

Parejas de hecho ¿equiparación o discriminación? (Análisis de la normativa autonómica)

JOSÉ MARÍA MATA DE ANTONIO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO
UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA

Estudio y análisis pormenorizado de la diversa normativa existente sobre las denominadas «uniones de hecho», incidiendo, tanto en el examen de los antecedentes y proyectos estatales sobre la materia, como en el desarrollo de las distintas normas que en el ámbito autonómico se han dictado en torno a la regulación del cada vez más amplio fenómeno. A la vez se incide en un análisis comparativo entre las distintas normas autonómicas en la materia, junto con el estudio de las existentes en ordenamientos de otros países, para intentar aproximarse a una visión crítica sobre la diversidad, cuando no discriminación entre los ciudadanos, a la hora de utilizar la institución.

Palabras clave: Pareja de hecho. Unión de hecho. Pareja estable. Matrimonio. Uniones en pareja. Concubinato. Pacto civil de solidaridad. Análisis comparativo. Normativa autonómica. Comunidades autónomas. Parlamentos autonómicos. Vecindad civil.

Homosexuales. Pareja homosexual. Adopción. Convivencia more uxorio. Unión no matrimonial. Discriminación. Equiparación.

Parejas de hecho ¿equiparación o discriminación? (Análisis de la normativa autonómica)



José María
Mata de Antonio

1. Introducción

Uno de los fenómenos cada vez más presentes en esa parte de la realidad actual que merece sólo una atención secundaria de la norma jurídica, lo constituyen en nuestro ordenamiento jurídico las denominadas «uniones de hecho». Dentro del marco del Derecho civil de familia, es indudable que tales situaciones generan consecuencias de todo tipo y relaciones jurídicas a estudiar y contemplar en dicha parte del Derecho privado, sin perjuicio de que ya merecieran con antelación, atención y regulación en algunas ramas del Derecho público, casi siempre más pragmático.

Hasta no hace demasiado tiempo, nuestro ordenamiento ha venido siendo reacio a abordar la regulación legal de este fenómeno. No se ha cumplido todavía un lustro desde que este problema ha sido afrontado por algunos legisladores autonómicos, en la forma que veremos, una forma no del todo igualitaria, ni con la misma atención a todos los supuestos previsibles. Quizá el mismo hecho de que la cuestión no haya merecido la atención del legislador estatal, patentice el claro deseo de que las diferencias entre las situaciones queden claras y así algunas realidades nazcan, o mejor, su regulación normativa nazca, con una cierta etiqueta de categoría secundaria.

Al margen de lo que después veremos que deriva de los claros, o confusos, conceptos que fijan las distintas leyes reguladoras de estas uniones, e incluso el ya significativo hecho de que su propia denominación varíe de una norma a otra —con

esa especie de sensación de competición en la búsqueda de la originalidad— el concepto de unión de hecho (o cualquier otra denominación que se quiera utilizar de las muchas que existen) ha supuesto siempre, y conlleva todavía hoy, toda la amplitud que queramos darle. Mientras utilicemos el término en el sentido de unión de personas no ligadas por vínculo matrimonial, en él tendrá cabida, tanto la unión esporádica como la duradera en el tiempo, la derivada de relaciones afectivas, sexuales, de ayuda mutua o económicas, las de personas del mismo sexo o de distinto, las compuestas por dos personas o por varias, etc.. Pero es evidente que cuando se utiliza el término en cuestión, en el contexto en que hasta ahora nos movíamos, se está excluyendo del mismo a aquellas otras uniones que no se asimilen a la matrimonial. Sin embargo, el concepto seguirá con problemas de fijación, porque si consideramos a la unión matrimonial, en cuanto estado, como la derivada de ese negocio jurídico complejo que lleva consigo el respeto y la ayuda mutua entre los cónyuges, su actuación en interés de la familia, la convivencia, la fidelidad y el socorro mutuo, que previenen los artículos 67 y 68 del Código Civil, es patente que idénticos caracteres puede reunir la unión estable de dos personas del mismo sexo, o la de varias personas, sean de distinto sexo o no. Por otra parte, el requisito de la convivencia en el matrimonio resulta discutible, hasta el punto de que el propio Código, en su artículo 69, establece su presunción. Y no digamos la afectividad, esa relación de afectividad que el legislador siempre ha supuesto entre los cónyuges al ponerlos como espejo de los miembros de la unión de hecho, y que no pasa de ser algo que se da por supuesto, pero que nuestro Código Civil no recoge como requisito, ni para contraer matrimonio, ni para su subsistencia.

En cualquier caso, y sin perjuicio de afirmar que las anteriores digresiones no son tan gratuitas como pudiera parecer, partiremos del concepto de «unión de hecho» que todos venimos entendiendo y que no es otro que el que se desprende de la propia terminología del legislador cuando, en la Disposición Adicional 3ª de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, habla del *«hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal»*.

Del presupuesto que caracteriza a las uniones de hecho, es decir, la inexistencia de vínculo matrimonial —entendido éste

como legítimo y regulado y admitido como tal—, se desprende el tratamiento diferenciador que el ordenamiento jurídico evidencia hacia estas uniones.

La realidad social actual incluye como algo, si no habitual, bastante más extendido que hace dos décadas, la existencia de mujeres y hombres que voluntariamente han decidido formar una pareja estable y una familia, sin someterse a ninguno de los requisitos, ritos o fórmulas que los diversos ordenamientos prevén para «santificar» dicha unión. Esa realidad es la que ha obligado a los legisladores de bastantes países a contemplar tal situación y a regular sus consecuencias. Y aunque, indudablemente, el porcentaje del fenómeno en nuestro país no es equiparable al de otros lugares —en Estados Unidos, por ejemplo, en 1978 ya se había cuadruplicado el número de parejas no casadas con relación a 1970—, no deberían desoírse las recomendaciones que el Comité Europeo de Cooperación Jurídica del Consejo de Europa viene haciendo a través de diversas resoluciones sobre la necesidad de regular los problemas de derecho privado que genera el aumento de este tipo de situaciones en nuestro continente y de armonizar la dispersa normativa sobre la materia en los países de la Unión Europea.

Lo cierto es que la propia realidad de la situación no deja aventurar una solución fácil. La propia contradicción que supone pensar en regular algo que se caracteriza por su falta, no ya de regulación, sino de voluntad reguladora por parte de quienes lo asumen, puede otorgar todavía cierta vigencia a aquella frase de Napoleón: «*Les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d'eux*». Sin embargo, es claro que razones de orden público, del propio carácter de derecho necesario que rige las normas del Derecho de Familia, en cuanto regulador de la protección de los derechos de los hijos, independientemente de su filiación, —cuando no razones sólo situables en el plano de los auténticos motivos que no puede analizar un estudio voluntariamente superficial realizado desde la óptica, más que de la filosofía jurídica, de la filosofía de las superestructuras, de la filosofía de la realidad material, más rócera y menos elevada— obligan a que se contemplen y se regulen las consecuencias de las uniones de hecho. Y porque, como justifica parte de la doctrina, lo cierto es que ante un fenómeno social de la envergadura de éste, el Derecho no puede dejar de ocuparse de él, so pena

de errar en su función de control de la vida social. Quizá la clave esté en ese control, que probablemente no tenga un significado tan aséptico como el que pudiera parecer.

2. El pasado reciente

Antes de adentrarnos en el estudio de la falta de norma concreta estatal sobre la materia, por un lado, y de la normativa autonómica, por otro, conviene ubicar la cuestión en nuestro ordenamiento, tanto en orden a los dispersos preceptos existentes que contemplan efectos de la uniones de hecho, como en relación a la visión jurisprudencial sobre su relevancia.

Por lo que se refiere a la anterior y reciente situación de la cuestión, desde un punto de vista normativo, en nuestro país, si bien es cierto que desde la óptica constitucional debe mantenerse que no se reconoce un único tipo de familia —ya que la Constitución Española reconoce la institución familiar como entidad no ligada necesariamente al matrimonio—, no es menos cierto que las uniones de hecho, no habían sido objeto de regulación como tales, sin perjuicio de que se les haya reconocido existencia y ciertos efectos en casos y para supuestos muy concretos. Así, el artículo 23 del vigente Código Penal, como ya lo hiciera el anterior Código desde su reforma de 1983 (aunque el anterior hablaba de permanencia en la unión, mientras el de 1995 habla de estabilidad), equipara a efectos de la circunstancia mixta de parentesco, los cónyuges a los que «se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad»; otro tanto ocurre con la excusa absolutoria del artículo 454 del mismo Código (con el mismo precedente en el de 1973 —art. 18— y con similar diferencia —sólo que aquí no había calificativo para la unión—), y con el delito de «malos tratos habituales» del artículo 153 del vigente texto penal (que también se recogía en el Código derogado, desde la reforma de junio de 1989, con idéntica diferenciación en el matiz). La Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, que concede efectos por extensión al cónyuge o «a la persona que se halle ligada por análoga razón de afectividad o convivencia». La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que, al regular las incompatibilidades y prohibiciones,

así como las causas de recusación y abstención de Jueces y Magistrados, equipara el vínculo matrimonial con la unión de hecho. Los artículos 101 y 320 del Código Civil, que, respectivamente, equiparan la celebración de matrimonio con la convivencia marital como causa de extinción de la pensión compensatoria y de la concesión de emancipación. La Disposición Adicional Tercera de la Ley 21/1987, ya citada anteriormente. La Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, que permite la utilización de tales técnicas a parejas no casadas, calificando en tal caso la fecundación como homóloga. Y la Disposición Adicional 10ª de la Ley 30/1981, que en su regla 2ª concede el derecho a la percepción de prestaciones derivadas de matrimonio, a aquellas personas que hubieran convivido sin mediar el mismo, siempre que, además —y aquí estamos ante un caso en el que se hace distinción entre supuestos que realmente son distintos y que merecen trato diferenciado—, no hubieran podido contraerlo por no existir el divorcio. Igualmente, el artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994 recoge derechos en la subrogación al conviviente de hecho, independientemente que la pareja sea de distinto o del mismo sexo.

La evidencia de que la Constitución Española no identifica matrimonio y familia, se desprende, no sólo del trato separado que nuestra norma fundamental da a ambas instituciones —al contrario de lo que sucede en otros textos constitucionales europeos, como la Ley Fundamental de Bonn, en su art. 6, el art. 41 de la Constitución irlandesa, o el art. 36 de la Constitución portuguesa, o en algunos textos internacionales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 16), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 23), o la Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de sus Libertades Fundamentales de 1950 (art. 12)— sino también de la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. Así, en la Sentencia 222/1992, de 11 de diciembre, del Tribunal Constitucional, se dice que no puede constreñirse el concepto de familia *«a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales esa modalidad de vida familiar. Existen otras junto a ella, como corresponde a una sociedad plural, y ello impide interpretar en tales términos restrictivos*

una norma como la que se contiene en el art. 39.1, cuyo alcance, por lo demás, ha de ser comprendido a la luz de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del mismo artículo». Y la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1992, afirma que «las uniones libres, aunque estén carentes de normativa precisa, no por eso, son totalmente desconocidas por el ordenamiento jurídico. La C.E. no las prevé, pero tampoco expresamente las interdicta y rechaza y así se desprende de la lectura de su art. 32, en relación con el art. 39, que se proyecta a la protección de la familia en forma genérica, es decir, como núcleo creado tanto por el matrimonio como por la unión de hecho.»

La cuestión relativa a la normativa aplicable a las uniones de hecho ha recibido, sin embargo, un tratamiento desigual por la doctrina de los Tribunales, desde los que, ante la falta de regulación legal, se ha tenido que dar solución a los problemas planteados, sobre todo, en los supuestos de ruptura de la pareja. Pero a la hora de admitirse por los Tribunales ciertos efectos a las uniones de hecho, se parte de considerar que sólomente los generan aquellas que reúnan los caracteres de estabilidad y permanencia consolidada durante cierto tiempo, añadidos a la circunstancia de que los miembros de dicha unión se hayan proyectado públicamente de forma conjunta, de tal forma que hayan creado una comunidad de vida y de intereses, extensible a los hijos, si los hay.

Cuando se trata de resolver las cuestiones relacionadas con los hijos comunes, no parece existir inconveniente en entender que procede una aplicación analógica —con base en el artículo 4º, 1 del Código Civil— a los supuestos de ruptura de parejas unidas de hecho, de la normativa aplicable a las rupturas matrimoniales. Tal postura viene impuesta por el mandato constitucional que asegura la protección de los hijos, sin discriminación por su filiación, y ha sido mantenida como criterio por el Ministerio Fiscal, como lo demuestra la Circular de la Fiscalía General del Estado nº 2/1987, que, al afirmar que *«la existencia o no de vínculo matrimonial, no justifica la desigualdad de trato según el art. 14 de la Constitución, dado que los hijos son iguales ante la Ley con independencia de su filiación; la intervención del Ministerio Fiscal sólo en los procesos en que haya hijos matrimoniales representaría una evidente discriminación proscrita*

en las normas constitucionales», ha llevado a propugnar la intervención preceptiva del Ministerio Público en defensa de los derechos de los menores, en los casos derivados de uniones de hecho, tanto cuando existan acuerdos entre los convivientes cuya unión se rompa, que afecten a aquéllos, como cuando no existan tales acuerdos. Esta postura es más clara todavía tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Sin embargo, la postura mayoritaria que se ha venido observando en las resoluciones de los Tribunales, en lo referente a aplicar analógicamente la regulación prevista para las uniones matrimoniales, en los supuestos de uniones de hecho, y que llega a bastantes de los efectos personales y patrimoniales de la ruptura (pensiones por alimentos, régimen de visitas, guarda y custodia, atribución del uso del domicilio común, etc.), no lo es tanto cuando se trata de resolver sobre la liquidación del «patrimonio común», o sobre la solicitud de «pensiones compensatorias». En concreto, en este punto, encontraremos, desde sentencias que mantienen la aplicación a los supuestos de ruptura de uniones de hecho, de las reglas de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, hasta otras que acuden a la figura del enriquecimiento injusto como base para fijar una indemnización por vía de pensión compensatoria.

Conocida es, por otra parte, la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la no equivalencia entre la unión extramatrimonial y el matrimonio, a los efectos de la normativa sobre prestaciones de la Seguridad Social en materia de viudedad. No es éste el momento para extenderse sobre ello, ni sobre la opinión que se puso de manifiesto en los dos votos particulares que se formularon a la Sentencia de dicho Tribunal de 19 de noviembre de 1990, ni tampoco sobre la aparente contradicción de esa doctrina con la mantenida en la Sentencia de 11 de diciembre de 1992; sin embargo es suficiente su cita para comprender la diversidad referida al resolver los Tribunales estas cuestiones. Y de esa diversidad se deriva la todavía mayor variedad de criterios existente en cuanto se refiere a la normativa procesal aplicable a los supuestos de pretensiones dimanantes de rupturas de uniones de hecho. En este sentido, la disparidad lleva a que, mientras en unos casos se admite como aplicable a tales supuestos la normativa procesal prevista para los casos de nuli-

dad, separación matrimonial y divorcio, incluso con la posibilidad del mutuo acuerdo con la admisión de convenio regulador, en otros se considera que la única vía es la del juicio declarativo ordinario; mientras en algunos casos se propugna la competencia de los Juzgados de Familia, en otros se atribuye a los Juzgados de Primera Instancia; mientras en ciertos casos se admite la posibilidad de solicitud y fijación de medidas provisionales, en otros se niega rotundamente. Es de resaltar, en este aspecto, la ocasión desaprovechada con la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000, que no contempla el supuesto.

3. Los intentos de conseguir una norma estatal sobre parejas de hecho

«A pesar del amplio debate suscitado, la regulación institucional de las uniones de hecho en España, no ha gozado, hasta el momento, del necesario consenso jurídico y político como para convertirse en una ley estatal». Con estas palabras resume el profesor Talavera la situación actual en nuestro país, en cuanto se refiere a la regulación de las uniones de hecho. Hoy por hoy, ni existe una norma estatal que regule expresamente estos supuestos, ni parece que exista intención de que la haya. En efecto, como hemos visto y como veremos, parece que se ha coincidido en que se trata de un fenómeno, sólomente digno de merecer la atención de los parlamentos autonómicos y cuyos particulaes y puntuales efectos en el ordenamiento estatal, ya se hallan perfecta y suficientemente cubiertos por los escasos y dispersos preceptos, a los que ya hemos hecho referencia.

No obstante la realidad incuestionable de la inexistencia de una norma estatal sobre la materia, no es menos cierto que a lo largo del último decenio se han sucedido diversas iniciativas parlamentarias al respecto. En el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados) con fecha 12 de septiembre de 1994, se publicaba el texto de la «Proposición de ley sobre protección social, económica y jurídica de la pareja» tras ser presentado por el Grupo parlamentario Federal de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya. Después fue la «Proposición de ley de reconocimiento de efectos jurídicos a las parejas de hecho» que, con fecha 19 de noviembre de 1994, presentó el

grupo parlamentario socialista del Congreso. La iniciativa decayó por la propia inactividad de los proponentes, que en aquella época gozaban de mayoría. Ya con distinta mayoría en el Congreso, el 18 de marzo de 1997, el Pleno rechazaba la admisión a trámite de una nueva Proposición de ley, ésta promovida por Izquierda Unida-IC. Ambos grupos parlamentarios volverían a presentar sendas Proposiciones de ley con fecha 2 de abril de 1997 y que fueron rechazadas por el Pleno el 29 de mayo siguiente. La que sí fue admitida a trámite fue una Proposición de ley presentada por el Grupo parlamentario de Coalición Canaria el 8 de abril del mismo año 1997, e igual favorable suerte corrió, lógicamente, la Proposición de ley orgánica del Grupo parlamentario popular en el Congreso, que fué admitida a trámite el 29 de septiembre de ese mismo año. Lo cierto es que tampoco las dos Proposiciones de ley admitidas finalizaron su tramitación, al quedar relegadas al olvido hasta que finalizó la sexta legislatura. Tampoco han tenido ningún porvenir otras cuatro proposiciones de ley sobre esta cuestión que fueron admitidas a trámite por la Mesa del Congreso, ya en la actual legislatura, respectivamente, el día 25 de abril de 2000, la presentada por el Grupo socialista, el día 8 de mayo de 2000, la del Grupo catalán (Convergència i Unió) y la del Grupo Federal de Izquierda Unida, ésta última con una corrección del día 22 de mayo de 2000, y el día 29 del mismo mes y año, la del Grupo mixto.

En líneas generales, prácticamente todas estas proposiciones de ley (con adjetivaciones que van desde «Uniones estables de pareja», lógicamente la del Grupo catalán, que, aunque en algunos aspectos recogía el mismo esquema, distaba bastante del texto ya vigente en Cataluña, hasta «De medidas para la igualdad jurídica de las parejas de hecho», la última de Izquierda Unida, e «Igualdad jurídica para las parejas de hecho», la del Grupo mixto) desarrollaban sus articulados en torno a unos breves preceptos que, al amparo de la interdicción de la discriminación, establecían principios de acercamiento de efectos entre las parejas de hecho, aún homosexuales, y el matrimonio mediante la introducción de las pertinentes modificaciones en el Código Civil y normativa complementaria; haciéndolo, en unos casos (el de los textos de Izquierda Unida y del Grupo mixto) desde planteamientos fundados en una concepción extranegocial de las uniones, y en otros, desde los más cer-

canos a la primacía del supuesto contractual. También en ese esquema se movía la Proposición de ley de Coalición Canaria, al efecto intitulada «De reconocimiento de efectos jurídicos a las parejas de hecho estables y de modificación de determinados aspectos del Código Civil, Estatuto de los Trabajadores, Ley General de la Seguridad Social, Medidas para la Reforma de la Función Pública, Clases pasivas del Estado y de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones», y que, con un excesivo cúmulo de imprecisiones y errores, pretendía extender a las parejas de hecho, con independencia del sexo de sus miembros, algunos de los efectos del matrimonio. Distinto cariz era el de la Proposición de ley «orgánica de contrato de unión civil», que es como se apellidaba la de Grupo popular. Este texto, que también se estancó en la Comisión de Justicia e Interior del Congreso, tras el trámite de enmiendas y sin que se emitiera ningún dictamen, durante los tres años que todavía duró la legislatura, se desenvolvía muy cercano a la idea y la regulación del Pacto Civil de Solidaridad en el ordenamiento francés, que, como después veremos, si algo hace es marcar distancias con la unión matrimonial. En efecto esta Proposición de ley orgánica del Grupo popular, después de establecer los efectos y requisitos del «contrato de unión civil», entre los que se incluye la forma notarial y la curiosa «carencia» o «periodo de prueba» de un año, durante el cual, y desde su formalización, no producirá efectos, se dedica a incluir preceptos por los que se introducen reformas en diversas leyes básicas, que suponían fundamentalmente un claro retroceso en la equiparación que ya se había producido entre algunos efectos del matrimonio y de las uniones de hecho, ya que el texto propuesto pretendía que dicha equiparación solo lo fuera con las parejas que hubieran celebrado el «contrato de unión civil».

Llegados a este punto, parece que ya se había consolidado la idea de que se trataba de una materia de la que se ocuparía la normativa autonómica. También se había considerado superado el inicial problema sobre la competencia de las Comunidades Autónomas para regular esta materia. En este sentido, es importante destacar la solución doctrinal que el propio Tribunal Constitucional ha dejado patente. Pero ahora no es momento para extenderse en el estudio de esta temática y debemos dejar a un lado todo la cuestión referente a si la promulgación de este

tipo de leyes autonómicas resulta acorde con el precepto constitucional recogido en el art. 149.1.8 de la Constitución Española. Es ésta una discusión ya antigua y todavía abierta en la doctrina. El hecho de que se sigan publicando trabajos como los del profesor Gavidia Sánchez, conforme aparece una nueva ley de uniones de hecho; la circunstancia de que a pesar de la doctrina aparentemente clarificadora del Tribunal Constitucional en sus sentencias 88 y 156 de 1993, no haya impedido que se haya formulado recurso de inconstitucionalidad contra la ley navarra, deja clara constancia de que el asunto ni es pacífico, ni está cerrado todavía. Veremos qué sucede tras la publicación de la ley valenciana; aunque en este caso, no se dan las circunstancias de la ley navarra que han motivado el recurso contra ésta, pero sí estamos ante uno de los supuestos más concretos y aparentemente claros de inexistencia de precedente Derecho foral. En cualquier caso ya se ha apuntado por algunos autores, no sólo la previsible solución a adoptar por el Tribunal Constitucional en el caso del texto navarro, sino también el espíritu permisivamente amplio con que se viene aplicando la elástica teoría de la conexión al interpretar el citado artículo 149.1.8 de nuestra norma suprema.

4. Normativa autonómica

Al contrario de lo que sucede en el ordenamiento jurídico estatal, en los autonómicos sí ha existido en los últimos años, y sigue existiendo, una importante actividad que ha aportado, y sigue aportando, a los repertorios de legislación normas reguladoras de las uniones o parejas de hecho.

Evidentemente para comenzar a hablar de esta normativa autonómica, y por mantener en la exposición un orden cronológico, hay que referirse a la catalana, ya que es la Comunidad Autónoma de Cataluña la que en esta materia marca la pauta y —se reconozca después o no— sienta la base sobre la que trabajarán los restantes parlamentos autonómicos que secunden al catalán, legislando sobre este tema. En efecto, el Parlament de Catalunya es el primero de los órganos legislativos españoles

en sacar adelante una norma que regula las denominadas uniones o parejas de hecho. Es en el Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya del día 23 de julio de 1998, cuando aparece publicado el texto de la Llei 10/1998, de 15 de juliol, d'unions estables de parella.

Esta ley, cuyo texto en castellano apareció publicado igualmente en el Boletín Oficial del Estado de 19 de agosto de 1998, y que, según se desprende de lo preceptuado en su Disposición Final Tercera, entró en vigor el 23 de octubre de 1998, ya desde un principio deja clara la respetuosa prudencia con que aborda el fenómeno y su regulación. Siguiendo el ejemplo legislativo escandinavo y después de dejar patente que se trata de regular algo distinto al matrimonio (incluso de forma justificada en la Exposición de Motivos, se deja esta materia fuera del Codi de Família de Catalunya aprobado por ley de cardinal inmediatamente anterior a la que venimos manejando, y de la misma fecha, tanto de aprobación como de publicación) el legislador catalán se esfuerza en diferenciar, en cuanto al tratamiento normativo, a las parejas heterosexuales de las homosexuales. Bien es cierto que después de la lectura de su articulado concluiremos que el tratamiento no es tan diferenciado, salvo en algún punto concreto y significado, como el de la adopción conjunta, pero la explicación de la separación en capítulos distintos, se pretende en la Exposición de motivos, cuando se afirma que se hace *«respetando la especificidad de cada modalidad»* porque, se afirma: *«La pareja heterosexual que vive maritalmente, si no se casa es por voluntad propia. La pareja homosexual no se puede casar aunque lo desee. La primera es capaz de engendrar descendencia biológica, la segunda, no»*. No está muy acertado el legislador autonómico al hacer esas afirmaciones, pero no es ahora el momento de entrar a efectuar apuntes y glosas críticas a la letra y el espíritu de la norma. La minuciosidad observada por el legislador catalán al elaborar esta normativa, hizo también que en el trámite parlamentario quedara ya separado y diferenciado el tratamiento de las uniones estables de pareja del de otras figuras, de las que se afirma que persiguen una finalidad distinta. Así tras desgajar el resto de la materia, éste se recogió en otra ley (posterior en cinco meses): la ley 19/1998, de 28 de diciembre, sobre situaciones convivenciales de ayuda mútua, publicada en el Diari Oficial el día 8 de enero de 2001.

La ley catalana de «uniones estables de pareja» separa, como ya hemos adelantado, en su articulado los preceptos sobre las uniones heterosexuales (capítulo I, artículos 1 a 18) de los concernientes a las uniones homosexuales (capítulo II, artículos 19 a 35). Aunque pueda parecer que el tratamiento de una unión es similar al de la otra, enseguida se observa que la separación en capítulos, no es de estilo. Aunque existen preceptos que se repiten para uno y otro tipo de unión estable, claramente se ha pretendido, y se ha conseguido, diferenciar una de otra, sobre todo manteniendo esa base tan desacertada de que merecen un trato diferente al no obedecer a las mismas motivaciones. Y como se sigue la teoría de que los miembros de la pareja heterosexual, si no han optado por el matrimonio, es porque no han querido, no se les reconoce derechos en la sucesión intestada.

Esta ley, no sólo parte de que la unión estable de pareja que regula es algo distinto del matrimonio, sino que en su articulado regula de forma diferente las uniones, según que el sexo de sus miembros sea igual o distinto. Y ello, aunque se insista en que la diferenciación se hace por las posibilidades de unos y otros de contraer matrimonio y de procrear, no parece totalmente correcto y acorde con la interdicción constitucional de discriminación. En este sentido han sido varios los autores que han criticado esta concepción, al considerar que no puede tenerse como criterio jurídicamente relevante, a estos efectos, la posibilidad o no de acceder al matrimonio, ni cabe considerar una posible consecuencia biológica —engendrar hijos— de la relación como justificación de discriminación en el tratamiento jurídico.

Por lo que se refiere a los requisitos que la ley marca para constituir una pareja estable no casada, según la propia definición de la ley, también se observa una distinción entre la unión heterosexual y la homosexual. Si bien es cierto que en ambos casos, se exige la mayoría de edad de ambos miembros, que no estén ligados por vínculo matrimonial y que no incurran en impedimentos de parentesco, lo cierto es que existen diferencias, entre uno y otro de los supuestos. Así, para las parejas heterosexuales se hace remisión a los impedimentos para contraer matrimonio, en el otro caso, se concretan, siendo la consecuencia que en el caso de las parejas homosexuales los impedimentos de parentesco, son «menores» que para las otras parejas y que para el matrimonio. Por otra parte, expresamente se esta-

blece como impedimento para formalizar una pareja homosexual, el formar pareja estable con otra persona, sin que se concrete tal impedimento para las parejas heterosexuales. En ambos casos se exige la vecindad civil catalana, al menos, de uno de sus miembros.

La formalización de la pareja estable se llevará a cabo mediante el otorgamiento de escritura pública, en la que se incluirán los pactos que consideren oportunos en relación con las materias previstas en la Ley y que se acercan bastante al supuesto de matrimonio. Aquí también hay que hacer la advertencia de la distinción existente en la regulación de uno y otro tipo de pareja estable. En efecto, para que una pareja heterosexual quede sometida a los preceptos de la Ley, además del otorgamiento de escritura pública, puede hacerlo acreditando la convivencia durante el plazo de dos años o sin plazo mínimo cuando exista descendencia común. Sin embargo, para el caso de la pareja estable homosexual, sólo cabe el otorgamiento de escritura pública. Se trata, como se ha apuntado por el profesor Talavera, de que la ley catalana *«no ha regulado la unión de hecho homosexual, sino un contrato de convivencia entre personas del mismo sexo»*. Por contra, junto a ese acercamiento al matrimonio de la pareja homosexual, se llega a conseguir algo que no parece admisible, el reconocimiento de derechos a las personas de distinto sexo unidas de hecho, aunque esa no sea su voluntad, sólo por el hecho del transcurso del tiempo.

Por lo demás y con el lastre de la imprecisión de que adolecen bastantes de sus preceptos, hay que resaltar, sin detenernos en su pormenorización, que los efectos que establece para la unión estable, la acercan en la práctica a la unión conyugal (derecho de alimentos, tutela dativa, gastos comunes, responsabilidad, etc.), con algunas diferencias llamativas entre las parejas heterosexuales y las homosexuales, además de las ya apuntadas, como es el caso de la posibilidad de adopción conjunta, prevista sólo para la pareja heterosexual (art. 6).

Para finalizar este análisis de la Ley catalana de uniones estables de pareja, es importante advertir que el legislador catalán, en ese interés que le caracteriza, de no dejar nada sin regulación, ha querido prever otros tipos de uniones entre personas, en las que ni el fundamento sea la relación *«análoga a la conyugal»* o *«marital»*, ni el límite numérico sea el de la pareja. Así,

sin entrar en su estudio, hay que citar, tanto la Llei 19/1998, de 28 de desembre, sobre situacions convivencials d'ajuda mútua, como la Llei 22/2000, de 29 de desembre, d'acolliment de persones grans.

Tras Cataluña, fue Aragón la segunda Comunidad autónoma cuyo parlamento aprobó una ley sobre uniones de hecho. Pero lo primero que hay que destacar es que, desde el 1 de abril de 1998, fecha en la que tuvo entrada ante la Mesa de las Cortes de Aragón la Proposición de Ley sobre parejas estables no casadas presentada por el diputado Sr. Tejedor Sanz, Portavoz del Grupo Parlamentario Socialista, hasta que el texto de la Ley quedó tal como resultó promulgado, se fueron dejando por el camino bastantes intenciones, algunas definiciones y no pocas pretensiones de tender más decididamente a una cierta equiparación de la unión de hecho con el matrimonio. Quizá convenga resaltar, aun sin ser las más importantes, sí por ser significativas, dos cuestiones donde se produjeron modificaciones sustanciales, al menos en la literalidad, aun cuando en la realidad no supongan excesiva variación de fondo. En primer lugar, mientras en el texto de la Proposición se incluían unas pautas para determinar el ámbito de aplicación de la norma y, así, se exigía que ambos miembros tuvieran la vecindad administrativa efectiva en la Comunidad autónoma y al menos uno de ellos la vecindad civil aragonesa (artículo 1 del proyecto), en la redacción finalmente aprobada, esto desapareció y es claro que para resolver el posible problema del ámbito de aplicación habrá que remitirse a la norma general; algo que para el profesor Oliván del Cacho no resulta siempre tan claro, mientras para Merino Hernández conduce a la exigencia de la vecindad en ambos miembros de la pareja. La otra cuestión es que, contra lo que pretendía en una de sus enmiendas el Grupo parlamentario del partido Aragonés, el formato del texto de la ley aragonesa se distanció del catalán y rechazó el esquema de dos capítulos diferenciados, uno para las parejas heterosexuales y otro para las homosexuales. También se quedó en el camino la total equiparación de efectos sucesorios entre la pareja de hecho y el matrimonio, algo pretendido en el proyecto y que no se ha recogido en el texto aprobado, ya que éste no concede derechos en la sucesión legal al cónyuge superviviente. En materia sucesoria hay

que advertir, como apunta el profesor Serrano García, que esta ley «*nada ha añadido a lo previsto, de forma genérica, por la Ley de Sucesiones por causa de muerte*». Esta última ley, publicada en el Boletín Oficial de Aragón sólo un mes antes que la Ley de parejas, convertía en innecesarios, por supérfluos, diversos preceptos de ésta.

Con esas y otras modificaciones sobre el texto propuesto inicialmente, vio la luz la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas en el Boletín Oficial de Aragón de 6 de abril del mismo año, con un contenido en el que «*se intuye haber querido llegar a mucho y haberse quedado en bastante menos*»(Talavera Fernández).

La ley aragonesa se aparta del precedente catalán, no sólo en el nombre, sino también, como ya hemos adelantado, en la caracterización de la unión regulada, habilitando una sola figura legal, sin referencia alguna a la orientación sexual (art. 1). Ello, sin impedir que sea bastante desacertada la redacción, ya que sólo se dice «en la que existe relación de afectividad análoga a la conyugal» (aunque, del propio preámbulo, hay que deducir que no debe entenderse en el sentido que se deriva de una interpretación estricta, que llevaría a que difícilmente pueda referirse a una pareja no compuesta por un hombre y una mujer), supone que la totalidad de los preceptos de la ley aragonesa sea aplicable a todas las parejas, tanto si están formadas por personas de distinto sexo, como del mismo; y sólo en el artículo 10 se hace la distinción, al determinar la posibilidad de adopción conjunta para las parejas, únicamente cuando sean heterosexuales. Pero por lo demás, como insiste Talavera Fernández, la ley aragonesa «*se parece demasiado al texto catalán y aporta bastante menos de lo que pretendía innovar el texto original del grupo socialista*».

En cuanto se refiere a los requisitos positivos y negativos (o prohibiciones) para constituir una pareja estable no casada amparada por la ley, ésta no introduce variaciones sustanciales en relación con la norma catalana; sin perjuicio de ello, en el apartado siguiente entraremos en un análisis más detallado sobre las diferencias entre la norma aragonesa y la catalana, así como las existenes con otras leyes posteriores. Pero esto no obstará para que hagamos ahora brevemente referencia a distintos aspectos del articulado aragonés, que han llamado la atención de la doc-

trina. En primer lugar, quizá como consecuencia residual de la entidad y la forma de la transformación que fue sufriendo el texto del proyecto, se advierte el contenido del artículo 14 de la ley, que concreta la inexistencia de parentesco entre cada uno de los miembros de una pareja estable no casada y los parientes del otro. No existe nada similar en la norma catalana (ni en las otras normas autonómicas que veremos), pero es que su innecesariedad es patente. Esta inclusión de preceptos innecesarios por obvios, cuando no la impropiedad en el lenguaje, es algo que ha sido advertido por diversos autores. Y es que esa acusación de deficiencia e imprecisión en la redacción, lleva a dudas en lo concerniente a si la escritura pública tiene carácter constitutivo o declarativo. También parece supérflua la referencia en el artículo 10 de la ley aragonesa (al igual que en el artículo 6 de la catalana) a la posibilidad de adopción conjunta por los miembros de la pareja heterosexual. Evidentemente, es reiterar de forma innecesaria algo que ya dice la norma estatal. Y si se trataba de resaltar que se dejaba fuera de esa posibilidad a las parejas homosexuales, tampoco era preciso; sin perjuicio de lo discutible que resulta que las normas reguladoras de la adopción puedan sustraerse a la competencia exclusiva del Estado.

Pero sí hay algo en la ley aragonesa que la hace diferenciarse de la catalana, en cuanto a los requisitos para constituir la pareja. Es más, se trata de un requisito que trastoca, en cierto modo, el propio espíritu de la ley. En efecto, la Ley aragonesa de parejas estables no casadas, incluye en su texto el siguiente precepto:

«Artículo 2. Registro administrativo.— Toda pareja estable no casada deberá ser inscrita en un Registro de la Diputación General de Aragón para que le sean aplicables las medidas administrativas reguladas en la presente Ley, así como anotada o mencionada en el Registro Civil competente si la legislación estatal lo previera.»

La propia Ley, en su Disposición Adicional Segunda, fijaba el plazo de seis meses para la creación y regulación por el Gobierno aragonés de ese Registro. Y el Registro fue creado —sobrepassado el plazo concedido, con lo que la Ley entró en vigor, antes de que el Registro existiera— por Decreto 203/1999, de 2 de noviembre, que, a la vez, regulaba su funcionamiento. A

primera vista, ninguna dificultad ofrecía la lectura de aquel artículo de la Ley, para llegar a la conclusión de que el requisito de inscripción en el Registro era necesario para tener derecho a las medidas administrativas. Tampoco parecía problemático delimitar cuáles eran esas medidas; el propio Decreto creador del Registro, en su artículo 1, decía que el Registro «*tendrá exclusivamente carácter administrativo*» y que la inscripción de la pareja en él «*dará derecho a la aplicación de las medidas administrativas reguladas en el artículo 18 de la Ley*»; y en el art. 18 de la ley se afirma que «*los derechos y obligaciones establecidas para los cónyuges en la normativa aragonesa de Derecho público, que no tenga carácter tributario, serán de igual aplicación a los miembros de la pareja estable no casada*». En otras palabras, está claro que en materia de Derecho público aragonés (excluida la parte de Derecho tributario), los miembros de una pareja estable no casada quedarán equiparados en derechos y obligaciones a los cónyuges, con el único requisito de su inscripción en el Registro creado por Decreto 203/1999, de 2 de noviembre del Gobierno de Aragón.

No es momento para entrar a discutir si es correcta la fórmula utilizada por el ejecutivo aragonés, pero lo cierto es que en el articulado del Decreto se incluyen requisitos para la consituición de parejas estables que no figuraban en la Ley. Parece claro que es un forma de invadir las competencias del legislador, máxime cuando éste ya estableció los requisitos de forma tasada, pero, por otro lado, quizá la responsabilidad sea del parlamento cuando dejó entreabierto ese portillo constituido por el Registro administrativo.

Lo único claro es que si nos atenemos al texto de la Ley y al del Decreto, mientras en la primera se recogen como requisitos para constituir una pareja acogida a dicha norma, que se trate de personas mayores de edad (art. 1), que exista una relación de afectividad análoga a la conyugal (art. 1), que la convivencia marital sea de dos años ininterrumpidos o superior, o que se haya manifestado voluntad de constituirla mediante escritura pública (art. 3), que no estén ligados por vínculo matrimonial (art. 4), que no tengan una relación de parentesco por consanguinidad o adopción, en línea recta, ni colateral hasta el segundo grado (art. 4), que no formen pareja estable con otra persona

(art. 4), el Decreto no recoge los mismos requisitos y no utiliza los mismos términos.

Así el Decreto, en su art. 2, dice que tendrán acceso al Registro *«las uniones que formen una pareja no casada»* (se omite el calificativo de estable, pero habrá que entender que es un lapsus) y como requisitos establece los mismos que la Ley, pero con una variación y añade otros requisitos nuevos. Veamos: El art. 3 del Decreto, fija como requisito *«no formar pareja estable no casada con otra persona»* (habrá que entender que también se trata de un lapsus, pero en la Ley no se dice «no casada»). Del texto del art. 2, se desprende un requisito nuevo, no recogido en la Ley: *«que sus miembros tengan la vecindad administrativa en Aragón, al estar empadronados en cualquiera de los municipios de la Comunidad Autónoma, cualquiera que sea su vecindad civil»*. Y el artículo 3, no deja lugar a dudas, cuando exige como requisito para efectuar la inscripción en el Registro *«Tener vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de Aragón»*.

No vamos a adelantar las posibles consecuencias, pero parece evidente que si se está exigiendo la vecindad administrativa, el empadronamiento, de los miembros de la pareja, para poder acceder a los derechos previstos en la Ley, se está desvirtuando ésta. ¿O se está diciendo que (art. 2 de la Ley) *«para que le sean aplicables las medidas administrativas»* del artículo 18 de la Ley, es requisito la vecindad administrativa de ambos miembros en Aragón; pero sólo para eso? Porque no se olvide que el artículo 2 del Decreto establece ese requisito, añadiendo *«cualquiera que sea su vecindad civil»*.

Las posibles soluciones son varias: Que se esté distinguiendo entre efectos administrativos y civiles y que para cada uno de ellos, los requisitos sean distintos, o que para ambos casos se exija el requisito del empadronamiento. Lo que sí que resulta claro al final es la grave confusión que se crea. Recuérdese que concluimos que era necesaria la vecindad civil aragonesa de ambos miembros para que le fuera aplicable la Ley. Ahora, si se puede inscribir la pareja, sólo si están sus miembros empadronados en Aragón, aunque no tengan la vecindad civil aragonesa ¿qué efectos tendrá esa inscripción? Y con esto ya adelantamos lo que vamos a plantearnos en el apartado siguiente, los problemas que se pueden dar entre normas autonómicas distintas,

pues pueden ser aplicables varias, en función de la vecindad civil de cada uno de los miembros de la pareja, de la vecindad administrativa de cada uno de ellos, de lo que establezca cada una de las leyes ... Quizá cabrá que una pareja pueda elegir entre diversas normas, porque todas ellas le sean aplicables.

Quince meses después de la aragonesa, fue publicada la ley que el parlamento navarro había aprobado en relación con las uniones de hecho. Se trata ahora de un enfoque nuevo, distinto y, como veremos, «excesivamente avanzado».

En efecto, la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, publicada en el Boletín Oficial de Navarra de 7 de julio de 2000 y en el B.O.E. de 6 de septiembre del mismo año, utilizando una técnica distinta a las anteriores, pretende ir más lejos que aquéllas.

En un principio, se trata de una ley con una concepción y una técnica sencillas y coherentes. Parte de una sola figura de pareja, con independencia de su orientación sexual, desarrolla todos sus preceptos en orden a la equiparación —deseo ya expresamente anunciado en su título, cuando se denomina «para la igualdad jurídica»— de las parejas estables con el matrimonio en materias de fiscalidad, función pública, sucesiones y otras cuestiones de Derecho civil, incluso sobre adopción, y lo hace mediante unas fórmulas generales de igualación sólo similares a las utilizadas en ordenamientos jurídicos de países de América latina. Por lo demás, arbitra un sistema de derecho dispositivo, con normas supletorias de lo derivado de la libre voluntad.

Sin entrar ahora en los pormenores críticos de las argumentaciones sobre principios constitucionales que se manejan en la exposición de motivos y en el articulado de esta ley, ni en lo acertado que pueda ser la cita del derecho a no contraer matrimonio, como base de toda la normativa sobre la materia —como mantiene el profesor Talavera—, sí que parece criticable la denominación como pareja estable a la figura que se contrapone al matrimonio, ya que el matrimonio, habitualmente, también es una pareja estable. Por lo que se refiere al concepto de «pareja estable», la ley navarra prácticamente copia el texto aragonés, si bien incluye explícitamente la referencia a la orientación sexual, aunque, por contra, no añade en la denominación, el complemento «no casada» que, con mayor propiedad, utiliza la norma

aragonesa. En cuanto a los requisitos y prohibiciones, no cambia prácticamente nada con relación a las dos leyes autonómicas que le han precedido. Por último, hay que citar que la ley navarra, como la catalana, hace alguna referencia a reglas procesales (Disposición Adicional de la ley catalana y arts. 6 y 10 de la ley navarra).

En suma, se muestra una nueva filosofía que se plasma en el artículo 1 de la ley que nos ocupa, artículo que —estamos de acuerdo con el profero Talavera— *«se convierte en la clave del contenido y el alcance de las previsiones legales establecidas. Se trata, pues, de arbitrar una plena equiparación de las parejas estables al matrimonio en todos aquellos aspectos en los que una convivencia estable de pareja (con independencia de su orientación sexual y del vínculo jurídico que los una) debe ser protegida en cuanto que grupo familiar y se encuentren dentro del marco de competencias de la comunidad navarra»*.

Mucho más recientemente, el 11 de abril de 2001, se publicaba en el Diari Oficial de la Generalitat Valenciana, el texto de la Llei 1/2001, de 6 d'abril, per la qual es regulen les unions de fet.

El texto de esta cuarta norma autonómica sobre la materia, que es idéntico al que se presentó y publicó como proyecto de ley en el Bolletí Oficial de les Corts Valencianes de 18 de noviembre de 2000, solamente consta de un preámbulo, 9 artículos, 2 disposiciones transitorias, una derogatoria y tres finales.

La Ley, que entró en vigor el día 12 de abril de 2001, declara aplicable la regulación que contiene, *«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 Administrativo de Uniones de hecho de la Comunidad Valenciana»* (art. 1). La inscripción en dicho registro tiene carácter constitutivo y el mismo absorbe las inscripciones que consten en el que a tal fin se creó mediante Decreto del Gobierno Valenciano 250/1994, de 7 de diciembre. En cuanto al ámbito de aplicación, se añade que sólo lo será *«a aquellas uniones de hecho en las que, al menos, uno de los miembros se halle empadronado en la Comunidad Valenciana»*.

Lo que distingue esta Ley de las anteriores, es que regula la acreditación de los requisitos ante el encargado del Registro, mediante un expediente contradictorio (que se regulará reglamentariamente) previo a la inscripción (art. 3.1). El sistema de constitución y reconocimiento de las uniones de hecho para que se les reconozca determinados derechos, gira en torno a la inscripción en el Registro. Con ello el sistema valenciano se aleja de los anteriores y se convierte en un sistema administrativizado, en el que los únicos efectos en cuanto a reconocimiento de derechos a las uniones de hecho, hacen referencia a la función pública. En cuanto nos acercamos al Derecho civil, sólo se prevé la posibilidad de establecer pactos económicos entre los miembros de la pareja, pero, desde luego, no se hace mención a ningún otro tipo de derechos, como, por ejemplo, los sucesorios. Sobre el procedimiento de la inscripción, sin perjuicio del desarrollo normativo posterior que regule los trámites del expediente, es cuando menos curioso que se exija la acreditación de los requisitos mediante un único medio de prueba: dos testigos mayores de edad en pleno ejercicio de sus derechos civiles (art. 3.2); una fórmula restrictiva y claramente vulneradora de derechos fundamentales del ciudadano, por limitativa del derecho a la prueba.

Quizá sin pretenderlo, el legislador valenciano ha conseguido asimilar la unión de hecho al matrimonio en mayor grado que ninguna de las leyes autonómicas que le han precedido, puesto que ha centrado toda la importancia en el acto constitutivo. Aquí será el encargado del Registro quien «oficiará», dando la conformidad a la inscripción, la cual, una vez efectuada, calificará y acreditará la unión, independientemente del desarrollo posterior de la convivencia, en tanto no se inscriba su extinción. La inscripción es constitutiva y acreditativa de que se han dado los requisitos con antelación, pero no acredita que se sigan dando después. Lo mismo ocurre en el matrimonio, con su celebración e inscripción en el Registro Civil. Y también la unión de hecho valenciana precisará de ciertas formalidades para que su inscripción se extinga (art. 6).

El texto valenciano, además de tosco y descuidado en su redacción, parece exponer el ejemplo de lo que sería una norma estatal sobre esta materia, de acuerdo con la propuesta del Grupo Popular en el Congreso, que hemos visto con anterioridad. Algunos de los descuidos a que hacemos referencia, se

aprecian en el artículo 9 (donde, evidentemente, falta la referencia a los cónyuges) y en el artículo 2. 1 c), donde se distingue entre «formar una unión estable» y «tener constituida una unión de hecho inscrita», distinción que después no se justifica, ni se explica, ni se entiende fácilmente.

Además de las cuatro leyes autonómicas estudiadas, otros textos, con toda seguridad, llegarán a serlo en otras Comunidades Autónomas, en un plazo de tiempo más o menos corto. Entre los textos que actualmente se encuentran en situación de poder llegar a salir adelante y alcanzar la vigencia, se encuentra el asturiano.

En el Boletín Oficial de la Junta General del Principado de Asturias nº 46.1 de la V legislatura, de 12 de junio de 2001, se ha publicado el texto del Proyecto de Ley del Principado de Asturias de parejas estables, admitido a trámite por la Mesa de la Cámara en sesión de 11 de junio.

Después de haber rechazado la propuesta del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida de Asturias, que había presentado una Proposición de Ley de las del artículo 87.2 de la Constitución Española, en relación con el mismo tema (BOPA de 27 de abril, de 9 de mayo y de 7 de junio de 2001) se acuerda tramitar este texto del Gobierno asturiano que tiene todos los visos de convertirse en la quinta ley autonómica sobre la materia. Tras Cataluña, Aragón, Navarra y Valencia, Asturias va a disponer de una norma que se va a diferenciar de las anteriores, además de por el nombre, por prever la posibilidad de acogimiento de menores conjunto por la pareja, aún si está formada por personas del mismo sexo. Por lo demás se trata de un texto corto, que se desenvuelve en torno a la idea de la no discriminación (y con ese fin dice aplicarse la norma) y exige la vecindad administrativa asturiana de ambos convivientes.

En el proyecto asturiano se observa una precisión que se echa en falta en otros textos; se habla de «con independencia de su sexo». Eso es lo correcto y no hablar de orientación sexual. Conviene recordar que nada impide el matrimonio entre dos homosexuales, con tal que sean de distinto sexo, luego la clave no es la orientación sexual, sino el sexo. Por lo demás y sin entrar ahora en un examen detenido de lo que todavía no es sino un proyecto, hay que decir que el texto asturiano, se asemeja bas-

tante, incluso en su justificación en el preámbulo, al texto de la ley navarra en vigor.

Sólamente se han estudiado los textos de normas que han alcanzado vigencia o que están todavía en situación de poderla alcanzar. Pero también es cierto que han existido otros intentos frustrados. Proposiciones de ley que los correspondientes Parlamentos autonómicos han rechazado. En algunos casos, como en el de Euzkadi, es bastante probable que su estudio se vuelva a retomar. En otros, como el balear, el rechazo de la proposición de Ley que se presentó en el año 1998, evidencia un problema al que nos vamos a referir en el apartado siguiente.

En referencia a Euzkadi, muy brevemente, diremos que no hace sino unos meses, iniciaron su tramitación dos proposiciones de ley sobre la materia en el parlamento vasco, una del grupo parlamentario Socialistas Vascos-Euskal Sozialistak, por el que se reconocían determinados efectos jurídicos a las parejas de hecho y otra del grupo parlamentario Mixto-Izquierda Unida/Ezker Batua/Berdeak, sobre la igualdad jurídica de las parejas de hecho. Ambos textos fueron publicados en el Boletín Oficial del Eusko Legebiltzarra del 19 de enero de 2001. Ambos se quedaron en el camino al finalizar la legislatura. De los dos textos, bastante similares, por otra parte, cabe destacar que ambos (incluso coincidiendo en el mismo apartado del articulado, el art. 8.1) recogen la facultad de poder adoptar conjuntamente los miembros de la pareja, sin distinguir entre parejas de personas del mismo o de distinto sexo; a tal fin, preveían ambos textos la adecuación de la normativa foral en materia de adopción y acogimiento, para evitar distinciones por la orientación sexual de los miembros de la unión de hecho.

Un sistema distinto al de dictar normas reguladoras de las parejas o uniones de hecho, es el de crear el Registro donde inscribirlas y regular su funcionamiento. Algo similar a esto ya hemos visto que se ha hecho en Aragón, pero con un sistema que lo único que crea es confusión, al existir una Ley y publicarse después un Decreto que no se cohonestaba con la Ley. No conocemos todavía el resultado del sistema valenciano, donde su Ley reguladora, también prevé la existencia de un Registro cuyo funcionamiento, aunque ya se acomete en la Ley, tiene

pendiente de regulación lo referente a la tramitación del expediente contradictorio, previo a la inscripción. Este es otro sistema. Se trata de crear y regular un Registro de uniones de hecho, y de regular su funcionamiento, pero sin que exista otra norma, ni con rango de ley, ni con ningún otro, sobre la materia.

Es el sistema seguido en Castilla-La Mancha, donde, mediante Decreto 124/2000 de la Consejería de Administraciones Públicas, de 11 de julio de 2000, por el que se regula la creación y el régimen de funcionamiento del Registro de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, se establecen los requisitos para poderse inscribir una pareja como tal. Algo que viene a tener los mismos efectos que la de aquellos otros sistemas en que la inscripción en el Registro tiene carácter constitutivo, como es el caso de la ley valenciana. Según este Decreto, desarrollado por una Orden de la citada Consejería, de 8 de septiembre de 2000, se está pretendiendo solucionar por vía administrativa lo que en otros ordenamientos está contemplado en el ámbito del Derecho Civil. Lo cierto es que aquí, los efectos civiles se dejan en blanco y se utiliza la fórmula de remisión a otras normas, estatales o autonómicas (el art. 5.3 de Decreto dice que *«las parejas de hecho así registradas gozarán de los derechos y obligaciones que les sean reconocidas por las Leyes del Estado en los términos que éstas señalen, y por las propias de la Comunidad de Castilla-La Mancha»*). No dejan de ser significativas en esta regulación castellanomanchega, tres cuestiones: Por una parte, el Decreto incluye una Exposición de Motivos en la que se manejan los mismos argumentos y justificaciones que en los que sirven de preámbulo a las leyes que hemos venido estudiando; por otra, que entre los requisitos para poder inscribir una pareja de hecho en el Registro, el art. 3.1 incluye el de *«no estar incapacitado judicialmente»* (algo que por obvio sobra, pero que además puede inducir a error, pues habrá que entender que la imposibilidad existirá si en la sentencia de incapacitación los efectos se han extendido a tal actuación); y en tercer lugar, que dentro de la minuciosidad con que en la norma se regulan los diversos trámites y solicitudes (con modelos previstos para todo ello), en el art. 7 de la Orden se prevé incluso el traslado del expediente de inscripción del Registro de otra Comunidad Autónoma. En lo demás, hay que decir que este Decreto deja

claro que las uniones con derecho a inscripción serán las *«que formen una pareja no casada, incluso del mismo sexo, que convivan en relación afectiva análoga a la conyugal, de forma libre»* (art. 2).

5. ¿Iguales o diferenciados?

Mientras desde el 23 de octubre de 1998 está vigente en Cataluña la Ley de uniones estables de pareja, en otro territorio, no tan lejano ni tan distinto al catalán como es el de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, no existe normativa al respecto todavía hoy. Pero es más, en el Parlament Balear se planteó para su discusión y aprobación, como Proposición de ley, un texto sobre Uniones estables de pareja, que no era sino una fiel transcripción (con tres palabras modificadas y dos párrafos suprimidos, para adecuarla al nuevo territorio) del texto de la ley catalana. No hay más que leer el Butlletí Oficial del Parlament de les Illes Balears, nº 186, de 11 de diciembre de 1998, donde aparece el texto de la Proposició de Llei d'unions estables de parella, presentado por el Grupo parlamentario PSM-Entesa Nacionalista, sólo mes y medio más tarde de la entrada en vigor de la ley catalana, y que fué rechazado.

El curioso hecho anterior es un ejemplo que corrobora la afirmación sobre la distinción del tratamiento a los ciudadanos según en qué comunidad autónoma residen.

Prácticamente en la totalidad de los textos normativos sobre parejas de hecho aparecidos en nuestro país, se recoge la intención de conseguir con ellos poner fin a la discriminación de que eran objeto ciertas personas, precisamente por haber elegido una opción en torno a la relación afectiva de pareja distinta a la conyugal. Sin embargo, no parece que el resultado sea el perseguido. Incluso puede afirmarse que la desigualdad, con sus consecuencias discriminatorias, se ha agudizado.

Lo cierto es que si se hace un estudio comparativo entre las diversas normas autonómicas existentes, se llega a la conclusión de que quizá en algunos supuestos se haya paliado la discriminación de los miembros de una pareja de hecho, en relación con los cónyuges, pero lo que sin duda se han incrementado son las diferencias existentes entre los miembros

de las parejas no matrimoniales, según el territorio español en el que residan.

Sin pretender llegar a un estudio exhaustivo, vamos a realizar una comparación entre algunas de las leyes autonómicas sobre uniones de hecho vigentes, incluyendo, en algún caso, textos de proyectos vivos y otros parámetros de referencia.

Como inicio de esa comparación, vaya algo que difícilmente se justifica, como son los distintos plazos de *vacatio legis*. Mientras la ley catalana entró en vigor a los tres meses de su publicación (Disp. Final 3ª), la aragonesa, lo hizo a los seis (Disp. Final), la navarra, al mes (Disp. Final 2ª) y la valenciana, al día siguiente (Disp. Final 3ª). Si añadimos que el Decreto castellano-manchego, prevé su entrada en vigor a los sesenta días naturales (Disp. Final 2ª), no hará falta ver que el proyecto asturiano prevé su entrada en vigor al día siguiente, igual que se preveía en los proyectos vascos, para llegar a la conclusión de que, rechazada la teoría que apunta a la distinta velocidad de funcionamiento neuronal entre ciudadanos o a las particularidades idiosincrásicas, habrá que pensar en razones que se acercan a la búsqueda de la originalidad para justificar esa disparidad que, seguramente, nadie nunca ha entendido, ni ha sabido justificar.

Evidentemente nadie va a considerar que la anterior comparación supone algún tipo de trato discriminatorio para ninguno de los que se acojan a cualquiera de las normas citadas, pero ya resulta significativo y, quizá, justificativo de otras diferencias que sí pueden tener consecuencias jurídicas relevantes.

En cuanto a algunos de los requisitos exigidos por las diversas normas, para formar una pareja amparada por la ley, también existen diferencias. Así, en relación con la edad mínima exigida, tanto la ley catalana, como la aragonesa, requieren la mayoría de edad, mientras la ley navarra, la valenciana, el Decreto castellano-manchego y el proyecto asturiano admiten también a los menores emancipados. Conviene recordar que el Código Civil permite contraer matrimonio a los menores emancipados (art. 46), y con dispensa judicial, a los mayores de catorce años (art. 48). Pero conviene también recordar que la Compilación del Derecho Civil de Aragón, contempla una serie de peculiaridades para el mayor de catorce años (arts. 4 y 5) que podrían influir o contraponerse a cuanto venimos poniendo de manifiesto y no sólo a la normativa aragonesa de parejas estables no casadas.

En cuanto se refiere al resto de los «impedimentos», también existe alguna diferencia. Al margen de las propias diferencias ya apuntadas entre los dos tipos de pareja que regula la ley catalana y del mayor o menor acierto de la redacción en las diversas normas, mientras la mayoría establece como prohibición para formar una pareja, el parentesco entre colaterales hasta el segundo grado, la ley valenciana (art. 2.1.e) lo amplía hasta el tercer grado. Completando la comparación con el régimen de impedimentos del matrimonio, es evidente que en cuanto al parentesco, es similar (si bien el Código civil fija como impedimento el parentesco en colaterales, pero sólo por consanguinidad, hasta el tercer grado, incluido, admite la dispensa para ese grado) y no existen prohibiciones para las uniones de hecho equiparables al impedimento de crimen. Sin embargo, a la vez que el art. 45 del Código Civil preceptúa que la condición en el matrimonio se tendrá por no puesta, en la norma aragonesa (art. 5.2) se dice que «no podrá pactarse la constitución de una pareja estable no casada con carácter temporal ni someterse a condición». El mismo precepto se repite en las leyes navarra y valenciana y en el proyecto asturiano.

Otra cuestión, siguiendo con el apartado de los impedimentos o prohibiciones, que merece ser destacada, es que todas las normas estudiadas coinciden (con el incremento de complicación ya apuntado de la ley valenciana) en fijar como impedimento para constituir una pareja, tanto la existencia de vínculo matrimonial, como el formar parte de otra pareja no casada. Pero hay una excepción, la ley catalana, para las parejas heterosexuales, fija como prohibición tener «impedimento para contraer matrimonio entre sí». Y es evidente que entre los impedimentos para contraer matrimonio no figura el formar parte de una pareja estable o sin estabilizar, inscrita o sin inscribir.

También divergen unas de otras las normas analizadas, en lo que se refiere a la exigencia de convivencia, del tiempo mínimo de convivencia previa a la constitución como pareja «legal». Veamos: En la ley catalana, se exigen dos años como mínimo, salvo que haya escritura o descendencia común, casos en que el plazo mínimo no se fija, para las parejas heterosexuales; no para las homosexuales, que, como ya se vió, no pueden constituirse sin escritura pública. La ley aragonesa exige igualmente dos años de convivencia, salvo si hay escritura pública; pero no

hace la salvedad de la descendencia común. Para la ley navarra, si no hay escritura o descendencia común, el tiempo exigido es de un año. La ley valenciana exige doce meses de convivencia para poder inscribir la pareja, sin salvedades. El proyecto asturiano, también exige un año, salvo con descendencia común o constancia en documento público o inscripción. El caso del Decreto castellanomanchego es especial; en su artículo 2 exige la convivencia previa para poder inscribir a la pareja, pero en su artículo 3 exige y dice: «*Manifiestar la voluntad de constitución de pareja estable no casada. Bastará con la mera convivencia cuando la pareja tuviera descendencia común*».

Parece evidente que se trata de un error y que falta ese plazo mínimo de convivencia (salvo que queramos admitir una solución absurda que llevaría a que en un caso basta la manifestación de voluntad y en otro la convivencia) pero lo cierto es que no consta ninguna corrección de errores referida a dicha publicación.

Otro de los aspectos donde se observan diferencias entre los diversos textos es el referido al periodo «de luto». Me estoy refiriendo a que, mientras en el caso de disolución del matrimonio, cada cónyuge (o el supérstite, si lo fue por muerte del otro) puede contraer nuevo matrimonio sin tener que esperar ningún lapso de tiempo a partir de que la disolución se ha formalizado (e inscrito). Sin embargo, el caso de las parejas de hecho es distinto, ya que la ley catalana (arts. 17 y 29) prohíbe (sin admitir pacto en contrario) constituir una nueva pareja antes del transcurso de seis meses tras la disolución formal de la anterior. Este precepto se repite en la ley aragonesa, pero no vuelve a recogerse en ninguna otra de las normas estudiadas.

Ya hemos ido viendo también las diferencias en lo concerniente a la exigencia, en unos casos de inscripción en registro ad hoc, en otros de escritura pública, cómo en unos la inscripción o la escritura tienen carácter constitutivo y en otros no, cómo en la ley aragonesa no se reconoce a las parejas el derecho de viudedad que tienen los cónyuges, cómo en unas normas se reconocen derechos sucesorios a los miembros de la pareja iguales a los cónyuges, mientras en otras no. Si añadimos que, en cuanto al derecho legal de alimentos, la ley catalana (arts. 8 y 26) lo reconoce a los miembros de la pareja con preferencia a cualquier otra persona, y la ley aragonesa (art. 13)

también, la navarra no, y la valenciana, el proyecto asturiano y el Decreto castellanomanchego, tampoco; y si nos percatamos que tampoco son coincidentes las causas de extinción de la unión en las diversas normas, probablemente lleguemos a conclusiones, si no graves, sí preocupantes.

Pero posiblemente todas esas diferencias (sin olvidar las derivadas de la distinta terminología y de los conceptos no coincidentes que utilizan las diversas normas) se quedarían en la gravedad de lo que puede ser perfectamente calificado como vulnerador del principio constitucional de igualdad, con interdicción de discriminación, si no existiera algo más que viene a complicar todavía más la situación. Y resulta obligada la referencia ahora y aquí a otra grave cuestión: El ámbito de aplicación de cada una de las normas.

Aquí no vale el sistema de normas de Derecho interregional del Código Civil. Es más, hay que temer la posibilidad de que el asunto diste mucho de estar resuelto. Porque si existe alguna duda de que la confusión generada puede dar lugar a situaciones incoherentes y absurdas, sólo hay que repasar las diversas normas para convencerse: La ley catalana exige, tanto para el supuesto de parejas del mismo como de distinto sexo, que al menos uno de los miembros tenga la vecindad civil catalana (arts. 1.1 y 20.2). La ley navarra exige (art.2) la vecindad civil navarra de al menos uno de los miembros. La ley valenciana exige (art. 1.3) que al menos uno de los miembros esté empadronado en la Comunidad. El decreto castellanomanchego establece como requisito (art. 2) la residencia de ambos en la Comunidad de Castilla-La Mancha. El proyecto asturiano requiere vecindad administrativa de ambos miembros en cualquiera de los concejos del Principado. La ley aragonesa, ya lo vimos, todavía complica más las cosas al mezclar la falta de requisito alguno en ese tema en la Ley, con la exigencia de vecindad administrativa que introduce el Decreto que crea el Registro. La contradicción se revela cuando vemos que no se exige la vecindad civil aragonesa a ninguno de los miembros de la pareja, para que puedan inscribirse en el Registro Administrativo, pero sí la vecindad administrativa. Es claro que para que les sea aplicable la ley y el Decreto, deberán tener la vecindad civil aragonesa, pero se da la circunstancia que alguien que sólo tenga la vecindad administrativa, podrá acogerse a esta normativa que es civil. La so-

lución, como ya hemos advertido en otro momento anterior, no es en absoluto fácil.

No hace falta mucha imaginación para prever problemas (¿Qué sucede si los miembros de la pareja son de distinta vecindad civil? ¿qué norma será la aplicable? Si la ley aplicable exige el empadronamiento en la Comunidad ¿será causa de extinción el cambio de residencia? Si los miembros de una pareja tienen la vecindad civil catalana y residen en Valencia ¿a qué ley se acogerán? ¿a las dos? ¿por qué no? ¿podrán elegir? ¿dónde se inscribirá la pareja?), lo que no resulta tan fácil es hallar las soluciones.

6. Alternativas

Cualquier estudio de Derecho comparado resulta complejo, porque resulta a veces difícil reflejar las razones que implican una visión normativa distinta de una misma institución. En efecto, el tratamiento que la norma da a un fenómeno determinado puede ser distinto, porque distinta es la visión cultural o la realidad social. Incluso el hecho de que el ordenamiento jurídico, entendido en su conjunto, se detenga a contemplar y regular una figura, depende de la trascendencia social o cultural que tal figura alcanza; trascendencia que no será la misma si nos trasladamos de un país a otro.

Quizá ante la realidad de las uniones de hecho, haya que tener mucho más en cuenta cuanto acabamos de afirmar. La evidencia de que no se contempla con la misma mentalidad la existencia de una pareja de hecho en Guatemala que en Dinamarca o que en España, hará que debamos acoger con una perspectiva crítica la comparación entre los diversos tratamientos normativos del supuesto. No obstante, y sobre todo, porque en el fondo, en esa diversidad de tratamiento normativo se esconde la diferencia de concepción del problema a resolver (tema que examinaremos en el apartado siguiente), vamos a efectuar una aproximación a algunas otras formas de abordar esta realidad social que son las uniones de hecho. Es esa la razón de que, a pesar de limitarnos a relacionar preceptos contenidos en distintos ordenamientos jurídicos, la finalidad real de esta exposición, a veces sistemática, consiste en que se pueda efectuar el análisis de las distintas visiones del fenómeno, de algunas de las alternativas (de ahí el título del presente apartado),

que ya existen positivizadas, al tratamiento normativo que venimos manejando en nuestro país.

Antes de hacer referencia a preceptos de otros ordenamientos jurídicos, más o menos cercanos, debemos mirarnos históricamente, para percatarnos, por una parte, de que el tratamiento legislativo de esta cuestión es novedoso, aunque no lo sea el reconocimiento de la propia existencia del fenómeno, y por otra, de que los modelos establecidos, no siempre fueron los mismos, sino que han ido variando en función de intereses derivados de la situación organizativa de la sociedad.

En este sentido, resulta interesante poner en comparación con el contenido del art. 39 de nuestra vigente Constitución, el texto del precepto equivalente en la precedente, la Constitución de la Segunda República Española, de 9 de diciembre de 1931, que en su artículo 43, decía:

«La familia está bajo la salvaguardia especial del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos, y podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación en este caso de justa causa.

Los padres están obligados a alimentar, asistir, educar e instruir a sus hijos. El Estado velará por el cumplimiento de estos deberes y se obliga subsidiariamente a su ejecución.

Los padres tienen para con los hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes con respecto a los nacidos en él.

Las leyes civiles regularán la investigación de la paternidad. No podrá consignarse declaración alguna sobre la legitimidad o ilegitimidad de los nacimientos ni sobre el estado civil de los padres en las actas de inscripción, ni en filiación alguna.

El Estado prestará asistencia a los enfermos y ancianos, y protección a la maternidad y a la infancia, haciendo suya la "Declaración de Ginebra" o tabla de los derechos del niño».

Claro que hubo entre ambos textos un interín, en el que el art. 22 del Fuero de los Españoles, de 17 de julio de 1945, resultaba tajante:

«El Estado reconoce y ampara a la familia como institución natural y fundamento de la sociedad, con derechos y deberes anteriores y superiores a toda ley humana positiva.

El matrimonio será uno e indisoluble.

El Estado protegerá especialmente a las familias numerosas.»

Ya centrados en lo que constituiría un estudio de Derecho comparado, en una primera aproximación nos referiremos a la normativa existente en países europeos del entorno cercano. Y encontraremos desde tratamientos normativos que pasan por una regulación de las uniones de hecho, similar al que se recogía en el espíritu de la proposición de ley del Partido Popular, ya examinada, hasta otros, claramente representativos de mentalidades mucho más aventuradas. Entre éstos últimos, se encontraría el caso alemán y el holandés, mientras el ejemplo francés refleja la idea perseguida por aquella propuesta sin efecto del grupo parlamentario popular.

Sin detenernos en los distintos ejemplos, cabe citar los siguientes:

En el artículo 2020.º del Código Civil Português (União de facto) se reconocen derechos de alimentos con cargo a la herencia, a las personas que hayan vivido con el causante más de dos años en condiciones análogas a los cónyuges.

Continuando con el examen del ordenamiento luso, en la Lei nº 135/1999, de 28 de agosto, se recogen los supuestos de equiparación de ciertos derechos propios de los cónyuges, a favor de las personas unidas de hecho, indicando y regulando los requisitos.

Por lo que se refiere a los países escandinavos, Dinamarca tiene una ley de 1989 que se limita a reconocer la institución de la convivencia inscrita, con ciertos derechos, pero no regula la institución. Suecia sí regula, aunque parcialmente, las consecuencias de la existencia de una unión de hecho, desde 1994. Del mismo año, data la ley de partenariado noruega, y la islandesa es de 1996. Lo peculiar de esta normativa nórdica estriba en que está pensada para regular la unión de hecho entre personas del mismo sexo, con base en la idea de que las uniones

de personas de distinto sexo, u optan por el matrimonio, o no requieren regulación específica. Coherentes con esa idea, las regulaciones sobre uniones de hecho entre personas del mismo sexo, reconocen a las mismas un status muy cercano al del matrimonio.

La legislación holandesa va más lejos. Data de 1998 la ley que regula las uniones libres, tanto entre personas del mismo, como de diferente sexo. En efecto, en los Países Bajos, desde el inicio de 1998, a raíz de la reforma operada en el Derecho de Familia, cabe la posibilidad de que dos personas del mismo sexo puedan formalizar lo que se denomina un «Contrato de Convivencia Registrada», al que se reconoce un tratamiento prácticamente idéntico al del matrimonio. Pero existe también una novedosa y reciente normativa del año 2000 que admite el matrimonio entre personas del mismo sexo.

En Alemania está previsto que el día 1 de agosto de 2001 entre en vigor una ley que equipara a las parejas homosexuales con las uniones de hecho heterosexuales, aunque no se trate stricto sensu de dar luz verde al matrimonio homosexual (sin perjuicio de que quizá habría que plantearse con similar rigor, hasta qué punto el modelo, el tipo, el concepto, «la marca» de matrimonio debe seguir siendo, aun «civilizado», el ligado a la idea sacramental). Todo indica que el proyecto de ley federal en este sentido, que prevé que en las parejas de homosexuales podrá uno de sus miembros adquirir el apellido del otro, como ocurre entre los cónyuges, que tengan automáticamente los mismos derechos hereditarios, de asistencia sanitaria y reagrupamiento familiar (en caso de extranjeros) así como las obligaciones de manutención mutua propias entre los cónyuges convencionales —pero no la adopción de hijos, ni tampoco una equiparación fiscal plena, al no haber superado este punto la aprobación de la Cámara alta— superará el trámite ante el Tribunal Constitucional. Actualmente el proyecto de ley se encuentra pendiente de la resolución de los recursos presentados por dos de los estados federados —Sajonia y Baviera— por la vía de urgencia (lo que dejará abierta, no obstante, la posibilidad de declaración de inconstitucionalidad por la vía del recurso ordinario).

Estudio aparte merece la normativa francesa. En esta materia, el legislador francés ha venido manteniendo la idea, ya citada, de excluir de efectos legales la unión de hecho entre personas que voluntariamente se situaban fuera de la institución del matrimonio. Sin embargo, recientemente, las cosas han cambiado como consecuencia de la publicación en el *Journal Officiel* de la République Française, del día 16 de noviembre de 1999, de la Loi nº 99-944, du 15 novembre 1999, relative au pacte civil de solidarité.

Se trata de una Ley cuyo articulado se limita a modificar otras leyes, fundamentalmente preceptos del Code Civil. Más concretamente, introduce un nuevo Título, el XII, en el Code, finalizando el Libro Primero, con dos capítulos, y aprovechando el artículo 515, vacío de texto en ese momento.

Como indica el encabezamiento del nuevo título, por una parte se define y regula el denominado «pacto civil de solidaridad» como un contrato celebrado por dos personas físicas mayores, de sexo diferente o del mismo sexo, para organizar su vida común (art. 515-1). Por otra parte, define el concubinato (art. 515-8) como una unión de hecho, caracterizada por una convivencia de forma estable y continuada, entre dos personas de sexo diferente o del mismo sexo, que viven en pareja.

En consecuencia, como explica Pérez Vallejo, hay que decir, que desde la vigencia de la citada norma, en Francia queda claramente plasmada la distinción entre el concubinato (definición que ahora se otorga igualmente a las parejas homosexuales) y las parejas que hayan suscrito el pacto civil de solidaridad. En este último supuesto, se establecen derechos y obligaciones para los miembros de la pareja, similares, cuando no equivalentes en muchos aspectos, a los que rigen para los cónyuges. No se puede obviar que esta regulación, ha venido a dar solución a muchas situaciones en las que, hasta entonces, había que buscar salidas incluso utilizando figuras jurídicas poco usadas, como es el caso de la tontina, que con bastante frecuencia se venía utilizando en la práctica notarial francesa para conseguir los componentes de una unión de hecho, lo que no les permitía una norma específica.

Hay que comprender, no obstante, que el PACS (Pacto civil de solidaridad) salió adelante después de varias y distintas proposiciones en esa dirección, pero también en algunos casos ba-

sadas en conceptos dispares. En efecto, la ley francesa de 15 de noviembre de 1999 no fue algo espontáneo y sorpresivo, sino que obedeció al resultado de todo un proceso de varios intentos de regulación de las uniones libres en aquel país. En concreto, con anterioridad a la norma que venimos citando, ya en la década de los 80 existió un proyecto con fines de sondeo y origen doctrinal que pretendía regular el denominado «pacto de interés común», concebido como un contrato especial abierto a todos. Posteriormente, en 1990, la primera iniciativa parlamentaria en la materia se centraba en un contrato de «partenariat». En 1993 hubo una proposición en favor de un contrato de unión civil. Y en 1997 se formalizaron, primero una propuesta de contrato de unión social, y después otra de contrato de unión civil y social.

Para entender todo este largo proceso y la clara renuencia y resitencia ante las diversas propuestas, hay que hacer referencia al carácter de constitucionalidad que rodea a la forma única de matrimonio civil en Francia. Y en sentido paralelo a dicho espíritu se pronunció el Conseil Constitutionnel al despejar cualquier duda al respecto y dejar claro que el estado civil de los convivientes unidos en pacto civil de solidaridad, no sufre ninguna modificación; es decir, que el pacs no da lugar al establecimiento de ningún acto de estado civil.

En concreto, del Informe 99-419 DC de 9 de noviembre de 1999, del Conseil Constitutionnel francés, previo a la promulgación de la ley, se puede destacar que el citado órgano entiende que el legislador ha pretendido reconocer ciertos derechos a las personas que no pueden o no quieren casarse, pero desean establecer un pacto de vida en común. Contrariamente a las personas que viven en concubinato, los que han suscrito tal pacto están sujetos a ciertas obligaciones, y de ahí, concluye el Consejo Constitucional que deriva la diferencia de trato en cuanto a los concubinos, entendiendo que tal diferenciación está justificada y no atenta contra ninguna prohibición de discriminación. Por otro lado, entiende el Consejo que no es admisible la crítica a la ley, en el sentido de que modifica los requisitos para la calificación de concubinato, al introducir en la definición los caracteres de estable y continuada, referidos a la convivencia (ello privaría de la condición legal de concubinato, privándoles de ciertos beneficios sociales a uniones de personas que hasta entonces eran consideradas como tales). El Consejo entiende

que lo único que hace la Ley al introducir el art. 515-8, es precisar que la noción de concubinato puede aplicarse indiferentemente a parejas hetero y homosexuales, ya que la definición de los elementos constitutivos del concubinato recoge la utilizada por la jurisprudencia.

A la hora de establecer los requisitos para constituir un pacto civil de solidaridad, se asemeja la legislación francesa a varias de las autonómicas españolas. Prohíbe su formalización a los parientes hasta el tercer grado en colaterales (especificando «inclusive», algo que no puntualizan las leyes españolas, aunque se entiende), cuando uno esté unido en matrimonio, y cuando uno esté ya ligado por otro pacto (también puntualiza en esto, ya que dice «cuando uno al menos»).

El pacto civil de solidaridad francés, pensado para cubrir las necesidades de las parejas homosexuales, es un modelo de organización de la convivencia en pareja, fuera del matrimonio. Se trata pues, de un contrato, un contrato civil de una especie nueva y típico (Cornu), cuya definición viene plasmada en el texto del art. 515.1 del Code: «*Un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune*». Estamos ante una modalidad convencional de organización de la convivencia entre dos personas fuera del matrimonio. No es ni un matrimonio, ni una unión libre, viene a ser una unión libre formalizada.

Por lo que se refiere a las formalidades, el pacto civil de solidaridad francés requiere, según la normativa estudiada, que una vez formalizado por escrito, se presente y se deje constancia del mismo ante el Juzgado. No se crea, por tanto, ningún registro administrativo, ni se establece ninguna otra solemnidad para el otorgamiento del contrato.

Si cambiamos de continente y nos detenemos en una visión, siquiera superficial, de algunos ordenamientos centro y sudamericanos, encontraremos distintas filosofías a las que venimos manejando en nuestro entorno cercano. Pero hay que darse cuenta de que no puede mantenerse la misma mentalidad, ni a la hora de contemplar la figura, ni a la hora de entender la necesidad de regularla, cuando socialmente su extensión alcanza unas cotas muy superiores a las europeas.

Y podemos encontrar desde normativas en las que prácticamente lo que se hace es reconocer la existencia de la unión de hecho y reconocerle los efectos propios del matrimonio, con el cumplimiento de más o menos requisitos (sobre todo de tiempo de duración de la situación), hasta otras en que se regula la unión de hecho o el concubinato, con caracteres distintivos del matrimonio, con un espíritu más cercano al de la legislación española o francesa.

Más que ante el primer supuesto, estamos en una visión mucho más cercana a la equiparación total con el matrimonio y con una filosofía mucho más avanzada, al detenernos en el examen de la legislación cubana, en la que directamente se admite el matrimonio, tanto por cumplimiento de las formalidades propias del mismo, como por reconocimiento judicial como tal de la unión de facto, también con ciertos requisitos. Así podemos ver que en el Código de la Familia de Cuba (Ley nº 1289 de febrero de 1975, Gaceta Oficial de 15 de febrero de 1975); se concreta:

«Título I —Del matrimonio—

Capítulo I —Del matrimonio en general—

Sección Tercera —Del matrimonio no formalizado—

Artículo 18.— La existencia de la unión matrimonial entre un hombre y una mujer con aptitud legal para contraerla y que reúna los requisitos de singularidad y estabilidad, surtirá todos los efectos propios del matrimonio formalizado legalmente cuando fuere reconocida por tribunal competente.

Cuando la unión matrimonial estable no fuere singular porque uno de los dos estaba unido en matrimonio anterior, el matrimonio surtirá plenos efectos legales en favor de la persona que hubiere actuado de buena fe y de los hijos habidos de la unión.

Artículo 19.— La formalización o el reconocimiento judicial del matrimonio entre el hombre y la mujer unidos en la forma señalada en el artículo que antecede, retrotraerá sus efectos a la fecha de iniciada la unión, de acuerdo con lo manifestado por los cónyuges y testigos en el acta de formalización del matrimonio o la declarada en la sentencia judicial.

Artículo 20.— La ejecutoria recaída en el proceso sobre reconocimiento de la existencia de la unión matrimonial, será inscrita en el libro de la sección correspondiente del Registro del Estado Civil del domicilio conyugal

Sección Cuarta —De la Prueba del Matrimonio-

Artículo 21.— Los matrimonios formalizados o los reconocidos judicialmente se probarán con la certificación de su inscripción en el Registro del Estado Civil.

Artículo 22.— En cualquier proceso civil, penal o administrativo en que no pudiese probarse la existencia de la unión matrimonial conforme al artículo anterior, a los fines del proceso de que se trate, hará prueba de su existencia la posesión constante del estado conyugal unida a las actas de inscripción del nacimiento de los hijos, si los hubiere, y con los efectos, en su caso, del artículo 18.

Artículo 23.— El matrimonio formalizado en país extranjero, donde estos actos no estuviesen sujetos a un registro regular o auténtico, puede acreditarse por cualquiera de los medios de prueba admitidos en Derecho».

Algo similar sucede en la legislación venezolana. Vemos que el Código Civil de Venezuela (según la redacción vigente tras la reforma parcial por Ley de 26 de julio de 1982 —año 172º de la Independencia y 123º de la Federación— como reza la edición consultada), en su Libro Primero —De las personas-; Título IV —Del matrimonio-; Capítulo II —De las formalidades que deben preceder al contrato de matrimonio— contiene el Artículo 70 (precisamente modificado en virtud de dicha Ley) que dice:

«Podrá prescindirse de los documentos indicados en el artículo anterior y de la previa fijación de carteles, cuando los contrayentes deseen legalizar la unión concubina existente en que hayan estado viviendo. Esta circunstancia se certificará expresamente en la partida matrimonial».

En otros casos, la distinción conceptual se deja clara, a pesar de que, posteriormente, se reconozcan a las uniones de hecho, efectos similares al matrimonio. Es el caso del ordenamiento jurídico salvadoreño, en el que (y no es el único, como veremos) ya en el propio texto constitucional se reconoce la protección legal de la figura.

El texto vigente en marzo de 1992 de la Constitución de la República de El Salvador de 1983, en su Título II —Los derechos y garantía fundamentales de la persona-; Capítulo II —Derechos Sociales-; Sección Primera —Familia— incluye:

«Art. 32.— La familia es la base fundamental de la sociedad y tendrá la protección del Estado, quien dictará la legislación necesaria y creará los organismos y servicios apropiados para su integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico.

El fundamento legal de la familia es el matrimonio y descansa en la igualdad jurídica de los cónyuges.

El Estado fomentará el matrimonio; pero la falta de este no afectará el goce de los derechos que se establezcan en favor de la familia.

Art. 33.— La ley regulará las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges entre sí y entre ellos y sus hijos, estableciendo los derechos y deberes recíprocos sobre bases equitativas; y creará las instituciones necesarias para garantizar su aplicabilidad. Regulará asimismo las relaciones familiares resultantes de la unión estable de un varón y una mujer.

Art. 36.— Los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio y los adoptivos, tienen iguales derechos frente a sus padres. Es obligación de éstos dar a sus hijos protección, asistencia, educación y seguridad.

No se consignará en las actas del Registro Civil ninguna calificación sobre la naturaleza de la filiación, ni se expresará en las partidas de nacimiento el estado civil de los padres».

Por otra parte, el Proyecto de Código de Familia del Ministerio de Justicia de El Salvador, de septiembre de 1992, en su exposición de motivos ya decía que *«la necesidad de regular los efectos jurídicos de la unión no matrimonial radica en el mandato constitucional contenido en el art. 33 de la Constitución, motivada a su vez por el incremento notorio que han presentado durante los últimos años este tipo de uniones en el país. Además, la ausencia de legislación sobre la materia contribuye a la irresponsabilidad de los convivientes entre sí, frente a terceros y respecto de los hijos procreados en la unión.*

Reconocer la existencia de la unión no matrimonial para regular sus efectos jurídicos, no significa asimilar esta unión al matrimonio. Con ello se logra que la solución de las posibles controversias que surjan al rompimiento de la misma, tengan fundamento legal y no se diluciden por la vía jurisprudencial».

Esto se mantiene en los artículos 118 y siguientes del Código de Familia proyectado en el mismo año, donde se concreta que la «unión no matrimonial que regula este Código, es la constituida por un hombre y una mujer que sin impedimento legal para contraer matrimonio entre sí, hicieren vida en común libremente, en forma singular, continua, estable y notoria, por un periodo de uno o más años», se determina la atribución de similares derechos que los reconocidos a los matrimonios, y se llega incluso a establecer parentesco por afinidad, entre uno de los convivientes y los consanguíneos del otro (art. 130).

También en el ordenamiento guatemalteco, se da a la unión de hecho un reconocimiento constitucional. El artículo 48 de la norma fundamental del año 1985, dice textualmente:

«Unión de hecho. El Estado reconoce la unión de hecho y la ley preceptuará todo lo relativo a la misma».

Pero es en la legislación civil básica, donde el caso de Guatemala aparece como uno de aquellos en los que con más detenimiento se regula la figura de la unión de hecho, sus requisitos y efectos.

En concreto, el Código Civil de Guatemala de 1963, en su Libro I «De las personas y de la familia», contiene un Título II «De la familia», dentro del cual se incluye un primer Capítulo, que se dedica al matrimonio, y un Capítulo II con el título «De la unión de hecho», que comprende los artículos 173 a 189, inclusive.

Puede resumirse diciendo que se da a la unión de hecho (con ese nombre) la categoría de institución originadora de una familia. Dentro del Título II, dedicado a la familia, mientras el primer capítulo se dedica al matrimonio y el segundo lo es a la unión de hecho, posteriormente se continúa con los capítulos dedicados al parentesco, a la filiación, etc.

Existe distinción entre matrimonio y unión de hecho, incluso en el parentesco. La unión de hecho no genera parentesco (algo a destacar, ya que en nuestro ordenamiento jurídico, los cónyuges

ges no son parientes, pero en el Código guatemalteco, según el art. 190 y el 192, los cónyuges son parientes por afinidad, pero no forman grado).

Se da a la Unión de Hecho una categoría, en cierto modo, equiparable al matrimonio, pues se habla (art. 173) de la declaración como tal de «*la unión de hecho entre un hombre y una mujer con capacidad para contraer matrimonio*». No se admite, pues, el reconocimiento de estos derechos (los previstos en el art. 176 y siguientes) a las uniones de personas del mismo sexo —sería algo impensable en este entorno—, y se exige que puedan contraer matrimonio (luego parece que los impedimentos para que se reconozcan derechos a la unión de hecho, son los mismos que para contraer matrimonio). Debe entenderse, por tanto, que se está pensando en parejas que quieren vivir como matrimonio, pero que, por alguna razón no celebran el «rito».

Según el art. 173, puede conseguirse la declaración por comparecencia personal de ambos (en algunos supuestos —art. 178— sólo por uno de los dos) ante alcalde o notario, para su inscripción en el Registro Civil. Como requisitos, se exige que lleven más de tres años, que exista hogar, y que la vida en común haya sido notoria ante la sociedad, cumpliendo los fines de procreación, alimentación y educación de los hijos y de auxilio recíproco. (lo mismo que exige para el matrimonio, el art. 78 del Código Civil guatemalteco).

Se recogen las formas de extinción de la unión, la negación de derechos a las uniones ilícitas (art. 180: cuando uno mantiene una unión a sabiendas de que el otro tiene una unión anterior vigente, una especie de bigamia), la determinación de la preferencia cuando existen varias uniones de una misma persona (art. 181), los derechos hereditarios entre ambos miembros de la unión (art. 184), la necesidad de disolver la unión y de haber liquidado los bienes comunes, para poder contraer matrimonio, con otra persona (arts. 187 y 188) y la forma de contraer matrimonio los unidos de hecho, con los efectos retroactivos de filiación matrimonial de los hijos comunes (art. 189).

Los hijos nacidos de una mujer unida de hecho, si consta la declaración de la unión, se consideran del unido de hecho. Funcionan unas presunciones similares a las del matrimonio con plazos semejantes (art. 182).

Los arts. 436 y 437 del Código Civil de Guatemala especifican que existirá un Registro de uniones de hecho, mediante un libro especial y concreto dentro del Registro Civil.

El tratamiento que se da al tema en la legislación mejicana va por similares derroteros.

El Código de Familia para el Estado de Hidalgo de la República Mejicana, en su artículo 150, expresa que *«el concubinato se equipara al matrimonio civil, surtiendo todos los efectos legales de éste, cuando se satisfagan»* determinados requisitos.

El Código Civil mejicano, según texto vigente en 1996, reconoce *«derecho a heredar por sucesión legítima: I. Los descendientes, cónyuges, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado y la concubina o el concubinario, si se satisfacen en este caso los requisitos señalados por el artículo 1.635»*. Dicho artículo (1.635) establece que:

«La concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge, siempre que hayan vivido juntos como si fueran cónyuges durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o cuando hayan tenido hijos en común, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato.

Si al morir el autor de la herencia le sobreviven varias concubinas o concubinarios en las condiciones mencionadas al principio de este artículo, ninguno de ellos heredará».

La redacción del artículo 1.635, único que conforma el capítulo VI —*«De la sucesión de los Concubinos»*— del Título IV del Libro III es la dada por la reforma de 1983; con anterioridad el precepto se refería a la sucesión, pero sólo de la concubina (no se contemplaba la otra posibilidad, no está claro si porque se negaba la posibilidad de heredar al concubinario o porque se daba por supuesto que la mujer no podía ser titular de herencia alguna) y entraba en las diversas posibilidades de concurrencia de la concubina con descendientes y parientes. Como se deriva de la comparación de los dos textos, se ha producido un avance en el reconocimiento de igualdad de derechos entre hombres y

mujeres, sin perjuicio de que se mantenga el párrafo final, con esa curiosa solución pseudosalomónica para el supuesto de confusión o complicación por pluralidad de concubinos, que parece castigar la conducta excesivamente licenciosa.

El Catedrático de Derecho de Familia y Sucesiones de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, Ulises Pitti, explicaba que más del 40 % de las familias panameñas viven en unión de hecho y su estabilidad es mayor que la de las unidas en matrimonio y que esa, evidentemente, era la razón por la que, en 1992, seis países de América reconocían a la unión de hecho iguales efectos que al matrimonio civil.

La Constitución de Panamá de 1972, en su art. 54, dice que

«la unión de hecho entre personas legalmente capacitadas para contraer matrimonio, mantenida durante 5 años consecutivos en condiciones de singularidad y estabilidad, surtirá todos los efectos del matrimonio civil».

Es digno de hacerse notar que ya la Constitución panameña de 1946 decía lo mismo en su art. 56, sólo que exigía 10 años de mantenimiento de la unión.

En Honduras, el Código de Familia de 11 de mayo de 1984, en su art. 45 establece que la unión de hecho que reúna determinados requisitos *«surtirá todos los efectos del matrimonio realizado legalmente»*. Se sigue así lo que ya estableciera la Constitución de Honduras de 20 de enero de 1982 en su art. 112: *«Se reconoce la unión de hecho entre personas legalmente capaces para contraer matrimonio. La ley señalará las condiciones para que surta los efectos del matrimonio civil»*.

La Ley que regula las uniones de hecho en Ecuador (Registro Oficial de 29 de diciembre de 1982), cita la Constitución de la República, que en su art. 25, dispone que la Ley determine las circunstancias y condiciones bajo las cuales las uniones de hecho, estables y monogámicas de un hombre y una mujer, libres de vínculo matrimonial con otra persona, dan origen a una sociedad de bienes. Dice en su exposición de motivos *«que en esencia, esta unión debe ser tratada en forma similar a la de los cónyuges»*.

Contra lo que sucede en algunos otros ordenamientos, esta ley no establece ningún requisito de inscripción en registro alguno, simplemente fija la definición, diciendo (art. 1) que:

«la unión de hecho estable y monogámica de más de dos años entre un hombre y una mujer libres de vínculo matrimonial con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente, da origen a un sociedad de bienes».

Lo explica con más detalle en su art. 2, al decir que:

«se presume que la unión es de este carácter cuando el hombre y la mujer así unidos se han tratado como marido y mujer en sus relaciones sociales y así han sido recibidos por sus parientes, amigos y vecinos.»

Una forma muy clara de concretar lo que se denomina la notoriedad, que deja a criterio del Juez, al añadir que *«el juez aplicará las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba correspondiente».*

Más adelante fija los modos de extinción y finalización de la unión de hecho, y otorga a las uniones de hecho los efectos y derechos del matrimonio.

El Código de Familia de Bolivia dice:

«Artículo 159.— Las uniones conyugales libres o de hecho que sean estables y singulares, producen efectos similares al matrimonio, tanto en las relaciones personales como patrimoniales de los convivientes. Pueden aplicarse a dichas uniones las normas que regulan los efectos del matrimonio, en la medida compatible con su naturaleza...»

La solución ofrecida por la legislación paraguaya en esta materia, sufrió una modificación como consecuencia de las reformas introducidas en 1992 en su Derecho de Familia. En efecto, mientras el Código Civil de Paraguay (Ley 1183/1986) dedicaba sus artículos 217 a 224 a regular la unión de hecho, el texto del art. 217, establecía que

«la unión extramatrimonial, pública y estable, entre personas con capacidad para contraer matrimonio, producirá los efectos jurídicos previstos en este capítulo».

Dicho capítulo quedó sin contenido al derogar todos los artículos citados, salvo el primero, la Ley 1/1992. Esta Ley dedica sus artículos 83 a 94 a la unión de hecho o concubinato. Lo que hace es conceder efectos similares al matrimonio a la unión de «un varón y una mujer que voluntariamente hacen vida en común, en forma estable, pública y singular, teniendo ambos la edad mínima para contraer matrimonio y no estando afectados por impedimentos dirimentes», concediéndose más o menos derechos de los reconocidos a los cónyuges, en función del tiempo de duración de la unión y de otras circunstancias.

Mención aparte merece el caso de Perú, y no tanto por su legislación al respecto, ya que si por algo se caracteriza es, precisamente, por carecer de referencia a la unión de hecho, sino porque es en ese país donde se ha mantenido una institución con caracteres de tangencialidad al matrimonio y al concubinato y que ha sido estudiado con cierto detenimiento: el *servinakuy* o *servinakuy*.

Según explica el catedrático peruano Javier Vargas «*el Servinakuy o tinkunacuspá es un matrimonio de prueba que se estila en muchas regiones de la sierra. Consiste en la unión de un varón y una mujer por cierto tiempo para hacer vida común compartiendo lecho, trabajo y obligaciones. La unión se mantiene si da resultado; en caso contrario, se disuelve y la mujer se ausenta o el varón la retorna a su familia con la prole. Equivaldría a un divorcio por mutuo disenso*».

Quizá en algún caso, esa forma de poner fin a la convivencia, estaría más cerca del repudio, pero lo cierto es que no se puede concretar desde cuándo existe este sistema. Como apunta Vargas, del periodo preincaico no hay testimonios y del Imperio, «*los cronistas que se ocuparon del connubio no mencionan un periodo probatorio no obstante su afición a consignar datos de esta clase*». Tras ofrecer una serie de argumentos para justificar la poco probable existencia del *servinakuy* durante el Imperio, Vargas se inclina por fijar su implantación en el coloniaje, apuntando incluso razones en torno a conseguir una menor obligación impositiva. La distingue del concubinato, y considera que el *servinakuy* se considera un verdadero matrimonio por quienes lo practican.

Lo cierto es que el Código Civil de Perú de 24 de julio de 1984, en su edición de junio de 1991, posterior a la modificación por Ley 25291 de 18-12-1990, no contiene ninguna referencia a las uniones de hecho, pero tampoco hace mención alguna a la institución que estamos comentando.

Se ha criticado desde la doctrina peruana que en la legislación de ese país no exista un reconocimiento a las fórmulas autóctonas, como el *servinacuy*; algo que sí se contempla en el ordenamiento guatemalteco, donde, ya desde 1947, el Estatuto de las Uniones de hecho, en su art. 2, decía *«que las uniones verificadas y mantenidas públicamente por los elementos de raza indígena, celebradas de acuerdo con sus costumbres, tradiciones o ritos, se tienen como uniones de hecho y gozan de los derechos establecidos en la presente ley, aun cuando no hayan cumplido el tiempo previsto en el artículo anterior (3 años)»*.

Es evidente que en este plano, se podría extender el estudio que nos ocupa, al sistema matrimonial derivado de las costumbres de los indígenas en América española, sobre cuya validez tanto se discutió, sobre todo a la hora de dilucidar si la celebración del matrimonio entre los indígenas era o no era religiosa, lo que afectaba a la validez del matrimonio, según las normas de la Santa Madre Iglesia, tal como explica De Jorge. No se puede olvidar que Trento no fue univesal, es decir, que después de que religiosa y políticamente se impusiera el requisito de la forma, incluso en nuestro país, siguió existiendo una realidad que entrañaba la existencia de uniones no consagradas o por lo menos, no consagradas por Roma.

7. Algunas claves del problema

Dice la profesora Roca Trías, que *«el actual Derecho de Familia, englobado en el sistema constitucional, debe ser concebido como un medio para la protección de los derechos fundamentales de los individuos que forman el grupo familiar. El derecho de familia no es nada en sí mismo si no tiene como finalidad básica y esencial procurar la efectividad de los derechos fundamentales, que son la característica de los individuos*

en un sistema, como el español, basado en una lista expresa contenida en la Constitución de 1978».

Es evidente que esa es una apreciación totalmente correcta de la cuestión, examinada desde un punto de vista jurídico puro; pero también es cierto que una visión más cercana a la sociología nos debe llevar a otros planteamientos. Para ver realmente, o por lo menos, para intentar aproximarnos lentamente a las claves de la diversidad que venimos observando en esta materia, necesariamente deberemos partir de dos premisas: la realidad social y su tratamiento. La primera, será diversa y variada, pero incuestionable numéricamente, el segundo ya nos deberá adentrar en profundidades más íntimamente ligadas con las razones últimas del fin de la norma. La realidad social ¿merece un tratamiento legal? ¿con qué objeto? Quizá para controlar y evitar que las cosas dejen de ser como son, o, por lo menos, que no salgan de un límite admisible. Entonces en nuestro entorno, en nuestra sociedad, en nuestro país ¿se impone la necesidad de regular esa realidad social? ¿Es significativa esa realidad?

Vimos al principio las cifras que demostraban que en Estados Unidos se había multiplicado el número de parejas no unidas en matrimonio, en las últimas décadas. El efecto sociológico en Francia, en lo referente al incremento de las parejas no casadas ha sido importante; hace una década, después de haberse quintuplicado en las dos anteriores el número de parejas no casadas, una de cada ocho parejas del total era no casada, pero entre las personas de la generación de 25 a 39 años, la proporción subía hasta una de cada tres. La profesora Roca Trías maneja datos del censo de 1991 en Cataluña y habla de 1.400.000 matrimonios, 54.102 parejas estables y 21.723 parejas homosexuales. Si hacemos caso a los medios de comunicación, deberemos entender que la realidad va más allá que lo que la propia hipocresía moral puede permitir (Según reciente información periodística —El Mundo, 24-11-2000—, en España podría actualmente haber entre 700.000 y 1.500.000 de niños con padres o madres homosexuales).

La propia respuesta que ha obtenido en nuestro ordenamiento jurídico esta realidad social, patentiza que no se considera relevante. No obstante, es posible que ya se vislumbre el

problema como grave en la lejanía y convenga tomar ahora ya las medidas oportunas.

En cualquier caso, ante la realidad de las uniones de hecho —y nos centramos ya en el análisis de su regulación— caben tres posturas, tres actitudes legislativas distintas (siempre estableciendo primero con claridad si se deja o no a la voluntad de los miembros el sometimiento a la regulación): 1.— Otorgar el calificativo de matrimonio a la unión, cuando se den ciertos requisitos. 2.— Otorgar los mismos efectos que al matrimonio, siempre que se den determinados requisitos. 3.— Crear una institución nueva.

La primera de las posibles posturas carece de viabilidad, por lo que supondría de desandar todo lo andado desde Trento, y ni el Vaticano ni toda la filosofía creada sobre el matrimonio, para justificar su inscripción, van ahora a admitir que aquel vendedor de bulas florentino que fue Juan de Médicis no tenía toda la razón en su litigio con el profesor de Wittemberg, hace ahora ya cuatrocientos ochenta inviernos. Parece evidente que la tercera (o quizá una intermedia entre la 2ª y la 3ª) es la vía utilizada por los legisladores autonómicos, y esa es la idea que en otro momento ha rondado por la cabeza de nuestro legislador estatal, como copia más o menos fiel de la normativa francesa.

Pero cabe otra solución: Que se admita el matrimonio entre personas del mismo sexo. Pero —¡hasta ahí podríamos llegar!— ¿se va a permitir legalizar hasta tal punto, algo que se sigue considerando una perversión? La ley permite el matrimonio de los homosexuales, pero con personas del otro sexo. No se permitirá la bendición de la unión de dos personas del mismo sexo porque, se nos dirá, no cabe la procreación; sin pararse a pensar que entre los requisitos que el Código Civil exige para contraer matrimonio, no está la procreación —ni tan siquiera la «consumación»— y que tales requisitos pueden darse perfectamente entre personas del mismo sexo. Tampoco se admitirá el reconocimiento de derechos a las uniones de hecho homosexuales, hasta el grado que no exista diferencia suficiente con el matrimonio o con las uniones de hecho heterosexuales. De ahí la resistencia a admitir la posibilidad de adopción conjunta por dos personas del mismo sexo.

Es claro que este problema sólo se plantea en las sociedades denominadas occidentales o civilizadas. Es curioso com-

probar que en los ordenamientos jurídicos de los países de la América latina, ni se plantea la posibilidad de reconocer la existencia de parejas homosexuales. Mientras tanto, en nuestra sociedad y en las de nuestro entorno, la legislación tiende a contemplar y regular figuras, precisamente para conceder derechos a ese tipo de uniones, al considerar que son las que no tienen otra posibilidad de reconocimiento, ya que las uniones de hecho heterosexuales, difícilmente pueden no ver reconocidos sus derechos si así lo desean.

Al final, la realidad práctica hará que exista «otro» tipo de matrimonio. Porque no se sostiene la tesis de que lo que caracteriza a la unión de hecho y la diferencia del matrimonio, es su disolubilidad. Cuando alguien se une para convivir con otra persona, lo haga mediante la fórmula o el rito que lo haga, está convencido de que eso puede durar bastante tiempo, incluso eternamente.

Se ha sacralizado siempre la importancia de la forma, desde Trento hasta ahora. Y se vuelve a hacer con las distintas regulaciones normativas de las uniones de hecho. Parece que sigue primando, con la excusa de la seguridad jurídica (ese es el bien jurídico que realmente protegen tipos delictivos como el de bigamia —o si no, ¿qué sentido tiene ese delito en un Código Penal de 1995, cuando se supone que el Derecho Penal, más que nunca debe estar bajo principios inspiradores como el de intervención mínima—) la seguridad en el tráfico mercantil, el control, a fin de cuentas, tan necesario para esa seguridad.

Como apunta el profesor Martín Casals, en los países donde no hay regulación expresa, se actúa mediante el reconocimiento de ciertas peculiaridades en distintos puntos del ordenamiento jurídico, por ejemplo en Derecho fiscal, en materia de pensiones derivadas del sistema de Seguridad Social, incluso en derechos sucesorios, etc.; algo parecido a lo que ocurre hoy día en el ordenamiento jurídico español, en derecho civil común, aunque el reconocimiento es menor en nuestro país.

Parece claro que si algo se desprende de cualquier legislación sobre uniones de hecho (incluso cuando se limita a otorgar a la misma los efectos propios de la unión conyugal) es la discriminación de que es objeto la unión de hecho en relación con el matrimonio. Mientras en el caso del matrimonio, ni se exige singularidad real, ni estabilidad, ni siquiera convivencia, ni trans-

curso del tiempo para que tenga sus efectos; bastará con su celebración, lo que constata que en el matrimonio lo importante es la celebración, la forma, el rito, no lo que suceda después.

Como consecuencia de ese mayor cúmulo de exigencias, en la mayoría de las normativas sobre la materia, se incluye como impedimento para constituir una pareja, la pertenencia de uno de sus miembros a otra. Tanto en el pacto civil de solidaridad francés como en los diversos tipos de parejas contemplados en las legislaciones autonómicas españolas, se fijan requisitos más rigurosos que los exigidos para contraer matrimonio. No hay que olvidar que se trata, en suma, de una unión con condiciones, pero sobre todo de una unión monogámica entre personas no casadas y no «pacsadas»

Sin embargo, se puede aventurar con toda tranquilidad que nunca el formar parte de una pareja de hecho, con base en la regulación que sea, será impedimento para contraer matrimonio. Por dos razones, porque la legislación sobre los requisitos para contraer matrimonio es y sólo puede ser estatal y porque, en el fondo está implícita y presente en todo momento la idea de que el matrimonio es otra cosa, es algo «sacramental» que no puede verse afectado por cuestiones menores, mundanas, como son los pactos en las «pecaminosas» uniones de hecho.

Nos hacíamos eco en el apartado anterior de la inminente entrada en vigor de la ley alemana que equipara a las parejas homosexuales con las uniones de hecho heterosexuales, y de lo que ello supone a la hora de evidenciar la amenaza del fin del monolitismo de la idea clásica de matrimonio, pero resulta dudoso que se llegue a una auténtica equiparación de situaciones y de condicionantes. No se debe olvidar que la institución matrimonial se basa en la forma, antes incluso que en la voluntad de las partes. Se trata de primar la seguridad jurídica, frente a la variable y voluble voluntad de los miembros de la pareja. Hasta tal punto esto es así, que sigue teniendo vigencia la máxima jurídica de Ulpiano contenida en el Digesto: «*Nuptias non concubitus, sed consensus facit*» (El consenso, no la cohabitación hace el matrimonio). Se está resaltando el carácter contractual del matrimonio, su carácter eminentemente formal. Y resulta interesante notar que la aparente conclusión contraria no es cierta; el disenso no anula el matrimonio ni lo disuelve, sino tras haber

cumplimentado toda una serie de requisitos que se impone a las partes por el Estado, claramente más concretos y complejos que los que se exigieron para contraerlo. Se trata de un protección, más allá y por encima de los propios intervinientes y de sus voluntades, de la propia institución.

A fin de cuentas, el objetivo del acto matrimonial, con todos sus requisitos de forma tasados y perfectamente regulados en nuestro ordenamiento, al igual que sucede en la mayoría de los países, prime un sistema u otro de matrimonio, no es otro que la necesidad de constatación del propio acto, la necesidad de cumplir con los requisitos de publicidad, seguridad y certeza inherentes al acto constitutivo de esa especial situación que dará lugar a tal cantidad de relaciones jurídicas, que, en consecuencia, precisa de la suficiente y especial acreditación de la capacidad y el consentimiento particulares, requeridos por el vínculo que nace y que de esa forma queda asegurada. Y esa constitución del vínculo e incluso sus especiales formalismos, adquieren una importancia tal, que llegan a separarse del propio estado matrimonial que se crea, hasta tal punto que carece totalmente de interés real, si con posterioridad se cumplen fielmente los iniciales propósitos y fines perseguidos con la voluntad creadora del estado. Y esto hace que ni el acto constitutivo del estado matrimonial precise de ningún tipo de confirmación o ratificación pasado el tiempo —aunque sería curioso conocer el auténtico origen de costumbres como la de celebrar actos públicos de reiteración a los cinco y diez lustros— ni tenga especial relevancia el hecho de que alguno o todos los fines perseguidos dejen de cumplirse, desaparezcan o, incluso, no existan nunca. No en vano, el matrimonio como estado, y con todas sus consecuencias jurídicas, se mantiene, independientemente de que no exista afecto, ni relación sexual, ni fidelidad, ni ayuda ni socorro mutuos, ni convivencia; circunstancias todas ellas irrelevantes en tanto no sean esgrimidas por uno o por ambos cónyuges en el caso de interesar la suspensión o la disolución del vínculo; suspensión o disolución que nunca se podrá producir sin que medie la voluntad en tal sentido de, al menos, uno de ellos.

Junto a lo anterior, conviene destacar algo que parece haberse obviado a propósito en las diversas regulaciones sobre uniones de hecho. Vimos cuando analizábamos el Decreto que regula la materia en Castilla-La Mancha, que éste incluía como

prohibición para poder constituir una pareja estable, la incapacitación judicial. Ya apuntamos también allí lo desacertado e inconcreto de la exigencia. Pero es significativo que en ninguna otra normativa autonómica se haga referencia concreta al consentimiento, ni a la capacidad para otorgarlo. La explicación es clara y revela una vez más la diferenciación entre matrimonio y «pareja de hecho regulada». Mientras para el matrimonio se exige una capacidad distinta a la general de obrar, y ello justifica la presencia de preceptos como los contenidos en los artículos 55, párrafo 2º y 56, párrafo 2º del Código Civil; para constituir una pareja regulada, la capacidad exigida será la general para contratar y deberá admitirse que, por un lado, la falta de capacidad podrá cuestionarse por las reglas generales y, por otro, la posibilidad de actuar por medio de representante no requerirá especialidad en el poder.

Explica Cornu que en Francia, a raíz de la entrada en vigor de la Ley de 15 de noviembre de 1999, al introducir en el ordenamiento jurídico civil francés la figura del pacto civil de solidaridad, se ha producido una situación en la que conviven con el matrimonio clásico, la unión libre pura y simple y la unión libre sometida a un pacto de solidaridad.

Si unimos esta sinrazón a la que supone (aunque se explica precisamente por la práctica irrelevancia que se otorga a la convivencia en la conformación y mantenimiento del matrimonio, que lo es porque se contrajo con los requisitos establecidos para ese momento, aunque luego la concurrencia de situaciones, como la de la convivencia, haya de presumirla el Código) que, mientras en la separación de hecho, situación en que se da el matrimonio, pero no la comunidad de vida, se mantienen todos los efectos del matrimonio, en la unión de hecho, donde existe comunidad de vida, pero no matrimonio, ocurre todo lo contrario, quizá las conclusiones resulten más evidentes.

Lo cierto es que todo apunta a una disimulada y subliminal función didáctica; mientras el matrimonio es uno —algo que tampoco es cierto— las uniones libres son múltiples. Lo que sí parece intentarse dejar claro es que para que se produzca el, denominado en el Derecho francés, concubinato notorio —el que tiene efectos civiles, en mayor o menor grado, dependiendo de la legislación de cada estado— se exigen requisitos —que en el matrimonio se suponen— como la estabilidad, la duración y la publicidad. Algo que

creará la comunidad de vida y la apariencia externa de matrimonio, que otorgará a esa unión unos derechos que siempre serán distintos a los del matrimonio, en cuanto que no se trata de que las normas ni los efectos del matrimonio gobiernen la unión libre, sino que ésta tendrá tales o cuales derechos, en función de normas propias, que, además, como ocurre en España, no son iguales según el territorio donde resida la pareja.

Por lo que se refiere a la cuestión, tantas veces destacada, de la posibilidad de adopción conjunta por parte de los dos miembros de una pareja de hecho formada por personas del mismo sexo, conviene recordar que la situación actual del tema es la que vemos a continuación.

Nuestro Código Civil, en su artículo 175, apartado 4, según redacción que mantiene desde la reforma introducida por la Ley 21/1987 de 11 de noviembre, establece con carácter general la norma de la individualidad y unipersonalidad en el adoptante; y en el mismo precepto cita como excepción única a dicha regla la posibilidad de adopción conjunta por ambos cónyuges. Por otra parte, según prevé la referida Ley 21/1987 en su Disposición Adicional 3.ª: *«Las referencias de esta Ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor, serán también aplicables al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal»*. No es momento de detenernos en la necesidad, que éste como tantos otros textos patentizan, de que el legislador se esmerara un poco más en cuidar la redacción y la coherencia en su labor, y deberemos dar por cierto que hoy, en nuestro ordenamiento, cabe que sean adoptantes conjunta y simultáneamente, tanto los cónyuges, como los componentes de una pareja de hecho heterosexual.

Con mayor o menor acierto, las distintas normas autonómicas sobre parejas de hecho, han abordado este tema y en unos casos se han limitado a mantener las cosas como estaban (el art. 6 de la Ley catalana y el art. 10 de la Ley aragonesa establecen la posibilidad de adopción conjunta de las parejas heterosexuales, mientras la ley valenciana no aborda el asunto), a la vez que en otros (art. 8 de la Ley navarra) han avanzado hasta reconocer la capacidad de adopción conjunta a los miembros de una pareja homosexual. Por lo que se refiere a los textos en situación de proposición de ley, el proyecto de ley asturiano (art. 8) habla expre-

samente de la posibilidad de que los miembros de una pareja estable (sin diferencia en función del sexo) lleven a cabo conjuntamente el acogimiento de menores, pero no dice nada sobre la adopción; si es un lapsus, lo sabremos si el proyecto llega a plasmarse en ley. En algún texto de proposiciones de ley ya decaídas, como es el caso de las tramitadas en el Parlamento vasco, también se reconocía capacidad de adopción conjunta a los miembros del mismo sexo de una pareja de hecho.

Hay que hacer notar que en otras normas autonómicas, si no se regula este asunto, sí que se intenta apuntar el objetivo de no discriminación. Así, mientras en el articulado del —ya muy avanzado en su tramitación— Proyecto de Ley de la infancia y la adolescencia en Aragón, no se hace ninguna referencia al tema, en otros textos sí encontramos referencias; en unos casos para dejar clara la exclusión de las parejas homosexuales y en otros para tender a su equiparación. La Ley catalana de uniones estables de pareja (art. 6) repite y ratifica lo ya dicho con anterioridad en el derogado art. 20 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de menores desamparados y regulación de la adopción, o en el art. 115.2 de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia. En el mismo sentido se alude a este asunto, en la Disposición Adicional 1ª de la Ley canaria 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral de los menores, y en la Disposición Adicional 1ª de la Ley cántabra 7/1999, de 28 de abril, de protección de la infancia y adolescencia. Sin embargo en la Ley valenciana 7/1994 sobre la infancia (art. 28) se dispone que, en cuanto a la adopción de los menores «no será en ningún caso considerada una medida discriminatoria para conceder una adopción, el tipo de núcleo de convivencia familiar por que hayan optado libremente aquéllos o aquéllas que soliciten la adopción». En la Ley gallega 3/1997 (art. 32.1.a) se habla de «solicitudes conjuntas por cónyuges o parejas con relación estable análoga a la conyugal». El art. 62 del Proyecto de ley del menor de la Comunidad de Castilla-La Mancha no hace tampoco distinción entre las parejas heterosexuales y homosexuales ante la adopción.

Resulta palmario que, a pesar de todos los intentos en ese sentido y de lo sencillo que podía resultar conseguir la equiparación de efectos de las distintas situaciones y figuras, tal cosa ni se ha conseguido, ni existe voluntad en los legisladores ni en

los gobernantes de que se logre. Es claro que a los diversos legisladores autonómicos les une el ánimo de competir en la batalla de la originalidad, pero también les une la voluntad de divulgar la idea de que el matrimonio es algo especial, distinto e intocable que siempre estará por encima y alejado de cualquier otra figura que se quiera crear para contentar a los rebeldes minoritarios que se empeñan en tener iguales derechos sin someterse a las formalidades sacralizadas, en unos casos, o en renunciar a cualquier derecho u obligación, en otros, e incluso, a veces, en subvertir los valores eternos, pretendiendo que las personas del mismo o de distinto sexo, pueden unirse, con fines distintos al de la procreación.

Al hilo de toda esta discusión, conviene centrar el tema en dos aspectos, en primer lugar la posibilidad de contrer matrimonio dos personas del mismo sexo, y, en segundo lugar, las razones para admitir o rechazar la posibilidad de adoptar conjuntamente por dos personas del mismo sexo, unidas de hecho.

El Consejo de Europa, ya en una Resolución de 7 de mayo de 1988, se mostró partidario de reconocer eficacia a los contratos y pactos matrimoniales entre personas que conviven de hecho. El Parlamento Europeo, aprobó el 8 de febrero de 1994 una Resolución «sobre igualdad de derechos de los homosexuales y de las lesbianas en la Unión Europea». Inicialmente la propuesta era que la Resolución reclamara de la Comisión una Directiva sobre la materia, pero la Resolución citada, la A3-0028/1994, se quedó en una solicitud a la Comisión de una Recomendación (que no es de obligado cumplimiento) a los Estados miembros, para que adoptaran, entre otras, medidas como la de poner fin «a la prohibición de contraer matrimonio o de acceder a regímenes jurídicos equivalentes a las parejas de lesbianas o de homosexuales», la de garantizar a dichas uniones «los plenos derechos y beneficios del matrimonio» y la de eliminar en los ordenamientos nacionales «toda restricción de los derechos de las lesbianas y homosexuales a ser padres y a adoptar o a criar niños».

Los fieles Estados, siempre prestos a informar a sus ciudadanos de lo que opinan las autoridades religiosas sobre cualquier asunto, aunque a todas luces se trate de algo que en nada debería concernirle, buscaron coartadas para su falta de efectividad, y, sabedores ya de lo que, pocos días más tarde, signifi-

cados dirigentes católicos, como Karol Wojtyła (que en su alocución durante el Ángelus, del domingo 20 de febrero, —sin duda, recordando aquello de que «una cosa es la santa desvergüenza y otra la frescura laica»— criticó que se hubiera «pedido legitimar un desorden moral, al conferir indebidamente un valor institucional a comportamientos desviados») o la Conferencia Episcopal Española (en su Nota del 24 del mismo mes) se encargarían de recordar, ya en la sesión de votación de la Resolución, la deserción fue masiva. Sólo 273 (poco más de la mitad) de los 518 diputados que forman el Parlamento, participaron en la votación. De ellos, menos de la tercera parte del total, sólo 159, hicieron que la Resolución saliera adelante por mayoría, mientras 98 votaban en contra y todavía 18 de los presentes se abstendían.

Aún el propio Parlamento Europeo, mostró a los pocos meses una cierta necesidad de moderar su atrevimiento, y en otra Resolución, de 14 de diciembre de 1994, dio, como explica el profesor Talavera, marcha atrás en lo propuesto en febrero. En concreto, en un texto en el que se trataba de conseguir la equiparación de derechos entre todo tipo de parejas, incluidas las de hecho entre personas del mismo sexo, se suprimió el párrafo que inicialmente decía que «la política familiar de la Unión Europea debe reconocer diferentes tipos de familias, incluyendo familias alternativas a las tradicionales, sin ninguna forma de discriminación».

Resulta igualmente representativa de la visión del tema en la Unión Europea, la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo en el caso Lisa Grant (C-249/1966) y publicada el 17 de febrero de 1998. En este supuesto, en el que una mujer lesbiana reclamaba que se considerara contraria a la prohibición de discriminación contenida en el artículo 119 del Tratado de la Unión Europea la negativa de su empresa, una compañía de trenes británica, a reconocer a su compañera los descuentos previstos en los viajes para los cónyuges de los empleados, el Tribunal no considera que la ley equipare los derechos de las parejas homosexuales a los del matrimonio o a los de las parejas de hecho heterosexuales y entiende que existe diferencia entre el concepto de discriminación basada en el sexo, prohibida por el Tratado, y el de discriminación basada en la orientación sexual, que no estaría comprendido en el anterior.

Cierto es también que el Tratado de Amsterdam ha venido a modificar los textos anteriores y la redacción dada al actual artículo 13 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, entre los motivos de discriminación contra la que el Consejo podrá luchar mediante la adopción de acciones adecuadas, incluye el de orientación sexual, expresamente y como distinto al de sexo.

En cualquier caso, postura distinta es la mantenida por el Tribunal Supremo de Ontario en una sentencia de 20 de mayo de 1999. En la referida resolución, aquel Tribunal entendió que era inconstitucional, por discriminatoria, una ley que establecía la obligación de alimentos para los cónyuges y las parejas libres heterosexuales, pero no para las homosexuales. Utilizaba como base que en ambos tipos de parejas pueden concebirse y cuidarse hijos, a la vez que en ninguno de los supuestos está excluida la posibilidad de que no los haya.

Y resulta digno de ser resaltado el sistema recogido en ordenamientos de países como Dinamarca, Noruega, Finlandia, Islandia, Suecia y Holanda. Éstos, por ese orden, han ido reconociendo derechos a las uniones homosexuales, dotándoles de un estatuto jurídico similar al del matrimonio, a la par que no paran mientes en regular la situación de las parejas heterosexuales no casadas, por considerar que, estas parejas, si desean los efectos propios del matrimonio y pueden casarse, deben contraerlo; y para quienes no los pretenden, existe la regulación precisa para garantizar una justa liquidación de sus bienes comunes al disolver la pareja. Ya vimos, por otra parte, en el apartado anterior, la dirección seguida por el legislador holandés en esta materia.

Y ya para finalizar, interesa dejar constancia de algunas cuestiones, reflexiones y opiniones sobre el particular:

Parece obvio que si lo que se pretende es «vendernos» el matrimonio, se está consiguiendo. Sin quererlo (o a propósito) nos estamos acercando al esquema escandinavo; la legislación existente tiene sentido para las parejas de personas del mismo sexo, que pretendan efectos similares a los del matrimonio; para las parejas de personas de distinto sexo, que pretendan tales efectos, lo mejor es que lo contraigan, es más sencillo, más rápido, más automático y, sobre todo, más barato.

Se suele confundir ser de un sexo determinado con tener una determinada orientación sexual. Está claro, que nuestro Código

Civil ningún impedimento pone a que un hombre contraiga matrimonio con una mujer, aunque uno o ambos sean homosexuales.

A mediados del pasado año se presentó ante la Mesa de las Cortes de Aragón una proposición de ley de reconocimiento del efectos civiles del matrimonio celebrado conforme al rito gitano. La misma se presentó por el Grupo Parlamentario Socialista y al amparo de lo prevenido en el art. 87.2 de nuestra Constitución. No es el momento de entrar ahora en el análisis de este texto pero, al margen de sus imprecisiones, incongruencias y deficiencias de todo tipo, resulta cuando menos discutible que fuera lo mejor incrementar un sistema matrimonial como el español. Quizá esa ha sido la razón de su reciente retirada a iniciativa de todos los grupos parlamentarios.

En cuanto al requisito de la relación de afectividad análoga a la conyugal, es hora ya de dejar las cosas claras y, como acertadamente apunta el profesor Gavidia *«si para la validez del matrimonio no hace falta una determinada relación de afectividad entre los contrayentes, ¿en qué ha de consistir otra que le sea análoga?»*.

En relación con la cuestión introducida en el debate por la Ley Foral navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, al admitir la adopción conjunta por los componentes del mismo sexo de una pareja, hay que tener en cuenta varios extremos. En primer lugar hay que decir que estamos ante una cuestión que hoy resulta fundamental reconocer. Los seguidores de las directrices nicenotridentinas, siguen fundando su rechazo a la relación homosexual, en que es antinatural, al ser contraria al fin primordial del matrimonio, la procreación. Pero si siempre su hipocresía hizo tambalear esa doctrina, hoy se debe considerar derruida, al tener que reconocer, que junto al hecho de que nadie dejaría de considerar unidos en legítimo matrimonio a los cónyuges porque no hayan tenido hijos, existe la realidad legal y científica que permite que cualquier persona pueda tener descendencia, independientemente de quién sea su pareja, e incluso de que la tenga.

Está claro que podrá considerarse constitucional y no discriminatorio la exclusión de la posibilidad de adopción conjunta por parte de las parejas homosexuales, pero lo que resulta indiscutible es que tal situación supone una diferencia de trato por

razón del sexo. A esa diferencia de trato, es a lo que el legislador navarro ha decidido poner fin.

No es momento de entrar en matices sobre la posibilidad de adopción sucesiva por miembros de una pareja de hecho homosexual, a la que debe entenderse que no se está refiriendo la ley navarra, puesto que hay que equiparar conjunta a simultánea. Otra cuestión es lo referente al acogimiento, en relación con el cual, al apartado 2 del art. 8 de la ley navarra, sólo se refiere al mismo, fijando la necesidad de adecuar la normativa «para contemplar el modelo de familia formado por parejas estables». No sería necesario el precepto para considerar que las parejas estables navarras pueden acoger conjuntamente.

Sabido es que desde hace un tiempo se vienen conociendo opiniones y criterios diversos sobre si la adopción conjunta por parte de dos personas del mismo sexo resulta o no —o mejor dicho, puede resultar o no— perjudicial para el adoptado. Evidentemente el debate se ha retomado y reavivado al aparecer tal posibilidad plasmada en forma de precepto. Por esa razón, inmediatamente se ha interpuesto recurso de inconstitucionalidad contra la ley navarra por incluir en su articulado tal posibilidad.

Tampoco vamos a entrar ahora en consideraciones sobre si es lógica la rigidez en los requisitos de las parejas a la hora de proponerlos como adoptantes. No vamos a incidir ahora en el peligro que puede encerrar la consecuencia a la que lleva la escasez de adoptandos, que hace que se pueda proponer a personas o parejas tan ideales, que casi convierte a los hijos biológicos en personas discriminadas. No se debe olvidar, no obstante, que ni siquiera el excesivo celo de la Administración protectora va a hacer que ésta dedique su atención a los supuestos de hijos biológicos que puedan vivir con uno de sus progenitores y el compañero o compañera de éste, siendo del mismo sexo.

Lo que sí resulta importante es recordar que la regulación de esta materia, concretada en los artículos 175 a 180 del Código Civil, contempla que es el Juez quien, tras la tramitación del oportuno expediente, decidirá favorablemente sobre la adopción si considera suficientemente idónea o idóneas a la persona o personas adoptantes. Esto pone de manifiesto que no es la norma la que establece quiénes serán designados como adoptantes, sino el Juez, tras el oportuno procedimiento. La norma lo

único que hace es determinar los requisitos para entrar en el grupo de personas susceptibles de ser consideradas idóneas por el Juez como adoptantes. Como explica con nitidez el Profesor Gavidia: *«lo que la ley navarra está posibilitando es que, cuando el Juez considere idóneos a los solicitantes de una adopción y que ésta es conveniente para el interés del adoptando, no deje de aprobar esa adopción, por el hecho de que aquéllos sean del mismo sexo. Lejos, por tanto, de perjudicarse al menor, lo que se está haciendo es aumentar las posibilidades de favorecerle, encontrándole una pareja idónea para educarle y cuidarle, con independencia del sexo de los que la integran»*.

No le falta razón al catedrático gaditano al apuntar la razón fundamental de que, mientras ni la ley catalana ni la aragonesa merecieron la atención del recurrente de inconstitucionalidad, la ley navarra haya sido objeto de esta impugnación. Se trata de atajar el atrevimiento que el legislador navarro ha tenido al admitir la adopción conjunta por personas del mismo sexo, que es tanto como admitir que dos personas del mismo sexo pueden tener una relación idéntica a la matrimonial; algo rechazable por quienes siempre han considerado la unión conyugal, la de dos personas de sexo diferente, requisito incuestionable para poder tener hijos comunes.

Si recordamos la situación legal en escandinavia, no deja de ser curioso, que en esta materia el marco normativo en países, como Dinamarca (ley de 1-10-1989), Noruega (ley de 1-8-1993) o Suecia (ley de 23-6-1994) sólo admiten como adoptantes conjuntos a miembros de parejas heterosexuales

Cuando se exige como requisito la inscripción de la unión, se está incurriendo en el mismo inconveniente que para el matrimonio, con la agravante de que quien asume el contraer matrimonio ya asume su inscripción (algo que, por otra parte, va implícito en la ceremonia) mientras quien se une de hecho, hace eso, unirse de hecho, es decir, obviar cualquier trámite. Por eso no es raro que suceda como en Guatemala, donde la unión no matrimonial, para surtir efectos, requiere declaración judicial previa y registro posterior de la unión, con lo cual, mientras las uniones de hecho son más numerosas que los matrimonios, las que se registran son mucho menos que los matrimonios. Quizá sea la forma de conseguir lo que se pretendía, castigar a la unión no consagrada.

Sobre la cuestión de la posibilidad de que el ordenamiento admita el matrimonio entre personas del mismo sexo, tanto Gavidia, como de Verda hacen referencia a la doctrina contenida en el Auto 222/1994 del Tribunal Constitucional. Esta resolución de 12 de julio de 1994 lo que hace es recoger la doctrina consolidada del Tribunal, en el sentido de que está en manos del legislador regular la materia de forma que se otorguen similares derechos a las parejas homosexuales que a los matrimonios, pero no admite la posibilidad de que dos personas del mismo sexo contraigan matrimonio (al margen queda la contradicción que puede darse, y que permite la legislación, derivada de la actitud ante la admisión de que una persona transexual contraiga matrimonio). Lo que sí queda claro es que hoy, por hoy, sigue siendo clara la postura de que reconocer derechos distintos a las personas unidas en matrimonio que a las que forman parte de una pareja de hecho, sean sus miembros de distinto o del mismo sexo, no vulnera la interdicción de discriminación prevenida en el art. 14 de la Constitución.

En todo este asunto es clara la postura de nuestro Tribunal Constitucional. Por una parte en todo momento ha sentado de forma clara la doctrina (reflejada una vez más en la Sentencia 116/1999, de 17 de junio) de que el concepto constitucional de familia no se reduce a la matrimonial. Y por otra, también ha venido dejando bastante clara su fidelidad a la doctrina que se contiene en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el sentido de que no permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo no implica violación del artículo 12 del Convenio de Roma, ya que todo depende de la facultad que tienen los Estados de regular mediante leyes el ejercicio del derecho a casarse.

El fondo de la cuestión es mayor de lo que a primera vista parece. Se trata de dilucidar si las parejas de personas del mismo sexo pueden alcanzar la misma situación en cuanto a derechos que la formada por personas de distinto sexo. Y en ese sentido la respuesta está clara. Salvo que la legislación estatal admita el matrimonio entre dos personas del mismo sexo —algo inexistente, hoy, en todos los ordenamientos— la pareja homosexual siempre estará discriminada respecto a la heterosexual. Bien es verdad que se nos dirá que, precisamente para solventar esa situación, la normativa autonómica sobre parejas

de hecho, establece una equiparación entre ambos tipos de pareja. Pero también es cierto que eso lo es siempre que estemos moviéndonos en el ámbito de las uniones de hecho, de las parejas no casadas; y siempre que no nos acerquemos a ciertas cuestiones, como la de la adopción conjunta. Así las cosas, una pareja heterosexual, puede convivir de hecho, puede constituirse en una pareja estable reglamentada —de acuerdo a una u otra normativa autonómica— y puede contraer matrimonio; mientras, una pareja homosexual tiene las dos primeras posibilidades, pero no la tercera; y aún en las dos primeras, sus derechos no son del todo equiparables a las otras parejas. La conclusión parece clara, pero así son las cosas y lo serán, mientras el propio concepto de matrimonio recogido en el Diccionario haga referencia de forma exclusiva a la unión entre hombre y mujer, mientras la forma de pensar en la sociedad actual sea la que es, y, sobre todo, mientras el matrimonio, como institución, rígidamente formalista en su constitución, siga respondiendo a las necesidades jurídicas y económicas a las que siempre ha respondido.

No es desdeñable la referencia a la polémica que en el Derecho francés suscitó la pretendida equiparación, en cuanto merecedoras de una similar protección, entre las parejas homosexuales y las heterosexuales. Con anterioridad a la Ley de 15 de noviembre de 1999, que reguló el pacto civil de solidaridad, la Corte de Casación francesa siempre excluyó del concepto *concubinage* a las parejas homosexuales, manteniendo que éste no puede resultar sino de una relación estable y continua que tenga la apariencia de matrimonio, es decir, entre un hombre y una mujer; o, lo que es lo mismo, que la mujer que vive maritalmente con otra mujer, que se encuentra a su cargo efectivo —se trataba de un supuesto de materia de seguridad social, similar a los de reclamaciones de pensión suscitados ante los tribunales españoles— no satisface la condición de vida marital exigida por la ley. A partir de la referida ley, que reformó el Code Civil, e introdujo un precepto definitorio del concubinato —fijando éste como una unión de hecho, que se caracteriza por una vida en común, con estabilidad y continuidad, entre dos personas *de sexe différent ou de même sexe*, que viven en pareja— evidentemente las cosas han cambiado, incluso en una sociedad como la francesa, al menos legalmente.

8. Epílogo

Imaginemos que ya el debate ha quedado zanjado, que ya se ha alcanzado el total reconocimiento de las uniones de hecho y la equiparación en derechos de sus miembros con los cónyuges. Acéptese ahora la siguiente pregunta:

¿y por qué no de tres?

9. Bibliografía

- ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, CÉSAR. (1997). «Jurisprudencia sin ley: Los convivientes «more uxorio»». *Revista jurídica Tapia*. Mayo-junio de 1997 (pp. 7-10).
- BERMEJO PUMAR, MARÍA MERCEDES. (1992). «Uniones de participación integral de vida». *Revista General de Derecho* (pp. 2489-2515).
- BLANCO PÉREZ-RUBIO, LOURDES. (1992). *Parejas no casadas y pensión de viudedad*. Madrid: Trivium.
- BORRILLO, DANIEL. (1999). «Uniones del mismo sexo y libertad matrimonial». *Revista «Jueces para la democracia»*, nº 35, julio de 1999 (pp.15-19).
- CERVERA SOTO, TERESA. (1999). «Las recientes propuestas legislativas sobre uniones no matrimoniales: análisis de su contenido y de sus consecuencias jurídicas». *Actualidad Jurídica Aranzadi* nº 384; 1 de abril de 1999 (pp. 1-6).
- CORNU, GÉRARD. (2001). *Droit civil. La famille*. París. Montchrestien.
- CRIOLLO, JOSÉ ERNESTO. (1992). «La unión no matrimonial o unión de hecho. Régimen jurídico» Ponencia presentada al VII Congreso Mundial de Derecho de Familia, celebrado en septiembre de 1992 en San Salvador; República de El Salvador.
- DE JORGE GARCÍA REYES, JUAN A. (1986). *El matrimonio de las minorías religiosas en el Derecho español*. Madrid: Tecnos.
- DE VERDA Y BEAMONTE, JOSÉ RAMÓN. (2001). «Las uniones de hecho a la luz de la Constitución Española de 1978: estado de la cuestión en la legislación estatal y autonómica». *Actualidad Civil* nº 2, 8 al 14 de enero de 2001 (pp. 59-80).

- DEMAIN, BERNARD. (1992). *La liquidación de bienes en las uniones de hecho*. Madrid: Reus.
- ESTRADA ALONSO, EDUARDO. (1986). *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español*. Madrid: Cívitas.
- GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ. (1995). *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*. Madrid: Cívitas.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, JULIO V.. (1999). «Uniones libres y competencia legislativa de ciertas Comunidades Autónomas para desarrollar su propio Derecho civil». *La Ley*; vol. 5 (pp. 1970 y ss.).
- GAVIDIA SÁNCHEZ, JULIO V.. (2001). «Las uniones libres en la Ley Foral Navarra de Parejas Estables». *La Ley*; nº 17, 23 al 29 de abril de 2001.
- GUITRÓN FUENTEVILLA, JULIÁN. (1988). *Derecho familiar*. Chiapas: Universidad Autónoma de Chiapas.
- LEYVA, GABRIEL y CRUZ PONCE, LISANDRO. (1996). *Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la república en materia federal*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- LÓPEZ-MUÑÍZ GOÑI, MIGUEL. (2001). *Las uniones paramatrimoniales ante los procesos de familia*. Madrid: Colex.
- MARTÍN CASALS, MIQUEL. (1999). «Las parejas de hecho en el Derecho Europeo: Realidades, variantes y perspectivas» *Puntos capitales de Derecho de Familia en su dimensión internacional* (pp. 163-208). Madrid: Dykinson
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, CARLOS. (1999). «Notas críticas sobre la Ley relativa a Parejas Estables no Casadas». *Aequalitas* nº 2; octubre de 1999 (pp. 20-25).
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, MARÍA. (2000). *La sucesión legal en el Derecho civil aragonés*. Zaragoza: El Justicia de Aragón.
- MERINO Y HERNÁNDEZ, JOSÉ LUIS. (1999). *Manual de parejas estables no casadas*. Zaragoza: Librería General.
- OLIVÁN DEL CACHO, JAVIER.(2000). «Problemas de constitucionalidad de la ley aragonesa de parejas estables no casadas». *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, nº 29; diciembre de 2000 (pp. 118-152).
- PÉREZ BERÁSTEGUI, JOSÉ I. (1995). «Los Registros municipales de uniones civiles; en especial el de Vitoria». *Revista jurídica Tapia*. Septiembre de 1995 (pp. 74-77).

- PÉREZ CÁNOVAS, NICOLÁS. (1996). *Homosexualidad. Homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español*. Granada: Comares.
- PÉREZ MARTÍN, ANTONIO JAVIER. (1999). «Uniones de hecho». *Revista Lex Nova*. Junio de 1999 (pp. 6-7).
- PÉREZ UREÑA, ANTONIO ALBERTO. (2000). «Las relaciones personales de las uniones de hecho en el Derecho común». *Revista jurídica Tapia*. Enero-febrero de 2000 (pp. 63-70).
- PÉREZ VALLEJO, ANA MARÍA. (1999). *Autorregulación en la convivencia de hecho*. Almería: Universidad de Almería.
- PITTI, ULISES. «Las uniones de hecho» Ponencia presentada al X Congreso de Derecho de Familia en Mendoza (Argentina) y publicado en la *Revista Abogados de Familia* de 10 de noviembre de 1998 (pp. 2-8).
- PITTI, ULISES. (1992). «Régimen jurídico de la unión de hecho». Ponencia presentada al VII Congreso Mundial de Derecho de Familia en San Salvador, República de El Salvador, en septiembre de 1992.
- PUJOL ALGANS, CARMEN y HERRERA RIVERA, ALICIA. (1990). «Aspectos conflictivos de las relaciones de convivencia en las parejas libres en situación de crisis y ruptura». Ponencia presentada al IV Congreso de Mujeres Abogadas. Toledo.
- ROCA CUBELLS, ISABEL. (1993). *La pareja de hecho*. Barcelona: Fausí.
- ROCA TRÍAS, ENCARNA. (1999). «El derecho a contraer matrimonio y la regulación de las parejas de hecho» *Puntos capitales de Derecho de Familia en su dimensión internacional* (pp. 145-162). Madrid: Dykinson.
- SANCO VILLANOVA, MARÍA DOLORES. (1990). «Definición de unión libre». Ponencia presentada al IV Congreso de Mujeres Abogadas. Toledo.
- SCHULMEYER, MARION K.. (1999). «La familia y la pareja en Bolivia. Tradición en evolución». *Cuadernos de Terapia Familiar*, nº 41 (pp. 139-146).
- SERRANO GARCÍA, JOSÉ ANTONIO. (1999). «Matrimonio, Pareja Estable no Casada y Derecho de Sucesiones». *Aequalitas* nº 2; octubre de 1999 (pp. 26-32).
- SILVA DÍAZ, PEDRO F. (1994). «Relaciones económicas derivadas de las uniones de hecho en Puerto Rico y en Derecho

- comparado». Ponencia presentada al VIII Congreso Mundial de Derecho de Familia. Caracas.
- TALAVERA FERNÁNDEZ, PEDRO A. (1999). *Fundamentos para el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales. Propuestas de regulación en España*. Madrid: Dykinson.
- TALAVERA FERNÁNDEZ, PEDRO A.(2001). *La unión de hecho y el derecho a no casarse*. Granada: Comares.
- TERRY GAMARRA, MILAGROS. (1992). *¿Trajo beneficio ignorar el concubinato? ¿Desaparecerá acaso el servinacuy?*. Revista del Foro (Revista del Colegio de Abogados de Lima). (pp. 161-171).
- VV. AA. (1999). *Las uniones de hecho. Una aproximación plural*. Madrid: Univesidad Pontificia de Comillas.
- VARGAS, JAVIER.(1988). *Matrimonio, Familia y Propiedad en el Imperio Incaico*. Lima: Cultural Cuzco, S.A. Editores.
- VEGAS ROLANDO, NICOLÁS. (1994). *Concubinato en Venezuela*. Ponencia presentada al VIII Congreso Mundial de Derecho de Familia. Caracas.
- VILALTA NICUESA, AURA ESTHER. (2001). *Procesos matrimoniales y familiares*. Barcelona: Bosch.
- VILLAGRASA ALCAIDE, CARLOS. (Coord.) (1996). *El Derecho Europeo ante la Pareja de Hecho*. Barcelona: Cedecs.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, LUIS. (1997). «Las uniones de hecho en la perspectiva de las nuevas proposiciones de ley para su regulación». *Temas económicos y patrimoniales importantes en las rupturas matrimoniales* (pp. 19-112). Madrid: Dykinson.