

NUEVOS MODELOS DE FAMILIA: LA RESPUESTA LEGAL

I. INTRODUCCIÓN: LOS LLAMADOS NUEVOS MODELOS DE FAMILIA

1. *Precisiones previas*

¿Nuevos modelos de familia? Sin perjuicio de lo que inmediatamente diré acerca de la «novedad» de tales modelos, la expresión, tal y como es habitualmente empleada, transmite casi inconscientemente la idea de formas o modelos familiares, que están presentes en la vida social y se presentan como alternativos a otro modelo de familia muy habitualmente calificado como tradicional (lo que a su vez incluye una cierta connotación negativa: tradicional como equivalente en buena medida a anticuado, obsoleto...). Connotaciones aparte (y, en efecto, conviene apartarlas para no acabar debatiendo sobre impresiones o juicios previos), el tema merece atención y reflexión, también (y quizá sobre todo) desde el punto de vista jurídico. Las páginas que siguen pretenden contribuir a esa reflexión, y aportar datos y argumentos que puedan ser útiles en relación con el tratamiento jurídico de tales situaciones: lo que cabría denominar la respuesta legal. Pero antes de continuar, me parece oportuno hacer algunas precisiones.

1) Una primera, que asume el carácter de presupuesto metodológico: parto de la idea de que en esta materia (como en general en todo el Derecho de Familia y de la Persona) es posible, útil y necesario aplicar las mismas técnicas que se emplean habitualmente en cualquier otra de las ramas del Derecho civil. Si se me permite la autocita parcial: «hay una difusa pero cierta impresión de que en este ámbito ... existen lo que podríamos llamar materias o ámbitos exentos de la discusión técnica, por su fuerte carga ideológica: como si no fuera posible debatir fructíferamente sobre tales materias o en dichos ámbitos, porque al final lo único que quedaría es la opinión personal, justificada en prejuicios (en su sentido etimológico de juicios previos) extrajurídicos. Lo único que cabría, entonces, es ser «partidario» o no serlo: no habría opción al análisis técnico-jurídico, ni un posible terreno común en el que discutir. Todo argumento se explicaría por ese juicio previo ajeno al

Derecho... Sobre bases tan endeble la discusión jurídica no sería, en efecto, posible. Lejos de nosotros negar que esa carga ideológica existe: sería negar la evidencia. Pero junto a ello, estamos convencidos de que es posible realizar un análisis técnico-jurídico de esta cuestión, como de todas las relativas al Derecho de Familia, empleando a tal fin las técnicas e instrumentos intelectuales usados habitualmente por los juristas en el Derecho civil, o en el Derecho en general... Desechar las conclusiones de dicho trabajo mediante el recurso al simple expediente de decir que quien las ha obtenido es o no es «partidario» de aquello que se discute, es un actitud intelectualmente paupérrima, que muchas veces (afortunadamente no todas) intenta ocultar la pobreza argumental bajo la capa de la ideología» (Martínez de Aguirre-De Pablo¹).

En este mismo planteamiento, llama la atención cómo se prescinde en este campo de formas de interpretar las normas y de argumentar pacíficamente admitidas en otros campos del Derecho. Así, por ejemplo, a nadie se le ocurriría defender que una donación de inmuebles es válida si no cumple la forma legalmente prevista (por ejemplo, si se hace verbalmente), por mucho que pueda constar la voluntad de donar de quien la realiza. Sin embargo, cuando llegamos al matrimonio (negocio jurídico sujeto legalmente a forma solemne), parece que no hay problema en aplicar muchas de las reglas previstas para dicha institución a dos personas que viven juntas sin haberse casado (es decir, sin haber cumplido con la forma que es requisito legal para que se produzcan los efectos del matrimonio, o mejor aún, que es legalmente necesaria para que el matrimonio exista desde el punto de vista jurídico), pudiendo haberlo hecho, o incluso para afirmar más radicalmente la equiparación entre tales situaciones de convivencia y el matrimonio. Los ejemplos podrían multiplicarse.

2) Mi análisis pretende versar sobre los modelos como tales: no, por tanto, sobre una u otra situación concreta. Argumentar en términos de modelo quiere decir, a estos efectos, tomar en consideración la mayor o menor eficacia o funcionalidad del modelo como tal (matrimonio, con sus diferentes «versiones» legales, uniones de hecho), y su mayor o menor proclividad como tal modelo a manifestaciones patológicas. Desde esta perspectiva, los datos estadísticos pueden ser especialmente útiles, en la medida en que ponen de relieve las características de cada modelo —como tal modelo—, tanto estructural como funcionalmente.

3) Solo la falta de perspectiva histórica permite calificar los modelos alternativos como radicalmente nuevos. En esta materia, las combinaciones

1 C. Martínez de Aguirre y P. de Pablo Contreras: *Constitución, derecho al matrimonio y uniones entre personas del mismo sexo*, Madrid, Rialp, 2007, p. 13.

posibles son limitadas: homosexualidad y heterosexualidad, uno y una, uno (o una) con varios (o varias), varios con varios, todos con todos (o cualquiera con cualquiera); lo mismo ocurre en cuanto a la organización: patriarcado, matriarcado, comunas, familias nucleares, extensas, etc. Todas esas combinaciones han sido no solo imaginadas, sino conocidas y practicadas históricamente. De entre estas posibilidades, el modelo formado por un hombre y una mujer comprometidos establemente (es decir, el matrimonio y la familia de fundación matrimonial) aparece como una realidad dotada de una inusual capacidad de resistencia y recuperación: ha sobrevivido, incluso se ha visto depurada de muchos elementos contingentes, a lo largo de los siglos. Esta permanencia histórica del modelo matrimonial más clásico es la que explica que sea cuestionado recurrentemente: solo una realidad con tal capacidad de supervivencia puede verse puesta en cuestión con similar regularidad. Lo que habría que explicar más bien es el constante fracaso histórico de los experimentos intentados en relación con la sexualidad, la familia y el matrimonio; fracaso que posibilita el recurrente redescubrimiento, también en el campo de las ideas, del matrimonio y la familia como estructura necesaria de la sociedad. Pero quizás nuestro sino sea olvidar la historia, y quedar así condenados a repetirla.

2. Caracterización de los nuevos modelos de familia

Hablar de nuevas formas de familia, o de modelos alternativos de familia, presupone la referencia a un modelo tradicional, clásico, «no nuevo», en definitiva, frente al que esas otras formas o modelos representan una novedad o un cambio. La referencia inicial puede ser, pues, ese modelo previo frente al que aparecen las formas nuevas o alternativas de familia. Convencionalmente, y a efectos de este análisis, cabe caracterizar ese modelo previo con las siguientes notas: 1) es un modelo fundado en el matrimonio (modelo jurídicamente comprometido, caracterizado por la existencia de un vínculo jurídico entre los cónyuges); 2) es un modelo caracterizado por la estabilidad institucional que deriva de la indisolubilidad o la disolubilidad limitada (solo por las causas legalmente establecidas, si bien con mayor o menor amplitud, en función de la evolución del modelo); 3) es un modelo formado por un hombre y una mujer (heterosexual y monógamo, por tanto), y vinculado a la procreación.

En relación con estas notas, los modelos alternativos o novedosos se caracterizarían: 1) frente al modelo matrimonial, por la irrupción de modelos no matrimoniales (parejas de hecho), basados en la afectividad y la convivencia; 2) frente al modelo jurídicamente comprometido, institucionalmente

estable, por la aparición de modelos no comprometidos jurídicamente e institucionalmente inestables (parejas de hecho, pero aquí habría que introducir también el divorcio por voluntad unilateral de uno de los cónyuges sin necesidad de alegar causa alguna); 3) frente al modelo heterosexual, el modelo sexualmente neutro, que incluye tanto las parejas heterosexuales como las homosexuales, y que queda desligado casi por completo de cualquier relación con la procreación. Se mantiene sin embargo, al menos por ahora, la unidad (solo dos personas, de uno u otro sexo).

A la vista de esta caracterización, puede decirse que el paradigma de las nuevas formas de familia de que venimos hablando lo son las parejas de hecho, entre las que no hay compromiso jurídico alguno, que son libremente disolubles por la voluntad de uno cualquiera de los convivientes, y que son sexualmente indiferenciadas. Las nuevas formas de familia han surgido como modelos sociológicamente alternativos al matrimonio: junto al modelo matrimonial, han aparecido situaciones de convivencia entre un hombre y una mujer no casados entre sí, caracterizadas por presencia de una relación de afectividad plasmada en la mutua disponibilidad sexual de los convivientes; también han aparecido, con incidencia sociológica muy inferior pero impacto mediático e ideológico desproporcionado con su relevancia social, situaciones de convivencia entre personas del mismo sexo caracterizadas igualmente por la existencia de una relación de afectividad plasmada en la mutua disponibilidad sexual.

3. *La respuesta jurídica: una aproximación inicial*

Al fenómeno social ha seguido la respuesta jurídica:

a) Inicialmente, tales modelos se han presentado, también desde el punto de vista del Derecho, como alternativos al matrimonio (en el que seguirían estando presentes de forma significativa y caracterizadora esos rasgos a que más arriba me he referido), de manera que estaríamos hablando de la tensión entre el modelo jurídico matrimonial (heterosexual, jurídicamente comprometido e institucionalmente estable) y el modelo jurídico no matrimonial (heterosexual u homosexual, jurídicamente descomprometido, institucionalmente inestable). Una primera respuesta, que podemos denominar como «casuística» ha consistido en ir estableciendo un régimen jurídico propio para las uniones no matrimoniales, muchas veces acercándolo al del matrimonio, a través: i) por un lado, de reformas legales concretas que contemplan en algunas de sus previsiones concretas estas situaciones, dándoles habitualmente (aunque no siempre) un tratamiento semejante, cuando no idéntico, al que recibe en ese mismo punto el matrimonio; ii) por otro lado,

de decisiones jurisprudenciales que unas veces han optado por aplicar a las parejas hecho reglas legales previstas para el matrimonio, a través del recurso a la analogía, y otras veces han resuelto los problemas mediante el recurso a reglas no específicamente matrimoniales (en ocasiones, con rechazo expreso de la aplicación analógica de las normas relativas al matrimonio).

Todo ello ha cristalizado en la existencia de un *corpus* normativo y jurisprudencial que ha dado respuesta caso por caso a muchas de las cuestiones que se suscitaban en torno a las parejas de hecho. De ahí que quepa calificar esta respuesta como «casuística». Es el comienzo de la juridificación de las uniones de hecho.

b) Una segunda respuesta, que en nuestro Ordenamiento se ha solapado con la anterior, ha consistido en la introducción de un régimen jurídico propio para estas uniones de hecho, más o menos cercano al régimen matrimonial, pero en todo caso manteniendo la diferencia formal con el matrimonio. A este modelo responden, por ejemplo, las leyes de parejas de hecho promulgadas en muchas de nuestras Comunidades Autónomas, en las que las nuevas formas de familia se acogen a un modelo legal no matrimonial, descomprometido, institucionalmente inestable y sexualmente neutro². Se otorga así carta de naturaleza a las parejas de hecho, que pasan a ser, de una situación de hecho, a una figura regulada legalmente, no solo en cuanto a sus efectos, sino también en cuanto a sus requisitos. Es la que podríamos denominar respuesta legal institucionalizadora, en cuanto regula a las parejas de hecho como una institución jurídica: las parejas de hecho son reguladas, en cuanto tales, por una ley, pero se mantienen como figura distinta del matrimonio (aunque compartan algunos de sus efectos). Constituye un paso de gigante en el proceso de juridificación de las parejas de hecho, y supone

2 En la fecha de redacción de estas páginas, han dictado leyes sobre parejas de hecho Cataluña (ley 10/1998, sobre uniones Estables de Pareja), Aragón (ley 6/1999, sobre Parejas estables no Casadas), Navarra (ley foral 6/2000, para la Igualdad Jurídica de las Parejas Estables), Comunidad Valenciana (ley 1/2001, sobre Uniones de Hecho), Baleares (ley 18/2001, de Parejas Estables), Comunidad de Madrid (ley 11/2001, sobre Uniones de Hecho), Asturias (ley 4/2002, de Parejas Estables), Andalucía (ley 5/2002, de Parejas de Hecho), Canarias (ley 5/2003, de Parejas de Hecho), Extremadura (ley 5/2003, sobre Parejas de Hecho), País Vasco (ley 2/2003, sobre Parejas de Hecho) y Cantabria (ley 1/2005, sobre Parejas de Hecho). Por su parte, Galicia optó por introducir en la Disposición Adicional Tercera de la Ley 2/2006, de 14 de julio, la equiparación entre parejas de hecho y matrimonio, aunque más tarde reformó esa Disposición Adicional Tercera mediante la Ley 10/2007, de 28 de junio, para establecer una regulación embrionaria que evitara los problemas detectados en su primitiva redacción.

Con notables diferencias entre unos y otros ordenamientos, este es el modelo que han seguido muchos estados europeos: puede verse la exposición que hace G. García Cantero en este mismo volumen, y también, del mismo autor, *¿Qué familia para el siglo XXI?*, en «Convergence of legal systems in the 21st century (General Reports delivered at the XVIth International Congress of Comparative Law)», Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 301 y ss.; y *¿Unidad o pluralidad de modelos matrimoniales?*, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 2003.

que estas situaciones de convivencia han recorrido buena parte del camino que les separaba inicialmente del matrimonio, del que toman no solo efectos o consecuencias, sino también requisitos, e incluso formalidades, como veremos más adelante.

En todo caso, conviene subrayar que esta respuesta es compatible con la anterior, en la medida en que: i) por un lado, recoge algunos de los efectos que la respuesta casuística ha ido atribuyendo a las uniones de hecho desde el punto de vista jurídico; ii) pero, por otro lado, convive con los efectos que no ha asumido, efectos que siguen siendo eficaces en los propios términos (legales o jurisprudenciales) en que fueron formulados.

c) La tercera respuesta en la que quiero detenerme es la que cabe denominar «respuesta matrimonial». En ella es el propio matrimonio civil el que ha visto como iban desapareciendo algunos de los rasgos que lo caracterizaban, de manera que esos modelos sociológicos alternativos han llegado a formar parte de las posibilidades ofrecidas legalmente por la forma matrimonial civil, que ha pasado a ser (con toda claridad en nuestro Derecho positivo a partir de las reformas de julio de 2005) de matrimonio sexualmente indiferente (admisión de la posibilidad de que dos personas del mismo sexo puedan rellenar la forma matrimonial civil) e institucionalmente inestable (admisión del divorcio por voluntad unilateral e injustificada de uno solo de los cónyuges), lo que se traduce en un compromiso jurídicamente muy débil, que prácticamente ha dejado de ser tal³. Esta evolución, que ha propiciado la apertura de la forma matrimonial a fin de que quepan en ella buena parte de los modelos alternativos, se ha producido también en algunos de los (pocos) países que han admitido la posibilidad de que dos personas del mismo sexo contraigan matrimonio civil (por ejemplo, en Holanda y Bélgica). La nueva regulación del matrimonio, en los términos indicados (pérdida de la eficacia vinculante, admisión del matrimonio civil entre personas del mismo sexo) ha supuesto lo que cabría llamar la desjuridificación del matrimonio, que recorre así en sentido inverso buena parte del camino que le separaba de las uniones de hecho.

d) Hay que mencionar todavía otra posibilidad. Algunos países han optado por establecer diferentes cauces institucionales para algunas de las posibilidades que ese matrimonio indiferenciado ofrece, o que ofrece la misma vida social: es lo que han hecho, por ejemplo, Alemania (*Lebenspartnerschaftsgesetz*, de 16 de febrero de 2001) o Inglaterra (*Civil Partnership Act*, de 18 de noviembre de 2004) en relación con el régimen jurídico de las

3 Cfr. C. Martínez de Aguirre, *El nuevo matrimonio civil*, en el vol. col. *Novedades legislativas en materia matrimonial* (Madrid, Consejo General de Poder Judicial, 2008), pp. 28 y ss.

uniones homosexuales, creando una figura *ad hoc*, distinta del matrimonio, para tales uniones. Habría entonces dos figuras diferentes: el matrimonio, reservado para las parejas de diferente sexo, y las uniones registradas, abiertas únicamente a las parejas homosexuales. Junto a ellas, cabe también la opción de que unas y otras (parejas heterosexuales y parejas homosexuales) convivan sin sujetarse a ningún régimen jurídico en particular: estas serían las verdaderas uniones de hecho. El sistema, basado en diferenciar jurídicamente situaciones y realidades diferentes entre sí, no debe ser desechado.

Todo lo anterior significa que en la situación actual, y más si se toma como referencia básica el Derecho positivo español, al hablar de las uniones de hecho, y de la respuesta legal frente a ellas, no basta con limitarse a afrontar sin más el tratamiento jurídico de las uniones de hecho, tanto de *lege lata* (cómo hace frente a los problemas que plantea un determinado Ordenamiento: en nuestro caso, el español), como de *lege ferenda* (cómo debería hacer frente a esos problemas); hay que abordar también la que he llamado «respuesta matrimonial», que consiste como hemos visto en adaptar progresivamente la regulación del matrimonio a las características de estas uniones, hasta el punto de que puede llegar a no ser precisa una regulación especial de las uniones de hecho porque el propio matrimonio ha asumido algunos de sus rasgos esenciales; cabe entonces afirmar que es el matrimonio el que se ha convertido en la *shadow institution* de las parejas de hecho⁴. Sobre ello, como he dicho, volveremos más adelante.

II. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE FAMILIA Y DERECHO

Las respuestas jurídicas a las nuevas formas de familia, que acabo de esbozar tan esquemáticamente, tienen como presupuesto la neutralidad del Derecho respecto a las formas de familia. El planteamiento podría ser como sigue: nuestra sociedad no conoce un único modelo familiar (que cabría identificar con la familia de fundación matrimonial, tal y como ha sido caracterizada más arriba), sino una multiplicidad de modelos, que resultan de las diferentes concepciones existentes sobre la sexualidad y las relaciones afectivas.

⁴ Cfr. R. Navarro Valls, *Matrimonio y Derecho*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 67. A lo que habría que sumar que, como se ha indicado, también las uniones de hecho han experimentado un proceso de juridificación, que les ha acercado considerablemente al matrimonio, haciéndoles perder en el camino algunos rasgos propios: es lo que ocurre, por ejemplo, cuando algunas leyes autonómicas exigen un requisito de forma (típicamente, la inscripción en un Registro administrativo) para la constitución —a efectos legales— de estas uniones; pueden citarse, por ejemplo, el art. 19 de la ley catalana (en relación con las parejas homosexuales), el art. 1 de la ley valenciana, o el art. 1 de la ley de las Islas Baleares.

tivas y convivenciales, así como de las distintas formas que tienen los ciudadanos de organizar esas mismas relaciones. En ejercicio de su libertad, los ciudadanos pueden organizar su vida afectiva y de convivencia como prefieran, dentro de unos límites crecientemente amplios, de forma que al Derecho solo le quedaría reconocer y regular igualmente todas estas situaciones. Estaríamos por tanto ante modelos (matrimonial o no matrimonial, heterosexual u homosexual) equivalentes y en términos generales intercambiables. A partir de ahí, lo que procedería sería dar un tratamiento equivalente a los diferentes modelos de familia: si son socialmente equivalentes, parece que habrían de ser jurídicamente equivalentes; lo que se conseguiría sujetándolas a un régimen semejante, cuando no idéntico. Otra cosa sería discriminación.

El resultado de este planteamiento ha sido una modificación del Derecho de familia, pero no en sus aspectos más periféricos o meramente técnicos, sino en sus líneas maestras. Sin embargo, el resultado de esta transformación adolece de una notable falta de coherencia interna, que impide de forma creciente que pueda hablarse del Derecho de Familia como de un verdadero sistema. Ello obedece a lo que Arechederra ha llamado, gráficamente, la «pérdida de vigor teleológico» del matrimonio legal⁵, pero también, más en general, del tratamiento jurídico de la familia. La sociedad, y el Derecho, parecen carecer en muchos casos de una idea clara de cuál es la función social de la familia (para qué sirve), y por tanto de cómo ha de ser regulada. La ausencia de un conjunto de ideas y valores definidos respecto a las relaciones de carácter familiar ha hecho que esa modificación del Derecho de Familia no tenga un sentido claro, y que las reformas hayan sido, muchas veces, incoherentes, contradictorias entre sí, y en ocasiones de escasa funcionalidad social. Como ha dicho Glendon, en su mayor parte las recientes transformaciones experimentadas por el Derecho de Familia no parecen obedecer a la existencia de un conjunto coherente de objetivos, sino que cada país parece haber perseguido más bien un cierto número de finalidades diferentes y aún contradictorias en sus leyes o programas relativos al matrimonio; vistos individualmente (sigue diciendo la autora), los desarrollos legales así producidos parecen tener un carácter casual, y casi fortuito⁶.

Ahora bien, ¿es adecuado este planteamiento, al que responden tantos ordenamientos (entre los que se cuenta el nuestro)? Aún más, ¿podemos en realidad responder a la pregunta anterior? ¿disponemos de criterios que nos permitan hacer un juicio como ése? Contestar adecuadamente a ambos inte-

5 L. Arechederra Aranzadi: *El consentimiento matrimonial*, Pamplona, EUNSA, 1989, p. 19.

6 M.A. Glendon: *The Transformation of Family Law*, Chicago, The University of Chicago Press, 1989, p. 2.

rrogantes exige a su vez que nos preguntemos acerca del fundamento y sentido del Derecho de Familia: ¿por qué un Derecho sobre la familia? ¿para qué un Derecho sobre la familia? Y aún podemos concretar más: ¿hay que extender a los llamados nuevos modelos de familia las reglas del matrimonio? ¿o hay que suprimir el matrimonio, bien directamente, bien cambiando su contenido y su regulación hasta hacerlo irreconocible? ¿o habría que mantener una regulación específica para cada una de esas formas (o incluso no regular específicamente alguna de ellas)? Más en concreto, ¿cómo hacer frente desde el punto de vista jurídico a esas situaciones de convivencia entre dos personas que no están casadas? Pero en todo caso, la cuestión fundamental sigue siendo la que se pregunta acerca del fundamento y sentido de un Derecho sobre la familia.

Tal es la aproximación que voy a intentar en las páginas que siguen.

III. ¿POR QUÉ UN DERECHO SOBRE LA FAMILIA? ¿PARA QUÉ UN DERECHO SOBRE LA FAMILIA?

1. *Una respuesta aparente: convivencia y afectividad*

Una primera respuesta, que remite a los rasgos característicos de las nuevas formas de familia, sería la que hace gravitar el Derecho sobre la familia en torno a la convivencia y la afectividad: el Derecho se ocupa de la familia porque es una relación de afectividad, o porque es una situación de convivencia, o sobre todo por ambas a la vez (porque es una relación de afectividad que se ha traducido en una situación de convivencia)⁷. Bastaría, pues, con que dos personas se quisieran y vivieran juntas: en este planteamiento quedarían efectivamente igualadas las parejas homosexuales y las heterosexuales, y sería también indiferente que estuvieran casadas o no: lo fundamental (convivencia y relación de afectividad) estaría igualmente pre-

7 Ha hecho una cierta fortuna, desde el punto de vista legal, la referencia a pareja o personas unidas por una «relación de afectividad análoga a la conyugal» (por ejemplo, Disposición Adicional Tercera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre), a la que se añade después la coletilla «con independencia de su orientación sexual», para entender incluidas las parejas del mismo sexo (así, por ejemplo, arts. 12.4, 16.1.b) y 24.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, o arts. 23, 153, 424, 443, 444.2, 454 y 617.2 del Código Penal). Pueden verse también tales expresiones en algunas de las leyes autonómicas que existen sobre esta materia: por ejemplo, entre otros, en el art. 1 de la Ley 6/1999, de 26 marzo, de parejas estables de Aragón; en el art. 2 de la Ley foral navarra 6/2000, de 3 julio, de igualdad jurídica de las parejas estables; en el art. 1 de la ley Ley 18/2001, de 19 de diciembre sobre Parejas estables de las Islas Baleares, o en el art. 1 de la Ley 4/2002, de 23 mayo, sobre parejas estables, del Principado de Asturias.

sente en todos esos modelos familiares, y por tanto lo razonable sería tratarlas de manera semejante.

Sin embargo, el planteamiento no resulta convincente. De hecho, ni en el tratamiento clásico de la familia, ni tampoco (y muy significativamente) en los más modernos, son suficientes la convivencia o la afectividad, o ambas simultáneamente. Así resulta con toda claridad del sistema de impedimentos matrimoniales, que impide casarse a quienes incurren en alguno de ellos, y deja extramuros del Derecho su relación, aunque se quieran y vivan juntos; pero lo llamativo es que esta misma forma de hacer las cosas es la adoptada cuando se ha decidido regular legalmente las uniones de hecho: una de las primeras reglas (y basta ver las leyes autonómicas aprobadas entre nosotros, pero se podría acudir también a leyes o jurisprudencia de otros países) es la que establece los que cabe llamar impedimentos «no matrimoniales», es decir, la que fija qué personas van a quedar fuera de este nuevo régimen, por mucho que se quieran y vivan juntos⁸. Cuando, por ejemplo, una ley dice que dos personas que ya están casadas pero no entre sí, no pueden constituir pareja estable —por citar un caso: art. 4. a) de la ley aragonesa—, no está diciendo que no puedan vivir juntos y quererse; lo que está diciendo es que ni han bastado ni bastan esa convivencia y esa afectividad para fundamentar la regulación jurídica de la familia; dicho con otras palabras, que la familia no es solo convivencia y afectividad⁹.

Desde otro punto de vista, si éstos (convivencia y afectividad) fueran efectivamente el fundamento y razón de ser del Derecho de familia, lo que no estaría claro es qué es lo que hace que el Derecho deba preocuparse (y con la intensidad, continuidad y universalidad con la que lo habría hecho) de las situaciones de convivencia y afectividad: qué es lo que hay en esas situaciones que impulsa a la sociedad y al Derecho a ocuparse de ellas. El problema es que hay muchísimas situaciones de convivencia, de afectividad, o de convivencia más afectividad que nunca han atraído la atención del Derecho, salvo quizá a efectos periféricos (es decir, no para regular la situación o la relación en sí, sino para atribuirle algunas consecuencias jurídicas

8 Pueden verse: en Cataluña, arts. 1 y 20 de la ley sobre uniones Estables de Pareja; en Aragón, art. 4 de la ley sobre parejas estables no casadas en Navarra art. 2 de la ley foral para la Igualdad Jurídica de las Parejas Estables; en la Comunidad Valenciana, art. 2 de la ley sobre Uniones de Hecho; en Baleares art. 2 de la ley de Parejas Estables; en la Comunidad de Madrid art. 2 de la ley sobre Uniones de Hecho; en Asturias art. 3 de la ley de Parejas Estables; en Andalucía, art. 3 de la ley de Parejas de Hecho; en Canarias, art. 2 de la ley de Parejas de Hecho; en Extremadura, art. ley sobre Parejas de Hecho; en el País Vasco, art. 2 de la ley sobre Parejas de Hecho; y en Cantabria, art. 4.4 de la ley sobre Parejas de Hecho.

9 Más adelante volveremos sobre estos «impedimentos no matrimoniales», pero desde una perspectiva complementaria a esta.

accidentales: por ejemplo, como causa de abstención o recusación); esto demostraría que el hecho de que dos personas vivan juntas, o que se quieran, o que vivan juntas y se quieran no parece suficiente por sí solo para justificar una regulación jurídica tan densa como puede llegar a ser el Derecho de Familia.

En el análisis precedente falta uno de los elementos de que nos hemos servido más arriba para caracterizar las formas nuevas de familia: la mutua disponibilidad sexual. ¿Podría ser éste el elemento clave? ¿Cabría afirmar que el Derecho se ocupa de la familia porque se trata de una relación de convivencia y afectividad en la que concurre la mutua disponibilidad sexual? La introducción de este elemento serviría también para justificar que el Derecho de Familia no se ocupara de las situaciones de convivencia y afectividad sin mutua disponibilidad sexual.

Antes de responder, hay que hacer una advertencia: en realidad, al hablar de una relación de afectividad lo que se está haciendo es referirse pudorosamente a la mutua disponibilidad sexual: cuando las leyes hablan de «relación de afectividad análoga a la conyugal» a lo que quieren referirse básicamente es a que esa relación de afectividad incorpore un contenido sexual, que es lo que la diferenciaría de otras relaciones de mera afectividad, pero sin esa dimensión sexual; por eso más arriba he hablado de relación de afectividad plasmada en la mutua disponibilidad sexual. Según esto, el dato significativo para constituir una pareja de hecho jurídicamente relevante, sería la convivencia unida a la mutua disponibilidad sexual escondida bajo la capa de la «relación de afectividad análoga a la conyugal»: no, por tanto, cualquier convivencia, ni tampoco una convivencia fundada en una relación de afectividad no análoga a la conyugal (por ejemplo, el amor fraternal, el de amistad). Se trataría así de introducir una última diferencia entre las situaciones de convivencia no matrimoniales pero jurídicamente protegibles (aquellas en que media la mutua disponibilidad sexual, aludida bajo la expresión «relación de afectividad análoga a la conyugal»), y las que no lo son (todas las demás). Insisto en que lo relevante, entonces, no es la convivencia, ni la afectividad, sino la convivencia unida a un tipo de afectividad muy específico, que acaba traduciéndose en la mutua disponibilidad sexual.

La introducción del elemento sexual en el análisis, sin embargo, incorpora un factor cualitativamente diferente, que nos remite a un modelo argumental distinto, el cual a su vez enlaza con el que se desarrolla a continuación. En efecto, si la respuesta a la pregunta formulada al comienzo de este párrafo fuera afirmativa (el Derecho se ocupa de la familia porque se trata de una relación de convivencia y afectividad en la que concurre la mutua disponibilidad sexual), habría que preguntarse inmediatamente acerca de por qué

a la sociedad y al Derecho le interesan (ahora a estos efectos, y no a otros, como pueden ser los relacionados con los delitos contra la libertad sexual de las personas) las relaciones sexuales. La respuesta, que enlaza con cuanto expondré inmediatamente, es: por sus consecuencias naturales, que son los hijos.

2. *La respuesta clásica: familia, procreación y continuidad social*

La respuesta clásica a la pregunta de por qué el Derecho se ocupa de la familia, no por clásica es menos cierta. La familia es un grupo humano de interés social primario, debido a sus funciones en relación con la sociedad. Desde el punto de vista social, la familia está ligada a la subsistencia de la sociedad, en cuanto posibilita el nacimiento de nuevos ciudadanos, y ofrece un marco adecuado para su desarrollo integral como personas y su integración armónica en el cuerpo social. Estas son las llamadas funciones estratégicas de la familia. La familia resulta ser una estructura de humanización y socialización barata, eficaz, al alcance de prácticamente cualquier ciudadano y por ello mismo masiva.

Estas funciones esenciales de la familia son las que justifican la especial atención que la sociedad le dedica; atención que se traduce, primordialmente, en la existencia de una específica regulación jurídica. De ahí también su consideración como grupo de interés social; pero no de interés social secundario o accesorio, sino primario o radical, en cuanto que es en último término la misma supervivencia de la sociedad la que resulta concernida. Desde esta misma perspectiva, queda también claro que la familia es una institución de interés social en la medida en que, a través de los hijos, posibilita la existencia y socialización de nuevos ciudadanos.

Para aclarar más este punto, hay que aludir, primeramente, a las raíces biológicas y antropológicas de matrimonio y familia¹⁰. El primero, y más evidente, de los fundamentos aludidos, es el carácter sexuado del ser humano, que solo lo es en cuanto hombre o mujer; dicho con otras palabras, los individuos de la especie humana aparecen determinados necesariamente por el sexo al que pertenecen; lo cual no es producto de la voluntad del hombre, ni tampoco es fruto del medio social o la historia, como si fueran la evolución cultural, o una eventual decisión consciente de la humanidad, las que hubie-

¹⁰ Más extensamente, C. Martínez de Aguirre, *Diagnóstico sobre el Derecho de Familia*, Madrid, Rialp, 1996, pp. 1 y ss. (y allí nuevas referencias).

ran elegido este sistema de reproducción, o hubieran hecho de unos seres «varones» y de otros «mujeres»¹¹.

A partir de aquí, caba ya obtener una primera conclusión: la importancia social de las uniones heterosexuales es muy superior a la de las homosexuales, porque de aquéllas nacen ciudadanos, y de éstas no. Baste pensar, por ejemplo, que si la estructura de relaciones sexuales en una sociedad fuera la inversa que la actual (es decir, al 99 por ciento homosexual, y el 1 por ciento restante heterosexual), esa sociedad duraría una generación¹².

Dando ya un paso más adelante, es claro que esa diferenciación sexual se dirige objetivamente, también por su propia naturaleza, a la procreación (reproducción) de la especie humana (como ocurre en todas las especies sexualmente diferenciadas). Sin embargo, desde esta mera perspectiva, cabría pensar que la familia, aún siendo la estructura reproductiva y asistencial más universal, barata y eficaz, no es estrictamente necesaria: se podrían mencionar otras formas naturales o artificiales (al hilo éstas de los avances en materia de reproducción asistida), en que la sociedad puede organizar tanto la reproducción como la asistencia material que permita la supervivencia biológica de sus nuevos miembros. Cosa distinta es que tales otras formas sean capaces de realizar tales funciones de forma tan barata, masiva, eficaz y permanente como la familia. En este planteamiento, cobra especial importancia el papel de la familia en el proceso de socialización del ser humano.

El punto de partida lo constituyen las necesidades de subsistencia, desarrollo y (en suma) «personalización» del recién nacido, como consecuencia no solo de su desvalimiento físico, sino también de su naturaleza de ser dotado de inteligencia y voluntad, que precisa una específica y cuidadosísima educación de ambas, en un ambiente adecuado. El proceso de maduración integral de la persona humana es el de mayor complejidad y dificultad entre las especies animales, y va mucho más allá de los aspectos puramente biológicos: comprende también el desarrollo de sus potencialidades intelectuales, volitivas y afectivas, en una estrechísima interacción con el propio desarrollo biológico. La familia tiene como misión (nueva función estratégica) proporcionar el marco adecuado en que tal proceso de humanización o socialización pueda desarrollarse. Es a esto a lo que König ha dado la gráfica denomi-

11 En este punto, por lo demás, el ser humano no es especialmente original: lo mismo ocurre en miles de especies animales, respecto a las que sería muy complicado justificar que es la evolución cultural o un prejuicio heterosexista los que les han conducido a diferenciar entre machos y hembras, y reproducirse sexualmente. En este plano la distinción es natural.

12 Desde este punto de vista, cabe afirmar que el carácter minoritario es condición de posibilidad de las relaciones homosexuales: solo si la estructura de relaciones de una sociedad es mayoritariamente heterosexual habrá nuevos ciudadanos que puedan optar por mantener relaciones homosexuales.

nación del «segundo nacimiento»¹³. Vale la pena subrayar que en este punto también la diversidad sexual es importante: varón y mujer, ahora como padre y madre, no están llamados únicamente a proporcionar el material genético preciso para que nazcan los hijos, sino que en este periodo deben aportar lo que les es propio como varón y mujer para obtener un desarrollo armónico e integral de los hijos. Pero retomando el hilo del discurso, si la aparición de nuevos ciudadanos está directamente relacionada con la heterosexualidad, el proceso de humanización y socialización de los seres nacidos como consecuencia de las relaciones habidas entre dos personas de diferente sexo se relaciona con la estabilidad del núcleo familiar, estabilidad que es la que puede garantizar, en términos de modelo, que el proceso se va a desarrollar más adecuadamente.

La importancia de la estabilidad puede apoyarse también en lo que podríamos denominar el reverso de la moneda. A este respecto, conviene recordar brevemente que si es socialmente bueno que las familias duren, que se rompan no es indiferente, y que la sociedad y el Derecho faciliten la ruptura tampoco es indiferente. Son numerosos, y suficientemente conocidos, los estudios realizados que demuestran que las crisis familiares (separación, divorcio, ruptura de parejas de hecho) tiene efectos perjudiciales no deseados, principalmente para los hijos, pero también para los cónyuges, y para la sociedad entera¹⁴. Esas consecuencias perjudiciales provocan, además de los costes personales, costes económicos importantes, en términos de asistencia social o sanitaria. Desde este punto de vista, la mayor estabilidad sociológica de la familia es un bien social, y los instrumentos jurídicos dirigidos a facilitarla ayudan a la familia a desarrollar adecuadamente sus funciones estratégicas.

Así pues, las funciones estratégicas de la familia, que son la razón por la que la sociedad, y el Derecho, se ocupan de ella, aparecen vinculadas a la heterosexualidad y a la estabilidad: el modelo heterosexual estable es el aparece como mejor dotado para cumplir las funciones estratégicas de la familia, y por tanto, se presenta como el que mejor responde a las razones por las que el Derecho se interesa por ella y la regula.

Podemos dar todavía un paso más. Las funciones estratégicas de la familia son, por su carácter natural (en cuanto derivadas de la propia naturaleza del ser humano) y permanente, las que permiten afirmar el carácter natural

13 König, «Sociological introduction», en el cap. 1 («Introduction») del vol. IV («Persons and Family») de la *International Encyclopedia of Comparative Law* (Tübingen-The Hague-Paris, J.C.B. Mohr-Paul Siebeck-/Mouton, 1974), p. 47.

14 Pueden verse, H. Alvare *et al.*: *Marriage and the Public Good. Ten Principles*, Princeton, The Whitherspoon Institute, 2006; y más brevemente, BRADFORD *et al.*: *Why marriage matters*, 2ª ed., New Cork, Institut for American Values, 2005.

y permanente de la familia, como realidad no creada sino recibida por el Derecho. En palabras de Lacruz¹⁵, «el Derecho, frente al hecho 'familia' (en su más amplio sentido) es un *posterius*: el legislador no la crea, limitándose a tenerla en cuenta al disciplinar las otras facetas de la vida humana, y a regular sus diversos aspectos».

Con estas afirmaciones, naturalmente, no se quiere decir que la familia haya sido y sea siempre igual en cualquier cultura o momento histórico; o que su contenido venga por completo determinado por la realidad natural que le sirve de base. Si, al decir de d'Agostino la «familiaridad» (*familiarità*) es una estructura esencial de cualquier sociedad, es también cierto que en sus manifestaciones concretas matrimonio y familia aparecen fuertemente determinados por condicionantes culturales, sociales, económicos, políticos, religiosos y aún jurídicos¹⁶. En relación con la familia y el matrimonio, ni todo es permanente, ni todo es contingente. Como señala König¹⁷, «es preciso admitir que mientras el matrimonio y la familia existen siempre o se regeneran espontáneamente, ciertos cambios en la forma de la familia son inevitables». En cuya base está lo que d'Agostino ha llamado la «libertad de forma» que caracteriza a la familia, entendida como capacidad de crear una casi infinita variedad de expresiones culturales¹⁸.

A partir de cuanto antecede, cabe hacer ya una afirmación que entiendo particularmente importante, sobre todo puesta en relación con algunos de los planteamientos más difundidos actualmente respecto al matrimonio y la familia: el matrimonio no interesa a la sociedad —al Derecho— simplemente en cuanto relación de carácter afectivo o sentimental (aunque sentimientos y afectos estén presentes en la vida del matrimonio). No se está cuestionando aquí en qué medida una relación homosexual (por ejemplo), puede ser para quien la protagoniza tan importante como una relación heterosexual para quienes a su vez la desarrollan. Pero esto tiene una relevancia jurídica limitada, en cuanto no sirve para justificar, por sí solo, un tratamiento jurídico idéntico: a nadie se le ocurre, por ejemplo, que porque dos personas se quieran, efectivamente, como padre e hijo, deban ser tratados jurídicamente como padre e hijo. El mero hecho de querer y tratar a otra persona como un hijo no constituye por sí solo un mecanismo de determinación de la filiación; todo lo más, a lo que conduce es a afirmar la posesión del estado de hijo y

15 J.L. Lacruz Berdejo en LACRUZ *et al.*, *Elementos de Derecho civil IV. Familia*, 2ª ed., revisada y puesta al día por RAMS ALBESA, J., Madrid, Dykinson, 2005, p. 2 (pero la opinión citada está presente desde las primeras ediciones)

16 D'Agostino: *Linee di una filosofia della famiglia*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 153.

17 König, *op. cit.*, p. 23.

18 D'Agostino, *op. cit.*, p. 78.

en su caso, a través de ella, a facilitar la atribución formal de la filiación. Para que entre dos personas que no son biológicamente padre e hijo medie un vínculo jurídico de filiación es preciso un acto formal, que es la adopción. En sentido inverso, para constituir una relación de filiación artificial, desligada por completo de los lazos biológicos (la filiación adoptiva), no se exige que previamente medie una relación afectiva y de trato semejante a la paternofamiliar, sino simplemente que los adoptantes sean idóneos, y que la adopción sea en interés del adoptando (art. 176.1 Cc.): la adopción se constituye, normalmente, no porque entre dos personas existe una relación previa semejante a la que se supone debe existir entre un padre y su hijo, sino en todo caso para que esa relación llegue a existir.

En conclusión, el reconocimiento jurídico del matrimonio y la familia no obedece al propósito de dar relevancia en Derecho a un deseo psicológico de los particulares (que existe, pero no es jurídicamente lo esencial), sino que tiene por finalidad regular y proteger una estructura antropológica objetiva (D'Agostino)¹⁹.

A la luz de cuanto antecede se puede concluir que el Derecho de familia difícilmente puede ser neutral en su modo de regular la familia: el fundamento de su intervención viene determinado directa y objetivamente por las funciones estratégicas de la familia. Y su fundamento determina su sentido: es la propia razón de su intervención sobre la familia, en sus aspectos más radicales (no en otros ligados a circunstancias económicas, culturales, sociales, etc.) la que determina el sentido de dicha intervención. Sobre estas bases, la absoluta neutralidad del Derecho entre formas funcionalmente diferentes —y, por tanto, de distinta eficacia social— de organizar jurídicamente las relaciones familiares no parece razonable, porque desaparecería entonces la razón de ser de la propia actuación del Derecho sobre la familia. Sería contraria al propio fundamento de su intervención.

Por lo demás, cuando el Derecho positivo decide asumir una postura «neutral», y dar el mismo trato a todos los modelos familiares, en realidad lo que está haciendo es optar por una determinada visión de qué es lo que debe hacer el Derecho en relación con el matrimonio y la familia²⁰. La neutralidad no pasa de ser una falacia. En este sentido, la afirmación según la cual

19 D'Agostino, *op. cit.*, p. 134.

20 Quizá convenga aclarar la idea. En esta materia, se enfrentan básicamente dos planteamientos: uno, que entiende que hay un modelo mejor que otros, y que por tanto la sociedad y el Derecho lo que deben hacer razonablemente es incentivar ese modelo; otro, que entiende que todos los modelos son socialmente equivalentes, por lo que ninguno es mejor que otro, y todos deben ser tratados por igual. La idea en cuya virtud el Derecho debe ser neutral, y por tanto no optar por ninguno de los modelos existentes en la sociedad, y debe tratarlos a todos por igual, entraña una clara opción por el segundo de esos planteamientos, y por tanto es una falacia: optar por esa neutralidad es optar por el segundo de los

el Derecho de Familia puede ser completamente neutral ha sido calificada por Glendon como ilusoria²¹.

IV. MODELOS FAMILIARES Y FUNCIONALIDAD SOCIAL: SOCIOLOGÍA Y DERECHO

Sobre estas bases, se puede afirmar inicialmente la mayor funcionalidad social de los modelos heterosexuales frente a los homosexuales, y dentro de los heterosexuales de los más estables frente a los menos estables; y se puede también concluir que unos y otros modelos no son socialmente indiferentes, ni tampoco equivalentes. Cabe, sin embargo seguir comprobando en qué medida los distintos modelos de familia sirven para obtener las finalidades estratégicas que tienen socialmente asignadas. En relación con ello, es posible hacer una doble aproximación, sociológica y jurídica.

1. *La perspectiva sociológica*

Desde la perspectiva sociológica, hay algunos datos relevantes, útiles para valorar los diferentes modelos de familia desde el punto de vista funcional, que es el que aquí hemos adoptado. Así, las uniones no matrimoniales, en comparación con el matrimonio:

1) Son menos numerosas: en nuestro país, de acuerdo con los datos del censo de 2001, el número de matrimonios es de 8,9 millones (aproximadamente el 94%), mientras que habría un total de 563.723 parejas de hecho (aproximadamente el 6%), de las cuales 10.474 serían homosexuales (aproximadamente el 0,11 %). Sin embargo, este dato es en sí mismo poco relevante a efectos de nuestro análisis, ya que la cuestión no es si un modelo es más usado que otro (lo que podría ser puramente inercial), sino si un modelo es socialmente equivalente a otro, desde la perspectiva funcional: es decir, si un modelo determinado cumple las funciones estratégicas asignadas genéricamente a la familia con la misma eficacia que otro.

2) Son poco estables: Morgan, señala que la probabilidad de ruptura de las uniones de hecho es cuatro veces mayor que la de los matrimonios²²; similarmente, Benson concluye su estudio, referido a la situación en Gran

planteamientos, y por tanto no ser neutral. Además, como ya se ha indicado en el texto, esta neutralidad es contradictoria con las razones por las que el Derecho interviene en relación con la familia.

21 Glendon, *op. cit.*, p. 311.

22 P. Morgan *Marriage-Lite. The Rise of Cohabitation an its Consequences*, London, Institute for the Study of Civil Society, 2000.

Bretaña, afirmando que las parejas de hecho tienen una probabilidad cinco veces mayor de romperse que las parejas casadas²³, conclusiones similares a las obtenidas en otros estudios. No cabe duda de la mayor estabilidad sociológica del matrimonio frente a las uniones no matrimoniales, que se presentan como mucho más inestables.

La cuestión es todavía más clara en relación con las uniones entre personas del mismo sexo, que son muchísimo más inestables que los matrimonios: así, en España, la primera encuesta nacional sobre hábitos sexuales del colectivo gay, publicada en 2002, y patrocinada por la Federación Estatal de Lesbianas y Gays, señala, entre sus conclusiones más relevantes, que un varón homosexual tiene relaciones con 39 personas distintas, como media, a lo largo de su vida; que el 58% de las parejas de gays españoles lleva más de un año de relación, pero que solo el 27% lleva más de cinco años, y que únicamente el 20% vive en pareja²⁴. En el mismo sentido, investigaciones desarrolladas en Suecia y Noruega muestran que el riesgo de ruptura es significativamente mayor en las parejas homosexuales registradas (cuyos efectos en los ordenamientos sueco y noruego son los mismos que los del matrimonio) que en los matrimonios: la probabilidad de ruptura en parejas de gays es un 35% más alta que la de los matrimonios, y en las de lesbianas es el triple (Anderson, Noack, Seierstad y Weedon-Fekjaer)²⁵. Por su parte, en los Estados Unidos, mientras que más del 65% de los matrimonios alcanzan una duración de diez años, solo el 15% de las uniones homosexuales llegan a superar los once años de duración (Dailey)²⁶.

3) Son menos fecundas: según el censo de 2001, el 60,7 por ciento de las parejas de hecho no tienen hijos, mientras que el número de matrimonios sin hijos es de aproximadamente al 30 por ciento; en cuanto al número de hijos, mientras que el 35 por ciento de las parejas de hecho con hijos (que constituyen el 11 por ciento de las parejas de hecho) tienen dos o más, tratándose de matrimonios el 60 por ciento de los matrimonios con hijos (que constituyen el 41 por ciento de los matrimonios) tienen dos o más. Sociológicamente, pues, son más fecundos los matrimonios que las parejas de hecho.

No necesita especial demostración sociológica la afirmación de que las uniones entre personas del mismo sexo son menos fecundas que las formadas por personas de diferente sexo. Las uniones homosexuales son uniones

23 Acepresa, servicio de 2 de marzo de 2005

24 Diario *El Mundo*, 27 de junio de 2002

25 Anderson, Noack, Seierstad y Weedon-Fekjaer, «Divorce-risk Patterns in Same-Sex marriages in Norway and Sweden», disponible en <http://paa2004.princeton.edu/abstractViewer.asp?submissionId=40208>

26 T.J. Dailey, T.J. en, *Comparing the lifestyles of homosexual couples to married couples* (Marzo 2005), disponible en <http://www.frc.org./get.cfm?i=IS04C02>

que, estructuralmente (no, por tanto, coyuntural o patológicamente) no pueden dar lugar al nacimiento de nuevos ciudadanos; su relevancia social es, por ello, mucho más limitada. Dicho brevemente, los nuevos ciudadanos, que aseguran la continuidad social, proceden de uniones entre personas de distinto sexo, no de uniones homosexuales: la trascendencia social de uno y otro fenómeno es, pues, bien distinta, y el interés de la sociedad en uno u otro tipo de uniones es también diferente. Con todo, quiero aclarar una cosa: me estoy refiriendo a que del hecho de que dos varones o dos mujeres mantengan relaciones sexuales entre sí, y solo de él, no se deriva el nacimiento de nuevos seres humanos; del hecho de que varón y mujer mantengan relaciones sexuales entre sí, y solo de él, puede derivarse (y en muchos casos se deriva) el nacimiento de nuevos seres humanos. Es la propia estructura y funcionalidad de la unión sexual entre personas de diferente sexo la que produce esos efectos, sin necesidad de intervención de terceros.

Así pues, cabe concluir que desde la perspectiva funcional, y de acuerdo con los datos sociológicos de que disponemos, el matrimonio entre hombre y mujer resulta ser el modelo familiar de mayor funcionalidad, es decir, que mejor cumple las funciones estratégicas que tiene asignada la familia: es más fecundo y es más estable²⁷. El modelo que peor cumple tales finalidades es el homosexual, que no es en sí mismo fecundo, y está caracterizado por un altísimo grado de inestabilidad. A las uniones de hecho heterosexuales les correspondería una posición intermedia, por ser menos fecundas y estables que el matrimonio, pero apreciablemente más que las uniones homosexuales.

2. *La perspectiva jurídica*

Vayamos ahora con la aproximación jurídica a este mismo fenómeno, deteniéndonos fundamentalmente ahora en las diferencias entre el matrimonio y las parejas de hecho (diferencia difuminada en el Derecho positivo español tras las últimas reformas), que justamente afectan a la estabilidad institucional o jurídica de las respectivas figuras²⁸.

Para hacer frente a la cuestión planteada, hay que preguntarse si existen diferencias jurídicamente relevantes entre el matrimonio y las uniones no matrimoniales, y en su caso, cuáles son esas diferencias. Es verdad que tanto

27 Y no solo en esos aspectos: un breve resumen de las ventajas funcionales del matrimonio en Bradford *et al.*, *op.cit.*; y más por extenso en Alvare *et al.*, *op. cit.*

28 Más extensamente, pero antes de las reformas de 2005, C. Martínez de Aguirre, *Diagnóstico...* *cit.*, pp. 123 y ss.

en el matrimonio como en la unión de hecho es fácil identificar la presencia de una voluntad de los cónyuges o de los convivientes dirigida a fundar su existencia. Pero en la mayor parte de las uniones no matrimoniales (más aún en nuestro Derecho, tras la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo), es componente esencial de la voluntad en que se basan la exclusión expresa y explícita del matrimonio, entendido como compromiso jurídico. Se puede decir, con D'Agostino²⁹, que los convivientes quieren su relación como jurídicamente descomprometida del mismo modo y con la misma intensidad que los cónyuges quieren su relación como conyugal (como jurídicamente comprometida)³⁰.

Desde el punto de vista jurídico, la presencia o no de un compromiso también jurídico marca una diferencia fundamental: el compromiso afecta al futuro, vincula la conducta de quien se compromete para de ahí en adelante: eso es lo que ocurre con cualquier contrato, y es lo que ocurre también con el matrimonio, en el que los cónyuges se comprometen (vinculan su conducta futura) a vivir juntos, amarse, guardarse fidelidad, socorrerse etc. Nada de eso hay en las uniones de hecho, en las que la voluntad no incluye la vida futura en cuanto comprometida, sino únicamente la pasada y la actual; la futura, solo está presente como mera previsión o deseo.

De cuanto antecede deriva una notable diferencia. La voluntad conyugal, en cuanto se dirige a la asunción de un compromiso de futuro, que abarca al menos como tendencia toda la vida, es suficiente para fundar la relación jurídica conyugal y familiar, hasta su extinción. La voluntad de los convivientes carece de dicha fuerza: la subsistencia actual de la unión depende en cada momento de la subsistencia actual de la voluntad de convivir. La estabilidad institucional (jurídica) del matrimonio procede del compromiso; la inestabilidad institucional (jurídica) de las parejas de hecho de la falta de compromiso: la subsistencia actual de la unión depende en cada momento de la subsistencia actual de la voluntad de los convivientes. Hay en las uniones de hecho, mientras duran, un *animus* actual de permanencia, que se proyecta hacia el futuro no a través del compromiso jurídicamente asumido (como en el caso del matrimonio), sino como mero pronóstico de comportamiento (cabe pensar que seguirá durando porque ha durado hasta ahora). Podría pensarse que esa mayor estabilidad institucional o jurídica no supone mayor estabilidad

29 D'Agostino, *op. cit.*, p. 138.

30 Cosa distinta es que, tras la reforma del divorcio operada en nuestro país, el compromiso derivado del matrimonio civil sea tan liviano que la diferencia pase a ser casi irrelevante, por aproximación del régimen del matrimonio civil a la libre disolubilidad, que es característica de las uniones de hecho: cfr. C. Martínez de Aguirre, *El nuevo matrimonio civil*, *cit.*, pp. 42 y ss.

real, pero lo cierto es que el modelo institucionalmente más estable (el matrimonio) resulta ser también el modelo sociológicamente más estable.

Lo anterior se manifiesta en la existencia o no de un vínculo jurídico entre los cónyuges o los convivientes. La voluntad matrimonial se dirige precisamente al establecimiento del vínculo conyugal. El matrimonio consiste en la asunción expresa y explícita de un compromiso de futuro que abarca tendencialmente la vida entera. Frente a ello, la esencia de las uniones no matrimoniales es precisamente que no comprometen a los convivientes respecto al futuro, de manera que cualquiera de ellos puede abandonar la convivencia sin necesidad de formalidad alguna. El compromiso matrimonial asumido por los cónyuges es reconocido por la organización social a través del vínculo jurídico que se instaura entre ellos, y a él se liga la atribución del *status* matrimonial, precisamente porque la previsión vinculante de comportamiento futuro en que consiste lo consiente. De ese compromiso, y de ese vínculo derivan todas las obligaciones y derechos de los cónyuges. Por el contrario, la libre disolubilidad de la relación, por voluntad de uno cualquiera de los convivientes y sin necesidad de cumplir formalidad alguna, es uno de los rasgos que caracteriza jurídicamente a las uniones de hecho.

Las diferencias que acaban de reseñarse pierden peso tras una reforma del divorcio como la recientemente aprobada en España, que hace desaparecer prácticamente el compromiso, y el vínculo, en el matrimonio civil: la diferencia que queda, entonces, es simplemente la necesidad de que el vínculo matrimonial sea judicialmente disuelto, cosa que no es precisa en las uniones de hecho porque en ellas no existe vínculo que disolver. De ahí que quepa afirmar que la introducción del divorcio sin causa, por la sola voluntad de uno de los cónyuges, aproxima notabilísimamente el matrimonio a las uniones de hecho.

3. *Breve recapitulación*

Así pues, recapitulando: a) desde el punto de vista sociológico, el matrimonio integrado por un hombre y una mujer es el modelo que mejor cumple las funciones estratégicas que la familia: es significativamente más fecundo y estable que las uniones de hecho heterosexuales, y todavía más si nos referimos a los modelos homosexuales, ya sean éstos de unión de hecho, o de unión de hecho juridificada, o incluso de matrimonio, como ocurre entre nosotros desde 2005; b) desde el punto de vista jurídico, también el matrimonio, y más cuanto más firme sea el vínculo jurídico que genera (es decir, cuanto más limitadas sean las causas de divorcio), es institucionalmente más estable que las uniones de hecho, hayan sido juridificadas o no.

Una conclusión se impone, por tanto: no parece coherente con el sentido y el fundamento de la intervención del Derecho sobre la familia dar el mismo tratamiento, o un tratamiento muy semejante, a modelos familiares que han revelado ser de tan diferente funcionalidad social y jurídica. Si el fundamento y el sentido del Derecho de Familia es permitir que la familia desarrolle óptimamente sus funciones estratégicas (nacimiento, humanización y socialización de nuevos ciudadanos), lógicamente los modelos familiares que han demostrado jurídica y sociológicamente más aptitud para desarrollarlas deben ser preferidos e incentivados.

Esta última afirmación enlaza, en nuestro Ordenamiento, con la garantía institucional del matrimonio contenida en el art. 32 de la Constitución, garantía institucional que, quiere decir al menos, que el matrimonio, como institución garantizada constitucionalmente (art. 32 CE.), goza de la protección reforzada del art. 53.1 CE, y que aunque también están amparadas por el art. 39 CE. las familias de origen no matrimonial (entre otras, Ss. TC. 222/1992, 47/1993, 74/1997), ello no debe forzosamente suponer paridad de trato en todos los órdenes entre las uniones no matrimoniales y el matrimonio, que puede ser tratado más favorablemente que aquéllas (Ss. TC. 184/1990, 74/1997).

V. LA RESPUESTA JURÍDICA: DIAGNÓSTICO SOBRE EL DERECHO ESPAÑOL

Como he indicado más arriba, el Derecho positivo español conoce tres respuestas diferentes al conjunto de problemas planteados por los nuevos modelos de familia: la que hemos llamado «casuística» (conjunto heterogéneo de respuestas concretas, legales y jurisprudenciales, que resuelven casos concretos), la que hemos llamado «respuesta legal institucionalizadora» (básicamente, leyes autonómicas de parejas de hecho), y la que hemos llamado respuesta «matrimonial», (flexibilización del matrimonio civil hasta dar cabida en él, en lo fundamental, a los modelos alternativos).

La primera respuesta ha sido dada por el legislador central y los legisladores autonómicos, así como por los Tribunales (incluido el Constitucional); la segunda, es la elegida por muchas Comunidades Autónomas, que han aprobado las leyes de parejas de hecho que han sido mencionadas más arriba; y por último, la tercera se ha dado a través de las reformas operadas por las leyes 13/2005 (admisión del matrimonio civil entre personas del mismo sexo³¹)

31 Sobre diversos aspectos de esta ley pueden verse C. Martínez de Aguirre Aldaz y P. de Pablo Contreras: *Constitución, derecho al matrimonio y uniones entre personas del mismo sexo*, cit.; y MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *La adopción conjunta por matrimonios homosexuales: el efecto indirecto (pero querido) de un reforma matrimonial*, «Revista de Derecho Privado» julio-agosto 2007, pp. 3 y ss.

y 15/2005 (introducción del divorcio sin causa, ni prácticamente plazos³²), por el legislador central.

El resultado final es especialmente complejo, ya que se ha traducido, merced al sistema autonómico y a la aplicación práctica de los criterios constitucionales en materia de distribución de competencia legislativa, en la coexistencia y solapamiento de las tres respuestas en aquéllos territorios en los que hay una ley de parejas de hecho: en efecto, en tales territorios se aplican tanto las reformas de 2005, como sus propias leyes autonómicas, como las leyes e las que se resuelven problemas concretos relacionados con las uniones de hecho³³.

Por otro lado, cada una de tales respuestas presenta algunos problemas técnicos que no está de más resaltar. Pero antes de hacerlo, puede ser oportuno aludir, por un lado, a la tendencia a equiparar matrimonio y uniones de hecho, y por otro lado al fenómeno de progresivo y recíproco acercamiento que han experimentado, desde el punto de vista jurídico, el matrimonio y las uniones de hecho.

1. *La equiparación entre matrimonio y uniones de hecho y sus problemas*

A la hora de hablar acerca del tratamiento jurídico de las uniones de hecho, es fácil identificar una fuerte tendencia a equipararlas al matrimonio. Ya hemos visto más arriba cómo funcional, sociológica y jurídicamente son realidades diferentes. Hay, además, algunas otras razones de índole técnica que arguyen contra la equiparación jurídica entre las parejas de hecho y el matrimonio, por las distorsiones que introduciría esta solución tanto en el matrimonio —en el caso español, antes de las reformas introducidas en 2005— como (y me atrevería a decir que principalmente) en las uniones no matrimoniales:

1) Si se trata de una unión no matrimonial querida en sí misma, con voluntad expresa de excluir el matrimonio, ¿no supondría la aplicación de las reglas relativas a éste último violentar la clara voluntad de los convivientes? Roca Trías habla, en este caso, de una «imposición ideológica que vulneraría

32 Sobre la cual, C. Martínez de Aguirre Aldaz, *El nuevo matrimonio civil*, cit.

33 Entre estas tres respuestas hay una cierta secuencia cronológica: primero se dio la respuesta casuística, después muchas Comunidades Autónomas han optado por la respuesta legal institucionalizadora (también, por carecer de competencia para dar la respuesta matrimonial), y por último el legislador central ha dado la respuesta matrimonial. Pero esta secuencia, como queda dicho, no es excluyente: se solapan las tres fases. Es más, el modelo casuístico sigue vigente, como lo atestigua la recentísima reforma del art. 174 de la Ley General de la Seguridad Social, operada por medio de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre.

los derechos de los propios interesados»³⁴. El respeto al principio de libre desarrollo de la personalidad, que está en la base del reconocimiento jurídico de estas uniones, ¿no implicaría también respetar la libre decisión de mantener tal unión al margen del Derecho, y más en concreto al margen de las reglas del matrimonio? Si la decisión de política legislativa fuera equiparar las uniones no matrimoniales al matrimonio, el planteamiento del ordenamiento sería de indiferencia frente a una voluntad precisamente dirigida a excluir el matrimonio: daría igual celebrarlo o no, querer contraerlo o rechazarlo, cumplir o no las formalidades previstas; en cualquier caso, la situación jurídica de los convivientes sería la misma que la de los casados. Pero entonces sería el mismo matrimonio el que habría perdido sentido.

2) Si los motivos del rechazo del matrimonio están ligados a la pérdida de derechos, ventajas o beneficios eventualmente derivada de su celebración, además de que sigue siendo una situación querida por los convivientes (se supone que tras haber sopesado las ventajas e inconvenientes de cada una de las posibilidades: casarse o no), lo más coherente con su voluntad es mantener de nuevo la exclusión elegida (querida) de las reglas del matrimonio. Aplicar en su conjunto las reglas del matrimonio —por tanto, con la pérdida de las ventajas o beneficios que se trata de evitar— vulneraría esa elección libremente realizada por los convivientes; y aplicar dichas reglas solo parcialmente, no en lo desventajoso, sino únicamente en lo beneficioso para los convivientes, se acercaría mucho a lo que es el fraude de ley: se excluye el matrimonio para evitar sus inconvenientes, pero se alega la analogía, o en general la similitud con la convivencia *more uxorio* para aprovecharse de sus ventajas. Como apunta Barthelet, los convivientes intentan aprovecharse simultáneamente del Derecho y del no-Derecho, esquivando las obligaciones y consecuencias desventajosas, mientras buscan la aplicación de las normas que les resultan beneficiosas³⁵. En puridad, no habría aquí equiparación entre matrimonio y uniones no matrimoniales, sino extensión a éstas últimas de la normativa matrimonial únicamente en lo que resultara beneficioso para los convivientes. Pero entonces se estaría dando a las parejas de hecho un trato jurídico más ventajoso que el que recibe el matrimonio, lo que podría ser inconstitucional³⁶.

34 E. Roca Trías, *Familia, familias y Derecho de familia*, «Anuario de Derecho civil» 1990-IV, p. 1078.

35 Barthelet, *Quand le droit civil se desengage de la famille*, en *Políticas de la familia*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1993, p. 378.

36 Sin embargo, el TC ha tenido, en esta materia, pronunciamientos hasta cierto punto contradictorios, al negar por un lado la equiparación entre matrimonio y uniones no matrimoniales a efectos del cobro de la pensión de viudedad (Ss.TC. 184/1990, de 15 de noviembre, 29/1991, 30/1991, o 31/1991, de 14 de febrero), y afirmarla por otro a efectos de la subrogación arrendaticia (Ss.TC.

3) El caso más dudoso es aquél en que quienes recurren a la unión no matrimonial lo hacen por no tener legalmente acceso al matrimonio³⁷. No hay, por tanto, exclusión intencional del mismo; es más, probablemente la voluntad sería en muchos casos la de contraerlo, si no existieran los obstáculos jurídicos que lo impiden. Aquí lo que se plantea es una cuestión de coherencia interna del ordenamiento: si se han establecido unos requisitos y condiciones para poder contraer matrimonio, ¿tiene algún sentido aplicar las reglas del mismo a quienes conviven *more uxorio* por no poder casarse, al no cumplir esas condiciones o requisitos? Dicho con otras palabras, ¿qué sentido tiene que el ordenamiento establezca unos requisitos para contraer matrimonio —es decir, para aplicar a dos personas el conjunto normativo ligado al matrimonio—, si ese mismo conjunto normativo va a resultar aplicable a quienes conviven sin reunir los citados requisitos? Si se optara por esa solución, más valdría hacer desaparecer tales condiciones o requisitos, que al final no servirían para nada: siempre cabría evitarlos por la vía cómoda de la convivencia, al que se aplicarían después las mismas reglas que a la unión matrimonial.

2. *El recíproco acercamiento jurídico entre matrimonio y uniones de hecho*

Frente a las conclusiones más arriba expuestas, lo cierto es el camino que han tomado muchos Ordenamientos de nuestro entorno, y por lo que a nosotros afecta singularmente el español, es el del progresivo acercamiento

222/1992, de 11 de diciembre, o 47/1993, de 8 de febrero). El problema suscitado en el texto se aprecia con toda claridad en la llamativa STC 47/1993, relativa a la inconstitucionalidad del art. 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964. Lo llamativo es que, en este caso, las razones por las que los convivientes no contrajeron matrimonio son conocidas: se trató de liberar a los hijos de la conviviente del servicio militar, como hijos de viuda, cosa que así ocurrió. De manera que el resultado conseguido, en este caso, es que se han obtenido las ventajas de no estar casados (liberación del servicio militar) y las de estar casados (subrogación arrendaticia). ¿No habría sido mucho más razonable, aplicar íntegramente uno de los dos regímenes?: o se les trata como si estuvieran casados (y entonces hay subrogación arrendaticia, pero los hijos hacen el servicio militar), o se les trata como si no lo estuvieran (y entonces los hijos no hacen el servicio militar, pero no hay subrogación arrendaticia). Lo que carece de sentido jurídico (y, probablemente, común) es aplicar de cada uno de los dos regímenes, solo lo ventajoso. En alguna de estas sentencias el TC ha admitido lo que se rechaza en el texto: es decir, que ha aplicado las reglas ventajosas del matrimonio (la subrogación arrendaticia), en un caso en el que los convivientes no se habían casado para evitar las consecuencias perjudiciales (servicio militar de los hijos de la viuda conviviente) que podría tener la celebración del matrimonio.

Sobre la jurisprudencia del TC en esta materia, C. Martínez de Aguirre, *La jurisprudencia sobre parejas de hecho: entre digo y Diego*, «Persona y Derecho» 55-II (2006), pp. 933 y ss.

³⁷ El supuesto más característico en la mayor parte de los ordenamientos, es el de las uniones homosexuales, que carecen de acceso al matrimonio. En el caso español, desde la ley 13/2005, la cuestión no se plantea en estos mismo términos, puesto que es posible que dos personas del mismo sexo contraigan matrimonio civil. Pero entonces esto quiere decir, a su vez, que si no se casan es porque no quieren, de manera que sería aplicable cuanto se ha expuesto con anterioridad.

entre el matrimonio y las uniones de hecho, desde el punto de vista jurídico, fenómeno que ha provocado que las diferencias entre ambas figuras, al menos en lo que respecta al Derecho positivo, sean cada vez menos significativas. Como se ha indicado más arriba, este fenómeno se descompone en dos procesos complementarios: el de acercamiento de las uniones no de hecho al matrimonio (juridificación de las uniones de hecho), y el de acercamiento del matrimonio a las uniones de hecho (desjuridificación del matrimonio).

Así, por un lado, ha tenido lugar un proceso de juridificación de las uniones no matrimoniales, que han pasado de no estar contempladas por el Derecho (es más, de ser intencionalmente ignoradas), a tener a través de diversas vías un régimen propio, más o menos cercano al matrimonial: claramente, en cuanto a los hijos, puesto que la equiparación entre la filiación matrimonial y la no matrimonial (arts. 14 y 39 CE.) hace que su situación sea prácticamente la misma en uno y otro caso (aunque esto no es peculiar de las parejas de hecho, sino que se extiende a todos los casos de filiación extramatrimonial, convivan o no los padres); pero también en cuanto a la configuración de la unión y sus requisitos, a las relaciones entre los convivientes, o a las consecuencias de la ruptura.

Con cuanto queda dicho concurre un fenómeno paralelo de desjuridificación del matrimonio civil, en el que destacan:

a) Por un lado, la pérdida de importancia de los impedimentos matrimoniales, hasta el punto de que, como ya se ha dicho, en muchas leyes autonómicas sobre uniones de hecho, acaban coincidiendo el listado de quienes no pueden casarse y el de quienes no pueden constituir una unión de hecho a efectos legales; en este punto destaca especialmente la admisión del matrimonio civil entre personas del mismo sexo, lo que hace desaparecer una de las diferencias más relevantes entre las parejas de hecho (que podían ser heterosexuales u homosexuales) y el matrimonio (esencialmente heterosexual).

b) Por otro lado, la progresiva ampliación del divorcio, hasta llegar al divorcio por voluntad unilateral de uno de los cónyuges, lo que acerca el matrimonio a una de las características más señaladas de las uniones de hecho, que es la libre disolubilidad.

Tras este doble fenómeno, las diferencias jurídicas entre el matrimonio civil y las uniones no matrimoniales han quedado en la práctica muy difuminadas.

3. *La respuesta «casuística»*

Ha sido habitual, y así ha ocurrido también entre nosotros, que la juridificación de las parejas de hecho haya comenzado a través del reconoci-

miento de determinados efectos concretos a dichas situaciones, bien a través de reglas legales, bien a través de decisiones judiciales. En muchos casos, tales efectos son semejantes a los del matrimonio, cuando no, abiertamente, los mismos; en otras, se emplean técnicas diferentes a las matrimoniales, aunque sus resultados muchas veces sean semejantes. Hacer una exposición de todos los casos excedería la finalidad de este trabajo, por lo que puede bastar algún ejemplo

Así, la legislación ordinaria contempla ya un conjunto de casos en los que se equipara, a diversos efectos (ventajosos o, en menos ocasiones, desventajosos), el matrimonio y las uniones no matrimoniales. En materia civil cabe citar, no exhaustiva ni ordenadamente, los arts. 101 Cc —extinción de la pensión compensatoria—, 320.1 Cc —emancipación judicial—; la Disposición Adicional 3ª de la Ley de 11 de noviembre de 1987 —capacidad para adoptar—; o los arts. 12.4, 16.1.b) y 24.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. También el Código penal se refiere a estas situaciones en sus arts. 23, 153, 424, 443, 444.2, 454 y 617.2. O, por último, en este apresurado espiguelo, la reciente reforma del art. 174 de la Ley General de Seguridad Social, operada mediante la ley 40/2007.

En cuanto a las decisiones judiciales, me limitaré a mencionar únicamente algún ejemplo: existe una copiosa jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) destinada a resolver los litigios sobre el régimen de las uniones de hecho, sobre todo en lo que se refiere a los problemas (básicamente patrimoniales) planteados por la ruptura de la unión. En ese marco, el TS ha rechazado repetidamente, la aplicación con carácter general de las reglas del régimen económico matrimonial (vgr., Ss.TS. 21 octubre 1992, 22 julio 1993, 11 mayo 1994, 4 junio 1998, 17 enero 2003, 23 noviembre 2004), y ha solucionado los problemas existentes acudiendo a otras vías diferentes: por ejemplo, a las reglas de la comunidad de bienes (Ss.TS. 2 septiembre 1991, 11 octubre 1994, 23 julio 1998), o de la sociedad irregular (Ss.TS. 18 mayo 1992, 18 febrero 1993, 18 marzo 1995). En el mismo sentido, los expedientes empleados por el TS para reconocer a favor de uno de los convivientes el derecho a una compensación por la ruptura son varios: la doctrina del enriquecimiento sin causa (Ss.TS. 11 diciembre 1992, 27 marzo 2001, 17 junio 2003), o, en relación con esta doctrina, el principio de protección del conviviente perjudicado (Ss.TS. 5 julio 2001, 17 enero 2003, 23 noviembre 2004). También ha recurrido el TS., en alguna ocasión, a la indemnización por daños y perjuicios del art. 1.902 Cc. (Ss.TS. 16 diciembre 1996). En otras ocasiones el TS. ha admitido la aplicación analógica (*analogía legis*) de reglas propias del matrimonio: básicamente, el art. 96, relativo a la vivienda familiar (Ss.TS. 16 diciembre 1996, 10 de marzo 1998, 27 marzo 2001, 7 julio 2004) y

el art. 97, relativo a la pensión compensatoria —ahora, pensión por desequilibrio— (Ss.TS. 5 julio 2001 y 16 julio 2002).

Como puede observarse, tanto legal como jurisprudencialmente lo que se hace es resolver casos concretos, siguiendo más o menos de cerca el modelo matrimonial, pero sin que haya una regulación genérica o global de las parejas de hecho.

Desde la óptica técnica, surgen interrogantes en relación con la extensión a las parejas de hecho de las reglas propias del matrimonio mediante el recurso a la analogía:

1) La analogía opera en defecto de ley directamente aplicable al caso, lo que difícilmente se produce en el supuesto de las parejas de hecho. En opinión de Gavidia, lo que hay aquí es un estatuto especial (el de los casados) frente al estatuto general de los no casados: a falta de matrimonio, que es el presupuesto de aplicación de ese estatuto especial, serán de aplicación las reglas generales relativas a los no casados; el recurso a la analogía entraña en cierta medida la sustitución del legislador (que es a quien corresponde en nuestro sistema decidir si quiere dotar o no a las parejas de hecho de una regulación específica) por el intérprete³⁸.

2) Apunta Mengoni que «no es posible distinguir en el régimen jurídico de la familia legítima un grupo de normas no ligado al presupuesto formal del matrimonio, y de esta manera extensibles por analogía a la familia de hecho»³⁹: es la ausencia de vínculo la que impide en términos generales la analogía, porque el régimen jurídico del matrimonio responde precisamente a la presencia del vínculo. Esto no obsta a que ocasionalmente puedan ser objeto de extensión analógica preceptos cuya *ratio iuris* no esté ligada directa o principalmente a la existencia de un vínculo matrimonial, sino, por ejemplo, a una situación de convivencia, o a la protección de los hijos⁴⁰.

En resumen, la respuesta casuística por un lado sirve para hacer frente a los problemas que plantean al Derecho las parejas de hecho, pero por otro lado tiene algunos inconvenientes, derivados tanto de la heterogeneidad de las soluciones ofrecidas, como del excesivo mimetismo respecto al matrimonio, mimetismo muchas veces no suficientemente justificado.

38 J.V. Gavidia Sánchez, *La libertad de elección entre matrimonio y unión libre*, «Derecho Privado y Constitución» 12 (1998), pp. 75 y ss.

39 L. Mengoni, *La famiglia in una società complessa*, «Iustitia» 1990-1, p. 4.

40 Sobre ello, C. Martínez de Aguirre, *Acuerdos entre convivientes more uxorio*, «Revista de Derecho Privado» 2001, pp. 862 y ss.

4. *Las leyes sobre parejas de hecho, o la juridificación indiscreta*

Como ya he indicado, muchas de nuestras Comunidades Autónomas han dictado leyes de parejas de hecho, de alcance y contenido diverso, siguiendo en ello el modelo representado por algunos ordenamientos europeos, señaladamente los de los países nórdicos (pero también, por ejemplo, el francés, aunque con técnica distinta): se ha producido así una juridificación de las uniones de hecho. El problema es que esta juridificación puede ser tildada de «indiscreta» (falta de discreción), puesto que se ha hecho sin percatarse de las peculiaridades que derivan de la simple constatación de que estamos ante una situación esencialmente de hecho: como es sabido, el tratamiento jurídico de las situaciones de hecho (de ésta, como de cualquier otra), no siempre es fácil, y menos aún si se prescinde de ese dato: baste mencionar, por ejemplo, las dificultades de construir jurídicamente la posesión, o la guarda de hecho, por citar dos figuras conocidas que pertenecen a ámbitos dispares. El problema, al menos tal y como es habitualmente planteado, es el de dar una solución jurídica a algunos de los problemas planteados por determinadas situaciones de hecho de convivencia; convertir esas situaciones en una institución jurídica probablemente no es la solución ni más inteligente, ni más útil.

Este olvido, y esta tendencia a convertir las uniones de hecho en una figura jurídica (y en ocasiones, como veremos, en una figura exclusivamente jurídica, carente de base fáctica) hace que muchas veces las soluciones que se ofrecen sean técnicamente insatisfactorias, por no decir abiertamente absurdas, y conduzcan a callejones sin salida, o escasamente practicables. Atender a las peculiaridades que derivan de su carácter fáctico es condición necesaria para afrontar jurídicamente el tratamiento de las uniones de hecho con alguna garantía de éxito. A la inversa, perder de vista este planteamiento conduce, paradójicamente, a soluciones legales muy poco prácticas, que adolecen, además, de un formalismo exacerbado, hasta el punto de que el hecho desaparece, y queda solo el Derecho. De todo ello hablaremos brevemente a continuación.

Una advertencia antes de seguir: a efectos expositivos, tomaré como referencia legal de la regulación de las uniones de hecho la ley 6/1999, relativa a parejas estables no casadas, de Aragón (en adelante, LPEAr.). Las conclusiones son, en términos generales, extrapolables a otras leyes autonómicas, pero con las debidas adaptaciones, puesto que las leyes autonómicas de parejas de hecho actualmente vigentes en España presentan entre sí diferencias más que notables (diferencias que se acentúan si tomamos en consideración modelos extranjeros). Pero todas ellas adolecen del mismo defecto

denunciado: olvido del carácter básicamente de hecho del fenómeno que se trata de regular.

A) Los requisitos legales.

En este llamativo proceso de juridificación de una relación inicialmente de puro hecho, es habitual que la ley establezca unos requisitos positivos. Ello tiene algunas consecuencias llamativas. Si tomamos como referencia a la ley aragonesa veremos que tales requisitos son:

a) Que exista una relación de afectividad análoga a la conyugal (art. 1 LPEAR.): la expresión no es particularmente acertada, pero hay que advertir que ello no es culpa del legislador aragonés, que se ha limitado a reproducir una fórmula que goza de notable predicamento normativo desde 1987, como ya se ha visto. El problema no es solo de determinación de cuál es el sentido de esta aparente exigencia (cuestión ya mencionada), sino también de la propia consideración jurídica de la afectividad. La afectividad, en sí misma, carece de una específica relevancia jurídica. Recordemos que por el solo hecho de que dos personas se quieran como un padre y un hijo, a nadie se le ocurre que deban ser tratados jurídicamente como padre e hijo: para eso haría falta, como queda dicho más arriba, que lo fueran, o que la relación se constituyera mediante la adopción, que está sometida a un régimen muy estricto; tampoco es defendible que quienes se quieran como hermanos sin serlo, deban ser tratados jurídicamente como hermanos. Pues bien, que dos personas se quieran en forma parecida a como se quieren muchos cónyuges, no quiere decir que deban ser tratadas jurídicamente como si fueran cónyuges: les falta algo que, como he indicado, es nuclear para el Derecho (el compromiso). En el fondo, la cuestión es que el fundamento de la regulación del matrimonio no es la existencia de una relación de afectividad entre los cónyuges (gráficamente se puede decir que a los contrayentes no se les pregunta si se quieren, sino si quieren casarse), por lo que la presencia de una relación de afectividad parecida entre dos personas no es suficiente para justificar la aplicación del argumento analógico. Por otro lado, resulta que en el desarrollo normativo de la ley esta exigencia carece de plasmación práctica: ni hay forma de comprobarla, ni se exige su acreditación para la existencia legal de la pareja estable, ni su ausencia por sí sola produce efectos jurídicos (los tendrá, en su caso, la separación de hecho).

Otra cosa es que, como he indicado, la afectividad sea empleada para diferenciar entre las situaciones de convivencia sujetas a la ley, y las situaciones de convivencia que no lo están. Pero entonces volvemos a las preguntas que nos hemos planteado más arriba: ¿por qué una determinada relación de afectividad —sea matrimonial, sea paramatrimonial— exige un concreto tratamiento jurídico? Sobre ello me remito a cuanto ya ha quedado expuesto.

b) Que haya habido convivencia durante un periodo mínimo de dos años ininterrumpidos o, alternativamente, que se haya manifestado la voluntad de constituir la pareja de hecho mediante escritura pública (art. 3.1 LPEAr.). Esto quiere decir:

1) Que cuando dos personas entre las que media una relación de afectividad análoga a la conyugal conviven durante más de dos años ininterrumpidos, quedan sometidos a las previsiones de la Ley, lo quieran o no; es decir, aunque hayan optado por no casarse precisamente porque prefieren mantener su relación al margen del Derecho. Lo que la Ley hace aquí, entonces, es imponer su regulación a esa pareja, pero sin contar con la voluntad de los convivientes; ello podría vulnerar el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad, en cuanto impone a los convivientes una configuración legal de su relación no querida por ellos⁴¹.

2) Que aunque no haya habido convivencia, si dos persona deciden acudir al notario y otorgar la correspondiente escritura pública, constituyen desde ese mismo momento, y sin necesidad de haber comenzado la convivencia (basta con manifestar la voluntad de constituir una pareja estable para que quede constituida), una pareja estable, sometida a las previsiones de la Ley. Nuevamente el resultado es llamativo. En efecto:

i) Por un lado, ¿dónde reside la «estabilidad» —y recordemos que la ley habla de parejas *estables* no casadas— de una pareja que no ha convivido (carece por tanto de una estabilidad pretérita, procedente del hecho de que la convivencia ya ha durado un cierto tiempo), cuyos miembros no asumen compromiso alguno de estabilidad futura, y que además es libremente disoluble por la voluntad de cualquiera de ellos? En este caso, la pareja solo es estable por decisión del legislador.

ii) Por otro lado, se puede ser pareja estable legalmente, por haber otorgado la escritura correspondiente, sin llegar a serlo de hecho, por no haberse iniciado (incluso, no llegar nunca a iniciarse) la convivencia: en cuyo caso, como veremos inmediatamente, hará falta una separación por más de un año para que esa pareja estable puramente ficticia (por no haber habido nunca

41 Puede ser oportuno aquí traer a colación, como hacía Lacruz con sentido del humor (y mucho sentido común), la historia de «Juanito el explorador. Los exploradores o boy-scouts tuvieron gran auge en España durante el primer tercio de este siglo —escribe Lacruz—, y entre sus deberes cívicos estaba el de hacer cada día una buena acción. Al explorador de mi cuento le preguntan sus padres por la buena acción de aquel día, y él contesta: «entre Pepito y yo hemos ayudado a pasar la calle a un ciego». Su padre le pregunta a continuación «¿y por qué entre dos?». A lo que responde el niño muy serio: «es que él no quería»: J.L. Lacruz Berdejo, *Convivencia more uxorio: estipulaciones y presunciones*, en AA.VV., «Centenario del Código civil», CEURA, Madrid, 1990, t. I, p. 1062. Recuérdese también la opinión de E. Roca Trías, *Familia, familias y Derecho de familia*, cit., p. 1078.

convivencia) se extinga legalmente. Aquí la «pareja» solo es pareja legalmente, y no de hecho: ello, por decisión del legislador.

iii) Desde esta misma perspectiva, llama la atención que una pareja estable pueda subsistir desde el punto de vista jurídico, cuando ya no existe en la realidad. En efecto, de acuerdo con el art. 6.1.d LPEAr., la pareja estable se extingue *por separación de hecho de más de un año*. Esto quiere decir que una pareja estable, separada de hecho desde hace varios meses, pero todavía no un año, sigue siendo legalmente pareja estable, cuando de hecho ha dejado de ser no ya estable, sino incluso pareja. Como en el caso mencionado en el párrafo anterior, hay aquí una pura ficción legal de que dos personas, que ya no conviven, forman todavía una pareja estable. En su extremo, cabe otorgar escritura pública sin haber convivido previamente, ni convivir después, lo que convierte a los otorgantes en pareja estable, a efectos legales, durante un año, sin necesidad de convivencia.

3) Lo razonable hubiera sido configurar estos dos requisitos no como alternativos, sino como cumulativos. De haberse hecho así las cosas, sería pareja estable la que hubiera convivido durante dos años (tendría, así, esa estabilidad fundada en la convivencia previa a que me he referido más arriba), y, además, hubiera manifestado su voluntad de constituirse jurídicamente como tal, mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública (con lo que se respetaría la voluntad de los convivientes, en caso de que prefirieran continuar su relación al margen de la ley).

B) Los impedimentos «no matrimoniales»: uniones de hecho juridificables y no juridificables.

a) Los impedimentos «no matrimoniales». Junto a esos requisitos, la ley aragonesa establece lo que he denominado impedimentos «no matrimoniales»⁴², tanto en su art. 1 como en su art. 4: entre ambos se configura un elenco de impedimentos, construido en buena parte sobre la plantilla de los impedimentos matrimoniales. Conforme a tales preceptos, no pueden constituir pareja estable no casada:

i) Los menores de edad (art. 1 LPEAr.).

ii) Los que estén ligados con vínculo matrimonial (art. 4.a LPEAr.).

iii) Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción (art. 4.b LPEAr.), y los parientes colaterales por consanguinidad o adopción hasta el segundo grado (art. 4.c LPEAr.).

⁴² Sobre el papel de los impedimentos en relación con las uniones de hecho, más extensamente, C. Martínez de Aguirre, *Acuerdos entre convivientes more uxorio*, «Revista de Derecho Privado» 2001, pp. 846 y ss.

iv) Los que formen pareja estable con otra persona (art. 4 d LPEAr.), mientras la pareja no se haya extinguido, y, en su caso (es decir, cuando la pareja se constituyó mediante documento público), hayan transcurrido seis meses desde que quedó sin efecto la escritura pública correspondiente a la convivencia anterior (art. 6.4 LPEAr.). A estos efectos, conviene recordar que la pareja estable se extingue, de acuerdo con lo que dispone el art. 6, por la muerte o declaración de fallecimiento de uno de sus integrantes, por acuerdo de ambos convivientes o decisión unilateral de uno de ellos, por separación de hecho de más de un año, o por matrimonio de uno de sus miembros.

Como he indicado más arriba, estos requisitos están calcados sobre el régimen de impedimentos del matrimonio civil: se recogen, en efecto, los impedimentos de vínculo matrimonial y edad (art. 46 del Código civil), y, con matizaciones, el de parentesco en línea recta o colateral (artículo 47 del Código civil), y se añade el de integrar una pareja estable no extinguida (que, en la perspectiva de las uniones de hecho juridificadas es asimilable al de vínculo, pero sin vínculo)⁴³.

En todo caso, si comparamos el elenco de requisitos del matrimonio con el de las parejas estables no casadas, tal y como estas son reguladas en la Ley aragonesa, concluiremos fácilmente que la principal novedad que introdujo esta Ley (como prácticamente todas las leyes autonómicas de parejas de hecho), fue la institucionalización de las parejas homosexuales. En efecto, cuando se promulgó la ley había una llamativa coincidencia entre quienes no podían contraer matrimonio y quienes no podían integrar una pareja estable no casada; el caso en el que esta correspondencia fallaba de manera más radical era el de las parejas homosexuales, que tenían vedado el acceso al matrimonio. La situación ha cambiado desde que la ley 13/2005 modificó el Código civil, permitiendo que dos personas del mismo sexo contraigan matrimonio entre sí, de manera que en este momento coinciden casi por completo quienes pueden contraer matrimonio civil con quienes pueden legalmente una pareja de hecho: las diferencias más importantes son las que derivan de la existencia del impedimento de crimen en el matrimonio, y de la existencia del impedimento consistente en formar legalmente pareja estable con otra persona para las uniones de hecho legalizadas.

b) Uniones de hecho juridificables y no juridificables. En todos estos casos la Ley no contiene propiamente una prohibición de formar de hecho una pareja estable (pretensión que sería, sin duda, excesiva). Lo que hace es,

⁴³ Desaparece, sin embargo, el impedimento de crimen, que impide contraer matrimonio a los condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge anterior: las razones de moralidad pública que aconsejan el mantenimiento de este impedimento matrimonial, abonarían también su extensión a las parejas estables no casadas legalmente reconocidas.

según ya ha quedado apuntado, disponer que a tales parejas no les será de aplicación lo dispuesto en la Ley.

Esto quiere decir que no toda situación de convivencia de hecho merece la consideración legal de pareja de hecho (o pareja estable, o unión estable de pareja: las denominaciones varían en función de la ley autonómica de que se trate), y, por tanto, que no todos los que de hecho, conviven, son para el Derecho convivientes de hecho: solo lo serán aquellas parejas que, además, cumplan los requisitos legalmente establecidos: es una paradoja, que se agudiza progresivamente, a medida que avanza la juridificación de las uniones de hecho, y alcanza (por ahora) su culminación en la regulación de los requisitos e impedimentos al modo en que lo hacen nuestras leyes autonómicas. Aquí es donde adquiere verdadera relevancia la consideración de que estamos ante un problema derivado, en buena parte, de la naturaleza fáctica de la figura de que venimos tratando: el Ordenamiento, al establecer un impedimento, no impide que, de hecho, puedan convivir los afectados por él; lo único que puede hacer es impedir que esa convivencia tenga efectos legales. En este punto, la diferencia con el matrimonio es radical: la concurrencia de un impedimento o la falta de algún requisito esencial impiden que el matrimonio (que no es una situación de hecho, sino un negocio jurídico) exista, pero no pueden impedir que exista de hecho la situación de convivencia. En relación con las parejas de hecho, el requisito no debe predicarse del hecho de la convivencia, sino todo lo más de su relevancia jurídica. La situación de convivencia entre dos personas entre las que media alguno de esos impedimentos sería un hecho jurídicamente irrelevante, como tal: lo que cabe denominar como «unión no juridificable» (es decir, sin efectos legales), frente a las uniones «juridificables», que son aquellas en las que concurren los requisitos legales, y que producen los efectos legalmente establecidos.

Esto permite distinguir entre uniones de hecho relevantes jurídicamente («juridificables») y uniones de hecho que, aún existiendo, y presentado los mismos problemas jurídicos que las anteriores, quedan al margen de la regulación específica de las parejas de hecho por no reunir los requisitos fijados, o por la presencia de algún impedimento («uniones no juridificables»). Es decir, que habría uniones de hecho de Derecho —con consecuencias jurídicas—, y uniones de hecho solo de hecho (o uniones de mero hecho) —carentes de consecuencias jurídicas específicas—. Esta es una consecuencia inevitable del proceso de juridificación de las uniones no matrimoniales, que necesariamente deja de lado algunas (pocas o muchas) situaciones de convivencia de hecho que, por la razón que sea, no se consideran merecedoras de protección. Pero entonces queda claro que el fundamento de esa regulación

no es la situación de convivencia, porque tanto conviven unos (los sometidos a la ley) como otros (los excluidos de ella).

Más adelante retomaremos alguna de estas cuestiones.

C) Hecho y Derecho en el tratamiento jurídico de las uniones «de hecho».

Una última (y breve) reflexión acerca de estas materias. Es cierto que al amparo del principio de libre desarrollo de la personalidad, recogido en el artículo 10 de la Constitución, cabe defender el derecho de las personas a establecer las relaciones convivenciales y afectivas que tengan por conveniente. Pero esto no incluye el derecho a que esas relaciones reciban un tratamiento jurídico determinado (por ejemplo, el mismo que recibe el matrimonio, u otro muy parecido)⁴⁴. Es más, es habitual que algunas relaciones de convivencia, que efectivamente pueden darse en la práctica, sean excluidas expresamente de la reglamentación jurídica; como hemos visto, lo hace la misma Ley aragonesa, a la que estamos recurriendo como ejemplo, cuando excluye de su ámbito de aplicación las situaciones convivenciales y afectivas formadas por más de dos personas (art. 1 LPEAR.), o en las que uno de sus integrantes está casado (art. 4.a LPEAR.), o cuando los componentes de la pareja son parientes en línea recta, o colateral hasta el segundo grado (art. 4. b y c LPEAR.): en todos estos casos dicha situación de convivencia y afectividad queda extramuros del Derecho, porque el Derecho no la considera digna de protección.

Lo que esto quiere decir, en resumen, es que el hecho de que dos personas convivan y de que exista entre ellos una determinada relación de afectividad no impone necesariamente el reconocimiento jurídico. De lo que se trata más bien es de determinar cuáles de esas situaciones de convivencia merecen la protección del Derecho, y cuáles son los criterios que conducen a darles reconocimiento jurídico. Y eso es lo que, a mi modo de ver, no ha quedado suficientemente justificado en las leyes de parejas de hecho existentes; es más, a la luz de cuanto ha quedado dicho, lo que queda claro es que hubiera sido precisa una reflexión más atenta y ponderada que la que se ha llevado a cabo.

La ausencia de vínculo (del compromiso que da vida al matrimonio) tiene un altísimo coste en términos de seguridad jurídica. Lo extraño sería, en realidad, que las cosas fueran de otra manera. El problema no es solo del Derecho, sino de la propia consistencia del fenómeno del que estamos tra-

⁴⁴ Conviene recordar que, al decir del TC, no existe en la Constitución una garantía institucional de las uniones no matrimoniales, lo que permite al legislador ordinario tratar de forma diversa ambas realidades, sin que ello sea inconstitucional (STC. 184/1990, de 15 noviembre).

tando. Una juridificación indiscreta, calcada sobre el molde matrimonial, plantea muchas veces más problemas que los que resuelve. Llevada al extremo, nos pone en camino de redescubrir, pero tras una nueva andadura quizá de décadas (si no de siglos), el matrimonio. Si es así, es posible que estemos en el buen camino. Pero, ¿qué necesidad tenemos de andarlo otra vez?

5. *La respuesta «matrimonial», o la deconstrucción del matrimonio*

Para el Derecho común, con repercusiones importantes en los subordenamientos autonómicos, el paso más relevante en ese proceso de aproximación entre matrimonio y uniones de hecho ha sido dado por las leyes 13/2005 y 15/2005, que han convertido el matrimonio civil en algo parecido a una unión de hecho cuya constitución y disolución están sujetas a un cierto control formal. En efecto, el matrimonio civil español ha asumido mediante esas leyes buena parte de los rasgos que caracterizan a las uniones de hecho.

Para ello, puede ser oportuno recordar brevemente las características del modelo matrimonial previo, tal y como han sido expuestas más arriba: se trata de un modelo jurídicamente comprometido, lo que se traduce en la existencia de un vínculo jurídico entre los cónyuges, caracterizado por la estabilidad institucional, formado por un hombre y una mujer (heterosexual y monógamo, por tanto), y ligado a la procreación.

En relación con estas notas, y tras las reformas de 1981 y 2005, el matrimonio civil español se caracteriza:

1) Por ser un modelo no comprometido jurídicamente e institucionalmente inestable: la introducción del divorcio por voluntad unilateral de uno de los cónyuges, sin necesidad de alegar causa alguna, ha hecho que el vínculo matrimonial haya desaparecido prácticamente como tal vínculo, ya que está a disposición de ambos contrayentes: cualquiera de ellos puede solicitar el divorcio transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio, sin necesidad de alegar causa alguna, sin que el otro cónyuge pueda oponerse eficazmente, y sin que el juez pueda rechazar su pretensión. La reforma del divorcio ha provocado además la desaparición de las obligaciones de los cónyuges como tales obligaciones, lo que hace casi imposible ofrecer un concepto de matrimonio civil útil, por ejemplo, para diferenciar un verdadero matrimonio de un matrimonio de complacencia⁴⁵. En la perspectiva que aquí interesa, esto significa que el matrimonio civil ha hecho suya la libre diso-

⁴⁵ Sobre todo ello, con mayor detalle, C. Martínez de Aguirre Aldaz, *El nuevo matrimonio civil*, cit., pp.; y más brevemente, pero con agudeza, De Pablo Contreras, en *Curso de Derecho civil (IV). Derecho de Familia*, pp. 53 y ss.

lubilidad que era, hasta ese momento, rasgo identificador de las uniones de hecho; la única diferencia sería en que así como el nacimiento del matrimonio es controlado a través de la intervención de determinadas instancias, y del cumplimiento de la forma solemne⁴⁶, también su disolución es controlada mediante la intervención judicial.

2) Por ser un modelo sexualmente neutro, que incluye tanto las parejas heterosexuales como las homosexuales, y que queda desligado casi por completo de cualquier relación con la procreación. Es verdad que la desvinculación entre matrimonio civil y procreación comenzó ya con la reforma de 7 de julio de 1981, cuando desapareció del Código civil el impedimento de impotencia; pero aún entonces el matrimonio civil respondía a lo que cabría denominar una estructura abstractamente procreativa: es decir, una estructura heterosexual, y por tanto en sí misma relacionada con la procreación (porque el sentido propio de la diversidad sexual, como hemos visto, es la procreación). La apertura de la forma matrimonial civil a parejas del mismo sexo introduce una alteración mucho más radical, ya que la estructura de un matrimonio entre dos personas del mismo sexo es en sí misma no procreativa: la distancia entre matrimonio civil y procreación se ha acrecentado notabilísimamente, afectando ahora a la propia estructura de la unión, que al prescindir de la heterosexualidad, prescinde también de la procreación. Pero esto quiere decir, desde la perspectiva que nos interesa, que también en este punto el matrimonio ha asumido como propio el indiferentismo sexual que caracteriza a las uniones de hecho.

Con fundamento en el análisis realizado con la brevedad que consienten estas páginas, no es aventurado concluir que la opción implícitamente asumida por el legislador común español es la de acercar el tratamiento del matrimonio, que es el modelo familiar más funcional desde el punto de vista jurídico y social, al de los modelos familiares menos funcionales, lo que no tiene demasiado sentido ni común ni jurídico. Al irse difuminando los rasgos que caracterizaban (también jurídicamente) el matrimonio civil, éste se ha ido convirtiendo progresivamente en una institución inespecífica (una mera «unión de dos personas independientes»), muy semejante a una unión de hecho. La diferencia más relevante es la intervención de alguna instancia pública o social tanto en el momento constitutivo (juez, alcalde, sacerdote o ministro de la confesión religiosa de que se trate), como en el extintivo por divorcio (el juez).

⁴⁶ Pero recuérdese que muchas de nuestras legislaciones autonómicas exigen una determinada forma, la intervención de alguna instancia especial, para la constitución legal de una pareja de hecho, de manera que en este aspecto también la diferencia entre el matrimonio y las uniones de hecho (legales) se ve difuminada.

En esta perspectiva, ¿qué queda del matrimonio? Cada vez más, solo un nombre y una forma (*i.e.*, unas formalidades). Una cáscara vacía, y una inercia legal. El problema es, como se ha indicado más arriba de la mano de Arechederra, el de la pérdida del vigor teleológico de la regulación del matrimonio y la familia. En efecto, a la vista de nuestra legislación, no es fácil saber para qué sirve, institucionalmente, el matrimonio, cuál es su finalidad, y cuál la razón por la que el Derecho lo regula con tanta atención y prolijidad, en sus aspectos personales y patrimoniales. Pero entonces tampoco somos capaces de saber por qué hay que regular las nuevas formas de familia, ni cuál es el contenido razonable de dicha regulación. La sociedad, y el Derecho, parecen carecer en muchos casos de una idea clara de cuál es la función de la familia (para qué sirve), y por tanto de cómo ha de ser regulada. De ahí que se haya hablado de un Derecho que duda sobre sí mismo, y cuyos fundamentos, sobre todo en relación con las reformas más recientes, son inciertos (Dekeuwer-Defossez)⁴⁷.

6. *La regulación de las uniones de hecho tras las reformas matrimoniales de 2005*

Las consideraciones hechas hasta el momento permiten obtener nuevas conclusiones, referidas esta vez no al matrimonio, sino al tratamiento jurídico de las uniones no matrimoniales en el Derecho español; sobre todo, a su regulación por la diferentes leyes autonómicas. Para ello, debemos recordar, como premisas, algunas de las ideas ya apuntadas. En primer lugar, como hemos visto, la principal novedad introducida por estas leyes fue la admisión de las parejas homosexuales: se ofrecía así un cauce jurídico a quienes no podían contraer matrimonio, por impedírselo la legislación civil entonces vigente. Como acabamos de recordar, esta diferencia ha desaparecido tras la introducción del matrimonio civil entre personas del mismo sexo, operada mediante la ley 13/2005, de 1 de julio. Lo que ocurre es que la promulgación de la mencionada ley afecta directamente al sentido general de las leyes autonómicas de parejas de hecho. Cuando se abre a las parejas homosexuales la posibilidad de contraer matrimonio, y acceder así al estatuto jurídico de las personas casadas, ya no cabe afirmar que es preciso dotar a las uniones de hecho, sobre todo homosexuales, de un régimen legal, porque si no quedarían extramuros del Derecho.

⁴⁷ F. Dekeuwer-Defossez: *Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille*, «Revue Trimestrielle de Droit Civil», 1995 (2), pp. 249 y ss.

De otro lado, la nota de la libre disolubilidad por voluntad de uno solo de los convivientes y sin necesidad de alegar ni probar causa alguna, que es característica de las uniones no matrimoniales, ha sido asumida para el matrimonio por la ley 15/2005, con la única diferencia, también puesta de relieve más arriba, de la necesidad de un acto formal (judicial) de disolución.

Si lo anterior es así, ¿qué sentido tiene establecer un estatuto especial, semejante pero no idéntico al matrimonial, para quienes no han querido casarse, pudiendo hacerlo? La situación actual, en las Comunidades Autónomas que han legislado sobre parejas de hecho, es que coinciden casi por completo quienes no pueden casarse con quienes no pueden legalmente formar pareja de hecho con efectos jurídicos: dicho a la inversa, quienes no pueden casarse son, precisamente, quienes no pueden constituir legalmente pareja de hecho.

Parece, entonces, razonable entender que quienes quieran obtener un determinado estatuto jurídico para su unión, lo hagan mediante el recurso al instrumento previsto a tal fin por el Derecho con carácter general, que es el matrimonio; y que quienes no quieran casarse, carezcan (por elección propia) de ese estatuto, al que ellos mismos no quieren someterse al no casarse, pero carezca también de cualquier otro semejante. La promulgación de las leyes 13/2005 y 15/2005 priva así de sentido, en términos generales, a las leyes autonómicas sobre parejas de hecho, aunque no les afecte formalmente; o, simplemente, pone de relieve de forma más evidente que estamos ante una suerte de matrimonio de segunda clase (lo que cuestionaría más claramente aún la competencia de las Comunidades Autónomas para legislar sobre la materia).

Este planteamiento ya ha sido parcialmente asumido por la STS. de 12 de septiembre de 2005, discutible en otros extremos, cuando afirma que «hoy por hoy, con la existencia del matrimonio homosexual y del divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias». Esta afirmación tiene, al decir del TS., algunas consecuencias técnicas: «por ello, debe huirse de la aplicación por *analogía legis* de las normas propias del matrimonio como son los artículos 97, 96 y 98 Cc., ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad. Apenas cabe imaginar nada más paradójico que imponer una compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación para el caso de ruptura del matrimonio por separación o divorcio».

VI. A MODO DE CONCLUSIONES: PARA UNA REVITALIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA

Como ha podido apreciarse, la situación en Derecho español en relación con las nuevas formas de familia es la de que prácticamente todas, en sus rasgos fundamentales, pueden cobijarse bajo el amplio amparo que les ofrece un matrimonio civil que ha quedado convertido en poco más que una etiqueta. El coste es en mi opinión excesivo. Por otro lado, esta regulación exige replantearse el tratamiento jurídico (legal y jurisprudencial) que reciben las uniones de hecho.

¿Qué es lo que cabe hacer? ¿Cómo puede afrontarse esta cuestión? Creo que la respuesta pasa por recobrar la perspectiva, y proceder a un replanteamiento global del Derecho de Familia.

El punto de partida podría ser la idea de la diversidad: cuando estamos hablando de modelos de familia estamos hablando de modelos diferentes entre sí, tanto desde el punto de vista estructural, como desde el punto de vista funcional (de su eficacia para desarrollar las funciones estratégicas que tiene asignada la familia); modelos, por tanto no intercambiables, ni social ni jurídicamente. La diversidad estructural y funcional habría de traducirse en diversidad jurídica, determinando en primer lugar qué modelos precisan de una específica regulación (puede que no todos: solo aquéllos que tengan una mínima funcionalidad social), y diseñando después un cauce propio para cada uno de tales modelos, que se adecue a sus rasgos característicos y sea proporcionado con su funcionalidad social. Y, sobre todo, conviene recuperar decididamente el modelo matrimonial: si buena parte del problema es la falta de vigor teleológico del matrimonio legal, de desdibujamiento de los fines de la institución matrimonial, de lo que se trataría es de buscar las vías que permitan recuperar, ese vigor teleológico y, a partir de él, el sentido y contenido jurídicos del matrimonio.

En este sentido, cabe hacer algunas propuestas:

1. En primer lugar, reservar el término matrimonio para las uniones entre personas de distinto sexo (ese es el sentido propio de la palabra: art. 3.1 Cc.), de manera que las uniones homosexuales, en caso de entenderse que precisaban de una específica regulación jurídica (cosa que debería ser objeto de consideración y debate específicos), tuvieran un cauce institucional propio, diferente del matrimonio, y adaptado a sus características estructurales y funcionales. Es lo que han hecho, como hemos visto, Alemania (*Lebenspartnerschaftsgesetz*) o Inglaterra (*Civil Partnership Act*). Así se evitaría la homogeneización legal de dos realidades diferentes, pero también que, por lo menos a determinados efectos jurídicos (de régimen positivo), hubiera que

distinguir entre los matrimonios contraídos por personas del mismo sexo, y los contraídos por personas de diferente sexo, como ocurre ahora (y pienso, destacadamente, en la presunción de paternidad del marido, no aplicable legalmente a los matrimonios civiles homosexuales: nuevamente los hijos aparecen como claves en el tratamiento jurídico).

2. Reservado el matrimonio para las uniones heterosexuales, sería también razonable no solo permitir, sino también potenciar la opción voluntaria por un tipo de matrimonio caracterizado jurídicamente por una mayor estabilidad, al ejemplo de lo que se ha hecho en los Estados Unidos, país en el que varios Estados han introducido el llamado «matrimonio-alianza» (*covenant marriage*), caracterizado por el compromiso que asumen los cónyuges de esforzarse por resolver sus posibles diferencias o crisis sin recurrir al divorcio, y paralelamente por una fuerte limitación de las causas legales de divorcio, como una posibilidad que se ofrece a la libre elección de los cónyuges; esta decisión de política legislativa se acerca en su planteamiento teórico a las diversas propuestas de matrimonio opcional (disoluble o indisoluble), que se han producido en nuestra cultura jurídica en los últimos decenios.

Habría, entonces, un matrimonio «débil», siempre heterosexual, y caracterizado por la fácil accesibilidad al divorcio, junto a un matrimonio «fuerte», caracterizado por la limitada disolubilidad, o incluso la indisolubilidad, entre los cuales podrían elegir libremente los cónyuges, sin que a nadie se le imponga ningún modelo⁴⁸.

3. La existencia tanto de un cauce específico para las uniones homosexuales, como del modelo matrimonial «débil», cercano en sus planteamientos a las características de la unión de hecho, conduciría a no establecer una regulación específica para este fenómeno. En efecto, ¿qué sentido tiene establecer otro estatuto, semejante pero no idéntico al matrimonial, para quienes no han querido casarse, pudiendo hacerlo? Parece más razonable entender que quienes quieran obtener un determinado estatuto jurídico para su unión, lo hagan mediante el recurso al instrumento previsto a tal fin por el Derecho con carácter general, que es el matrimonio civil; y que quienes no quieran casarse, carezcan (por elección propia) de ese estatuto, al que ellos mismos no quieren someterse al no casarse, o de cualquier otro semejante.

48 La presencia de varios modelos matrimoniales podría enlazar, por otro lado, con la consideración del matrimonio contraído canónicamente como civilmente indisoluble: ello sería respetuoso con la libertad religiosa de los contrayentes, y con esa apuesta por la diversidad que se está haciendo. La posibilidad de este matrimonio opcionalmente indisoluble es conocida ya desde hace decenios: puede verse L. Mazeaud, *Solution au probleme du divorce*, apud A. Fuenmayor *Legalidad, moralidad y cambio social*, EUNSA, Pamplona, 1981, pp. 128 y ss. Recientemente, vuelve sobre el tema el mismo A. Fuenmayor, *Revisar el divorcio*, Cuadernos del Instituto Martín de Azpilcueta, Pamplona, 2000.

En todos estos casos, se trata de sustituir un cauce único, caracterizado por una llamativa falta de contenido propio más allá de la forma matrimonial, por varios cauces distintos, con contenidos diferentes, que se adapten a la diferente funcionalidad de cada uno de los modelos de familia, y a sus características propias, y que a la vez permitan que cada ciudadano pueda encontrar el que más se adecue a sus preferencias, y simultáneamente respete su libertad de elección.

En cuanto a los efectos vinculados a cada uno de estos cauces institucionales, lo razonable sería hacerlos depender de su mayor o menor funcionalidad social, pero también de sus características y peculiaridades. En este sentido, parece que debe haber una relación entre la solidez funcional, social y jurídica de la figura de que se trate, y los efectos legales que se hacen derivar de ella. Solo un modelo familiar jurídica y sociológicamente fuerte es apto para soportar un denso conjunto de efectos, que van desde el nacimiento de un régimen económico peculiar (que impone sus reglas también a los terceros que se relacionan patrimonialmente con él, lo que le da una proyección pública más que notable), hasta la nacionalidad o los permisos de residencia, pasando por los derechos sucesorios del supérstite, o por la pensión de viudedad. En cambio, para modelos más débiles o inestables muchos de tales efectos pueden llegar a ser desproporcionados.

De este modo se conseguiría hacer compatible la atención a la diferente funcionalidad social y consistencia jurídica de cada uno de los modelos, con la libertad de los ciudadanos para elegir el cauce que tengan por conveniente. La diversidad jurídica sería una traducción de la diversidad social, y en cuanto tal, digna de elogio.

Carlos Martínez de Aguirre

Catedrático de Derecho civil

Universidad de Zaragoza