



DEBATES

PAREJAS DE HECHO

Manuel Navarrete Rojas



ÁTEDRA
DE EMÉRITOS

de la Comunidad Valenciana



DEBATES

PAREJAS DE HECHO

Manuel Navarrete Rojas

Edita: ©



ÁTEDRA
DE EMÉRITOS
de la Comunidad Valenciana

C/ Pintor López, 7 - 46003 Valencia - Tel. 96 392 06 04

email: catedraemeritos@fvea.es

Autor:

© Manuel Navarrete Rojas

Coordinan:

Vicente López Merino

Concha Albalat Criado

Salvador Aldana Fernández

Juan Cuenca Anaya

D. L.: V-4185-2006

Maquetación e impresión:

Gráficas Antolín Martínez. s.l.

Tel. 96 391 89 84 - www.grafamar.com



El Rey Sabio fué un precursor: Partida cuarta, Título XIV: De las otras mugeres que tienen los omes que non son de bendiciones. Ley I: Qual muger puede ser recebida por barragana: toda muger que desde su nascencia es siempre libre de toda servidumbre e que nunca fué sierua. E esta atal puede ser rescebida por barragana. Ley II: Quien puede auer barragana: todo ome que non fuesse embargado de orden o de casamiento puede auer barragana.

PAREJAS DE HECHO

CONCEPTO

El mundo jurídico debe ser visto como norma y como hecho social, para evitar caer en el empobrecimiento y en el reduccionismo.

De conformidad con esta idea, el fenómeno de las parejas de hecho y su moderna proliferación, plantea la interrogante de cómo afecta al ámbito jurídico el aspecto sociológico. El derecho se proyecta sobre amplias zonas de la realidad humana, pero sólo regula algunos de los comportamientos. Las parejas de hecho y su problemática parecen querer moverse “prima facie” fuera del campo jurídico, como señala Ramón Martínez Tapia. Por ello, lo que hay que acometer es identificar el concepto cuya falta de regulación legal contribuye a su vaguedad. Importante para ello es la labor que realizan la jurisprudencia y la doctrina.

La primera aproximación al tema en nuestro país fue la que realizó, allá por 1963 el ilustre civilista Vallet de Goytisolo, para el cual son tres los requisitos que caracterizan a las parejas de hecho: Relaciones sexuales, permanencia y vida en común. Pero hay que precisar más el concepto para que aparezca nítida la figura jurídica, como señala Alberto Agüero y para ello propone partir de una noción instrumental con caracteres definidos: Carácter heterosexual que le confiera un paralelismo implícito con la figura del matrimonio, y con ello se excluyen las uniones homosexuales, que son otra cosa. Carácter monogámico, con lo que quedan excluidas las uniones poligámicas y las adulterinas (vínculo matrimonial previo o parentesco impediente

de uno de los convivientes). Convivencia efectiva entre ellos. Estabilidad de la unión con dos circunstancias: transcurso de cierto tiempo y/o presencia de hijos (entonces la pareja se convierte en familia de hecho). Informalidad, lo que implica la voluntad de no tener unión formal, o sea, matrimonio. Notoriedad, que es convivencia sin secretismo al exterior. La existencia de relaciones sexuales no se considera, sin embargo, por la doctrina elemento necesario. Finalmente, se debe tratar de una unión libre en su nacimiento, regulación y cese. Para la doctrina actual (Martínez Piñeiro, Herrera Campos) las parejas de hecho son una realidad social creciente en número y aceptación.

HISTORIA

La existencia de las parejas de hecho, o sea, fuera del Ordenamiento jurídico normal, arranca de las épocas más antiguas.

Los atenienses conocían el concubinato ("palakia") como unión de rango inferior al matrimonio, que también conocieron los romanos y que se caracterizaba por carecer de "affectio maritalis". Hasta Constantino fue una unión ilegítima no regulada y lo único que se hizo en su favor fue facilitar la legitimación de los hijos de tales uniones (según resulta de Código Teodosiano). Justiniano calificó este tipo como costumbre lícita que no ofende al pudor y le concedió a los hijos derechos sucesorios.

En Derecho germánico se cita la ley danesa de 1240 que decía que cuando un hombre alberga a una amante que comparte su lecho con toda evidencia y tiene las llaves de la vivienda y externamente comen y beben en la misma mesa durante tres inviernos, esta amante será de derecho su esposa.

En España, el Código de Alarico recoge la regulación de Justiniano, distinguiendo los Fueros medievales entre el matrimonio de "bendición", el matrimonio "a yuras" y "facie Ecclesiae" (que era informal sin testigos, sin arras, sin amonestaciones) y la barraganía fundada en un contrato de amistad ("compañera a pan e mesa e cuchiello por todos los dias que visquíeredes").

Las Partidas de Alfonso el Sabio regulan la barraganía, que para que produjera efectos tenía como requisitos la edad mínima de doce años, llevar vida recatada y condiciones de permanencia y estabilidad.

La Iglesia siempre luchó contra esta clase de uniones. Su doctrina quedó plasmada en el Concilio de Trento (1563), recibido como Ley en España por Real Cédula de Felipe II. Se estableció a la vez la obligatoriedad de la forma canónica del matrimonio "ad validitatem" castigándose los concubinatos con pena de excomunión.

No obstante, en el Derecho castellano de las épocas citadas se reconocían efectos a los hijos fruto de las relaciones de barraganía (los hijos llamados bordes) ostentando más derechos que los bastardos (o sea, los adúlteros, sacrílegos, incestuosos, etc.). Tales derechos eran los de alimentos y herencia.

Así continuó la situación en tiempos posteriores en España, incluida, por supuesto, la época de la Inquisición, llegándose hasta el Código civil, que no alude en ningún caso a la barraganía, o a lo que hoy llamamos pareja de hecho.

Es en la Constitución de 1978 donde en su art. 39, 2 se establece la total equiparación de los hijos ante la ley, con independencia de la clase de su filiación.

En general es en la década de los noventa cuando se empieza a reclamar el reconocimiento legal de las parejas de hecho y van apareciendo en diversas leyes generales o autonómicas, como luego veremos, reconocimientos de derechos parciales y determinados a favor de estas parejas.

En 1994 se empieza a instar por determinados partidos políticos la promulgación de una ley general para las parejas de hecho e incluso en el mismo año se presenta en el Parlamento una proposición no de ley para que desaparezca toda discriminación por su orientación sexual en las citadas parejas.

Causas del aumento de esta clase de parejas, como dice Cantero Núñez, pueden ser estructurales o de fondo. Las primeras se suelen

dar en países iberoamericanos donde, por la extrema pobreza de la población y la lejanía geográfica de los centros administrativos o judiciales, prolifera este aumento. Causas del mismo género aunque de diferente génesis, son las llamadas "antesalas del matrimonio" como la cohabitación prenupcial o el "matrimonio a prueba". Causas de fondo pueden ser la pérdida del sentido del matrimonio, el olvido de su carácter sacramental (en el matrimonio religioso), la escisión entre el matrimonio y la sexualidad, por considerar a ésta como un fin en sí misma, la secularización de la sociedad moderna, el individualismo por encima de la solidaridad, la filosofía existencialista, etc. Finalmente, la posibilidad de libre ruptura de la pareja sin otros requisitos o formalismos judiciales.

DERECHO COMPARADO

A) Iberoamérica: La unión de hecho tuvo una extensa práctica en la época colonial, cuya sociedad generó dos modalidades familiares: La típica, basada en el matrimonio, propia de los blancos; y la atípica o de hecho, generalizada entre la población no blanca. Hasta hoy han perdurado y siguen vigentes estas formas atípicas por factores económicos, sociales o culturales. Eso sí, siempre sobre la base de hombre y mujer.

B) Europa: H.J. Hoffman Novotny señala que el concubinato puede significar una unión libre de tipo tradicional, en la cual dos personas que no desean o no pueden casarse deciden vivir juntas.

En los países del Norte y Oeste no ha dejado de aumentar el fenómeno desde 1970. Sin embargo, en los países mediterráneos, aunque la nupcialidad ha disminuido, no ha sido esta disminución compensada con uniones informales, si bien éstas también existen, incluso al Sur.

Por países, Suecia reguló la cohabitación por ley de 1987, incluidas las parejas homosexuales, sucediendo lo mismo en Noruega (1993) y Dinamarca (1987).

En Francia, antes sin regulación, se han ido dando algunas soluciones legales y jurisprudenciales de carácter parcial (indemniza-

ciones por accidente, viudedad, etc.). El Código Napoleón distingue netamente el matrimonio y el concubinato. Por una ley llamada de pacto social de solidaridad (de 1999) se introduce una nueva terminología para el fenómeno, sin pretender integrarlo en la legitimidad de la institución matrimonial, para que no sea un sucedáneo del matrimonio civil.

En Italia, la Constitución de 1947 sólo reconoce el matrimonio como fuente de la familia, en tanto que sociedad natural. Sin embargo, en las últimas décadas se está haciendo una interpretación "laica" por la cual la protección de la familia legítima no excluye el reconocimiento de la familia de hecho, lo que se lleva a efecto por el cauce de la jurisprudencia y todo ello sobre la base de unión hombre/mujer.

El Parlamento europeo en una Resolución de 1994 hace referencia a las parejas no casadas como núcleos familiares, pero sin mencionar a las de homosexuales, a las que tampoco se les posibilita la adopción de menores.

UNIONES HOMOSEXUALES

Como dice José Luis Requero, se pretendió modificar el Código civil para posibilitar el matrimonio homosexual, con el justificante de que "cualquier persona tiene derecho a contraer matrimonio con otra persona" (arg. art. 32, C.E.) (Grupo mixto en el Congreso) y estos colectivos no se contentan con la regulación de las parejas de hecho, incluso homosexuales, que han propiciado y regulado muchas Comunidades Autónomas, pero no como "matrimonio".

Esta tendencia entiende que el matrimonio es un derecho de los homosexuales, que éstos tienen el derecho civil de casarse, contra el criterio general dominante hasta ahora. Concretamente en este caso, el Tribunal Constitucional se manifestó en el sentido de que la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídica regulada, ni existe un derecho constitucional a ello. El orden jurídico ha de ser objetivo y su regulación por el Estado ha de reflejar el modo de vivir de los ciudadanos en general, traduciéndolo en un

trasunto de la idiosincrasia secular y evolutiva, no petrificada, pero sin incorporar erróneamente figuras extrañas, por no tener arraigo social, o por contrariar los signos identificadores de la institución matrimonial. Del mismo modo carecería de sentido en nuestra cultura regular el matrimonio polígamo, o el incesto. Y finalmente porque el matrimonio homosexual es una contradicción en los términos: En el matrimonio hay una base antropológica: hombre/mujer. Y ello no parece que sea dogmatismo, como tampoco lo sería proponer la variación de la ley de la gravedad, pretendiendo que los cuerpos caigan hacia arriba.

La igualdad pretendida de los homosexuales y los heterosexuales respecto del matrimonio no debe operar, pues la igualdad consiste en dar el mismo trato a situaciones jurídicas iguales, que en ello radica la justicia distributiva.

El art. 32 de la Constitución dice que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. Ello en concordancia con el Pacto internacional de derechos civiles o el Tribunal europeo de derechos humanos, que a este respecto reitera que el matrimonio se predica de personas de diferente sexo biológico.

Ante este panorama nos podemos preguntar: ¿Está la sociedad reclamando la reforma del Código civil para regular el matrimonio homosexual? Para Requero, una cosa es respetar la dignidad de quienes tienen tendencias homosexuales y otra abrir el matrimonio a relaciones que no tienen que ver con dicha institución y que podrían dejarse a la libre ordenación de las partes interesadas, o ser reguladas por la ley, pero no como matrimonio. El matrimonio no es un simple instrumento técnico, ya que tras él y la familia hay algo más que una simple cuestión de técnica jurídica.

Sin embargo, se está lentamente abriendo paso la opinión favorable al matrimonio homosexual: El Parlamento europeo (8 de febrero de 1994) aboga por dar derechos matrimoniales a parejas homosexuales, si bien en otra Resolución de 14 de diciembre del mismo año se decanta por dar estos derechos sólo a las heterosexuales. Se

alegan en favor del tratamiento matrimonial, a parte del mencionado art. 32 de la Constitución, los arts. 39 (protección jurídica de la familia), el 10,1 (dignidad de la persona...libre desarrollo de la personalidad) y el 9,1 (libertad e igualdad del individuo), no queriendo entender que el matrimonio tiene entre uno de sus requisitos el de la heterosexualidad y que todas las demás opciones son válidas pero no deben tener el mismo tratamiento.

Comparando parejas de hecho heterosexuales con otras homosexuales nos encontramos con que aquellas no quieren casarse (aunque sí reclaman regulación y derechos) y éstas sí quieren casarse (y disfrutar de derechos matrimoniales). Unas quieren pero no pueden casarse y otras pueden y no quieren. Para Salvador Torres Escámez, gran parte de la presión pro legalización de todos proviene de los colectivos homosexuales.

En Derecho comparado vemos que en Dinamarca y Noruega se reconocen las parejas homosexuales y se les conceden derechos como los del matrimonio, pero no el matrimonio como tal. Tampoco pueden adoptar conjuntamente.

En Holanda y Bélgica se admite el matrimonio y la adopción por esta clase de parejas.

En Suecia y el Reino Unido se reconocen las parejas de hecho homosexuales, pero no su matrimonio, aunque sí la adopción conjunta.

En Alemania y en Francia hay el mismo tratamiento. No la adopción. Finalmente, en Estados Unidos, muy recientemente se ha legalizado el matrimonio homosexual por la Corte Suprema del Estado de Massachussets, si bien se ha pedido por grupos conservadores del país al Presidente Bush que proponga una enmienda constitucional para prohibir esta clase de matrimonios.

En los actuales momentos, el nuevo Gobierno socialista, apoyado por otros partidos (salvo el Partido Popular) ha anunciado su propósito de regular como matrimonios a las parejas homosexuales.

Ya en 28 de junio de 1994 hubo una proposición no de ley del grupo parlamentario socialista en este mismo sentido.

La revista "Escritura pública" en su número de septiembre-octubre 2003 señala que dogmas y principios acreditados de nuestra cultura están siendo sacudidos de forma brusca e impensada con la presentación en sociedad de parejas homosexuales estables, con vocación de alcanzar la naturaleza y efectos del matrimonio tradicional y la consiguiente pretensión de adoptar menores, o en el caso de parejas femeninas, mediante fecundación artificial. Y la conmoción social se multiplica cuando vemos que la Iglesia evangelista no sólo admite homosexuales ejerciendo el Episcopado, sino induciendo a celebrar ceremonias de unión entre personas del mismo sexo.

Un asunto especialmente delicado en relación con estas pretendidas uniones es el de la posible adopción de menores por ellos.

El objetivo fundamental que se persigue con la adopción, en general, es el desarrollo social y psicológico del niño; y la aptitud de los padres adoptantes para conseguir dicha finalidad constituye el aspecto principal de la previa investigación (judicial en España: art. 176 del Código civil), teniendo siempre como prioridad el interés del adoptando.

Según Malinowski, en todas las sociedades se considera indispensable para el niño la existencia de un padre para su custodia y relación con la sociedad y para su integración en la familia. Los estudios sobre la adopción, que siempre giran alrededor de sus consecuencias para el niño, se suelen basar en la "calidad" del hogar adoptivo, en función de los caracteres sociales y psicológicos más convenientes para el desarrollo físico y emocional del adoptado.

El problema de la adopción de menores por parejas homosexuales consiste en que se suele confundir el pretendido derecho de la pareja con el posible interés contrario del menor, ya que se considera que esta adopción no garantiza posiblemente la estabilidad y sociabilidad de estos niños.

A este respecto, la Conferencia episcopal española indica (en palabras del secretario Juan Antonio Martínez Camino) que en estos casos de adopción no se respeta el derecho del niño a tener un padre y una madre. La presencia de dos padres o dos madres exigirá en el niño un esfuerzo para poder dar un perfil sólido a su identidad sexual normal.

Se pregunta Luis Racionero: ¿A quién puede perjudicar que una pareja homosexual adopte niños? Respondemos que sólo a los niños. En nuestro ámbito cultural resulta extraño que un niño tenga dos padres o dos madres, aparte del posible rechazo social. El niño necesita una figura masculina a su lado y la niña una femenina, para su equilibrado desarrollo personal.

DERECHO GENERAL ESPAÑOL

La Constitución de 1978 dice en su art. 149: "El Estado tiene competencias exclusivas sobre las siguientes materias:...8ª Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades autónomas de los derechos civiles forales o especiales allí donde existan... (Cataluña, Mallorca, Navarra, Aragón, Vizcaya y Galicia)... en todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los Registros e instrumentos públicos...".

"A contrario sensu", las Comunidades que no tienen Derecho foral no podrían legislar sobre materias de Derecho civil que entran en el contenido de la norma transcrita. Por ejemplo, en la Comunidad de Madrid, que no tiene Derecho foral, hay interpuesto un recurso de inconstitucionalidad contra la ley de uniones de hecho, por vulnerar el art. 149, 8 de la Constitución.

En Navarra existe otro recurso de igual clase ante el Tribunal constitucional, (aunque Navarra sí tiene Derecho foral) sobre la base de que el Derecho de familia debe ser común o igual en todo el territorio español; la ley recurrida es la de parejas, que además permite

la adopción conjunta por parejas del mismo sexo. En contra de esta tendencia y a favor, por tanto, de la legalidad de las parejas de hecho se esgrimen los siguientes preceptos todos ellos de la Constitución: art. 9-2: "corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo... sean reales y efectivas"; art. 10-1: "la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad... son fundamentos del orden político y de la paz social..." art. 14: "los españoles son iguales ante la ley, sin discriminación alguna por razón de... sexo..."; art. 32-1: "el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica"; art. 39-1: "los poderes públicos aseguran la protección social... y jurídica de la familia".

O sea, libertad, igualdad y dignidad de la familia, pero ¿de qué clase de familia?

El Código civil en su art. 49 dice que cualquier español podrá contraer matrimonio. El art. 66 señala que el marido y la mujer son iguales en derechos y deberes. El cuerpo legal no hace alusión alguna a las parejas de hecho. Sin embargo, en su art. 3º encontramos una expresión que puede dar lugar, de hecho lo está dando, a la admisión de tal concepto en nuestra legislación, al decir que "las normas se interpretarán en relación con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas" y asimismo admite la analogía (art. 4º) para aplicarla cuando haya "identidad de razón".

La reforma del Código civil de 7 de julio de 1981 introdujo algunas modificaciones puntuales en varios artículos, que daban entrada al concepto de las parejas de hecho en el cuerpo legal: Art. 101 en tema de derecho de pensión cuando hay nulidad, separación o divorcio, señalando que se extingue tal derecho por nuevo matrimonio o "por vivir maritalmente con otra persona". El 135, declaración de filiación, afirma que se la puede declarar cuando resulte haber convivencia con la madre del presunto conviviente. El 320 faculta para conceder la emancipación del hijo cuando quien ejerce la patria potestad "conviviere maritalmente con persona distinta del otro progenitor". Y el

art. 175 que trata de la adopción, señala en su punto 4º que “fuera de la adopción por ambos cónyuges, nadie puede ser adoptado por más de una persona”; pero una ley posterior de 11 de noviembre de 1987 sobre adopción, en su disposición adicional 3ª declara aplicable el anterior artículo (el 175) cuando se trate de “hombre y mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal”.

El Código penal (de 23 de noviembre de 1995) en diversos lugares amplía y da entrada en su texto a la expresión “relación estable de afectividad” en paralelo al matrimonio: art. 23 (responsabilidad penal) 153 (delito de lesiones) 424 (cohecho) 617 (faltas), etc.

Otras disposiciones dan entrada a la misma idea en tema laboral (ley 30/81), ley general penitenciaria (26 septiembre de 1979), seguridad social (7 julio 1981), derecho de asilo (26 marzo 1984), arrendamientos urbanos (año 1994) y otros.

El Tribunal europeo de derechos humanos se manifestó en 22 de abril de 1997 en favor de la regulación legal de las parejas de hecho.

Jurisprudencia.- El Tribunal constitucional en sentencia de 15 de noviembre de 1990 - relativa a pensión de viudedad- señala que para generar tal derecho se requiere previo matrimonio, pero admite una nueva causa de pedir, basada en la convivencia extramatrimonial, sólo en aquellas uniones estables que tuvieran su causa en la imposibilidad de contraer nuevo matrimonio, por no existir el divorcio antes de originarse el derecho a la pensión (fallecimiento del conviviente). Pero la doctrina general que sienta es la de que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes ya que no se puede admitir que vulnere la Constitución el hecho de que no se reconozcan derechos matrimoniales a quien no quiso casarse, pudiéndolo hacer. El derecho a no contraer matrimonio no implica que tenga el Estado que regular la previsión social para las parejas de hecho.

El Tribunal supremo, en Sentencia de 18 de diciembre de 1993, establece que no cabe equiparar matrimonio y pareja de hecho a efectos de considerar bienes gananciales los adquiridos durante la convivencia. El 27 de mayo de 1994 señala que aunque estas parejas sean un hecho social hoy en día, ello no implica su posible equiparación al matrimonio. En 16 de diciembre de 1996 dice que si los interesados no quieren acogerse al matrimonio (casándose) no pueden luego pedir que se les apliquen las normas de la institución. En 10 de marzo de 1998 indica que cabrá la equiparación en el caso concreto de que haya un perjuicio no tolerable para una de las partes y en tal caso se aplicará la doctrina del enriquecimiento injusto, para mantener la seguridad jurídica que está garantizada por el art. 9 de la Constitución. En igual sentido la Sentencia de 27 de marzo 2001.

En resumen, con anterioridad a la nueva situación social, el Tribunal supremo, como señala Rodrigo Tena, respetaba el fenómeno de estas parejas por considerar voluntad implícita de los que no quieren contraer el matrimonio la de que no desean sus efectos, y por tanto no proceder la aplicación de la analogía (o sea, trato igual para situaciones similares). Sin embargo hay circunstancias nuevas y el alto Tribunal ha comenzado a aplicar la analogía otorgando ciertos efectos del matrimonio a las uniones de hecho, por el nuevo valor social que se les da, si bien aún no se admite el matrimonio para ellas; y finalmente porque muchas Comunidades autónomas han promulgado leyes regulando estas uniones y otorgándoles importantes efectos.

Todo esto va haciendo necesaria una ley estatal o nacional de parejas de hecho. Cosa que, por cierto, se propone el nuevo Gobierno, con una amplitud que dará un importante giro a la situación.

Como señala Cecilia Guerra, en España se va admitiendo el fenómeno socialmente. Con la oposición de la Iglesia, hay sin embargo otros estamentos que lo van asimilando (Guardia civil, Ejército, Sindicatos en convenios colectivos, la izquierda política, las Autonomías, etc.)

Las Autonomías presentan disparidad de criterio en cuanto a las circunstancias y extensión de los derechos concedidos: Homo o heterosexuales, adopción sí o no. En general no hay por el momento equiparación con el matrimonio, pero lo que sí hay es un caos legal que está pidiendo una regulación general. De todos modos hay que decir que estas parejas no han suplantado ni desplazado significativamente al matrimonio clásico, pese a la premonición de Roué, que allá por el 1903 llamó a la unión libre el “matrimonio del mañana”.

En la doctrina más reciente encontramos un editorial de la Revista “Escritura pública” (del Consejo General del Notariado) en el número de Septiembre-octubre de 2003, que fija oficiosamente la postura del colectivo notarial en este problema bajo el epígrafe general de “un derecho de familia insuficiente”; y en el preámbulo leemos que la espectacular irrupción al exterior de nuevas formas de convivencia social está poniendo a prueba la capacidad de tolerancia y asimilación de los ciudadanos, ante la aparición de parejas heterosexuales, e incluso homosexuales, formando uniones estables con vocación de alcanzar la naturaleza y efectos del matrimonio tradicional.

Y por supuesto, apartando del debate los aspectos sacramentales o religiosos del problema, y dado el carácter laico que establece para España el art. 16 de nuestra Constitución, lo cierto es que los poderes públicos deben dar un cauce jurídico al asunto que aflora progresivamente en la sociedad española. Y hay tres pilares que considerar para dar un enfoque lógico a la cuestión y que son la irrupción de nuevas formas de convivir, la dignidad individual de la persona y el derecho a la igualdad de la misma.

Irrupción de nuevas formas de convivir: Las innovaciones de la Constitución de 1978 en nuestro Derecho de familia (matrimonio civil, divorcio, equiparación de toda clase de hijos) han sido asumidas sin aspavientos por la sociedad española. Junto al entramado social tradicional conviven actualmente uniones asimétricas a las que los ciudadanos vienen dispensando respecto cuando a ello se hacen acreedores con su actitud y no por el título que valida su unión.

Dignidad individual del hombre: La cultura occidental se define por su valoración del individuo como máximo exponente de la creación. La historia de la personalidad europea comenzó, según Jaegger, cuando los griegos situaron el problema de la individualidad en lo más alto de su desenvolvimiento filosófico: Antígona, hacedora de sus propias leyes; y Sócrates, condenado por alterar las creencias de Atenas, fueron los primeros mártires de este principio. Roma y el Cristianismo reafirman el axioma de la dignidad del individuo. Un valor básico de la herencia común de la humanidad es el derecho de cada individuo a que se le reconozca su propia dignidad.

Derecho a la igualdad: Las Notarías son testigos silenciosos en el marco del Derecho privado, de las aspiraciones de los ciudadanos descolgados de los clichés sociales ortodoxos y de su frustración cuando, en un testamento o en la compra conjunta de una vivienda, se enteran de que a ellos no les son aplicables exenciones o bonificaciones fiscales en herencias o en el régimen de la vivienda en caso de fallecimiento de uno de ellos, aparte de posibles reclamaciones de parientes del premuerto respecto a su herencia, o del distinto tratamiento a la hora de una compra conjunta de un bien.

Todas estas situaciones conviene regularlas jurídicamente, tratándose de convivencia ordenada y estable, mediante un nuevo Derecho que dé una respuesta equilibrada a estas nuevas células que han surgido en la vida civil, si bien no parece que proceda equipararlas al Derecho de familia tradicional. Por todo ello, mientras no se promulgue una ley nacional y general de parejas de hecho, se hace recomendable la adopción de un pacto regulador en cada caso, que a semejanza de las capitulaciones matrimoniales, organice la convivencia, economía y demás aspectos de la vida jurídica de la pareja y la protección de los posibles hijos.

Pero como decimos, en todo caso no procede la equiparación con el matrimonio y mucho menos para parejas homosexuales, pues si se termina accediendo a un "matrimonio sin casarse", estaríamos en la situación del burgués de Molière, "que hablaba en prosa sin

saberlo". Después de tantas concesiones y adaptaciones habríamos descubierto un "nuevo" nomen jurídico: El viejo matrimonio.

REGULACIÓN AUTONÓMICA

Pese al art. 149, 8 de la Constitución, la mayoría de las Comunidades autónomas, incluso las que no tienen Derecho foral, se han lanzado a legislar en esta materia.

Trece son las que tienen regulación en este momento (mayo 2004): Cataluña (julio 98), Aragón (marzo 99), Galicia (mayo 2000), Navarra (julio 2000), Valencia (abril 01), Baleares (Diciembre 01), Asturias (mayo 02), Castilla-León (octubre 02), Madrid (diciembre 01), Andalucía (diciembre 02), Canarias (marzo 03), Extremadura (marzo 03), País Vasco (mayo 03).

De ellas, cinco admiten y regulan parejas homosexuales, y de éstas, tres admiten la adopción a todas las parejas.

No tienen regulación específica, hasta hoy, Castilla la Mancha, Murcia, Rioja y Cantabria, además de Ceuta y Melilla.

Aparte de lo dicho sobre la muy dudosa capacidad jurídica de las Comunidades sin Derecho foral para legislar en la materia, lo cierto es que el movimiento es imparable.

Argumentos para justificar esta respuesta jurídica a la situación son, por ejemplo, los del preámbulo de la ley valenciana: Que el matrimonio y las uniones de hecho son "instituciones" distintas que obedecen a planteamientos personales, cuya diferencia hay que respetar en el plano social y jurídico, regulando la convivencia estable y duradera. Se amparan en el art. 14 de la Constitución (igualdad de los españoles ante la ley, sin discriminación por razón de... sexo). Se alega finalmente que al carecer el Código civil de normas en la materia, existe una laguna de ley que hay que rellenar.

Contra algunas de estas normativas hay pendientes recursos de inconstitucionalidad (casos de Navarra y Madrid) basados en el art. 149 de Constitución: Competencia exclusiva del Estado.

Gabriel García Cantero entiende que hay en España un “desmadre” autonómico y con discordancia entre regiones. En las Comunidades donde no se ha legislado sobre este tema, la pareja de hecho es una realidad social “ajurídica”, aunque pactable.

Registros de esta clase de uniones: Han surgido (el 1º en Vitoria el 28 de febrero de 1994), a pesar de que los Ayuntamientos y las Comunidades sin Derecho foral no están legitimados para esta clase de regulación. En los Registros se hace constar la existencia de estas uniones. La ley valenciana, que tuvo también su Registro en 1994, dice que quiere dar una respuesta a la demanda social, mediante esta ley. Se aplica a las “personas” (todas por tanto) que convivan en pareja, de forma libre, pública y estable durante doce meses, de forma ininterrumpida y con relación de afectividad. La inscripción en el Registro es constitutiva y los pactos de convivencia se documentarán en escritura pública.

Aspecto sociológico: La existencia de parejas de hecho modernamente, ha devenido en un fenómeno sociológico, por la importancia cuantitativa que hoy en día ha adquirido.

El Instituto Nacional de Estadística, en marzo de 1994 elaboró un estudio según el cual antes de 1941 el porcentaje de parejas de hecho en España era del 0,7%. Sigue en esta tónica (del 0,4 al 0,7%) hasta 1971, en que salta al 1,2%. En 1981 sube al 4% y en 1986 se pone en el 7,8%. Sin embargo, actualmente en España (2002) sólo el 2% son parejas de hecho, frente al 98% que son matrimonios. En otro estudio reciente de Amando de Miguel, un 27% de los jóvenes se inclina por la convivencia de la unión de hecho, frente al matrimonio.

Lo cierto es que el porcentaje de estas uniones sigue aumentando, motivado por diversos factores, como son las ideas libertarias, la crisis del matrimonio, la extensión de la sociedad laica, los llamados “matrimonios a prueba”, etc.

Ante este panorama, la reacción del Derecho puede ser y de hecho ha sido de tres posibles formas: De condena, de ignorancia (o tolerancia) y de regulación. Veámoslas.

Condena: Aparte de la posición de la Iglesia (desde el Concilio de Trento, de aplicación legal en España) de rechazo al fenómeno, se esgrime la conocida frase de Napoleón de que "si los concubinos han querido construir su vida al margen de la ley, no le corresponde a la ley concederles unos efectos jurídicos que no han querido". En Derecho español preconstitucional (antes de 1978), la protección oficial de la religión católica (recogida en el Fuero de los Españoles) impidió otorgar ningún reconocimiento a las uniones de hecho, consideradas contrarias a la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Tolerancia o neutralidad: Son los sistemas que hoy dominan en nuestro entorno jurídico, en los que se admite la licitud de esta unión pero sin que merezca una regulación legal, por ser ajenas a nuestra tradición cultural las citadas uniones y parejas.

Para Cantero Núñez, el matrimonio es libre de ser o no contraído y las relaciones extramatrimoniales son también libres y no están prohibidas; y como, por otra parte, los posibles hijos están siempre protegidos por la ley, concluye este autor que lo que parece que se está tratando es abrir el camino a la legalización del matrimonio homosexual con el pretexto de regular la pareja de hecho, que por otra parte sólo alcanza el citado 2%, en relación con el matrimonio que es del 98%.

Regulación: Los ordenamientos jurídicos se van lentamente decantando por la existencia de algún tipo de regulación para estas parejas y dándoles determinados efectos, ya que el pluralismo social las admite.

Así, el Tribunal europeo de derechos humanos y las normas del art. 10 punto 2 de la Constitución española (que señala que las normas relativas a derechos fundamentales se interpretarán de conformidad con la declaración universal de derechos humanos). Y en consonancia con esta idea, el Código civil prescribe en su art. 3 que se interpretarán según la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas. Y lo cierto es que hay una realidad social hoy en día en que abundan las parejas de hecho, pero siempre hay que predicar un tratamiento diferente para las parejas y para los matrimonios, al ser situaciones distintas.

En resumen, como dice Enrique Gil Calvo, las parejas heterosexuales no quieren casarse, pero sí tener derechos similares a los concedidos al matrimonio; no quieren casarse para mantener su independencia y libertad personal, o porque consideran al matrimonio como una institución injusta, discriminatoria y patriarcal. Por contraste, las parejas homosexuales quieren obtener el "status" matrimonial (casándose) por lo que no manifiestan animadversión al mismo.

Respecto a las primeras, se unen con afán de libertad de ataduras jurídicas, pretendiendo sin embargo buscar el amparo del Derecho en lo que les favorezca, con lo cual se convierten en parejas "de derecho", pero con fraude de ley, ya que se apoyan en un texto legal que se utiliza para eludir una ley imperativa (arts. 2 y 6 del Código civil).

Este es el caso que nos ocupa: Los derechos concedidos al matrimonio exigen el cumplimiento de todas sus normas, por lo que no se deben reclamar para amparar una situación distinta, incumpliendo la esencia de la institución.

EFFECTOS

Como consecuencia de la convivencia "more uxorio", surgen unos efectos que la doctrina agrupa del modo siguiente:

Comunidad de bienes: Su régimen jurídico no puede ser subsumido en la comunidad matrimonial de gananciales. Es por tanto una comunidad de bienes libre y voluntaria que se puede regular por los interesados mediante pacto y que funcionará como una comunidad ordinaria de los arts. 392 y siguientes del Código civil.

Convivencia: Debe ser en principio totalmente libre. Se debe pensar que donde se ha querido excluir el Derecho (al no querer casarse) éste no debe inmiscuirse. Si los concubinos pasan de la ley -decía Napoleón- la ley debe desinteresarse de ellos. Para Roca Guillamón es inconveniente convertir en situación de derecho la que es de hecho, ya que la igualdad sólo puede predicarse de magnitudes equiparables. Si hubiera equiparación podrían surgir problemas. Por ejemplo, los cónyuges "están obligados a vivir juntos"; ¿tienen esta obligación los convivientes? No, porque su convivencia es libre.

Relacionado con el tema de la convivencia está el de la obligación de los cónyuges de “socorrerse mutuamente” que en su aspecto material implica el derecho de alimentos, que para los convivientes podrá ser admitido en sustitución por un pacto, que se extienda a los que define el Código civil en su art. 142 como alimentos: todo lo necesario para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.

Posibles hijos: Estos tienen garantizada su protección integral por el art. 39 de la Constitución, cualquiera que sea su clase, estando obligados los padres a atender a su asistencia.

Ruptura de la unión: En este caso, respecto de los bienes, si no hay pacto para ello, habría que aplicar la doctrina del enriquecimiento injusto, cuando haya culpa de uno y daño para el otro, o se haya generado situación de necesidad.

Vivienda familiar: Habrá que aplicar por analogía el art. 96 del Código civil: en defecto de acuerdo -aprobado por el Juez- el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al, en este caso, conviviente en cuya compañía queden y si no hay hijos habrá que acordar el uso de tales bienes de modo prudencial.

Sucesión mortis causa: Habiendo testamento y respetando las legítimas forzosas, no hay problema. Si la sucesión es intestada puede haber dificultades, ya que es muy difícil aplicar la analogía en estos casos, pues hay herederos legales preferentes y no cabe anteponer el conviviente a éstos, ni tampoco pactar sobre ello, pues la sucesión contractual o pacto sucesorio está prohibida en nuestro Derecho.

Sin embargo, hubo una sentencia del Juzgado de Elche (20 de marzo de 2002) donde se acordó aplicar el art. 944 del Código civil (que dispone que en defecto de ascendientes y descendientes hereda el viudo) al conviviente “more uxorio” del difunto, en base a la analogía. El Ministerio fiscal recurrió, pero la Audiencia provincial de Alicante confirmó el Auto del Juez, consagrando esta anomalía jurídica y vulnerando el aforismo romano: “dura lex, sed lex”, la ley es dura pero es la ley.

Adopción: Con independencia de que ciertas comunidades autónomas admiten la adopción conjunta (Cataluña, Aragón, Navarra y País Vasco) en algunas incluso por parte de homosexuales, lo cierto es que el art. 175-3, punto 4, del Código civil, ordena que “fuera de la adopción por ambos cónyuges, nadie podrá ser adoptado por más de una persona”. Y sin embargo, una ley de 11 de noviembre de 1987 (en su disposición adicional 10ª) sobre adopción, permite que ésta sea conjunta también por “el hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal”. Lo notable de esta ley es que en general del Estado.

Viudedad: La ley de 7 de julio de 1981 (disp. adicional 10ª) atribuye derecho a las prestaciones de seguridad social y pensión de viudedad a quienes no hubieran podido contraer matrimonio por impedirlo la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tales (marido y mujer) ocurrido al fallecimiento de uno de ellos, antes de regir esta ley. Si ocurriera después, se niega tal derecho al sobreviviente, salvo que hubiera habido imposibilidad de matrimonio, por no haber aún divorcio permitido del cónyuge anterior; y el Tribunal constitucional así lo aplicó en un caso de mujer no casada con el conviviente premuerto.

CONSIDERACIÓN FINAL

De un lado, los partidarios de la no regulación afirman que si el matrimonio es libre, si las parejas de hecho no están prohibidas y si los hijos están siempre protegidos por la ley, no hay motivo para regular nada. Si lo que se pretende es abrir el camino por esta vía regulatoria al “matrimonio” homosexual, dígase claramente y que ello figure en los programas electorales.

De otro lado, la doctrina en general y muchos Ordenamientos jurídicos creen necesaria la regulación. Entre nosotros, sería necesaria una ley nacional que regulase estas parejas -las heterosexuales- y que serviría para fijar derechos, aclarar problemas y acabar con el “desmadre” autonómico y general y con la clamorosa contravención

de la Constitución y del Código civil. De paso, se acabaría con la actual "alegalidad".

Así pues, abogamos por la regulación, con dos condiciones: Que no hay equiparación de pareja de hecho y matrimonio y que dicha regulación no sirva de coartada para introducir en nuestro Ordenamiento jurídico otro fenómeno distinto como es el pretendido "matrimonio" homosexual.

ADDENDA- Con posterioridad a la fecha de esta conferencia (23 de junio de 2004) se ha tramitado en el Congreso de los Diputados un Proyecto de ley para la reforma del Código Civil en materia de matrimonio, que autoriza la celebración del mismo entre homosexuales, con todos los derechos inherentes a la institución matrimonial. La fecha del Proyecto es de 21 de abril de 2005. Posteriormente pasó la tramitación al Senado. Y finalmente se promulgó como la Ley 13/2005, de 1 de julio del mismo año.

BIBLIOGRAFÍA

Alonso Herreros, Diego. Abogado. "Cavilaciones en torno a los registros de uniones civiles de hecho". Revista jurídica del Notariado, abril-junio de 2002. Pág. 9.

Roberto Benito. El cuerpo notarial pide la regulación de parejas de hecho. El Mundo, 7 de octubre de 2003. Pág. 10.

Cervilla Garzón, M^a Dolores. Profesora Derecho civil. Cádiz. "El derecho a percibir pensión compensatoria en la ruptura de las parejas de hecho". Revista jurídica del notariado, octubre-diciembre de 2002. Pág. 127.

Universidad Complutense, en Almería. Curso sobre Parejas de Hecho. Colegio Notarial de Granada. 1996.

Alberto Agüero de Juan. Notario. Almería. Pág. 11.

Juan M^a Ossorio Serrano. Catedrático D. civil. Almería. Pág. 37.

Ramón Herrera Campos. Catedrático D. civil. Almería. Pág. 51.

- Bernardo Moreno Quesada. Catedrático D. civil. Granada. Pág. 63.
- Juan Roca Guillamón. Prof. Universidad. Murcia. Pág. 77.
- Ana M^a Pérez Vallejo. Prof. Derecho civil. Almería. Pág. 95.
- José Casenave Ruiz. Prof. Derecho civil. Granada. Pág. 95.
- Salvador Torres Escámez. Notario. Almería. Pág. 117.
- José León Castro Alonso. Catedrático D. civil. Sevilla. Pág. 129.
- Antonia Agulló Agüero. Catedrático D. financiero. Barcelona. Pág. 151.
- Carmen Hernández Ibáñez. Prof. Universidad Complutense D. civil. Pág. 199.
- Ramón Martínez Tapia. Prof. Universidad Almería. Pág. 229.
- Gabriel García Cantero. Catedrático D. civil. Zaragoza. "Sucesión intestada a favor del conviviente. Revista Jurídica del Notariado. julio-septiembre 2002. Pág. 305.
- Enrique Gil Calvo. Emparejamiento y derechos familiares. El País. 27 de enero de 2004. Pág. 11.
- José L. Lobo. Debate en España sobre el matrimonio de homosexuales. Revista La Estrella. 22 febrero de 2004. Pág. 25.
- Diego López Garrido (entrevista) Propuesta de ley estatal de parejas de hecho y propuesta de matrimonio homosexual, en el Programa Electoral socialista. El Mundo, 27 de diciembre de 2003. Pág. 8.
- Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés. El hecho de las parejas de hecho sin derecho. Boletín Información Colegio Notarial Granada. Septiembre 2002. Pág. 2233.
- Luis Racionero. Decisión liberal. Revista La Estrella. 22 de febrero de 2004. Pág. 25.
- José Luis Requero. El matrimonio y las uniones homosexuales. El Mundo. 12 de febrero de 2004.

Revista Escritura pública. julio-agosto 2003. Concha Sierra. Parejas de hecho. Pág. 25.

Revista Escritura pública. septiembre-octubre 2003. Editorial sobre Derecho de familia insuficiente. Pág. 4.

Revista Escritura pública. julio-agosto 2003. Cecilia Guerra. Parejas de hecho. Pág. 22.

Rodrigo Tena. Uniones de hecho en FAES. Revista Escritura pública. enero-febrero 2004. Pág. 9.

