentos matrimoniales entre los miembros de la pareja ¹⁷⁰. La remisión obligaría a excluir a las parejas en que uno de los miembros estuviera afectado por alguna de las prohibiciones (relativas) del artículo 47 CC: impedimentos de parentesco (arts. 47.1.º y 2.º CC) y conyugicidio (art. 47.3.º) ¹⁷¹.

Al respecto no ha sido infrecuente destacar que su virtualidad en la convivencia no matrimonial en sentido restringido guarda cierta relación con su carácter dispensable o no para el matrimonio. Es decir, los impedimentos dispensables para el matrimonio (parentesco colateral de tercer grado y conyugicidio: *vid.* art. 48 CC) deberían serlo también para la pareja no casada, si bien respecto a ella no puede hablarse de una propia dispensa (como tampoco hay impedimento en sentido técnico): se trataría simplemente de permitir la existencia de

¹⁶⁹ No obstante, la también varias veces citada SAP de Baleares de 18 de mayo de 1998, que inserta una definición de unión de hecho tomada, a decir del juzgador, de «la mejor doctrina», sí acoge la necesidad de la ausencia de vínculo matrimonial subsistente (a pesar de que «la mejor doctrina», como se acaba de ver, no coincide en la exigencia de este requisito). Esto, sin embargo, no tiene trascendencia en el fallo concreto.

¹⁷⁰ *Vid. ad. ex.* HERNÁNDEZ RUIZ y otros, «Las uniones extramatrimoniales estatales y libres», en *Anuario de la Escuela Judicial* (1970), VIII (citado en ESTRADA, *Las uniones...*, cit., p. 75); LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, M., *Las uniones paramatrimoniales ante los procesos de familia. Guía práctica y jurisprudencia*, Madrid, 1994, pp. 29 y 32.

¹⁷¹ Hay que precisar que a menudo, cuando se aborda este punto, se toma la noción de impedimento en sentido amplio, comprensiva, por tanto, también de las prohibiciones (absolutas) del artículo 46 CC (*vid. ad. ex.* REINA/MARTINELL, *Las uniones matrimoniales...*, cit., pp. 38-41). Examinadas ya éstas en los apartados anteriores, aquí resta sólo por considerar los impedimentos en sentido estricto, enunciados en el artículo 47 CC.

una unión conformada por personas en quien concurra una de esas circunstancias, calibrando en su caso la conveniencia y la licitud de la continuación de la situación en función de las circunstancias ¹⁷², y concederle los efectos que en general se otorgan a las parejas no casadas.

Por lo que hace a los impedimentos no dispensables, la noción de orden público arraigada en la conciencia social y jurídica impone que también se excluyan del ámbito subjetivo de la convivencia no matrimonial en sentido restringido las uniones incestuosas (entre parientes por consanguinidad o afinidad en línea recta sin límite de grado y en línea colateral hasta el segundo) ¹⁷³, sin perjuicio de los efectos que desde otro punto de vista –pero no en cuanto pareja no casada– surjan de aquéllas ¹⁷⁴.

El planteamiento que se acaba de exponer coincide con la exigencia, constante en los Registros administrativos de uniones civiles, de que los miembros de las parejas no sean «entre sí parientes por consanguinidad o adopción en línea recta o por consanguinidad en segundo grado colateral» (*vid.* por todos el art. 3 del Decreto creador del Registro de Vitoria ¹⁷⁵).

C) *Elementos formales*

a) Ausencia de forma constitutiva y delimitación de otras figuras

Hablar de los elementos formales del concepto de pareja no casada supone, en primer término, destacar precisamente la ausen-

¹⁷² LLEBARÍA se muestra en este punto aún más rotundo, pronunciándose a favor de la admisibilidad, sin más, de una unión de estas características: «En la medida en que dichos impedimentos sean dispensables [...], no veo motivo para que impidan la unión libre, pues actuarían por ley, en protección de la institución matrimonial, como refuerzo ético y del libre acceso a la misma». (*Hacia la familia...*, cit., p. 103). No obstante, ha de tenerse en cuenta lo chocante que de por sí resulta el hecho de que un impedimento como el de conyugido se configure en la ley como dispensable sin necesidad de alegar justa causa: *vid.* GARCÍA CANTERO, Comentario a los artículos 42 a 107 del CC, en *Comentarios al Código Civil...*, cit., p. 89. (Entienden que es precisa la alegación de justa causa, pese al silencio del Código, Díez-PICAZO /GULLÓN, *Sistema...*, cit., p. 79.)

¹⁷³ *Vid.* nuevamente LLEBARÍA SAMPER, *Hacia la familia...*, cit., *ibid.* También ESTRADA, *Las uniones...*, cit., p. 76; FOSAR BENLLOCH, «La Constitución española de 1978 y la unión libre», *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 4, 1982, p. 920; REINA/MARTINELL, *Las uniones matrimoniales...*, cit., pp. 40 y 41. Estos últimos señalan que en estos casos, ciertamente excepcionales, el impedimento existente repugna a la conciencia social, como lo demuestra el hecho de que no sólo no es dispensable, sino que tampoco existe, para el matrimonio, la posibilidad de establecer una «solución legal alternativa», como sí ocurre con el otro impedimento no dispensable –que se examina en el texto a continuación–, el de vínculo matrimonial previo, cuya «solución» es el divorcio.

¹⁷⁴ *V. gr.* sobre todo la especial tutela que se dispensa al nacido de ellas y que le permite invalidar la determinación no consentida de su filiación (art. 125 CC).

¹⁷⁵ Decreto del Alcalde de Vitoria de 28 de febrero de 1994 (B.O. del Territorio Histórico de Álava núm. 30, de 11 de marzo de 1994).

cia de formalidades solemnes constitutivas de la relación. Y es que la pareja no casada se constituye como consecuencia del desarrollo material de una comunidad de vida semejante a la de los cónyuges. Esta circunstancia salta a primera vista como una de las diferencias esenciales entre matrimonio y pareja no casada¹⁷⁶, lo que se deja sentir en alguna de las denominaciones empleadas para esta última figura: «matrimonio sin papeles», «matrimonio informal», «*Ehe ohne Trauschein*», etc.

Estos gráficos términos no son, sin embargo, exactos, inducen a error y enturbian una adecuada delimitación con otras realidades. En efecto, la utilización del *nomen* de matrimonio y la insistencia en la ausencia de formalización como (sola) nota diferencial, sin matizar, entronca nuevamente con la confusión entre semejanza (del elemento objetivo de la relación) y analogía con el matrimonio. Y ello en rigor lleva a exigir idénticos requisitos subjetivo, sin que los efectos sean a pesar de todo análogos...

Porque si lo fueran estaríamos en presencia de una figura distinta: el matrimonio consensual o por comportamiento. Éste sí es, en los sistemas donde se admite en la actualidad o se admitió en el pasado, un auténtico «matrimonio al que sólo le falta el certificado». Es lógico, por tanto, que los requisitos subjetivos sean los mismos, porque también lo son los efectos¹⁷⁷.

En el Derecho pretridentino se admitía con frecuencia esta posibilidad, como herencia del modelo romano de matrimonio privado, y de la que son ejemplos el matrimonio «a iuras» español (prohibido por Felipe II en 1564) o el impropriadamente denominado «*Common Law marriage*» (*marriage by mere consent, marriage by living and repute*) anglosajón, abolido definitivamente (tras el Decreto Tametsi de 1563) en Inglaterra por la Lord Hardwick's Act de 1753 (en Escocia se prolongó sin embargo, hasta 1940: Marriage Scotland Act, 1939).

El *Common Law marriage* subsiste en los Estados norteamericanos de Alabama, Colorado, Idaho (para los constituidos antes de del 1 de enero de 1996), Iowa, Kansas, Montana, Ohio, (para los constituidos antes del 10 de octubre de 1991), Oklahoma, Pennsylvania, Rhode Island, Carolina del Sur, Texas y Utah (New Hampshire lo reconoce sólo parcialmente, a efectos sucesorios). Los requisitos básicos de estas legislaciones estadounidenses son, junto a la convivencia por un período de tiempo significativo, el consentimiento matrimonial («intending to be married») y una auténtica (ahora sí)

¹⁷⁶ Vid. ESTRADA, *Las uniones...*, cit., p. 53; GALLEGU, *Las parejas...*, cit., p. 69, y los que citan.

¹⁷⁷ Como recalca GALLEGU, «la diferencia jurídica material que existe entre matrimonio consensual y unión de hecho es la misma que existe entre matrimonio y no matrimonio: el matrimonio genera un *status* especial en los cónyuges, situándolos en un entramado de obligaciones y derechos predeterminados por la ley» (*Las parejas...*, cit., p. 75).

«posesión de estado» matrimonial («holding out as a married couple»), que incluye el *nomen* y la *fama*. Este matrimonio produce todos los efectos del matrimonio formal y, en particular, sólo puede ser disuelto por divorcio ordinario, judicial (no hay «*Common Law divorce*»). Las diferencias con la «*unmarried cohabitation*» son, pues, en principio claras, si bien no deja de apreciarse confusión en los profanos: es relativamente frecuente la creencia de que el hecho de convivir en pareja durante un tiempo da lugar a un matrimonio. Las dudas y dificultad de prueba sobre la intención de las partes dan lugar a no pocos conflictos, en los que en ocasiones se trata de convertir lo que en rigor era una pareja no casada en un «*Common Law marriage*». Esto, y el hecho de en definitiva tratarse de un anacronismo poco justificable en la actualidad, han llevado a la mayoría de los Estados a suprimir la figura de sus regulaciones.

Se acercan al fenómeno del matrimonio consensual, a pesar de llevar legislativamente el nombre de uniones de hecho, los supuestos de asimilación al matrimonio de las regulaciones iberoamericanas. Algunas de éstas, al tender «puentes de oro» para la conversión de uniones no formalizadas en matrimonios, otorgándoles los plenos efectos de este de modo retroactivo una vez se ha producido el registro o aprobación judicial de las mismas, hacen de ellas un matrimonio consensual durante el tiempo en que han durado hasta su registro, y un matrimonio formal a partir de éste. Aunque en ocasiones la regulación está dispuesta de tal forma que del matrimonio consensual se pasa al matrimonio forzoso, al no requerirse solicitud de ambas partes (consentimiento matrimonial, por tanto) para solicitar el registro: v. gr. en Panamá, Guatemala o Cuba (no así en Bolivia). (*vid.* Müller-Freienfels, «*Cohabitation...*», cit., p. 264). Lo mismo ocurría en la propuesta de regular el «matrimonio por comportamiento» en el Código Civil del Estado mexicano de Oaxaca (Ortiz Urquidi, R.: «El matrimonio por comportamiento», en *Centenario del Código Civil*, Pinoso, 1989, pp. 257-271).

Otro ejemplo de matrimonio consensual «*ex post facto*» lo suministra la regulación de la República de Cabo Verde, que asimismo concede efectos retroactivos a la *união de facto* previa solicitud de ambos convivientes: lo cual aparece en aquella legislación diferenciado del derecho que asiste a la compañera de solicitar efectos similares a los del divorcio, incluyendo pensión alimenticia, a la ruptura de una unión de hecho que *no* se ha convertido en matrimonio. (*Vid.* Müller-Freienfels, W., «*Cohabitation and marriage law. A comparative study*», *International Journal of Law and the Family*, 1, 1987, p. 265.)

Esto conduce asimismo a hablar, como supuestos de matrimonio y no de verdadera pareja no casada, del reconocimiento *a posteriori* de matrimonios contraídos bajo la presión de los acontecimientos, sin respeto de las prescripciones formales (así, en la República Federal de Alemania, tres leyes del año 1950: la Ley de 17 de marzo sobre la situación jurídica de los deportados y refugiados, la Ley de 23 de junio sobre el reconocimiento de los matrimonios de hecho de personas perseguidas por motivos raciales y políticos y sobre el reconocimiento *a posteriori* de matrimonios de

urgencia: *vid.* Müller-Freienfels, en *Les problèmes juridiques posés par les couples non mariés*. Actes du onzième colloque de droit européen, Estrasburgo, 1982, p. 82).

Finalmente, aunque no produce todos los efectos del matrimonio oficial, suele citarse el ejemplo del matrimonio consensual tradicional japonés («*naien*»), al cual, una vez introducido un sistema de matrimonio público, de registro obligatorio, se le concede el trato de una unión de hecho cualificada, con muchas consecuencias análogas a las del matrimonio, y que permanece diferenciada de la simple convivencia («*dohsei*»): *vid.* Müller-Freienfels, «Cohabitation...», pp. 278 y 279).

Esta delimitación no siempre se realiza, e incluso en ocasiones se vincula expresamente la noción de unión de hecho con la de matrimonio consensual¹⁷⁸, quizá en parte con el influjo de las regulaciones hispanoamericanas (y del *nomen iuris* utilizado por las mismas). Debe sin embargo insistirse en que en nuestro Ordenamiento el matrimonio es siempre un acto solemne, y que además en nuestro contexto social y geográfico las razones de la existencia de uniones libres, aun siendo en sí variadas, no pueden reconducirse a las que en otros entornos aconsejan una asimilación al matrimonio¹⁷⁹. Porque en última instancia, cualesquiera que sean los motivos de índole individual subyacentes a la decisión de convivir en pareja sin casarse, todos entrañan una voluntad objetiva contraria al matrimonio. Esta afirmación no supone admitir el tópico de que «quien no se casa, pudiendo hacerlo, es porque no quiere...»: la voluntad contraria al matrimonio no tiene por qué ser permanente o de principio, ni se identifica con el rechazo de una o toda disciplina. Pero sí implica que el consenso sobre el hecho de la convivencia que deriva de la *affectio* no es igual al consentimiento matrimonial, esto es, al que recae sobre el ingreso en la institución definida por la ley, con aceptación de sus consecuencias igualmente predefinidas de modo legal. Lo cual se traduce en que «la ausencia

¹⁷⁸ *Vid. ad. ex.* LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, *Las uniones paramatrimoniales...*, cit., p. 28: «existiendo convivencia con carácter de matrimonio, con consentimiento por ambas partes para mantener esta unión *more uxorio*, existe en realidad un matrimonio consensual, aunque no formal, y es precisamente esto lo que hace que la pareja tenga determinados derechos y obligaciones entre sí, al formar una unión paramatrimonial».

¹⁷⁹ La delimitación ha quedado clara también en sede judicial: la STS de 16 de diciembre de 1996 recalca que en nuestro contexto jurídico y social las parejas no casadas «no constituyen matrimonios informales consolidados por el Derecho, como fue el matrimonio por uso del derecho romano que terminó imponiéndose a las formas solemnes o como el matrimonio *a iuras* del Derecho castellano, que fue aceptado por la Iglesia, hasta la disciplina derivada del Concilio de Trento que instituyó la forma como requisito necesario para la existencia del matrimonio. Ni tampoco deben confundirse con matrimonios de segundo orden o sucedáneos del mismo. En realidad suponen en unos casos alternativa al matrimonio y, en otros, una preparación al matrimonio que se contempla como culminación de la satisfactoria convivencia».

de forma no es un elemento puramente objetivo, sino que viene concebido por un factor subjetivo»¹⁸⁰. A diferencia del verdadero matrimonio consensual en el que –justamente porque se trata de un matrimonio, y no de una forma de convivencia que se presenta, siquiera temporal o circunstancialmente, como alternativa al mismo–, sí existe consentimiento matrimonial (manifestado en privado y sin formalidades oficiales)¹⁸¹. La comparación con el matrimonio consensual permite subrayar también otra «carencia formal» de la pareja no casada: y es que si aquél es informal en su comienzo, no lo es en la disolución en vida, que tiene que seguir el procedimiento ordinario; mientras que en ésta no sólo la «constitución», sino tampoco la ruptura siguen trámite alguno¹⁸².

No obstante, la nitidez de la distinción, que se mantiene dentro de un concepto de convivencia no matrimonial (en sentido restringido) no institucionalizador de la misma, sino instrumental y flexible, correspondiente a una toma en consideración del fenómeno por parte del Derecho que tenga el propósito de tutelarlos por razones de justicia, vuelve a difuminarse ante propuestas y regulaciones acabadas que a la postre efectúan esa institucionalización. Aunque ello va a ser objeto de atención en el próximo capítulo, puede adelantar-

¹⁸⁰ SÁNCHEZ LORENZO, «Las parejas no casadas...», cit., p. 494.

¹⁸¹ Lo hasta aquí dicho no empece la conexión del fenómeno de la convivencia no matrimonial con la reacción a la rigidez de la forma matrimonial (siendo aquí «forma» una noción más amplia que la de formalidad, equivalente a institución), que en parte subyace a y explica el mismo. Esto ha llevado a la doctrina a sondear en la evolución histórica del matrimonio desde su consideración como una situación fáctica, un acto privado y consensual en las fuentes romanas, hasta su institucionalización según el modelo canónico, que trae consigo *inter alia* la exigencia de una forma constitutiva de celebración. (Vid. REINA/MARTINELL, *Las uniones matrimoniales...*, cit., pp. 13, 14, 31 y 32; NAVARRO-VALLS, *Matrimonio y Derecho*, cit., pp. 65 ss.; Se detienen en especial a analizar las razones de aquella exigencia, LÓPEZ-BURNIOL, J. J., «La Ley catalana de uniones estables de pareja», *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 3, 1999, pp. 18-23, y los allí citados). La pareja no casada se presenta así, ponen de relieve aquellos autores, como una alternativa al matrimonio legal e institucional no sólo carente de forma, sino de otros elementos configuradores de aquella institución, como otro modo de encauzar una realidad semejante, en el fondo la misma. Sólo en este sentido «sociológico», que atiende al sustrato material de una y otra relación, deben entenderse afirmaciones como las de que «está muy extendida la convicción de que lo único que diferencia la simple unión de hecho [...] del matrimonio reside en que este último se ha celebrado con los requisitos de forma y solemnidades prescritos por la legalidad vigente...» (VILADRICH, *La agonía del matrimonio legal*, cit. en LÓPEZ BURNIOL, «La ley catalana...», cit., p. 15). No cabe duda, no obstante, de que ese trasfondo alude a una realidad compleja, en la que se entrecruzan los procesos de jurificación de la pareja no casada y desjurificación del matrimonio, y que acaba desembocando en las propuestas de redimensión del entero fenómeno familiar (REINA/MARTINELL, *Las uniones matrimoniales...*, cit., p. 124) y en las predicciones sobre una futura absorción del matrimonio y la unión libre dentro de una concepción de la familia en sentido natural (CERDÁ GIMENO, «La situación actual...», cit., p. 560).

¹⁸² Vid. *supra* núm. 33 sobre la informalidad de la disolución como nota diferencial entre matrimonio y unión libre, y p. 53 sobre la inexistencia de un «divorcio de *Common Law*».

se que surge así una figura híbrida, una categoría intermedia, que ni es unión de hecho (porque introduce requisitos matrimoniales que dejan fuera supuestos, lícitos y necesitados de tutela, que entran en el concepto según todo lo hasta ahora examinado), ni matrimonio consensual, porque ni produce todos los efectos de un matrimonio, ni en todos los casos están ausentes los elementos formales constitutivos.

Dejando esto aparte, y volviendo a la cuestión de la distinción entre pareja no casada y otras figuras, suele en segundo término aludirse a cómo la misma ausencia de forma, que denota a su vez una falta de consentimiento matrimonial, permite diferenciar la primera de los llamados matrimonios putativos. En ellos —regulados en nuestro Derecho en el artículo 79 CC— hay consentimiento matrimonial de al menos una de las partes (llamadas precisamente «contrayentes»), y se requiere un mínimo de forma o apariencia matrimonial. Sólo el caso de matrimonio nulo en que concurra mala fe por parte de ambos sujetos (con falta absoluta de consentimiento matrimonial, por tanto) podría tener la consideración de pareja no casada, si concurren sus rasgos definitivos¹⁸³.

Finalmente, existen uniones en que al consentimiento indubitablemente matrimonial va aparejada una forma solemne, pero no oficial, y no se constituye un matrimonio a efectos civiles. Es el caso de los matrimonios religiosos no reconocidos, de los que un tanto apresuradamente se dice que tienen la consideración de uniones de hecho¹⁸⁴. Esta afirmación, que se sustenta en la propia ambigüedad del término, requiere ser matizada: no cabe duda de que siempre serán uniones *de mero hecho*, en tanto que su existencia puramente fáctica, al margen del Derecho, es inevitable (salva la hipótesis de persecución o represión). Pero que además entren o no en el concepto de pareja jurídicamente relevante dependerá de que en ellas concurren los elementos objetivos y subjetivos que integran aquel. Esto permitía excluir, *v. gr.*, el segundo o sucesivos matrimonios en supuestos de poligamia, que son un ejemplo claro de matrimonios religiosos sin efectos civiles¹⁸⁵.

¹⁸³ Por lo que hace a las relaciones entre dichos sujetos, puesto que respecto de los hijos se mantienen los efectos ya producidos del matrimonio nulo, a pesar de la mala fe, según el citado artículo 79. V. GALLEGO, *Las parejas...*, cit., p. 74, quien señala cómo el Derecho argentino contempla expresamente la conversión en «mero concubinato» del matrimonio nulo con mala fe (art. 223 del Código Civil).

¹⁸⁴ Así, NOIR-MASNATA, *Los efectos patrimoniales...*, cit., p. 33; GALLEGO, *Las parejas...*, cit., p. 76.

¹⁸⁵ En realidad, la respuesta de los distintos Ordenamientos al problema de los matrimonios celebrados conforme a ritos religiosos, raciales o tradicionales no reconocidos es variada. En ocasiones se posibilita su conversión en matrimonios con efectos retroactivos (tal es el caso de los matrimonios musulmanes en Turquía tras la introducción del matrimo-

b) Elementos formales en sentido amplio

En la pareja no casada se señala también la presencia de elementos formales en un sentido no técnico. Así, en primer lugar, algunos autores estudian en este apartado aspectos que aquí se han referido como calificadores del elemento objetivo de la convivencia marital: concretamente la notoriedad y publicidad o incluso la estabilidad¹⁸⁶.

Por otro lado, la redacción de un contrato de convivencia, incluso otorgado ante notario, o la inscripción en un registro (como los municipales o autonómicos de uniones civiles, en España) introducen una cierta dimensión formal: pero estas «formas», *antes de (algunas) regulaciones legislativas (v. infra III)*, son en todo caso opcionales y *ad probationem*, nunca *ad solemnitatem*. El reconocimiento de consecuencias jurídicas de las uniones de hecho no debiera estar condicionado a la constancia formal de las mismas por alguno de esos medios¹⁸⁷, pues ello desvirtuaría el propio concepto.

1.3. Conclusión: concepto de pareja no casada como realidad familiar no institucional alternativa al matrimonio; exclusiones del concepto

Recapitulando, puede concluirse que la noción de convivencia no matrimonial en sentido restringido subyacente a las normas,

nio civil obligatorio: MÜLLER-FREIENFELS, «Cohabitation...», cit., pp. 266-267). En otras se les da el trato de unión libre, acaso privilegiada (v. gr. matrimonios religiosos celebrados en Italia entre 1866 y 1929. Aquí cabría incluir también el fenómeno del *naïen* japonés: vid. ESTRADA, *Las uniones...*, cit., pp. 42-43). En España, casi todos los matrimonios religiosos pueden inscribirse sin problemas, y cuando eso no es posible, por razones de orden público, muy probablemente esas mismas razones impedirán la consideración también de pareja no casada, como en el ejemplo del matrimonio poligámico. La aplicación de la doctrina de la convivencia no matrimonial en sentido restringido puede ser de utilidad en algunos supuestos marginales, v. gr. el matrimonio celebrado según el rito gitano. (Vid. SERRANO MORENO, «Una propuesta para la tutela jurídica...», cit., p. 1722).

¹⁸⁶ Vid. GALLEGO, *Las parejas...*, cit., pp. 71-72; CERDÁ GIMENO, «La situación actual...», cit., pp. 574-575.

¹⁸⁷ REINA/MARTINELL, *Las uniones matrimoniales...*, cit., p. 37. Y es que, en ausencia de una regulación orgánica, para probar la existencia de la relación de convivencia pueden emplearse cualquiera de los medios admitidos en Derecho: prueba testimonial o confesión judicial, a través de declaraciones juradas; informes de la policía municipal; certificados de los Ayuntamientos con apoyo en el padrón municipal; y pruebas documentales diversas (cartas, fotografías, cuentas corrientes comunes...). La inscripción en un Registro municipal de uniones civiles puede incrementar el valor probatorio que antes derivaba del padrón municipal, aunque sin tener ni mucho menos la eficacia de una inscripción en el Registro civil. (Vid. VILLAGRASA ALCAIDE, C., «Los Registros municipales de uniones civiles», en MARTINELL-ARECES PIÑOL, *Uniones de hecho*, cit., p. 517).

jurisprudencia y doctrina anterior a las regulaciones orgánicas, hace referencia a la pareja no casada compuesta por dos personas de distinto o (en las aproximaciones más avanzadas) del mismo sexo, que conviven de modo semejante a como lo hacen los cónyuges en el matrimonio, pero sin formalizar su convivencia acudiendo a esta institución legal. La semejanza de su relación con el matrimonio alude al sustrato material de éste: el establecimiento de una comunidad de vida y de cuidados, cualificada por la presencia de la *affectio maritalis* o consenso diariamente renovado de vivir una relación de tal índole. La maritalidad de esa convivencia presta a la misma las notas de su estabilidad, exclusividad y, generalmente, de su notoriedad, así como entraña una dimensión sexual que se presume (sin tener que manifestarse en una relación carnal) y, en su caso, una puesta en común de recursos económicos. La diferencia con el matrimonio (la falta de analogía en sentido técnico, por tanto) estriba en la falta de vínculo jurídico-formal, que se traduce en la informalidad también de la ruptura y en la no sujeción *ex lege* a un estatuto de contenido institucional: no basta, pues, la ausencia de formalidades en la constitución.

Así las cosas, la delimitación del concepto se hace partiendo de un doble criterio positivo y negativo, que se infiere de la misma expresión «pareja no casada»: positivo en cuanto a la presencia de una serie de elementos propios de la relación de «pareja»; negativo en cuanto a la ausencia de matrimonio: «no casada»¹⁸⁸. Y esta doble alusión al patrón matrimonial, con el cual la pareja no casada está en relación de semejanza, pero no de analogía surge de la constatación de que:

a) La realidad humana, sustantiva, que subyace a ambas figuras es la misma: la relación familiar que surge a partir del compromiso personal de formarla.

b) Esa misma realidad puede canalizarse, bien a través de la institución matrimonial, que recoge ciertos caracteres de esa realidad —con exclusión de otros— para legalizarlos e imprimirles un perfil definido jurídicamente, bien a través de una forma alternativa de convivencia, no institucionalizada, que precisamente por esa falta de institucionalización resulta más amplia en su ámbito subjetivo y más flexible en su constitución, extinción y consecuencias jurídicas.

¹⁸⁸ Vid. FALZEA, «Rapport général», en *Les problèmes juridiques posés par les couples non mariés*. Actes du onzième colloque de droit européen, Estrasburgo, 1982; y CERDÁ GIMENO, *La situación actual...*, cit., pp. 154-156; pp. 558 y 559.

De lo cual se desprenden, también a modo de resumen de todo lo dicho, dos consecuencias importantes:

1.^a La pareja no casada es familia, entendiéndose por familia esa comunión natural entre personas que preexiste al matrimonio y no depende de él ¹⁸⁹, y que en nuestra sociedad y Derecho actuales tampoco está condicionada a la filiación o consanguinidad. Las resistencias a catalogar como familia a la pareja sin hijos, o a la pareja homosexual, son un residuo de esa doble asociación familia-matrimonio y familia-procreación, que debe estimarse poco acorde con los principios constitucionales vigentes.

2.^a La pareja no casada no es matrimonio, en cuanto el vínculo intersubjetivo, el compromiso recíproco, que sin duda existe, no se formaliza en la manera dispuesta por el legislador, no se convierte en el vínculo legal creado por éste cuando institucionaliza una forma de convivencia. Por eso, *inter alia*, los requisitos subjetivos y formales no coinciden con los fijados legalmente para el matrimonio, pues no se añaden, como éstos, a la realidad preexistente, sino que simplemente la identifican.

¿Qué ocurre entonces con las situaciones excluidas del concepto? ¿No constituye esa exclusión una contradicción, puesto que aquellas situaciones son supuestos fácticos que ahora se marginan de una definición que precisamente se dirigía a una realidad fáctica? ¿No se están así introduciendo requisitos añadidos, como en el matrimonio, y procediendo a una nueva institucionalización? Cabe hacer dos observaciones:

1.^a La respuesta es negativa, y no hay institucionalización, si se tiene en cuenta que la facticidad de una parte de las situaciones excluidas es distinta: nos referimos a aquellas que no cumplen requisitos como el objetivo de la exclusividad o el subjetivo de la ausencia de los impedimentos de parentesco próximo. En la tarea de acotación se advierte que no integran la realidad familiar preexistente, *de acuerdo con nuestra noción de ella, que no sólo es jurídica* (y que además sólo lo es desde el momento en que el Derecho decide prestarle atención, más allá de la que ya prestaba a una parte de esa realidad, la institucionalizada mediante el matrimonio), *sino fundamentalmente social y cultural* ¹⁹⁰. Son

¹⁸⁹ Así, RIVERO HERNÁNDEZ, en el «Prólogo» a la obra de LLEBARÍA SAMPER, *Hacia la familia...*, cit., p. 15.

¹⁹⁰ En este sentido debe entenderse la afirmación de la STS de 18 de mayo de 1992 de que los requisitos que han de exigirse a las uniones *more uxorio* para que produzcan efectos «se derivan de su propia naturaleza». De acuerdo, siempre que esa «naturaleza» se tome no en sentido ontológico sino determinada por el contexto social y cultural. Que la familia no es un producto natural, sino cultural, con lo cual el concepto cambia de una

pues, en último término las coordinadas sociales y culturales las que determinan la exclusión de la realidad que se toma como supuesto de hecho (la realidad familiar). El Derecho no viene aquí a añadir nada ni a hacer restricciones ulteriores, sino simplemente a confirmar lo que de aquellas coordinadas (que el concepto de orden público traduce en la esfera jurídica) se deduce. Y ello con independencia de que algunas de éstas tengan carácter universal (las que motivan la exclusión de las uniones incestuosas) o más conectado a un entorno histórico y geográfico concreto (las que dan lugar a la exclusión de las uniones poligámicas, o las de tipo esporádico, etc.).

2.^a Tampoco hay realmente institucionalización por el empleo de parámetros de estabilidad como el del transcurso de un plazo determinado. Ciertamente que ello puede dar lugar a la exclusión de parejas que reúnen todos los elementos, que pueden en particular ser efectivamente estables aunque no haya transcurrido el plazo fijado legal o jurisprudencialmente (dada la relativa arbitrariedad que dicha fijación siempre conlleva). Pero ello no es sino consecuencia de la necesidad de introducir factores de seguridad jurídica (aunque pueda ser más o menos discutible el medio empleado para ello) como condición de la atribución de determinados efectos.

Un principio de institucionalización, sin embargo, se apunta en los Registros de uniones civiles, en cuanto algunos de ellos imponen requisitos (fundamentalmente el relativo a la ausencia de vínculo matrimonial) que suponen la exclusión o marginación de un buen número de parejas no casadas. A pesar de su eficacia jurídica limitada, esta vía ha propiciado la evolución ulterior hacia el concepto institucional que se configura en las regulaciones legislativas orgánicas. Concepto que ya no recoge el fenómeno de la pareja extramatrimonial como realidad social prejurídica, sino que circunscribe su ámbito a determinadas parejas (las que cumplan los requisitos legales) y conduce así a una nueva división y diferenciación de tratamiento jurídico que, junto al matrimonio y a la pareja no casada en sentido tradicional («de hecho»), hace aparecer la figura intermedia de la pareja legalizada ¹⁹¹.

sociedad a otra y de un momento histórico a otro, en DÍEZ-PICAZO, L., «Familia y Derecho», en *Familia y Derecho*, Madrid, 1984, pp. 20-25.

¹⁹¹ Así lo vaticinaba ya, a la vista de ciertas regulaciones de los Registros municipales, VILLAGRASA ALCAIDE, «Los Registros municipales de uniones civiles», en *Uniones de hecho*, cit., p. 523.

2. CONCEPTO AMPLIO

¿Cabe ensanchar la noción de convivencia no matrimonial hasta aquí vista, integrada por las relaciones de pareja que se desarrollan de forma similar a las matrimoniales, e incluir las convivencias de tipo no marital?

A juzgar por muchas de las caracterizaciones anteriores la respuesta es negativa, o más aún puede decirse que la pregunta no se llega a plantear. La insistencia de una parte de la doctrina en las relaciones sexuales como elemento configurador de aquella noción iba precisamente dirigida a establecer una diferenciación de «otras convivencias»¹⁹². Incluso cuando se concluye que la práctica efectiva de relaciones sexuales no es determinante para que la convivencia sea marital, con ello se está afirmando que la convivencia *ha de ser* marital para recibir tutela jurídica. Se contraponen a la relación de pareja así configurada las situaciones de simple amistad o compañerismo, las cuales, se da por hecho, nunca podrían generar consecuencias jurídicas. Parece, en suma, a tenor de estas ideas, que, si no es preciso que haya matrimonio para que se aprecie la existencia de una familia (y al margen por supuesto de la relación familiar constituida por filiación-parentesco), sí tendría que haber « semejanza al matrimonio »: es decir, maritalidad.

Es más, la hipótesis de que aquellas aludidas situaciones quedan amparadas por un estatuto familiar es utilizada como argumento *ab absurdum* desde las posturas más reacias a la regulación de la convivencia no matrimonial. Porque, se argumenta, si se opta por extender la lógica y la normativa propias del Derecho de Familia a las parejas no casadas con el único fundamento de la convivencia más la afectividad (de contenido presumiblemente –que no contrastablemente– sexual), sin generalizar ese tratamiento a las convivencias por razones de amistad o economía carentes de base sexual, ello «podría interpretarse como un discutible intento de primar las relaciones por razón de sexo con respecto a las no sexuales»¹⁹³. Con ser esto cierto, también lo es que la conclusión puede ser justamente la contraria: que si no se halla un fundamento específico que justifique la tutela jurídico-familiar de lo no matrimonial, pero marital, sea obligada la extensión de la misma regulación a la convivencia no marital¹⁹⁴.

¹⁹² Vid. *supra* núm. 88.

¹⁹³ NAVARRO-VALLS (*Matrimonio y Derecho*, cit., p. 87), a quien sigue MARTÍNEZ DE AGUIRRE (*Diagnóstico...*, cit., pp. 151-152).

¹⁹⁴ Como advierte MARTÍN CASALS de cara a una regulación de la unión no matrimonial «debe evitar[se] también, en la medida de lo posible, la discriminación de aquellas

¿Existe ese fundamento específico de tutela? Caben dos opciones:

1.^a Según la concepción más tradicional, la convivencia marital se protegería en cuanto manifestación *material* de la función típicamente familiar de procreación y educación de los hijos, en la que sólo faltaría un vínculo *formal*. Pero esta razón decae desde que se admite que esa ya no es hoy en día la esencia del matrimonio, lo cual exime del requisito de la presencia de filiación para que la convivencia no matrimonial sea atendible y, a su vez, permite la entrada en el concepto de la unión homosexual.

(Ahora bien, la pervivencia, pese a todo, de esta concepción tradicional, lleva a no aceptar de buen grado la calificación como «familia» no sólo de las parejas heterosexuales sin hijos, sino sobre todo de las parejas homosexuales, así como de que la convivencia de estas últimas se reputé «marital». Y en este contexto emerge una de las virtualidades de un concepto amplio –y neutro– de convivencia no matrimonial, que serviría para proporcionar un cauce a estas relaciones sin que haya que reconocer en voz alta la institucionalización de las mismas. Sobre esto se volverá enseguida).

2.^a El elemento esencial es la comunidad de vida, cuidados y responsabilidades recíprocos que desarrollan los miembros de la pareja, y que va más allá de compartir una vivienda y una economía. Esta descripción sin embargo conduce a una ampliación de los supuestos encuadrables en el concepto de convivencia no matrimonial, ya que un proyecto de vida en común de tales características puede darse entre más de dos personas y con independencia no sólo de su sexo, sino de que mantengan relaciones sexuales y de que sean o no parientes. Lo decisivo es que convivan juntas de modo permanente, con exclusión de otras comunidades de la misma clase, y que entre ellas se establezcan vínculos internos determinantes de una recíproca disponibilidad para ayudarse y socorrerse ¹⁹⁵. El fun-

comunidades de vida familiar [...] que únicamente se diferenciarían por la falta de relaciones sexuales. Debe decirse de modo muy claro que si más allá del matrimonio se tutelan otras relaciones de pareja y no otras comunidades familiares o afectivas, se puede hacer primar la convivencia sexual por sobre la que no lo es y obligar así al común de los ciudadanos a subvencionar con sus impuestos las pensiones, bonificaciones y exenciones que entonces sólo disfrutarían las convivencias afectivas basadas en la relación sexual» («Informe...», cit., p. 1799).

¹⁹⁵ GAVIDIA, *La unión libre...*, cit., pp. 25-26. La concepción de la comunidad de vida no matrimonial procede de la jurisprudencia alemana (v. S. del *BverfG* de 17-11-1992, seguida por la S. del *BG* de 13-01-1993), que sin embargo la utiliza para efectuar una distinción entre la comunidad de vida no matrimonial sin más («*nichteheliche Lebensgemeinschaft*») y la comunidad de vida análoga al matrimonio («*eheähnliche Lebensgemeinschaft*»). La segunda, a la que se aplican determinados efectos no extensibles a la segunda, estaría formada por un hombre y una mujer sin impedimento para contraer matrimonio, y se plantearía como duradera, exclusiva (en el sentido de ser incompatible con otras del mismo

damento de su consideración jurídica estaría en la utilidad social de estas comunidades, fruto de la relación de solidaridad entre quienes las integran ¹⁹⁶.

Desde este enfoque las uniones maritales (de constitución bipersonal –parejas– y ligadas por una relación de afecto de contenido sexual) serían un subconjunto dentro de un fenómeno más amplio: la unión libre ¹⁹⁷. Queda por ver si como tal subconjunto han de recibir todavía un trato diferenciado precisamente por su carácter marital.

En realidad, desde el momento en que lo marital se define en términos objetivos y en buena medida se independiza de la relación sexual, la diferencia entre uniones maritales y las que no lo son se diluye bastante, y lo que predomina es ese denominador común constituido por el proyecto de vida conjunta. La diferencia radicaría sólo en el estrato subjetivo: dos personas entre las que se presume una relación sexual, pero sin que esta sea requisito en sí ¹⁹⁸. Un paso más consiste en eliminar toda referencia a la sexualidad, presumida, presumible o no, y contemplar el fenómeno globalmente,

tipo) y productora de vínculos internos fundantes de responsabilidades y cuidados recíprocos («*Verantwortungs- und Einstehengemeinschaft*»). De esta categoría quedan, pues, excluidas tanto las comunidades integradas por dos personas del mismo sexo (en cuanto categoría intermedia de convivencias «menos análogas al matrimonio»), que comparten algunos de aquellos efectos con exclusión de otros: *vid. supra* n.106), como las que reúnen a varias personas, o a parientes consanguíneos. El autor citado acoge esa doctrina en cuanto a la identificación de los elementos objetivos –la comunidad de vida–, mas no por lo que respecta a la restricción en los elementos subjetivos, por entender que la descripción de aquella comunidad de vida es perfectamente aplicable a las relaciones entre las personas que luego la misma doctrina excluye del supuesto de hecho. (Comentarios a dicha jurisprudencia se encuentran en varios de sus trabajos: *La unión libre...*, cit., p. 24; «La unión libre en la jurisprudencia constitucional alemana de los últimos años», *DPyC*, núm. 6, 1995, 195-211, *passim* y en especial, pp. 205-206; «La libertad de elección...», cit., p. 73). Repárese también en que esta concepción de la unión libre permite incluir uniones poligámicas o poliándricas, dada la modulación del requisito de la exclusividad (una unión poligámica es a estos efectos exclusiva si es incompatible con otras uniones poligámicas). Lo cual podría proporcionar una cauce de solución de algunos problemas por ellas planteados.

¹⁹⁶ Vid. GAVIDIA, «La libertad de elección...», cit., p. 129.

¹⁹⁷ Defienden este concepto amplio, además del tantas veces citado GAVIDIA, SALVADOR/LLOVERAS/SEUBA «Amor et caritas. La parella de fet en el dret successori de Catalunya», *Setenes Jornades de Dret Català a Tossa. El nou dret successori de Catalunya*, Barcelona, 1994, pp. 218-220), al incluir relaciones de dependencia, asistencia y auxilio gratuitas entre personas no ligadas por vínculos matrimoniales o de parentesco y entre las que no hay vida marital.

¹⁹⁸ La objeción de la imposibilidad de distinguir una relación afectiva de otra establecida por amistad o interés tendría así una fácil respuesta, o incluso carecería de fundamento: «Toda convivencia en pareja que reúna los requisitos objetivos fijados para calificarla como marital [...] será considerada una convivencia *more uxorio*. Al Derecho no le interesan los motivos subjetivos (amistad, interés, afecto...) que pueden constituir una unión de hecho, como tampoco le interesan en el caso del matrimonio. Sólo debe verificar la existencia de requisitos objetivos» (TALAVERA FERNÁNDEZ, *Fundamentos...*, cit., p. 62). Por supuesto que en muchos casos seguirán quedando excluidas las convivencias entre estudiantes, compañeros de piso, etc. pero por la nota de su transitoriedad o en general por la ausencia de proyecto de vida en común.

haciendo caso omiso de las distintas estructuras subjetivas y de los diversos motivos (sexuales, de amistad, de conveniencia, etc.) observables en cada una de sus manifestaciones¹⁹⁹. Lo único relevante sería que la comunidad de vida desarrollada se ajustara a la descripción objetiva vista.

Esta concepción es en rigor la más acorde con los principios y valores constitucionales. Porque por un lado el ejercicio de la sexualidad pertenece a la esfera íntima de la persona y por ello mismo no sólo no es comprobable ni exigible, sino que tampoco ha de canalizarse en una relación de pareja, matrimonial o no. Porque por otro lado, el valor de la libertad y el principio del libre desarrollo de la personalidad garantizan que cada individuo pueda organizar su vida convivencial y afectiva del modo que prefiera (y así elegir entre vivir en matrimonio, en pareja no casada, con amigos, con otros parientes, o en soledad). Un concepto tal de unión libre, desvinculado de lo sexual (y por tanto sin reminiscencias del control secularmente ejercido por el Estado en este ámbito), e interesado sólo en los lazos de solidaridad, proporcionaría al individuo (y a «los grupos en que se integra»: art. 9.2 CE) un cauce lo suficientemente holgado como para que esa libertad de elección no se viera constreñida.

Asimismo acaso sería más coherente con la disociación constitucional entre matrimonio y familia, y contribuiría a conjurar la polarización de lo no matrimonial en torno al referente hasta ahora inexorable del matrimonio. No tendría por otro lado que suponer un problema su encaje en el concepto de familia de la Constitución, dado el carácter abierto de éste: más bien reflejaría una ulterior evolución del mismo, ahondando en la idea de la realidad familiar como ámbito doméstico y marco vital de realización, desarrollo y socialización de la persona²⁰⁰. Habría de este modo un «objetivo

¹⁹⁹ Según GAVIDIA en realidad lo erróneo estribaría en el propio empleo del término «marital», que no cuadraría a ninguna convivencia en la que precisamente falte el matrimonio (*vid.* «La libertad de elección...», cit., p. 125). Pero con ello, así como con la crítica a la expresión equivalente «relación de afectividad análoga a la conyugal», el autor está aludiendo a la falta de analogía en sentido técnico (*vid.* *La unión libre...*, cit., pp. 21 y 28). Lo destacable es que, cuando luego dice que, si no analogía, sí hay por supuesto semejanza (*vid.* «La libertad de elección...», cit., p. 77), esa semejanza la ve posible también en uniones libres no maritales según el concepto tradicional (pluripersonales, entre parientes), al no hacerla depender en absoluto del matiz sexual, sino de la intensidad del afecto. Intensidad que se manifiesta en la exclusividad —que no significa monogamia, sino simplemente, como se ha adelantado, incompatibilidad con otras convivencias simultáneas del mismo tipo— y en la permanencia de la unión: *vid.* *La unión libre...*, cit., pp. 21 y 22. Esa independencia de la sexualidad hace que, *v.gr.*, una unión libre integrada por parientes próximos no contrarie de por sí el orden público (*ibid.*, p. 26).

²⁰⁰ Que parecen ser, respectivamente, el sentido y la función más importantes del grupo familiar en el momento actual: *vid.* DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema...*, cit., pp. 30 y 34.

familiar», de apoyo y sustento material y espiritual entre individuos, que se podría alcanzar a través de diversas vías: el matrimonio, la pareja o esta unión libre en sentido amplio²⁰¹.

Sin embargo esta concepción, minoritaria, se enfrenta a la realidad evidente de que por ahora a las uniones no maritales no se les prodiga apenas atención, y ni mucho menos se acepta que originen una relación familiar, impregnada todavía ésta de la idea de la sexualidad. Y como corolario, cuando en alguna ocasión se considera la posibilidad de su existencia, se rechaza un tratamiento paritario respecto de las uniones maritales, reaccionando contra la inclusión de ambas en el «cajón de sastre» de la unión libre²⁰².

La explicación de estos tres hechos, estrechamente relacionados entre sí, es sin duda sociológica. La escasez todavía constatable de uniones libres de carácter no marital (que sean verdaderas uniones libres y no meras situaciones de vivienda compartida no planteadas como familiares), y el dato de que el cauce escogido por la mayoría de los ciudadanos para formar una familia sea la vida en pareja (aun con las opciones de que esta sea matrimonial o no, y heterosexual u homosexual) ha hecho que haya sido la convivencia *more uxorio* la que ha planteado los conflictos desencadenantes del debate en torno a la convivencia no matrimonial²⁰³. A su vez la reproducción por

²⁰¹ Unión libre que GAVIDIA conceptúa como «tercera fuente de la relación jurídica familiar, junto al parentesco y al matrimonio» (*La unión libre...*, cit., p. 45).

²⁰² *Vid. ad ex.* las siguientes afirmaciones: «Reducir a una única realidad [...] tanto a las convivencias que tienen un fundamento marital (uniones homosexuales o heterosexuales), como a las que se generan exclusivamente por motivos de conveniencia, sin ningún tipo de relación afectiva, resulta insostenible. En efecto, obviar esa diferencia supone caer en el grave error de identificar la convivencia *afectiva* con la convivencia *lucrativa*. No podemos confundir los términos y desorientar el debate de las uniones de hecho. La auténtica reivindicación social pretende conseguir efectos jurídicos para unas convivencias en pareja que tienen un móvil afectivo sexual, y que al desarrollarse como convivencias *more uxorio* se asemejan al matrimonio y reclaman ser su figura alternativa». (TALAVERA FERNÁNDEZ, P. A., «El reconocimiento de las uniones homosexuales en la “Ley de uniones estables de pareja” de Catalunya», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 1. *Vid. también*, en el mismo sentido, *Fundamentos...*, cit., pp. 97-100).

²⁰³ Con ocasión de la reforma actualmente en tramitación de la legislación sueca sobre convivencia no matrimonial, se ha planteado en ese país la necesidad de extender el ámbito de aplicación a supuestos de «comunidad doméstica» («*hushållsgemenskap*») distintos de los que ahora cubre (la pareja no casada, heterosexual u homosexual). Del estudio seguido al respecto se ha llegado a la conclusión de que las personas que conviven con alguien que no sea su cónyuge o pareja estable constituyen un grupo limitado, y que dicha convivencia en muchos casos se establece de forma provisional y por razones prácticas (así, entre compañeros de trabajo, estudiantes, inquilinos...). En los casos, menos frecuentes, de convivencia tendencialmente estable (entre hermanos de edad avanzada o entre hijos adultos y sus padres) la comunidad de economía que de ellos surge no se considera equivalente a la que se da entre cónyuges o compañeros para la construcción del hogar común (y que constituye el principal aspecto regulado por la legislación de parejas). En cuanto a la conveniencia de una protección jurídica especial, los propios encuestados se inclinaron por una respuesta negativa. A la vista de todo ello, el Comité de expertos no ha estimado necesario formular propuestas, ni de regulación de las relaciones internas entre estos «otros convivientes», ni de normas específicas de seguridad

parte de ésta de un esquema de comportamiento matrimonial, en el que se repiten determinadas relaciones de dependencia y distribución de roles todavía presentes incluso en sociedades avanzadas, hace que algunas soluciones de equidad, reequilibrio, etc. estén pensadas para estas relaciones, en cuanto toman en consideración a la parte más débil o perjudicada.

Se comprende así la afirmación de que el estrato subjetivo sigue siendo relevante, y que impide la consideración unitaria de una pluralidad de casos heterogénea, sin que la nota que comparten del proyecto de comunidad de vida tenga capacidad suficiente para actuar como denominador común. Aunque no se rechaza la eventualidad de una atención legislativa para las uniones no maritales, se duda de que éstas deban o incluso quieran recibir la misma que la pareja no casada²⁰⁴. Y esto entronca con el reparo a que gocen, como ésta, de la consideración de familia²⁰⁵.

Porque puede augurarse que, una vez haya una demanda social lo suficientemente significativa, se produzca una intervención del legislador al respecto, como de hecho hay ya alguna muestra²⁰⁶,

social para los mismos. (Vid. A.A V.V., *Nya samboregler betänkande av Samboendekommittén*, Stockholm, 1999, pp. 24-25).

²⁰⁴ LLEBARÍA SAMPER, *Hacia la familia...*, cit., pp. 87-88.

²⁰⁵ Para LLEBARÍA «no toda comunidad de vida, por más que quede protegida por otra norma constitucional, alcanza el supuesto del artículo 39. La «familia» expresa una determinada forma de comunidad de vida [...] fundada (origen que no destino) en una relación afectiva de pareja, con o sin matrimonio, de la que precisamente se ramifican vinculaciones con otras personas». (*Hacia la familia...*, cit., p. 88, núm. 20). Sorprende que en el fondo persista una concepción tradicional de la familia, con el patrón material del matrimonio y la posibilidad de tener descendencia como puntos de mira, que en pureza no cuadra con la inclusión de la pareja homosexual, sin embargo tempranamente defendida por el mismo autor.

Tampoco especifica cuál es esa norma constitucional que ampararía la comunidad de vida no familiar: si es el libre desarrollo de la personalidad, hay que recordar que este mismo era el fundamento de la ampliación de la noción de familia, originariamente de base matrimonial y heterosexual. Resulta también curioso, dentro de esta misma idea, comprobar cómo en un contexto (EEUU) en el que se parte de la «*freedom of intimate association*» para el reconocimiento y tutela de la unión no matrimonial, el TS federal no ha considerado constitucionalmente protegidos los acuerdos de vida en común carentes de contenido sexual: vid. A.A V.V., «The Constitution and the Family», *Harvard Law Review*, vol. 93-6 (1980), p. 1272. Nuevamente el dato sociológico puede arrojar alguna luz: al igual que la pareja homosexual no era (o es) (totalmente) reconocida, incluso una vez superada en teoría esa vinculación entre matrimonio o pareja y procreación, sobre todo por el hecho de no ser un modelo socialmente establecido, lo mismo parece ocurrir con la unión no marital.

²⁰⁶ En nuestro país, la Ley catalana de situaciones convivenciales de ayuda mutua, comentada más abajo (vid. III 2). Con anterioridad, GAVIDIA recoge algunos ejemplos de normas de rango reglamentario que pudieran dar cabida a un concepto amplio de unión libre, pues su tenor literal parece admitir una constitución pluripersonal: vid. el Decreto 5/1994, de 20 de enero, del Gobierno de la Comunidad de Madrid, sobre el procedimiento de adjudicación de viviendas de protección oficial de promoción pública y el Decreto andaluz 413/1990, de 26 de diciembre, sobre adquisición de viviendas de protección oficial, que consideran miembros de la unidad familiar a «las personas» (el primero) o al «conjunto de personas» (el segundo) que conviven de manera estable con una antigüedad

que de momento seguirá esas pautas *de lege ferenda* relativas a la no asimilación y no familiarización del estatuto. Sólo a medida que efectivamente se ensanche el concepto social de familia ocurrirá lo propio con el correlativo concepto jurídico.

Ahora bien, pese a lo dicho, las últimas tendencias legislativas parecen acoger un concepto amplio de convivencia no matrimonial, no basado en la relación de pareja y en la maritalidad. Se trata sin embargo de un concepto indiferenciado, que formalmente puede ser visto como expresión de ese estadio en que la unión libre se toma como fenómeno global, eliminando el componente sexual y fundando la protección en el modelo de comunidad de vida. Pero en realidad la razón de ser de esta emergente configuración legislativa no es tutelar las uniones no maritales en cuanto comunidades de vida y equipararlas en virtud de esa característica a las maritales. Más bien el objeto siguen siendo las relaciones maritales (y la prueba es que el número de componentes se suele limitar a dos) para las que no obstante se desea evitar esa denominación, así como reconocer abiertamente su condición de familia: en particular, la condición marital y familiar de la convivencia homosexual. El aludido concepto amplio se revela de este modo como un instrumento neutro y aséptico para conseguir ese pudoroso propósito.

Responde a esta idea, en nuestro Derecho, la Proposición de ley orgánica sobre contrato de unión civil (*vid. infra* III 1.2). En el Derecho comparado hay varios ejemplos:

a) La *Domestic Relationships Act* de 1994 del Territorio de la Capital de Australia, que regula la «relación personal, distinta del

de, respectivamente, dos y un año, antes de la solicitud. (*Vid. arts. 7.2.b)* y 8.1, citados en *La unión libre...*, cit., pp. 22 y 23).

Por otro lado, antecedentes de este concepto podrían hallarse en las comunidades familiares de los Derechos forales (v. gr. compañía familiar gallega o comunidades familiares de hecho navarras), en cuanto formas de asociación entre familias o entre miembros de una gran familia constituidas sobre una base tanto material (patrimonio común, comunidad de trabajo, explotación colectiva) como espiritual (solidaridad afectiva y comunidad de vida): *vid. LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. de A., Derecho de familia, II, Barcelona, 1975, pp. 243-250*. Ligadas a presupuestos socioeconómicos de épocas pasadas, su pérdida de vigencia en la actualidad no impide —comentan los autores citados— su posible y futura virtualidad de adaptación a otras estructuras económicas y sociales, distintas de las que ocasionaron en principio su existencia. En particular, entendemos aquí, a la disciplina de comunidades de vida integrantes de este concepto amplio de unión libre, en ausencia de legislación específica. Lo mismo puede decirse, en cuanto al Derecho común, de figuras como la sociedad civil universal (arts. 1665 ss. CC), de la que expresamente se ha llegado a decir que, a pesar de estar incardinada en el CC entre las sociedades, «sólo con una cierta violencia interpretativa puede estimarse que su causa reside en el ánimo de lucro. La significación causal [...] consiste en *proporcionar una estructura patrimonial a ciertas comunidades de vida*» (PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., Comentario al art. 1665, en *Comentario del Código Civil*, 2.ª edic., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 1308, subrayado añadido). Así el requisito del ánimo de lucro, interpretado generosamente por la doctrina más moderna, puede de acuerdo con esta tesis ser incluso completamente eliminado, lo que da luz verde al empleo de la figura en este ámbito familiar.

matrimonio legal, entre dos adultos, en la cual uno aporta un compromiso personal o financiero y ayuda de carácter doméstico en beneficio material del otro, lo cual incluye el matrimonio de hecho» [Sec.3(1)]. (Compromiso que, según se desprende de la Memoria que acompañó al Proyecto, va más allá de la amistad o de las relaciones de buena vecindad entre compañeros de piso, grupos de personas que viven en una casa, empleados internos y otros empleados de hogar). Es decir, comprende, pero en teoría no se limita a la relación marital. Ahora bien, si se repara en que la constitución ha de ser bipersonal, y que la relación marital, en el resto de las regulaciones australianas, es únicamente la heterosexual, sale a flote el significado de la Ley. Su enfoque, comenta Bailey-Harris, tiene ventajas políticas considerables: por un lado, permite evitar el delicado tema de incluir la convivencia homosexual dentro de una definición de relación análoga al matrimonio; por otro, soslaya la acusación de que la institución formal del matrimonio se resiente como resultado de la normativa («Financial rights in relationships...», cit., pp. 242-243).

b) La Ley belga de 23 de noviembre de 1998 (*Loi instaurant la cohabitation légale*), que proporciona una reglamentación mínima a la situación de vida en común de dos personas mayores y capaces que hagan la pertinente declaración expresa. Esa vida en común puede serlo entre parientes, tanto en línea recta como colateral, o entre extraños, y de naturaleza heterosexual, homosexual o «asexuada», ya que no se exige una relación afectiva (tan sólo se establece el impedimento de vínculo matrimonial previo o cohabitación legal previa). En la doctrina de ese país se ha hablado de la torpeza de los parlamentarios por no poder separarse de un razonamiento analógico respecto de la pareja monogámica, lo que entra en contradicción evidente con ese carácter «asexuado» (vid. De Page, Ph., «La loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale», *Revue Trimestrielle de Droit Familial*, 2/1999, pp. 196-197). ¿Revela eso la verdadera preocupación de la Ley?

c) En el mismo sentido iba encaminada la propuesta de un *Pacte d'intérêt commun* (PIC) realizada en Francia por el profesor Hauser, que abarcaría a cualquier pareja de convivientes (dos amigos, dos hermanos). Sin embargo la Ley aprobada en el país vecino (Ley núm. 99-944 de 15 de noviembre de 1999) regula el denominado *Pacte Civil de Solidarité*, reservado en la concepción originaria de sus impulsores (los diputados Michel del MDC, Alta-Sajonia; y Bloche, del PS, París) a las parejas heterosexuales u homosexuales. En la redacción definitiva se ha mezclado no obstante algo del PIC, pues al hablarse de «un contrato concluido por dos personas físicas mayores, de sexo diferente o del mismo sexo, para organizar su vida común» y para proporcionarse «una ayuda mutua y material» se elimina la referencia explícita a la afectividad sexual y se posibilita la entrada de cualquier «dúo». Sin embargo, se impide su conclusión a parientes en línea recta o a colaterales hasta el tercer grado (así como a los unidos en matrimonio o por otro «PACS»): vid. artículo 515. 1, 2, 3 y 4 del *Code Civil*, introdu-

cido por el artículo 1 de la Ley núm. 99-944. En fin, la mención expresa de las parejas heterosexuales u homosexuales denota que son ellas (y muy principalmente estas últimas) las destinatarias de esta alternativa al matrimonio, como ya se puso en evidencia desde los antecedentes del PACS (el *contrato de unión civil* y el *contrato de unión social*): vid. Branlard, «L'homosexualité, le mariage, le concubinage et le contrat d'union civile», *Petites affiches*, 10 de agosto de 1994, núm. 95, p. 12.

III. EL CONCEPTO DE CONVIVENCIA NO MATRIMONIAL EN LAS REGULACIONES LEGISLATIVAS

1. CONCEPTO RESTRINGIDO

1.1 Las Leyes autonómicas de parejas no casadas

A) *La pareja estable legal: concepto y elementos*

Las Leyes catalana (Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, en adelante LUEP), aragonesa (Ley 6/1999, de 26 de marzo, de parejas estables no casadas, en adelante LPENC), y navarra (Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, en adelante LIJPE) han sido por este orden las primeras en regular las situaciones de convivencia no matrimonial según el concepto restringido.

Dichas Leyes definen la pareja no casada que es objeto de su regulación estableciendo requisitos objetivos, subjetivos y formales para su constitución y extinción, y configuran un estatus más o menos completo para la convivencia de dicha pareja.

Con posterioridad a la aprobación de las tres citadas Leyes, otras ocho Comunidades Autónomas han regulado la pareja no casada en su ámbito territorial. Se trata de las Comunidades Autónomas de Valencia (Ley 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho), Madrid (Ley 1 1/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid), Baleares (Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables), Asturias (Ley del Principado de Asturias 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables), Andalucía (Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho), Canarias (Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las Parejas de Hecho en la Comuni-

dad Autónoma de Canarias), Extremadura (Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura), y País Vasco (Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho). El análisis que sigue va a centrarse en las Leyes catalana, aragonesa y navarra (LUEP, LPENC y LIJPE), dado su carácter pionero que las ha convertido en modelo de referencia para las posteriores. Si bien se señalarán oportunamente las coincidencias o en su caso discrepancias presentes en estas últimas ²⁰⁷.

A través de estos textos, los legisladores autonómicos, ante la disyuntiva de *normalizar* (conceder singulares efectos jurídicos que se añadan al reconocimiento de la autonomía privada en este campo) o *institucionalizar* la convivencia no matrimonial, han optado por esto último, proporcionando al fenómeno un apoyo institucional y una regulación orgánica que tienen como referente inmediato el patrón del matrimonio. Ahora bien, para ello han efectuado una selección de los fenómenos integrantes de la realidad social de la que se partía, determinando cuáles integran esa nueva institución. Ésta es la función de los preceptos de las Leyes citadas que delimitan el concepto de pareja por ellas regulada. De manera que no toda pareja que viva una relación de convivencia similar al matrimonio va a ser «pareja» a efectos de las respectivas Leyes, sino sólo aquellas cuyos miembros cumplan los requisitos que las mismas fijan: su regulación no alcanza a todas las parejas estables que entraban dentro del concepto tradicional. Desde la aprobación de estas Leyes, por tanto, aparece la figura de la *pareja estable legal* como algo distinto o al menos no enteramente coincidente con la pareja de hecho en sentido clásico.

El concepto de esa pareja estable legal se deduce de los artículos 1 (para la unión heterosexual) y 19-20 (para la unión homosexual) de la LUEP; los artículos 1-4 de la LPENC; y el artículo 2 de la LIJPE. La noción en ellos contenida acaba de perfilarse con los preceptos de cada Ley referidos a la acredita-

²⁰⁷ Como premisa fundamental ha de tenerse en cuenta que, si bien todas «definen» la pareja no casada, sólo las aprobadas en Comunidades forales (Baleares y País Vasco) configuran, al igual que sus antecesoras catalana, aragonesa y navarra, un estatus jurídico-civil para la convivencia. Las demás no han podido configurar dicho estatus jurídico-civil por carecer de competencia para ello. Su regulación, por tanto, se limita a reafirmar la vigencia de la autonomía de la voluntad para que los propios interesados disciplinen su convivencia, y a extender a las parejas los beneficios de Derecho Público (fiscales, en el ámbito de la función pública...) atribuidos a los matrimonios en cada Comunidad Autónoma. A efectos de la presente exposición ha de tenerse en cuenta esta diferencia esencial, que hace que muchos de los comentarios y críticas que a las Leyes autonómicas de parejas van a hacerse sólo sean aplicables a las Leyes que configuran ese estatus jurídico-civil.

ción y a la extinción (arts. 2, 12, 21 y 30 LUEP; arts. 3.2 y 6 LPENC; y arts. 3 y 4 LIJPE:

• **LUEP:**

Artículo 1. La unión estable heterosexual

1. Las disposiciones de este capítulo se aplican a la unión estable de un hombre y una mujer, ambos mayores de edad, que, sin impedimento para contraer matrimonio entre sí, hayan convivido maritalmente, como mínimo, un período ininterrumpido de dos años o hayan otorgado escritura pública manifestando la voluntad de acogerse a lo que en él se establece. Como mínimo uno de los dos miembros de la pareja debe tener vecindad civil en Cataluña.

2. No es necesario el transcurso del período mencionado cuando tengan descendencia común, pero sí que es preciso el requisito de la convivencia.

3. En el caso de que un miembro de la pareja o ambos estén ligados por vínculo matrimonial, el tiempo de convivencia transcurrido hasta el momento en que el último de ellos obtenga la disolución o, en su caso, la nulidad se tendrá en cuenta en el cómputo del período indicado de dos años.

Artículo 2. Acreditación

La acreditación de las uniones estables no formalizadas en escritura pública y el transcurso de los dos años de referencia se puede hacer por cualquier medio de prueba admisible y suficiente, con la excepción que establece el artículo 10.

[...]

Artículo 12. Extinción de la unión

1. Las uniones estables se extinguen por las causas siguientes:

- a) Por común acuerdo.
- b) Por voluntad unilateral de uno de los miembros de la pareja, notificada fehacientemente al otro.
- c) Por defunción de uno de los miembros.
- d) Por separación de hecho de más de un año.
- e) Por matrimonio de uno de los miembros.

2. Ambos miembros de la pareja están obligados, aunque sea separadamente, a dejar sin efecto el documento público que, en su caso, se hubiera otorgado. [...]

[...]

Artículo 19. La unión estable homosexual

Las disposiciones de este capítulo se aplican a las uniones estables de parejas formadas por personas del mismo sexo que convivan maritalmente y manifiesten su voluntad de acogerse a ellas en la forma prevista.

Artículo 20. Requisitos personales

1. No pueden constituir la unión estable objeto de esta normativa:

- a) Las personas menores de edad.
- b) Las personas que están unidas por un vínculo matrimonial.
- c) Las personas que forman una pareja estable con otra persona.
- d) Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción.
- e) Los parientes colaterales por consanguinidad o adopción dentro del segundo grado.

2. Por lo menos uno de los miembros de la pareja debe tener vecindad civil en Cataluña.

Artículo 21. Acreditación

1. Estas uniones se acreditarán mediante escritura pública otorgada conjuntamente.

2. Se hará constar que no se hallan incluidos en ninguno de los supuestos establecidos por el apartado 1 del artículo 20.

3. Estas uniones producen todos sus efectos a partir de la fecha de la autorización del documento de referencia.

[...]

Artículo 30. Extinción de la unión

1. Las uniones estables objeto de este capítulo se extinguen por las causas siguientes:

- a) Por común acuerdo.
- b) Por voluntad unilateral de uno de los miembros de la pareja, notificada fehacientemente al otro.
- c) Por defunción de uno de los miembros de la pareja.
- d) Por separación de hecho de más de un año.
- e) Por matrimonio de uno de los miembros.

2. Ambos miembros de la pareja están obligados, aunque sea separadamente, a dejar sin efecto la escritura pública en que se constituyó. [...]

• LPENC:

Artículo 1. Ámbito de aplicación

La presente Ley será de aplicación a las personas mayores de edad que, cumpliendo los requisitos y formalidades que en la misma se establecen, formen parte de una pareja estable no casada en la que exista relación de afectividad análoga a la conyugal.

Artículo 2. Registro administrativo

Toda pareja estable no casada deberá ser inscrita en un Registro de la Diputación General de Aragón para que le sean aplicables las medidas administrativas reguladas en la presente Ley, así como

anotada o mencionada en el Registro Civil competente si la legislación estatal lo previera.

Artículo 3. Existencia de pareja estable no casada

1. Se considera que hay pareja estable no casada cuando se haya producido la convivencia marital durante un período ininterrumpido de dos años, como mínimo, o se haya manifestado la voluntad de constituirla mediante escritura pública.

2. Podrá acreditarse la existencia de pareja estable no casada y el transcurso de los dos años de referencia, si no existiera escritura pública, mediante cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho, especialmente, a través de acta de notoriedad o documento judicial que acredite la convivencia.

Artículo 4. Requisitos de capacidad

No podrán constituir una pareja estable no casada de las reguladas en la presente Ley:

- a) Los que estén ligados con vínculo matrimonial.
 - b) Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción.
 - c) Los colaterales por consanguinidad o adopción hasta el segundo grado.
 - d) Los que formen pareja estable con otra persona.
- [...]

Artículo 6. Causas de extinción

1. La pareja estable no casada se extingue:
 - a) Por la muerte o declaración de fallecimiento de uno de sus integrantes.
 - b) De común acuerdo.
 - c) Por decisión unilateral.
 - d) Por separación de hecho de más de un año.
 - e) Por matrimonio de uno de sus miembros
2. Cualquier miembro de la pareja estable podrá proceder, unilateralmente, a su revocación, notificándolo fehacientemente al otro.
3. Los dos miembros de la pareja están obligados, aunque sea separadamente, a dejar sin efecto la escritura pública que, en su caso, se hubiera otorgado.
4. En caso de ruptura de la convivencia, las partes no pueden volver a formalizar una pareja estable no casada mediante escritura pública hasta que hayan transcurrido seis meses desde que dejaron sin efecto el documento público correspondiente a la convivencia anterior [...]

• LIJPE:

Artículo 2. Concepto de pareja estable

1. A efectos de la aplicación de esta Ley Foral, se considera pareja estable la unión libre y pública, en una relación de afectivi-

dad análoga a la conyugal, con independencia de su orientación sexual, de dos personas mayores de edad o menores emancipadas sin vínculo de parentesco por consanguinidad o adopción en línea recta o colateral hasta el segundo grado, siempre que ninguna de ellas esté unida por un vínculo matrimonial o forme pareja estable con otra persona.

2. Se entenderá que la unión es estable cuando los miembros de la pareja hayan convivido maritalmente, como mínimo, un período ininterrumpido de un año, salvo que tuvieran descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia, o salvo que hayan expresado su voluntad de constituir una pareja estable en documento público.

En el caso de que un miembro de la pareja o ambos estén ligados por vínculo matrimonial, el tiempo de convivencia transcurrido hasta el momento en que el último de ellos obtenga la disolución o, en su caso, la nulidad, se tendrá en cuenta en el cómputo del período indicado de un año.

3. Las disposiciones de la presente Ley Foral se aplicarán a las parejas estables cuando, al menos, uno de sus miembros tenga la vecindad civil navarra.

Artículo 3. Acreditación

La existencia de pareja estable y el transcurso del año de convivencia podrán acreditarse a través de cualquier medio de prueba admitido en Derecho.

Artículo 4. Disolución de la pareja estable

1. Se considerará disuelta la pareja estable en los siguientes casos:

a) Por la muerte o declaración de fallecimiento de uno de sus integrantes.

b) Por matrimonio de uno de sus miembros.

c) Por mutuo acuerdo.

d) Por voluntad unilateral de uno de los miembros de la pareja, notificada fehacientemente al otro.

e) Por cese efectivo de la convivencia por un período superior a un año.

f) En los supuestos acordados por sus miembros en escritura pública.

2. Ambos miembros de la pareja están obligados, aunque sea separadamente, a dejar sin efecto el documento público que, en su caso, hubieren otorgado.

3. Los miembros de una pareja estable no podrán establecer otra pareja estable con tercera persona mientras no se haya producido su disolución mediante alguno de los supuestos descritos en el primer apartado. [...]

De todos estos preceptos pueden extraerse los elementos integrantes del nuevo concepto de pareja no casada legal:

a) Elementos objetivos

1. La convivencia marital:

La situación fáctica de convivencia es, como se ha visto, sustancial al concepto de unión extramatrimonial. No obstante parece que esta situación no ha de ser necesariamente pasada, sino que puede ser futura, como se comentará inmediatamente.

Además ha de ser una convivencia en condiciones similares a las de una pareja casada²⁰⁸. Con esto se alude, según ya quedó dicho, a una comunidad de vida, un *consortium omnis vitae* semejante al que se establece en un matrimonio, basado en una relación de afectividad de componente sexual²⁰⁹.

Ahora bien, esta referencia en principio tan sencilla no deja de suscitar algunos interrogantes a la hora de su aplicación. Aparte de aquél sobre si la convivencia marital incluye también a la pareja homosexual, respondido afirmativamente por las Leyes examinadas al regularla y expresamente utilizar la misma expresión para definirla, se plantea el problema práctico de cómo ha de comprobarse esa circunstancia²¹⁰. Desde luego la prueba ha de recaer sobre la dimensión externa de la *affectio*, integrada por aquellos rasgos de la estabilidad, la exclusividad y la notoriedad.

²⁰⁸ La expresión «convivir (o convivencia) marital» es común a las tres primeras Leyes (art. 1.1 y 19 LUEP, art. 3 LPENC y art. 2.2 LIJPE). La regulación aragonesa y la navarra insisten en este requisito utilizando, además, la otra expresión favorita de los textos legales relativos a la cuestión: «relación de afectividad análoga a la conyugal» (art. 1 LPENC y art. 2.1 LIJPE).

²⁰⁹ En Cataluña, otras comunidades de vida ajenas a esta descripción quedarán en su caso incluidas en el ámbito de la segunda Ley catalana de convivencia no matrimonial, la LSCAM: *vid. infra* III 2.

²¹⁰ La referencia en otras legislaciones extranjeras ha dado quebraderos de cabeza a los operadores jurídicos: así, en el Derecho sueco, la expresión «en condiciones similares a las del matrimonio» («*under äktenskapliktande förhållanden*») que utiliza la *Ley sobre el hogar común de los convivientes* de 1987, llevó en su momento a decir que incluso si los miembros de la pareja eran juristas profesionales no podrían saber con certeza si estaban dentro del ámbito de aplicación o no: lo que no obstante se remedió con una interpretación doctrinal que entre otras cosas tuvo en cuenta los trabajos preparatorios: *vid.* BOGDAN, M., y NUMHAUSER-HENNING, A., «La cohabitación extramatrimonial en el Derecho sueco», en *Centenario del Código Civil*, Pinoso, 1989, p. 53. (De todas formas en la actual propuesta de revisión de esta Ley se pretende cambiar aquella expresión por la más simple de «relación de pareja»: *vid.* AAVV., *Nya samboregler...*, cit., p. 20). En relación con su plasmación en la regulación catalana se ha dicho que es un requisito absolutamente subjetivo y difícil de probar, «tanto para determinar que existe, como para señalar que no procede»: *vid.* HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., «Una aproximación a la Ley 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables de Pareja de Cataluña», *Actualidad Civil*, núm. 22, 31 de mayo al 6 de junio de 1999, p. 588.

2. La estabilidad y otros rasgos integrantes de la *affectio*

La estabilidad es una nota consustancial e inescindible del carácter marital²¹¹. Lo que tiene interés son los índices de estabilidad utilizados, que conforman a su vez los distintos modos de constitución de la relación (*vid. infra*) y que se condensan en la triple alternativa del transcurso de un plazo (dos años en la LUEP y en la LPENC, un año en la LIJPE), la existencia de hijos comunes (salvo en la regulación aragonesa), o la voluntad de las partes expresada en escritura pública.

Las Leyes posteriores que ofrecen esa triple alternativa son la asturiana (art. 3), y la extremeña (art. 2). La canaria (art. 1) prevé la doble opción del plazo de convivencia o de la descendencia común, ya que la escritura pública es un medio más, entre otros, de probar la existencia de la relación. Las Leyes valenciana (art. 1), madrileña (art. 1), balear (art. 1), andaluza (art. 6) y vasca (art. 3) establecen una única forma de constitución: la inscripción en el registro, para la cual, sólo en Valencia y en Madrid, es necesario un período de convivencia.

Las diferencias que pueden observarse entre cada una de las Leyes son:

1.^a La LUEP ofrece esa triple posibilidad exclusivamente a las parejas heterosexuales. Para las homosexuales, en cambio, el único indicador de estabilidad es la voluntad de las partes, expresada en la escritura pública de constitución, de ser una unión estable de pareja, sin que se tenga en cuenta la duración de una convivencia que en su caso haya venido desarrollándose.

2.^a La LPENC no prevé el índice de la existencia de hijos como alternativa para las parejas heterosexuales (para las homosexuales no podría en cualquier caso operar, ya que en esta regulación, al igual que en la catalana, las parejas integradas por personas del mismo sexo no gozan del derecho a adoptar). No alcanza a comprenderse el porqué de esta omisión, máxime cuando estas previsiones proceden de las enmiendas que tanto en este tema como en otros sustituyen el texto de la propuesta inicial por otro de contenido próximo –cuando no igual– al de la Ley catalana. Quizá la explicación se halle en el hecho de que en la LPENC las parejas heterosexuales- y homosexuales se regulan conjuntamente, y el dato de la existencia de hijos comunes sólo puede referirse a las primeras. No obstante ello no habría impedido técnicamente prever esa alternativa (sobrentendiéndose que se aplica sólo a un tipo de parejas), aunque la regulación sea

²¹¹ Su mención separada, en alguno de los textos legislativos más recientes, puede por ello estimarse redundante (*vid. LLEBARÍA SAMPER, Hacia la familia...*, cit., pp. 33-36).

conjunta²¹². El «obstáculo» entonces, probablemente sea político: la necesidad de no soliviantar más a los grupos de homosexuales, a los que sigue vetándoseles la posibilidad de adoptar hijos en común, previendo, además, que ésa sea un modo de constitución adicional, que no haga necesario el transcurso de un plazo, para las parejas que sí pueden hacerlo (las heterosexuales). Ese obstáculo desaparece en la regulación navarra, donde, al concederse a los homosexuales el derecho de adopción, los tres índices de estabilidad (plazo, descendencia común y documento público) se refieren a ambos tipos de parejas.

Toda esta regulación, se ha dicho, respondería al principio de seguridad jurídica: cualquiera de las vías citadas serviría para acreditar que la convivencia tiene las condiciones de estabilidad requeridas para merecer la tutela de la ley²¹³. Y ello porque a través de aquéllas se entiende manifestada la voluntad de permanencia de los convivientes, su consenso expreso (escritura pública), tácito (transcurso de un plazo) o presunto (existencia de hijos)²¹⁴. Ahora bien, sorprendentemente, por tanto, dichos índices de estabilidad no se refieren ya exclusivamente a la estabilidad puesta de manifiesto por la convivencia pasada, sino también por la intención de las partes de imprimir ese carácter a la relación que pretenden iniciar. Y ello porque, a los índices clásicos en la noción de convivencia *more uxorio* que miraba al fenómeno *ex post facto* y desde un prisma no institucional (un plazo de duración de la convivencia, o, disyuntivamente, la presencia de hijos), se añade la posibilidad de constitución en escritura pública. De modo que la estabilidad parece que asumiría en parte la proyección hacia el futuro que según algunos caracteriza al matrimonio²¹⁵, si bien subsistiría como rasgo diferencial la (mayor) libertad de ruptura, según se verá inmediatamente.

De los elementos formales (o modos de constitución formal) se hablará más abajo (*vid. infra*, subepígrafe c.). En cuanto a los índices de estabilidad pasada, que son a su vez modos no formales de constitución, hay lo siguiente:

El plazo de duración de la convivencia establecido en la LUEP y en la LPENC coincide con el que fija la LAU para la subrogación

²¹² De todos modos la enmienda núm. 12 del PAR, de donde procede el actual artículo 3 LPENC, se refería, sin embargo, sólo a la pareja heterosexual, de acuerdo con la propuesta de este grupo de separar la regulación como en la LUEP (*vid.* núm. 231). También como en la LUE, para la pareja homosexual no preveía el índice del transcurso del plazo, sino sólo la escritura pública (*vid.* enmienda núm. 52): diferencia que no obstante se elimina en la ley definitivamente aprobada. Sorprende por tanto que la «copia» no alcanzara, en las propias enmiendas de este grupo parlamentario, al índice de la descendencia común de la pareja heterosexual.

²¹³ ROCA TRÍAS, E., «El nou dret català sobre la família», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1, 1999, p. 28.

²¹⁴ LÓPEZ BURNIOL, «La Ley catalana...», *cit.*, p. 657.

²¹⁵ *Vid. supra* II 1.2 A), núm. 32

arrendaticia [dos años: *vid.* art. 16.1.b)]²¹⁶; la LIJPE en cambio acorta ese plazo a un año.

Ese mismo plazo de un año acogen las Leyes valenciana, madrileña, asturiana, extremeña y canaria. Las Leyes balear, vasca y andaluza no requieren plazo de convivencia, que queda suplido por la inscripción.

Se exige que la convivencia sea «ininterrumpida», lo que no obstante parece que habrá de ser interpretado, de acuerdo con lo que se dijo más arriba, como ininterrupción del *animus*. Por último, en el cómputo del plazo de convivencia han de tenerse en cuenta:

– Según la LUEP y la LIJPE, el tiempo de vida en común transcurrido cuando uno de los convivientes está ligado por vínculo matrimonial, hasta que obtenga la disolución o nulidad (arts. 1.3 LUEP y 2.2 II LIJPE, ya comentados).

– Según las mismas Leyes (*vid.* la Disposición Transitoria de ambas)²¹⁷, el tiempo de convivencia anterior a su entrada en vigor, si bien puede requerirse acuerdo previo de los miembros de la pareja (LUEP) o consentimiento de los herederos (sólo la LUEP)²¹⁸.

Por lo que hace a la existencia de hijos comunes²¹⁹, la norma implica que su nacimiento o adopción, sobrevenidos a una situa-

²¹⁶ Seguramente con este propósito se redujo el plazo de tres años previsto por la Disposición adicional 1.ª del Proyecto de Código de Familia de Cataluña (*vid.* texto en núm. 227). En general, en las Proposiciones presentadas con anterioridad en el Parlamento catalán (*Proposició de llei de les parelles de fet –PLPF–* y *Proposició de llei reguladora de les parelles de fet –PLRPF–*) se observa una tendencia a la baja en las sucesivas redacciones: de cinco a tres años y de tres a dos, respectivamente.

²¹⁷ LUEP: «Disposición transitoria.

El tiempo de convivencia transcurrido antes de la entrada en vigor de la presente Ley, entre los miembros de las parejas heterosexuales, se tendrá en cuenta a efectos del cómputo de los dos años a que se refiere los artículos 1 y 2 únicamente si los dos miembros de la pareja y, en su caso, los herederos del difunto están de acuerdo.»

LIJPE: «Disposición transitoria

Las disposiciones de esta Ley Foral se aplicarán, a partir de su entrada en vigor, a las parejas estables constituídas con anterioridad siempre que cumplan los requisitos establecidos en su artículo 2.»

²¹⁸ El acuerdo de los miembros de la pareja, sin requisito de forma, constituye una alternativa al otorgamiento de escritura pública, que también es posible. La previsión sobre el consentimiento de los herederos resulta extraña, ya que la Ley no concede derechos sucesorios a la pareja heterosexual, y, para otros derechos *post mortem* –beneficios viduales del art. 18 y permiso funcional por defunción del conviviente– no se ve por qué ha de necesitarse ese consentimiento.

²¹⁹ Este segundo índice de estabilidad, frecuente según se vio en Derecho comparado como alternativa o añadido al del plazo, supone una novedad introducida por el PLRCMD frente a la Disposición adicional 1.ª del CF, si bien el artículo 1.2 de aquel texto hablaba de «hijos comunes, naturales o adoptivos», mientras que ahora la expresión utilizada es «descendencia común». El cambio obedece a la acogida de la enmienda de modificación a todo el texto del proyecto presentada por IC-EV para «corregir el lenguaje androcéntrico» (*vid.* DSPC, núm. 299, p. 24112). Aunque el significado es el mismo, una interpretación literal llevaría al resultado absurdo de entender incluidas en el ámbito de aplicación a las parejas cuyos respectivos hijos o nietos hubieran tenido un hijo común (MARTÍN CASALS,

ción de convivencia, provocarán la aplicación automática de la regulación legal, con independencia del tiempo transcurrido. No está tan claro si esto ocurre también a la inversa, por la convivencia (que en todo caso es imprescindible, como se encarga de recordar el texto de los arts. 1.2 LUEP y 2.2 LIJPE) sobrevenida a la existencia de hijos. Aunque algún autor se inclina por rechazar esa opción²²⁰, entendemos que una respuesta afirmativa podría venir avalada por la *ratio* del precepto: si ésta no es otra que indicar la presumible intención de permanencia y seriedad, parece claro que la misma también se da cuando la pareja decide convivir tras el nacimiento de un hijo²²¹.

La *exclusividad* implícita en la propia noción: la unión es de pareja, y ello tiene como consecuencia la previsión de un impedimento para garantizarla²²².

La LUEP y la LPENC no exigen expresamente la *publicidad* y *notoriedad* de la convivencia; sí la Ley navarra y prácticamente todas las posteriores, salvo la andaluza y la vasca. Claro que en todo caso la constitución notarial la lleva aparejada; así como también la constitución mediante inscripción en registro administrativo. En los demás supuestos los medios de prueba son libres (arts. 2 LUEP y LPENC²²³, art. 3 LIJPE), salvo que, en la LUEP se trate de hacer valer los beneficios respecto a la función pública del artículo 9 de dicha Ley, en cuyo caso se requiere acta de notoriedad (art. 10 LUEP)²²⁴.

M., «Aproximación a la Ley catalana 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 12, 1998, p. 168).

En las Leyes posteriores, dicho segundo índice de estabilidad sólo es corregido, como ya se ha señalado, en las regulaciones asturiana, extremeña y canaria.

²²⁰ MARTÍN CASALS, «Aproximación...», *ibid.*

²²¹ El artículo 1.2 del PLRCMD decía de hecho que el requisito de la convivencia «se ha de producir o ha de continuar después de la filiación» (*BOPC*, núm. 299, p. 24113).

²²² *Vid.* a continuación, sobre los «impedimentos» para constituir una unión estable.

²²³ La LPENC, además de a esta regla general, se refiere expresamente a dos medios que parece considerar privilegiados: el acta de notoriedad y el documento judicial. Obsérvese que éstos, a pesar del privilegio, son opcionales: no se establece, como en el artículo 10 LUEP, la obligatoriedad de unos medios probatorios cualificados a ciertos efectos, como los beneficios de Derecho público: en relación con los mismos, la LPENC establece otro requisito, el de la inscripción. (*Vid. infra*, a propósito de los elementos formales). Por otro lado, no está claro a qué se refiere con la mención del «documento judicial», ya que en la normativa procesal vigente no hay procedimiento alguno que por sí mismo acredite la existencia de una pareja estable (MERINO y HERNÁNDEZ, J. L., *Manual de parejas estables no casadas*, Zaragoza, 1999, p. 49).

²²⁴ «Artículo 2. Acreditación.

La acreditación de las uniones estables no formalizadas en escritura pública y el transcurso de los dos años de referencia se puede hacer por cualquier medio de prueba admisible y suficiente, con la excepción que establece el artículo 10».

«Artículo 10. Acreditación y legitimación especiales.

Para hacer valer los derechos del artículo 9, si no se ha formalizado la convivencia en escritura pública otorgada dos años antes de ejercerlos, será preciso aportar acta de notoriedad de la convivencia y del transcurso de dos años.»

Por lo que hace a la dimensión interna de la *affectio* (intención de los convivientes y aspecto sexual —que no relación carnal efectiva—), las dificultades o incluso imposibilidad de prueba son evidentes. Lo cierto es que basta con la concurrencia de los elementos objetivos externos señalados para que la pareja quede dentro del ámbito de aplicación de la Ley (si además se dan los elementos subjetivos), y en principio sería indiferente que los motivos internos de los convivientes fueran otros, tales como la amistad, el compañerismo... (En todo caso sobre este punto habrá de volverse al examinar la relación entre la LUEP y la LSCAM y sus respectivos ámbitos subjetivos)²²⁵.

b) Elementos subjetivos

1. El sexo de los convivientes:

Como quedó apuntado más arriba, el hecho de que el modelo de referencia sea el matrimonio no ha llevado aparejada la exigencia de un requisito subjetivo tradicionalmente predicado de la convivencia *more uxorio*: el de la heterosexualidad. Es común a todas las regulaciones el abarcar con su definición de pareja tanto a los convivientes de distinto como del mismo sexo.

En la pionera Cataluña, la inclusión de la convivencia homosexual en el ámbito de una regulación de las parejas no casadas se remonta al año 1994, a las primeras proposiciones de ley que en Derecho civil catalán se presentaron sobre el tema. Si bien en principio tal inclusión era tan sólo implícita, pues los referidos textos, con una ambigüedad probablemente deliberada, no se pronunciaban expresamente sobre los componentes subjetivos de la pareja²²⁶. Posteriormente, sin embargo, la Disposición Adicional 1.^a del Proyecto de Código de Familia (CF) exige la heterosexualidad de la unión estable²²⁷. Estos

²²⁵ Vid. *infra* 1.2.1.

²²⁶ Si bien el mismo silencio se observaba en las enmiendas que desde 1987 fueron proliferando en materia sucesoria y familiar, la alusión en ellas al carácter «marital» de la convivencia se interpretaba como referido únicamente a la pareja heterosexual. Sin embargo el tenor de la PLPF y de la PLRPF permitía incluir también las relaciones homosexuales: en la primera, porque se abandona toda referencia a la convivencia marital (art. 1). En la segunda, porque (también art. 1) se introduce la disyuntiva entre dicha convivencia marital base o «una relación análoga de afectividad», con lo que la intención parece a todas luces ser el evitar los efectos de una interpretación tradicional que, partiendo de la heterosexualidad del matrimonio, entiende que «marital» sólo puede ser la convivencia entre hombre y mujer. Sobre la exégesis de estas iniciativas legislativas, vid. LLEBARÍA, *Hacia la familia...*, cit. pp. 56-61; y «Perspectivas en Derecho civil catalán de las parejas de hecho» (en HERRERA CAMPOS —Dir.—, *Parejas de hecho*, Granada, 1996, pp. 184-186.)

²²⁷ Disposición adicional primera. *Efectos derivados de una unión de hecho*

1. La unión estable de un hombre y una mujer que, sin impedimento para contraer matrimonio entre sí, hayan convivido maritalmente al menos durante un período de tres

vaivenes ponían de relieve la contradicción entre, por un lado, una demanda social que urgía al reconocimiento de la convivencia homosexual, y, por otro, una reticencia a la asimilación de este tipo de relaciones con las heterosexuales: dilema que halla una solución en el texto inmediatamente anterior a la LUEP (el Proyecto de Ley sobre relaciones de convivencia diferentes del matrimonio: PLRCMD), donde se optó por proponer una regulación separada de la pareja heterosexual y la homosexual (primera y segunda parte del texto)²²⁸.

Esta regulación separada se mantiene en la LUEP, de donde se deduce que, si bien el concepto de «unión estable de pareja» incluye la convivencia entre homosexuales, los problemas específicos que ésta presenta aconsejan un tratamiento aparte, que, en algunos aspectos, es diverso del de las uniones heterosexuales.

Las diferencias en el punto de partida respecto de la pareja heterosexual las condensa el Preámbulo de la LUEP en una doble imposibilidad: de acceder al matrimonio y de engendrar descendencia biológica. La primera cuestión se traduce en un estatuto más completo para la unión homosexual que para la heterosexual, que incluye *vid. gr.* derechos sucesorios que no se prevén para esta última, mientras que a la segunda probablemente responden los distintos modos de constitución. No obstante, existe también un buen número de disposiciones comunes²²⁹ que, a fin de evitar repeticiones, habrían aconsejado un tratamiento conjunto, referido a la unión estable de pareja en general, para luego detallar en capítulos separados las normas específicas de cada tipo de unión, heterosexual u homosexual.

Así debería haber sido, (al menos, desde la lógica de la LUEP de institucionalizar jurídicamente tanto las uniones estables heterosexuales como las homosexuales y hacerlo simultáneamente, sin perjuicio de lo criticable de esa lógica en sí. Porque si por el contrario se hubiera partido, como creemos más acertado, de considerar que las diferencias entre uno y otro tipo de parejas van más allá de exi-

años, da lugar a los derechos y obligaciones que a continuación se establecen [...]». Esta previsión difiere también de los propios trabajos preparatorios (el Anteproyecto), donde se habla genéricamente de «la persona que ha convivido maritalmente o en una relación de afectividad análoga con otra»... (*Vid.* referencias de ambos textos en LLEBARÍA, *Hacia la familia...*, pp. 64-71; y MARTÍN CASALS, «Aproximación...», cit., pp. 145-146).

²²⁸ Sobre todos los antecedentes remotos e inmediatos de la LUEP pueden consultarse: para un estudio de la situación hasta 1996, LLEBARÍA, *Hacia la familia...*, cit., pp. 55-71, y «Perspectivas...», cit., pp. 173-197 (en particular pp. 183-189); con posterioridad, GARRIDO MELERO, M., «Matrimonio, convivientes *more uxorio* y familia en el Código de familia y en la Ley catalana de uniones estables de pareja», *La Notaria*, núm. 7, 1998, pp. 58-63.

²²⁹ La inmensa mayoría, en realidad; sorprende la insistencia de la propia LUEP en la necesidad de un tratamiento diferenciado, cuando luego el contenido sustantivo de la regulación establecida contradice ese punto de partida.

gir peculiaridades de regulación y afectan a la propia decisión sobre el *modo* de intervenir legislativamente, el tratamiento debería haberse separado hasta el punto de contenerse en leyes distintas: una que institucionalizase jurídicamente la convivencia homosexual, dotándola de un estatus propio²³⁰; y otra que, no creando ningún estatus, proporcionase una regulación mínima –y acaso unas normas dispositivas que sirviesen de punto de partida a los pactos entre convivientes– para solucionar los problemas planteados por las parejas heterosexuales no casadas o por las homosexuales que no se acogieran a la regulación de la primera ley. El concepto diferiría también en ambos casos, siendo lógico que en aquél hubiera requisitos subjetivos y formales propios de una institución paralela al matrimonio heterosexual.

Pero, puesto que esa distinción no se ha efectuado y aunque la LUEP no engloba expresamente ambos tipos de convivencia en un concepto unitario, éste se deduce de su inclusión en una misma Ley y bajo una misma rúbrica. El denominador común es, se repite, esa analogía con el *modo de vida* matrimonial que anuda a la convivencia el elemento básico de la *affectio maritalis*, y que las distingue de otras convivencias no caracterizadas por la afectividad sexual. Y se subraya lo de *modo de vida* porque al menos en este punto la analogía ya no se establece con el matrimonio como institución, y por tanto con el referente único del carácter intersubjetivo de la relación –que es lo que había dado pie a considerar que convivencia marital o relación análoga a la conyugal sólo podía ser aquella en la que concurrían los mismos requisitos que se exigen para el matrimonio, y entre ellos la heterosexualidad–, sino con la relación de afectividad que caracteriza a aquélla, con su contenido.

La LPENC también incluye dentro de su ámbito tanto la convivencia heterosexual como la homosexual, pero, a diferencia de la LUEP, no las regula separadamente²³¹. Si el preámbulo hace una referencia a la convivencia homosexual como un «fenómeno similar, aunque de naturaleza y consecuencias bien diferentes», el texto articulado se queda en esa similitud, sin reflejar jurídicamente la diferencia, con una sola excepción: la posibilidad de adoptar conjuntamente, que como es habitual se confiere en exclusiva a la pareja heterosexual (*vid.* art. 10). En lo demás, no sólo la definición, con la correspondiente previsión de impedimentos, sino todo el estatuto,

²³⁰ No obstante una Ley de tales características escaparía a la competencia autonómica, en cuanto supondría la regulación de una nueva forma de matrimonio, aunque no emplease esa denominación: *vid. infra* p. 103.

²³¹ No prosperó en esta cuestión la enmienda núm. 8 presentada por el PAR, que aboga por dicha subdivisión.

son comunes. De hecho, el término pareja(s) estable(s) no casada(s) se utiliza de modo genérico a lo largo de toda la Ley, sin especificar el sexo de los miembros²³², y únicamente es en el referido artículo 10 donde se añade de modo expreso el calificativo de «heterosexual».

Esta opción evita las reiteraciones y faltas de coordinación (patentes, recuérdese, en la regulación de los impedimentos) que se producían en la LUEP, y da así lugar a una Ley menos confusa y esencialmente más corta (18 artículos frente a los 35 de la catalana). No oculta, en definitiva, que la decisión de institucionalizar la convivencia no matrimonial afecta por igual a heterosexuales y homosexuales.

La unificación del régimen jurídico llega a su máxima expresión en la Ley navarra, donde la definición y el estatuto son totalmente comunes a heterosexuales y homosexuales, incluyendo la «manzana de la discordia»: la norma relativa a la adopción (art. 8 LIJPE). También permite la adopción, según se dijo anteriormente (y a la espera de la resolución del recurso de inconstitucionalidad), la Ley vasca (art. 8). Sin ir tan lejos, todas las regulaciones posteriores a la navarra, desde la valenciana a la canaria, incluyen en su ámbito de aplicación a las parejas homosexuales, a menudo utilizando la expresión indiferenciada «personas»²³³.

2. Requisitos de capacidad e impedimentos para constituir una unión estable:

La calificación de la convivencia homosexual como marital podría confirmar que ahora la semejanza con el modelo matrimonial se refiere a esa relación sexual y de afecto y ya no a la institución en sí, con sus correspondientes requisitos. Sin embargo, esto no ha sido exactamente así, y el calco del esquema matrimonial ha pesado en los legisladores autonómicos, quién en consecuencia han introducido una serie de límites en el ámbito subjetivo de aplicación de las respectivas Leyes de parejas, que grosso modo vienen a coincidir con los requisitos de capacidad e impedimentos para contraer matrimonio (y que en algunos casos resultan incluso más estrictos)²³⁴.

²³² La enmienda núm. 2 presentada por el Grupo Mixto proponía añadir la discutible coletilla «independientemente de su orientación sexual».

²³³ En ocasiones, y aunque ello no tenga repercusión jurídica alguna, se elude el calificativo de marital para la convivencia, seguramente para evitar que se le aplique a la homosexual.

²³⁴ Las Leyes examinadas no efectúan la distinción que aquí hemos seguido, entre requisitos de capacidad o prohibiciones absolutas (edad y ligamen previo: art. 46 CC) e impedimentos en sentido estricto o prohibiciones relativas (parentesco y crimen: art. 47 CC). Aquí mantendremos no obstante esa distinción a efectos de claridad expositiva, aunque en ocasiones hablemos de «impedimentos» en sentido amplio.

Sobre los mismos hay que hacer una serie de consideraciones generales.

Por de pronto, salta a la vista que en la regulación catalana la técnica de formulación es distinta para la pareja heterosexual que para la homosexual: en el primer caso se ha optado por la remisión genérica a los impedimentos matrimoniales —con la salvedad de la mención expresa del requisito de la mayoría de edad, por ser éste más estricto—, mientras que en el segundo se hace una enumeración de esos impedimentos, que lógicamente ya no son para contraer matrimonio entre sí, pues esto es algo por definición vedado a la pareja homosexual, pero que, en general, imitan los que tendrían para hacerlo si fueran heterosexuales. Esta distinta técnica, que constituye una de las varias irregularidades inducidas por la regulación separada de uniones heterosexuales y homosexuales en la LUEP, no carece de consecuencias, como enseguida se verá.

Pero además debe en general destacarse cómo toda la regulación de estos «impedimentos» pone de manifiesto la propia inconsistencia de la decisión de institucionalizar jurídicamente la pareja heterosexual y por tanto de pretender «definirla». La introducción de «impedimentos» al modo matrimonial es en sí superflua e inadecuada; superflua en cuanto a los impedimentos de parentesco no dispensables, ya que una pareja formada por personas afectadas por ellos (por más que sea un supuesto de laboratorio) por definición no cabe dentro del concepto restringido de convivencia no matrimonial; e inadecuada en cuanto al resto de requisitos de capacidad e impedimentos, que, en general, no tendrían por qué impedir la unión libre²³⁵.

i) La edad:

El requisito de la edad se separa, en las regulaciones catalana y aragonesa de la normativa matrimonial, y es específico para las uniones estables, suponiendo un endurecimiento de los requisitos para for-

²³⁵ Vid. *supra* II 1.2 B), lo que se dijo a propósito de la necesidad de ausencia de impedimentos matrimoniales. Ya PANTALEÓN («Régimen jurídico-civil...», en *Uniones de hecho*, cit., p. 73) en relación con una propuesta legislativa anterior a la LUEP que también definía a la pareja no casada de ese modo, comentaba agudamente que «obviamente la convivencia con relaciones sexuales entre personas con vínculos de consanguinidad de primer grado es un incesto y naturalmente esa relación es contraria al orden público. No hace falta que una norma venga ahora a definir la convivencia *more uxorio* estableciendo el impedimento de consanguinidad; sobre todo porque, además de él, inmediatamente introduce el impedimento de ligamen, de vínculo, y llega a la consecuencia de que toda la convivencia heterosexual adulterina está fuera de la protección legal [...]. Aquí lo malo es coger la moto y ponerse a escribir, con la idea del matrimonio en la cabeza, y al final acaba apareciendo el impedimento de raptó o el de conyugicidio para evitar que le den permiso por muerte del conviviente a un miembro de la pareja. Esto es lo que pasa. Por eso digo que conviene que el legislador no coja la moto de la legislación». Pero esto último es lo que ha hecho la LUEP, persistiendo en el error de los antecedentes legislativos, y desoyendo la crítica que a los mismos dirigía la mejor doctrina.

marla. No parece que pueda permitírsele tal formación a los menores emancipados argumentando que la emancipación les habilita para regir su persona y bienes como si fueran mayores (arts. 323 CC y 159 CF), y que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores deben interpretarse restrictivamente (art. 2.II de la Ley Orgánica 1 /1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor)²³⁶. Esa interpretación podría caber, en la Ley catalana, si sólo contáramos con la letra del artículo 20.1.b) LUEP. Pero el artículo 1.1 en cambio es taxativo: si hubiera querido dar entrada a los menores emancipados se habría remitido también en relación con el requisito de edad al CC, que permite el matrimonio a aquéllos (art. 46.1º)²³⁷. Pero ha explicitado este requisito refiriéndose a los «mayores de edad», y éstos sólo son los que tienen dieciocho años cumplidos (art. 315 CC)²³⁸.

Tampoco parece posible una interpretación extensiva en la Ley aragonesa²³⁹. Cuestión distinta es la de que pueda entenderse que en la expresión «mayores de edad» entran los que de acuerdo con el Derecho aragonés hayan obtenido el *beneficio de la mayor edad*: situación superior a la emancipación, pues respecto a ella no operan las limitaciones del artículo 323 CC, y a la que se llega por matrimonio (disuelto el cual podría el que obtuvo el beneficio por esa vía constituir una pareja estable no casada) o por vivir de modo independiente, en ambos casos a partir de los catorce años²⁴⁰. La

²³⁶ Defiende esta exégesis BAYO DELGADO, J., *Requisits de la parella. L'eficàcia inter vivos: efectes durant la convivència*, Ponencia en las *Jornades sobre la Llei 10/1998, d'unions estables de parella*, La Seu d'Urgell, 28-30 de octubre de 1998, organizadas por el Consejo General del Poder Judicial y el Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada del Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya (citado en MARTÍN CASALS, «Aproximación...», cit., p. 61, núm. 25).

²³⁷ Así como también admite la dispensa del impedimento de edad a partir de los catorce años: sin embargo, esta previsión sí que no sería aplicable al no haber propiamente una remisión técnica a la normativa reguladora de los impedimentos, según se apuntará más adelante.

²³⁸ Entienden que ésta es la única interpretación posible HERNÁNDEZ IBÁÑEZ («Una aproximación...», cit. p. 587), MARTÍN CASALS («Aproximación...», cit., p. 161), ROCA TRÍAS, (en PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, «Institucions del Dret Civil de Catalunya», vol. II. *Dret de la persona. Dret de família*, 5.ª ed., Valencia, 1998, p. 455). La corrobora además el hecho de que las enmiendas que propusieron incluir expresamente a los menores emancipados no fueron acogidas: enmiendas núms. 3 GS y 5 IC-EV (*BOPC*, núm. 299, p. 24113) para la unión heterosexual, y 144 ERC y 145 IC-EV (p. 24132) para la unión homosexual.

²³⁹ La enmienda núm. 14 del Grupo Mixto, que no prosperó, proponía la adición del inciso «o menores emancipados».

²⁴⁰ Defiende esta interpretación MERINO Y HERNÁNDEZ, *Manual...*, cit., pp. 53-55. Vid. artículos 4 y 5 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón:

«Mayoría de edad.

Art. 4. Tendrán la consideración de mayores de edad los menores desde el momento en que contraen matrimonio.

Del mayor de catorce años

Art. 5 [...]

3. El mayor de catorce años que, con beneplácito de sus padres o mediando justa causa, viva independiente de ellos, tendrá la libre administración de todos sus bienes.»

LPENC sería de esta forma menos restrictiva, pero no por sí misma, sino por esta especialidad del Derecho aragonés. Los menores emancipados según el Derecho común siguen de todos modos quedando excluidos, así como los *mayores de catorce años no emancipados* que, sin embargo en otros ámbitos de la vida jurídica, tienen un extenso margen de actuación según las normas aragonesas²⁴¹.

¿Por qué esta exigencia de un *plus* de capacidad respecto del matrimonio? Ya se ha visto que parte de la doctrina era con anterioridad partidaria de dicha exigencia. Sin embargo, esta postura se fundaba en una crítica de la propia edad fijada por el Ordenamiento para contraer matrimonio, que se juzga insuficiente para asumir las responsabilidades y consecuencias derivadas del modo de vida conyugal. Desde ese punto de vista se podría todo lo más apoyar *de lege ferenda* una elevación de la edad requerida para contraer matrimonio. Pero mientras el legislador español considere que basta una edad menor, no se justifica que ello en cambio no sea así para el entrar en el estatus alternativo de la unión estable de pareja, puesto que «el consentimiento a prestar se mueve entre los mismos presupuestos y contornos: aceptar la formación de una comunidad de vida...»²⁴². No es de extrañar que esta previsión haya atraído en consecuencia las críticas de la doctrina²⁴³.

De acuerdo con alguna opinión, en cambio, la exclusión de los menores emancipados es acertada por cuanto en el matrimonio tienen un estatuto más completo y protector, mientras que siendo una unión estable de pareja los importantes deberes y responsabilidades que las Leyes de parejas regulan se corresponden con una ruptura sin control, siempre posible²⁴⁴. Sin embargo, esta explicación elude

²⁴¹ Recuérdese la amplia capacidad que el Derecho aragonés otorga al menor, *incluso sin estar emancipado*, una vez cumplidos los catorce años y debidamente asistido por sus padres o tutores: «... puede celebrar por sí toda clase de actos y contratos, con asistencia, en su caso, de uno cualquiera de sus padres, del tutor o de la Junta de parientes. Los actos celebrados sin la debida existencia serán anulables» (art. 5.1 de la Compilación aragonesa, introducido por la Ley 3/1985). La previsión de la LPENC restringe así esa regla general propia del Ordenamiento de Aragón.

²⁴² LLEBARÍA, *Hacia la familia...*, cit. pp. 96-97.

²⁴³ Así *v. gr.*, HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, quien tras preguntarse si se ha querido tal vez establecer un requisito especial de capacidad como para los supuestos de adopción –arts. 175.1.º CC y 115.b) CF de Cataluña– llega a la conclusión de que no son situaciones equivalentes, y se inclina a pensar que el legislador catalán, a pesar de optar por la regulación de las parejas no casadas, ha querido poner alguna traba a las mismas (*vid.* «Una aproximación...», cit., p. 587-588).

Con esta exigencia de la mayor edad se produce además la paradoja de que una convivencia «de hecho», en cuanto que, como se ha señalado, normalmente está vinculada a la vida independiente que requiere el artículo 319, produciría la emancipación. ¿Y entonces no se reconoce jurídicamente esa convivencia del emancipado? (V. LLEBARÍA, *Hacia la familia...*, pp. 95-96).

²⁴⁴ En relación a la LUEP, GAVIDIA, «La libertad de elección...», cit., p. 124.

el problema de fondo, porque parece pensar sólo en las parejas que se constituyan formalmente, acogándose *ex ante* a las previsiones legales: pero, ¿qué ocurre con las que existan sin constitución formal, y que serían tutelables *ex post facto* de acuerdo con el concepto anterior a las regulaciones orgánicas? Por otra parte, el argumento es válido sólo para las parejas heterosexuales, no para las homosexuales, que no pueden optar a ese estatuto más protector del matrimonio ²⁴⁵.

En la LIJPE, a diferencia de la Ley catalana y la aragonesa, se incluyen los menores emancipados. Este criterio –a nuestro juicio acertado– es seguido por todas las regulaciones autonómicas ulteriores, desde la valenciana a la vasca.

ii) El vínculo previo:

La ausencia de vínculo matrimonial previo es un requisito exigido por todas las Leyes autonómicas de parejas ²⁴⁶. Se trata sin duda de una de las distorsiones más graves de la regulación legislativa de las parejas no casadas, y es quizá el punto que con mayor claridad refleja lo inadecuado de haber procedido a una institucionalización jurídica de aquéllas, con la agravante de haber utilizado el matrimonio como molde de dicha institucionalización.

Porque la consecuencia más evidente es que se excluyen del ámbito de aplicación –y por tanto de una regulación que se pretendía tuitiva y atenta a la urgencia de solucionar los problemas que la convivencia matrimonial plantea– las parejas en las cuales uno de los miembros, o los dos, está casado pero separado legalmente o de hecho. ¿Cuál es la causa de esta exclusión? ¿Una imitación irreflexiva del esquema matrimonial? ¿Una –consciente o no, pero en todo caso no confesada– pervivencia de la consideración aquellas parejas como ilícitas por adúlteras? ¿La necesidad de evitar colisiones con los efectos del matrimonio anterior? ¿O es que ha cuajado en el legislador la idea de que, puesto que está creando un estatuto cuasi matrimonial, debe triunfar el argumento de la coherencia

²⁴⁵ No ha dejado de haber aquí sin embargo quienes han aplaudido el criterio de exigir mayoría de edad en relación con las uniones homosexuales, con el fin de evitar situaciones que parecen asimilar a la pederastia: «se podría dar la circunstancia de uniones o «matrimonios» de segunda entre un menor de dieciséis años y un hombre de cincuenta, ambos del mismo sexo, lo que no parece que sea la voluntad del legislador; o, si realmente ésa era la voluntad del legislador, está bien que se haga todo lo posible para evitarlo» [TRÍAS SAGNIER, si bien no en relación con la LUEP sino con la Proposición de Ley Orgánica de contrato de unión civil (*vid. infra* III 1.2): «El contrato de unión civil y modificaciones legislativas que introduce», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 315, 1997, p. 3].

²⁴⁶ Este requisito se exige explícitamente en todas las Leyes, salvo en el caso de la unión heterosexual regulada por la LUEP, en que la exclusión de los ligados por vínculo matrimonial se produce implícitamente por remisión a la normativa sobre impedimentos matrimoniales en sentido amplio (*vid. art. 1.1 LUEP*).

con el sistema, y no otorgar a quien no puede casarse los beneficios de un régimen análogo? Si no se quería perjudicar los derechos del cónyuge, bastaría con haberse establecido una cláusula de salvaguarda de los mismos²⁴⁷. Por otro lado el régimen de las Leyes de parejas no llega a ser enteramente análogo al del matrimonio, y además, subsiste la «incoherencia» derivada de la pérdida de la pensión compensatoria. Con lo cual el casado separado que conviva maritalmente con otra persona pierde esa pensión, y en cambio ni se le aplicarán los artículos 8 LUEP o 13 LPENC (derecho-deber recíproco de alimentos), ni, sobre todo, tendrá derecho a una eventual ruptura de esa convivencia, a las compensaciones económicas que prevén tanto esas dos Leyes como también la navarra (arts. 13, 14 y 31 LUEP, artículo 7 LPENC y artículo 5.4 y 5 LIJPE). Caso este último en el cual es muy difícil que pueda «renacer» la pensión satisfecha por el cónyuge²⁴⁸.

En fin, parece que quiere promoverse el divorcio de los separados (o, visto de otro modo, no incentivar las separaciones sin divorcio²⁴⁹). ¿Pero, qué ocurre mientras tanto? No puede decirse que el artículo 1.3 LUEP o el 2.2.II LIJPE, al decir que se computará el tiempo de convivencia antes del divorcio para llegar al plazo requerido, remedien, en su ámbito, la situación de desprotección, porque los efectos serán entonces para el ya divorciado, y por otra parte éste podría acogerse al estatuto de la Ley simple-

²⁴⁷ Vid. GAVIDIA, «La libertad de elección...», cit., p. 124, y *supra* II.1.2 B).c). Aquél, sin embargo, en otro lugar defiende la exclusión de los casados separados precisamente a efectos de no lesionar los derechos del cónyuge («Las uniones libres en la Ley Foral Navarra de Parejas Estables», *Actualidad Civil* núm. 17, 23 al 29 de abril de 2001, p. 619.).

²⁴⁸ Vid. *supra* *ibid*. El problema está fundamentalmente a la ruptura de la convivencia, dado que durante la misma el «deber» de sustento recíproco se cumple espontáneamente. Con ocasión de aquella en cambio surgen los problemas, reforzados además por la dificultad de aplicar la tesis del «renacimiento» del derecho a la pensión extinguida. Con el juego de las reglas del enriquecimiento injusto (o aplicación por analogía *iuris* del artículo 1.438 o incluso de alguno de los elementos que computan la pensión compensatoria) se paliaría en algo la situación del conviviente desfavorecido, pero no en todo. Ha de estimarse por ello razonable la previsión de la pensión indemnizatoria-alimenticia del artículo 14 LUEP –de la que se priva al conviviente casado y separado de su anterior cónyuge–, si bien, como dice MARTÍN CASALS, su régimen, en lo que hace al primer supuesto que determina su concesión [art. 14.a)], debería haberse aproximado más a la *rehabilitative maintenance* de las regulaciones australianas: esto es, si la causa en ese supuesto es la disminución, provocada por la convivencia, de la capacidad de obtener ingresos, su percepción debería estar condicionada a la posibilidad efectiva de recuperación de esa capacidad (*vid.* «Aproximación...», cit., pp. 182-183). Esta limitación salvaría así en parte la objeción planteada por algunos autores de que dicha pensión desvirtúa la libertad de ruptura propia de la unión no matrimonial (*vid. infra* núm. 299).

²⁴⁹ Nuevamente GAVIDIA, «La libertad de elección...», cit., p. 124. La enmienda núm. 5 de IC-EV (BOPC núm. 299, p. 24113), al establecer la salvedad de que la ruptura del vínculo anterior fuera imposible por causas ajenas a la voluntad del interesado, abunda en aquel propósito, al forzar al separado a divorciarse en cuanto le sea posible... ¡porque si no se queda sin estatus, ni paramatrimonial ni matrimonial!

mente mediante escritura pública: el precepto resulta así en buena medida inútil ²⁵⁰.

En la LPENC y en la LIJPE se añade [arts. 4.d) y 2.1 *in fine*] un «impedimento de vínculo» específico para esta nueva institución, el formar pareja estable con otra persona, derivado de la exclusividad que caracteriza a la pareja. También aparece en la LUEP, referido a la unión homosexual [art. 20.1.c)]; no se menciona en cambio para la pareja heterosexual, sin duda a causa de un descuido producto a su vez de, como se dijo, remitirse en este caso de modo genérico a los impedimentos matrimoniales. Sin embargo, dicho requisito ha de entenderse incluido ²⁵¹, ya que es indudable que el concepto de pareja manejado por la LUEP posee la nota de la exclusividad. Nota que se infiere de toda la regulación, pero que queda en particular confirmada por el artículo 17, que, en caso de ruptura de unión estable formalizada en escritura pública, impide la formalización de otra unión estable (también mediante escritura pública) hasta pasados seis meses desde que el primer documento se deje sin efecto ²⁵².

Posteriormente las demás Leyes autonómicas han recogido ese mismo impedimento de vínculo, pero con un curioso desdoble en la Ley valenciana, al aclarar que lo que impide constituir una pareja regulada por la Ley (esto es, inscrita) es, tanto el hecho de formar otra unión inscrita, como el de vivir en una unión estable no inscrita [*vid.* art. 2 c)]. Con lo cual se admite legislativamente la dualidad pareja no casada «clásica»/ pareja estable legal.

En cualquier caso, el hecho de formar pareja estable con una persona genera impedimento de vínculo para constituir otra pareja, pero no para contraer matrimonio (*vid. infra* sobre las causas de extinción).

iii) Los impedimentos en sentido estricto

En las Leyes aragonesa [art. 4.b) y c)] y navarra (art. 2.1), así como en la regulación de la LUEP referida a la pareja homosexual [art. 20.1.d) y e)], se prevén los impedimentos de parentesco por

²⁵⁰ V. MARTÍN CASALS, «Aproximación...», cit., p. 166; HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, «Una aproximación...», cit., p. 591.

²⁵¹ Así lo entienden HERNÁNDEZ IBÁÑEZ («Una aproximación...», cit. p. 610) y MARTÍN CASALS («Aproximación...», cit., p. 162). Por otra parte, una enmienda de Iniciativa por Cataluña-Los verdes lo incorporaba expresamente en la regulación de la unión heterosexual: *vid.* BOPC núm. 299, de 11 de junio, p. 24114.

²⁵² MARTÍN CASALS, «Aproximación...», cit. p. 162. Este autor recalca además que entender otra cosa «comportaría la admisión de la poligamia o de la poliandria simultánea de las parejas heterosexuales y podría suponer un premio injustificable al poco probable cambio de orientación sexual de las personas o, incluso, la consagración legislativa del *mènage a trois*». (*Ibid.*)

consanguinidad o adopción en línea recta, sin límite de grado²⁵³ o en línea colateral hasta el segundo grado. En la regulación de la unión heterosexual, en cambio, la LUEP como se dijo efectúa una remisión a la normativa del CC sobre impedimentos matrimoniales. Esto hace que a dicha unión sean aplicables, además, el de parentesco de tercer grado en la línea colateral (art. 47.2.º CC) y el de conyugicidio (art. 47.3.º CC). Es de notar que son éstos precisamente los impedimentos que (además del de edad) pueden ser dispensados para quienes pretenden unirse en matrimonio: *vid.* artículo 48 CC. Se ha planteado por ello la posibilidad de su dispensa también para la constitución de una unión estable heterosexual según la LUEP, y dado que para la homosexual no operan. Parece sin embargo poco probable que quepa esta interpretación, por cuanto la remisión que efectúa el artículo 1.1 para la unión heterosexual no es en realidad una remisión en sentido técnico, sino una remisión en sentido impropio o declarativo, que se limita a utilizar un concepto («impedimento para contraer matrimonio») de otro texto legal, pero sin declarar expresamente aplicable toda la regulación acerca del mismo²⁵⁴. Teniendo esto presente, la diferencia de trato no se entiende ni resulta justificada, y parece deberse a un descuido del legislador al redactar estos preceptos²⁵⁵. Las Leyes valenciana, madrileña, balear y canaria en cambio, extienden explícitamente el impedimento de parentesco colateral al tercer grado. No así las restantes, en que el límite se mantiene en el segundo grado.

²⁵³ Así hay que entenderlo siempre, aunque la redacción de la norma en la Ley navarra parezca referir el límite del segundo grado tanto a la línea recta como a la colateral.

²⁵⁴ En este sentido, MARTÍN CASALS, «Aproximación...», cit., p. 164. GARRIDO MELERO por el contrario entiende necesaria una interpretación correctora merced a la cual se apliquen a la unión heterosexual los mismos impedimentos que a la homosexual (*vid.* «Matrimonio, convivientes...», cit., p. 77).

²⁵⁵ MARTÍN CASALS («Aproximación...», cit., p. 163), concretamente respecto del impedimento de conyugicidio, comenta que su omisión para la unión homosexual «no puede atribuirse a un exceso de purismo poco realista del legislador que le lleve a considerar que, como se trata de convivientes homosexuales, jamás habrán estado ligados por un vínculo matrimonial previo ya que, entre los impedimentos que enumera, prevé expresamente esa posibilidad [art. 20.1.b) LUEP]». («Aproximación...», cit., p. 163). El mismo autor comenta (*ibid.*) que el legislador debería haber sido consciente de que estaba creando una nueva institución, y ya que se remite implícitamente al impedimento de conyugicidio (que como se ha dicho olvida sin embargo para la unión homosexual), por coherencia con el sistema, ¿por qué no haber previsto un impedimento análogo consistente en la condena por muerte dolosa del anterior conviviente estable de uno de los miembros de la pareja?

Por otra parte, MARTÍNEZ DE AGUIRRE critica el que no se haya previsto el impedimento de crímen en la LPENC, entendiendo que las mismas razones de moralidad pública que determinan su existencia para el matrimonio aconsejan su extensión a la pareja no casada («Notas críticas sobre la Ley relativa a Parejas Estables no Casadas», *Aequalitas* núm. 2, p. 23). Seguramente la raíz del problema es la propia configuración de este impedimento como dispensable en el CC, según ya se apuntó anteriormente.

c) Elementos formales

1. En la constitución de la unión:

Como ha quedado apuntado, la pareja no casada legal no sólo produce efectos por una vía no formal (cuando la convivencia haya durado uno o dos años o cuando existan hijos comunes de la pareja), como es lo propio en una pareja de hecho; sino que también existe un modo formal de constitución, en escritura pública. Más aún, para las parejas homosexuales sujetas a la LUEP, este último es el único modo de que su relación de convivencia adquiera relevancia jurídica, no siendo, como en los demás casos, un modo de constitución alternativo. Algo similar cabe decir de las uniones (tanto heterosexuales como homosexuales) reguladas por otras Leyes autonómicas que prevén una inscripción constitutiva: *vid. infra*.

La escritura pública prevista en las Leyes catalana, aragonesa y navarra produce ipso facto la concesión de los efectos de éstas, con las siguientes precisiones:

– En la LUEP, la escritura supone la concesión de todos los efectos, si se trata de uniones homosexuales (como remacha el art. 21.3: «Estas uniones producen todos sus efectos a partir de la autorización del documento de referencia»). Con relación a las heterosexuales existe sin embargo una excepción, atinente a los beneficios en la función pública del artículo 9: para gozar de los mismos será precisa no sólo la escritura (o en su defecto, acta de notoriedad), sino también el transcurso de los dos años (*vid.* el antes citado art. 10 LUEP). (Con lo cual, dicho sea de paso, el legislador está olvidando que la unión heterosexual también se constituye de modo automático, sin plazo, merced a la presencia de hijos²⁵⁶.)

– En la LPENC, distinta del modo de constitución formal, en escritura pública, es la exigencia de inscripción en el Registro administrativo creado al efecto en la Diputación General de Aragón, a fin de que a la pareja (independientemente de cómo se haya constituido) les sean aplicables «las medidas administrativas» reguladas en la Ley (art. 2). ¿Cuáles son esas medidas administrativas? Hay que entender, y así lo ha hecho el Decreto de creación de aquel Registro, que se alude a la normativa aragonesa de Derecho público, a los derechos y obligaciones en ella previstos para los cónyuges, que, salvo en los aspectos tributarios, el artículo 18 LPENC

²⁵⁶ *Vid.* la crítica de este artículo 10 en MARTÍN CASALS, «Aproximación...», cit., p. 172.

declara aplicables a la pareja no casada²⁵⁷. Así pues, el régimen jurídico-civil dispuesto por esta Ley rige para los miembros de la pareja desde que ésta existe a efectos legales, bien por haber transcurrido el plazo de dos años de convivencia, bien por haberse otorgado escritura pública. Pero para que sea aplicable el régimen jurídico-público se establece la condición formal adicional de la inscripción²⁵⁸: inscripción que se califica de *voluntaria* por el Decreto, pero que es *requisito necesario* para disfrutar de ese régimen (*vid.* respectivamente, arts. 4.2 y 5 del Decreto citado).

Otros elementos «formales» en sentido amplio, y en particular la inscripción en los Registros municipales o autonómicos de uniones civiles, siguen teniendo simplemente, en el ámbito de Cataluña, Aragón y Navarra, el valor de medios de prueba²⁵⁹ (que, recuérdese, son libres), salvo en el supuesto de uniones homosexuales constituidas al amparo de la Ley catalana, para las cuales la escritura pública es la única forma de constitución y por ende el único medio de prueba²⁶⁰. En los casos valenciano (art. 3), madrileño (art. 3), extremeño (art. 4) y andaluz (art. 6) esa inscripción es constitutiva

²⁵⁷ *Vid.* artículos 1.2 y 5 del Decreto 203/1999, de 2 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se regula la creación y el régimen de funcionamiento del Registro Administrativo de parejas estables no casadas (*BOA* núm. 146, de 15 de noviembre de 1999). Esta norma fue aprobada en cumplimiento del mandato contenido en la disposición adicional segunda de la LPENC para que en el plazo de seis meses desde la publicación de la misma el Gobierno autonómico regulase la creación del Registro previsto en el artículo 2.

²⁵⁸ La previsión resulta así análoga en su función a la del artículo 10 LUEP, si bien, a diferencia de éste, no se exige la conjunción del elemento formal con el temporal. Por otra parte, el artículo 18 LPENC es notoriamente más amplio que el artículo 9 LUEP, al equiparar a los miembros de la pareja no casada a los cónyuges en todas las materias de Derecho público (con excepción de lo tributario) sobre las que Aragón tiene competencias, mientras que aquél sólo establece la equiparación en tres beneficios de los funcionarios públicos (excedencia voluntaria, permiso por muerte o enfermedad y reducción de la jornada laboral por incapacidad física del conviviente). Este artículo 18 (que procede del art. 22 de la originaria Proposición socialista) constituyó el principal objeto de polémica en la tramitación parlamentaria de la Ley aragonesa, motivando incluso un amago de rechazo por parte del grupo parlamentario del PAR; rechazo que finalmente no se produjo. Sin embargo, la excepción concerniente a la materia tributaria supone la desaparición del contenido del artículo 21 de aquella Proposición, en el cual se disponía que «en todo lo que concierne a los tributos cedidos a la Comunidad Autónoma de Aragón, la pareja estable [...] será tenida por matrimonio». Lo cual tiene trascendencia especialmente en el Impuesto de Sucesiones: al sobreviviente no le serán de aplicación los beneficios fiscales previstos para el viudo. (*Vid.* sobre este tema MERINO Y HERNÁNDEZ, *Manual...*, cit., pp. 127-131).

²⁵⁹ Así lo recalca expresamente la disposición adicional de la LJJE, separándose en esto de la previsión que contenía su Proposición homónima en el Congreso de los Diputados, que, al igual que las Proposiciones presentadas por otros grupos, otorgaba a esta inscripción carácter constitutivo.

²⁶⁰ En particular, la inscripción en los Registros municipales o autonómicos de uniones civiles seguirá teniendo valor probatorio para las uniones heterosexuales, como un medio más dentro del artículo 2 LUEP. En cambio, no lo tendrá para las uniones homosexuales a efectos de la LUEP, pero sí para probar su existencia al margen de la misma, es decir, como uniones de hecho en sentido tradicional, no formalizadas: [*vid. infra* IV A]).

para gozar de los efectos exclusivamente de Derecho público que las respectivas Leyes otorgan, y, en los tres primeros casos citados, opera de modo cumulativo al elemento temporal: la pareja no se constituye por el transcurso de doce meses de convivencia, pero ese plazo es condición para poder inscribirse. En las Comunidades forales balear y vasca (arts. 1 y 3 de las respectivas Leyes) tiene también valor constitutivo, en este caso con efectos juridico-civiles aparejados: es de hecho el único requisito para formar una pareja, sin requerirse plazo de convivencia ni hijos comunes. En Asturias la inscripción se prevé como alternativa al otro modo de constitución formal, el documento público (art. 3). Finalmente la Ley canaria (art. 6) establece una inscripción de naturaleza declarativa o ad probationem, no excluyente de otros posibles medios de prueba.

No obstante, y puesto que los legisladores autonómicos no han podido, por razones competenciales (art. 149.1.8.º CE), prever la inscripción de las parejas no casadas en el Registro Civil, sí contemplan en cambio la posibilidad de que la legislación del Estado prevea dicha inscripción en el futuro (disposición final 2.ª LUEP; art. 2, *in fine* LPENC; disposición adicional, párrafo segundo, de la LIJPE. En ese caso, y dado el tenor de dichos preceptos, al menos en las Leyes catalana y navarra (no está tan claro en la aragonesa), la inscripción parece que tendría valor constitutivo.

En relación con toda esta regulación, no dejan de causar perplejidad al menos dos cosas:

1.ª Que sólo entren en el ámbito de la LUEP las uniones homosexuales formalizadas. Obviamente, ello se explica por el dato sociológico de la existencia de numerosas parejas de esta clase que, ante la imposibilidad de acceder al matrimonio, desean formalizar su relación. No obstante no debieran haberse descartado a priori los supuestos en que dichas parejas no deseen pasar por la nueva formalización legal pero cuya convivencia «de hecho» sea igualmente merecedora de tutela, de acuerdo con el concepto y la teoría general sobre la unión no matrimonial. Sobre esto se volverá enseguida.

2.ª Pero, sobre todo, que las tres regulaciones que prevén un estatuto jurídico-civil (catalana, aragonesa y navarra) introduzcan elementos formales, en sentido estricto, para las uniones heterosexuales. Esta introducción, y la eficacia de los mismos, no pueden ser más desafortunadas. Y ello por un doble orden de razones. En primer lugar, porque se desnaturaliza una realidad esencialmente fáctica como es la pareja no casada heterosexual, cuyos integrantes serán en la mayoría de los casos poco proclives a los trámites burocráticos, que ya han rechazado (por lo menos circunstancialmente)

al no contraer matrimonio. Pero, en segundo lugar, porque cabe dudar de que la intención de las partes expresada en escritura pública esté al mismo nivel que los otros índices de estabilidad. En particular destaca, en las Leyes catalana y navarra, que la vía de la escritura pública se equipara con la de la existencia de hijos comunes, esto es, en ninguno de los dos casos se exige duración de la convivencia (con la salvedad ya vista del art. 10). Sin embargo, se ha observado que entre los dos supuestos no hay identidad de razón, y que la documentación de una voluntad no es suficiente para presumir un cierto grado de estabilidad. Se abre así la vía al fraude, a la posibilidad de uniones efímeras, pero escrituradas, que reclamen los efectos de la regulación legal²⁶¹. Claro que lo mismo ocurre en el matrimonio: produce efectos desde su celebración, sin que importe la duración de la convivencia posterior, pues ésta es una consecuencia de la formalización y no su elemento constitutivo. En el matrimonio se protege más el contrato formal que la convivencia real: ahora eso también puede decirse de la unión estable de pareja, al menos en parte. La previsión de esta vía contractual-formal de acceso desvirtúa así el concepto de pareja no casada, y hace que la noción de «unión estable de pareja», cuando se constituye en escritura pública, se aproxime más a la del matrimonio institucional: un matrimonio celebrado ante notario, de efectos limitados y de disolución libre²⁶².

2. En la extinción:

Esta última referencia a la disolución requiere sin embargo ser también precisada. Cierta que la ruptura inmediata es posible por la voluntad unilateral de una de las partes. Pero las Leyes autonómicas de parejas prevén, además de ésta, otras causas de extin-

²⁶¹ Sobre todo ello, LLEBARÍA SAMPER, «Glosa crítica a esta (nuestra) nueva Ley de uniones estables de pareja», *La Notaría*, núm. 10, 1998, pp. 92-95.

²⁶² Para evitar esta conclusión, LLEBARÍA (*loc. cit., ibid.*) propone una interpretación según la cual la escritura pública sólo tendría un valor probatorio añadido, pero no eximiría de la necesidad del transcurso de un plazo o de la presencia de hijos. El artículo 10 LUEP podría apoyar esta exégesis. No obstante, se trata esta última de una norma *especial*, que por otro lado en su dicción literal no alude más que a la antigüedad de la escritura, sin requerir convivencia efectiva: aquí aparece otra vía de fraude —a pesar de que esto fue precisamente lo que se intentó evitar con aquella norma especial—, que dará lugar a la posibilidad de tutelar apariencias ya extinguidas, mientras no se deje sin efecto la escritura. En última instancia no parece que aquella solución, que el propio autor reconoce forzada, pueda tener fortuna, dados los términos claramente disyuntivos en que se expresa el artículo 1.1: «Hayan convivido [...] o hayan otorgado escritura pública». Todos los comentaristas de la LUEP han entendido hasta ahora que sin duda se trata de una forma de constitución *per se*. También se entendió así en la tramitación parlamentaria; razón por la cual las enmiendas núms. 3 y 24 del *Grup Socialista* abogaban por una supresión de la vía formal; y, más allá, la enmienda núm. 2 de *Esquerra Republicana* se dirigía a la supresión de todo el texto del artículo (BOPC, núm. 299, pp. 24113 y 24115).

ción de la unión, e introducen nuevos elementos formales en la ruptura ²⁶³.

Al respecto hay que decir que la previsión de causas de extinción no tiene, ante una realidad fáctica que no crea vínculo formal, otro sentido que el declarativo, por lo que el texto de los artículos 12.1 LUEP (que repite el art. 30.1 para la unión homosexual), 6.1 LPENC, y 4.1 LIJPE, es en buena medida superfluo. En lo que no lo es, al prever modos de cese no inherentes a la naturaleza de la pareja no casada, provoca de nuevo una adulteración del concepto ²⁶⁴.

En efecto, de la lectura de uno de los supuestos enumerados en esos preceptos se infiere que no basta la voluntad unilateral de uno de los miembros para extinguir la unión, sino que es preciso que ésta se *notifique fehacientemente* al otro. Este mismo requisito se exige en las Leyes balear (art. 8) y asturiana (art. 4) ¿Cuándo se entiende que la notificación es fehaciente? ²⁶⁵. ¿Y qué ocurre si falta? La noción de pareja no casada que hasta ahora se había manejado implicaba que el cese de la convivencia acompañado de un cese de la voluntad común de estar juntos, el cese de la *affectio*, en suma, extinguía la relación, al identificarse con la desaparición del elemento material constitutivo. Sin embargo, según las Leyes autonómicas de parejas, si el miembro que decide romper no notifica, no podrá ampararse en que el cese de aquella *affectio* extingue la convivencia de todos modos, pues para ello hace falta que la separación se prolongue por espacio de un año o 6 meses en la Ley canaria ²⁶⁶. Estamos, en definitiva, ante una nueva muestra de que

²⁶³ La *informalidad* en la ruptura era característica del concepto de pareja no casada (más incluso que la propia libertad, pues también en última instancia es libre la disolución del matrimonio), lo cual en estas regulaciones se altera en parte. Tampoco la *baratura* de la disolución va a seguir siendo un elemento totalmente definitorio: no sólo porque las «cargas» formales que para determinados supuestos impone la regulación legal (*vid.* texto a continuación) implican un coste, sino sobre todo porque se consagra legalmente una pensión por ruptura, de naturaleza entre indemnizatoria y alimenticia (arts. 14 LUEP, 7.2 LPENC y 5.4 LIJPE), que va más allá de la compensación por enriquecimiento injusto (arts. 13 LUEP, 7.1 LPENC y 5.5 LIJPE).

²⁶⁴ LLEBARÍA SAMPER, «Glosa crítica...», cit., pp. 96-99.

²⁶⁵ La SAP Barcelona de 9 de marzo de 2000 (primera, de que tengamos constancia, en aplicar la LUEP, ha precisado que el emplazamiento judicial del exconviviente demandado (que fue declarado en rebeldía) constituye notificación fehaciente a efectos del artículo 12.1.b) LUEP. Con ello corrige el criterio del juzgador de primera instancia, que desestimó la demanda en que se solicitaba la declaración de extinción de la unión con los efectos correspondientes por no haber quedado acreditada la separación de hecho más de un año [según el art. 12.1.d) LUEP].

²⁶⁶ No parece posible entender que esta causa de extinción, separación de hecho o cese de la convivencia efectiva se referiría a un supuesto distinto, de extinción automática cuando falta la cohabitación (*corpus*) – v. gr., por motivos laborales u otros externos a la voluntad de las partes– pero no la *affectio (animus)*, ya que ello iría contra la consideración de que el requisito de continuidad ha de ser flexible y de que no cabe exigir más a los convivientes que a los esposos (cfr. art. 87 CC).

lo que se protege a veces parece ser más el contrato que la convivencia real. Contrato que ahora además no tiene por qué ser formal, pues estos modos de extinción se aplican igual a la pareja constituida en escritura pública que a las que accedieron al estatus legal por las otras dos vías.

Pero si además la extinguida unión se constituyó en escritura pública, se establece el deber de dejarla sin efecto (*vid.* arts. 12.2 y 30.2 LUEP, 6.3 LPENC y 4.2 LIJPE), o el de cancelar la inscripción, en el caso de las Leyes valenciana, madrileña, balear, asturiana y extremeña. Las Leyes catalana y aragonesa, además, disponen que, una vez hecho esto, los exconvivientes, bajo sanción de nulidad, han de esperar seis meses antes de poder formalizar mediante escritura pública una nueva unión estable (arts. 17 y 29 LUEP, 6.4 LPENC). Otra vez nos topamos con una previsión que es fuente de disfunciones.

En relación con la unión homosexual regulada por la LUEP, al menos tiene mayor sentido, puesto que esa unión sólo es formalizada. Pero no impide, en ese *interin* de seis meses, que se inicie otra relación de convivencia estable, que quedará exenta de la tutela legal en tanto no pueda formalizarse y así se haga efectivamente. Sin embargo esta consecuencia es producto ya de la propia decisión de no tener en cuenta la verdadera convivencia «de hecho» homosexual, sino sólo la convivencia «escriturada»: protección, por tanto, del vínculo formal, más que de la relación subyacente. De todos modos, tampoco se justifica esta norma si se repara en que la ruptura, a pesar de aproximarse la unión estable homosexual bastante al estatus matrimonial, permanece libre: no puede entenderse que se está estableciendo un plazo legal para el «divorcio» homosexual. De otra parte, tampoco puede aquella norma convertir las notarías en una suerte de registro público de parejas estables: si existiera tal registro, sí sería en cambio razonable prever la cancelación de la inscripción²⁶⁷.

Pero es en relación con la pareja heterosexual, o también con la homosexual regulada por la LPENC, con la que la previsión supone un completo absurdo, ya que mientras transcurren los seis meses de rigor podrá iniciarse o haberse iniciado una nueva convivencia que entrará en el cómputo de los dos años, o bien se producirán automáticamente los efectos de la LUEP si durante ese

²⁶⁷ Recuérdese que las tres Leyes se refieren a una eventual inscripción de las parejas no casadas en el Registro civil, que pudiera en el futuro prever la legislación estatal. Tampoco esto sería en absoluto satisfactorio cuando lo que se trate sea de proteger la convivencia en sí, al hacerse depender la producción de efectos de un elemento formal constitutivo como la inscripción.

período la nueva pareja tiene o adopta un hijo²⁶⁸. Y en ese caso no se comprende por qué una realidad, innegable, permitida y que produce los efectos determinados por la Ley, no puede documentarse²⁶⁹.

A modo de resumen puede concluirse que, en su afán de seguridad jurídica, el legislador ha olvidado que la pareja no casada es una realidad esencialmente insegura, que suscita dificultades probatorias precisamente por la falta de elementos formales constitutivos. Si se opta por tutelar esa realidad, ha de hacerse asumiendo aquellas dificultades: pretender eliminarlas mediante rigideces documentales hace olvidar el punto de partida, dejando en ocasiones fuera de la protección la situación real de convivencia (si no estaba documentada), o a la inversa, protegiendo apariencias documentales que (ya) no responden a una situación real. Para otorgar seguridad ya existía la forma del matrimonio. Si donde no había esa forma ahora se exige en ocasiones algo que se le parece mucho, da la sensación de que en buena medida para ese viaje no se necesitaban alforjas.

d) El requisito de la vecindad civil

El artículo 1.1 en su segundo inciso y el artículo 20.2 LUEP, así como el artículo 2.3 LIJPE, disponen, como requisito adicional a los objetivos, subjetivos y formales vistos, que al menos uno de los miembros de la pareja ha de tener vecindad civil en la Comunidad Autónoma respectiva (Cataluña o Navarra) para que la Ley les sea aplicable a ambos. El mismo requisito establece la

²⁶⁸ De modo que la única virtualidad de la prohibición consistirá en excluir la posibilidad de que la pareja heterosexual que no tenga hijos y desee constituirse a efectos legales sin esperar el transcurso del plazo de dos años lo haga durante esos seis meses posteriores a la anulación de la escritura.

²⁶⁹ Un expresivo ejemplo, propuesto por LLEBARÍA («Glosa crítica...», cit., pp. 98-99) permite constatar las contradicciones y sinsentidos a que la combinación de las normas examinadas en este epígrafe da lugar. En él plantea la hipótesis de un conviviente que decide, a finales del año 2000, romper una relación previamente escriturada, sin notificar con fehaciencia al otro tal decisión. Entre tanto, inicia una nueva relación afectiva con otra persona, con la que pasa a convivir en abril del 2001. Sin embargo, sólo al cabo de un año se tendrá legalmente por extinguida la primera relación de pareja [art. 12. 1.b) y d)]. La escritura en su día otorgada puede que no se deje sin efecto hasta octubre del 2002. Hasta abril de 2003, según el artículo 17, no podrá formalizarse la segunda relación, que existe desde hace ya dos años. «La adulteración es inequívoca: la relación estable se inicia en abril del 2001, la ex-relación no se tiene legalmente por extinguida hasta finales del 2001, y no puede formalizarse la nueva hasta primavera del 2003. ¡Ah! Y si antes de diciembre del 2001 fallece el primer conviviente abandonado, si los escrúpulos del otro se lo permiten, podrá intentar reclamar los derechos mortis causa reconocidos en el artículo 18, pues a efectos legales la única solución es ésa y no otra».

Ley balear (art. 2). Esta previsión plantea dos problemas fundamentales:

1.º No se exige simultáneamente el requisito de la residencia o domicilio²⁷⁰.

2.º Supone una intromisión en la competencia exclusiva del Estado para dictar las normas que resuelvan conflictos de leyes (art. 149.1.8.ª CE). Toda la doctrina ha coincidido en poner en duda la constitucionalidad de esta estipulación²⁷¹, por cuanto su aplicación lleva a contradecir lo dispuesto en los artículos 9.1, 2 y 8; 14 y 16.1.1.ª CC^{272, 273}.

A diferencia de sus parientes catalana y navarra, la LPENC no contiene un precepto que aluda a la vecindad civil de una o de ambas partes como requisito de aplicación de su normativa²⁷⁴. Es preciso, pues, acudir a otros textos. El artículo 9 del Estatuto de Autonomía de Aragón establece, como regla general, la eficacia

²⁷⁰ No obstante la expresión «vecindad civil en Cataluña» (en lugar de «vecindad civil catalana» o «de Cataluña» ha sugerido la interpretación de que la LUEP alude conjuntamente a la personalidad y a la territorialidad (criterio de la residencia), de acuerdo con la regla general del artículo 7.1 del Estatuto de Autonomía catalán: «... el Derecho civil de Cataluña tendrá(n) eficacia territorial, sin perjuicio de las excepciones que puedan establecerse en cada materia y de las situaciones que hayan de regirse por el estatuto personal u otras normas de extraterritorialidad» (vid. MERINO Y HERNÁNDEZ, *Manual...*, cit., p. 40).

²⁷¹ Vid. BOSCH CAPDEVILA, E., «La unión de hecho (referencia a su regulación en el Derecho civil catalán tras la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja)», *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña* núm. 81, 1998, p. 321; GARRIDO MELERO, «Matrimonio, convivientes...», cit., p. 119; LLEBARÍA, «Glosa crítica...», cit., p. 110; MARTÍN CASALS, «Aproximación...», cit., p. 173;

Una enmienda de IC-EV propuso la supresión de la norma: vid. *BOPC* núm. 299, p. 241 13.

²⁷² «Piénsese que, según ello, a la pareja compuesta por un murciano y una catalana se les aplicaría la LUEP, y que si fallece el primero la LUEP introduce efectos sucesorios con pretendida preferencia y exclusión del Código Civil, que en este caso sería la ley personal del causante» (LLEBARÍA, «Glosa crítica...», cit., p. 110).

De otro lado, la adopción unilateral, por parte de varios Ordenamientos autonómicos, del criterio de la vecindad civil de uno de los miembros encierra el germen de un inevitable conflicto: ¿qué Ley, la LUEP o la LIJPE, se aplica entonces a la pareja formada por un catalán y un navarro?

²⁷³ BOSCH CAPDEVILA («La unión de hecho...», cit., p. 321) ha propuesto una interpretación según la cual el requisito de la LUEP ha de ponerse en relación con las normas de Derecho interregional relativas al matrimonio (y aplicables por analogía a las parejas no casadas) contenidas en el artículo 9.2 CC. Así, cuando uno sólo de los convivientes sea catalán, la LUEP se aplicaría únicamente si hubiese pacto al respecto, residencia habitual en Cataluña, o escritura pública allí formalizada. La virtualidad de los artículos 1.1 *in fine* y 20.2 LUEP estaría en excluir la posibilidad, permitida por el artículo 9.2, de que la normativa catalana se aplique a pesar de que ninguno de los convivientes sea catalán, porque residan en Cataluña.

²⁷⁴ Sí lo contenía la Proposición socialista, que en su artículo 1 exigía la residencia efectiva en Aragón y la vecindad civil aragonesa de uno de los miembros de la pareja. Mas el informe de los Servicios Jurídicos de las Cortes de esta Comunidad Autónoma (emitido el día 4 de noviembre de 1998 previa petición de la Mesa y a solicitud del grupo Parlamentario Popular) dudó certeramente de la constitucionalidad de esta precisión, por las mismas razones que se apuntaron en relación con la Ley catalana. Aquella fue consiguientemente suprimida del texto elaborado por la Ponencia y posteriormente aprobado.

personal y extraterritorial de las normas civiles aragonesas²⁷⁵: sería en consecuencia la vecindad civil y no la residencia el criterio determinante. Sin embargo, cabe entender que al tratarse de una regulación de las relaciones entre dos personas ese requisito de la vecindad civil ha de concurrir en ambas²⁷⁶.

El Decreto regulador del Registro de parejas estables no casadas exige en cambio, para la inscripción, la vecindad administrativa de los dos miembros, con independencia de cuál sea su vecindad civil. La previsión cobra sentido si se tiene en cuenta que dicha inscripción lo es a efectos de la aplicación de normas de Derecho público, no normas civiles; y resulta análoga al requisito, establecido por las Leyes valenciana, madrileña, asturiana, extremeña, canaria y vasca, de que uno de los miembros de la pareja se halle empadronado en la Comunidad Autónoma respectiva. La Ley andaluza, por su parte, sólo exige la residencia habitual.

B) *Crítica de la regulación*

a) Confusión entre un modelo formal y un modelo factual de regulación de la convivencia

El problema de fondo de las regulaciones autonómicas de parejas no casadas, que está en la base de todas las incoherencias y disfunciones acarreadas por la previsión de impedimentos, elementos formales, etc., es el no haber tenido clara la distinción entre un concepto *institucionalizador* de un modo determinado de convivencia y un concepto simplemente *instrumental* para la tutela de una convivencia de hecho. Al primero corresponde un modelo contractual-formal, en cuanto que, como el matrimonio, parte de una declaración de voluntad previa y formalizada para crear un estatus que se proyecta hacia el futuro. El segundo va unido a un modelo factual o convivencial, que atribuye efectos *ex post facto* a una situación de

²⁷⁵ «Artículo 9.

Las normas que integran el Derecho Civil de Aragón tendrán eficacia personal y serán de aplicación a todos los que ostenten la vecindad civil aragonesa, independientemente del lugar de su residencia, y excepción hecha de aquellas disposiciones a las que legalmente se les atribuya eficacia territorial.»

Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Aragón, modificada por la Ley Orgánica 6/1994, de 24 de marzo, de reforma de dicho Estatuto.

²⁷⁶ MERINO Y HERNÁNDEZ, *Manual...*, cit., p. 42. Con esta interpretación se evitan las colisiones con la Ley catalana que se producirían si bastase con la vecindad civil de uno de los miembros (*vid. supra* núm. 272). Así, si ambos son aragoneses, se aplicará la LPENC aunque residan fuera de Aragón, incluso en Cataluña. Si uno es aragonés y el otro catalán se aplicará la LUEP si hay pacto al respecto, residen en Cataluña o en esa Comunidad se ha otorgado escritura pública constitutiva (*vid. núm. 273*).

hecho que no se ha constituido formalmente, pero sin crear un estatus de futuro, precisamente por no haber declaración de voluntad en ese sentido²⁷⁷. Se comprende enseguida que hablar de «impedimentos» sólo tiene sentido en relación con el primer modelo, como condiciones de ingreso en una institución legal, mientras que en relación con el segundo basta con que la situación no sea ilícita de acuerdo con las normas de orden público²⁷⁸.

Estos dos conceptos-modelos se confunden en la LUEP: en el caso de la unión heterosexual se presentan mezclados, mientras que para la unión homosexual sólo se prevé el primero²⁷⁹. En la LPENC

²⁷⁷ Vid. MARTÍN CASALS, «Aproximación...», cit., pp. 154-155.

La distinción entre un modelo formal y uno factual es neta en los sistemas escandinavos, lo que da lugar a una regulación coherente donde ambos tipos de parejas, heterosexuales y homosexuales, disponen de una alternativa formal (el matrimonio, para las primeras, y la pareja registrada, para las segundas) y una factual (la convivencia de hecho, común a ambas): Vid. *supra* II.1.2 B), núm. 117. La alternativa factual suele hallarse regulada por la jurisprudencia, salvo en Suecia; este país constituye así un ejemplo de cómo una regulación legislativa de la convivencia no matrimonial no tiene por qué producir una institucionalización de ésta. La Ley sobre el hogar común de los convivientes (*Lag 1987:232 om sambors gemensamma hem*) y la Ley de convivientes homosexuales (*Lag 1987:813 om homosexuella sambor*), que actualmente se proyecta refundir en una, contemplan problemas originados por el hecho de la convivencia (principalmente por su final), sin crear un estatuto para ésta ni prever su registro. (Vid. sobre esta regulación AGELL, *Åktenskap...*, cit. pp. 221-277. Un resumen en español en MARTÍN CASALS, «Informe...», cit., pp. 1765-1772, y BOGDAN-NUMHAUSER-HENNING, «La cohabitación extramatrimonial...», cit., pp. 47-61).

También se distingue entre los dos modelos en Derecho francés, tras la aprobación de la Ley relativa al pacto civil de solidaridad: este contrato, regulado en los actuales apartados 1 a 7 del artículo 515 del *Code Civil* representa la alternativa formal, mientras que el *concubinage* o *union de fait* del artículo 515.8 es la categoría factual. La diferencia respecto de la regulación sueca es que el PACS también es accesible a las parejas heterosexuales, de modo que estas poseen dos caminos formales para encauzar su relación: dicho contrato y el matrimonio.

²⁷⁸ Por eso BOSCH CAPDEVILLA («La unión de hecho...», cit., p. 324, núm. 14) comenta que exigir la ausencia de vínculo matrimonial en todo caso puede admitirse para la constitución en escritura pública, pero no en el resto de los casos; y asimismo MARTÍN CASALS aclara que el modelo factual, en cuanto que no crea un estatus, puede perfectamente reconocer efectos «a situaciones de hecho incompatibles con estatus previamente reconocidos» («Aproximación...», *ibid.*). Coherentemente con este planteamiento, en la tramitación parlamentaria de la LUEP, la enmienda 33 del GS-BOPC núm. 299, p. 24116— sólo introducía el impedimento de vínculo matrimonial o de contrato de convivencia vigente cuando se tratase de *formalizar* la convivencia, y no simplemente *reconocerla* (cfr. enmienda 3 del mismo grupo parlamentario, p. 24113).

²⁷⁹ Esta confusión, que procede del PLRCMD, trae causa de los antecedentes de este texto. Con anterioridad al mismo, como recuerda GARRIDO MELERO («Matrimonio, convivientes...», cit., pp. 58-65), existían en el Parlamento de Cataluña estos dos puntos de partida para el tratamiento legislativo de la pareja no casada: o exigencia de una cierta duración de la convivencia (con la alternativa, en su caso, de la existencia de filiación), o exigencia de un contrato formal. La PLPF, la PLRPF y la disposición adicional 1.ª al Proyecto de CF seguían el primer criterio (pese a lo cual introducían algún elemento propio del segundo: un estatuto familiar-sucesorio imperativo la segunda proposición citada, e impedimentos matrimoniales la DA); mientras que la enmienda núm. 1238 del Grupo Popular a esta última disposición acogía el segundo (en la línea de su propuesta en el Congreso de los Diputados sobre el contrato de unión civil). Finalmente la enmienda núm. 1237, al mismo texto, del Grupo Socialista seguía ambos, pero sin mezclarlos: así, realizaba una distinción básica entre el *reconocimiento jurídico* de la pareja como *hecho* y la *constitución* de la misma

y en la LIJPE, y puesto que la regulación es común, la mixtificación de modelos afecta a ambos tipos de parejas ²⁸⁰.

Así las cosas, la regulación de la unión homosexual en la Ley catalana no es propiamente una regulación de la convivencia de hecho homosexual, sino de una suerte de *matrimonio notarial* ²⁸¹ para homosexuales. La LUEP institucionaliza jurídicamente la convivencia homosexual, otorgando a estas parejas la posibilidad de formalizar su relación, y dicha formalización se vincula a un estatus fuertemente matrimonial, con la única salvedad de la disolución en vida, que es libre ²⁸². Es coherente con este perfil la previsión de impedimentos ²⁸³. Es coherente y plausible la propia decisión de institucionalizar la relación homosexual, de matrimonializarla incluso, de acuerdo con lo que se defendió en páginas preceden-

mediante la *formalización del convenio de convivencia*. El primero exigía un tiempo de convivencia, los «impedimentos» se limitaban a los cualificadores de la situación fáctica como contraria al orden público (básicamente los de parentesco), no daba lugar a un estatus paramatrimonial, sino sólo a unos efectos tuitivos mínimos, y no se regulaban las causas de su extinción. El segundo en cambio no exigía convivencia previa, conllevaba impedimentos similares a los matrimoniales, daba lugar a un estatus creado por el propio acuerdo de convivencia —en defecto del cual regía supletoriamente el legal—, y se regulaban las causas de su extinción.

La acogida por el PLRCDM de elementos de una y otra propuesta (la de la disposición adicional 1.ª a Proyecto de CF y la de la enmienda socialista), sin efectuar la coherente distinción de esta última, ha dado como resultado la extraña mezzcolanza apreciable en la LUEP.

²⁸⁰ En Aragón, la originaria Proposición de Ley del Grupo Socialista contemplaba exclusivamente un modo de constitución formal, el contrato de convivencia otorgado mediante escritura pública (*vid.* arts. 2.1 y 2 de dicha Proposición). De las enmiendas presentadas a este texto, algunas seguían acogiendo un modelo formal exclusivo de constitución: la enmienda núm. 3 del Grupo Popular ofrecía su propuesta de un contrato de unión civil, análogo al de su Proposición en el ámbito estatal; y la enmienda núm. 6 del Grupo Mixto abogaba en cambio por un requisito, también constitutivo y formal, pero más sencillo: la inscripción de la pareja en el Registro de Parejas Estables. (En el debate parlamentario en las Cortes de Aragón se defendió esta última alternativa a partir de la consideración de que la propuesta del Grupo Socialista imponía a las parejas estables más requisitos formales que a los matrimonios, pues éstos no han de otorgar contrato alguno, sino sólo manifestar su consentimiento ante el funcionario competente: *Vid.* la intervención del Sr. Diputado BERNAL en el DSCA núm. 101, p. 4508.) La propuesta que acabó prosperando fue sin embargo la del PAR, que en la ya citada enmienda núm. 12 ofrecía la alternativa entre un modo de constitución formal, mediante escritura pública y otro no formal, por transcurso del plazo de dos años. De todos modos, la Ley definitiva refiere esta alternativa a ambos tipos de parejas y no sólo a la heterosexual, como hacía aquella enmienda.

²⁸¹ La doctrina ha señalado el nuevo papel que asume el Notario en este supuesto, paralela a la del Juez o Alcalde en el matrimonio civil. Sus funciones serán, por un lado, dar fe de la comparecencia de dos personas y de que reúnen los requisitos de capacidad exigidos por la LUEP (*vid.* art. 21.2), lo que no deja de plantear problemas (¿hace falta un expediente previo? ¿basta la simple manifestación de los interesados?). Por otro, informar a los «contrayentes» de las consecuencias jurídicas de la unión. (*Vid.* GARRIDO MELERO, «Matrimonio, convivientes...», *cit.*, pp. 70-72, y HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, «Una Aproximación...», *cit.*, p. 609).

²⁸² A diferencia de las Leyes escandinavas de institucionalización de la pareja homosexual donde la equiparación al matrimonio se manifiesta también en las causas y procedimiento de disolución, iguales que para el divorcio heterosexual (*vid.* AGELL, *Äktenskap, samboende...*, *cit.*, pp. 260 ss.).

²⁸³ También se prevén en las regulaciones citadas en la nota anterior, que han llevado a la tipificación de un nuevo delito de «bigamia» homosexual.

tes²⁸⁴. Lo que no está claro es si el legislador catalán podía hacerlo (sobre esto se volverá enseguida). Y por otro lado queda sin resolver el problema del tratamiento jurídico de la convivencia homosexual no formalizada: las verdaderas «parejas de hecho» homosexuales que no se constituyan en escritura pública (ya sea por no poder hacerlo, al concurrir algún impedimento como el de edad o el de vínculo matrimonial previo, o ya sea por no querer esa formalización).

Para las parejas heterosexuales reguladas por la LUEP, así como para las uniones tanto heterosexual como homosexuales de la LPENC y la LIJPE, en cambio, lo que se ha venido a crear es una especie de «mini-matrimonio», esto es, un estatus matrimonial atenuado²⁸⁵, y con mayor facilidad de ruptura que el matrimonio tradicional. Este mini-matrimonio puede a su vez ser formal (notarial), o bien no formal: pero curiosamente esta segunda modalidad, propia de un modelo factual o convivencial, crea también un estatus y exige la ausencia de «impedimentos».

b) Institucionalización de la convivencia no matrimonial: problemas que plantea

Se ha creado, en suma, una nueva institución²⁸⁶, también para las parejas heterosexuales. Y en este caso la institucionalización plantea graves problemas de coherencia.

Se ha insistido en que la relación de pareja no casada, cuando de la heterosexual se trata, supone un modo de convivencia alternativo al matrimonio. Las partes, que por regla general podrían casarse, tienen una voluntad *objetivamente* contraria al matrimonio. Pero esa oposición objetiva (implique o no una oposición también subjetiva, y sea permanente o temporal), lo es al matrimonio como institución, no al matrimonio como relación jurídica²⁸⁷. Por

²⁸⁴ Esta posibilidad ofrecida a las parejas homosexuales ha sido saludada como «la más importante aportación de la Ley», mediante la cual «el legislador se ha mostrado con una sensibilidad digna de elogio» (MARTINELL, J. M., «La Llei d'unions estables de parella», *La Notaria*, núm. 2, 1999, p. 69).

²⁸⁵ Más atenuado en las regulaciones aragonesa y navarra, que resultan así algo menos intervencionistas que la LUEP.

²⁸⁶ Así coinciden en señalarlo expresamente autores como LLEBARÍA («Glosa crítica...», cit., p. 66) o MARTINELL («La Llei...», cit., p. 65). El primero observa en este sentido que, aunque el preámbulo de la LUEP diga, repitiendo una conocida jurisprudencia constitucional, que la convivencia no matrimonial no es una institución jurídicamente regulada, habría sido más exacto precisar que no lo era hasta ahora, pero que sí lo será a partir de la entrada en vigor de la Ley, al menos en Cataluña (*loc. cit.*, p. 74). Lo cual es extensible a las regulaciones aragonesa y navarra.

²⁸⁷ *Vid.* LLEBARÍA, «Consecuencias de una convivencia prometiendo en matrimonio: indemnización y analogías matrimoniales», en *La Ley*, 1997-4, D-238, p. 5.

otro lado, en la hipótesis de la unión homosexual, es preciso igualmente diferenciar lo que en rigor son dos pretensiones distintas: la de convivir en pareja independientemente de toda institucionalización, y la de encauzar esa convivencia a través de una institución equivalente al matrimonio. Una tutela de la pareja no casada cobraba sentido en cuanto se distinguían estas dos dimensiones, en cuanto se tomaba conciencia de que, teniendo en cuenta que la realidad humana subyacente preexiste al matrimonio (o a la institución equivalente de homosexuales, en los Ordenamientos en que existe), la regulación de éste, lo que hace, son dos cosas distintas: por un lado, proteger esa realidad humana preexistente (la convivencia real); por otro, institucionalizar un determinado modo de convivencia ²⁸⁸. Ante la constatación, por tanto, de que hay situaciones enmarcadas dentro de esa realidad humana preexistente e independiente del matrimonio, pero que no se ajustan al modelo de convivencia institucionalizado, o que rehúsan pasar por esa institucionalización, se estima razonable proteger también esa realidad, independientemente de que se institucionalice. Se comprende así de inmediato lo absurdo de, para proteger también esa realidad que no se canaliza a través del matrimonio, proceder a una nueva institucionalización. Porque de inmediato surgen varios interrogantes:

1.º ¿Qué ocurre entonces con la convivencia real, igualmente previa e independiente de cualquier institución, que siga quedando al margen de la institucionalización legal? Es decir, se presenta ahora el problema del tratamiento jurídico de las parejas que quedan excluidas de la regulación: parejas «de hecho» atípicas, pero juridificables, según el concepto existente antes de la intervención legislativa orgánica.

2.º ¿Resulta justificada la inclusión en esa nueva modalidad institucional de todas las parejas que entran en el supuesto de hecho de la misma, al margen de su voluntad?

3.º ¿Esa nueva institución no supone en definitiva también una «forma de matrimonio», con los problemas de constitucionalidad que ello entrañaría?

4.º Y por último, ¿era necesario o conveniente proceder a aquella institucionalización en relación con unas parejas (las heterosexuales mayores de edad sin impedimentos) que ya contaban con una vía institucional propia, la del matrimonio?

²⁸⁸ De nuevo, LLEBARÍA, «Glosa crítica...», cit., pp. 63-66.

Veamos separadamente cada uno de estos puntos:

1.º Marginación de las parejas excluidas:

Con razón se ha hecho notar que la regulación de las Leyes autonómicas resulta en primer término *insuficiente*²⁸⁹, a causa de la marginación de parejas que deberían haber sido tuteladas de acuerdo con el concepto factual-convivencial: es decir, aquellas que no encajan en la definición legal²⁹⁰; y también, en la regulación catalana, las homosexuales que no se formalicen según el modelo contractual-formal de la LUEP, al ser éste el único dispuesto para ellas. Y es que es en el marco de aquel concepto factual-convivencial en el que habían de arbitrarse las normas mínimas de protección de la pareja no casada que la práctica venía aconsejando, aun en ausencia de declaración de las partes e independientemente de su voluntad «ajurídica».

2.º Imposición forzosa a determinadas parejas:

Pero junto a la insuficiencia, otra consecuencia de la institucionalización de las uniones –heterosexuales y homosexuales– estables de pareja, tal y como ha sido llevada a cabo, es al mismo tiempo, y aunque a primera vista parezca paradójico, un *excesivo intervencionismo*²⁹¹.

Este intervencionismo se produce puesto que se regula un estatus completo de la convivencia, que, yendo más allá de aquellas

²⁸⁹ LLEBARÍA, «Glosa crítica...», cit., p. 71.

²⁹⁰ Y es que aquel modelo es, como se ha apuntado, incompatible con una definición al estilo de las Leyes de parejas: rígida, institucional, que incluya un listado de impedimentos. En este sentido ya observaba PANTALEÓN (en *Uniones de hecho*, p. 88), con referencia a una Proposición de Ley anterior, que definir la pareja extramatrimonial, con una definición calcada de los impedimentos matrimoniales, era «una barbaridad grave» y que no había «nada peor que el legislador definiendo, porque cuando quiere definir limita».

Por el contrario, una intervención legislativa que no produzca institucionalización ha de incluir un concepto flexible, sin recurrir a aquel listado de impedimentos o similar. Así lo han hecho los preceptos legislativos dispersos sobre efectos de la pareja no casada (v. gr. en la LAU de 1994, etc.: vid. *supra* II.1.2 A). Pero también una legislación específica puede recurrir a esa definición genérica: vid. *ad. ex.* el artículo 1 de las antes citadas Leyes suecas sobre el hogar común de los convivientes y sobre convivientes homosexuales, que simplemente hablan, respectivamente, de «las relaciones de convivencia en que una mujer y un hombre viven juntos en condiciones similares a las del matrimonio» y de «dos personas que conviven juntas en una relación homosexual». (La propuesta de refundición de estas dos Leyes en una sola que llevará el título de «Ley de convivientes» –*Sambolag*–, introduce la siguiente definición, asimismo descriptiva: «Por convivientes se entiende dos personas que con carácter estable viven juntas en una relación de pareja y poseen un hogar común». V. *Nya samboregler...*, cit., pp. 37-38.)

Una lista de los supuestos excluidos, deducibles *a contrario* de los preceptos que enuncian el concepto de la pareja no casada legalizada, se da más adelante, al examinar su régimen jurídico: Vid. *infra* IV A).

²⁹¹ Nuevamente es LLEBARÍA quien pone de relieve esta aparente contradicción, «Glosa crítica...», cit., p. 71.

normas mínimas de protección, abarca toda la vida de la pareja desde su nacimiento hasta su extinción, y que imita peligrosamente el modelo matrimonial²⁹². Este estatus es propio de un modelo contractual-formal²⁹³. Sin embargo, la sujeción al mismo no está condicionada a una declaración de las partes, salvo, según el régimen de la LUEP, en el caso de la unión homosexual²⁹⁴: sí la habrá en el supuesto de constitución en escritura pública (que se ajusta así a los postulados de este modelo), pero no en los restantes casos de transcurso del plazo o tenencia de hijos, que quedan *ope legis* sometidos al régimen legal. La institucionalización es, pues, automática²⁹⁵. Y ello plantea el consabido problema de si no se está vulnerando la libertad matrimonial, en su vertiente negativa, de los sujetos; si no se está en suma regulando una especie de matrimonio forzoso...

3.º Problemas de constitucionalidad:

¿Es o no la pareja no casada legalizada una nueva «forma de matrimonio»? Porque si lo es, las Leyes autonómicas de parejas habrían de reputarse inconstitucionales, no sólo por la lesión de esa libertad (*arg. ex. arts. 10. 1 y 32 CE*), sino también a causa de la falta de competencia del legislador autonómico (art. 149.1.8.ª)²⁹⁶. La LUEP concretamente se cubre las espaldas cuando en su preámbulo dice que al no ser la pareja heterosexual u homosexual una situación equiparable al matrimonio, su regulación no invade la competencia estatal. Sin embargo el referido estatus claramente matrimonializador que luego establece ha hecho a algún autor con-

²⁹² Coincidimos con LLEBARÍA («Glosa crítica...», cit., p. 78) cuando puntualiza que lo criticable es la «clonación» que respecto de ese modelo ha hecho la Ley. No lo habría sido la simple inspiración en el mismo: a fin de cuentas, si la realidad subyacente es la misma, es lógico que unos mismos principios sean comunes al matrimonio y a la pareja no casada, y concretamente aquellos referentes al matrimonio *como relación jurídica*.

²⁹³ Como el dispuesto para la pareja homosexual. Y es que, según se apuntó antes, el grueso de la regulación es común, lo que constituye una prueba más de la intromisión matrimonializante en la convivencia heterosexual: como dice LLEBARÍA, «si el propósito ha sido reglar para las parejas heterosexuales una alternativa diferente a la del matrimonio, mientras que para los homosexuales ha sido el de ofrecer una alternativa equiparable a la del matrimonio, ¿cómo es posible que luego, en su regulación, compartan más de un 70 por 100 del régimen legal establecido? («Glosa crítica...», cit., p. 89).

²⁹⁴ Por esta razón puede afirmarse que la previsión de un modo de constitución no formal también para parejas homosexuales es a la vez plausible y criticable: plausible en cuanto se les extiende un mínimo tuitivo obligatorio; criticable en cuanto el estatuto impuesto exceda de ese mínimo.

²⁹⁵ MARTINELL, «LA Llei...», cit., p. 67.

²⁹⁶ El recurso de inconstitucionalidad presentado contra la Ley navarra se basa en esos dos argumentos (junto al de una pretendida violación de la intimidad derivada de la publicidad que suponen los Registros de parejas, y el de la alegada infracción del principio constitucional protector de la infancia, al concedérsele a las parejas homosexuales la posibilidad de adoptar), que, sin embargo no han motivado la impugnación de las Leyes catalana o aragonesa.

cluir lo contrario²⁹⁷. Seguramente, sin embargo, la identificación con el matrimonio queda excluida si se repara en que todavía subsisten algunas diferencias importantes:

– En primer lugar, el estatus no es tan completo²⁹⁸, sin tampoco llegar a ser idéntico: si lo fuera, bastaría con haber hecho una remisión a la normativa matrimonial, como hacen las Leyes escandinavas, y simplemente haber señalado, en su caso, las excepciones relativas a la adopción, patria potestad conjunta y técnicas de reproducción asistida).

– En segundo lugar, permanece, aun a pesar de las trabas formales que desnaturalizan el concepto de pareja no casada, la libertad de ruptura²⁹⁹, lo que a su vez hace que la unión estable no genere impedimento de vínculo para contraer matrimonio (aunque sí para constituir otra unión estable).

Si se pone el acento en estas divergencias, la pareja estable legal no sería matrimonio. Quedaría salvada la objeción de incompetencia y se podría concluir que las Comunidades Autónomas de Cataluña, Aragón y Navarra (como las demás Comunidades Autónomas con Derecho civil propio) tienen competencia si además se cumple el

²⁹⁷ Vid. JORDANO BAREA, J. B., «Matrimonio y unión libre», cit, pp. 190-191: «Está claro que este tipo de uniones son, o pretenden ser, un equivalente o sucedáneo jurídico del matrimonio, una suerte de matrimonio paralelo [...] La Ley 10/1998, de la Generalidad de Cataluña, incide claramente sobre el sistema matrimonial español creando dos nuevas formas tanto en su celebración como en cuanto a sus efectos [...]

²⁹⁸ Si se estima que el «núcleo duro» del derecho matrimonial viene constituido esencialmente por el derecho-deber de alimentos, el régimen económico legal, la pensión compensatoria y los derechos legitimarios (vid. PANTALEÓN, «Régimen jurídico civil...», cit., p. 74), se observará que la LUEP y la LPENC (no así la LIJPE) sólo prevén el primero (art. 8). (La pensión por ruptura prevista en las tres Leyes no es equiparable a la pensión del art. 97 CC o del art. 84 CF, pues no contempla un reequilibrio de ingresos, sino una atención al perjuicio de uno de los convivientes: vid. SOLÉ RESINA, J., «Comentari a la Llei 10/1998, de 15 de juliol, d'unions estables de parella (II)», *La Llei de Catalunya*, 12 de octubre de 1998, p. 3.) Ahora bien, en la LUEP, además, el estatuto de la unión homosexual se acerca algo más al del matrimonio al merced a la inclusión de derechos en la sucesión testada e intestada del premuerto (arts. 34 y 35), que faltan para las uniones heterosexuales.

Las ulteriores Leyes balear y vasca prevén el derecho de alimentos, la primera (art. 6), y las pensiones por ruptura y compensación por enriquecimiento injusto, ambas (si bien en el caso vasco con carácter supletorio de lo pactado entre los convivientes vid. art. 9 de la Ley balear y art. 6 de la vasca). Finalmente, las dos, al igual que su predecesora navarra, equiparan a efectos sucesorios al conviviente supérstite con el cónyuge viudo: vid. art. 11 LIJPE, artículo 13 de la Ley balear y artículo 9 de la Ley vasca.

²⁹⁹ GAVIDIA señala que la exigencia de constancia notarial o la prohibición de formalizar una segunda unión hasta pasados seis meses desde que la escritura anterior se deje sin efecto no constituye en rigor un obstáculo a la libre ruptura (*La libertad de elección...*, cit., pp. 125 y 126). Advierte en cambio de que sí puede tener esa consideración la pensión por ruptura prevista en los artículos 14 y 32.1, por lo que propone una interpretación según la cual la cuantía que en cada caso alcance esa pensión no pueda condicionar nunca la libre disolución (*La libertad de elección...*, *ibid.*; también en «Uniones libres y competencia legislativa de ciertas Comunidades Autónomas para desarrollar su propio Derecho civil», *La Ley*, núm. 4904, 1999, p. 2; y *Las uniones libres en la Ley Foral Navarra...*, cit., pp. 613-618).

requisito de conexidad necesario para el desarrollo del Derecho civil autóctono³⁰⁰, para entrar a regularla. Tampoco la aplicación automática del régimen implicaría vulneración de la libertad matrimonial.

Pero también puede considerarse que lo relevante del matrimonio es el sometimiento a un régimen jurídico preestablecido³⁰¹, o, según la conocida jurisprudencia constitucional (que el Preámbulo de la LUEP por cierto repite), la existencia de un vínculo que genera *ope legis* una pluralidad de derechos y deberes. La pareja estable legal también genera esa pluralidad de derechos y deberes (aunque aquel Preámbulo no lo reconozca): si ello se añade a la exigencia de requisitos que —a diferencia de los que se señalaban en un concepto no institucional de pareja—, no delimitan la realidad subyacente, común a matrimonio y pareja no casada, sino que la restringen, y que coinciden con los matrimoniales, habría que deducir que la pareja estable legal es matrimonio. Pero un matrimonio de segunda clase, caracterizado por la diversidad de formas de constitución (puede ser formal o no formal), la mayor facilidad de ruptura y los efectos matrimoniales atenuados³⁰².

Quizá la discusión teórica sobre si la unión estable legalizada es o no matrimonio no sea muy operativa. Lo que está claro es que tampoco es pareja no casada, sin más. En todo caso viene a configurar una situación intermedia, un *tertium genus*³⁰³ entre el matrimonio y la clásica pareja de hecho que, en última instancia, se parece más al primero que a la segunda, dado su carácter institucional. Y, en este sentido cabe plantearse si una regulación autonómica

³⁰⁰ Sobre la concurrencia de ese requisito en relación con la regulación de la convivencia no matrimonial *vid.* GAVIDIA, *Uniones libres y competencia...*, cit.; y *Las uniones libres en la Ley Foral...*, cit., pp. 606-609.

³⁰¹ De este parecer, RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Comentario a la STS de 29 de octubre de 1997», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 46, 1998, p. 194.

³⁰² Se habría desembocado así en una situación parecida a la propuesta por una parte de la doctrina belga al postular la creación de un *sistema de doble matrimonio*, inspirado en el modelo romano: junto al matrimonio *cum manu* (de constitución formal e imposible disolución unilateral) renacería un matrimonio *sine manu* (sin formalidades constitutivas, sin interdependencia económica y sin restricciones en la disolución). La figura del concubinato se reservaría a un conjunto de situaciones fácticas no susceptibles de encajar en ninguna de esas dos formas de matrimonio. (BORREMANS, recogido por NAVARRO-VALLS, «Las uniones de hecho en el Derecho comparado», en *Uniones de hecho*, p. 32, núm. 25.)

Esta calificación, por otro lado, de «matrimonio de segunda clase» explicaría (que no justificaría) algunas de las exclusiones del mismo: no tendrían cabida los casados separados, en cuanto matrimonio (incompatible con otro estatus matrimonial); y tampoco los menores de edad, en cuanto de segunda clase.

³⁰³ MARTÍN CASALS, *Aproximación...*, cit., p. 151; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «Las uniones de hecho: Derecho aplicable», *Actualidad Civil*, núm. 36, 1999, p. 1103. En contra, GAVIDIA, para quien no hay tal *tertium genus*, y todo lo que mantenga la nota diferencial de la libertad de ruptura será unión libre y no matrimonio, por muy regulada y formalizada que esté (*vid.* «¿Es la unión libre una situación análoga al matrimonio?», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 32, 1999, pp. 199-355).

—con la dispersión a que puede llevar en relación con otras posibles regulaciones, autonómicas o estatales—, aun siendo constitucional, es, además, conveniente³⁰⁴.

También, aunque se diga que la unión estable no es matrimonio *stricto sensu*, sino que sólo se le aproxima, subsiste la duda de si esa intromisión en la libertad individual es de todos modos admisible, dada la intensidad de la regulación³⁰⁵. Se comprende así que, a la vista de esta intensidad, se haya reprochado al legislador el no haberse basado en el principio de voluntariedad (declarando la Ley aplicable sólo a quienes expresamente se acojan a ella)³⁰⁶, o bien no haber utilizado la técnica de las normas dispositivas³⁰⁷. Sin embargo, ninguna de esas alternativas es satisfactoria. La primera, porque con ella se vuelve a olvidar cuál era el punto de partida: tutelar la situación fáctica de convivencia cuando no hay matrimonio. ¿Qué se adelanta si se sustituye la celebración de éste por la exigencia de una declaración formal «paramatrimonial»? La segunda porque, aunque así se evita que existan parejas que queden fuera de la regulación sólo por no acogerse a ella (ya que, en todo caso, entrarían a regir las previsiones a falta de acuerdo), la posibilidad de derogarla por pacto podría llevar —y así lo reconocen los defensores de esta vía— a que la parte más débil aceptase un acuerdo a ella poco favorable. Si la protección de esta parte más débil y las necesidades de justicia inspiran la intervención legislativa en esta materia, y si se entiende que la libertad entraña responsabilidad, y que por tanto la primera no puede ser invocada para eludir las responsabilidades que la decisión de convivir en pareja (de formar una familia en suma) acarrea, se concluirá en la necesidad de que la

³⁰⁴ Según BERCOVITZ («Parejas de hecho», *Aranzadi Civil*, núm. 10, 1998, p. 11), la diferencia está en que, si se entiende que la Ley incide sobre el sistema matrimonial, cabe afirmar la inconstitucionalidad; mientras que si se estima que lo que regula es un nuevo negocio jurídico, aunque la causa sea también la convivencia marital, cabe cuestionar la constitucionalidad. Pueden traerse también a colación las palabras del diputado Sr. Cristóbal MONTES en el debate parlamentario sobre la LPENC: aquél afirmó la competencia estatal para regular las parejas estables «por un planteamiento de sentido común», que fuerza a considerar irracional la posibilidad de que existan tantas leyes de parejas como Comunidades. (Vid. *Diario de Sesiones de las Cortes de Aragón*, núm. 101, 1999, p. 4514.)

³⁰⁵ Así lo plantea MARTÍN CASALS, *Aproximación...*, cit., p. 155-156.

³⁰⁶ V. HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *Una aproximación...*, cit., p. 592. (La autora considera también que, aunque la Ley no lo diga, la pareja puede manifestar que, a pesar de cumplir todos los requisitos, no quiere someterse al régimen de la unión estable.) En relación con la LPENC se pregunta MERINO Y HERNÁNDEZ (*Manual...*, cit., pp. 45-47), por la constitucionalidad de esa ruptura del principio de voluntariedad, señalando como más acorde con los valores de la CE y con el específico y arraigado principio aragonés de libertad civil la concepción de la Proposición de Ley socialista, que partía del contrato de convivencia como condición *sine qua non* de aplicación de la normativa en ella contenida. En sentido similar, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Notas críticas...*, cit., p. 24.

³⁰⁷ GAVIDIA, *La libertad de elección...*, cit., p. 80

regulación sea imperativa. Desde esta postura se ha justificado la aplicación automática de la Ley (aunque muchas veces sin embargo no se haya echado en falta la misma posibilidad para las uniones homosexuales)³⁰⁸.

Pero entonces se vuelve a la objeción inicial: hasta qué punto aquella necesidad autoriza una intervención tan intensa. No se trata de posturas enfrentadas e irreductibles, y de hecho el intervencionismo de la Ley ha sido criticado por autores favorables a la imperatividad³⁰⁹. La polémica no se habría presentado si, nuevamente, se hubiera tenido clara la distinción entre un modelo contractual-formal y uno factual-convivencial. Según éste, es precisa una regulación imperativa mínima fundada en el binomio justicia-responsabilidad, que no contradice la libertad individual³¹⁰. Según aquél, un estatuto de mayor alcance, para no correr el riesgo de ser lesivo de dicha libertad, exige declaración expresa³¹¹.

³⁰⁸ Vid. ad. ex. LÓPEZ BURNIOL, *La ley catalana...*, cit., pp. 649-650 y p. 662; o el discurso del diputado Sr. Tugues i Boliart en el *Diari de Sessions del Parlament de Catalunya*, núm. 85, p. 5908. Sí han advertido aquella discriminación de las parejas homosexuales LLEBARÍA (*Glosa crítica...*, cit., p. 109) y GAVIDIA (*La libertad de elección...*, cit., p. 125): ¿por qué se alegan motivos de justicia y exigencias de protección para tutelar imperativamente la convivencia heterosexual extramatrimonial y no se hace lo mismo con la convivencia homosexual «extra-escritura pública»?

³⁰⁹ V. gr., LLEBARÍA SAMPER, *Glosa crítica...*, cit., p. 79; o MARTÍN CASALS, *Aproximación...*, cit., p. 156.

³¹⁰ Lo que no es pacífico es cuáles habrían de ser las normas integrantes de esa regulación mínima. Para MARTÍN CASALS (*Aproximación...*, cit., p. 154) y SOLÉ RESINA [*Comentari...* (II), cit., p. 3]; por ejemplo, aquéllas han de ser las imprescindibles para contrarrestar los perjuicios del conviviente más débil a la ruptura, y coinciden con las que preveía la disposición adicional 1.ª del Proyecto de Código de Familia catalán (que la enmienda 1237 del GS refería precisamente a la alternativa factual-convivencial de su propuesta doble): compensación por enriquecimiento injusto (arts. 13 y 31.1 LUEP), pensión indemnizatorio-alimenticia (arts. 14 y 31.2) y efectos derivados de la extinción por defunción (arts. 18 y 33). Para GAVIDIA en cambio ya se dijo que la segunda compromete la libertad matrimonial (*vid.* núm. 299). LÓPEZ BURNIOL por su parte identifica los elementos mínimos en la responsabilidad solidaria frente a terceros por los gastos comunes (arts. 5 y 23 LUE), la obligación de alimentos (arts. 8 y 26) y la guarda y régimen de visitas de los hijos (art. 15), mientras que entiende que los efectos previstos para la extinción pueden ser modificados por pacto (*La Ley catalana...*, cit., p. 31).

³¹¹ El estatuto configurado por las Leyes autonómicas, ¿llega a tener ese carácter lesivo? MARTÍN CASALS advierte que la LUEP, aunque no haya querido hacer un calco del matrimonio, en algunos aspectos «ha ido demasiado lejos» («Aproximación...», cit., p. 159) y que el estatuto paramatrimonial dispuesto —con normas relativas a los gastos comunes, régimen de responsabilidad, tutela, alimentos y disposición de la vivienda común: arts. 3.2, 4, 5, 7, 8 y 11— introduce una imposición de deberes y una limitación de derechos que «resultan difícilmente aceptables cuando la unión se constituye al margen de la voluntad de los convivientes» (*loc. cit.* p. 156). Una conclusión parecida se extrae de LLEBARÍA («Glosa crítica...», cit., pp. 79-87); y en la misma línea SOLÉ RESINA juzga impropio la extensión del régimen primario matrimonial —en particular, arts. 3.2-4 y 11— a las uniones heterosexuales, diciendo que así la ley olvida uno de sus postulados: que la pareja heterosexual si no se casa es porque no quiere («Comentari... (II)», cit., p. 3). GAVIDIA en cambio («La libertad de elección...», cit., p. 127) simplemente afirma que dada la naturaleza cuasi-matrimonial del estatuto configurado, «hay que cuidarse muy bien [...] de que sus previsiones sean interpretadas y aplicadas de tal modo que no desvirtúen esa libertad de disolver la unión [...]». Es decir, para este último autor no hay lesión de la libertad en tanto

4.º Oportunidad de la regulación:

Claro que en relación con la constitución voluntaria surgía otro interrogante, éste referido a la oportunidad legislativa, al propio sentido de institucionalizar un modelo de convivencia cuasi-matrimonial para las parejas que cuentan con la opción del matrimonio tradicional: heterosexuales mayores de edad sin impedimentos: ¿por qué iban éstas a acogerse voluntariamente a la nueva institución si no desean pasar por la «otra» institución disponible, la del matrimonio?

Podría quizás argumentarse trayendo a colación la crisis del modelo matrimonial clásico, y constatando la existencia de parejas que, a diferencia de aquellas que rechazan conscientemente toda regulación o que simplemente no se lo plantean, tienen una contrastada voluntad de juridicidad, pero una juridicidad que no coincide en todo con los contenidos institucionales típicos del matrimonio. Unas veces por motivos psicológicos que quizá influyan en el ánimo de algunas parejas y les muevan a rechazar la «carga» de tradición que arrastra el matrimonio y buscar una forma alternativa que sea algo más que una pareja de hecho sin apenas derechos, pero despojada de esa carga. Otras veces lo que se desearía evitar del matrimonio es lo más temido de éste: la dificultad de su ruptura³¹². Otras veces, en fin, sería una manifestación peculiar de esa reac-

en cuanto no haya matrimonio, esto es, mientras se mantenga la característica para él esencial de la libertad de ruptura; pues en definitiva la libertad de elección lo es entre matrimonio y unión libre, pero no entre unión libre con estatuto y sin estatuto legal. (Cfr. en contra el parecer de HERNÁNDEZ IBÁÑEZ reseñado en la núm. 306). Lo que sí defiende es la posibilidad de optar por un estatuto legal más leve que el de la LUEP, el de la Ley de Situaciones Convivenciales de Ayuda Mutua: sobre esto se volverá cuando se analice el ámbito subjetivo de este texto.

En cuanto a la regulación aragonesa, la LPENC contiene las mismas normas respecto a gastos comunes (art. 5.3), responsabilidad (5.4), tutela (art. 12, a la que se añade la disposición sobre representación del ausente: artículo 11), y alimentos (art. 13). No se prevén, sin embargo, limitaciones a la disposición de la vivienda común. Las normas que pueden considerarse mínimas están representadas, igual que en la LUEP, por la compensación del enriquecimiento injusto (art. 7.1), pensión indemnizatorio-alimenticia (si bien sólo en el caso de que haya hijos *—child-care maintenance—* sin perverse el supuesto equivalente a la *rehabilitative maintenance*: artículo 7.2) y efectos derivados de la extinción por defunción (que *grosso modo* coinciden con los de la regulación catalana, pero incluyéndose en las predetracciones los «instrumentos de trabajo», propios de las *ventajas forales* del Derecho aragonés, y no incluyéndose el derecho a ser alimentado con cargo al patrimonio del premuerto, sino sólo el de residir en la vivienda común durante un año: *vid.* art. 9).

Por su parte la Ley navarra, que no contiene normas relativas a alimentos ni a la disposición de la vivienda común, efectúa una regulación de las compensaciones económicas a la ruptura idéntica a la de la LUEP (arts. 5.4 y 5 LJJE), y establece además un régimen sucesorio (art. 11).

³¹² Esto podría explicar el recurso a la Ley holandesa de parejas registradas (Ley de 5 de julio de 1997, que prevé todos los efectos del matrimonio, salvo la adopción) también por parte de uniones heterosexuales (SCHRAMA *—Registered partnership...—*, cit., p. 320— da noticia de que han sido relativamente frecuentes las parejas heterosexuales que han hecho uso de esa posibilidad). Y también el que en Francia concluyan el PACS, como han manifestado algunas de las primeras parejas de heterosexuales que han formalizado su relación de esta forma («Les premiers récits des pacsés de l'an», *Le Monde*, 29 de noviembre de 1999, p. 6).

ción a la rigidez del molde institucional de que se ha hablado, frente a la que se opondría la necesidad del hombre moderno de vivir en un matrimonio individual³¹³: la proliferación de los contratos de convivencia en otros países iría en esta dirección.

En este sentido podría decirse que las Leyes de parejas proporcionan una alternativa cuasi-matrimonial «aligerada», más moderna y menos rígida, que permite la libre ruptura unilateral sin transcurso de plazo y con trámites más sencillos (el dejar sin efecto la escritura no llega a ser tan engorroso como un proceso de divorcio), y que por otra parte, gracias al juego de los preceptos que en cada una de ellas se refieren a los pactos reguladores de la convivencia (art. 3 LUEP, arts. 5 LPENC y 5.1 LIJPE)³¹⁴, permite a las partes individualizar su relación, incluso con la regulación de los aspectos personales, en el marco de una unión estable³¹⁵.

Esta posible explicación no termina de convencer. La pretensión de algunas parejas de juridificar su convivencia sin pasar por el matrimonio puede encauzarse sencillamente con el reconocimiento de los contratos entre convivientes: y esto era una realidad ya antes de las regulaciones orgánicas, al amparo del artículo 1.255 CC. La intervención del legislador en este punto podría haber ido encaminada a proporcionar una normativa supletoria que los contratantes que lo desearan pudieran seguir³¹⁶. Normativa que se completaría con las normas imperativas mínimas fundadas en el hecho de la convivencia en sí, aplicables a toda pareja no casada al margen de su voluntad, «jurídica» o no³¹⁷.

Las Leyes de parejas sin embargo van más allá de establecer unas normas dispositivas derogables por pacto: la autonomía de la voluntad de las partes, a pesar de presentarse como uno de los principios básicos en que se cimienta la Ley, aparece limitada, no por unas normas mínimas, sino por todo un estatus³¹⁸.

³¹³ ZOLLIGKOFER, recogido en LACRUZ-SANCHO REBULLIDA, *Elementos...*, cit., p. 403.

³¹⁴ Que establecen que los miembros de la pareja estable pueden regular válidamente, mediante pacto, las relaciones personales y patrimoniales derivadas de la convivencia, así como los respectivos derechos y deberes.

³¹⁵ Esta posibilidad es elogiada por algunos (*vid. ad.ex.* LÓPEZ BURNIOL, «La ley catalana...», cit., p. 29) y criticada por otros: SOLÉ RESINA v. gr. considera que diseñar un «matrimonio a medida» utilizando el instrumental de la LUEP supone huir de la imperatividad de la norma matrimonial y del requisito de la forma *ad solemnitatem* («Comentari a la Llei 10/1998, de 15 de juliol, d'unions estables de parella (I)», *La Llei de Catalunya*, 5 de octubre de 1998, p. 2).

³¹⁶ Así lo proponía PANTALEÓN de *lege ferenda* en *Uniones de hecho*, cit., p. 80.

³¹⁷ La propuesta no diferiría así mucho de la que realizó el GS en la citada enmienda 1. 237 a la disposición adicional 1.ª del Proyecto de CF catalán (*vid. notas 279 y 310*).

³¹⁸ Sobre la imperatividad de la mayoría de las normas que componen ese estatuto, con relación a la LUEP, *vid.* MARTÍN CASALS, «Aproximación...», cit., pp. 156-157; y ROCA I TRÍAS, *Institucions...*, cit., pp. 450-451 y 464. En contra, LÓPEZ BURNIOL, para quien sólo son imperativas las normas citadas en la nota 310, pudiendo el resto ser modificado por la voluntad de las partes («La Ley catalana...», cit., p. 31).

Yendo más allá podría augurarse que la respuesta jurídica a alguna de aquellas demandas ha de pasar en última instancia por una entera redimensión de la institución matrimonial³¹⁹, que abunde en el ya iniciado proceso de flexibilización del modo de disolución y de reconocimiento de la autonomía de la voluntad en las relaciones entre cónyuges. Esto reduciría hasta cierto punto el número de parejas no casadas –igual que lo hizo la introducción del matrimonio disoluble en su momento–, y facilitaría un tratamiento de estas últimas circunscrito a sus justos términos³²⁰, mediante el cual la adopción en muchos casos de soluciones idénticas a las matrimoniales no derivaría del mimetismo, sino de que en ambos casos el fundamento de justicia sería el mismo por ser la misma la relación subyacente³²¹. No obstante, y aparte de que la iniciativa toparía con no pocas resistencias³²², es obvio que ello compete al legislador estatal, no al autonómico. En todo caso, mientras aquella reforma no tenga lugar, el crear nuevas instituciones de corte híbrido o paramatrimonial lo único que hace es complicar más las cosas³²³.

³¹⁹ Como proponen REINA/ MARTINELL, *Las uniones matrimoniales...*, cit., p. 14.

³²⁰ Así, *vid. gr.*, en Suecia, país pionero en la regulación de las parejas no casadas, pero donde dicha regulación no configura nada ni por asomo cercano a un mini-matrimonio o matrimonio de segunda clase. La existencia de un matrimonio (y una institución análoga para homosexuales) despojado de referencias ideológicas o religiosas, y en el cual el divorcio se obtiene sin consideraciones de culpabilidad y tras un corto período de reflexión (*betänketid*) de seis meses, hace innecesaria aquella matrimonialización de la pareja no casada. (*Vid. Código de matrimonio –Åktenskapsbalk– de 1987, cap. V, arts. 2 y 3; y BOGDAN/NUMHAUSER-HENNING, «La cohabitación extramatrimonial...», cit., p. 49).* Al tiempo se trata de uno de los países donde el fenómeno de la convivencia sin matrimonio, al que se ha llegado a calificar de «institución social», tiene una mayor incidencia (se calcula que más del cincuenta por ciento de los niños que nacen son hijos de padres no casados: si bien ello incluye también el fenómeno, asimismo muy frecuente, de la maternidad sin pareja). En la mayoría de los casos se trata, no obstante, de «matrimonios a prueba», que acaban terminando, bien en ruptura, bien en matrimonio: lo cual no exime, por supuesto de la tutela que durante ese tiempo han de recibir y que reciben gracias a la legislación específica, ya citada (*vid. supra* nota 277).

Por otra parte la propia accesibilidad y, por así decirlo, sencillez del matrimonio sueco reduce también el juego de los contratos de convivencia. A pesar de que éstos constituyen una práctica desde hace tiempo aceptada, es frecuente que las partes que desean concertar un pacto de ese tipo más o menos minucioso reciban el consejo letrado de, en su lugar, simplemente casarse: *vid. AGELL, Åktenskap...*, cit., p. 233.

³²¹ REINA/ MARTINELL, *Las uniones matrimoniales...*, cit., p. 14. En un sentido análogo, RIVERO HERNÁNDEZ, en el «Prólogo» a la obra de LLEBARÍA, *Hacia la familia...*, cit., pp. 13-21; así como este último (*vid. ad ex.* «Glosa crítica...», cit., p. 78).

³²² GAVIDIA *v. gr.* afirma, siguiendo la jurisprudencia constitucional alemana (*vid. S.* de 28 de febrero de 1980 del *BverfG*), que la admisión del divorcio unilateral sin alegación de justa causa supondría la inexistencia del matrimonio y su sustitución por uniones libres formalizadas, con lo que se incumpliría el mandato constitucional de conservar aquella institución («La libertad de elección...», cit., p. 104). La misma idea se halla, implícitamente, en GARCÍA CANTERO («Luces y sombras...», cit., pp. 48-50). Por otro lado una posible reacción (defendida ya por este último en el mismo lugar) sería el establecimiento del ya aludido sistema de matrimonio opcional, que, como en algunos Estados norteamericanos, coloca junto al matrimonio de fácil disolución, un matrimonio, no realmente indisoluble, sino de divorcio por causas tasadas.

³²³ Como señala MARTINELL, «La Llei...», cit., p. 61, han sido razones políticas y de dinámica social las que han favorecido esta opción, pese a sus consecuencias perturbadoras.

c) Expulsión de la pareja no casada del concepto de familia

Lo paradójico es que, a pesar de esta matrimonialización —que, salvo en el caso de las parejas homosexuales que voluntariamente la desearan—, no era necesaria ni adecuada, ni la LUEP ni la LPENC han reconocido expresamente lo que no sólo era previo e independiente de aquélla, sino también obligado desde el punto de vista constitucional: la condición familiar de la pareja estable.

Así, en el caso de la LUEP, el legislador catalán hace gala en su varias veces citado Preámbulo de conocer bien la jurisprudencia constitucional, insistiendo en la ausencia de analogía con el matrimonio (aunque después el texto articulado no es coherente con ese punto de partida), pero no añade que, también según esa jurisprudencia, la pareja no casada es familia, pues la realidad familiar en la CE (art. 39) es algo más amplio que la matrimonial (art. 32). Y esta omisión explica que el término familia no se emplee ni una sola vez en el texto de la Ley, así como sobre todo que ésta constituya un texto independiente, que margina a las uniones estables de pareja del Código de Familia aprobado el mismo día³²⁴. Sin embargo, abundando en las incoherencias, de este Código (que fue el lugar elegido en un primer momento para la regulación de la pareja no casada: recuérdese la DA 1.^a al Proyecto) no han desaparecido las referencias a la «convivencia» [arts. 94. 1.a) y 97], a la «convivencia marital» [art. 36.2 y art. 86.1.b)] y a la «convivencia marital estable» [arts. 115.2, 117.1.a), 161, 163.1.c) y 179.1.a) y c)]. Lo que no queda claro es si con esas expresiones alude a las uniones reguladas por la LUEP o simplemente a la pareja no casada no institucionalizada^{325, 326}.

³²⁴ Buena parte de la doctrina ha criticado esta marginación: *vid.* GAVIDIA, «La libertad de elección...», p. 122-123; LÓPEZ BURNIOL, «La Ley catalana...», cit., p. 16; LLEBARÍA, «Glosa crítica...», cit., pp. 73-78; MARTINELL, «La Llei d'unions...», cit., p. 59-60; SOLÉ RESINA, «Comentari a la Llei... (I)», cit., p. 2; etc. (Sobre las endebles razones alegadas por los promotores de la Ley para justificar su configuración como texto aparte, *vid.* LLEBARÍA, *ibid.*, pp. 74-75, quien también apunta las probables razones políticas de la promulgación de una ley separada: p. 76, nota 26).

³²⁵ *Vid.* LLEBARÍA SAMPER, «Glosa crítica...», cit., pp. 105-107. Lo curioso es que esa dispersión terminológica y de referente se da en el seno de la propia LUEP: cuando el artículo 20.1 c) establece como impedimento para formalizar una unión homosexual «el formar pareja estable con otra persona», ¿se refiere también a una unión formalizada? Parece, por coherencia con el vínculo constitutivo que se establece, que sí. En cambio cuando los artículos 16.4-18.2 y 32.4-33.b) determinan, para cada subtipo de unión, la extinción de la pensión periódica por ruptura o del derecho a ser alimentado con cargo al patrimonio del premuerto cuando el beneficiario contrae matrimonio o «convive maritalmente», la inevitable comparación con el artículo 101 CC sugiere que basta la convivencia de hecho, sin que se llegue a constituir una unión estable legal. El tenor literal de un ulterior artículo, el 34.2.c), confirma esta interpretación: allí se prevé la pérdida de la cuarta sucesoria —otorgada sólo a uniones homosexuales— si antes de reclamarla el conviviente superviviente se casa, *convive maritalmente o forma nueva pareja*. La escisión entre el concepto de conviviente de hecho y el de unión estable de pareja no puede ser más clara. Sobre todo ello, *vid. infra* IV. A).

³²⁶ En todo caso un dato significativo es que esa convivencia a que se refieren disposiciones dispersas del CF para atribuirle variados efectos jurídicos es siempre heterosexual

Por lo que hace a la regulación aragonesa, ésta evita asimismo la calificación de familiar (y así, por ejemplo, se habla también de gastos «comunes de la pareja y no de gastos «familiares»), y de modo similar a lo que ha ocurrido en Cataluña, aunque no exista en Aragón un Código de familia como el catalán, han quedado las parejas no casadas excluidas de otro importante texto codificado, cuya tramitación fue casi simultánea a la de la LPENC: la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte³²⁷. Tampoco se ha previsto, en relación con la pareja no casada, la intervención de la Junta de Parientes prevista en la Compilación aragonesa³²⁸.

(como heterosexual era la pareja a la que se refería la DA 1.^a al Proyecto). Así pues, lo que realmente no se ha querido calificar como familia e incluir en aquel cuerpo legal ha sido la convivencia homosexual, que de paso ha arrastrado consigo a la heterosexual. (GAVIDIA, «La libertad de elección...», cit., p. 123, explica esto como un intento de evitar críticas por parte de sectores conservadores. Intento inútil, como a renglón seguido añade el autor, pues la no calificación expresa no empaña el estatuto cuasi-matrimonial y *a fortiori* típicamente familiar de la LUEP).

Posteriormente, otro texto legislativo ha abundado en esa marginación de la pareja homosexual, a la que une la heterosexual sin hijos: esto es, acoge el concepto tradicional de familia, determinado por la filiación. Se trata de la Ley de mediación familiar de Cataluña (Ley 1/2001, de 15 de marzo), en cuyo ámbito se incluyen, además de los matrimonios (tengan o no hijos, y en relación con todo tipo de conflictos surgidos como consecuencia de la crisis matrimonial), las uniones estables de pareja –sujetas a la Ley 10/1998– con hijos comunes, y curiosamente también las parejas no sujetas a la Ley o que no convivan, pero que asimismo tengan descendencia común. El originario Proyecto de Ley, en ambos casos, y a diferencia de los matrimonios, refería la mediación sólo a cuestiones relacionadas con esos hijos comunes. La regulación no podía ser más desafortunada: en relación con las uniones «legales» porque, si se ha optado por concederles efectos que van más allá de los que atañen a la filiación (y particularmente en la «crisis» de la pareja), sería lógico proveer los mecanismos de solución que para cuestiones parecidas se ponen a disposición de las parejas matrimoniales. En relación con las uniones «atípicas» porque precisamente su atipicidad y su dependencia de un régimen jurisprudencial no uniforme hace que la solución de esos conflictos sea más problemática. El legislador catalán seguía con ello sin encarar «la posibilidad de que se relacione la “mediación familiar” con la unión heterosexual y homosexual, que se relacione, en definitiva, la unión homosexual con la familia» (Vid. SOLÉ RESINA e YSÀS SOLANES, «Les noves tendències legislatives envers la resolució de conflictes familiars a Catalunya: el Projecte de llei de mediació familiar», *La Notaria*, núm. 6, 1999, pp. 86-88). Este error se ha corregido en parte en la Ley definitivamente aprobada, en cuanto la unión estable de pareja (no así la pareja no sujeta a la LUEP) también puede acudir a la mediación en relación con las situaciones de crisis de la pareja: *vid.* artículo 5 de la citada Ley.

³²⁷ Lo cual no carece de consecuencias: así, como observa MERINO y HERNÁNDEZ, al remitirse el artículo 17, referente a la fiducia sucesoria, a la Ley de sucesiones, ello implica que la remisión es a las normas sobre la institución de fiduciario en persona distinta del cónyuge, quedando por tanto vedado al conviviente supérstite la posición de fiduciario «privilegiado» que según aquella ley tiene el viudo (*Manual...*, cit., p. 120). Cosa distinta ocurría en la Proposición de Ley socialista, donde en la remisión a la fiducia se declaraba que cada conviviente sería considerado cónyuge del otro (art. 18).

³²⁸ El artículo 13 de la Proposición socialista, tras decir, como ahora hace el artículo 14 del texto definitivo, que la relación de pareja no genera vínculo de parentesco, añadía un segundo apartado donde se posibilitaba que sus miembros integrasen la Junta de Parientes, siendo a tal efecto considerados cónyuges. Dicho apartado ha desaparecido de la actual Ley. (Vid. BERNARD MAINAR, R., «Junta de parientes y parejas estables no casadas (a propósito de la Proposición de Ley relativa a) parejas estables no casadas presentada por el grupo Parlamentario Socialista a las Cortes de Aragón», *Revista de Derecho Civil Aragones*, 1998-IV, pp. 117-127.)

Esta crítica no alcanza en cambio a la Ley navarra, la cual, al abrirse con la enunciación de un «principio de no discriminación» (art. 1), califica a la pareja estable de situación que da vida a un grupo familiar³²⁹. Es ésta, por tanto, la única de las Leyes de parejas aprobadas que expresamente incluye esta relación en el concepto de familia, de modo acorde con los principios constitucionales vigentes.

d) Conclusión

La legislación autonómica en materia de relaciones de pareja ofrece de este modo un panorama confuso. De acuerdo con la misma hay:

- 1.º Matrimonios heterosexuales;
- 2.º Cuasi-matrimonios: es decir, parejas estables legalizadas, heterosexuales –y éstas de constitución voluntaria o legal– u homosexuales –también de constitución voluntaria o legal, salvo en Cataluña, donde son siempre voluntarias–;
- 3.º Parejas de hecho no sujetas a las Leyes de parejas, con determinados efectos jurídicos que no configuran un estatus paramatrimonial;
- 4.º Y, sólo en el caso de Cataluña: Parejas de hecho homosexuales, que no existen para el Derecho civil catalán, salvo a tres efectos negativos: los de los arts. 32.4, 33.b) y 34.2.c) LUEP.

Sobre los supuestos enumerados en tercer y cuarto lugar (las parejas excluidas de la regulación) se volverá más adelante³³⁰. De momento baste destacar que su propia existencia da idea del fracaso parcial de una intervención que trataba de resolver los problemas originados planteados por las parejas no casadas, porque para algunas de ellas la situación sigue siendo la misma que antes de dicha intervención³³¹. La misma o incluso peor, como en el caso de la regulación aragonesa, pues, la operación de «descafeinado» del

³²⁹ «Artículo 1. Principio de no discriminación.

En la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico navarro, nadie puede ser discriminado por razón del grupo familiar del que forme parte, tenga éste su origen en la filiación, en el matrimonio o en la unión de dos personas que convivan en análoga relación de afectividad, con independencia de su orientación sexual.»

³³⁰ *Infra* IV. A).

³³¹ De este efecto advertían ya quienes, aun favorables a una regulación legislativa de la pareja no casada, prevenían contra el error de que esa regulación institucionalizase la pareja *matrimonializándola*, lo que, entre otras cosas, «provocaría el resurgir de “otras! parejas de hecho que, por el mismo motivo que antes rechazaban el matrimonio, ahora huyen de éste y del régimen de la unión *matrimonializada*; y quizá desde esa marginación avanzarían hacia la discriminación y terminarían por implorar al legislador un nuevo régimen *ad hoc*. Estaríamos como al principio». (LLEBARÍA, *Hacia la familia...*, cit., p. 62).

contenido de la Proposición inicial ha producido un texto que otorga bastante poco más de lo que ya existía con anterioridad a la intervención legislativa³³², pero que en cambio sustrae esos efectos jurídicos antes extensibles a toda pareja de hecho para aplicarlos sólo a las que a partir de ahora sean parejas estables no casadas en el sentido de la Ley³³³.

A este cuadro habría que añadir las relaciones de convivencia que no conforman pareja (concepto amplio de convivencia no matrimonial), que constituyen capítulo aparte: aunque, como se verá, en Cataluña una de las Leyes a ellas dedicadas (la Ley de situaciones convivenciales de ayuda mutua) pueda quizá contribuir a solventar algunos de los problemas creados por la LUEP, por más que ésta no sea su finalidad. De momento sólo cabe lamentar, igual que lo han hecho los mejores críticos de esta última, que se haya persistido en, y consagrado así *de lege data*, algunos de los errores más evidentes que portaban las propuestas *de lege ferenda* anteriores y que fueron señalados en su día por la doctrina. Doctrina cuyas reflexiones más certeras han sido desatendidas en buena medida por los legisladores autonómicos³³⁴.

1.2 La proyectada regulación estatal (el contrato de unión civil)

La propuesta que en su momento se presentó para encauzar el tema de la convivencia no matrimonial en el ámbito estatal es la relativa al denominado contrato de unión civil³³⁵. La misma supone

³³² Así lo hace notar MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «Notas críticas...», cit., p. 23.

³³³ Este resultado, que tiene una incidencia clara en el ámbito del Derecho público, es igualmente objeto de atención más adelante, en el análisis de las parejas atípicas, excluidas de esta regulación aragonesa, y de su régimen jurídico

³³⁴ A pesar de que en el debate legislativo se afirmó lo contrario: *vid.* la intervención de la Consejera de Justicia en *DSPC*, núm. 85, p. 5905. Esta discordancia entre el bagaje previo de estudios jurídicos sobre el tema y el producto legislativo final ha sido subrayada, una vez más, por LLEBARÍA SAMPER («Glosa crítica...», cit., p. 72). Su conclusión global sobre la LUEP, extremadamente crítica de la misma (la define como «intervencionista, ilusa, injusta y discriminatoria») y agrega que «el balance no se contrarresta con los aciertos escasos de alguna de sus normas») ilustra una sensación general de decepción en los autores que se han ido citando en las páginas precedentes. Un juicio mayormente positivo se desprende, por el contrario, de otros comentarios: así el de BAYO DELGADO, «El carácter pionero del Derecho catalán», en *El País*, 24 de julio de 1998, p. 2/Cataluña; o el de LÓPEZ BURNIOL, «La ley catalana...», cit., *passim*.

³³⁵ Proposición de Ley Orgánica 122/000098, de contrato de unión civil (PLCUC) presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados durante la VI Legislatura. Otras Proposiciones, presentadas por otros grupos parlamentarios entre los años 1994 y 2000, para la regulación de las parejas estables, han sido sucesivamente rechazadas, con la excepción de la iniciativa de Coalición Canaria –Proposición de Ley 122/000071– que, tomada en consideración durante la VI Legislatura, sin embargo, no volvió a presentarse.

un cambio de planteamiento respecto a otras iniciativas, puesto que lo que hace es crear una nueva categoría contractual a la que podrán acogerse quienes, *con relación afectiva de pareja o sin ella*, deseen dotar de un estatuto jurídico a su convivencia. Se configura así un *concepto teóricamente amplio* (pero sólo teóricamente, como se ha adelantado más arriba) de convivencia no matrimonial, institucionalizada ésta según un *modelo contractual-formal*.

A) *Concepto y elementos*

El artículo 1.1 de la Proposición comentada define el contrato de unión civil como aquél por el cual «dos personas físicas mayores de edad acuerdan convivir y prestarse ayuda mutua». Los restantes apartados de este artículo terminan de perfilar un concepto de la figura, compuesto por los siguientes elementos:

a) Elementos objetivos

1. *El acuerdo de convivencia sin affectio*

La convivencia y la ayuda mutua constituyen el objeto del contrato, pero a esta relación no se le otorga el calificativo de marital, ni se hace referencia alguna a la afectividad de contenido sexual propia de una pareja. Lo que se configura en realidad es un contrato «asexuado», que incluye pero que no se limita a las relaciones heterosexuales u homosexuales de tipo paraconyugal, sino que abarca también las uniones de personas ligadas por lazos de parentesco o amistad³³⁶.

Los promotores de la iniciativa anudan esta ausencia de mención del componente sexual, o en general afectivo, al principio de seguridad jurídica y al respeto del derecho fundamental a la intimidad³³⁷. Seguridad jurídica que se acrecentaría –afirman– al evitar términos, como los de «afectividad» u «orientación sexual», imprecisos y de contenido difícil de certificar; mientras que la intimidad de las personas quedaría salvaguardada justamente por la ausencia de indagación en esos elementos, conectados con la esfera privada de los individuos e irrelevantes para el Derecho.

³³⁶ De «sistema abierto» habla el Preámbulo, en su párrafo cuarto. El borrador que precedió a la Proposición justifica la posibilidad de que dos personas convengan una unión civil para conseguir determinados efectos jurídicos «sin que importe el porqué y el para qué lo hacen»: se busca, por tanto –comenta JORDANO BAREA– una suerte de abstracción causal («Matrimonio y unión libre», *cit.*, p. 187).

³³⁷ *Vid.* párrafo tercero del citado Preámbulo, así como la intervención de TRÍAS SAGNIER en el *Diario de Sesiones de las Cortes. Congreso de los Diputados, Pleno*, núm. 120, de 25 de noviembre de 1997, p. 6283; y su artículo «El contrato de unión civil...», *cit.*, p. 2).

La convivencia, cualificada por los lazos de solidaridad entre quienes la desarrollan (más allá, por tanto, del hecho de compartir una vivienda), es el estrato objetivo de la unión civil, sin que en teoría esa convivencia haya de coincidir con el patrón matrimonial³³⁸. Esta regulación podría así en principio suponer la plasmación legislativa de aquel concepto amplio de unión libre preconizado por un minoritario sector doctrinal³³⁹, si no fuera porque *inter alia* no admite la constitución pluripersonal propia de aquélla. Que el número de contratantes quede limitado a dos revela, a fin de cuentas, que el verdadero propósito (confirmado, además, por ulteriores enmiendas presentadas por el propio Grupo proponente: *vid. infra*) es la contemplación legislativa de la pareja no casada, aunque sin llamarla por su nombre: lo que parece sobre todo querer evitarse cuando de pareja homosexual se trata³⁴⁰.

Esa convivencia por definición ha de ser estable, aunque no se diga expresamente. Sí se prohíbe que pueda ser sometida a término o condición (art. 1.2), como es lógico si se trata de un proyecto de vida en común. Pero no es sin embargo el elemento fáctico el constitutivo de la unión civil: como sí lo es en la unión libre, sea en su concepto amplio o restringido. La unión nace, según la Ley proyectada, por el contrato, y, de modo similar al matrimonio, la convivencia es una consecuencia del mismo, y el objeto sobre el que recae el consentimiento contractual. No obstante, esta fórmula viene posteriormente a mezclarse con la que en la convivencia no matrimonial «clásica» atendía a la duración de la convivencia pasada como indicativo de la estabilidad de ésta, dado que el contrato no surte efectos

³³⁸ La redacción del artículo 1.1, que define este estrato objetivo, se inspira en la del segundo párrafo del artículo 1 de la Proposición de Ley francesa sobre el contrato de unión social (uno de los antecedentes del PACS), descrito como el vínculo de dos personas físicas, capaces jurídicamente, que desean establecer entre ellas un proyecto de vida en común (*vid. TRÍAS SAGNIER en DSCG*, núm. 120, p. 6293).

³³⁹ Con lo que se pretendería «dar una respuesta que abarque al mayor número de personas posible» (TRÍAS SAGNIER, «El contrato de unión civil...», cit., p. 1).

³⁴⁰ Igual que ocurre en otras legislaciones extranjeras de similares características, como la belga (*vid. supra* II.2). Sin embargo esta limitación se ha intentado explicar aduciendo que a disposición de núcleos de personas más numerosos se halla la legislación sobre asociaciones o la civil y mercantil específica (TRÍAS SAGNIER, «El contrato de unión civil...», cit., p. 3). Este argumento no termina de convencer, pues para aquellos fines asociativos pero no familiares también dos personas físicas pueden recurrir al mismo instrumental jurídico (y concertar, v. gr., una sociedad civil: *vid. art. 1.665 CC*). Por otro lado, poco después añade el autor citado que uno de los objetivos de la Proposición es, de acuerdo con los principios de justicia y equidad, dar una salida legal a las personas del mismo sexo que —como «por ejemplo dos ancianas que vivan juntas, una madre viuda con su hijo soltero, dos hermanos que vivan juntos»— no cuentan con ventajas análogas a las de los cónyuges. En definitiva, tutelar las situaciones de las personas que no han optado por o no se encuentran en la situación estadísticamente más frecuente, la del matrimonio. Pero entonces ¿por qué no hacerlo cuando sean más de dos las ancianas o los hermanos que convivan?

desde su celebración, sino sólo transcurrido un año (*vid.* art. 1.6 *in fine* de la Proposición)³⁴¹.

Finalmente, la convivencia ha de poseer la nota de la exclusividad, en el sentido ya visto de ser incompatible con otras convivencias del mismo tipo. Esto queda reflejado en el impedimento de vínculo (*vid. infra*).

b) Elementos subjetivos

1. El sexo:

La irrelevancia, en teoría, de la afectividad sexual conlleva que no se aluda en ningún momento al sexo ni a la «orientación sexual» de los contratantes, de modo que tanto podrán ser de distinto como del mismo sexo, y configurar una relación heterosexual, homosexual o «asexuada».

2. La edad:

Al igual que en las regulaciones catalana y aragonesa, se exige la mayoría de edad de los miembros de la unión civil. Al respecto cabe traer a colación las mismas críticas que se hacían entonces³⁴², y, hecha esa conexión, de paso poner de relieve cómo en el requisito trasluce la preocupación del texto por poner trabas a la constitución de la pareja regulada –que en definitiva es el referente que el legislador tiene en cuenta– máxime cuando ésta puede ser también homosexual³⁴³.

3. La ausencia de vínculo previo:

Impide la celebración de un contrato de unión civil el vínculo previo de uno de los contratantes, ya sea este vínculo el matrimonio o precisamente el haber concertado con anterioridad otro contra-

³⁴¹ Y para un efecto concreto, la concesión de una pensión equivalente a la de viudedad, ese plazo se amplía a tres años (art. 8.2, que modifica el art. 174.1 de la Ley General de la Seguridad Social).

³⁴² No obstante hay tener en cuenta que, dado que en el contrato de unión civil –que es otorgado notarialmente: *vid. infra*– ha de disponerse expresamente el régimen económico de la unión «de entre las modalidades establecidas en el Código Civil» (art. 1.4), y que ello lo hace semejante a las capitulaciones matrimoniales en este punto. Por ello, si se admitiera su celebración por el menor emancipado sería preciso establecer una norma análoga a la del artículo 1.329 CC, que exige un complemento de capacidad cuando el régimen pactado no sea el de separación o participación.

³⁴³ Ya se reseñó con anterioridad la opinión según la cual era preciso evitar un «matrimonio» homosexual de segunda entre un menor y un mayor de edad (TRÍAS SAGNIER, *loc. cit.*, p. 3). JORDANO BAREA sugiere que la elevación de la edad respecto de la requerida para contraer matrimonio deriva del propio carácter abstracto del contrato de unión civil, que se presenta como «una capa que todo lo tapa», mientras que ¡[...] el matrimonio es una cosa buena, incluso santa (un sacramento, entre bautizados), y no una tapadera de posibles relaciones entre lesbianas o gays! («Matrimonio y unión libre», *cit.*, p. 188).

to de unión civil que permanezca vigente (art. 1.2 de la Proposición)³⁴⁴. La exclusión del casado separado, al igual que en las regulaciones autonómicas, resulta una vez más injustificada: si ello es así cuando de formar una pareja paramatrimonial se trata, tanto más cuando la unión en que se integra no ha de poseer —en teoría— esa característica. Y es que, al calificar al matrimonio como situación incompatible, se está reconociendo que la situación-base, la relación de convivencia y solidaridad mutua, es la misma; y a la postre se está estableciendo un paralelismo implícito con el modo de vida marital, a pesar de que éste no integre la definición, derivado en realidad de la propia constitución bimembre del contrato: de otro modo no tendría por qué haber esa incompatibilidad, y un matrimonio podría integrarse en una comunidad convivencial más amplia, pluripersonal³⁴⁵.

4. Los impedimentos:

A diferencia de los textos referidos a la convivencia marital, que por ello incluyen los impedimentos de parentesco, éstos no aparecen en la regulación inicialmente propuesta por el Grupo Popular, coherentemente con la amplitud del concepto de convivencia manejado³⁴⁶. Sin embargo, en las enmiendas al articulado presentadas poco después por el mismo grupo parlamentario, dicho ámbito subjetivo se restringe al descartar que puedan ser parte de un contrato de unión civil los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción o los colaterales «con consanguinidad» (*sic*) hasta el tercer grado³⁴⁷. Con ello reaparecen los impedimentos matrimoniales en toda su extensión (incluyendo el dispensable de parentesco colateral de tercer grado) y se desvirtúa aquel propósito de amparar también situa-

³⁴⁴ Al igual que en las regulaciones autonómicas, mientras el contrato de unión civil crea un vínculo que da lugar a «impedimento» a efectos de formalizar otro contrato de unión civil, no constituye impedimento para contraer matrimonio: la celebración de un posterior matrimonio resuelve automáticamente el contrato previo, mientras que en cualquier otro caso es precisa la instancia de una de las partes (resolución unilateral, que confirmaría el carácter «libre» de la unión, si este se considera el rasgo definitorio) ante el juez encargado del Registro civil ante el que se efectuó la inscripción (art. 1.6 de la Proposición).

³⁴⁵ *Vid.* lo que se dirá a propósito de la exclusión de los casados del ámbito de las situaciones convivenciales de ayuda mutua catalanas; así como el hecho de que un matrimonio *sí* integra el supuesto de hecho de otra relación convivencial: la de acogimiento de personas mayores (*vid. infra* III.2).

³⁴⁶ Amplitud todavía mayor que en el caso de las situaciones convivenciales de ayuda mutua catalanas, pues, como se verá, de éstas se excluyen los parientes en línea recta, y también mayor que el PACS francés, que tampoco permite su conclusión a colaterales hasta el tercer grado. El ámbito subjetivo del contrato de unión civil propuesto coincide en cambio totalmente con la *cohabitation légale* belga.

³⁴⁷ Enmienda núm. 46, al artículo 1, en *Boletín Oficial de las Cortes generales. Congreso de los Diputados, Serie B*, núm. 117-8, de 30 de marzo de 1998, p. 50. De prosperar esta modificación el ámbito subjetivo del contrato de unión civil sería idéntico al del PACS francés.

ciones convivenciales no análogas al matrimonio, como es sabido muy a menudo integradas por parientes próximos (v. gr. hermanos). La razón alegada es la necesidad de «delimitar con más precisión el ámbito de aplicación subjetivo de la ley [...] con el fin de evitar situaciones fraudulentas». ¿Qué es una situación fraudulenta? ¿La convivencia entre dos hermanos lo es? Parece que el «fraude» estaría en el carácter no marital... que precisamente no aparece en la definición a fin de preservar el derecho a la intimidad. Nuevamente sale a relucir la auténtica intencionalidad de la Proposición³⁴⁸. Pero si se persiste en no decir expresamente lo que se quiere regular, se sigue dejando la puerta abierta a otra situación «fraudulenta», según el entender implícito de los parlamentarios: la de dos personas sin vínculo de parentesco y que sin tener una relación de afectividad marital celebren el contrato de unión civil. En todo caso parece que esta restricción hay que relacionarla con los motivos que impulsan también a proponer, en la enmienda número 50, la supresión del artículo 8 del texto, y por tanto la modificación en él proyectada de la Ley General de la Seguridad Social a efectos de concesión al conviviente supérstite de las prestaciones por defunción: en la justificación de dicha enmienda se reconoce que «la amplitud con que se aborda el concepto de “unión civil” da lugar a que los efectos económicos sobre el sistema de seguridad Social resulten imprescindibles y claramente exorbitantes y perjudiciales...»³⁴⁹

c) Elementos formales

1. La escritura pública y la inscripción:

La unión civil se presenta como un contrato formal, con requisitos *ad solemnitatem*. El contrato, según el artículo 1.3 de la proposición, ha de otorgarse ante notario e inscribirse en el Registro Civil de cada uno de los contratantes.

Con estas previsiones se busca satisfacer las pretensiones de seguridad jurídica y dotar a este tipo de contratos de una garantía de publicidad frente a terceros. La necesidad de formalizar un contrato para que la relación establecida entre las partes tenga consecuencias jurídicas se ha apoyado también en el principio de liber-

³⁴⁸ A pesar de que en las propias enmiendas del Grupo Popular se insiste en que «el contrato de unión civil permite acogerse al mismo a toda persona que mantenga una relación de convivencia, sin exigir que la relación establecida sea de pareja, equiparable a la instituida con el cónyuge» (vid. enmienda núm. 48, *loc. cit.*, p. 51). Sin embargo, el que en teoría quepa la constitución de una unión civil (igual que en Francia un *pacte civil de solidarité*) entre cualquier dúo de extraños que no tengan una relación afectiva no parece que vaya a tener hoy en día mucha aplicación práctica.

³⁴⁹ Vid. *BOCG. Congreso, Serie B*. núm. 117-8, p. 52.

tad, arguyendo, de acuerdo con el consabido razonamiento, que dicha libertad quedaría lesionada si esas consecuencias se produjesen por el mero transcurso del tiempo sin contar con la voluntad de los interesados; y que la Ley propuesta persigue, como se recoge en la Exposición de motivos, no sólo posibilitar esas consecuencias cuando sean queridas por las partes, sino también respetar a quienes desean relacionarse más allá del Derecho³⁵⁰.

El contrato, como se ha adelantado, no produce efectos hasta transcurrido un año de su formalización, lo que se ha presentado como un mecanismo para evitar fraudes en la percepción de determinadas ventajas³⁵¹. ¿No está claro si el *dies a quo*, el de la «formalización», es el de la fecha de la escritura notarial o el de la inscripción; ni tampoco si ésta tiene valor constitutivo o quién debe practicarla. Estas cuestiones quedan remitidas al desarrollo reglamentario, que deberá producirse en virtud de la Disposición final segunda³⁵². No obstante, en la justificación de la enmienda presentada por el mismo Grupo popular al artículo 1, que amplía a tres años el plazo antes del cual el contrato no surtirá efectos frente a terceros, se especifica que dicho plazo empieza a contarse a partir de la inscripción.

2. La notificación de la extinción:

La resolución del contrato no requiere trámites formales en caso de matrimonio de una de las partes, ya que se produce automáticamente. En otro supuesto, como ya se ha dicho, es precisa la instancia de una de las partes ante el encargado del Registro Civil ante el que se efectuó la inscripción. En cualquier hipótesis la resolución ha de ser comunicada por aquel encargado al registro civil de la otra parte y a esta misma (art. 1.6). No se prevé, en cambio, a diferencia de lo que ocurría en la Ley catalana de uniones estables, la obligación de dejar sin efecto la escritura notarial, ni un período de tiempo tras la resolución del contrato durante el cual no pueda concertarse otra unión civil.

B) Crítica de la regulación

a) Insuficiencia e inadecuación de un modelo contractual-formal

Como se ha dicho, la regulación proyectada ofrece un modelo contractual-formal para el tratamiento jurídico de la convivencia

³⁵⁰ TRÍAS SAGNIER, «El contrato de unión civil.....», cit., p. 2.

³⁵¹ TRÍAS SAGNIER, «El contrato de unión civil...», cit., p. 3.

³⁵² MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, E., «Matrimonios asexuados, parejas de hecho y el contrato de unión civil», *La Notaría*, núm. 9, septiembre, 1998, p. 114. TRÍAS SAGNIER, por su parte, opina que es el propio notario el que debe practicar de oficio la inscripción («El contrato de unión civil...», cit., p. 3).

no matrimonial: arranca de una declaración de voluntad y de una forma constitutiva, a partir de la cual importa la convivencia, y que crea un estatus de futuro (estatus que por cierto queda en su mayor parte relegado a la autonomía de las partes contratantes). La primera objeción que a un modelo contractual-formal ha de hacerse es, en primer término y nuevamente, el que no acaba de resolver los problemas planteados por la convivencia no matrimonial, al dejar fuera a las relaciones que no se formalicen: que, sobre todo en el caso de las que ya cuentan con la alternativa formal por la que, precisamente, no han pasado (el matrimonio), serán la mayor parte. Que las parejas (o cualquier otro «dúo» de personas) pueden celebrar un acuerdo de convivencia no hacía falta decirlo en una nueva Ley, puesto que ya contaban con esa posibilidad al amparo del artículo 1.255 CC y así venía siendo reconocido por los Tribunales³⁵³. En cambio era preciso regular los efectos que en todo caso han de producirse con independencia de la declaración de voluntad expresa de las partes: pero esta necesidad es la que ha sido negada por los promotores de la iniciativa mediante el recurso al tópic y conservador argumento del respeto de la libertad y de la presunción de «ajuridicidad» de las partes. Lo que es sin embargo más grave es que determinados

³⁵³ En sentido parecido se observó, en el debate de toma en consideración de esta Proposición, que ya estaban reguladas, entre otras, las sociedades civiles (*vid. ad ex.* la intervención de la diputada Sra. ALMEIDA CASTRO, recogida en el *DSCG* núm. 120, p. 6286). Cabe añadir que, en efecto, la figura contractual de la unión civil poco aporta respecto del pacto de sociedad civil (arts. 1.665 ss. CC) y concretamente respecto de la sociedad universal de bienes y ganancias, sobre todo si la primera se termina despojando, de acuerdo con las enmiendas presentadas por el propio Grupo proponente, de algunos efectos familiares, como la pensión de viudedad. En conjunto, resulta más favorable la combinación de, por un lado, un contrato de sociedad universal de ganancias entre los convivientes y de, por otro, los efectos atribuidos directamente por la ley al hecho de la convivencia, como el derecho de subrogación en el arrendamiento. Aquel contrato ofrece, frente al de unión civil, la ventaja de no requerir forma constitutiva, siendo incluso admisible la sociedad tácita (a la que con cierta frecuencia se ha acudido en sede judicial precisamente para resolver los problemas de las uniones no matrimoniales), y de servir como instrumento de un concepto amplio (este sí) de unión libre, pues no queda limitado a dos el número de componentes ni existe (como en las enmiendas a la Proposición analizada) ningún «impedimento» de parentesco, vínculo o edad (salvando las restricciones a la capacidad de obrar del menor emancipado). Por otra parte ya se ha comentado cómo el requisito del ánimo de lucro (*vid. art. 1.665 CC*), puede interpretarse muy flexiblemente o ser incluso suprimido. (*Vid. en general sobre la aplicación de la sociedad civil universal a las uniones no matrimoniales, GALLEGO DOMÍNGUEZ, Las parejas no casadas...*, cit., pp. 144-152 y 181-186).

Igualmente, junto a la sociedad civil, existe para el tratamiento jurídico de las uniones convivenciales un instrumentalario flexible de figuras de Derecho común (comunidad de bienes, gestión de negocios ajenos, enriquecimiento injustificado...), que el PLCUC reconoce no pretender desplazar, sino complementar. (*Vid. Exposición de motivos: «Todo ello sin perjuicio de la vigencia de las doctrinas del enriquecimiento injusto, abuso del Derecho u otras de general aplicación y que ya ha recogido la jurisprudencia, así como de la libertad de pactos propia de nuestro ordenamiento civil».*

efectos que ya existen en la legislación actual y que son independientes de la formalización de la relación podrían ahora, de aprobarse esta Proposición analizada, quedar condicionados a la celebración del contrato.

Por otra parte ya se ha defendido aquí que la articulación de un modelo contractual-formal resulta plausible en lo que respecta a las uniones homosexuales, ya que proporciona una vía para la institucionalización jurídica de su relación (siempre que simultáneamente no se olvide la situación de la pareja homosexual que no pase por esa institucionalización, lo que ya de entrada hace la Ley propuesta). Ahora bien, el contrato de unión civil, que ni siquiera nombra a la pareja homosexual como uno de sus destinatarios (acaso el principal), no se ofrece con esa finalidad. En la presentación de la Proposición ante el Congreso quedó claro que no se había querido configurar una alternativa al matrimonio para homosexuales, que constituyese unidad familiar, por no considerarse constitucionalmente posible³⁵⁴.

b) Restricción del concepto de familia

Esta última postura explica la razón última de ese diseño «aséptico» del contrato de unión civil, asepsia que ha constituido el principal blanco de los ataques en los debates parlamentarios³⁵⁵ y de las críticas doctrinales³⁵⁶. No se quiere reconocer la condi-

³⁵⁴ «[...] y es que con nuestra Constitución en la mano no es posible acceder a la petición [...] de los grupos homosexuales que exigen una reforma legislativa encaminada a un pleno reconocimiento como si sus uniones fuesen un matrimonio o una unidad familiar» (TRÍAS SAGNIEZ en núm. 120, cit., p. 6284).

³⁵⁵ El que no se reconozca expresamente el vínculo afectivo de las parejas se ha considerado «una burla» que «quiere desbaratar lo que ha sido la reclamación de los colectivos de gays y lesbianas, y también de heterosexuales que no quieren pasar, como se suele decir, por la vicaría...» (ALMEIDA CASTRO en *DSCG* núm. 120, cit., p. 6286; y en igual sentido RAHOLA I MARTÍNEZ, p. 6285). A estos se les ofrece «una fórmula puramente de legislación mercantil» (MARDONES SEVILLA, *ibid.*, p. 6287).

³⁵⁶ *Vid. ad ex.* PÉREZ CÁNOVAS, «El derecho de las parejas gays y lesbianas a la vida familiar...», en *Jueces para la Democracia*, núm. 30, noviembre 1997, cit., p. 30: «[...] pese a querer justificarlo con un discurso demagógico en torno a la libertad, la igualdad, la seguridad jurídica y la intimidad [...], la finalidad que se persigue es confundir a la opinión pública y desviar la atención de lo que plantean los colectivos de gays y lesbianas, que no es otra cosa que la normalización de la pareja homosexual en el marco constitucional de la familia, y que con el borrador pretende restringirse a las personas casadas [...]». En la misma dirección, TALAVERA FERNÁNDEZ sostiene que «el CUC supone un grave menosprecio a quienes, dentro de la pluralidad de concepciones existentes en nuestra sociedad, deciden legítimamente establecer una convivencia afectiva que aspira a disfrutar de efectos jurídicos. [...] Es decir, el contrato de convivencia genera la absurda paradoja de que una pareja de hecho esté jurídicamente más relacionada con una compraventa de lavadoras que con el régimen legal del matrimonio. Es por esto que, aunque una relación estable de pareja pueda tener efectos patrimoniales o sucesorios, es una realidad cuya peculiaridad va más allá de un simple pacto privado de convivencia. De aquí también que no sea el ámbito privado contractual el más adecuado para regular las uniones de hecho, sino el

ción de familiar de las uniones homosexuales, y ni siquiera tampoco admitir expresamente que se les otorga una vía específica de tutela. Ello obliga a recurrir a una fórmula global y abstracta, a un «cajón de sastre» de situaciones convivenciales, a las que se expulsa en bloque del Derecho de familia y se las trata como meras uniones de carácter societario-cooperativo. El aparente concepto amplio de convivencia no matrimonial, que debería conducir a un ensanchamiento de la noción de familia que diese cabida no sólo a las uniones homosexuales sino también a otras relaciones de convivencia de contenido no sexual³⁵⁷, acaba siendo sumamente restrictivo, por cuanto restrictiva es la concepción de familia de que parte. Según los promotores de la iniciativa, en efecto, la familia que la Constitución manda proteger es la relación entre hombre y mujer, sea matrimonial o no, y los hijos de ella habidos³⁵⁸. Con lo cual hay familias matrimoniales y no matrimoniales... pero siempre heterosexuales. Y aquí salta a la vista una contradicción interna, consistente en someter a un mismo régimen no familiar –el del contrato de unión civil– una mezcla de relaciones, algunas de las cuales, sin embargo, a entender de los impulsores del texto, ¡son familiares!³⁵⁹.

Derecho de familia». (Vid. «El reconocimiento de las uniones homosexuales...», cit. Las mismas ideas en *Fundamentos...*, cit., pp. 97-100).

La base conceptual de la Proposición ha sido, por el contrario, considerada como «bastante más rigurosa y oportuna que anteriores fórmulas» por CASTRO ALONSO, J. L., («Primera lectura de la Proposición de Ley 122/000098: Contratos de unión civil», *Derecho y opinión*, 1997, núm. 5, p. 305), quien añade que «ese concepto puramente instrumental es el único modelo con que nuestro legislador ha concebido que el Derecho debe reconocer una realidad social, y esa es en definitiva la única respuesta que le ofrece» (p. 306).

³⁵⁷ Vid. en este sentido la interesante intervención de SILVA SÁNCHEZ (recogida en *DSCG* núm. 120, p. 6289), quien, de acuerdo con el «modelo catalán», si bien discrepa del contenido de la Proposición de Ley orgánica de contrato de unión civil por no reconocer expresamente las parejas integradas por personas del mismo sexo y por atribuir efectos idénticos a realidades sociales diferentes («como puede ser la pareja heterosexual, la pareja homosexual y otras unidades de convivencia más o menos definidas en la realidad social, normalmente integradas incluso por personas que ostentan algún vínculo de parentesco»), difiere también de la otra iniciativa a la sazón presentada ante la cámara, la de Coalición Canaria, precisamente por no contemplar estas últimas situaciones (y ceñirse por tanto a lo que aquí hemos llamado un concepto restringido de convivencia no matrimonial): «unidades de convivencia que no se basan pura y exclusivamente en un interés económico sino en un afecto –aunque no sea lo que entendemos o lo que se entiende en la sociedad por afecto de pareja– que están constituidas normalmente por personas mayores y se encuentran tremendamente necesitadas de protección».

³⁵⁸ TRÍAS SAGNIER en *DSCG* núm. 120, cit., p. 6284. En el tenor literal del artículo 39 CE no aparece sin embargo la heterosexualidad. El autor apoya su conclusión en los debates constituyentes (que no obstante se refieren en realidad al art. 32, con lo cual está a la postre conectando aquellos dos preceptos); así como a la mención de la filiación en el artículo 39, de donde extrae implícitamente que familia es sólo aquel núcleo capaz de generar descendencia.

³⁵⁹ De «disolución del concepto de familia» habla el diputado Sr. PEDRET I GRENZNER (*DSCG*, núm. 120, cit., p. 6291). Otra contradicción se observa en el hecho de que la

3. CONCEPTO AMPLIO: LAS «OTRAS» CONVIVENCIAS NO MATRIMONIALES (SITUACIONES CONVIVENCIALES DE AYUDA MUTUA Y ACOGIMIENTO DE PERSONAS MAYORES)

La Ley 19/1998, aprobada por el Parlamento de Cataluña el 28 de diciembre (y publicada en el Diario Oficial de esta Comunidad núm. 2801, de 8 de enero de 1999) regula las llamadas «situaciones convivenciales de ayuda mutua» (LSCAM). Se trata ciertamente de un texto singular, en cuanto constituye la primera norma que ensancha la noción de convivencia no matrimonial jurídicamente relevante para incluir en ella las uniones no maritales. Su procedencia del Proyecto de ley de relaciones de convivencia distintas del matrimonio (PLRCDM) recuerda que el propósito inicial del legislador catalán era ofrecer un concepto amplio y global de convivencia no matrimonial que abarcase diversas situaciones posibles, si bien, ante la consciencia de que esa mezcla no iba a ser del agrado general³⁶⁰, se presentaba ya dividida en cuatro compartimentos que pudieran ser aprobados en su momento como leyes independientes. Si, como es sabido, los dos primeros capítulos acabaron integrando un solo texto (el de la LUEP), lo propio iba en principio a suceder con los capítulos tercero y cuarto, que pasaron a componer el Proyecto de Ley sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua y sobre acogimiento de personas mayores³⁶¹. Sin embargo finalmente en la tramitación parlamentaria quedó diferida la parte relativa al acogimiento, dada la falta de consenso sobre el propio concepto de la figura que se pretende regular, y se aprobó sólo el texto concerniente a las situaciones convivenciales de ayuda mutua.

calificación que se da a la unión civil a algunos efectos es la de «unidad familiar»: concretamente en lo que toca a la regulación del IRPF («Es decir, se les reconoce que es una unidad familiar para que puedan hacer la declaración de la renta conjuntamente, pero no se quiere reconocer que hay unidades familiares distintas a las matrimoniales»: URÁN GONZÁLEZ, en *DSCG*, núm. 120, cit., p. 6290.

Se ha dicho también que «el Partido Popular no quiere dar el *status* de familia a las parejas de hecho por las repercusiones legales y jurídicas que emanan del artículo 39 de la Constitución» (RAHOLA I MARTÍNEZ, *DSCG*, núm. 120, p. 6285). Y sin embargo lo abstracto del concepto que se propone como sustituto comporta una carga financiera para la Seguridad Social difícil de asumir. Es éste otro de los aspectos criticados en el debate (con ese planteamiento –se afirma– queda abierto el camino «para saquear los presupuestos del Estado»: MARDONES SEVILLA, *DSCG*, núm. 120, p. 6288) y admitido por el grupo proponente con las posteriores enmiendas de supresión de los arts. 8 y 9.

³⁶⁰ El rechazo, obviamente, provenía de los grupos de homosexuales y de la izquierda parlamentaria, contrarios a aceptar que las relaciones afectivas de pareja se diluyesen en el conglomerado heterogéneo de la convivencia no matrimonial en sentido amplio.

³⁶¹ *BOPC* núm. 350-B, de 5 de diciembre de 1998.

Dos años después ha visto por fin la luz también aquella Ley sobre acogimiento de personas mayores (Ley 22/2000, de 29 de diciembre, publicada en el *DOG* núm. 3304, de 12 de enero de 2001), con lo que se cierra el elenco legislativo catalán sobre relaciones convivenciales. Dado que esta Ley se ciñe a un supuesto muy concreto, y que su ámbito de aplicación no permite en consecuencia extensiones a otras hipótesis de convivencia no matrimonial en sentido amplio, más allá de las perfectamente delimitadas por su texto, el análisis subsiguiente se centrará en la LSCAM, con las referencias oportunas a la Ley de acogimiento.

A) *Concepto y elementos*

Las situaciones convivenciales de ayuda mutua son definidas en los tres primeros artículos de la Ley: en el artículo 1 («concepto de convivencia de ayuda mutua») en cuanto a los elementos objetivos de la relación; en el artículo 2 («titulares de la relación») en cuanto a los elementos subjetivos; y en el artículo 3 («constitución y acreditación») por lo que hace a los elementos formales.

a) Elementos objetivos

A tenor del primer precepto citado, el estrato material de estas situaciones está conformado por

«las relaciones de convivencia de dos o más personas en una misma vivienda habitual que, sin constituir una familia nuclear, comparten, con voluntad de permanencia y ayuda mutua, los gastos comunes o el trabajo doméstico, o ambas cosas, tanto si la distribución es igual como desigual y tanto si la carga económica sólo es asumida por alguno como si lo es por algunos de los convivientes y la del trabajo por el otro u otros».

La base es, por tanto, el hecho de la convivencia en el mismo hogar, pero una convivencia que no viene caracterizada por la afectividad «análoga a la conyugal»: y de ahí que no se limite a dos el número de sus componentes. Ahora bien, sí parece consistir en una comunidad de vida y de cuidados, que trasciende por tanto a las situaciones en que simplemente se comparte una vivienda y, en su caso, una economía: la puesta en común de gastos y/o trabajo doméstico ha de derivar de la voluntad de ayuda mutua entre los miembros. Además la convivencia posee el carácter de estable, en cuanto también debe existir ánimo de permanencia³⁶².

³⁶² La situación así configurada recuerda vagamente, salvando las distancias, a las comunidades familiares forales que ya se han citado en otro lugar, en cuanto fórmulas aso-

Ese doble elemento intencional (voluntad de permanencia y ayuda mutua) restringe así un tanto el extenso ámbito representado por un tipo de relaciones que aún así siguen siendo, como subraya el Preámbulo de la Ley, «muy heterogéneas y distintas de las relaciones de pareja»³⁶³. Al menos *en teoría*, ya que, en vista de la amplitud del concepto legal, cualesquiera personas que se ajusten a esa descripción (y sólo con las limitaciones que a continuación se verán en cuanto a los sujetos) constituirán una situación convivencial de ayuda mutua, con independencia de su edad o situación personal.

Sin embargo *en la práctica* los destinatarios del texto serán un grupo más o menos definido de personas. Las primeras líneas del citado Preámbulo revelan en qué concretas situaciones está «especialmente» pensando el legislador: las de convivencia entre personas de edad avanzada «que intentan poner remedio a sus dificultades»³⁶⁴.

ciativas pluripersonales de carácter familiar, cuyos elementos objetivos esenciales son la convivencia (o el vivir «a mesa y mantel») y el apoyo y colaboración mutuas en la explotación de la «Casa» y demás bienes puestos en común. La diferencia más notable (más que en el aspecto patrimonial de éstas, que no es sino la traducción de la comunidad de vida y trabajo creada) reside en los elementos personales, según se exijan requisitos especiales (la condición de «labradores», y sobre todo los vínculos de parentesco —en línea recta o colateral, por consanguinidad o afinidad—, en la compañía familiar gallega) o quepa mayor flexibilidad (v. gr. en las comunidades familiares navarras). *Vid.* al respecto arts. 100 ss. de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia, comentados por ESPÍN ALBA, I., en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* —dir. ALBALADEJO—, t. XXII, vol. 2.º, Madrid, 1995, pp. 693 ss.; y Leyes 128 y 129 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra (Ley 1/1973, de 1 de marzo), comentadas por ARREGUI GIL, J., en la misma obra colectiva, t. XXXVI, vol. 2.º, pp. 525 ss.

³⁶³ En el debate sobre la Ley en el Parlamento catalán, el diputado Sr. Tugues i Bollart observó que ésta, «aparentemente menor», no lo es tanto, dado que existen muchas personas que, sin una relación afectiva de pareja, conviven en una misma vivienda —desde hermanos solteros o viudos que viven juntos hasta estudiantes que comparten piso—. Lo cual plantea el problema de la oportunidad o incluso justicia de colocar todas esas situaciones al amparo de una misma redacción legal, como si todas fueran la misma cosa. Claro que —añade— sobre todo el requisito de la voluntad de permanencia permitirá excluir relaciones que de otro modo habría que considerar beneficiarias de esta ley: por ejemplo, las convivencias entre estudiantes. «De todas maneras, tengo la sensación de que los jueces tendrán delante de sí una ventana amplia de posibilidades interpretativas a partir de unos artículos primero y segundo que, probablemente, hacen una definición muy imprecisa de lo que se ha de entender por convivencia de ayuda mutua y de quién puede ser titular de esta relación» (*DSPC Serie P*, núm. 101, cit., p. 7153).

³⁶⁴ Más adelante justifica que «en la actual situación de envejecimiento progresivo de la población como consecuencia de la prolongación de la vida y la reducción de la natalidad, una regulación legal de signo proteccionista, que fomente este tipo de convivencia, puede reportar una solución a muchas personas mayores, que resuelva sus dificultades económicas y sociales y evite su aislamiento en instituciones geriátricas». Este referente subjetivo explícita, entre otras cosas, una norma como la que en el artículo 8 concede una pensión periódica en caso de defunción de uno de los convivientes para el/los conviviente/s superviviente/s. Este trato preferencial respecto de los integrantes de una unión heterosexual u homosexual (que sólo cuentan con el «*any de plor*»), tiene su razón de ser en la hipótesis de relaciones entre personas de edad avanzada, que se extinguen por la muerte y son merecedoras

De este modo se produce un cierto acercamiento entre el contenido de esta Ley y el de la Ley de acogimiento de personas mayores³⁶⁵. La diferencia entre una y otra figura estribaría, no obstante, en la distinta finalidad de la comunidad de vida en cada caso establecida³⁶⁶: en las situaciones convivenciales de ayuda mutua se persigue la distribución de trabajo y gastos entre las personas titulares de la relación; en el acogimiento, aunque también se hable de una contribución a aquellos gastos y trabajo doméstico, lo fundamental es la prestación de asistencia por parte de los acogedores a los acogidos.

El artículo 1.2 de la Ley de acogimiento define el pacto de acogimiento como la vinculación de una persona, una pareja casada o unida de manera estable, o una familia monoparental, por razón de la edad o bien de una discapacidad, a una persona o a una pareja casada o unida de manera estable³⁶⁷, que han de ser más jóvenes si el acogimiento es por razón de edad, que los aceptan en condiciones semejantes a las relaciones de parentesco, y a cambio de una contraprestación. Los arts. 2, 3 y 4 desglosan, respectivamente, los requisitos objetivos, subjetivos y formales:

– Requisitos objetivos: la convivencia de acogedores y acogidos en una misma vivienda (sea la de los primeros o la de los segundos), con el objeto de que aquéllos cuiden de éstos, dándoles alimentos, prestándoles asistencia, procurando su bienestar general y atendíéndoles en situaciones de enfermedad. Además deben prestarse ayuda mutua y compartir los gastos y el trabajo del hogar en la forma pactada, que debe responder a las posibilidades reales de cada parte. La contraprestación puede consistir en la cesión de bienes muebles o inmuebles o en dinero.

– Requisitos subjetivos: la mayoría de edad y plena capacidad de obrar de acogedores y acogidos (o que ésta sea, en cuanto a los acogidos, suplida por los representantes legales), así como que no

de la máxima protección. En cambio no resulta tan justificada en otros supuestos igualmente encuadrables en el ámbito de la Ley. (Vid. SOLÉ RESINA, «Comentari d'urgència al projecte de llei sobre relacions de convivència diferents del matrimoni», *La Notaría*, núm. 3, marzo, 1998, p. 88).

³⁶⁵ «Y es que, a pesar de que falta en la Ley [la LSCAM] lo que constituía el capítulo II del Proyecto, esto es, la regulación del acogimiento de personas mayores, el Preámbulo de aquélla prácticamente se corresponde con el de éste, de modo que, tal vez sin demasiada fortuna –pues ello es precisamente el objeto de una futura ley–, sigue haciéndose especial énfasis en la situación de las personas mayores» (SOLÉ RESINA, «Las otras formas de convivencia de ayuda mutua. Comentario a la Ley catalana 19/1998, de 28 de diciembre, sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua», *La Notaría*, núm. 5, 1999, p. 68). Una vez aprobada esa segunda Ley, la de acogimiento, se mantiene la semejanza entre los Preámbulos de una y otra.

³⁶⁶ Y no en la edad o condición –de minusválido– de los convivientes, que no es sino un presupuesto de la existencia de la relación de acogimiento: vid. SOLÉ RESINA, «Las otras formas de convivencia...», cit., p. 66. (Esta autora sin embargo así lo entendió inicialmente, en una interpretación literal: vid. «Comentari d'urgència...», cit., p. 92).

³⁶⁷ Cuando la Ley dice «pareja unida de manera estable», y puesto que no especifica, hay que entender que puede ser tanto una pareja sujeta a la LUEP como no sujeta a ella.

haya entre ellos relación de parentesco hasta el segundo grado. Además los acogidos no pueden ser menores de sesenta y cinco años, y debe existir una diferencia de edad mínima de quince años entre el acogido de menos edad y el acogedor de más edad, salvo, en cuanto a este último requisito, que uno de los acogidos sea minusválido o requiera atenciones especiales.

– Requisitos formales: es precisa la formalización de escritura pública (y su inscripción en el Registro correspondiente) «en la que se hagan constar los derechos y obligaciones que corresponden a cada parte, y también, si es el caso, las donaciones hechas por los acogidos a los acogedores, de presente o para después de la muerte.

Como se observará, además de ser muy precisa la delimitación del ámbito subjetivo, la configuración del acogimiento es claramente contractual: la relación surge mediante la formalización de un pacto de asistencia. Las situaciones convivenciales de ayuda mutua, por el contrario, no precisan formalización (*vid. infra*), por lo que responden más al concepto de unión libre en sentido amplio.

Puesto que de una comunidad de vida se trata, la convivencia ha de entenderse exclusiva, esto es, una vez más, incompatible con otras convivencias del mismo tipo. Sin embargo es ésta una característica que no se ha reflejado explícitamente en la Ley: sólo se determina, como se va a ver en el apartado de los elementos subjetivos, la incompatibilidad con «las otras» situaciones de convivencia, el matrimonio y la unión estable de pareja; y además no se especifica como causa de extinción de la relación el hecho de iniciar otra (art. 5.1). De ahí que haya podido entenderse que teóricamente sería posible para una persona integrarse en varias situaciones convivenciales de ayuda mutua, siempre que pueda tener más de una vivienda habitual³⁶⁸.

b) Elementos subjetivos

1. La mayoría de edad

Según el artículo 2 «los titulares de las relaciones de convivencia de ayuda mutua son personas mayores de edad...» Nuevamente, al igual que en las leyes de parejas, no alcanza a verse la justificación de la exclusión de los menores emancipados³⁶⁹. Se dirá que

³⁶⁸ GAVIDIA, «La libertad de elección...», cit., p. 138.

³⁶⁹ GAVIDIA entiende que, todo lo más, podrían haberse previsto ciertas cautelas en cuanto a la capacidad de los menores emancipados para pactar el contenido de la convivencia según el artículo 4, pero que el impedirles acogerse al estatuto de la Ley puede entrañar una violación del artículo 14 CE («La libertad de elección...», cit., p. 138).

Las enmiendas presentadas a este artículo por Esquerra Republicana de Catalunya, el Grupo Mixto e IC-EV proponían incluir al menor emancipado en el ámbito subjetivo de la Ley (*vid. enmiendas 6, 7 y 8, en BOPC, núm. 350 B, de 5 de diciembre de 1998*).

la constitución de este tipo de convivencias por los mismos es muy poco probable: no obstante hay que recordar que no se les permite constituir una unión estable de pareja, y que por esta razón habría sido razonable que las parejas «de hecho» formadas por menores emancipados pudieran siquiera tener la consideración jurídica de situaciones convivenciales de ayuda mutua. La exclusión es, pues, doblemente criticable.

2. El impedimento de parentesco

Los convivientes, según continúa el citado artículo, no pueden ser parientes en línea recta. Esta limitación (que coincide parcialmente con la exclusión de la familia nuclear en el apartado primero) tiene su fundamento en lo «liviano» del estatuto legal establecido por la LSCAM, puesto que aquéllos ya disponen, por su propio parentesco, de un estatuto más intenso³⁷⁰.

Sí entran en cambio en el ámbito de aplicación de la Ley, además de las personas únicamente relacionadas por la simple amistad o el compañerismo, los parientes en la línea colateral sin límite de grado. Lo cual es lógico dado el propósito de la Ley, que en su Preámbulo destaca que los hermanos constituyen el núcleo principal de las situaciones que se busca tutelar. Es de destacar que en este caso, el de uniones constituidas por hermanos, los mismos acumularán este estatuto al que ya les corresponde como tales, aunque no convivan; y que la levedad del que les es aplicable en cuanto situaciones convivenciales de ayuda mutua se explica por la necesidad de evitar una competencia entre los miembros de la familia nuclear que amenazara con destruirla, lo cual podría ocurrir si se les permitiese acceder a un estatuto tan intenso como el de la LUEP³⁷¹.

También el hecho de que la unión pueda estar compuesta por más de dos personas motiva que la regulación sea menos intensa que la relativa a las parejas, teniendo en cuenta lo peligroso que podría resultar que recayese sobre uno solo de los convivientes los deberes y responsabilidades aparejados a la ruptura de aquéllas³⁷². Por otro lado, el número total de convivientes que pueden acogerse al estatuto de la LSCAM se limita a cuatro (art. 2.2). Esta restric-

³⁷⁰ GAVIDIA, «La libertad de elección...», cit., pp. 138 y 142.

³⁷¹ En este sentido, GAVIDIA, «La libertad de elección...», cit., p. 124 y 142.

³⁷² Nuevamente, GAVIDIA, «La libertad de elección...», cit., p. 124. El autor explica así también por qué tanto las uniones integradas por hermanos como las pluripersonales están excluidas del ámbito de aplicación de la LUEP. Se dirá que la explicación es más sencilla: no tienen carácter marital. Ahora bien, hay que recordar que, para GAVIDIA, marital (o en relación de afectividad análoga a la conyugal) no es ninguna unión libre y a la vez lo son todas: ninguna en cuanto que marital *stricto sensu* sólo puede ser el matrimonio (falta de analogía con la institución); todas en cuanto (semejanza) el patrón de referencia es la intensidad del afecto...

ción proviene de una enmienda transaccional que modificó el texto originariamente presentado, en el cual no se establecía límite de número. Se alegó al respecto la necesidad de evitar la proliferación de «geriátricos encubiertos» que soslayasen el control que sobre ese tipo de instituciones existe³⁷³.

3. El impedimento de vínculo

No pueden entrar a constituir una situación convivencial de ayuda mutua «las personas con vínculos matrimoniales subsistentes o que formen una unión estable de pareja» (art. 2.3). Ello es consecuencia de la exclusividad que caracteriza estas relaciones. Ahora bien, alguna precisión ha de hacerse.

En primer lugar, respecto a los casados, es lógico que no puedan simultanear su matrimonio con una situación convivencial de ayuda mutua, dado el deber de convivencia que implica el primero. Ahora bien, cabría sin muchos problemas la integración de los dos miembros de un matrimonio en una de aquellas situaciones, con una o dos personas más, de modo que, si bien entre aquéllos regiría por supuesto el estatuto conyugal, el de la LSCAM se aplicaría a sus relaciones con la otra u otras personas³⁷⁴. Y finalmente, lo que no resulta en ningún caso justificado es la exclusión del casado separado: si ya es discutible que no se le permita constituir una unión estable de pareja, tanto más cuando de una situación convivencial de ayuda mutua se trata, dado que el estatuto es menos intenso³⁷⁵. De no haber mediado esta exclusión, y al igual que ocurre con los menores emancipados, precisamente esta Ley podría haber proporcionado un remedio parcial a la situación de las parejas en las cuales uno de los miembros está separado, de modo que, ya que no les es dado acogerse a la LUEP, pudieran en cambio

³⁷³ Vid. intervención de la Sra. Nadal i Aymerich en *DSPC Serie P*, núm. 104, cit., p. 7156.

«Esto implica que los antiguos «imperios» o «repúblicas» con finalidad de compartir gastos y alojamiento entre compañeros habrán de ser de reducida dimensión para poder acogerse a los preceptos de esta ley» (Agustín TORRES, C., «Estudio legislativo de la Ley 19/1998 de 28 de diciembre sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua de la Generalitat de Catalunya», *La Notaría*, núm. 1, enero 1999, p. 176).

³⁷⁴ Así lo entiende GAVIDIA, «La libertad de elección...», cit., p. 138.

De modo parecido se integra «un nuevo matrimonio en la vida comunitaria de un grupo familiar ya constituido» mediante el pacto de casar para la casa de la compañía familiar gallega, si bien aquí también los restantes miembros han de ser parientes (y comúnmente los padres de uno de los miembros del matrimonio): vid. artículo 101 de la ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia, comentado por ESPÍN ALBA en *Comentarios al Código Civil...*, cit., pp. 714 ss. Algo similar sucede en las comunidades familiares navarras: vid. ARREGUI GIL, en *Comentarios...*, cit., p. 533.

³⁷⁵ GAVIDIA comenta que «con un estatuto tan liviano no sé hasta qué punto pueda sostenerse que así se restan incentivos a la separación matrimonial» («La libertad de elección...», cit., p. 138).

beneficiarse de alguna de las normas protectoras de la LSCAM (fundamentalmente la compensación económica por razón del trabajo del art. 7).

En segundo lugar, la exclusión de las «uniones estables de pareja» parece referirse, dado el término empleado, a las reguladas por la LUEP. De modo que las parejas no casadas, que conviven maritalmente, pero no incluidas en el ámbito subjetivo de aplicación de aquella Ley, podrían, en principio, acogerse a la LSCAM. Ello siempre que no estén también excluidas de ésta, como es el caso de las integradas por menores o por casados separados: quedarían así muy pocas hipótesis, reducibles a las uniones heterosexuales afectadas por un impedimento matrimonial dispensable (parentesco colateral de tercer grado o conyugicidio).

Ahora bien, ¿podría una pareja teóricamente incluida en el ámbito subjetivo de aplicación de la LUEP optar por el estatuto más leve de la LSCAM? Hay que recordar que la LUEP no opera siempre de forma automática respecto de las parejas que cumplen los requisitos objetivos y subjetivos de la noción de unión estable: para la unión homosexual se requiere la formalización de la voluntad de los interesados; para la unión heterosexual, si no tiene hijos comunes, es preciso el transcurso de dos años de convivencia. Por otro lado debe tenerse en cuenta que las personas que forman parte de una situación convivencial de ayuda mutua no pueden constituir «familia nuclear», según el artículo 1.1. Resulta así la siguiente gama de supuestos:

Las parejas con hijos comunes (que son siempre heterosexuales) no pueden acogerse a la LSCAM, tanto por indudablemente ser familia nuclear, como por serles la LUEP de aplicación automática (*vid.* art. 1.2 LUEP).

En cuanto a las parejas heterosexuales sin hijos, o las homosexuales, el problema reside en su calificación o no como familia nuclear: sí lo son según la concepción más avanzada, mientras que al particular existen reticencias desde posiciones más conservadoras y, especialmente respecto de las homosexuales, también parece tenerlas el legislador catalán, como se hizo constar anteriormente. Si se acoge la segunda opción, sí sería aplicable la LSCAM, en lugar de la LUEP, si los interesados así lo manifestasen (aunque, en el caso de las parejas heterosexuales, antes de transcurridos esos dos años de convivencia ³⁷⁶). Si se entiende, por el contrario, que

³⁷⁶ También, pasados esos dos años, la pareja podría sin muchas dificultades optar de común acuerdo por que se les aplicase la LSCAM en lugar de la LUEP, simplemente no manifestando que su convivencia es marital (posibilidad amparada por el derecho a la inti-

constituyen familia nuclear, y que por ello no pueden ampararse en el estatuto de la LSCAM, se daría la paradoja de que con ello se penalizaría una unión previamente calificada como familiar, vedándole el acceso a aquel estatuto cuando no quiera regirse por el más intenso de la LUEP³⁷⁷. La conclusión más coherente, por tanto, es que sí pueden recurrir a la LSCAM, y que la desafortunada expresión «familia nuclear» debe en este contexto entenderse referida a las parejas, casadas o no, con hijos comunes³⁷⁸.

En definitiva, lo que viene a significar la previsión del artículo 2.3 es que ninguno de los que ya integran una unión estable de pareja regulada (por haberla constituido mediante escritura pública, o por quedar automáticamente sujetos a la normativa de la LUEP, cual es el caso de las parejas heterosexuales con hijos o que, no teniéndolos, hayan convivido ya dos años) pueden además ser miembros de una situación convivencial de ayuda mutua. Lo cual, por un lado, al igual que ocurría con la exclusión de los matrimonios, es discutible cuando son los dos miembros de la pareja los que pretenden integrarse en una comunidad más amplia. Por otro, dado que la convivencia, adornada de todos los caracteres que se vieron en su momento (estabilidad, continuidad, exclusividad, etc.), es o debiera ser el elemento constitutivo de la relación de pareja no casada, sería inútil establecer una incompatibilidad con otra situación de convivencia, pues en el momento en que un miembro de aquella dejara de convivir con el otro se entendería extinguida la primera relación y acaso iniciada la segunda. Sin embargo, emerge en este contexto el carácter institucional de la figura legislativa catalana de la «unión estable de pareja»: hay que recordar que, la disolución por voluntad unilateral de cualquiera de las partes precisa además la notificación fehaciente, y que si falta esa notificación, la separación de hecho sólo extingue la unión transcurrido un año. La exclusión tendrá operatividad, por tanto, en este último supuesto (en el que, recuérdese, se mantiene ficticiamente una situación de hecho que ya

midad). Sin embargo «el problema subsiste tanto si uno sí está interesado en su aplicación [la de la LUEP], como cuando ninguno desea tener que dar explicaciones sobre si su convivencia es o no marital...» (GAVIDIA, «La libertad de elección...», cit., p. 126).

³⁷⁷ Así lo señala GAVIDIA («La libertad de elección...», cit., pp. 139-140). Efectivamente, no parece que pueda argüirse que ya disponen de su estatuto específico, el de la LUEP, cuyas normas no pueden esquivar, pues para ello éstas deberían ser imperativas e independientes de la declaración expresa de las partes, lo que no ocurre en los casos de que se trata (parejas homosexuales y heterosexuales sin hijos antes del transcurso de dos años de convivencia).

³⁷⁸ De modo que, si se defiende esta interpretación, la aplicación de la LSCAM a estas parejas que no constituyen unión estable en el sentido de la LUEP proporciona una cierta cobertura que palia en parte la ausencia de regulación. Sobre este tema se volverá, con mayor atención, más adelante.

no existe), y si uno de los miembros de la unión estable pasa a formar parte de una situación que coincida con las descritas por la LSCAM, no podrá durante ese período de un año acogerse a su estatuto³⁷⁹.

En relación con el impedimento de vínculo, tanto matrimonial como de unión estable de pareja, hay que hacer una última observación. En el debate parlamentario sobre esta Ley se apuntó que con ella –y como otra de sus virtualidades prácticas, además de la explícitamente aludida en su preámbulo– se abría una vía para el tratamiento jurídico de uniones poligámicas, constituidas por inmigrantes provenientes de otras áreas culturales (fundamentalmente del Norte de África), que han adquirido la vecindad civil catalana. De esta forma, en lugar de seguir relegándolas a la más absoluta marginalidad, con las situaciones de abuso y problemas de integración que ello produce, se les ofrecen unos efectos que, sin llegar a ser los del matrimonio o de las uniones estables de pareja que les están vedados, corrijan mínimamente esos abusos³⁸⁰. Es preciso matizar no obstante que esta aplicación sólo es posible si con ella no se contradice el impedimento de vínculo (matrimonial o de unión estable de pareja) previo. Así se requerirá, para que, v. gr., un musulmán casado con varias mujeres pueda acogerse a esta Ley, que ninguno de esos matrimonios esté reconocido por el Estado y tenga efectos civiles. También que ninguna de esas relaciones sea *ope legis* constitutiva de una unión estable de pareja: lo que sustancialmente ocurrirá cuando de una de ellas hayan nacido hijos. (En el caso de la constitución por transcurso del tiempo quizá sea posible soslayarla alegando, como se dijo, que la convivencia no tiene carácter marital.)

c) Elementos formales

Nuevamente caben dos modos de constitución de este tipo de relación convivencial, ambos referidos en el artículo 3 de la Ley. Por un lado, un modo formal: «la escritura pública o documento público notarial³⁸¹ en que se formaliza la convivencia, a partir de los cuales tiene plena efectividad». Por otro, una vía no formal: «el

³⁷⁹ A falta de previsión expresa, ha de entenderse que la prohibición de formalizar otra unión hasta pasados seis meses desde que la escritura pública de la primera se deje sin efecto no rige para formalizar una situación convivencial de ayuda mutua.

³⁸⁰ *Vid.* la intervención del diputado Sr. Ridao i Martín, en *DSPC-Serie P*, núm. 104, pp. 7154-7155.

³⁸¹ A pesar de esta alternativa, se ha observado que, de acuerdo con el artículo 144 del Reglamento Notarial, el instrumento apropiado habrá de ser siempre la escritura pública, en cuanto supone declaración de voluntad (*vid.* Agustín TORRES, «Estudio legislativo...», cit., p. 176).

transcurso de un período de dos años de convivencia acreditados mediante acta de notoriedad».

Al respecto hay que decir que estas previsiones sobre la constitución no plantean los problemas que ocasionaban en el contexto de la LUEP. No lo hace la alternativa formal, ya que, dada la diferencia del sustrato fáctico y subjetivo entre estas situaciones y el matrimonio, no se corre el riesgo de configurar una segunda clase de matrimonio³⁸². Tampoco la constitución *ex lege* por el mero paso del tiempo puede tildarse de ser poco respetuosa con la libertad de los convivientes, pues el estatuto previsto es —se repite— ciertamente poco intenso, limitado a unas normas mínimas cuya naturaleza parece que ha de ser imperativa a fin de conjugar aquella libertad con las exigencias de equidad y protección³⁸³. La constitución voluntaria permite a los convivientes ampliar ese estatuto mínimo o modificarlo dentro del marco autorizado por la Ley, mediante pacto verbal o escrito (art. 4)³⁸⁴.

³⁸² Con lo que tampoco se produce invasión de la competencia estatal (art. 149.1.8.ª CE). Cabría sólo preguntarse si concurre el requisito de la conexidad para que la regulación pueda considerarse desarrollo del Derecho civil catalán preexistente: algún reparo apunta BERCOVITZ («Familia de hecho», *Aranzadi Civil*, núm. 22, 1998, p. 22), mientras que GAVIDIA opta por una respuesta afirmativa («Uniones libres y competencia legislativa...», cit., pp. 4 y 5).

³⁸³ Dichas normas son: las que resuelven los problemas de ocupación de la vivienda por parte de los no titulares, a la extinción de la convivencia (art. 6), y la que prevé una compensación económica por razón del trabajo (art. 7). (La relativa a la pensión periódica en caso de defunción —art. 8— no posee carácter imperativo, al poder ser suprimida por pacto de los convivientes: art. 8.2.) Entre las primeras sorprende, sin embargo, que se establece el derecho de subrogación mortis causa cuando la vivienda es arrendada. Esto implica una variación respecto del artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en cuanto las personas llamadas a subrogarse no coinciden (la LAU habla sólo del cónyuge, pareja estable, parientes en línea recta, y parientes colaterales hasta el tercer grado si concurren ciertas circunstancias, mientras que según la LSCAM también se subrogarían en el contrato personas no ligadas por vínculo de parentesco con el arrendatario) o cuando coinciden (caso de los parientes colaterales hasta el tercer grado, o de ciertas parejas estables no sujetas a la LUEP) pueden ser distintos los requisitos o los efectos. (La LAU requiere en todo caso la convivencia durante dos años, mientras que según la LSCAM basta que la relación se haya formalizado en escritura pública; y en aquélla la subrogación de los parientes colaterales de tercer grado está condicionada a que acrediten una minusvalía igual o superior al 65 por 100; la LAU no establece límite temporal a la subrogación, mientras que en la LSCAM es de un año). Advertieren de esta discrepancia SOLÉ RESINA, «Las otras formas de convivencia...», cit., p. 72; y BERCOVITZ, «Familia de hecho», cit., p. 22, quien señala que «no parece que el legislador catalán pueda modificar la Ley de Arrendamientos Urbanos».

³⁸⁴ Bercovitz cuestiona por ello la utilidad real de la Ley, puesto que, al margen de la misma, no habría nada que objetar a la validez de un negocio jurídico que contemplase los mismos fines y efectos. «Bastaría pues que los servicios asistenciales de las Administraciones Públicas propiciaran la celebración de tales negocios jurídicos, asesorando sobre los mismos, e incluso elaborando y difundiendo algunos modelos». Efectivamente, ya se ha hablado de, *v. gr.*, la virtualidad del pacto de sociedad civil para disciplinar comunidades de vida de este tipo. No obstante, aunque en ausencia de pacto expreso cabe apreciar la constitución tácita, o bien acudir a recursos como el enriquecimiento injustificado, la gestión de negocios ajenos, etc., las soluciones que con estos medios se alcanzan no siempre son satisfactorias ni material ni técnicamente. Parece por ello plausible la previsión de algunas normas imperativas y de otras que rijan en defecto de pacto.

d) Otros requisitos

La LSCAM no exige, como la LUEP, el discutible requisito de la vecindad civil catalana de uno de los miembros de la relación. Lo decisivo, entonces, a tenor de la finalidad de la Ley, es que el asiento físico de la convivencia, la vivienda compartida, esté situada en territorio catalán³⁸⁵.

B) *Naturaleza de la relación y aplicaciones prácticas*

Se explicó anteriormente cómo el hecho sociológicamente contrastable de la escasez de uniones convivenciales de tipo no marital, en relación a las que sí tienen este carácter, ha motivado la falta de atención legislativa hacia las primeras. La LSCAM constituye sin embargo el primer ejemplo de cambio en esta situación, provocado por un aumento de las relaciones que, sobre todo a causa del envejecimiento progresivo de la población, la sociedad actual ofrece «al margen del matrimonio y las uniones estables de pareja», según constata su preámbulo. La regulación, a tenor también de éste, arranca en efecto de «datos estadísticos fiables y de carácter sociológico»³⁸⁶.

Cabe preguntarse entonces si esta nueva clase de convivencia no matrimonial da origen a una familia. No cabe duda de que los efectos previstos por la LSCAM son típicamente familiares o cuasi familiares³⁸⁷. Si se acoge además la concepción según la cual toda comunidad de vida y cuidados, que vaya más allá del mero hecho de compartir una vivienda y unos gastos, conforma una familia, parece claro que las situaciones convivenciales de ayuda mutua lo son, dado que se ajustan a esa descripción³⁸⁸. No obstante, huelga

³⁸⁵ Vid. Agustín TORRES, «Estudio legislativo...», cit., p. 173.

³⁸⁶ La consejera de justicia mencionó en el debate parlamentario que de acuerdo con el censo de población de 1996, había en Cataluña 54.000 hogares de este tipo, donde convivían 171.000 personas unidas por vínculos de parentesco o de simple amistad (vid. *DSPC*, Serie P, núm. 104, p. 7152).

³⁸⁷ GAVIDIA, «La libertad de elección...», cit., p. 137. Ese carácter se manifiesta, además de en las normas ya reseñadas que regulan la relación *inter partes*, en el trato fiscal favorable, con asimilación a determinados parientes, a que se refiere la disposición adicional de la Ley.

³⁸⁸ No obstante, GAVIDIA («La libertad de elección...», cit., p. 136-1377) entiende que, junto a supuestos familiares, también se encuadran en el ámbito de la LSCAM uniones no familiares, en tanto que limitadas a compartir vivienda y gastos. La voluntad de permanencia, añade el autor, no altera las cosas [«yo no me considero familia de alguien por el hecho de compartir de forma duradera una vivienda, unos gastos y las tareas domésticas. Aquí pueden faltar responsabilidades y cuidados (no sólo materiales), como para entender que hay una relación familiar. Si todo lo que uno puede esperar de las personas con las que comparte un hogar es compartir gastos y tareas de la casa, pero no que le cuiden cuando está enfermo o cuando tiene problemas económicos, está claro que hay no hay familia...»].

decir una vez más que esta calificación colisiona con la concepción todavía mayoritaria que, como se dijo más atrás, hace girar la idea de familia en torno a la relación de pareja. El legislador catalán, por su parte, hace gala de una cierta ambigüedad. No ha incluido a las situaciones convivenciales de ayuda mutua en el Código de Familia (como tampoco lo ha hecho con las uniones estables de pareja); pero tampoco cabe duda de que al abordar su regulación lo ha hecho con la conciencia de que ésta constituía un capítulo más dentro del proceso de reforma del Derecho civil de familia catalán. Algo parecido cabe decir de la Ley de acogimiento³⁸⁹, si bien la configuración contractual que finalmente ha adoptado esta figura contribuye a alejarla algo más del fenómeno *iusfamiliar*³⁹⁰.

Por otra parte, abundando en esta conexión de la LSCAM con el fenómeno familiar, ha de recordarse que, según la interpretación aquí expuesta, la LSCAM puede dar lugar a una serie de aplicaciones prácticas «peculiares», a fin de cubrir determinadas situaciones para las que en principio no está pensada, pero que tienen sin duda cabida en la amplitud de la noción de situación convivencial de ayuda mutua, y que de otro modo quedarían huérfanas de tutela. Y todas ellas son familiares. Recapitulando, se trata, por un lado, de relaciones de pareja (que son sin duda familiares de acuerdo con la exégesis más autorizada del texto constitucional, aunque el legislador catalán no siempre lo haya reconocido así): las uniones heterosexuales afectadas por un impedimento dispensable; las uniones heterosexuales sin hijos ajustadas a la descripción subjetiva y objetiva de la LUEP pero «en fase de formación» (antes del

Pero hay que recordar que la Ley exige además la voluntad de ayuda mutua, lo que parece aludir a esos vínculos de solidaridad propios de la unión libre familiar; sin perjuicio de que su concurrencia sea difícilmente contrastable, en vista de su carácter subjetivo.

³⁸⁹ SOLÉ RESINA observa que las normas relativas a las situaciones convivenciales de ayuda mutua y al acogimiento de personas mayores pertenecen al grupo de leyes que vienen a reformar el Derecho de familia catalán, si bien agrega que con esta afirmación no aboga por la calificación de familia de dichas relaciones convivenciales —aunque dice tampoco descartar a priori esta posibilidad—, sino que trata de poner de relieve que tienen a menudo como base los mismos principios y responden a idénticas razones que aquellas que versan «sobre la familia entendida en sentido estricto, y ello a pesar de que la protección de los titulares de la relación, no responde, en estos casos a un mandato constitucional» («Las otras formas de convivencia...», cit., p. 63, núm. 1). Ese «sentido estricto» es la concepción mayoritaria, que, sin embargo, y pese a lo que sugiere la autora en el inciso final, no se desprende explícitamente de la CE, la cual emplea una fórmula abierta, susceptible de albergar diversos contenidos según la evolución de la conciencia jurídica y social.

Bercovitz, por su parte, emplea la rúbrica «Familia de hecho» para su breve comentario de la LSCAM (en *ArCiv*, cit.).

³⁹⁰ Sin embargo, ello no empaña la presencia de normas referidas a los efectos de la extinción en vida de la relación (arts. 6 y 7) y, sobre todo, de efectos sucesorios (arts. 8 y 9), propias de las relaciones familiares. En una breve nota al hilo de otra cuestión, GAVIDIA se pregunta por tanto si estamos ante una «relación contractual cuasifamiliar» («Las uniones libres en la Ley Foral Navarra...», cit., p. 605, núm. 1).

transcurso del plazo de dos años), y las uniones homosexuales también ajustadas a esa descripción pero que no se han constituido en escritura pública. A ello habría que añadir, por otro lado, la también socorrida aplicación de la LSCAM a uniones poligámicas (con las matizaciones que se han hecho), cuya calificación de familiar parece innegable conforme a las coordenadas sociales y religiosas que las permiten, por más que no sea un modelo previsto en nuestro sistema³⁹¹.

III. CONVIVIENTES EXCLUIDOS: LAS PAREJAS ATÍPICAS Y LAS NO JURIDIFICABLES; EL PROBLEMA DE SU RÉGIMEN JURÍDICO

Leyendo *a contrario* los preceptos que en cada regulación o proyecto de ella definen la pareja no casada que regulan, se deduce un elenco de supuestos excluidos. Cabe distinguir dos grupos.

1.º En primer lugar, el conformado por las parejas que no cumplen alguno de estos requisitos precisos para constituir una *pareja no casada legal*, pero que sí son *parejas no casadas en sentido tradicional* –según el concepto no institucional inferible de la situación anterior a las regulaciones orgánicas.

2.º En segundo lugar, el integrado por los casos que también quedaban fuera del concepto de pareja no casada tradicional, por carecer de alguno de sus elementos constitutivos: hipótesis existentes al margen del Derecho o cuyos efectos jurídicos en todo caso no provendrían del reconocimiento de una situación de convivencia marital.

A) *Primer grupo: las parejas «atípicas»*

Por lo que hace al primer grupo, las hipótesis principales que comprende son:

- Las parejas en las cuales al menos uno de sus miembros es menor de edad emancipado.
- Las parejas en las cuales uno de sus miembros está casado y separado legalmente o de hecho.

³⁹¹ Sobre este recurso a la LSCAM para situaciones especiales, *vid.*, nuevamente, *infra* 3.2.1.

– Las parejas no formalizadas, en los casos en que dicha formalización es requisito constitutivo o medio tasado de prueba condicionante del reconocimiento de efectos jurídicos³⁹²; a las que quizá cabría añadir las parejas legales «en fase de formación», mientras no ha transcurrido el plazo previsto para la aplicación de la normativa legal.

Todas éstas se convierten así, tras estas regulaciones, en una suerte de parejas *atípicas* pero ni mucho menos carentes de efectos jurídicos. El problema consiste ahora en determinar en cada caso qué efectos, de los que ya producían con anterioridad a las regulaciones legislativas, subsisten, tras haber sido aquellas parejas excluidas de estas últimas.

Por de pronto está claro que su exclusión no puede en ningún caso suponer que pierdan la consideración de familia de que gozan al amparo del artículo 39 CE³⁹³, según el entender del intérprete máximo del texto constitucional. Sigue vigente, por ello, el mandato a los poderes públicos de, en cuanto familia, asegurarles la debida protección social, económica y jurídica. Que a estas parejas no les alcance el estatus normativo dispuesto por las regulaciones orgánicas no puede, por tanto, tomarse como una privación de dicha tutela.

a) Efectos según la legislación autonómica

Las parejas que han quedado excluidas de las regulaciones autonómicas están sin embargo contempladas a determinados efectos por los respectivos Ordenamientos.

aa) Legislación catalana:

1. En el CF:

En Derecho catalán las parejas heterosexuales aparecen –con las referencias genéricas a la «convivencia» y a la «convivencia marital estable»– en diversos preceptos del CF:

– Los artículos 94.1.a) y 97.2 establecen, respectivamente, la presunción de paternidad no matrimonial y la consideración de padre en la fecundación *post mortem* del hombre con el que la

³⁹² Esto es, las homosexuales no constituidas en escritura pública, según la LUEP y la Proposición del Grupo Catalán, y cualesquiera uniones –hetero- u homosexuales– que no hayan otorgado contrato de unión civil (según la PLOCUC) o no hayan inscrito su convivencia en un Registro o no la hayan consignado en documento público (según el resto de Proposiciones presentadas en el Parlamento estatal).

³⁹³ Así lo entiende también GAVIDIA, «La libertad de elección...», cit., p. 123.

madre ha convivido³⁹⁴. Obsérvese que la formulación es amplísima: ni siquiera se exigen expresamente las notas de estabilidad y maritalidad.

– Los artículos 36.2 y 86.1.b) determinan efectos negativos de la «convivencia marital»: pérdida del año de viudedad y de pensión compensatoria³⁹⁵. Efectos negativos que, al igual que ocurre en el ámbito estatal con el artículo 101 CC, no llevarán aparejado un efecto jurídico positivo mientras esa «convivencia marital» no se convierta en una unión estable de pareja regulada.

– Los artículos 115.2 y 117.1.a) que contienen normas sobre la adopción, se refieren al hombre y a la mujer que conviven maritalmente con carácter estable³⁹⁶, e igual terminología utiliza el precepto relativo a la delación de la tutela [art. 179.1.a) y c)]³⁹⁷. El problema que en este punto surge es el de si con ello el texto se está refiriendo a las uniones tipificadas en la LUEP, puesto que aquellos efectos (adopción y tutela) se prevén en la misma: *vid.* artículos 6 y LUEP. De ser así, la LUEP vendría a restringir el alcance de estas normas contenidas en el CF, en cuanto ley complementaria del mismo, y exigiría la «conversión» de la genérica

³⁹⁴ Artículo 94.1: «Se presume que es padre del hijo o hija no matrimonial:

a) El hombre con el que la madre ha convivido en el período legal de la concepción».

Artículo 97.2: «En la fecundación asistida después de la muerte del hombre que convivía con la madre, el nacido se considera hijo de éste siempre que concurren las condiciones previstas en el artículo 92.2, en aquello que sea de aplicación». (El art. 92.2 se refiere a la fecundación posterior a la muerte del marido.)

³⁹⁵ Artículo 36.2: «El cónyuge sobreviviente separado judicialmente o de hecho no tendrá los derechos a que hace referencia el apartado 1 [año de viudedad], y los pierde, en otro caso, si, durante el año siguiente a la muerte del cónyuge, vuelve a contraer matrimonio o pasa a vivir maritalmente con otra persona [...]».

Artículo 86.1: «El derecho a la pensión compensatoria se extingue:

b) Por matrimonio del cónyuge acreedor o por convivencia marital con otra persona».

³⁹⁶ Artículo 115.2: «Sólo se admite la adopción por más de una persona en el caso de los cónyuges o la pareja de hombre y mujer que convivan maritalmente con carácter estable [...]».

Artículo 117.1: «Pueden ser adoptadas las personas menores no emancipadas en los siguientes supuestos:

a) Los hijos del cónyuge o la persona de sexo distinto con quien el adoptante convive maritalmente con carácter estable [...]».

³⁹⁷ Artículo 179.1: «Para el ejercicio de la tutela o, en su caso, para la administración patrimonial, debe preferirse:

a) En la tutela de incapaz, a su cónyuge o la persona de sexo distinto con quien se convive en relación estable de pareja, en ambos casos, si la persona designada convive con el incapaz.

[...]

c) Al cónyuge del padre o de la madre del menor o incapacitado o la persona que, al morir uno u otro, se halle respecto a éste en el supuesto de persona de sexo distinto con quien se convive en relación estable de pareja; en ambos casos, si la persona designada ha convivido con el menor o incapacitado durante los últimos tres años.

convivencia marital estable en una unión estable de pareja típica. Pero también cabe entender que la LUEP simplemente se limita a predicar de las uniones estables heterosexuales sometidas a su regulación las mismas consecuencias que ya antes³⁹⁸ se prevenían para las parejas de hecho estables en sentido tradicional³⁹⁹. Ésta parece la interpretación preferible, dada la subsistencia de los referidos preceptos en el CF, incluso después de haber sido desterradas las uniones estables a una Ley especial. Por otro lado, el precedente legislativo del artículo 1.2 PLRCDM, al establecer que la unión estable heterosexual existía cuando tuviera hijos comunes, naturales *o adoptivos* apoya dicha exégesis: las parejas heterosexuales estables (cuya estabilidad ha de apreciarse, como antes de la LUEP, libremente, sin que tenga que manifestarse en el transcurso del período de dos años ni en la formalización de escritura pública), podrán adoptar, y a partir de entonces pasan a ser una unión estable de pareja típica.

En todo caso, estas dificultades evidencian la falta de coordinación en la tramitación paralela del CF y de la LUEP, una vez producido aquel «destierro» de la regulación de las parejas no casadas⁴⁰⁰. Una ulterior prueba de esta ausencia de armonización se halla en el hecho de que, así como las normas sobre adopción se refieren exclusivamente a parejas heterosexuales, no ocurre lo mismo con la disposición referida a la tutela dativa: la LUEP la ha extendido, en efecto, a las uniones homosexuales (*vid.* art. 25), pese a lo cual el CF sigue hablando de la «persona de sexo distinto». Con lo cual ocurre que mientras esta norma vale para todo tipo de parejas heterosexuales, típicas o atípicas, sólo se aplica a las homosexuales en la medida en que constituyan una unión de las reguladas en la LUEP.

Y es que enlazando con esta última observación, hay que insistir en que las alusiones del CF a la convivencia lo son exclusivamente a aquella entre personas de distinto sexo: las parejas atípicas homosexuales están por completo ausentes del texto. La razón es conocida: evitar que se relacione la noción de «familia» con la convivencia homosexual⁴⁰¹. De modo que la mencionada descoordinación sea con toda probabilidad intencionada.

³⁹⁸ Antes porque aunque la promulgación del CF es simultánea a la de la LUEP, los efectos relativos a la adopción por parte de parejas estables se contemplaban en los artículos 19, 20 y 29 de la Ley catalana 37/1991, de Protección de Menores.

³⁹⁹ Así lo estiman MARTÍN CASALS («Aproximación...», cit., pp. 180-181) y BAYO DELGADO («Requisits...», citado en el primero), para quien por ende los preceptos correspondientes de la LUEP serían redundantes e inútiles.

⁴⁰⁰ *Vid.* en este sentido, LLEBARÍA, «Glosa crítica...», cit., pp. 105-106.

⁴⁰¹ Sin embargo, lo infructuoso del intento salta a la vista, puesto que la LUEP prevé para dicha convivencia homosexual ¡normas idénticas a las del CF!

2. En el Código de Sucesiones por Causa de Muerte:

Siguen asimismo vigentes las normas que en el Código de Sucesiones imponen la extinción del usufructo viudal abintestato (art. 331) y de la cuarta viudal (art. 384) cuando el viudo o viuda pasan a convivir maritalmente con otra persona⁴⁰². Nuevamente esa alusión a la convivencia marital ha de entenderse comprensiva de todo tipo de parejas, y no sólo de las uniones estables legales. A cambio, ni siquiera estas últimas gozan en todo caso de esos derechos que su convivencia extingue: recuérdese que a la unión heterosexual no le concede la LUEP derecho sucesorio alguno, mientras que para la unión homosexual se prevé sólo la cuarta viudal (*vid.* art. 34.1 LUEP), no el usufructo.

3. En la LUEP:

Al margen de estos preceptos del CF, la convivencia marital atípica tiene reflejo también en la propia LUEP. Y aquí sí aparecen las uniones homosexuales «de puro hecho», no formalizadas, pero sólo para desplegar efectos negativos. Porque negativa es toda la relevancia que la LUEP otorga a las uniones no reguladas *in complexu* por ella:

– Los artículos 16.4-18.2 y 32.4-33.b) determinan, para cada subtipo (hetero- u homosexual) de unión, la extinción de la pensión periódica por ruptura o del derecho a ser alimentado con cargo al patrimonio del premuerto cuando el beneficiario contrae matrimonio o «convive maritalmente» con otra persona.

– El 34.2.c) prevé la pérdida de la cuarta sucesoria –otorgada sólo a uniones homosexuales– si antes de reclamarla el conviviente supérstite se casa, *convive maritalmente o forma nueva pareja*.

Parece que esta convivencia marital mencionada en el primer grupo de artículos citados hay que entenderla en sentido genérico, pues es inevitable la comparación con el artículo 101 CC (en el ámbito estatal) o los antes vistos artículos 36.2 y 86.1.b) del CF (en el ámbito autonómico). Y por lo que hace al precepto citado en segundo lugar, el artículo 34.2.c) LUEP, la expresa tripartición que

⁴⁰² Artículo 331: «El viudo o la viuda adquiere, libre de fianza, por ministerio de la ley, el usufructo de toda la herencia, en la sucesión abintestato de su consorte difunto [...]. No tiene derecho a gozar de este usufructo el viudo o la viuda que se encuentre en alguno de los supuestos establecidos en el artículo 334, y lo pierden si contraen matrimonio o pasan a vivir maritalmente de hecho con otra persona».

Artículo 384: «La acción para reclamar la cuarta viudal se extingue:

[...]

3.º Por contraer matrimonio el sobreviviente o por la convivencia marital con otra persona después de la muerte del causante y antes de ejercitarla».

efectúa no ofrece dudas y de paso confirma la interpretación de los anteriores. La simple «convivencia marital» es distinta de la unión estable de pareja regulada [el «formar nueva pareja» de que habla el art. 34.2.c) se refiere indiscutiblemente a esta última]. Aquí se pone además de relieve, hasta límites increíbles, que el segundo constituye un *tertium genus* paramatrimonial⁴⁰³. Pues del mismo modo que ocurrió en un primer momento con la convivencia de hecho en relación con el matrimonio, ahora la «convivencia de puro hecho» generará, en relación con la «nueva convivencia de Derecho», una contradicción del tipo de la que provoca el artículo 101 CC o los artículos 36.2 y 86.1.b) del CF: esa «convivencia de puro hecho» tendrá una consecuencia negativa, sin que correlativamente lleve aparejado un efecto jurídico positivo.

4. En la Ley de mediación familiar:

Una parte de las parejas atípicas, las que tengan hijos comunes (parejas atípicas heterosexuales, por tanto), son tomadas en cuenta por la Ley de mediación familiar. Como en el caso de los progenitores que no constituyen pareja (por no convivir), la mediación se refiere sólo a cuestiones relacionadas con esos hijos comunes.

5. En la LSCAM:

Finalmente, ha de recordarse que, aunque stricto sensu no se refiere a ellas, las parejas excluidas de la LUEP podrán acogerse a la LSCAM en la medida en que no estén también excluidas también de ésta, como es el caso de las integradas por menores o por casados separados. En la práctica, como se dijo anteriormente, de las parejas a las que está vedado el estatuto de la LUEP por ausencia de algún requisito subjetivo, sólo las hipótesis –ciertamente residuales– de uniones de distinto sexo afectadas por el impedimento de parentesco colateral de tercer grado o el de conyugicidio podrán tener cabida en la LSCAM: bien por acogerse expresamente a ella, bien por serles ésta aplicable tras dos años de convivencia⁴⁰⁴.

Pero, como asimismo se ha señalado en su momento, las parejas incluidas en el ámbito subjetivo de la LUEP pero no sujetas a la misma podrán optar por el estatuto más leve de la LSCAM. En pri-

⁴⁰³ Que el legislador catalán sólo lo haga constar explícitamente en un precepto referido a la convivencia homosexual se explica porque es consciente de que con relación a ésta resulta más justificada una normativa paramatrimonial. Sin embargo, al hacerlo pone también en evidencia que la pareja homosexual no formalizada se encuentra totalmente huérfana de regulación, salvo a estos efectos negativos que se están examinando.

⁴⁰⁴ Recuérdense los dos modos de constitución de una situación convivencial de ayuda mutua: escritura pública o transcurso del plazo (art. 3 LSCAM).

mer lugar, las uniones homosexuales no formalizadas. En segundo lugar, las heterosexuales sin hijos, dentro del plazo de dos años durante los cuales la LUEP no les es aplicable *ex lege*. Lo verdaderamente relevante es que, así como pasados dos años de convivencia la pareja heterosexual queda sujeta al estatuto de la LUEP, la pareja homosexual –según la interpretación que aquí se ha hecho– queda, también transcurrido ese período, sujeta a la mínima protección de la LSCAM sin necesidad de formalización alguna⁴⁰⁵. De modo que por esta vía se puede otorgar una cierta cobertura a la pareja homosexual no constituida formalmente, que ha quedado marginada de la LUEP⁴⁰⁶.

6. En la Ley de acogimiento de personas mayores:

A las parejas estables, sujetas a la LUEP o (parece) no sujetas, se les permite formalizar un pacto de acogimiento, tanto en calidad de acogedores como de acogidos (*vid.* art. 1.2 de la citada Ley).

ab) Legislación aragonesa:

1. En la Compilación de Derecho Civil de Aragón:

Para los aragoneses sigue vigente la previsión contenida en su Compilación acerca de la pérdida del usufructo de viudedad para aquellas personas que inician una vida marital estable durante su viudez (art. 86)⁴⁰⁷. Aquí la vida marital estable no exige la constitución de una pareja estable de las reguladas en la LPENC, por lo que también las parejas atípicas aragonesas dan lugar a este efecto nega-

⁴⁰⁵ Es decir, el esquema sería el siguiente:

a) La pareja heterosexual sin hijos ajustada a la descripción subjetiva y objetiva de la LUEP pero «en fase de formación» puede optar, durante ese período de tiempo, por acogerse a la LUEP, a la LSCAM, o por no regirse por estatuto legal alguno; después de dos años de convivencia, es aplicable la LUEP, salvo que la pareja de común acuerdo lo evite manifestando que su relación no tiene carácter marital: caso en el cual se aplica la LSCAM. Lo que ya no puede ocurrir es que dicha pareja quede sin estatuto legal.

b) Las uniones homosexuales también ajustadas a la descripción de la LUEP tienen, durante los dos primeros años de convivencia, las mismas opciones que la pareja heterosexual sin hijos (LUEP, LSCAM o ningún estatuto); después, deberían quedar sujetas a la LSCAM, sin tampoco estar ya exentas de cualquier estatuto.

(*Vid.*, sobre este cuadro de relaciones entre la LUEP y la LSCAM, GAVIDIA, «La libertad de elección...», pp. 141-142.)

⁴⁰⁶ Así les serán aplicables las normas tuitivas de la LSCAM referentes a la compensación económica por razón del trabajo (art. 7), a la pensión periódica en caso de defunción (art. 8) y la que establece la asimilación a los parientes a efectos fiscales (disposición adicional). También los efectos de la extinción respecto a la vivienda cuando es propiedad de uno de los convivientes (art. 6. 1 y 2), pero no cuando es arrendada, pues en este caso hay una contradicción con lo dispuesto en la LAU, que debe resolverse a favor de la aplicación preferente de esta última (*vid. supra* II.1.2.1. A).

⁴⁰⁷ «Artículo 86. Se extingue el usufructo de viudedad: [...]

2.º Por nuevo matrimonio, salvo pacto en contrario, o por llevar el cónyuge viudo vida marital estable.»

tivo sin que, nuevamente, gocen de los correspondientes efectos positivos que otorga la LPENC (derecho de alimentos, beneficios derivados de la defunción)⁴⁰⁸.

2. Otros efectos:

Respecto a otros efectos previstos con anterioridad en el Ordenamiento aragonés para las parejas no casadas existe la duda de si los mismos pasan, a partir de la aprobación de la LPENC, a quedar referidos exclusivamente a las parejas que se constituyan al amparo de la misma y que, además, se inscriban en el Registro administrativo de parejas estables de Aragón. Se trata de todos «los derechos y obligaciones establecidos para los cónyuges en la normativa aragonesa de Derecho público, que no tenga carácter tributario» (art. 18 LPENC), aludidos como «medidas administrativas» en el artículo 2 LPENC, que preceptúa dicha inscripción. Parece por tanto que desde ahora cualquier derecho o beneficio público (salvo en materia tributaria) atribuido a las parejas estables por las normas de la Comunidad Autónoma de Aragón (legales, reglamentarias, o convencionales), no les será de aplicación si aquéllas no reúnen los requisitos de la LPENC⁴⁰⁹. Con lo que nos encontramos en presencia de un retroceso importante en el régimen jurídico de las parejas atípicas aragonesas⁴¹⁰.

ac) Legislación navarra y vasca:

En la Comunidad Autónoma de Navarra y en el País Vasco, el efecto negativo que ya con anterioridad producía la conviven-

⁴⁰⁸ Recuérdese sin embargo que la convivencia marital, no del cónyuge superviviente, sino del causante, cuando ésta se ha prolongado durante un largo espacio de tiempo (con paralela prolongada separación de hecho del cónyuge, por tanto), ha dado lugar a que la reclamación de derechos sucesorios de ese cónyuge sea considerada abusiva (*vid.* STS de 13 de junio de 1986, ya citada en otros lugares de este trabajo).

⁴⁰⁹ De esta opinión es MERINO Y HERNÁNDEZ (*Manual...*, cit., pp. 128-129), para quien en este aspecto la LPENC lo que hace es matizar y concretar determinados derechos de las parejas estables no casadas que antes se hallaban definidos de una manera vaga e imprecisa.

⁴¹⁰ Así, v. gr., el VI Convenio Colectivo para el Personal Laboral que presta sus servicios en la Diputación General de Aragón (publicado en el *BOA* de 6 de marzo de 1998) establecía ciertos derechos en materias tales como permisos por fallecimiento del conviviente o por alumbramiento de la mujer en convivencia estable, o auxilios económicos por fallecimiento. Los beneficiarios eran los que convivían maritalmente, sin ningún otro requisito: algo que parece cambiar tras la entrada en vigor de la LPENC.

Podría pensarse que cabe una interpretación distinta. En realidad, el referido artículo 18 lo que hace es, en el ámbito de Derecho público autonómico, establecer una equiparación entre las parejas estables no casadas legales y los cónyuges. Por lo tanto, en efecto, en todas aquellas normas que hablen de «cónyuges» habrán de entenderse incluidas las parejas sujetas a la LPENC, y no otras; pero en teoría no habría por qué restringir el alcance de las normas que ya directamente otorgaban derechos a la «convivencia marital». Ahora bien, en esa hipótesis las parejas atípicas no deberían inscribirse en ningún registro para ser beneficiarias, al contrario que las parejas legales: no parece que sea intención del legislador aragonés exigir más a las segundas que a las primeras.

cia marital (la pérdida del usufructo de fidelidad: Ley 262 de la Compilación navarra y art. 58.IV del Fuero de Vizcaya) no acarrea las contradicciones que se producen en los Derechos catalán y aragonés. Por un lado, porque las nuevas Leyes sobre parejas estables otorgan dicho usufructo a las mismas (*vid.* art. 11 LIJPE y art. 9 de la Ley vasca). Por otro, porque las parejas excluidas de esta regulación son básicamente las integradas por casados separados, y éstas ya perdían de todos modos el derecho a dicho usufructo, incluso en caso de separación de hecho (*vid.* Ley 254 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo⁴¹¹).

ad) Otras regulaciones:

Las parejas excluidas de otras autonomías se hallan en una situación similar a las aragonesas *respecto de la normativa de Derecho público*. Y es que con anterioridad esa normativa podía contemplar a las parejas inscritas en el Registro respectivo, cuyo Decreto regulador en ocasiones establecía un ámbito subjetivo menos restrictivo⁴¹². A determinadas parejas, por tanto, se les sus-traen efectos de que podían gozar anteriormente.

b) Efectos según la legislación estatal

Respecto al Derecho estatal, las parejas excluidas de las leyes autonómicas (pero sujetas al Derecho de las respectivas Comunidades en el ámbito de sus competencias), estarán en general en la misma situación que las parejas sujetas al Derecho común (o al de otras regiones carentes de Leyes de parejas). Para ellas rigen los efectos dispersos que otorgan las normas anteriores a las regulaciones orgánicas (v. gr. la subrogación en el arrendamiento) *en lo que no modifique el Derecho autonómico aplicable según las competencias asumidas*. Limitándonos a la materia jurídico-civil, la modificación más relevante se observa en la norma aragonesa sobre la adopción. En efecto, puesto que esta Comunidad Autónoma tiene

⁴¹¹ Ley 254: «Exclusión del usufructo: no tendrá el usufructo legal de fidelidad: 1. En la separación de hecho: a) Ninguno de los cónyuges si la hubieren convenido o consentido...; b) El cónyuge que motivó la separación por infidelidad conyugal, incumplimiento grave de los deberes familiares o por haber atentado contra la vida del otro...».

⁴¹² Así a efectos de v. gr permisos y licencias del personal docente, funcionarial, etc., se contemplaba a las parejas inscritas en el Registro creado por el Decreto 250/1994, de 7 de diciembre, de la Generalidad Valenciana, cuyo artículo 1 simplemente se refería a las uniones de hecho, hetero u homosexuales, cuyos componentes tuvieran su residencia habitual en el territorio de la Comunidad Valenciana.

competencia en la materia⁴¹³, el precepto que en la LPENC permite a la pareja heterosexual adoptar (art. 10) ha de entenderse como una precisión de la Ley estatal que no exige otro requisito que el de la estabilidad de los convivientes, libremente apreciable (*vid.* disposición adicional tercera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre). Así que las que hemos denominado parejas atípicas no pueden en Aragón adoptar, como sí pueden hacerlo las que se rigen por el Derecho común⁴¹⁴.

En cuanto a las parejas sujetas al Derecho común, es sabido que por ahora son todas ellas parejas en sentido clásico, al no haber Ley de parejas estatal. La eventual aprobación, no obstante, de dicha Ley puede dar lugar asimismo a parejas atípicas. Llegado el momento, habrá que ver caso por caso, y, en función del contenido definitivo del texto que vea la luz, qué efectos, de entre los ahora previstos en la legislación de forma no articulada, son absorbidos por la nueva regulación (de modo que se referirán sólo a las parejas «típicas», cubiertas por la misma), y cuáles subsistirán también para las parejas que no cumplan las prescripciones legales. Por ahora, la Proposición de Ley Orgánica de contrato de unión civil contiene previsiones que suponen, para las parejas que no puedan o no quieran formalizar ese contrato, el fin de una serie de efectos que hoy surten sin estar formalizadas. El ejemplo más claro es el derecho a subrogarse en el arrendamiento, que si, según la redacción vigente del artículo 16.b) LAU, lo tiene el miembro de la pareja que hubiera convivido dos años con el arrendatario (salvo que exista descendencia común), la redacción propuesta por el artículo 2 del texto proyectado lo otorga a la persona unida a aquél por contrato de unión civil (haciendo nuevamente la salvedad de que exista descendencia). No cabe duda de que la modificación supondría un retroceso⁴¹⁵. Asimismo, la Proposición conlleva un cambio del concepto factual de pareja presente en otras normativas, que quedaría sustituido por este concepto contractual: *vid.* artículos 3 y 4, que modifican, respectivamente, el CP (en cuanto a la circunstancia mixta de parentesco) y la LOPJ (en cuanto a las causas de abs-

⁴¹³ *Vid.* STC de 12 de marzo de 1993, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado a causa de la asunción de dicha competencia mediante la Ley aragonesa de 25 de abril de 1988.

⁴¹⁴ Y por el Derecho catalán, pues se recordará que en el CF existen normas (los arts. 115.2 y 117.1) que análogamente a la disposición estatal sólo hablan de convivencia marital estable (*vid. supra* p. 138, sobre la interpretación de la relación entre estos preceptos y el art. 6 LUEP).

⁴¹⁵ Así se denunció, en varios de los turnos en contra, en durante el anteriormente citado debate de toma en consideración: *vid.* intervenciones de las diputadas Sras. RAHOLA MARTÍNEZ y RIVADULLA GRACIA (*DSCG* núm. 120, pp. 6285 y 6287).

tención y recusación). No ocurre lo mismo, curiosamente, en lo que respecta a la modificación de la Ley de Hábeas Corpus, en la que se introduce un concepto amplísimo y puramente fáctico: el de «convivientes» en general (*vid.* art. 5)⁴¹⁶.

La desprotección, más aún, se extiende no sólo a quienes no hubieran formalizado el contrato, sino también a quienes habiéndolo hecho se hallasen todavía dentro del año siguiente a su celebración (o de los tres siguientes, a efectos de la pensión de «viudedad» –art. 8.2–, o según la antes citada enmienda núm. 46)⁴¹⁷. De manera que el elenco de situaciones posibles concernientes a los unidos en pareja se diversifica aún más de lo que lo hacía en las regulaciones autonómicas, y junto al matrimonio (primera categoría) habrá personas unidas por contrato de unión civil (segunda categoría), en unión civil dentro del primer (o los tres primeros) año(s) de existencia del contrato (tercera categoría), y uniones de puro hecho, con menos efectos de los que gozaban antes de esta regulación (cuarta categoría).

c) Efectos según la jurisprudencia

Se ha observado con acierto que las parejas excluidas de las regulaciones van a seguir presentes en la realidad (como uniones estables «de segunda categoría») y a plantear ante los tribunales problemas en cuya solución éstos se toparán, como hasta ahora, con una «laguna legal»⁴¹⁸. De modo que el tratamiento de estas uniones, que ha de ser objeto de determinación por vía jurisprudencial y casuísticamente⁴¹⁹, es todavía incierto.

Parece que la voluntad del legislador es excluir la aplicación por analogía de las normas previstas para las parejas legales⁴²⁰. Sin embargo, parece atentar al sentido de la justicia y a los principios constitucionales vigentes privar de respuesta a los conflictos que «las otras» parejas no casadas ocasionan. Las directrices básicas en la solución de estos conflictos seguirán siendo la protección del grupo familiar y la compensación del enriquecimiento injusto. Que

⁴¹⁶ Lo cual se ha hecho «para que puedan ejercitar ese derecho fundamental (el de instar el procedimiento de hábeas corpus) todavía más personas y con mayor facilidad...» (TRÍAS SAGNIER, en *DSCG* núm. 120, cit., p. 6293). ¿Significa eso que las referidas amplitud y flexibilidad no se extienden a otros derechos por su carácter no fundamental?

⁴¹⁷ Hecho que se ha calificado como agravio respecto del matrimonio, que es de efectos inmediatos: *vid.* RAHOLA I MARTÍNEZ, en *DSCG* núm. 120, cit., p. 6285 (*vid.* también la crítica efectuada por URÁN GONZÁLEZ, *ibid.*, p. 6291).

⁴¹⁸ SOLÉ RESINA, «Comentari... (II)», cit., p. 2.

⁴¹⁹ MARTINELL, «La Llei...», cit., p. 89.

⁴²⁰ V. GAVIDIA, «La libertad de elección...», cit., p. 123.

son en definitiva las mismas que inspiran la mayoría de las normas contenidas en las regulaciones legales...⁴²¹.

B) Segundo grupo: las uniones «no juridificables»

Con el nombre de «uniones no juridificables» puede designarse un conjunto de casos que no sólo quedan excluidos de las Leyes de parejas, sino que, se repite, tampoco forman parte del concepto de convivencia no matrimonial (en sentido restringido) anterior a dichas leyes. Se trata de situaciones que, según se ha dicho anteriormente, no integran la realidad familiar preexistente, *de acuerdo con nuestra noción de ella, que no sólo es jurídica sino fundamentalmente social y cultural*⁴²². El problema es hasta qué punto esa noción arraigada en la conciencia social y cultural permite apelar al orden público para evitar la producción de efectos jurídicos. Si el tema no admite dudas en la hipótesis (que por otro lado es la que menos incidencia práctica tiene) de las uniones incestuosas, se presta en cambio a discusión en otros supuestos de mayor trascendencia real: especialmente las uniones poligámicas (y más cuando la poligamia forma parte de un ideario religioso), pero acaso también otras tales como las «uniones a tiempo compartido» o bajo término o condición⁴²³.

El tratamiento que puedan o deban merecer ha de dejarse a la justicia del caso concreto. En concreto sobre las uniones poligámicas se apuntó anteriormente, además de una eventual consagración *de lege ferenda* de algunos efectos, su posible inclusión dentro del concepto amplio de convivencia no matrimonial. Esto último parece factible en nuestro Derecho, al amparo de la LSCAM, si bien, dado el impedimento de vínculo matrimonial que ésta establece, se requeriría que ninguno de los matrimonios de la poliunión estuviese reconocido civilmente⁴²⁴.

⁴²¹ Como dice GARRIDO MELERO: «¿no tendrá un derecho de compensación la pareja de separados que viven durante más de treinta años juntos, trabajando uno para la casa o la profesión del otro?; ¿no habrá derecho a una pensión periódica cuando uno de los integrantes se quede al cuidado de los hijos comunes?» Con la lapidaria frase «El hecho se impone al Derecho», cierra dicho autor su comentario sobre esta cuestión. (Vid. GARRIDO MELERO, «Matrimonio, convivientes *more uxorio*...», cit., pp. 122-123).

⁴²² Vid. *supra* I.1.3.

⁴²³ Por «uniones a tiempo compartido» entiende GARRIDO MELERO aquellas en las que se da la intención de permanencia pero no de continuidad. Las constituirían personas que se ven obligadas a vivir juntas durante largos períodos de tiempo en varios lugares, creando varias relaciones auténticamente familiares en cada uno de ellos. Las uniones sometidas a tiempo o a condición parecen desde luego más extravagantes: el autor aduce sin embargo el ejemplo de Irán, donde los dirigentes religiosos han admitido matrimonios temporales —en algunos casos de horas— que permitan disfrazar las costumbres de la población joven («Matrimonio, convivientes *more uxorio*...», p. 121).

⁴²⁴ Vid. *supra* III.2 B).