

ARTÍCULOS E INFORMES

TUTELA JURÍDICA DEL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y JURIDIFICACIÓN DE LA VIDA AFECTIVA DE PAREJA EN EL DERECHO ESPAÑOL¹

Josep Maria Martinell

Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado

Universidad de Lleida

Resumen. Se estudian los aspectos básicos del Derecho sobre juridificación de la vida afectiva de pareja (matrimonio y uniones de hecho) en su estado actual de evolución en España, tanto desde la perspectiva del Derecho estatal como de las distintas legislaciones autonómicas, todo ello atendiendo al principio fundamental de libre desarrollo de la personalidad (principio personalista) y al criterio de respeto a la autonomía privada y sus límites. Tal estudio implica una valoración jurídica desde la perspectiva constitucional, atendiendo a las realidades sociales existentes y a la crisis del presupuesto de la heterosexualidad. También comporta un examen de los problemas de coherencia que plantea el fenómeno de vaciado institucional del matrimonio de una parte, y las reivindicaciones sociales y conquistas legales de las uniones de hecho, de otra. Se formula un diagnóstico del fenómeno contemplado como proceso social-legislativo, se destacan los aspectos indispensables para afrontar una solución global dentro de un Derecho de familia metodológica y sistemáticamente congruente y se apuntan las tendencias básicas hacia donde habrán orientarse las soluciones de futuro, atendiendo al siempre difícil equilibrio entre el máximo respeto a la libertad y la tutela de la persona, especialmente la parte débil.

Abstract. The Law basic aspects about couple affective life's regulation (marriage and unmarried couples), are studied in their present state of evolution in Spain, both from the State Law perspective and the different autonomous legislations. All of it, attending to the fundamental principle of the personality free development (personal principle) and to the respect to the private autonomy criterion and its limits. This study implies a legal appraisal from a constitutional perspective, attending to the social realities and to the heterosexuality crisis. Also implies an exam of the coherence problems that bring up the marriage institutional emptiness phenomenon from one side, and the social demands and the legal conquests of the unmarried couples from the other side. A diagnosis of the

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo de Investigación *Pontius Ilerda* del Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Lleida.

phenomenon contemplated is formulated as a social-legislative process. The indispensable aspects are emphasized to confront a global solution in a systematically congruent and methodological family Law. The basic tendencies are aimed toward the orientation of the future solutions, attending to the difficult equilibrium among the maximum respect to the freedom and the person guardianship, especially the weakest part.

Palabras clave. Matrimonio. Uniones de hecho. Parejas de hecho. Sexo. Heterosexual. Homosexual. Legislación estatal. Legislación autonómica. Libre desarrollo de la personalidad. Autonomía privada.

Keywords. Marriage. Unmarried couple. Sex, Heterosexual. Homosexual. State legislativo, Autonomous legislation. Personality free development. Private autonomy.

Sumario. 1. Introducción. 2. Objeciones a la regulación institucional de las uniones de hecho. 3. El criterio de la equiparación. 4 Panorama de la legislación autonómica en materia de parejas estables. 5. Epílogo.

1. INTRODUCCIÓN.

El diagnóstico sobre el tratamiento jurídico de las parejas de hecho en España requiere, por de pronto, distinguir entre el que tiende a subvertir la naturaleza fáctica de dichas uniones acercándolas a la noción de institución jurídica, de aquel otro tratamiento que, por vía legal o jurisprudencial fragmentaria, se limita a buscar soluciones a cuestiones sectoriales o *ad casum*, encaminadas, por lo general, a equipararlas con el matrimonio, pero respetando la naturaleza fáctica del hecho convivencial. A este respecto, se detecta un fenómeno significativo que guarda relación con una y otra técnicas jurídicas, consistente en la proliferación de regulaciones institucionales por vía autonómica²,

² Se trata de las siguientes leyes: Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho (Comunidad autónoma de Andalucía). Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas (Comunidad autónoma de Aragón). Ley 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables (Principado de Asturias). Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables (Comunidad autónoma de Baleares). Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las Parejas de Hecho (Comunidad Autónoma de Canarias). Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja (Cataluña). Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho

al tiempo que, desde la legislación estatal, aún sin haberse renunciado definitivamente a la regulación institucional, parece que ha perdido fuelle la supuesta necesidad de una urgente ley reguladora, manteniéndose, pues, dicho ámbito competencial, en aquel tratamiento fragmentario. Sin olvidar que esto último tiene que ver con la dificultad que comporta abordar desde el Derecho del Estado una legislación institucional sobre la materia sin que ello suponga añadir nuevos elementos de confusión al ya de por sí desigual y un tanto caótico panorama legislativo autonómico, concurren también otras razones de más calado. La reivindicación de la unión de hecho no es más que un reflejo de la crisis de la institución matrimonial, tal como ésta ha venido entendiéndose; y aunque el repetido reconocimiento institucional de tales uniones se ha convertido en una aspiración hasta ahora tan políticamente correcta como inevitable, es dudoso que constituya el camino metódicamente correcto. Una vez el matrimonio se ha redimensionado y ha quedado despojado de buena parte de sus agregados histórico-culturales —en virtud del proceso de secularización, consiguiente relajación y vaciado de determinados contenidos dogmáticos y morales, eliminación de criterios de culpabilidad para la desvinculación y sus efectos, simplificación de los remedios desvinculatorios hasta el reconocimiento del divorcio por voluntad unilateral³, etc.—, y la institución se ha liberalizado y se ha puesto al servicio de las personas en vez de que éstas estén al servicio de la institución —el llamado principio personalista, al que no son ajenos los fenómenos descritos, ni otros como la simplificación de los impedimentos o el

(Comunidad Autónoma de Extremadura). Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho (Comunidad de Madrid). Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables (Navarra). Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho (País Vasco). Ley 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho (Comunidad valenciana). Además, la mayoría de Comunidades cuentan con Registros administrativos autonómicos para inscribir estas uniones, existiendo, por otra parte, registros municipales.

³ Vid Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. En especial, modificación del art. 86 del Código civil.

matrimonio entre personas del mismo sexo⁴—, la necesidad de regular orgánicamente las uniones de hecho pasa, necesariamente, a un segundo plano. A partir de las últimas reformas, incluso deja de ser necesaria, o, al menos, acuciante, la regulación de la unión entre personas del mismo sexo, cosa que antes sí tenía verdadero sentido, en la medida que estas uniones no tenían manera alguna de institucionalizarse, ya que quedaban excluidas del matrimonio, que por definición era heterosexual.

2. OBJECIONES A LA REGULACIÓN INSTITUCIONAL DE LAS UNIONES DE HECHO

Se desprende, de la breve introducción que precede, nuestra postura crítica, o cuando menos escéptica, sobre la bondad del tratamiento institucional de las parejas unidas por relación afectiva, aun reconociendo los importantes beneficios sociales que ha llevado consigo, pues ha ayudado a consolidar socialmente una conciencia colectiva más tolerante y respetuosa ante las opciones vitales de cada individuo, y a derribar discriminaciones y regímenes jurídicos injustificadamente desigualitarios. Es conveniente, no obstante, añadir algo más sobre esta posición crítica, aunque sea sucintamente. He aquí, pues, en síntesis, un catálogo de objeciones. 1º) En el orden conceptual, regular institucionalmente las uniones de hecho comporta el contrasentido de desnaturalizar la realidad misma que se pretende tutelar jurídicamente, pues deja de ser una situación de hecho para convertirse en una institución jurídica. 2º) Este tipo de regulaciones institucionales tienen un inconveniente práctico resultante de la necesidad de definir jurídicamente la institución, con lo que quedan fuera de la tutela legal aquellas uniones de hecho que no reúnen los requisitos legales o incurrir en alguno de los impedimentos establecidos. Por lo tanto, se crea automáticamente una modalidad más de uniones. Tenemos, por una parte, el matrimonio; por otra, las uniones de hecho

⁴ Introducido por Ley 13/2005, de 1 de julio, por el que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio. La Ley da nueva redacción dada al art. 44 del Código civil.

institucionalizadas, que por eso mismo dejan de ser “de hecho”; y permanece, por defecto, la categoría de unión auténticamente de hecho, que es la que no es matrimonio ni está institucionalizada (o no puede estarlo). Lo cual pone en duda los beneficios de este tipo de regulación. 3º) Otro inconveniente práctico, relacionado con el anterior, es que, por lo general, y aún dentro de una gran diversidad legislativa, la noción de unión de hecho institucionalizada forzosamente pasa a ser en cada ley un concepto monolítico. De ahí deriva cierta falta de versatilidad, a diferencia de lo que ocurre con el tratamiento legal o jurisprudencial fragmentario, concebido o aplicado para cada efecto o pretensión en particular, que permite una solución del caso en función de la singularidad del mismo y en relación con la concreta pretensión planteada. 4º) Se suscitan también serias dudas de orden constitucional y competencial, basadas en el hecho de considerar que las instituciones jurídicas se definen por su naturaleza y no por el nombre que se les asigne. En este sentido, podría sostenerse —cuando menos, es un argumento a tener en cuenta— que eso de la unión afectiva estable entre dos personas es lo que llamamos matrimonio. Si se acepta esta premisa, puede haber problemas, al menos en relación con los siguientes tres aspectos: a) El propio Estado quedaría deslegitimado para regular institucionalmente las uniones de hecho, en la medida que estaría regulando dos clases de matrimonio, el que hasta ahora hemos denominado con este nombre, y otro de clase inferior —las uniones estables de pareja—, siendo así que el art. 32 CE permite regular diversas formas de matrimonio, pero no diversas clases. A no ser que, una vez equiparados definitivamente las condiciones de acceso, los contenidos, los efectos y las consecuencias de la crisis, no existiera más que una diferencia formal en cuanto al modo de acceso a la institución, en cuyo caso ya no tendría sentido seguir hablando de uniones o parejas de hecho institucionalizadas, sino que habría que aludir a nuevas formas de celebrar o contraer matrimonio. b) Continuando con la hipótesis de que estas uniones no sean otra cosa —cualquiera que sea su denominación— que una clase de matrimonio, no parece que las Comunidades autónomas, ni siquiera aquellas que tienen reconocidos ciertas competencias

en el ámbito del Derecho civil, puedan regular estas uniones, al menos en cuanto a los contenidos de la relación jurídica principal —impedimentos, constitución, deberes, disolución o extinción—, si nos atenemos a cómo se viene interpretando por ahora —y sin desconocer algunas voces discrepantes— el art. 149.1. 8, que reconoce al Estado competencia exclusiva en materia de legislación civil, particularmente, a propósito de las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio. c) Respecto de aquellas regulaciones que aplican estatutariamente el régimen legal previsto para las uniones de hecho en supuestos en que no ha habido una declaración de voluntad expresa —por ejemplo, por simple transcurso de la convivencia durante un periodo de tiempo determinado— puede también objetarse que no se respeta la voluntad individual (ligada también al derecho al libre desarrollo de la personalidad, a que alude el art. 10.1 CE), lo que, aplicado al matrimonio (y, por extensión, a estas uniones), significa que, al derecho a celebrare matrimonio (o a constituir uniones), le corresponde el de no celebrarlo (no constituir las). Debe admitirse, con todo, el doble filo del argumento, puesto que también puede sostenerse que lo que cuenta no es la celebración formal, sino el contenido material de la relación, y ésta sigue siendo libre porque, en su esencia material, la unión puede libremente constituirse o no constituirse. 5º) Concurren otros posibles problemas constitucionales, derivados de presuntos excesos en atribuciones competenciales por parte de las Comunidades Autónomas, en especial aquéllas que no tienen competencia en Derecho civil propio, y, en cambio, regulan aspectos típicamente civiles de la relación.

3. EL CRITERIO DE LA EQUIPARACIÓN

3. 1. TENDENCIAS BÁSICAS

Asumiendo lo que tiene de impreciso toda simplificación, y a salvo, pues, los matices de rigor, las posturas primarias respecto al tratamiento que hayan de tener las uniones de hecho pueden resumirse en dos: una, —que pasa por ser la más conservadora y liberal (y no necesariamente en el mejor sentido de la expresión)— niega la equiparación de tratamiento jurídico,

porque para algo está el matrimonio; quien no se quiera someter al matrimonio que no lo haga —se argumenta—, pero que no intente después beneficiarse de sus ventajas⁵; otra, de tendencia más social y progresista, trata de equiparar las uniones de hecho el tratamiento y los efectos reconcomios al matrimonio, porque a realidades sociales semejantes deben darse soluciones también análogas, teniendo en cuenta, además, que, cualesquiera que hubieran sido los propósitos iniciales de la pareja, los criterios de justicia deben operar atendiendo a las realidades ya los problemas sociales concretamente existente, y no en función de supuestas voluntades iniciales, ajenas a la conflictividad real.

3. 2. LA TEORÍA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN INSTITUCIONAL DEL MATRIMONIO

El Tribunal Constitucional vino manteniendo reiteradamente, sobre todo en la década de los años ochenta e incluso de los noventa, la teoría de la protección institucional específica de que el matrimonio goza constitucionalmente (art. 32), lo que justifica la posibilidad de un legítimo tratamiento preferencial respecto de las uniones de hecho⁶. Éstas pueden a lo sumo ser tratadas igual que el matrimonio, pero no necesariamente igual, ni, por supuesto, ventajosamente respecto al matrimonio: la equiparación es una potestad del legislador ordinario, pero no una exigencia constitucional directamente aplicable. Esta doctrina del Tribunal constitucional prestaba más atención a la posible discriminación de que podía ser objeto el

⁵ Vid. por todas la STS de 21.10.1992, Sala 1ª, Ponente, Magistrado don Francisco Morales Morales (Vid. ARANZADI, repertorio de Jurisprudencia, marginal 8589 de 1992), que niega la aplicabilidad de la normativa matrimonial a las uniones de hecho, “pues quienes de tal forma se unieron, pudiéndose haber casado, lo hicieron precisamente (en la generalidad de los casos) para quedar excluidos de la normativa matrimonial y no sometidos a la misma”.

⁶ Vid. por todas, y en relación con una temática recurrente cual es la pretendida aplicabilidad de la pensión de viudedad a favor del supérstite de una unión de hecho, la STC (Pleno) 184, de 15.11.1990, cuestión de inconstitucionalidad 1419/1988 (BOE de 03.12.1990, rectificado en BOE 38 de 13.01.1991). Ponente: Magistrado don Jesús Leguina.

matrimonio respecto de las parejas no casadas, que al revés. Un ejemplo muy significativo de esto último es la sentencia que reconoció que los cónyuges no separados pudieran presentar la declaración de renta por separado, porque, de lo contrario, quedaban beneficiados los convivientes no casados⁷. La doctrina de la protección institucional específica, de la que se hizo eco la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se vino aplicando tanto a las relaciones jurídico privadas, como a las prestaciones públicas, aunque respecto a las primeras, hubo importantes progresos; y, sin aceptarse inicialmente la aplicación analógica de la normativa matrimonial, se dio lugar a soluciones más o menos justas. Así, con ocasión de la ruptura de la unión de hecho, sin reconocerse al principio la aplicación analógica de la pensión entre cónyuges, se encontraron fórmulas compensatorias basadas en conceptos como el enriquecimiento injusto, la liquidación societaria, la retribución por gestión de negocios ajenos, etc., que paliaron situaciones de injusticia. Pero con respecto a las prestaciones públicas —la pensión de viudedad es el ejemplo paradigmático— la jurisprudencia ha sido taxativa en cuanto a que, a falta de ley, no procede reconocer un tratamiento equiparado para las uniones de hecho, aún admitiendo que el legislador ordinario podía proceder a tal equiparación. La citada doctrina de la protección institucional específica del matrimonio no ha sido formalmente rectificada o sustituida, pero cabe decir que en la práctica ha entrado en cierta crisis por diversas razones que pasamos sucintamente a examinar.

3. 3. DEBILITAMIENTO DE LA TEORÍA DE LA PROTECCIÓN INSTITUCIONAL ESPECÍFICA

Varias son las causas que han contribuido al debilitamiento de la anterior teoría. De una parte, la profundización jurídica en el ya citado principio personalista, que ha comportado mayor sensibilidad a la hora de proteger al individuo y de buscar la justicia material, por encima de la

⁷ STC 45/1989, de 20 de febrero, cuestión de inconstitucionalidad 1.837/1988 (BOE 52, de 02.03.1989). Ponente: Magistrado don Francisco Rubio Lorente.

formal. De otra, el vaciado de contenidos institucionales del matrimonio, que ha dado lugar a una semejanza mayor entre las uniones de hecho y el matrimonio. Una regulación legal del matrimonio que permite el divorcio, incluso por voluntad unilateral y en la que la infracción de los teóricos deberes conyugales, pomposamente anunciados por la ley, no comporta *per se* consecuencias jurídicas en las medidas a dictar, representa un compromiso vital tan liviano y poco diferenciado de la idea de unión libre que cada vez justifica menos un tratamiento favorable diferenciado respecto de estas otras uniones. Además, han sido demasiado evidentes las distintas varas de medir utilizadas por la jurisprudencia a la hora de establecer criterios de equiparación de las uniones de hecho al matrimonio, cosa que no ha favorecido, precisamente, una comprensión coherente de su doctrina. En las relaciones jurídico privadas, es decir, cuando la carga la soporta el ciudadano, la benevolencia, a la hora de establecer soluciones y, últimamente, incluso la aplicación analógica de las normas matrimoniales, ha sido mucho mayor que cuando se ha tratado de prestaciones a cargo de la Administración. Obsérvese, en efecto, que el gran avance de la jurisprudencia del tribunal constitucional en la materia se produjo a propósito de relaciones jurídico privadas. Es bien conocida la STC 222/1992⁸, que declaró inconstitucional el art. 58.1 de la entonces vigente Ley de Arrendamientos Urbanos porque excluía del beneficio de la subrogación *mortis causa* a quien hubiere convivido de modo marital y estable con el arrendatario fallecido. Pero hay un voto particular del Magistrado don Álvaro Rodríguez Bereijo que con acierto advierte: *es difícilmente discernible que en un corto espacio de tiempo de la evolución de nuestra jurisprudencia resulte constitucionalmente admisible (por no ser discriminatorio) que el legislador (art. 160 LGSS) no extienda el derecho a la pensión de viudedad a las uniones de hecho "more uxorio" (como así se declaró en la STC 184/1990) y en cambio no lo sea cuando se trata del derecho de subrogación en el*

⁸ STC 222/1992 de 11/12/1992, Pleno, sobre cuestión de inconstitucionalidad (Publicación BOE: 19930119, núm. 16), Ponente: Magistrado don Vicente Gimeno Sendra.

contrato de arrendamiento que prevé el art. 58.1 LAU aquí cuestionado. Y sin que ello merezca explicación por parte del Tribunal Constitucional. Tratándose, como es el caso, de derechos análogos desde la perspectiva constitucional de su fundamento y finalidad.

Si de la jurisprudencia constitucional pasamos a la del Tribunal Supremo, vemos que también en ella se ha profundizado en la equiparación de soluciones, pero primordialmente en el ámbito de las relaciones jurídico privadas. La línea jurisprudencial contraria a la aplicación analógica de las normas matrimoniales⁹ cambió bruscamente con el nuevo milenio, a raíz de que algunas legislaciones autonómicas comenzaran a legislar sobre las uniones de hecho y previeran para las mismas una suerte de pensiones periódicas o compensatorias, normalmente de menos calado pero con parecida naturaleza a la pensión por desequilibrio prevista en el art. 97 del Código civil. El Tribunal Supremo comenzó entonces a aplicar por analogía a las uniones de hecho la pensión compensatoria del art. 97 del Código civil. El argumento esgrimido es que, de no hacerse así, se produce una discriminación entre españoles, pues unos podrían pedir dicha pensión gracias a la ley autonómica que la regula, y otros que no¹⁰. Dicho argumento —no la solución en si misma, que parece lógica— resulta un tanto sorprendente, en la medida que puede poner entredicho la legitimidad del Derecho autonómico como

⁹ Vid. sentencia referida en nota 4, aunque dicha jurisprudencia contraria a la aplicación analógica no excluía otras soluciones, especialmente en materia de compensaciones económicas ante la ruptura.

¹⁰ Así, la sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 05.07.2001 alude a la fuerza expansiva del ordenamiento ya que otra solución conduciría a establecer dos clases de españoles, según sus Autonomías tuvieran o no dictada Ley de parejas de hecho, pudiendo acudir a dicha específica normativa o tener que debatirse con la anomía general en la materia, lo cual contraría abiertamente el principio de igualdad de los españoles, proclamado en el art. 14 de la Constitución, precepto fundamental en cuanto que garantiza el derecho de tal clase que es de aplicación directa e inmediata desde la entrada en vigor de tal Texto Fundamental, como señaló la sentencia del Tribunal Constitucional 216/1991, de 14 de noviembre. (STS, Sala 1ª, de fecha 05.07.2001, nº 700/2001. Ponente: Magistrado don Martínez-Pereda Rodríguez, José Manuel. Vid. EL DERECHO, EDJ 2001/15047)..

expresión de lo diferencial y su compatibilidad con el principio de igualdad¹¹.

3. 4. LA SEGURIDAD JURÍDICA COMO ELEMENTO DIFERENCIADOR

A reserva de lo que se precisará sobre los problemas que plantea el referente matrimonial, no es aventurado afirmar que, al menos en sus aspectos sustanciales, hoy por hoy no hay motivos para diferenciar entre el tratamiento matrimonial y el referido a las uniones de hecho. La significación sustancial del matrimonio como institución civil hay que ponerla en relación, actualmente, con su función instrumental al servicio de la persona (de nuevo el principio personalista), de modo que *el matrimonio es un instrumento y la legislación matrimonial un sistema de presunciones y garantías en el marco del Derecho de Familia*, que adquiere su mayor operatividad en supuestos de crisis. Y es ahí donde podemos encontrar el elemento diferenciador más importante con respecto a las uniones de hecho, pues éstas —especialmente las uniones de hecho no institucionalizadas legalmente, o aquellas que aún estándolo, se constituyen a base de conductas, y no de un acto expreso inicial más o menos formal— no pueden proporcionar la misma seguridad jurídica y requieren una serie de pruebas y acreditaciones *a posteriori* que

¹¹ Si la falta de previsión del Derecho estatal implica discriminación, entonces serían discriminatorios todos los derechos autonómicos diferenciados del recogido en el Código civil o, según se mire, lo sería toda norma de Derecho estatal en cuanto que diferenciada de las autonómicas, generando también discriminación las diferencias de las legislaciones autonómicas entre sí. Obsérvese, además, que, si llevamos hasta sus últimas consecuencias el argumento de la sentencia, puede producirse un efecto rebote inacabable, porque podría ser el ciudadano sujeto a la legislación autonómica el que se considerara discriminado, toda vez que las legislaciones autonómicas que contemplan la pensión periódica, lo hacen normalmente inspirándose en la pensión compensatoria matrimonial, pero reduciendo sus contenidos; en cambio, la analogía que predica el tribunal Supremo sirve para aplicar una pensión compensatoria en plenitud, es decir, la establecida con mayores contenidos a propósito de la regulación del matrimonio. En todo caso, esa expansión centrípeta del Derecho (de lo autonómico a la legislación común) no deja de ser un fenómeno digno de mención.

dificultan en mayor medida la solución justa, aunque ésta tenga que ser la misma que en el caso del matrimonio.

3. 5. LOS PROBLEMAS DEL REFERENTE MATRIMONIAL

Pese a lo expuesto hasta el momento, no parece admisible, sin más, el criterio de equiparación de las uniones de hecho al matrimonio, o, cuando menos, dicha equiparación debe matizarse. Porque el referente matrimonial opera con demasiada frecuencia como anestésico del juicio crítico sobre lo que ha de ser la regulación jurídica de la pareja. Actúa como paradigma. Se da más importancia a la equiparación que a la idea de proporcionalidad y de justicia que la solución jurídica debe proporcionar. Lo importante, para algunos, es equiparar, aunque sea en lo injusto. En otras palabras: el criterio de la equiparación debe ser el resultado, a mi entender, no de un reflejo mimético, sino de la coincidencia de resultados en la búsqueda de lo justo ante situaciones equiparables y que requieren soluciones también equiparables. Sólo así será posible juridificar con criterio, en la medida que ello es posible, la vida de pareja —incuida la matrimonial—, manteniendo el indispensable espíritu crítico sobre las realidades jurídicas existentes y sobre la nueva normativa a establecer.

La anterior observación tiene también implicaciones en lo que se refiere al método de elaboración del Derecho de familia y a su sistemática legal. Porque mientras el matrimonio siga siendo el principal referente, nos encontraremos —como nos seguimos encontrando, pese a los evidentes avances—, ante una legislación asistemática, en la que la *vis atractiva* de la legislación matrimonial absorbe muchas nociones que no le atañen en exclusiva, como ocurre a propósito de determinadas cuestiones que afectan a las relaciones paternofiliales, que cuando han de ser aplicadas en supuestos de filiación no matrimonial requieren ser tratadas a partir de lo establecido en la legislación matrimonial dadas las lagunas existentes en la normativa de carácter general. Se impone pues una configuración de la ley más lógica, basada en unos principios generales, y en una regulación

específica de cada una de las instituciones particulares, sólo en lo singular y necesario.

4. PANORAMA DE LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA EN MATERIA DE PAREJAS ESTABLES

4. 1. PLANTEAMIENTO GENERAL Y TÍTULOS COMPETENCIALES

Se exponen, a continuación, algunos de los rasgos más significativos de las respectivas legislaciones autonómicas sobre las llamadas uniones o parejas de hecho. Se trata de legislaciones de distinta naturaleza, entre otras razones porque corresponden a Comunidades autónomas con distintos niveles de competencias estatutariamente reconocidas, lo que decanta, sin olvidar otros factores, el perfil de cada una de las leyes, dando, unas, mayor relevancia a contenidos de Derecho privado, y otras a aspectos de Derecho público y de la posición jurídica de dichas parejas frente a la Administración; todo ello sin perder de vista que parcelas que en principio pertenecen al Derecho civil, y, por tanto, a lo privado, tienen importantes dependencias con el orden público, como ocurre en materia de hijos menores, instituciones familiares como la adopción y la tutela, etc.

En la valoración de conjunto que nos proponemos, uno de los criterios básicos que hemos tomado en consideración a la hora de elegir los núcleos temáticos más representativos consiste en la incidencia que la regulación puede tener en el nivel de libertad individual y de pareja reservado a los ciudadanos, pues no en vano la unión de hecho es un fenómeno que responde en gran medida a la toma de posición libertaria frente al cauce estereotipado del matrimonio. Y en eso, los rasgos referidos al Derecho privado nos proporcionan muchas más pistas que la tutela jurídica desde la perspectiva del Derecho público, porque, por lo general, esto último se reconduce al reconocimiento de una serie de prestaciones que en principio no han de afectar negativamente a la libertad individual. En cambio, en el ámbito de lo privado existe siempre el riesgo de un excesivo intervencionismo. Pero el respeto a la libertad individual —y he

aquí la dificultad en el equilibrio de valores— no significa que el Derecho pueda encogerse de hombros ante determinadas situaciones de injusticia, cualesquiera que hayan sido los planteamientos iniciales de la pareja.

Prácticamente todas las leyes, en sus respectivos Preámbulos o Exposiciones de Motivos, aluden al fenómeno de los nuevos modelos familiares y a la necesidad de su protección, invocando frecuentemente para ello las normas constitucionales, principalmente arts. 39 (protección de la familia), 14 (principio de igualdad y discriminación por razón de sexo), y 10.1 (libre desarrollo de la personalidad). También aparecen citados el art. 9.2 y, por comparación, el propio art. 32. No faltan menciones explícitas al fenómeno de las uniones convivenciales entre personas del mismo sexo, y a la necesidad de su reconocimiento y tutela en función de las anteriores normas constitucionales y de diversas iniciativas europeas. Más variable resulta el fundamento competencial específico, aunque en líneas generales, y como ya hemos apuntado, podemos dividir las legislaciones entre las de aquellas Comunidades que tienen competencia en Derecho civil, y las de aquellas que no la tienen y que, en consecuencia, deben basar su intervención legal en principios de tutela pública, por ejemplo de promoción de las condiciones de libertad e igualdad o en conceptos asistenciales.

4. 2. IDENTIDAD SEXUAL DE LA PAREJA Y ADOPCIÓN CONJUNTA

4. 2. A. CONSIDERACIÓN GENERAL

La crisis de la heterosexualidad como presupuesto inexorable de la relación de pareja de carácter familiar y la progresiva admisibilidad de las uniones entre personas del mismo sexo —no hace tanto, proscritas y consideradas contrarias al orden público y que se han abierto camino gracias, una vez más, al derecho al libre desarrollo de la personalidad— ha vivido su eclosión legal en España con las leyes autonómicas sobre uniones de hecho, y recientemente, con la admisión del matrimonio homosexual (Ley 13/2005, de 1 de julio, por el que se modifica el

Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio); si bien hay que decir que ya con bastante anterioridad, algunas leyes habían equiparado a determinados efectos la condición de miembro de la pareja, heterosexual u homosexual, a la de cónyuge. Por eso resulta de interés detenernos en cómo dicha legislación autonómica ha ido abordando esta cuestión, y con ella, la posibilidad de adopción conjunta por dichas parejas (conquista también alcanzada a título matrimonial por la referida ley 13/2005), paradigma de la equiparación de los derechos familiares, aunque cabe entender que la simple unión afectiva estable, aún sin hijos, ya tiene por sí misma naturaleza familiar y es digna de la protección social, jurídica y económica a que alude el art. 39 de nuestra Constitución.

El respeto al libre desarrollo de la personalidad ha puesto en crisis el principio de heterosexualidad, al menos desde dos perspectivas. De una parte, y directamente, forzando a aceptar las opciones personales de los individuos y la denominada orientación sexual de cada persona; de otra, indirectamente, forzando a replantear los criterios jurídicos de determinación legal de la identidad sexual. Sin entrar ahora en la controversia sobre los requisitos exigibles para dicho cambio de sexo, sí parece indicado subrayar que la redimensión jurídica de todo este asunto todavía no ha llegado, según entiendo, a su punto nuclear. Y es que persiste un presupuesto jurídico, que probablemente haya que someter a revisión, consistente en la exigencia legal de que todo ser humano deba ser definido como varón o mujer. Toda persona, desde su certificación de nacimiento y desde su inscripción en el Registro civil, tiene que ser identificada necesariamente en un sexo y concretamente en uno de esos dos sexos indicados; y aunque dicha identidad sexual puede ser después rectificadada o modificada, incluso oficialmente, lo cierto es que dicha alteración, si se produce, debe enmarcarse necesariamente en el ámbito de la *transsexualidad*, es decir, del tránsito y transformación de hombre a mujer o de mujer a varón. Y eso es precisamente lo que acaso habrá que revisar. Entiéndase bien: la clara diferenciación entre hombre y mujer es y seguirá siendo un criterio de distinción útil a muchos efectos y aplicable a la inmensa mayoría de la población, pero sería conveniente

buscar alternativas para dejar una puerta abierta a aquellos casos, por excepcionales que sean, en los que el individuo no se identifica con ninguno de los dos sexos, o, si se prefiere, con ninguno de los *roles* de género, y pretende desarrollar su personalidad al margen de esta identidad sexual como hombre o como mujer (lo que no significa que carezca de afectividad sexual). Si la posibilidad de juridificar la vida afectiva de pareja es un derecho —y parece que ha de serlo— éste tiene que ver no tanto con la identidad sexual del individuo, tal como hoy la entendemos, sino con la propia dignidad de la persona y su libre desarrollo personal.

En otro orden de cosas, es bastante común, sobre todo en los medios de comunicación, aludir a las uniones de personas (o matrimonio de cónyuges) *heterosexuales* u *homosexuales*; y se produce una inercia tendente a asimilar la unión o matrimonio homosexual al derecho de los homosexuales, lo cual, aunque sea así desde el punto de vista de los colectivos que más se han movido para estas conquistas jurídicas, no lo es desde el concepto. Precisamente porque la Administración no debe inmiscuirse en las opciones sexuales del individuo, no se trata tanto del derecho de los homosexuales —aunque por supuesto los incluye— como del derecho de toda persona, por el hecho de serlo, de poder juridificar su vida afectivo-sexual con otra, con independencia de la identidad sexual biológica y legal de cada uno de ellos, y, por supuesto, de sus tendencias sexuales. De ahí que no fuera exacto afirmar, antes de la Ley 13/2005, que los homosexuales estuvieran discriminados por carecer de derecho a contraer matrimonio. Lo hubieran estado —como, de hecho, lo estuvieron los impotentes hasta la reforma por ley 30/1981, de 7 de julio— si hubiera existido un impedimento matrimonial que hubiera impedido que los homosexuales se casaran. Y si existía discriminación no era porque se les prohibiera el matrimonio, que no se les prohibía, sino, en todo caso, porque el matrimonio era como era, basado en la heterosexualidad, lo que impedía las nupcias entre personas del mismo sexo. Y ahí es donde se encuentra, entendemos, el nervio del debate jurídico y social que hemos vivido en los últimos tiempos: la inmensa mayoría veía y ve con buenos ojos que las parejas homosexuales puedan

juridificar su unión, sólo que unos pretendían que se hiciera mediante una institución al margen del matrimonio, y otros que se ampliara el concepto de matrimonio. Mi parecer es que no hubiera sido discriminatorio establecer tal derecho al margen del matrimonio, ya que éste históricamente siempre ha ido asociado a la idea de heterosexualidad. Pero no debe extrañar en modo alguno que los colectivos homosexuales, después de tantos años de persecución y de discriminaciones, hayan librado la batalla a favor del matrimonio homosexual, por el valor simbólico que tiene dicha institución en orden a conseguir la aceptación y normalización sociales durante tantos siglos negada.

Desde el punto de vista de su constitucionalidad, no existe, a mi entender, un obstáculo insalvable. Y la razón no es tanto que el art. 32 no exija literalmente la heterosexualidad¹², sino el hecho de que, aun admitiendo que el sentido de dicho artículo bascula sobre el concepto de matrimonio heterosexual, la Constitución no excluye la posible institucionalización del matrimonio entre personas del mismo sexo. Hay que partir de la base de que no todas las instituciones jurídicas ni sus modalidades deben tener expreso reflejo constitucional, o, dicho de otro modo: no son inconstitucionales las instituciones legales que regula la ley ordinaria por el solo hecho de que no estén previstas en la Constitución. Desde esta perspectiva, el art. 32 ordenaría de manera vinculante la regulación legal del matrimonio heterosexual, en tanto que la previsión legal del matrimonio con identidad de sexo no sería preceptiva, pero sí posible, en tanto que no está excluida y porque dicha posibilidad encuentra su entronque constitucional, entre otros derechos y

¹² A mi modo de ver no resultan suficientes los argumentos gramaticales en favor de que el art. 32 de la Constitución incluye el matrimonio entre personas del mismo sexo, aunque debe reconocerse la habilidad del legislador en la manera de reformar (Ley 13/2005, de 1 de julio) el art. 44 del Código civil. En efecto, su primer párrafo (*El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio.....*), que es deudor de la fórmula del art. 32.1 de la Constitución, se mantuvo intacto para añadirse, a renglón seguido, que *el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*, con lo que se da por hecho que, bajo la indicada fórmula inicial (que también es la constitucional) caben ambas modalidades.

principios, en el derecho al libre desarrollo de la personalidad consagrado en el art. 10 de la CE.

4. 2. B. LA IDENTIDAD SEXUAL EN LAS LEYES SOBRE JURIDIFICACIÓN DE LA VIDA DE PAREJA

Volviendo a las uniones de hecho, tal como quedan reguladas en las leyes autonómicas, observamos variedad de fórmulas a la hora de afrontar el asunto. Todas las leyes admiten estas uniones, según se desprende de sus Preámbulos o Exposiciones de Motivos, aunque en ocasiones la definición legal no hace mención explícita del componente sexual¹³. Poco afortunadas nos parecen las leyes que utilizan el eufemismo *orientación sexual* u *opción sexual*¹⁴. Como tampoco nos lo

¹³ Tal es el caso de de la ley aragonesa, cuyo art. 3.1. dice: “se considera que hay pareja estable no casada cuando se haya producido la convivencia marital durante un periodo ininterrumpido de dos años, como mínimo, o se haya manifestado la voluntad de constituirla mediante escritura pública”; de Baleares, cuyo art. 1.1 dice que se entienden como parejas estables las uniones de dos personas que convivan de forma libre, pública y notoria, en una relación de afectividad análoga a la conyugal; y de Madrid y de Valencia, que aplican la ley a las personas que convivan en pareja, de forma libre, pública y notoria, vinculadas de forma estable, al menos durante un periodo ininterrumpido de doce meses, existiendo una relación de afectividad, siempre que voluntariamente decidan someterse a la misma mediante la inscripción de la unión en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid (arts. 1).

¹⁴ Se trata de las leyes *navarra* y *canaria*. La primera de ellas, en su art. 1, alude a la no discriminación 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*. Y en su art. 2 define el concepto de pareja estable como *unión libre y pública, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su orientación sexual* (...). Por su parte, la ley canaria alude, en su art. 1, a *las personas que convivan en pareja de forma libre, pública y notoria, vinculados de forma estable con independencia de su orientación sexual* (...). Aunque es conocido el sentido último de la expresión utilizada, no nos parece afortunada, porque lo que cuenta, a efectos legales, no es la orientación o inclinación sexual, sino si los miembros de la pareja tienen que tener o no una determinada (y opuesta) *identidad* (no *orientación*) sexual. La ley andaluza, en su art. 3.1, dice que a los efectos de la presente Ley, se entenderá por pareja de hecho la unión de dos personas, con independencia de su *opción sexual*, a fin de convivir de forma estable, en una relación de afectividad análoga a la conyugal. La objeción es sustancialmente la misma que en el caso anterior.

parece la regulación diferenciada por razón de la identidad sexual de la pareja, como hace la catalana ya que, aparte la cuestión de los distintos contenidos, se pone el acento no en la persona sino en la identidad sexual de la misma¹⁵. Cabe considerar como más acertadas expresiones como *con independencia de su sexo*, u otras análogas¹⁶.

4. 2. C. LA ADOPCIÓN POR PAREJA HOMOSEXUAL, COMO SIGNIFICADA EXPRESIÓN DE LA EQUIPARACIÓN DE DERECHOS

Desde el año 2000, diversas leyes autonómicas han previsto la adopción por parejas del mismo sexo, además de la propia legislación del Estado¹⁷, generándose así un complejo

¹⁵ La ley *catalana* separa, en efecto, el tratamiento legal de la unión heterosexual y de la homosexual, regulándolas en capítulos distintos, refiriéndose el art. a la primera como *unión estable de un hombre y una mujer* (...), y el art. 19 a la segunda como *uniones estables de parejas formadas por personas del mismo sexo que convivan maritalmente* (...).

¹⁶ La ley del Principado de Asturias (art. 3.1) considera pareja estable la unión libre y pública, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su sexo (...). Semejante acierto es de la ley extremeña, cuyo art. 2. 1 considera pareja de hecho la unión estable, libre, pública y notoria, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su sexo, de dos personas (...). En la misma línea, aunque preferimos la expresión de las dos leyes anteriores, se sitúan la ley vasca y la cántabra. La primera, en su art. 1.2 asienta el principio de no discriminación por razón del grupo familiar del que forme parte, tenga éste su origen en la filiación, en el matrimonio o en la unión afectiva y sexual de dos personas, sean del mismo o distinto sexo, recalcando su art. 2 que se considera pareja de hecho a la resultante de la unión libre de dos personas (...), que se encuentren ligadas por una relación afectivo-sexual, sean del mismo o distinto sexo. La segunda, también sobre la base de la no discriminación, establece (art. 1.2) que nadie podrá ser discriminado por razón del grupo familiar del que forme parte, ya tenga éste su origen en la filiación, el matrimonio o la unión afectiva y sexual de dos personas, bien sean éstas del mismo o de diferente sexo.

¹⁷ La comunidad Navarra fue pionera con su ley 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables. Siguió la ley vasca 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho. Posteriormente, y mediante ley 2/2004, de 3 de mayo, de modificación de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas, se admitió también en Aragón. Ha continuado Cataluña, que recientemente ha aprobado una nueva ley 3/2005, de 8 de abril, de modificación

normativo estatal y autonómico un tanto asistemático. Pero, en lo

de la Ley 9/1998, del Código de Familia, de la Ley 10/1998, de uniones estables de pareja, y de la Ley 40/1991, del Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña, en materia de adopción y tutela; dicha ley modifica la legislación sobre la adopción, incluyendo la adopción por pareja homosexual, si bien ésta no se incluye en la ley de uniones estables de pareja, respecto de la cual la nueva ley se limitó a derogar el artículo que sólo preveía la adopción por pareja homosexual. Aún más recientemente, en Cantabria, el art. 11.1 de la ley 1/2005, de 16 de mayo, de parejas de hecho, relativo al *acogimiento familiar y adopción*, establece que *la pareja de hecho podrá acoger y adoptar con iguales derechos y deberes que las parejas unidas por matrimonio de acuerdo con la legislación aplicable*.

No podemos entrar en el fondo de los problemas de constitucionalidad que dichas leyes pueden plantear, tanto desde la perspectiva de las competencias de las Comunidades autónomas, como desde la perspectiva de su contenido material, pero es obligado completar este panorama legislativo recordando que el Estado, mediante la Ley 13/2005, de 1 de julio, por el que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, ha dado nueva redacción al apartado 4 del artículo 175 del Código civil, en los siguientes términos: *4. Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges (...)*. A su vez, la Disposición adicional primera establece que *las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes*. A todo eso, la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de modificación de determinados artículos del código civil y de la ley de enjuiciamiento civil en materia de adopción, había introducido la posibilidad de adopción conjunta por parejas de hecho, a través de su Disposición Adicional Tercera, en cuya virtud, *las referencias de esta ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor será también aplicables al hombre y a la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal*. Dicha Disposición —aunque literalmente no se encuentre en el supuesto de la Adicional primera de la Ley 13/2005, de 1 de julio— debe entenderse aplicable también a las uniones de hecho homosexuales, pues ya no cabe duda, después de la ley 13/2005, de que la relación entre dos hombres no casados o dos mujeres no casadas puede ser análoga a la conyugal. Lo que cabe lamentar es ese lugar vergonzante (no incorporado en el propio Código civil) que el legislador sigue reservando al reconocimiento de la adopción conjunta por parejas no casadas. Por lo demás, se plantea cierta disociación entre la noción de pareja en versión de la Adicional Tercera de la Ley estatal 21/1987, y la noción de unión o pareja estable en versión de cada una de las leyes autonómicas, de modo que cabe entender que, en los supuestos en que la legislación aplicable en materia de adopción sea la estatal, dicha adopción conjunta entre convivientes no casados podría incluso concederse a parejas que no fueran reconocidas como tales en la correspondiente ley autonómica, por falta de algún requisito de los que la ley autonómica correspondiente establezca.

tocante a la cuestión de fondo, debe decirse que, siendo cada vez más pacífico que las uniones entre personas del mismo sexo deben tener análoga protección legal a la que se prevea para el matrimonio y para la pareja heterosexual —lo que es admitido incluso por buena parte de quienes defienden que las uniones homosexuales no pueden ser matrimonio—, suele excepcionarse por parte de un sector doctrinal y social, numéricamente nada desdeñable, que esa equiparación alcance también a la adopción, y ello bajo el argumento de que aquí no se trata sólo de de derechos de la pareja, sino también de los menores. En todo caso, los argumentos a favor y en contra giran, fundamentalmente, en torno al interés y beneficio de los hijos. Insisten los detractores, desde la perspectiva indicada, que no es razonable admitir esta clase de adopciones por los perjuicios que pueden causarse en los menores, que necesitan, por naturaleza, de la complementariedad natural de los dos sexos opuestos de los padres biológicos o, en su caso, adoptivos. Arguyen, en cambio, quienes reivindican la bondad de estas adopciones, que lo que necesitan los niños a adoptar es amor, dedicación y afecto, y que, *a priori* eso no lo garantiza ni lo excluye ninguna pareja heterosexual ni homosexual por el hecho de serlo, sino que ambas pueden proporcionarlo, y eso debe examinarse en cada caso concreto. Además, se añade, hay muchos casos en que un menor se cría en una familia monoparental (por ejemplo, por fallecimiento de uno de los progenitores, o por la vía de hecho), sin que concurra la complementariedad de sexos, y sin que ello suponga ningún problema insalvable; y que hay parejas homosexuales que ya vienen ejerciendo de hecho conjuntamente como padres o como madres, por lo que no se trata de otra cosa que elevar a categoría jurídico formal lo que ya es una realidad en el terreno de los hechos. En fin, supuesto que el núcleo de la cuestión consiste en discernir si el carácter homosexual de la pareja que adopta incorpora algún elemento nocivo para el bien del niño, tal riesgo se valora, fundamentalmente, desde dos perspectivas: una extrínseca, en cuanto a la posible exclusión o discriminación social, incluso de los otros niños; otra intrínseca, relativa a las posibles disfunciones que acaso pueda acarrear la duplicidad de la identidad sexual de dos padres o dos madres. Respecto a lo

primero, se señala por los partidarios de este tipo de adopciones que no es lo decisivo y que, además, la sociedad es cada vez más tolerante y permisiva en este punto; respecto a lo segundo, la cuestión se centra en estudios científicos, de muy distinto signo, con frecuencia desacreditados recíprocamente por supuesta falta de rigor. Por cierto, entre los supuestos efectos de la adopción homosexual, se discute sobre si hay mayor o menor posibilidad de homosexualidad en el adoptado, cuestión a debate no sólo en cuanto al rigor de los pronósticos científicos, sino también en si eso debe considerarse, en sí mismo, un riesgo. En el fin, en el debate no faltan argumentos más o menos accidentales, como el que se refiere a posibles vetos de adopción internacional a España (y a otros países que prevean la adopción por pareja homosexual) por parte de países que no ven con buenos ojos esa clase de adopción.

4. 3. IMPEDIMENTOS Y REQUISITOS

Resulta interesante contrastar las regulaciones autonómicas sobre requisitos o prohibiciones legales para establecer uniones de hecho institucionalmente reconocidas como tales, porque ponen de manifiesto que en esta materia sigue actuando de forma implacable el referente matrimonial, en este caso en materia de impedimentos; cosa que viene a ahondar en la idea, ya apuntada, de que las uniones estables de pareja en cierto modo pueden ser consideradas como matrimonios de segundo orden. Además de esto, se da la circunstancia y la paradoja de que, en algunos casos, hay más impedimentos para acceder a la unión estable de pareja que para el propio matrimonio¹⁸; y de que

¹⁸ Por ejemplo, la ley catalana, a propósito de las uniones heterosexuales, requiere (art. 1) no sólo que la pareja no tenga impedimento para contraer matrimonio entre sí, sino, además, que ambas partes sean mayores de edad, con lo que no se prevé, como en el matrimonio, una edad menor por la vía de la emancipación. Además, como no hay dispensa para las uniones de hecho, la dispensa, debería ser para el matrimonio. Por otra parte, la normativa catalana aplicable a la pareja homosexual (art. 20) no siempre es concordante con la aplicable a la heterosexual. Se prohíbe el matrimonio al menor de edad (se sigue sin excepcionar de la prohibición al menor emancipado), al casado, a quien tenga establecida una pareja estable con otra persona, a los parientes por consanguinidad o adopción en línea recta o colateral hasta el segundo grado (se excluye el tercer grado, pero se añade

algunas regulaciones reintroducen, al estilo del originario Código civil, el equivalente al impedimento de capacidad psíquica¹⁹. Por otra parte, salvo en Cataluña y Aragón, se acepta la unión de hecho del menor si está emancipado. Y, excepción hecha de la Ley catalana en relación con las uniones heterosexuales, no hay una remisión general a los impedimentos matrimoniales, aunque

el parentesco colateral por adopción) y no queda prevista el equivalente al impedimento de conyugicidio.

¹⁹ En algunos casos, se trata de un concepto genérico, que difícilmente podrá actuar preventivamente, impidiendo la unión, ya que la falta de capacidad psíquica o es tan evidente que ni siquiera se plantea de hecho la posibilidad de matrimonio o de unión estable, u ofrece un margen, al menos, aparente, de duda, lo que hace que el problema se plantee normalmente después, en cuanto a la posibilidad de impugnar jurídicamente el acto correspondiente. En relación con el matrimonio, nuestro Código civil originario, deudor de la ley provisional de matrimonio civil de 1870, estableció un impedimento consistente en la falta del suficiente uso de razón, que, acaso por los motivos que acabo de apuntar, el legislador lo acabó por suprimir en la reforma de la Ley 30/1981, de 7 de julio, conformándose ésta con establecer, en caso de deficiencia o anomalías psíquicas de alguno de los contrayentes, la necesidad de dictamen médico sobre su aptitud (art. 56.2), prescripción que no supone un verdadero impedimento, ya que ni se encuentra incluido en los arts. 46 y 47 del Código civil, ni la falta de dictamen (ni el contraer matrimonio desoyendo la desautorización judicial) constituyen *per se* causa de nulidad, a tenor del art. 73. En cambio, se reforzó la posibilidad de impugnar el matrimonio por falta de consentimiento (arts. 45, y especialmente, 73.1 del Código civil).

Pues bien, pese a estos antecedentes, el art. 2.1 de la ley de la Comunidad de Madrid dice que no pueden constituir una unión de hecho de acuerdo con la normativa de la presente Ley (...) las personas afectadas por una deficiencia o anomalía psíquica que no les permita prestar su consentimiento a la unión válidamente; y el art. 2 de la Ley vasca exige plena capacidad. Canarias y Cantabria se suman a la anterior tendencia pero con una variante distinta: la sentencia de incapacitación. Así, la ley canaria dice (art. 2.1 f) que no pueden constituir una pareja de hecho, de acuerdo con la normativa de la presente Ley (...) las personas legalmente incapacitadas mediante sentencia judicial firme; y el art. 4.4 f de la Ley de Cantabria, que no podrán inscribirse en el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria las parejas ya inscritas en otro Registro de uniones de hecho de otra Comunidad Autónoma, ni las uniones de las que formen parte (...) las personas que hayan sido declaradas incapaces para prestar consentimiento válidamente por sentencia judicial firme. Y todo ello cuando en la legislación matrimonial no se prevé el impedimento de incapacitación, porque, conforme a la doctrina más aceptada, incluso el incapacitado judicialmente puede tener acceso al matrimonio, sin necesidad de serle levantada la incapacitación, si tiene aptitud suficiente para ello.

sí una descripción de requisitos o prohibiciones claramente inspirados en los impedimentos del Código civil, bien que en ocasiones con distinto alcance. Así, al impedimento de edad, cabe añadir el de vínculo, el impedimento de parentesco por consanguinidad y adopción en línea recta (asumido íntegramente por todas las legislaciones autonómicas), y el de parentesco colateral²⁰. Y no faltan restricciones o requisitos no asimilables a impedimentos matrimoniales; además de los ya indicados, puede haber otros como el equivalente al impedimento de vínculo pero no derivado del matrimonio, sino de otra relación estable vigente.

²⁰ Respecto a este último, hay, sin embargo, nada menos que cuatro variantes.

La *primera variante* de la regulación del impedimento de parentesco colateral, que considero la más apropiada para la regulación de la unión de hecho, ya que sólo ha de imponer restricciones en lo absolutamente imprescindible, la asume únicamente la ley de Andalucía, y consiste en restringirlo a la consanguinidad en línea recta y en la colateral hasta el segundo grado (es decir, hermanos), prescindiendo del alcance en tercer grado, incluido (aunque susceptible de dispensa) en el impedimento matrimonial. La *segunda variante* es la que recoge como impedimento-prohibición la relación de consanguinidad colateral hasta el tercer grado, coincidiendo con la regulación matrimonial. Es lo que recoge la ley catalana para las uniones heterosexuales, por remisión a la legislación matrimonial: ahora bien, el art. 1.1 alude a las personas *sin impedimento para contraer entre sí*, por lo que cabe entender que si han obtenido dispensa para el matrimonio, también podrían constituir pareja estable heterosexual entre sí. La *tercera variante* restringe el impedimento, en cuanto a la consanguinidad, al segundo grado (en vez de extenderlo hasta el tercero, como en el caso del matrimonio), pero incluye, en cambio, también en segundo grado, el parentesco por adopción, con lo que de nuevo se establece, paradójicamente, una prohibición no prevista en la legislación matrimonial, ya que la relación de parentesco por adopción colateral no se contiene entre los impedimentos matrimoniales. Se inclinan por esta solución las leyes de Aragón, Asturias, Cantabria, Cataluña (ésta sólo en lo que se refiere a las uniones homosexuales), Navarra y País Vasco. Por último, la *cuarta variante* consiste en mantener el impedimento de consanguinidad en tercer grado y extender la prohibición al parentesco por adopción, también en tercer grado. En cuanto a la consanguinidad, la diferencia respecto a la variante segunda (solución catalana para parejas heterosexuales), es que, como aquí no hay remisión ni referencia a la incapacidad matrimonial, una eventual dispensa matrimonial (en tercer grado) no levantaría la prohibición para la unión de hecho. En cuanto al parentesco por adopción colateral, a la incongruencia de establecer un impedimento inexistente para el matrimonio, se añade el hecho de extenderlo hasta el tercer grado, equiparándolo con el de consanguinidad colateral, y, al igual que éste, sin la dispensa. Entran en este grupo las leyes de Baleares, Canarias, Extremadura, Madrid y Valencia.

Pueden concurrir también requisitos diamantes de los elementos formales requeridos, que examinaremos en el siguiente epígrafe. También es digno de mención el requerimiento de que una de las partes (o ambas en algún caso, como el de la Ley canaria) tenga vecindad civil (o empadronamiento, o residencia) en la comunidad, exigencia que no debe entenderse estrictamente como una regla de derecho interregional para determinar la normativa aplicable, sino como condición *sine qua non* de aplicabilidad de la norma, orientada fundamentalmente a evitar el sometimiento a una ley autonómica en particular por simples razones de conveniencia cuando se supone que no hay conexión de intereses de las personas con la comunidad autónoma que ha promulgado la ley.

4. 4. LA AUTONOMÍA PRIVADA EN LAS FORMAS DE CONSTITUCIÓN DE LA PAREJA ESTABLE

4. 4. A. PREVIO.

La propia noción legal de unión estable y, sobre todo, las formas admitidas para su válida constitución tienen una gran significación, porque, supuesta la capacidad requerida, de ello dependerá, en gran parte, si una determinada unión de hecho queda acogida (o sometida, según se mire) al estatuto que establece y regula la propia ley. En este punto se dirime buena parte del sistema de libertades con que se conciba la unión de hecho. Para aquellas leyes para las que es indispensable un acto expreso y formal de declaración de voluntades (documento público, inscripción registral constitutiva con consentimiento de ambas partes), el núcleo liberal es mayor, porque uno puede mantener una unión de hecho que, pese a reunir los requisitos de capacidad (ausencia de impedimentos) quede al margen del estatuto legal, y se mantenga en una unión libre (aunque siempre cabe la posibilidad de que por la vía de la legislación fragmentaria o de la jurisprudencia *ad casum* determinados efectos se equiparen a los matrimoniales). En cambio, aquellas leyes que contemplan la unión de hecho no necesariamente a partir de un acto expreso de declaración de voluntad de las partes, sino en función de determinados comportamientos —por ejemplo,

convivencia durante un determinado periodo de tiempo, convivencia con descendencia común— y aplican el estatuto legal a tales uniones así constituidas, denotan mayor preocupación por la tutela jurídica de dichas uniones, pero también un mayor carácter imperativo, menor preocupación por la libertad individual hasta dar lugar, prácticamente, a una suerte de matrimonio (bien que de segundo orden) sin consentimiento declarado, (a lo sumo, presuntamente manifestado por conductas o comportamientos). Tal consideración tiene que ver sobre todo con las relaciones jurídico-privadas entre las partes, porque, por regla general, el régimen administrativo y los beneficios públicos aplicados a estas uniones no cercenan libertades, sino que más bien las consolidan y las potencian. Por eso, el segundo estadio en que deberá valorarse el nivel de libertad individual que cada ley de uniones de hecho deja al arbitrio de la persona (de la pareja) será el ámbito de autonomía privada que esa ley deje a las partes a propósito de la libertad de pactos. Lo definitivo es el grado de imperatividad del régimen económico, referido tanto al que estará en vigor constante la unión, como a los efectos o consecuencias jurídicas a que podrá dar lugar la extinción. Primero abordaremos la cuestión desde la perspectiva de la constitución de la pareja, para referirnos, en el próximo epígrafe, a la libertad de pactos.

4. 4. B. EL PRECEDENTE DE CATALUÑA

No sólo por razones cronológicas, sino de peculiaridad de la regulación, comenzaremos por referirnos a la primera ley autonómica de uniones estables de pareja, que, como es sabido, fue la de Cataluña. Distingue esta ley el régimen de constitución según se trate de unión heterosexual u homosexual, siendo preceptiva sólo para esta última la constitución bajo escritura pública, y no siendo posible por simple convivencia (como en la heterosexual), cabe suponer que con el fin de mantener en la privacidad la condición homosexual de aquellas personas que así lo deseen (lo cual no deja de ser un criterio disonante con los intentos de normalizar esta condición u opción sexual de la persona). La unión heterosexual se puede constituir bien por

otorgamiento en escritura pública, bien por convivencia ininterrumpida durante dos años²¹ (art. 1.1), bien por simple convivencia, sin necesidad de un tiempo determinado, cuando haya descendencia común (art. 1.2)²². En cuanto a la acreditación, se admite cualquier medio de prueba admitido en derecho (art. 2), excepto en lo que se refiere a los beneficios respecto a la función pública recogidos en el art. 9, que, a tenor del art. 10, requieren una acreditación y legitimación especiales (la Administración se protege a sí misma). Y, en lo que se refiere a la unión homosexual, el artículo 19 requiere la convivencia (personas del mismo sexo que convivan maritalmente y manifiesten la voluntad...), lo cual, en sus términos textuales, significa que, previa la manifestación de voluntad, debieran ya convivir. No obstante, ni se acota un lapso temporal mínimo de convivencia, ni se requiere ninguna acreditación de la misma, por lo que, de *facto*, puede considerarse que para estas uniones basta la declaración de voluntades en escritura pública (art. 21.1). Por lo demás, la ley catalana no prevé un Registro de uniones de hecho, y se limita a indicar que si Estado prevé la inscripción en el Registro civil de las uniones reguladas en esta ley, los efectos que la misma les otorga se han de entender referidas a las parejas inscritas (Disposición Final Segunda). Lo cual, si llegara a suceder, y dependiendo de cómo se regulara la inscripción, podría dar lugar a un régimen con sesgo distinto al hasta ahora descrito.

4. 4. C. TIPOLOGÍA

- *Modelos que no requieren necesariamente expresa declaración de voluntad.* El legislador no exige preceptivamente, aunque pueda establecerlo como modalidad opcional, un acto expreso o formal de carácter constitutivo. Se incluyen en este

²¹ En caso de vínculo matrimonial, el tiempo de convivencia transcurrido hasta el momento en que se obtenga la disolución o la nulidad, se ha de tener en cuenta en el cómputo (art.1.3).

²² Dicha descendencia común ¿ha de convivir también en el núcleo familiar?. ¿Tiene relevancia la mayoría o minoría de edad, o la independencia personal o económica del hijo?. Estas indefiniciones se reproducen en otras leyes.

grupo las leyes de Aragón²³, Asturias²⁴, Canarias²⁵, Navarra²⁶ y, en parte, Cataluña (para la pareja heterosexual)²⁷.

²³ El art. 3.1 de la ley de Aragón 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. Su acreditación (art. 3.2.) es mediante escritura pública, si la hay, o mediante cualquier de los medios de prueba admitidos en Derecho, entre los cuales se cita especialmente el acta de notoriedad o el documento judicial.

²⁴ Del art. 3.2 de la Ley del Principado de Asturias se desprende que es pareja estable la que convive ininterrumpidamente un año, la que convive con descendencia común sin necesidad de un periodo determinado, y la que haya expresado su voluntad de constituir una pareja estable, bien en documento público, bien mediante inscripción en el Registro de uniones de hecho del principado, admitiéndose como prueba de la unión (art. 3.3) cualquier medio admitido en Derecho.

²⁵ La Comunidad de Canarias requiere convivencia durante doce meses, o simple convivencia con descendencia común (art. 1) y contempla un Registro para la inscripción meramente declarativa y voluntaria de dichas uniones que requiere el consentimiento de ambas partes (vid. arts. 3 a 5). La Disposición Final Primera establece que *si la legislación del Estado prevé la inscripción en el Registro Civil de las parejas de hecho reguladas por esta Ley, los efectos que ésta les otorga deben ser entendidos referidos a las uniones que se inscriban.*

²⁶ En el caso de Navarra, se considera pareja estable la unión libre y pública (art. 2.1) que haya convivido maritalmente, como mínimo, durante un año ininterrumpido salvo que tuvieran descendencia común, en cuyo caso basta la mera convivencia, o salvo que hayan expresado su voluntad de constituir una pareja estable en documento público (art. 2.2). La existencia de pareja estable y el transcurso del año de la convivencia pueden acreditarse a través de cualquier medio de prueba admitido en Derecho (art. 3), de modo que la creación por el Gobierno por los Ayuntamientos de Registros de Parejas Estables se presenta como una simple posibilidad para facilitar, a través de su inscripción voluntaria, la prueba de su constitución (disposición Adicional). Por tanto, la inscripción no es constitutiva, y la declaración expresa de voluntad, aunque no excluida como medio de constitución de la unión a través del documento público, coexiste con otros modos de constitución, basados en la convivencia. Todo eso le separa de otras regulaciones aparentemente análogas como la extremeña, la cual, aún partiendo aparentemente de idénticos presupuestos, canaliza todos ellos en la inscripción constitutiva. Por lo demás, se prevé que *si la legislación del Estado previera la inscripción en el Registro Civil de las uniones reguladas por la presente Ley Foral, los efectos que ésta les otorgara han de entenderse referidos a las parejas que se inscriban en el mismo* (Disposición Adicional).

²⁷ Vid. epígrafe anterior.

- *Modelos que requieren o implican, para la constitución, una expresa declaración de voluntad.* Incluimos en este grupo aquellas leyes que, por uno u otro medio, y con requisitos adicionales o sin ellos, exigen que ambas partes declaren su voluntad de constituirse en unión estable. Se agrupan aquí las leyes del País Vasco, Baleares, Andalucía, Cantabria, Extremadura, Valencia, Madrid y, para las parejas homosexuales, de Cataluña.

Dentro de este modelo, un *primer subgrupo* queda formado por aquellas leyes caracterizadas por exigir únicamente la expresa declaración de voluntad sin requerir ningún presupuesto fáctico previo de convivencia. Forman parte de este primer subgrupo las leyes del País Vasco, Baleares y Andalucía²⁸.

²⁸ Todavía dentro de este primer subgrupo cabe distinguir entre *dos variantes*. La *primera variante* consiste en que la expresión de esta mutua voluntad va implícita en el acto de promover la inscripción en el Registro con el consentimiento de ambas partes, inscripción que tiene carácter constitutivo y que es, a la vez, el único medio constitutivo (leyes del País Vasco y de les *Illes Balears*). La Ley 2/2003, reguladora de las parejas de hecho, del País Vasco es especialmente clara al establecer en su art. 3.1 que *la inscripción de la pareja en el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco, que se creará al efecto, tendrá carácter constitutivo, de modo que a las no inscritas no les será aplicable la presente Ley*. Coherente con ello, en cuanto a su acreditación, se prevé únicamente la *certificación expedida por el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco* (art.3.2), minuciosamente regulado en el art. 4 de la indicada ley y Decreto 124 /2004, de 22 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco (Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales). La ley de la Comunidad de Baleares, pese a que define las parejas estables como las uniones de dos personas que convivan de forma libre, pública y notoria, en una relación de afectividad análoga a la conyugal (art. 1.1), prevé la inscripción en el Registro de Parejas Estables *con carácter constitutivo* (art. 1.2). Se trata de una inscripción *voluntaria* (art. 1.2), en el sentido que no se obliga a la pareja a pasar obligatoriamente por ello y a someterse a la ley, y a la vez *necesaria* (Disposición final primera, 2), en la medida que, de no estar inscrita, la pareja no queda tutelada por la ley.

La *segunda variante* consiste en establecer otras formas distintas, o cuando menos alternativas, a la inscripción constitutiva. Es el caso de la ley de Andalucía, cuya ley, si bien define la unión de hecho *como la unión de dos personas, con independencia de su opción sexual, a fin de convivir de forma estable, en una relación de afectividad análoga a la conyugal* (art. 3), a la hora de regular su

Y un segundo subgrupo se caracteriza por conjugar soluciones híbridas a base de presupuestos fácticos, e inscripción constitutiva (leyes de Cantabria, Extremadura, Valencia y Madrid)²⁹. En cuanto al modelo catalán (parejas homosexuales), nos remitimos al epígrafe anterior.

acreditación convierte *la declaración de voluntad de constituir una pareja de hecho* (art. 5.1.e) precisamente en el elemento constitutivo. Conforme al art. 5.2., dicho acto se lleva a cabo mediante comparecencia personal de los interesados (ante el encargado del Registro, Alcalde, Concejal o funcionario en quien delegue), aunque, conforme al art. 5.3, puede llevarse a cabo también, mediante escritura pública o cualquier otro medio de prueba. Pero entiéndase bien: no se trata de poder probar por cualquier medio la existencia de la unión, sino de acreditar la declaración de voluntad misma, que, insistimos, es el elemento constitutivo. De manera que la inscripción de las uniones de hecho en el Registro de Parejas de Hecho no tiene carácter constitutivo; cuando menos, no lo tiene necesariamente, aunque puede tenerlo si se entiende que la expresión de voluntad expresada ante el Encargado del Registro, previo a la inscripción, transmite esta naturaleza a la inscripción propiamente dicha; pero con independencia de esta disquisición, caben, como se ha dicho, otras formas de expresión esa declaración de voluntad constitutiva (escritura pública u otros medios).

²⁹ También aquí aparecen *dos variantes* fundamentales. La *primera* tiene como rasgo fundamental que debe concurrir alguno de los distintos presupuestos fácticos (convivencia durante un año, simple convivencia si hay descendencia común, o declaración de voluntad de constituir una pareja estable) que debe preceder a la inscripción en el Registro (siempre por voluntad de ambas partes) que tiene carácter constitutivo. Incluimos aquí las leyes de Cantabria y de Extremadura, aunque esta última un tanto confusamente. El art. 4.3. de la ley de Cantabria considera que la pareja es estable si las partes *hubieran convivido, al menos, un año de forma ininterrumpida*; o si tienen *descendencia común, natural o adoptiva*; o si han *expresado su voluntad de constituir una pareja de hecho en documento público*. Pero ha de tenerse en cuenta que las tres hipótesis son meramente presupuestos, y que ni siquiera la voluntad expresada en documento público tiene carácter constitutivo, sino meramente declarativo, y en este sentido, el art. 1.1 dice que *la ley tiene por objeto regular el régimen jurídico aplicable a aquellas personas que acuerden constituirse en pareja de hecho y se inscriban en el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria*, en tanto que el art. 5.1 dice que *serán objeto de inscripción las declaraciones de constitución (...)*. La inscripción requiere *el consentimiento conjunto de ambos componentes de la pareja de hecho* (art. 5.2), y es dicha inscripción en el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria el factor verdaderamente constitutivo (art. 6.1). En resumen, pese al carácter híbrido, prevalece el principio de sometimiento voluntario a la ley, a través de una inscripción que requiere el consentimiento de ambas partes. A significar, que *el régimen de Derecho público y administrativo de las parejas de hecho inscritas*

4. 5. LA AUTONOMÍA PRIVADA EN EL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE PACTOS

Todas las leyes, con una u otra expresión, parten del principio de libertad de pactos en lo referente a regular las

alcanzará igualmente a las parejas de hecho que pudieran inscribirse en el Registro Civil (Disposición Final primera). La ley de Extremadura ha optado también por un sistema parecido: se entenderá que la unión es estable —dice el art. 2.2.— cuando los miembros de la pareja hayan convivido, 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 todo caso, es necesaria la inscripción en el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura tendrá carácter constitutivo (art. 2.3). Pero no se acaba de comprender muy bien que el art. 4.1 y 2 prevea un expediente contradictorio para la inscripción, admitiendo cualquier medio de prueba admitido en derecho para la prueba de la previa convivencia libre, pública, notoria e ininterrumpida en relación de afectividad, cuando, aún no existiendo ésta, basta expresar la voluntad de constituir una pareja estable en documento público, y cuando, además, conforme al art. 2.1, se exige que las partes voluntariamente decidan someterse (a la ley) mediante la inscripción de la pareja en el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura. Por lo demás, conforme a la Disposición Adicional Tercera, si la legislación del Estado prevé la inscripción en el Registro Civil de las uniones reguladas por esta Ley, los efectos que ésta les otorga habrán de entenderse referidos a las parejas que en éste se inscriban.

La segunda variante se caracteriza por prever y requerir un único presupuesto fáctico de la convivencia, seguido de inscripción constitutiva (siempre con consentimiento de ambas partes). A esta variante corresponden las leyes de las Comunidades de Valencia y de Madrid, que requieren igualmente que los componentes de la pareja voluntariamente decidan someterse a la ley mediante la inscripción de la unión en el Registro de Uniones de Hecho (arts. 1.1), pero operando siempre como presupuesto la necesidad de previa convivencia afectiva (libre, pública y notoria) durante doce meses (arts. 1.1), con lo cual, y más allá de si esa exigencia es razonable o no, tiene mayor sentido que en el caso de la ley extremeña la previsión de un expediente contradictorio para acreditar esta previa convivencia ininterrumpida, la cual habrá de probarse mediante dos testigos mayores de edad en pleno ejercicio de sus derechos civiles (art. 3.2). Dichas uniones producen sus efectos desde la inscripción (arts. 3.1) y se acreditan mediante la certificación del Encargado del Registro (arts. 3.3). Además, la ley de la comunidad valenciana establece que *si la legislación del Estado prevé la inscripción en el Registro Civil de las uniones reguladas por esta ley, los efectos que ésta les otorga deben ser entendidos referidos a las uniones que se inscriban* (Disposición final primera).

relaciones personales y económicas de la pareja. Obviamente esta libertad tiene los límites generales, explícita o implícitamente presentes en las leyes, de respeto a la dignidad de las personas, a la igualdad, al derecho de los demás y, en general, los límites derivados del orden público. Y una de las prohibiciones explícitas ampliamente extendida en distintas leyes es la de someter la unión a condición o pactar *a proiri* un límite temporal (convivencia *ad tempus*), a pesar de que una de las causas de disolución o extinción sea la voluntad, incluso unilateral, de darla por terminada. Pero, además de estos límites, la autonomía privada puede verse también limitada por la mayor o menor intensidad con que cada ley pueda plantear la idea de norma imperativa y necesaria. Es lo que pasamos a constatar seguidamente poniendo especial énfasis en el régimen económico durante la convivencia y en las consecuencias a la extinción de la pareja. Pero el enfoque de la cuestión desde el punto de vista de los límites a la libertad individual es de especial interés a propósito de aquellas leyes que no prevén como imprescindible, para tener por creada la unión, una expresa y formal declaración de voluntad o momento constitutivo. Porque en el caso de que a esta forma de constitución (por ejemplo, convivencia por un tiempo determinado o simple convivencia si hay descendencia común) se impongan consecuencias legales imperativas (no renunciables *a priori*, aunque, generado el derecho, sí lo sean), entonces la autonomía privada resulta especialmente afectada. Por consiguiente, examinaremos primero las leyes que, según lo expresado anteriormente, prescinden de una necesaria voluntad expresa para la constitución de la unión, y después las que por uno u otro medio la requieren en todo caso.

Una valoración del reconocimiento o límites a la autonomía de la voluntad en los modelos legales que no requieren necesariamente expresa declaración de voluntad nos lleva a concluir que incorporan densos contenidos económico-patrimoniales extra pactos y, por tanto, dan lugar a una especial restricción de la autonomía privada las de Cataluña³⁰ (a propósito

³⁰ En Cataluña (pareja heterosexual) es acaso donde la ley concentra más consecuencias. Al principio de libertad de pactos reguladores de las relaciones

de las uniones heterosexuales), Aragón³¹ y Navarra³²; implica una tenue restricción la ley canaria³³; y prácticamente ninguna la asturiana³⁴.

personales y patrimoniales (que puede ser en forma verbal, o por escrito, pudiendo ser en documento privado o público), se añade la posibilidad de pactar compensaciones al final de la convivencia, pero con el mínimo de derechos que regula la ley, que son irrenunciables hasta el momento en que sean exigibles (art. 3.1). Se trata de la compensación económica por desequilibrio patrimonial derivado de la dedicación no retribuida o insuficientemente retribuida con resultado de enriquecimiento injusto (art. 13) y de la pensión periódica (art. 14), que aunque se califica de alimentaria, es mixta entre alimentaria y compensatoria. La regulación de ambas figuras y las normas previstas para el ejercicio de los derechos correspondientes (art. 16) es bastante minuciosa, pero a mi modo de ver no exenta de contradicciones. A falta de pacto, se establece: un régimen económico subsidiario (art. 3.2.) sobre formas de contribuir al mantenimiento de la casa y gastos comunes (que se detallan en el art. 4), sin perjuicio de la separación de bienes y de su administración por separado; el principio de solidaridad respecto de las obligaciones contraídas por razón de dichos gastos comunes (art. 5); la obligación alimentaria entre los convivientes con preferencia a cualesquiera otras personas (art. 8), sin olvidar que, a través del concepto de gastos comunes, se incorpora también la obligación alimentaria (mantenimiento) respecto a los hijos que convivan con la pareja, *comunes o no* (art. 4.1), quedando involucrado pues el no progenitor en dichos alimentos (aunque obviamente tal obligación cesaría con la extinción de la unión estable). Y aún hay otras consecuencias, como los límites a la disposición de la vivienda común (art. 11) y los derechos “viduales”: adjudicación al supérstite del ajuar y muebles domésticos ordinarios, y durante el año siguiente, derecho a ocupar la vivienda y a ser alimentado con cargo al patrimonio del premuerto, en consonancia con el nivel de vida e importancia de su patrimonio (art. 16.1 y 2). Nada específico se regula sobre la sucesión.

³¹ La ley de Aragón parte, como prácticamente todas, de la libertad de pactos (que deben formalizarse en escritura pública, y, conforme a la Disposición Adicional Primera, pueden adquirir valor de capitulaciones matrimoniales en caso de que los miembros de la pareja contrajeran matrimonio, si así lo han acordado expresamente en la escritura) para regular las relaciones personales y económicas (art. 5.1); en defecto de pacto, el art. 5.3 establece un régimen primario consistente en que *los miembros de la pareja estable contribuirán al mantenimiento de la vivienda y gastos comunes con sus recursos, en proporción a sus ingresos respectivos y, si no son suficientes, de acuerdo con sus patrimonios, sin perjuicio de que cada uno conserve la propiedad, administración y disfrute de sus propios bienes. / Tendrán la consideración de gastos comunes de la pareja los necesarios para su mantenimiento y el de los hijos comunes o no que convivan con ellos, incluyendo el derecho a alimentos, educación, atenciones médico-sanitarias y vivienda.* Y se añade una cláusula de solidaridad frente a terceros cuando se trata de gastos comunes adecuados a los usos sociales (art. 5.4). Se

establece una obligación alimentaria entre los miembros de la pareja con preferencia a cualquier otra persona (art. 13), aunque una vez extinta, desaparece dicha obligación (sin perjuicio de los efectos patrimoniales previstos para la extinción). Por otra parte, la libertad de pactos tiene, entre otros límites, la no vulneración de las normas imperativas (art. 5.1); y parece que lo son las referidas a los efectos patrimoniales de la extinción previstos en el art. 7, consistentes en compensación económica y pensión periódica. Por tanto sería nulo el pacto que *a priori* excluyera estas hipotéticas consecuencias. Se prevén también, para el caso de extinción por muerte, derechos del supérstite sobre mobiliario, útiles e instrumentos de trabajo que constituyan ajuar habitual y derecho a residir en la vivienda durante un año (art. 9).

³² La ley navarra (art. 5.1) permite libertad de pactos (en documento público o privado) para regular las relaciones personales y patrimoniales, así como las compensaciones económicas al cese de la unión, pero, al estilo de la ley catalana, *respetando, en todo caso, los derechos mínimos contemplados en la presente Ley Foral, los cuales son irrenunciables hasta el momento en que son exigibles*. Tales derechos —cuyo ejercicio se regula con cierto detalle en el art. 6— son, también como en Cataluña, la pensión periódica (art. 5.4) y la compensación económica (art. 5.5), aunque respecto a esta última se presentan dudas sobre esa previa irrenunciabilidad, habida cuenta que textualmente se prevé *en defecto de pacto*. También en defecto de pacto, se establece (art. 5.3) un régimen económico constante convivencia, en términos también parecidos a la ley catalana. Rige, asimismo, el principio de solidaridad frente a terceros (art. 7). En definitiva, consecuencias nada despreciables, en estas tres leyes, para unas uniones que pueden quedar sometidas a las mismas sin que las partes expresamente así lo hayan querido.

³³ Muy tenue es la regulación que sobre el particular ofrece la ley canaria, basada en los Pactos de Convivencia, libremente reguladores de las relaciones personales y económicas, incluida la compensación económica al cese de la convivencia (art. 7.1). Aunque según dicha norma los miembros de la pareja podrán regular válidamente por *cualquier forma, verbal o escrita, admitida en Derecho*, las relaciones personales y patrimoniales derivadas de la convivencia, el art. 7.2 requiere que *tales pactos de convivencia consten en escritura pública o en otro documento que reúna las condiciones de autenticidad*. Son inscribibles voluntariamente (art. 8). La única norma con cierta vocación imperativa es la del art. 7.3, referente al régimen económico primario de convivencia, conforme al cual, *en defecto de pacto, se presumirá, salvo prueba en contrario, que los miembros de la pareja contribuyen al mantenimiento del hogar y a los gastos comunes con el trabajo doméstico y con sus recursos, en proporción a sus ingresos respectivos y, si no son suficientes, de acuerdo con sus patrimonios respectivos*.

³⁴ Aunque desde el punto de vista constitutivo también la ley de parejas de la Comunidad de Asturias admite la unión de hecho aún si voluntad explícita de las partes, no parece que ello pueda acarrear consecuencias sorpresivas, a la vista de una regulación que se basa totalmente en la libertad de pactos (art. 5), que podrá

Tratándose de los modelos que necesariamente exigen o implican una expresa declaración de voluntad para constituir la unión de hecho legal, la incidencia en la autonomía privada es menos traumática, en la medida que se supone que la expresa declaración de voluntad a partir de la cual se constituye la unión implica mayor conciencia de sus consecuencias. De todas formas, si pasamos revista a lo más relevante de los contenidos, siguiendo el criterio de menos a más consecuencias vinculantes para los miembros de la pareja, el orden resultante sería: País Vasco³⁵, Valencia y Madrid³⁶, Andalucía³⁷, Extremadura³⁸, Cantabria³⁹, Baleares⁴⁰ y Cataluña (pareja homosexual)⁴¹.

incluir compensaciones, pero en la que, a falta de pacto, no se prevé ninguna consecuencia necesaria o imperativa, ni en materia de régimen económico constante convivencia, ni a la extinción.

³⁵ La ley reguladora de las parejas de hecho del País Vasco es la que mejor representa la máxima libertad individual. El art. 5.1 asienta el principio de libertad de pactos y la posibilidad de regular derechos y deberes y compensaciones económicas, inscribibles en el Registro de Parejas de Hecho, de conformidad con lo establecido en el art. 4.2. Y propone (art. 6) unas cláusulas generales a las que la pareja pueda adherirse, consistentes en un régimen económico, constante la unión, sobre mantenimiento de la vivienda y gastos comunes (art. 6.1) y efectos al cese de la unión, referentes a la pensión periódica (art. 6.2 a), a la compensación económica (art. 6.2 b), y a los derechos del superviviente en caso de extinción por muerte (art. 6.2 c). La clave del régimen que se propone legalmente es simplemente la posibilidad de adhesión al mismo, sin perjuicio de que las partes puedan establecer otro pacto expreso. Todo ello unido al sistema de constitución antes analizado, que exige la voluntad expresa de ambas partes para formalizar la inscripción constitutiva, proporciona a la ley vasca el sesgo más liberal de todas las leyes autonómicas sobre unión de hecho

³⁶ Las leyes de Valencia y Madrid regulan la cuestión de forma análoga y con frecuencia literalmente idéntica: posibilidad de pactos en escritura pública para regular las relaciones económicas durante la convivencia y al cese de la misma (arts. 4.1); la ley de Madrid alude expresamente a pactos sobre compensaciones conforme a los criterios del art. 97 del Código civil (art. 4.2); presunción de que los miembros de la unión contribuyen equitativamente al sostenimiento de las cargas de ésta, en proporción a sus recursos (arts. 4.2 y 4.3, respectivamente). No hay, pues, normas imperativas, salvo la citada presunción. En ambas leyes los pactos son susceptibles de inscripción (no constitutiva).

³⁷ La ley de Andalucía también parte de la libertad de pactos (art. 10). Llama la atención que, según dicho artículo —con relación a la posible compensación económica prevista en el mismo (y reiterada en el art. 12.2) con ocasión de la extinción de la pareja— el pacto haya de tener lugar en el momento de la

inscripción de la pareja; no creemos, pese a la literalidad de la norma, que el legislador haya pretendido prohibir la incorporación o modificación de este extremo, una vez la pareja está inscrita. Además de la compensación económica, el art. 11.1 alude a la posibilidad de pactar —y de recabar la información pertinente de la Junta de Andalucía— sobre contribución a las cargas familiares, régimen de titularidad y disposición de bienes y ganancias, con la constitución, en su caso, de una sociedad universal en cualquiera de sus modalidades, derecho a alimentos y efectos patrimoniales derivados de la disolución de la pareja de hecho (distribución y adjudicación de bienes, atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar; contribución a las cargas familiares y alimentos, indemnización a favor de alguno de sus miembros). No parece que la anotación de los pactos tenga carácter constitutivo, dado que es potestativa (art.11.2). Pero si hasta aquí todas las consecuencias son facultativas, basadas en la autonomía privada y en la libertad de pactos, hay que señalar que también quedan previstas consecuencias vinculantes: una es el régimen económico primario que prevé el art. 12.4, en cuya virtud los miembros de la pareja estable son responsables solidarios frente a terceras personas de las obligaciones contraídas por los gastos necesarios para el mantenimiento de la casa. Por su parte, el art. 13 establece el derecho “vidual” en caso de fallecimiento consistente en que el sobreviviente podrá residir en la vivienda habitual durante un año.

³⁸ La ley de Parejas de Hecho de la Comunidad autónoma de Extremadura ha ido algo más lejos que la andaluza (salvo en lo que se refiere a los derechos “viduales”, que no los recoge). Asentada la libertad de pactos (en escritura pública) para regir las relaciones económicas y liquidarlas a su cese (art. 6.1), y establecido a falta de acuerdo, un sencillo régimen económico primario, en cuya virtud se presume, salvo prueba en contrario, que los miembros de la pareja de hecho contribuyen al sostenimiento de las cargas de ésta en proporción a sus recursos (art. 6.2.), queda prevista una compensación económica al cese de la convivencia inspirada en la ley catalana, es decir, para el conviviente perjudicado que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente, y supuesta una situación de desigualdad patrimonial, que implique un enriquecimiento injusto (art. 7). Esta compensación no requiere pacto expreso y por ello mismo no parece que los pactos pueda excluirla *a priori*.

³⁹ Muy parecida a la anterior es en este punto la ley de Cantabria: el art. 8.1 recoge el principio de libertad de pactos de la pareja de hecho —en escritura pública y susceptibles de inscripción en el Registro, que no sería constitutiva (art. 8.4)— para regir las relaciones económicas y liquidarlas a su cese; el régimen económico primario, en cuya virtud se presume, salvo prueba en contrario, que los miembros de la pareja de hecho contribuyen al sostenimiento de las cargas de ésta (incluida los de la vivienda), en proporción a sus recursos se recoge en el art. 8.2.). Sobre la compensación económica, regulada en el art. 9, vale todo lo expuesto a propósito de la ley extremeña.

⁴⁰ El régimen balear permite cualquier forma de autorregulación de las relaciones personales y patrimoniales, oral o escrita, y, en cuanto a las compensaciones

4. 6. CAUSAS DE DISOLUCIÓN O EXTINCIÓN

4. 6. A. TERMINOLOGÍA Y CONCEPTO

Las respectivas leyes, a la hora de referirse a las causas que dan lugar a la terminación de la unión estable, utilizan las

económicas en el caso de extinción, las considera (como en Cataluña y Navarra) irrenunciables hasta el momento en que son exigibles (art. 4.1.), siendo los efectos económicos a la extinción de la convivencia los que ya en muchas leyes han adquirido carta de naturaleza: pensión periódica y compensación económica (art. 9), cuyo ejercicio se regula en el art. 10. Hay un régimen económico primario a falta de acuerdo (art. 5.1), con determinación de lo que son gastos para el sustento de las cargas familiares, entre los que se incluyen los necesarios para el mantenimiento de la pareja y de los hijos, *comunes o no*, que convivan con ellos, así como, en general, los alimentos en el sentido más amplio (art. 5.2), además del derecho preferente de alimentos (art. 6). Dicho régimen, también como suele ser habitual, es sin perjuicio de la separación en la titularidad y administración de bienes (art. 5.4). Respecto de las cargas familiares, prevalece la responsabilidad subsidiaria del miembro de la pareja que no contrajo la obligación (art. 5.3). Se separa de la legislación catalana el tratamiento de los derechos “viduales” entre la pareja, que se limitan a la adjudicación del ajuar (art. 12), y en materia de régimen sucesorio, estableciéndose que *el conviviente que sobreviviera al miembro de la pareja premuerto tiene los mismos derechos que la Compilación de Derecho Civil balear prevé al cónyuge viudo* (art. 13).

⁴¹ Rige el principio de libertad de pactos reguladores de las relaciones personales y patrimoniales, y posibilidad de pactar compensaciones al final de la convivencia, pero con el mínimo de derechos que regula la ley, que son irrenunciables hasta el momento en que sean exigibles (art. 22.1); previsión de compensación económica y pensión al cese de la convivencia (art. 31.2 y 3), cuyo ejercicio se regula en el art. 32; establecimiento, a falta de pacto, de un régimen económico subsidiario (art. 22.2), sobre formas de contribuir al mantenimiento de la casa y gastos comunes que se enumeran en el art. 23. Obligación alimentaria entre los miembros de la pareja (arts. 26), también contemplados desde el punto de vista de los gastos comunes (art. 23.1 a), y que se extiende al régimen económico primario al incluir como gastos comunes el mantenimiento de los hijos de cualquiera de las partes que convivan en el núcleo familiar (art. 23.1); límites a la disposición de la vivienda común (art. 28), derechos “viduales” a la extinción por muerte (art. 33), y, separándose de lo previsto para las uniones heterosexuales, derechos sucesorios por sucesión intestada (art. 34). Se supone que la razón de ser de esta diferencia de tratamiento es que la unión heterosexual ya contaba con el matrimonio para la sucesión intestada. Sólo que, desde la reforma del Código civil que permite el matrimonio homosexual, dicha diferenciación pierde sentido, y ha ocasionado, probablemente, una causa de inconstitucionalidad sobrevenida.

expresiones disolución (leyes de Andalucía, Asturias, Cantabria y Navarra) o extinción (las restantes)⁴². Se proyecta así a la unión de hecho el debate nominalista originario del Derecho matrimonial, donde se ha plasmado idéntica disyuntiva, en la que por lo general el legislador no ha hecho demasiado caso a la doctrina purista que distinguía entre lo uno y lo otro, y que pretendía reservar el término extinción al supuesto de muerte, al entender que, en sentido estricto, no era disolución, ya que expresa el final de la unión por desaparición de uno de los presupuestos subjetivos indispensables. Hay que decir que ni siquiera en el marco de la propia ley se respeta siempre la misma denominación. Ahora bien, hay casos en que esta variedad terminológica va más allá de una cuestión de lenguaje, y puede inducir a confusiones de concepto con cierta trascendencia jurídica. Así, volviendo a la ley catalana, los arts. 16. 2 (uniones heterosexuales) y 32.2 (uniones homosexuales) establecen que la reclamación de la pensión y de la compensación económica debe hacerse en el plazo de un año a contar desde el cese de la convivencia, siendo así que los arts. 12.1 d (para parejas heterosexuales) y 30.1 d (para las homosexuales), establecen como una de las causas de extinción el transcurso de más de un año de separación de hecho. Esta última posibilidad es una prueba palpable más de que estamos ante un auténtico vínculo jurídico, que puede pervivir más allá de la base fáctica que en origen la sustenta; en todo caso, la dispersión nominal, concretada aquí con la utilización de la fórmula cese de la convivencia, pone sobre el tapete la duda de si el ejercicio de la acción cuenta con un plazo de un año desde que cesó la convivencia, que es lo que literalmente dice la ley, o desde la extinción jurídica de la unión, que parece lo razonable⁴³.

⁴² Por ejemplo, la ley vasca, en lo que respecta a las causas legales, se apunta al término extinción, pero utiliza el término disolución (art. 5.1) a propósito de las compensaciones económicas para el caso de disolución de la pareja; a veces, se utilizan otras expresiones, como en el caso de la ley catalana, cuyos arts. 17 y 29 aluden a los efectos de la ruptura.

⁴³ Idéntica perplejidad plantea la ley navarra, cuyo art. 6.1 prevé igual plazo para la reclamación a contar desde el cese de la convivencia, y que contempla asimismo (art. 4 e) la referida causa de disolución. En cambio, han corregido esta

Denominador común de la regulación de las causas de disolución o extinción es que, salvo la declaración de fallecimiento, no se requiere un pronunciamiento judicial constitutivo. Se trata, en todas las leyes, de causas materiales, dependientes o no de la libre voluntad de las partes, según los casos, que operan por si mismas, sin necesidad de un pronunciamiento judicial especialmente dirigido a dar por finalizada la unión. Esta es la diferencia de fondo más importante respecto a las causas de disolución matrimonial por divorcio, que requieren necesariamente la intervención judicial constitutiva, aunque, tras la conquista del divorcio por voluntad unilateral, ha perdido sentido dicha intervención judicial y es probable que, en un futuro no muy lejano, la cuestión se decante hacia lo que podría ser el divorcio administrativo, sin necesidad de pronunciamiento del juez (sin perjuicio de que éste deba aprobar o dictar las medidas correspondientes). En cambio, es parecida la manera con que operan en uno y otro caso (matrimonio y unión de hecho) las causas disolutorias o extintivas consistentes en la muerte y en la declaración de fallecimiento. Para la primera, no se requiere ninguna intervención judicial. Para la segunda sí, pero no se trata tanto de pronunciamiento concebido para la disolución o extinción, cuanto de una resolución con objetivos más genéricos, entre cuyos efectos se ha adherido esta consecuencia desvinculatoria.

4. 6. B. EXTINCIÓN Y MEDIDAS RESPECTO A LOS HIJOS

Algunas normas obligan a comunicar al Registro la extinción de las uniones de hecho; otras, prevén las medidas que deben fijarse de mutuo acuerdo o por decisión del juez a propósito de los hijos. Pero lo que constituye cierto agravio

inexactitud, tanto la ley de Aragón, que, conteniendo la indicada causa de extinción (art. 6.1 d), establece en su art. 7.3 que la reclamación (...) deberá formularse en el plazo máximo de un año a contar desde la extinción de la pareja estable no casada (...), y la ley de Baleares que, recogiendo asimismo la repetida causa extintiva (art. 8 c), determina (art.10.1) que la reclamación (...) se hará en el plazo de un año desde la extinción de la pareja.

comparativo con respecto a la regulación matrimonial es que no haya una cierta ligazón necesaria entre desvinculación y medidas, y particularmente, las que tratan de tutelar los intereses de los hijos menores. En el caso del matrimonio hay una norma no escrita pero implícitamente presente en la legislación, consistente en que no hay desvinculación jurídica matrimonial sin medidas⁴⁴. La normativa sustantivo-procesal de la separación, el divorcio y la nulidad están concebidos de forma que el pronunciamiento principal debe ir acompañado de los efectos o medidas. Es cierto que, tal como está operando, este sistema produce un efecto perverso, pues tiende a desnaturalizar las causas legales de separación y divorcio (hoy reconducidas a la voluntad unilateral), porque, una vez producidas, no es posible obtener el pronunciamiento inmediatamente, sino que éste se dilata, precisamente porque hay que enjuiciar y decidir sobre las medidas que procede fijar. Pero sin perjuicio de que el sistema sea perfectible, la idea es buena, porque, a partir de la crisis de la pareja, es presumible —o, al menos, no es descabellado pensar— que los deberes de los progenitores respecto a los hijos dejarán de cumplirse con la espontaneidad, fluidez y solvencia con que se presume que se cumplen durante la convivencia. A partir de este dato, sería bueno que, aún manteniéndose el principio de no intervención judicial constitutiva en la extinción de la unión estable se estableciera que, habiendo hijos, dicha extinción debe ligarse a la necesaria intervención judicial para establecer las medidas pertinentes relativas a los menores.

⁴⁴ La única excepción, secuela del viejo sistema matrimonial, es el de la eficacia civil de resoluciones eclesiásticas (nulidad y disolución pontificia *super rato*), ya que el art. 778.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece la posibilidad de plantear dicha eficacia, sin solicitud de medidas. Pero esta excepción es prácticamente irrelevante, porque en la práctica habrá habido previamente separación o divorcio con las correspondientes medidas.

4. 6. C. LAS CAUSAS LEGALES, EN PARTICULAR

- *El mutuo (común) acuerdo.* Esta causa está recogida en todas las leyes⁴⁵, sin cláusula adicional alguna. Por tanto, no se requiere ni un tiempo de separación de hecho, ni una forma de expresión determinada, ni ningún plus probatorio. Es la máxima expresión de la autonomía de la pareja en punto a disolución o extinción, pero no de la libertad individual, que se concreta en una causa distinta: la voluntad unilateral⁴⁶.

- *La voluntad (o decisión) unilateral de uno de los integrantes de la pareja.* Se trata, obviamente, de una voluntad que ha de ser exteriorizada. Y habría que añadir, incluso, que comunicada al otro. Esta causa se puede plantear sin requerir condición adicional alguna, o requiriéndola, especialmente en lo que se refiere a la forma o medio de acreditación. Responden a la primera opción las leyes de Andalucía (art. 12.1 d) y, de forma matizada, Aragón⁴⁷ y Extremadura⁴⁸. Pero la mayoría de leyes

⁴⁵ Leyes de Andalucía, art. 12.1 c; Aragón art. 6. 1 b; Asturias, art. 4.1 c; Baleares, art. 8.1 a; Canarias, 9.1 a; Cantabria, art. 12.1 b; Cataluña: pareja heterosexual, art. 12.1 a; pareja homosexual, art. 30.1 a; Madrid, art. 6.1 a; Navarra, 4.1 c; País Vasco, art. 18 a; Valencia, art. 6.1 a.

⁴⁶ Cabe preguntarse que, si por razones de coherencia con aquellas leyes que requieren inscripción constitutiva de la unión, el mutuo acuerdo debiera comunicarse al Registro de Parejas de hecho cuya inscripción adquiriría el mismo carácter constitutivo, en este caso de la extinción. No aludo sólo a un simple deber de comunicación —lo que algunas leyes ya recogen— sino al carácter constitutivo-extintivo de la inscripción. Además de estas razones de coherencia, este sistema haría que la Administración tuviera conocimiento de la ruptura y, con ella, la posibilidad de intervenir en la determinación de las medidas respecto de los hijos. Pero la cuestión no es tan sencilla. Por una parte, para llegar a este objetivo de garantizar la intervención del juez en relación con los hijos, deberían dictarse normas que en muchos casos trascienden de las competencias de las Comunidades Autónomas. De otra parte, esta solución no serviría para otros supuestos extintivos, como el de matrimonio de uno de los miembros de la pareja; y, en tercer lugar, tal exigencia rebaja la naturaleza en principio libre de estas uniones. Porque si exigir la inscripción constitutiva para crear la unión puede tener un significado pro libertad, en la medida que, a quienes no quieran someterse a la ley, les basta con no inscribirla, exigir la notificación e inscripción en el Registro para disolverla supone añadir requisitos a la libertad que ha de haber para extinguirla.

⁴⁷ La literalidad de la causa legal (art. 6 1 c) alude simplemente a la *decisión unilateral*, si bien el art. 6.2 añade posteriormente que "cualquier miembro de la

optan por la segunda solución. Dentro de esta, cabe distinguir entre aquellas leyes que requieren una comunicación fehaciente al otro, y las que requieren genéricamente que se notifique a la otra parte por cualquiera de las formas admitidas en Derecho. Al primer caso corresponden las leyes de Baleares (art. 8.1 b), Cantabria⁴⁹, Cataluña (arts.12.1 b para las parejas heterosexuales y 30.1 b para las homosexuales), Navarra (art. 4.1 d) y País Vasco (art. 18. b). Al segundo caso, las leyes de Canarias (art. 9.1 b), Madrid (art. 6.1 b), y Valencia (art. 6.1 b). En mi opinión todas las soluciones son legalmente propuestas son insatisfactorias. Parece que la simple voluntad unilateral es insuficiente, porque, como se ha dicho, debe comunicarse a la otra parte; pero incorporar el requisito de fehaciencia es incorporar un criterio ambivalente que va a caballo entre el requisito formal y el concepto de prueba. Si con esta exigencia se pretende imponer alguna forma de notificación de la que se considera que lleva aparejada el efectivo conocimiento por la otra parte de dicha voluntad (o un efecto asimilable al anterior, si, por causas no imputables al notificante, la notificación no llega a su fin), dígame entonces cuáles son en concreto esas formas de comunicación o notificación admitidas. Si fehaciencia significa simplemente que la comunicación o notificación sea susceptible de ser acreditada (en caso, supóngase, de que la otra parte la niegue), entonces estaríamos ante un simple problema de prueba, común a toda

pareja estable podrá proceder, unilateralmente, a su revocación, notificándolo fehacientemente al otro”.

⁴⁸ Dice textualmente el art. 5.1 d de la ley extremeña que se considerará disuelta la pareja de hecho “por voluntad unilateral de uno de los miembros de la pareja, que deberá ser notificada fehacientemente al otro”. El significado de la oración subordinada puede consistir tanto en que la notificación fehaciente forma parte de los requisitos de la causa extintiva, como en un deber posterior, que, sin embargo, no llega a formar parte de la causa legal extintiva

⁴⁹ Art. 12.1 c. Ahora bien, el art. 13.2 de la misma ley de Cantabria establece que “si la voluntad de cancelación se presenta por una sola parte integrante de la pareja, se dará traslado del escrito a la otra parte a efectos de su conocimiento”, con lo cual no queda claro si de lo que se da traslado es de la voluntad de la otra parte, siendo ésta la forma de notificación fehaciente, o si de lo único de lo que se da traslado es del trámite de cancelación del asiento registral, pero previamente la otra parte ha tenido que demostrar ante el registro la notificación fehaciente.

causa de extinción, que no añadiría ni sustraería nada al requisito de la comunicación. En suma, no se sabe si forma parte constitutiva de la causa extintiva o alude sólo a una cuestión de prueba. Y esa indeterminación puede acarrear resultados jurídicos contradictorios de cierta relevancia, Así, en el caso de que se ventilara judicialmente el momento en que se produjo la extinción —para determinar, pongamos por caso, si el que reclama la pensión o la compensación lo hace dentro de plazo—, ¿podría el Juez entender que la decisión unilateral de ruptura no fue causa de extinción, simplemente porque, aún acreditándose en juicio y constando la comunicación a la otra parte, no se hizo en aquel momento de forma fehaciente? Y nada digamos de los conflictos que pueden ocasionar las remisiones legales a las formas de notificación admitidas en Derecho, porque en Derecho —salvo regulación especial— se admiten todas (mientras no transgreda ninguna ley ni principio del Derecho).

- *La muerte y la declaración de fallecimiento.* Todas las leyes —excepto la de Cataluña (art. 12.1 c para uniones heterosexuales y 30.1 c para las homosexuales), Canarias (art. 9.1 c) y Valencia (art. 6.1 c) que prevén la muerte pero no la declaración de fallecimiento— reconocen (en un solo apartado) ambas causas de extinción⁵⁰. Por coherencia legislativa, y máxime cuando la declaración de fallecimiento es causa civil de disolución del matrimonio (art. 85 Código civil), debería contemplarse siempre como causa disolutoria o extintiva de las uniones de hecho, si bien es verdad que, a efectos prácticos, el problema es menor, porque, además de contemplarse como causa extintiva la voluntad unilateral, difícilmente se llegará a la resolución judicial de declaración de fallecimiento antes de los seis meses de separación de hecho (leyes canaria y valenciana) o

⁵⁰ Leyes de Andalucía, art. 12.1 a; Aragón art. 6.1 a; Asturias, art. 41 a; Baleares, art. 8.1 e; Cantabria, art. 12.1 a; Madrid, art. 6.1 c; Navarra, 4.1 a; y País Vasco, art. 18 c.

incluso del año (ley catalana), supuestos también previstos como causas extintivas de la pareja de hecho⁵¹.

- *Separación de hecho o cese efectivo de la convivencia por periodo determinado*. Ya hemos hecho mención de esta causa de separación a propósito de la terminología legal, para subrayar que, convertida en institución jurídica, la unión de hecho puede persistir, al menos durante algún periodo de tiempo, aún sin convivencia. Todas las leyes, menos la del País Vasco, recogen esta causa, pero algunas establecen el periodo de más seis meses, y otras de más de un año. Las primeras son las leyes de Canarias (art. 9. 1 d), Madrid y Valencia (respectivos arts. 6.1 d), y las segundas, el resto⁵². De nuevo hemos de indicar que la ley vasca es la que mejor responde a presupuestos liberales, y de coherencia con sus demás planteamientos, pues al igual que exige un acto de voluntad explícito para constituir la pareja, también lo exige —en este caso, de ambas partes o de una de ellas— para extinguirla (salvo en casos de otra naturaleza, como la muerte o la declaración de fallecimiento).

- *Matrimonio*. Incluye esta causa, tanto el matrimonio de uno de los miembros con tercera persona, como de ambos entre sí, aunque algunas leyes separan ambos supuestos⁵³. No obstante,

⁵¹ Aunque, extremando los argumentos, podría aducirse, al menos en algunos supuestos, que ha faltado el *animus* de romper afectiva y efectivamente la convivencia.

⁵² Leyes de Andalucía, art. 12.1 e; Aragón, art. 6.1 d; Asturias, art. 4.1 e; Baleares, art. 8.1 c; Cantabria, art. 12.1 f; Cataluña, arts. 12.1 d y 30.1 d para parejas heterosexuales y homosexuales, respectivamente; Navarra, art. 4.1 e.

⁵³ A luden a esta causa legal, sin distinguir o especificar el supuesto de matrimonio entre los propios miembros de la pareja, bajo la fórmula “por matrimonio de uno de sus miembros” las leyes de Aragón, art. 6.1 e; Asturias, art. 4.1 c, Baleares, art. 8.1 d y Navarra, art. 4.1 b. Bajo la análoga expresión “por matrimonio de uno de los miembros”, las leyes de Madrid, art. 6.1 e; Valencia, art. 6.1 e y Cataluña, art. 12.1. e (parejas heterosexuales) y art. 30.1 e. (parejas homosexuales). Y bajo la también parecida fórmula “por contraer matrimonio uno de los miembros de la pareja” la encontramos, la Ley de Canarias, art. 9.1. e. Distinguen entre los dos citados supuestos las restantes leyes, siendo la ley de Andalucía la que lo hace como causa que engloba a ambas: “matrimonio de la pareja o de uno de sus miembros” (art. 12.1. b). La ley de Cantabria lo prevé como dos causas distintas: “el matrimonio entre las partes integrantes de la pareja” (art. 12.1. d) y “el matrimonio de cualquiera de las partes que componen la

el matrimonio entre los mismos miembros de la pareja —caso de que tenga lugar sin solución de continuidad con la previa unión de hecho— puede plantear problemas si después se produce la ruptura conyugal y hay que aplicar medidas compensatorias. Desde luego, no parecería acorde con la realidad social que vivimos entender que, como se ha producido la extinción de la unión de hecho, ha desaparecido también el derecho a las compensaciones derivadas del tiempo la unión de hecho (suponiendo que haya transcurrido el plazo legal para la reclamación); antes bien, cabría hacer una valoración de todo el tiempo de la convivencia. Pero, ¿bajo qué criterios jurídicos compensatorios? ¿Los del Derecho matrimonial? ¿Los derivados de la ley o de lo acordado en la unión de hecho? ¿O habría que echar mano de criterios mixtos, uno para cada periodo? Se comprende, pues, la dificultad que entraña una solución equitativa.

No se recoge como causa de extinción la constitución de una nueva pareja estable, la cual requiere, en todos los casos, la previa extinción o disolución de la anterior.

4. 6. D. OTRAS CAUSAS INDETERMINADAS

Los arts. 4.1 f de las leyes de Navarra y de Asturias establecen sendas cláusulas generales de extinción, que en realidad engloban potencialmente muchas cláusulas más, pues, según ellas, se considerará disuelta la pareja estable en los supuestos acordados por sus miembros en escritura pública (las referidas leyes exigen escritura pública, pero no que necesariamente sea en la escritura constitutiva). Pero esta posibilidad no es muy clara si se tiene en cuenta, que, conforme a los arts. 5.2 (y como establecen otras leyes en términos análogos), no podrá pactarse la constitución de una pareja estable con carácter temporal ni someterse a condición. Además, esas causas

pareja de hecho con una tercera persona” (art. 12.1 e); y lo mismo hace la ley del País Vasco, recogiendo la extinción “por matrimonio entre los propios miembros de la pareja” (art. 18 d) y “por matrimonio de cualquiera de los componentes de la pareja” (art. 18 e).

extintivas teóricamente susceptibles de ser pactadas podrían acarrear una enorme inseguridad jurídica⁵⁴.

- *Requisitos complementarios y consecuencias conexas.*

Relacionadas con la extinción, hay una serie de consecuencias conexas, algunas de las cuales pasamos a examinar. En primer lugar cabe hacer mención de la obligación de dejar sin efecto la escritura que en su caso se hubiera otorgado, y de instar, también en su caso, la cancelación de la inscripción⁵⁵. Algunas regulaciones exigen la inscripción de la causa legal extintiva, como las leyes de Canarias (art. 10), Valencia (art. 7) y Madrid (art. 7). Por otra parte, no puede haber unión estable sin previa disolución o extinción de la anterior. Eso deriva de que, a diferencia, de la celebración del matrimonio, la constitución de unión estable no es causa extintiva de la anterior. Recogen

⁵⁴ ¿Qué ocurriría, por ejemplo, si se establecieran como supuesto de extinción la ingratitud d uno con el otro, o, en general, las causas que dan lugar a la desheredación, o simplemente la infidelidad, conceptos todos ellos sujetos a diversas interpretaciones y de difícil prueba concluyente? ¿Veremos reproducir pleitos basados en la culpabilidad del otro —afortunadamente superados en la esfera matrimonial—, con tal de conseguir una declaración judicial de extinción “anticipada” que deje al otro fuera de plazo para reclamar compensaciones? ¿Qué justificación tendrían este tipo de causas que incluso han sido desterradas de la legislación matrimonial? ¿Y no se estaría induciendo, además, a establecer supuestos de dudosas ética y legalidad que previeran la extinción por causas como la incapacidad o discapacidad sobrevenidas y que, según entiendo, deben ser rechazadas por razones parecidas por las que la ley rechaza ya expresamente la unión *ad tempus*? Por otro lado, aun en el supuesto de que se reconociera la autonomía de las partes para prever causas de extinción distintas a las legales, no parece que ello legitime a reducir o condicionar el sistema casual legalmente establecido.

⁵⁵ Con respecto a la escritura, hacen referencia a ello las leyes de Aragón (art. 6.3), Baleares (art. 8.2.), Canarias (art. 9.2), Cataluña (art. 12.2 para la pareja heterosexual y 30.2 para la homosexual) y Navarra (art. 4.2). Aluden también a la cancelación de la inscripción las leyes de Asturias (art. 4.2), y Cantabria (art. 13.1). La ley valenciana contempla la cancelación de la inscripción como obligación de ambas partes (art. 6.2); en cambio la de Madrid (también art. 6.2) prevé la posibilidad de que uno sólo pueda instar la cancelación y desde el Registro se comunique dicha cancelación a la otra parte, en tanto que la del País Vasco (art. 19. 1) lo establece como obligación de ambos o de uno si la extinción es por voluntad unilateral. La cancelación de la inscripción también puede practicarse de oficio en caso de fallecimiento o de matrimonio, según recogen las leyes del País Vasco (art. 19.2) y Cantabria (art. 13.5).

expresamente esa exigencia las leyes de Asturias (art. 4.4.), Navarra (art. 4.3), País Vasco (art.19.1, inciso segundo) en el sentido de requerir cancelación de la inscripción, que, como sabemos, es constitutiva; y en esta misma línea, Cantabria (art. 13.3). También establecen algunas leyes que, cuando la unión se ha constituido en documento público, no puede constituirse otra unión en escritura pública antes de los seis meses de dejar sin efecto la anterior; así la de Cataluña (arts. 17 para las parejas heterosexuales y 29 para las homosexuales) y Aragón (art. 6.4).

La extinción de la unión implica la revocación de poderes entre los miembros de la pareja. Así lo disponen las leyes de Aragón (art. 6.5), Asturias (art. 4.5), Baleares (art. 8.3), Cataluña (arts. 12.3 para parejas heterosexuales y 30.3 para las homosexuales) y Navarra (art. 4.4). La ley de Cantabria (art. 13.4) alude a la revocación de los pactos inscritos.

5. EPÍLOGO

Sólo teniendo presente la progresión que ha venido teniendo el principio personalista se podrá comprender que, cada vez más, el Derecho de familia trata de tutelar a las personas en función de situaciones reales y no tanto a las instituciones; y que, vista la evolución de vaciados de contenidos del matrimonio civil, cada vez está menos justificable un tratamiento diferenciado. La unión de hecho se parece cada vez más a matrimonio, porque el matrimonio se parece cada vez más a la unión de hecho. Y en este doble proceso tunelador, desde dos extremos que se suponían antagónicos, ambas realidades están condenadas a encontrarse, si no es que se están encontrando ya. Para eso, ha tenido que ocurrir no sólo que el matrimonio sufriera un proceso de profunda redimensión, sino también que se reinventa el matrimonio a través de la unión de hecho institucionalizada, donde gran parte de los problemas parecen un calco, o casi, de los que conocemos históricamente de la institución matrimonial, incluida esa especie de pareja estable putativa en que se ha convertido, merced a dicha institucionalización, la unión de hecho no institucionalizada legalmente. Ciertamente, la complejidad del fenómeno se ve agrandado por la dispersión y contradicción normativas, derivado

de las competencias autonómicas, frente a las del Estado. Esta es una cara del asunto, que requerirá algún esfuerzo de reordenación. Pero la otra, que es la que aquí hemos abordado más específicamente, es la del grado de intervención legal imperativa, admisible en la vida de pareja. Y, en este punto, y en la medida que esa intervención tiene distintos niveles de incidencia en función de cada una de las legislaciones estatal y autonómica que hemos estudiado, se impone una serena reflexión en orden a alcanzar un denominador común básico.

Paralelamente, cabe insistir en que el referente matrimonial opera excesivamente como paradigma del Derecho de familia, potencia más la idea de equiparación al matrimonio que la idea de justicia, fomenta una inercia acrítica sobre cómo han de regularse las relaciones jurídicas de la pareja y, en definitiva, incide, con desmesurada *vis atractiva*, en un Derecho de Familia que debiera regirse, metodológica y sistemáticamente, por criterios más objetivos. Y aún reconociendo los innegables avances legales en la materia, queda todavía bastante por hacer. A este respecto, y entre otros núcleos de interés, hay que replantear seriamente la cuestión de los regímenes económico-matrimoniales de comunidad y el sistema de compensaciones. Los regímenes económicos de comunidad como regímenes legales que rigen a falta de capitulaciones, más allá de su respetable tradición, responden cada vez menos a la realidad de la cultura actual: no favorecen el principio de autosuficiencia de las partes, del que, al menos como tendencia, se debería partir y, desde el punto de vista de su operatividad práctica, crea excesiva complejidad en un tipo de sociedad en la que muchos ciudadanos tienen sucesivas uniones. En cuanto a las compensaciones económicas, que sin duda deben mantenerse en la medida que existan dedicaciones familiares con consecuencias desfavorables, sin duda han de hacerse compatibles con la cultura de la autosuficiencia económica de las partes. A este respecto, no todo es cuestión de reformar el Derecho de familia. Queda mucho por hacer en el campo de la igualdad de oportunidades; en política de igualdad material —ya que la formal se supone—, entre los derechos de hombre y mujer, especialmente en el ámbito laboral y de remuneración equivalente a trabajo equivalente; y en

políticas de compatibilidad de la vida familiar con la profesional. Sólo así será posible que las relaciones de pareja, matrimoniales o no, descansen también sobre un principio de igualdad, que no haga necesaria después, salvo supuestos excepcionales, esas compensaciones previstas a la ruptura de la pareja.

