

# UN NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS RELACIONES PERSONALES



Acto Inaugural del curso 2005-2006: D. Javier Oleaga Secretario de la Academia Vasca de Derecho, D. José Manuel López Pardiñas Decano del Ilustre Colegio Notarial.

## UNA ANTINOMIA LEGISLATIVA

“La unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni hay un derecho constitucional en relación con su establecimiento, bien al contrario del matrimonio entre hombre y mujer, que, como se ha señalado, constituye un derecho constitucional”.

Siete años más tarde:

“Ciertamente, la Constitución, al encomendar al legislador la configuración normativa del matrimonio, no excluye en forma alguna una regulación que delimite las relaciones de pareja de una forma diferente a la que haya existido hasta el momento, regulación que dé cabida a las nuevas formas de relación afectiva”.

La antinomia entre uno y otro texto es más que evidente. Y sin embargo, entre uno y otra, apenas han transcurrido siete años: el primero corresponde a la Exposición de Motivos de la Ley 10/1.998 de 15 de Julio de la Generalidad de Cataluña, por la que se regulan las “uniones estables de pareja”; la segunda corresponde también a una Exposición de Motivos: la de la Ley 13/2.005 de 1 de Julio, que modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

Y ninguno de ambos, creo, son sospechosos de responder a, digamos, una concepción conservadora de la institución matrimonial.

Sin embargo el salto conceptual entre uno y otro texto, y entre la concepción del matrimonio que ambos traslucen, es de esencia: para el primero el matrimonio es una relación constitucionalmente reservada a la relación heterosexual, hombre-mujer, para el segundo, no se concibe la reserva constitucional en tales términos: lo reservado por la Constitución al Estado central es el derecho a establecer el régimen jurídico del matrimonio, pero no que éste haya de ser una relación heterosexual.

Bien, ¿qué es lo que ha cambiado?, o si se prefiere ¿qué cree el legislador que ha cambiado?

Parece evidente que el concepto del matrimonio ¿pero sólo eso?

Como en una novela de misterio, hemos visto un punto de partida, y uno de llegada. Vamos ahora a intentar exponer el camino de uno a otro.

## **EL MATRIMONIO**

El matrimonio, se conciba de una manera u otra, es cuando menos dos cosas: una relación personal, humana, social, y una relación jurídica.

Y además, para muchos, un sacramento.

No, no trato, de desnaturalizar el planteamiento de la cuestión introduciendo una nota confesional, religiosa, que la adultere –verbo especialmente adecuado al tema–.

Se trata simplemente de no ser ciegos a una realidad social, como no se debe ser ciego a la realidad social opuesta.

Bien, en nuestro campo, el estrictamente jurídico: ¿ qué es el matrimonio?, ¿en qué categoría jurídica hemos de encajarlo?.

Desde luego el matrimonio, para un jurista es un contrato. Un acuerdo de voluntades.

Y no sólo para el Derecho Civil; de Pedro Lombardía, mi maestro de Derecho Canónico, aprendí la frase esencial: “Matrimonium facit consensus”; “El matrimonio lo hace el consentimiento”.

Pero ocurre que tal relación jurídica, tal contrato, ve determinado su contenido, su régimen, por el “prius” que es la relación personal, social, que regula.

Y en ello no es diferente de otras, no me atrevo decir todas, figuras jurídicas: la compraventa, el arrendamiento, la sucesión... todas han cambiado al cambiar la realidad sobre la que recaían.

Ahora bien: una institución, una relación, ¿es lo que es, o lo que la Ley dice que es?

Dicho de otra manera: ¿la voluntad del legislador no conoce límites a la hora de regular la relación?, o sí los tiene, y caso de que los tenga ¿quién los determina y cuáles son?

Trato de plantear la cuestión a ras de suelo, es decir, no pretendo ahora llevar la cuestión al terreno del enfrentamiento “iusnaturalismo” versus “positivismo”.

Y no lo pretendo por que pienso que sería estéril, y esta conferencia concluiría mucho antes de lo que mis compañeros de Academia esperan.

Bastaría con decir, para el “ius naturalista” que el matrimonio es una institución de Derecho Natural, que el legislador humano debe limitarse a reconocer, y para el positivista que el matrimonio será lo que en cada momento diga el legislador.

No, no es eso.

Lo que pretendo plantear es qué ha cambiado y si lo que ha cambiado justifica el salto entre el texto de 1.998 y el del 2.005.

Por cierto, ¿a qué venía la referencia al Sacramento?; ya lo veremos luego, como en una novela de misterio, un poco de paciencia, que la pista tendrá luego su sentido.

## **EL MATRIMONIO; LA FAMILIA; LA FILIACIÓN**

Para la concepción canónica del matrimonio: evidentemente imperante en la sociedad, al menos la española, hasta fecha bien reciente, sea por convicción sea por coacción, el

matrimonio persigue en esencia dos fines: uno egoísta, personal, propio de los cónyuges: el remedio de la concupiscencia –no se me hagan los jóvenes, que a todos, o casi todos, les suena–, y otro, altruista: el hijo educado (con lo que me costó acertar esto en la clase de Derecho Natural, obviamente no lo tengo para olvidar). Y esto último hasta tal punto de que, en Derecho Canónico, la exclusión del “bonum prolis”, de la intención de tener hijos, es causa de nulidad, que es decir, de inexistencia, del matrimonio.

Es más que evidente que el primero de los fines puede conseguirse al margen del matrimonio.

Pero no tengo tan claro que ocurra lo mismo con el segundo. Bueno, es obvio que también se pueden tener hijos fuera del matrimonio –y no es de ahora–, y se les puede educar, y bien educados –recuerden lo eficaz que fue D. Juan de Austria–.

Pero es que no es eso.

No es que no quepa hacerlo de otra manera: cabe. La cosa es si puede hacerse igual.

Y probablemente convendremos en que no.

No es lo mismo tener y educar hijos en el seno de una familia que al margen de ella.

Nadie, o no al menos yo, va a negar que puedan obtenerse mejores resultados en un internado suizo o inglés; pero tampoco parece razonable negar que aunque pueda ser mejor, es distinto, es ...otra cosa.

Parece que me he perdido ¿verdad?... pues no; quiero creer que no.

Desde este planteamiento probablemente pensarán sino todos, la mayoría de Vds. que mi razonamiento va ser rigurosamente escolástico: Sólo es matrimonio la unión de uno con una, para tener hijos y educarlos, y por tanto para siempre.

Pues no, miren Vds. por donde. No va por ahí la cosa. Y otra vez pierdo la oportunidad de dejar de aburrirles a Vds., dando por concluida la conferencia, si así, cosa dudosa, puede llamarse.

El cambio del régimen jurídico del matrimonio tiene detrás suyo, creo, no tanto o no sólo un cambio en la realidad social de la relación en pareja, como el cambio de la realidad social de la familia; más aún de la filiación.

¿Ven? En unos párrafos he pasado de campeón ius-naturalista a hereje confeso.

Si hay una realidad, una necesidad no ya social, sino animal, irrenunciable, es la perpetuación y mejora de la especie.

Y si algo explicó en su momento –desde la concepción evangélica de Adán y Eva– el matrimonio, fue el establecimiento del marco familiar, como mejor procedimiento de garantizar la continuidad de la especie.

Todo esto, lo sé, suena duro, rudimentario; lejano del preciosismo jurídico que quizás se hubiera podido esperar de mí.

Pero creo sinceramente que es así.

Y que la demanda no ya social, sino natural, no lo es sólo de una redefinición del matrimonio, sino más allá, de la filiación y de la familia... definitivamente “anathema sit”...

Y ahí residen, creo, no ya el límite, sino la finalidad primordial del régimen jurídico del matrimonio: proporcionar un marco legal estable que permita no ya las relaciones entre los cónyuges, sino un ámbito familiar que ampare el desarrollo de los hijos –y digo hijos y no prole–.

## **HISTORIA DE UNA EVOLUCIÓN SOCIAL**

Desde que un Alcalde declarara la Guerra de la Independencia contra los franceses, hasta que unas elecciones

municipales depararan un cambio de régimen, la vida municipal ha tenido, en este país, una fuerza precursora más que notable.

Y eso ha sucedido también en la materia que hoy nos ocupa.

Todo empezó en los Ayuntamientos: no sé decirles en cuál.

Pero fue la Administración Municipal la primera en atreverse a abordar la figura de las relaciones de pareja al margen del matrimonio: surgieron los primeros “Registros Municipales de Parejas de Hecho”.

Aún hoy su amparo legal me parece más que dudosa. Pero hoy, precisamente, constituyen un ejemplo de cómo una pequeña brecha pueda terminar en inundación.

Y como era razonable esperar, comenzaron con humildad y prudencia, con un ámbito reducido: facilitar a los empadronados en el municipio que no querían casarse, un marco legal alternativo, que permitiera a los que se acogían a él disfrutar de ciertos beneficios y ayudas más o menos sociales.

Marco por cierto no exento de contradicción en los términos: un “matrimonio” capitis disminuido para los que no querían casarse.

El siguiente paso lo van a dar las Autonomías: ya en 1.998 Cataluña; en el año 2000 “la católica” Navarra; en 2001 sucesivamente Valencia, y curiosamente el mismo día las Baleares y Madrid –Gallardón otra vez-; en 2002 Asturias; en 2.003 Andalucía, Canarias, Extremadura, y Euskadi, y en 2.005, Cantabria.

Once Comunidades, salvo error de cuenta.

La Exposición de Motivos de la primera de éstas normas, la catalana, que citaba en los primeros párrafos de estos folios, constituye, creo, un buen guión a seguir.

En efecto la exposición de motivos deja clara la reserva a favor del Estado central de la regulación del matrimonio; deja claro que no pretende regular el matrimonio, sino “otras formas de unión en convivencia de carácter estable, unas formadas por parejas heterosexuales... y aquellas otras integradas por personas del mismo sexo”. Y más adelante recuerda “La pareja heterosexual que vive maritalmente, sino se casa, es por voluntad propia. La pareja homosexual no se puede –no se podía– casar aunque lo deseara. La primera es capaz de engendrar descendencia biológica, la segunda no. Y aún dentro de las parejas heterosexuales que conviven “more uxorio”, es posible distinguir aquellas que rehúsan toda clase formalismos y las que, por razones de seguridad jurídica, son objeto de una mayor exigencia a la hora de hacer valer derechos”.

“En coherencia con las premisas expuestas –continúa-, la presente Ley se articula en dos capítulos: el primero dedicado a las uniones estables heterosexuales, y el segundo, a las uniones estables homosexuales”.

El catálogo quedaba bien marcado: matrimonio de un lado, parejas estables de otro, aquél necesariamente heterosexual, ésta válida para parejas hetero y homo sexuales.

Como es obvio ahora existen los dos grados en ambos casos: tanto las parejas heterosexuales como las homosexuales pueden ser parejas estables de hecho, o matrimonio. Dos formas reguladas por la Ley catalana, y otras dos, por el Código Civil.

Y eso me lleva a plantear dos reivindicaciones: una en cada extremo del arco.

Me explico.

Al analizar este nuevo marco jurídico siempre se piensa en el agravio para la concepción tradicional del matrimonio y la familia.



Y evidentemente tal agravio existe; del matrimonio como unión para siempre entre uno con una para tener y educar hijos, hemos pasado a la unión de uno o una, con otro u otra, indistintamente, y puede que para educar hijos, pero desde luego, en uno de los supuestos, no para tenerlos.

Y permitan un rasgo si quieren cómico, pero bien intencionado; al hablar de esto me acuerdo siempre de un personaje de la película “La Vida de Brian” –no confundir con “La Hija de Ryan”–, que reivindicaba desde su condición homosexual, del derecho como hombre a parir (por cierto, si vuelven a ver la película fíjense en que como precursoramente el “líder” del partido en cuestión se refiere a “compañeros y compañeras”). Fin del recreo.

Decía que el agravio existe para la concepción clásica. El agravio comenzó, tiempo á, con el divorcio, llega a ahora como el matrimonio homosexual, y se anuncia ya, no sabemos si como “estacio termini” algo más allá que la adopción, por las parejas y matrimonios homosexuales.

Y en este extremo cabría reivindicar el derecho a mantener la propia concepción del matrimonio.

Me refiero a que si el legislador, loablemente, quiere respetar las realidades sociales, por que no respetar la realidad de quienes consideran al matrimonio como un sacramento –¿ven?: llegó la pista–, y por tanto indisoluble. ¿Un exceso?. Si el matrimonio, decíamos, es en Derecho un contrato, en que contrato puede una parte desligarse sin más ni más de la otra. Al fin y a la postre, puestos a configurar un abanico de regímenes, a gusto del consumidor, por que no ofrecer uno que sea, para entendernos el de toda la vida.

Estoy hablando, en definitiva, de que una de las opciones legislativas, en materia de matrimonio, sea lo que en tiempos fue la norma: el matrimonio religioso, religioso que no canónico. Y en ello enlazamos con otro derecho constitucional esencial: el de

libertad religiosa. Por qué no reconocer al ciudadano a contraer matrimonio con arreglo a lo que prescribe su religión.

La pregunta en efecto, es si el movimiento pendular legislativo no ha llevado precisamente a excluir del abanico de opciones éste: la del matrimonio religioso –insisto, no sólo el católico– Por que resultará contrario a la concepción católica el matrimonio homosexual, pero por lo que sé, no menos a la judaica o la mahometana, y no digamos ciertas confesiones cristianas.

Pero es que en el otro extremo también cabe agravio.

¿Dónde ha quedado la reivindicación del amor libre? ¿la concepción totalitaria de que la educación de los niños compete e interesa al Estado más que a los padres?

Me refiero es que al paso que vamos, un hombre o una mujer no va a poder estar seguro de mantener una relación –sea hetero u homosexual– que no lo comporte consecuencias jurídicas.

No es ya, en un extremo, que uno no pueda casarse en la seguridad de que se matrimonio no sea disoluble unilateralmente- sino que ese uno o una, no pueda mantener una relación, más allá de una noche, a lo mejor, ni de una noche, sin el “temor” a quedar ligado sino por el matrimonio, por algo cada vez más parecido.

## **NOTAS COMUNES PARA UNA FIGURA JURÍDICA**

Hemos visto como la Ley catalana traza un cuadro, un esquema de relaciones: de una lado el matrimonio, de otro la pareja estable. Aquella antes reservada para las parejas heterosexuales, y hoy predicable también para las homosexuales, y la segunda, regulada para unos y otros.

Tras la reforma del Código Civil, el esquema se completa, y tenemos dos instituciones, matrimonio y pareja estable, admisibles ambas para parejas tanto hetero como hosexuales.

Lo cual no obliga a plantearnos razonablemente qué diferencias hay entre una y otra: antes estaba claro, el matrimonio sólo estaba reservado a la unión heterosexual, pero hoy ya no es así.

Bien.

Ya no puede definirse el matrimonio en el Código Civil como la unión de uno con una para tener hijos, y para siempre; obvio que no; primero se cayó lo de para siempre; luego, la realidad sociológica hizo que se cayera lo de tener hijos, y finalmente, a medias la realidad sociológica y el legislador han suprimido lo de uno con una.

Imaginemos ahora que un cliente nos pregunta qué diferencias hay entre casarse o formalizar una pareja estable o de hecho.

Una primera cosa llama la atención, la menos a mí; la dicotomía competencial: las uniones estables o de hecho las regulan las Comunidades Autónomas, y el matrimonio la Administración Central, vía Código Civil.

Pero el cauce nomogenético, de producción de la norma, no parece bastante para definir una institución.

Lo razonable, parece, no es atender a quién dicta la norma, sino a los rasgos de la institución que regula.

Comencemos por las parejas estables o de hecho.

No es fácil lógicamente realizar un estudio pormenorizado de todas y cada una de las normas autonómicas, bien es cierto que el legislador no parece haber mostrado el menor pudor a plagiar al vecino: como ejemplo pueden Vds. Comparar las normas de la Comunidad Valenciana y la de Madrid; el “cortar y pegar” ha demostrado ser un ámbito crecientemente generalizado, hasta tal punto que un día de éstos habría que pensar en crear algo así como

una Ley Orgánica de Condiciones Generales de la Legislación.

Bien, a grandes rasgos podemos encontrar dos modelos legislativos en la normativa autonómica:

De una lado las Leyes que hablan de pareja estable, y de otro las que hablan de pareja de hecho.

Y, desde otro punto de vista, las Leyes que confieren carácter constitutivo a la inscripción administrativa, y las que por el contrario, lo otorgan una mera eficacia de publicidad.

a). Leyes que siguen el modelo de “pareja estable”.

La Ley catalana constituye la primera y es claro ejemplo del modelo. Dividida en dos capítulos ambos llevan por rúbrica la de “Unión estable” el primero la heterosexual, la segunda la homosexual.

Las notas que definen la unión estable son en esencia:

La convivencia “more uxorio”

La estabilidad: por período mínimo de dos años.

El requisito de estabilidad puede suplirse bien:

- Por la declaración de voluntad en escritura pública –no simplemente documento público-.

- Por la existencia de descendencia común.

La misma línea sigue la Ley Navarra, si bien por una parte se limita a exigir documento, no escritura, pública, e introduce ya la nota de “relación de afectividad” que curiosamente no cita la norma catalana. El plazo se reduce de dos a un año.

En tercer lugar, la norma de Baleares: desaparece ya el plazo, y se acentúa la protección de la relación de afectividad “análoga a la conyugal”.

b). Leyes que siguen el modelo de pareja de hecho.

Tras las tres citadas encontramos, cronológicamente la norma de la Comunidad Valenciana.

La Exposición de Motivos de la Ley alude a que “la convivencia, estable y duradera, debe considerarse una realidad a la que los poderes públicos con capacidad normativa deben dar una respuesta convincente” (... no sé por cierto si el ser convincente es la mayor virtud que deban tener estas normas...), y en esta línea el artículo 1º señala como requisito la existencia de una relación afectiva, y “more uxorio”, por período de un año.

Hasta ahí sigue la línea de las normas autonómicas anteriores. La novedad reside en el reforzamiento del intervencionismo administrativo: se introduce el carácter constitutivo de la inscripción.

En mi opinión es un fuerte contrasentido: la pareja estable de hecho, sólo existe cuando existe una sanción administrativa.

Las ventajas de seguridad jurídica son innegables; los inconvenientes prácticos, creo, también, y por cierto, esa seguridad jurídica fue invocada por los Padres Tridentinos para solemnizar la forma del matrimonio canónico. Tampoco entiendo muy bien, probablemente por desconocimiento práctico procesal administrativo cuál es el sentido de que la inscripción se practique mediante “expediente contradictorio”... ¿Quiénes se suponen que entran en contradicción?. ¿y la exigencia de testigos?... ¿no basta, permítanme la frase, con que se quieran...?

En cuanto a Madrid, se limita como anticipamos a copiar la norma de Valencia.

c) La vuelta a un modelo menos intervencionista: Más liberal es la norma del Principado de Asturias.

En efecto, su artículo 3 al definir la pareja estable, repite la nota de relación afectiva y convivencia “more uxorio”, pero permite que nazca tanto por el hecho de la convivencia por un año, como por la existencia de descendencia común, por declaración en documento público, o por inscripción en el registro administrativo.

Y pasamos así a la Ley de la Comunidad Autónoma de Andalucía, ya en el año 2.002.

Varias cosas merecen destacarse: además de mantener el criterio de la relación afectiva “more uxorio” aquí lo esencial pasa a ser la voluntad de los interesados: “La declaración de voluntad de constituir una pareja de hecho”, declaración que puede efectuarse en el Registro, en escritura, incluso acreditarse por cualquier otro medio de prueba, y finalmente, sobre todo, la novedad consiste en reclamar el posible carácter público –salvo que los afectados quieran darle carácter reservado- y la posibilidad de celebrar la ceremonia ante el Alcalde o un Concejal.

La norma de Canarias sigue la línea de las anteriores, y mantiene el registro administrativo, si bien, a mi juicio con mejor criterio, le da a su inscripción un carácter meramente declarativo.

Esa línea “aperturista” la rompe paradójicamente hasta cierto punto Extremadura, que vuelve al carácter constitutivo de la inscripción.

Canarias ya en el 2.005 opta por un registro meramente voluntario.

Y he dejado para el final el caso de Euskadi.

Por una razón.

La norma de esta Comunidad establece también el carácter constitutivo de la inscripción en el Registro Administrativo.

Pero explica el requisito con un alcance y significado que lo dota de sentido quizás diferente al intervencionista.

Reclamaba yo antes el mantenimiento de un “status libertatis”; un ámbito de libertad, en el cual pueda haber una pareja, hetero u homosexual, que quieran convivir “fuera de la Ley”, sin efectos legales. Y ese es el alcance que se pretende dar al requisito de la inscripción, como explica el artículo 3 1º “in fine” “La inscripción de la pareja... tendrá carácter constitutivo, de modo que a las no inscritas no les será aplicable la presente Ley”.

Resumiendo.

Como notas prácticamente comunes pueden extraerse el que los textos legislativos pretenden dar cobertura a una realidad social constituida por la existencia de parejas, no casadas, pero que conviven de una forma estable y “more uxorio”.

Si esto fuera así sin más, tendríamos una nota fácil de identificación frente al matrimonio: el de la convivencia, pero como hemos visto ese requisito puede suplirse de forma generalizada, mediante una manifestación de voluntad, formalizada o solemnizada de una u otra manera.

No obstante sí creo que puede apuntarse una cierta diferencia: en algunos casos, no en todos, la relación de pareja de hecho o estable puede nacer por la convivencia durante cierto tiempo, puede por así decirlo, usucapirse, mientras que eso en el matrimonio no cabe. Aunque ello no es así en todos los casos: no lo es cuando la inscripción en el Registro Administrativo es constitutiva.

## **REQUISITOS SUBJETIVOS**

Con carácter previo a la “formalización del negocio” hubiéramos debido aludir a los requisitos subjetivos de capacidad.

Hasta la introducción del matrimonio civil, quedaba claro,

como decía la Exposición de Motivos de la Ley catalana, que las Leyes de Parejas de Hecho ofrecía cobertura a las parejas homosexuales.

Pero ahora ya no existe esa línea diferencial.

No es ya la diferencia de sexo de los sujetos lo que diferencia matrimonio de pareja estable o de hecho.

Curiosamente, en cambio, en relación a las parejas estables o de hecho, parece requisito esencial la existencia de una relación afectiva, cuando no estrictamente sexual.

Y ninguna norma dice lo propio en el matrimonio.

El artículo 67 del Código Civil dice que los cónyuges deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familiar; pero no dice que tengan que quererse, ni menos, que hayan de mantener una relación sexualmente activa.

Qué quieren que les diga. Me llama la atención los resultados a que puede llevar la evolución legislativa.

A lo mejor, cuando unos amigos, o amigas que no tienen una relación afectiva ni menos sexual, quieran obtener ciertos beneficios legales, los propios de la unión marital, tengamos que aconsejarles que se casen.

Y digo amigos o amigas, por que unos hermanos tendrían impedimento de vínculo.

Curioso, también me llama la atención.

Tradicionalmente se vetó el matrimonio entre familiares próximos por un trasfondo genético, de peligro para la prole de ser engendrada con defectos; pero si el tener hijos ha dejado de ser nota diferenciadora del matrimonio, y de las parejas estables, ¿sigue teniendo sentido esta exclusión?.



Lo digo por que la nueva legislación muestra una preocupación primordial por tutelar la afectividad y la sexualidad.

Quizás ocurre que las barreras no caen todas a la vez, sino una tras otra. Y no descartemos una manifestación de “hermanos/primos arrejuntados” reclamando su derecho.

## **CONTENIDO:**

Bueno, en eso quizás lleve ventaja el sistema de pareja estable o de hecho.

Prácticamente todas las normas reconocen a esta parejas un grado de autonomía de voluntad mayor que al matrimonio.

Me refiero cuando menos a dos cosas: la casi ausencia expresa a la inviabilidad de pactos depresivos de la igualdad, quizás por que se sobreentiende; pero respecto del matrimonio se dice expresamente.

Y a un tema de especial interés para los juristas prácticos: el del régimen económico.

En el matrimonio la cuestión es relativamente sencilla, por que todos los Derechos Civiles, el Código y las Compilaciones prevén un régimen supletorio.

En al ámbito de las Parejas Estables o de Hechos, se les reconoce un amplio margen de pacto, en el cual se incluye, no tengo dudas, la remisión en blanco a un régimen económico matrimonial determinado.

La cuestión es qué ocurre sino hay pacto.

Una solución tentadora es acudir a la aplicación, por analogía de las normas de régimen económico matrimonial supletorio: en cada Comunidad el que fuera de aplicación al matrimonio en defecto de pacto.

Esta solución ha sido, empero, rechazada por los Tribunales hasta ahora: y lo ha sido sobre la base de un razonamiento jurídico formalmente correcto:

Si la pareja es heterosexual, podía haberse casado, y al no hacerlo, excluyó voluntariamente el régimen del matrimonio.

Si la pareja era homosexual, respecto de ella, no cabía legalmente matrimonio, ni por tanto, podía acogerse a su régimen.

Evidentemente la modificación del régimen del matrimonio en el Código Civil, puede llevar a replantear esos criterios. Pero a lo mejor para reforzarlos; pues el razonamiento, repito, desde el punto de vista formal, sigue siendo correcto en el primer caso: si Vd. que puede casarse, no se casa, no pretenda que se le aplique la normativa que Vd. mismo rechaza, e incluso ahora podría esgrimirse el mismo argumento frente a la pareja homosexual, que antes podía alegar que no se casaba no por que no quería, sino por que no podía.

Llama la atención el sistema establecido en Euskadi, donde se ha venido en la práctica a permitir la remisión genérica bien al régimen de gananciales, bien al de separación de bienes.

Pero en lo que aquí nos ocupa, si parece haber una diferencia entre matrimonio y pareja: la falta en éstas de una completa previsión supletoria.

En al ámbito sucesorio ha venido existiendo una clara línea divisoria: aquellas Comunidades que tenían un Derecho Civil propio han recurrido a conferir o simplemente remitir a los derechos sucesorios matrimoniales.

Por el contrario, las Comunidades en que la sucesión se regía por el Código Civil, adolecen de una notable carencia normativa.

En efecto, las Comunidades Autónomas no podían modificar el Código Civil.

Pero tampoco se remitieron a él.  
Ello es especialmente importante en la sucesión intestada.

La Ley 13/2.005 al modificar el Código Civil, no ha tenido necesidad, prácticamente, de tocar las normas de Derecho Sucesorio, que ya aludían genéricamente al “cónyuge” –salvo, claro está, por razones obvias, en las medidas cautelares cuando la viuda quedare en cinta–.

Es posible que legislador autonómico no se atreviera a remitir al régimen sucesorio del Código Civil en materia de derechos sucesorios del cónyuge, por que la diferencia matrimonio/unión estable; en especial cuando la unión estable era homosexual. Pero esas razones se han reducido, sino desaparecido. Y por otra parte los legisladores forales no vieron ningún obstáculo en hacer la remisión. ¿pensaron quizás que la remisión implicaba intromisión en materias reservadas al Estado?.

En fin comentarios aparte, parece claro, que hoy, en muchas comunidades, los derechos sucesorios siguen marcando una diferencia entre casarse o constituir una pareja.

## **EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN**

Por premura, no voy ahora a hacer un análisis pormenorizado de unos y otros supuestos de extinción.

Pero sí me voy a detener en uno.

Todas las Leyes de Parejas Estables y de Hecho enumeran como un supuesto de extinción la voluntad unilateral de cualquiera de los miembros de la pareja, notificada, con más o menos rigor, al otro.

Esa resolución unilateral no cabe, hoy por hoy, sin más, en el matrimonio.

Si a ello unimos la falta de un régimen económico supletorio, tendremos que preguntarnos sino se está dejando en una situación desasistida a estas parejas.

Es decir, sino se está dando carta de naturaleza al “ahí te quedas...”.

Las distintas Leyes contiene previsiones para evitar esa situación: compensaciones económicas y pensiones, bien es cierto, que con carácter general, para los casos de cese de convivencia.

De todas maneras, no está demás que la propia pareja establezca previsiones al respecto.

Es curioso, pero en este tipo de pareja, pretendidamente alejada del Derecho, es donde más patente puede resultar la necesidad de la intervención del Abogado o el Notario, en definitivo, del asesoramiento legal, hasta tal punto de que por ejemplo, consciente de ello, la normativa de Euskadi recoge la posibilidad de solicitar ese asesoramiento de la propia Administración.

## **POR VÍA DE CONCLUSIÓN: EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO, Y EL CAMINO HACIA UN NUEVO ESTADO CIVIL**

Y así burla burlando, hemos llegado a alguna conclusión.

Que no es una mera “cuestio nominis”: hay claras diferencias entre ser pareja de hecho y ser matrimonio: cuando menos, hemos visto, en régimen de Código Civil, en materia económico matrimonial y en materia sucesoria.

Tenemos así una diferente “denominación de origen” y un diferente contenido, más o menos acusado según nos movamos en el ámbito del Código Civil o de los Derechos Forales.

Y ahora, al final de esta conferencia –no sé si el Secretario de la Academia, Javier Oleaga habrá a estas alturas recalificado ese contenido de interesante a otro adjetivo menos caluroso– llegamos al comienzo de su título: un nuevo derecho de esta civil.

De todo lo dicho podemos extraer conclusiones, unas de diferencia y otras de proximidad entre ambas figuras: el matrimonio y la pareja estable o de hecho.

Así, vemos como el bien jurídico protegido pasa de ser la familiar, entendida como núcleo orientado a la procreación y educación de los hijos, a una “familia” entendida como pareja vinculada por una relación sexual y afectiva.

Más que tutelarse la procreación y educación se tutela la sexualidad, y en eso, tras la reforma, concuerdan ambas figuras. Y al tiempo, es cierto, ambas pueden servir también, pero también, no en origen, para amparar un núcleo familiar que va más allá de la pareja, sea por la procreación o por la adopción.

El núcleo de derechos y obligaciones, constante la relación son próximos en el matrimonio y en la pareja.

No lo son en cambio en la forma de extinción, por que en las parejas cabe el mutuo disenso, sin más que la “notificación” parece que no recepticia, mientras que por mucho que se halla aligerado el trámite del divorcio, hasta llamarlo “divorcio express”, parece que no cabe el hasta aquí hemos llegado... y ahora que te vaya bonito.

Y tampoco concuerdan los efectos de la extinción, especialmente, y hasta cierto punto me resulta curioso, cuando la pareja se ha mantenido hasta el final, y se extingue por el fallecimiento.

Anotado todo esto, la pregunta final, la menos para mí, y explico la rúbrica de la charla, es si estamos en presencia de un nuevo estado civil, el de pareja de hecho.

Ello respondo obviamente en buena medida a la deformación profesional de Notario: cuando tengo que hacer una escritura en la que una de las partes está constituida como pareja de hecho ¿qué digo en cuanto a su estado civil?... casados, parece claro, no son; ¿siguen siendo solteros?, o estamos ante un nuevo estado civil, el de pareja de hecho.

Recurro a un ejemplo: en su momento, hace bien poco, se discutió si el separado era casado/separado, es decir, una modalización del estado civil casado, pues el vínculo matrimonial subsistía, o bien, el separado era un estado civil distinto.

Lo vivimos los Notarios y Registradores a la hora de exigir o no la acreditación de la separación matrimonial: si era asimilable a un nuevo estado civil no era preciso acreditarlo, como a nadie se le exige que acredite –...y quizás sea un error de planteamiento– que es soltero, viudo, o divorciado; si por el contrario era una modalización del estado civil casado, como lo es el casado bajo un régimen económico que no sea el legal supletorio, procedía acreditar esa situación legal.

Y ahora empieza a ocurrir otro tanto, y sólo un dato a tener en consideración: el soltero, obviamente está en disposición de vincularse como pareja de hecho o matrimonio; el ligado como pareja de hecho, en principio no puede ligarse con otra pareja de hecho, pero sí, con arreglo a muchas de las normas autonómicas casarse: así en Navarra, Baleares, Valencia, Asturias, Andalucía, Canarias, Extremadura, Euskadi.

El legislador parece tener claro que la relación de pareja de hecho claudica frente al matrimonio, no ya, por supuesto de la pareja entre sí, sino de cualquiera de ellos con un tercero.

Es decir, en su momento, para trazar la línea entre el divorcio como estado civil diferenciado, y la separación, como modo del estado civil casado, se recurría precisamente a la subsistencia del vínculo; aquí el vínculo de pareja de hecho es relevante frente a otra relación de pareja de hecho, pero no frente al matrimonio.

Sociológicamente, creo, las personas que optan por la fórmula de pareja de hecho, tienen claro que no están casadas; bien hasta ahora, en las parejas homosexuales, por que no podía, bien, por que no querían.

Pero no estoy cierto de si se consideran solteros, o algo más y distinto de solteros.

Y si esperan que les resuelva la cuestión esperan de mí más de lo que soy capaz de dar.

Como en las películas de misterio, les he contestado, creo a una interrogante: matrimonio y pareja de hecho no son una misma cosa con dos nombres; pero les abro otra, si la relación de pareja de hecho constituye, debe constituir, o va a pasar a constituir, un nuevo estado civil.

Muchas gracias.

***Manuel López Pardiñas***