

LA LIBERTAD DE ELECCION ENTRE EL MATRIMONIO Y LA UNION LIBRE

JULIO V. GAVIDIA SANCHEZ
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Cádiz

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO: PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES, UTILIDAD DEL ARGUMENTO DE LIBERTAD, TÉRMINOS DE LA ELECCION (CONCEPTOS), ARGUMENTO ANALOGICO Y REGULACION DE LAS UNIONES LIBRES. II. EL ARGUMENTO DE LIBERTAD DE ELECCION Y EL IMPEDIMENTO DE VINCULO MATRIMONIAL PREVIO: LA POSIBILIDAD O NO DE DIVORCIARSE Y LA APLICACION ANALOGICA DE NORMAS EXCEPCIONALES (PENSION DE VIUEDAD). III. EL ARGUMENTO DE LIBERTAD DE ELECCION Y LA DIFERENCIA DE SEXO COMO REQUISITO PARA CONTRAER MATRIMONIO. IV. LA LEY CATALANA 10/98, DE UNIONES ESTABLES DE PAREJA Y LA LIBERTAD DE ELECCION ENTRE MATRIMONIO Y UNION LIBRE. V. LA LEY CATALANA DE SITUACIONES CONVIVENCIALES DE AYUDA MUTUA Y LA LIBERTAD DE ELECCION ENTRE UNIONES LIBRES (MAS O MENOS INTERVENIDAS) Y UNIONES NO FAMILIARES.

I
PLANTEAMIENTO: PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES,
UTILIDAD DEL ARGUMENTO DE LIBERTAD, TÉRMINOS
DE LA ELECCION (CONCEPTOS), ARGUMENTO ANALOGICO
Y REGULACION DE LAS UNIONES LIBRES (1)

La posibilidad de elegir entre casarse o formar una unión libre viene siendo utilizada como argumento para justificar tanto la no equiparación de las uniones libres al matrimonio, sobre todo, la no extensión a los convivientes de derechos o ventajas reconocidas o concedidas a los cónyuges, como también algunas diferencias de trato entre distintas uniones libres. Cualquier argumentación en términos de libertad se nos presenta dotada como de una especial autoridad: de entrada, la que resulta de ser la libertad el primero de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), y de ser el libre desarrollo de la personalidad uno de los fundamentos del orden jurídico y de la paz social (art. 10.1 CE). Ahora bien, la realidad y la situación constitucional de base sobre las que opera este argumento no es la misma a unos efectos y a otros, como vamos a ver, aunque sea someramente, a continuación. De lo que se trata es de analizar si su indudable utilidad propagandística, para hacer más presentables o digeribles ciertas diferencias de trato, se corresponde con una real operatividad técnico-jurídica.

Cuando se trata de justificar que los convivientes no disfruten de los mismos derechos que tienen los casados, el argumento de libertad de elección refuerza, pero sin ser imprescindible ni necesario, lo que ya se desprende claramente de un mandato constitucional, por el que no sólo se garantiza la institución del matrimonio (arts. 32.1 y 53.1 CE), sino que además se prevé un estatuto legal específico (art. 32.2 CE, "la ley regulará ... los derechos y deberes de los cónyuges"), que no tiene por qué —y, en mi opinión, tampoco puede— ser el mismo. En cambio, la unión libre ni siquiera está mencionada en la Constitución, aunque esto no significa que sea una opción constitucionalmente proscrita, ya que está amparada por la autonomía de la voluntad (art. 10.1 CE, como libre desarrollo de la personalidad); además, es un grupo en el que se integran los individuos, cuya libertad e igualdad han de ser efectivas, removiendo los obstáculos que lo impidan (art. 9.2 CE), y cuya consideración más o menos reciente

(1) En este primer capítulo se recogen y desarrollan ideas básicas que se contienen en mis dos anteriores obras sobre la unión libre: LA UNIÓN LIBRE (El marco constitucional y la situación del conviviente supérstite), Valencia 1995, especialmente, los capítulos I y II; y "La unión libre en la jurisprudencia constitucional alemana de los últimos años", en Derecho privado y Constitución, nº 6, 1995, págs. 195-211).

como familia —tras la STC 222/92 esto está constatado al más alto nivel jurisprudencial en nuestro país— hace a tal grupo acreedor de protección social, económica y jurídica por parte de los poderes públicos (arts. 39.1 y 53.3 CE). Pues bien, como el matrimonio no sólo goza de la protección que dispensan esos mismos preceptos constitucionales que amparan la unión libre (9.2, 10.1 y 39.1 CE), sino además de la específica del art. 32 CE, de la que no gozan otras uniones, está claro que los derechos y deberes que los cónyuges tienen, tanto entre ellos como respecto a terceros — sean estos terceros poderes públicos o particulares—, no tienen por qué ser extendidos a los que conviven sin estar casados, por lo menos, en principio. Y tales diferencias de trato no serán discriminatorias, con tal que no sean arbitrarias o irrazonables —STC 184/90, básicamente, ya que la STC 222/92, si bien dice partir de este criterio, luego lo endurece, acaso, porque no analiza en profundidad la entidad de las diferencias esenciales y normativas entre unas uniones y otras, ambas familiares, así como entre el reducido grupo de familiares protegidos por la norma impugnada y ese otro familiar excluido— es decir, según un test o escrutinio no estricto, ya que no sólo las situaciones son sustancialmente o esencialmente distintas, sino porque la misma Constitución ha previsto una protección específica adicional para la unión matrimonial (art. 32 CE), y porque no estamos ante alguna de las categorías o distinciones sospechosamente discriminatorias del art. 14 CE, con lo cual, el margen de libertad del legislador en este punto es más amplio. Con todo, además de la arbitrariedad o irrazonabilidad de la diferencia, otro límite a esa libertad del legislador para favorecer a los casados es el de no hacer insoportable la situación de los que no lo están, porque esto coartaría el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), esto es, la libertad para optar entre estar casado o soltero —SSTC 184/90 y 222/92.

Y es así como podemos comprobar que el argumento de libertad de opción puede desempeñar una doble función. Por un lado, se utiliza innecesariamente para justificar la existencia misma del estatuto matrimonial, como estatuto especial, respecto al general, que sería el de los solteros: si, con tal de reunir ciertas condiciones de madurez, cualquier individuo tiene la posibilidad de elegir entre permanecer soltero o casarse, si encuentra a alguien que esté por la labor, y elige seguir soltero, no puede pretender gozar de los derechos especiales o específicos que tienen los casados, tanto frente a terceros —sean poderes públicos o particulares—, como respecto a la persona o las personas con las que conviva. En otras palabras, que se atenga a las consecuencias, y que se haga responsable de su decisión, y que no pretenda que se le trate como si estuviera casado, cuando no lo está. Pero, por otro lado, este argumento de libertad de

opción es, al mismo tiempo, límite de la libertad del legislador para configurar un estatuto del matrimonio, ya que éste no podrá ser tan favorable que haga insoportable la situación de los solteros, de forma que se coarte, más allá de lo razonable, como ha dicho nuestro TC, su derecho a no casarse, que es una exigencia nuclear del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), y así planteado su operatividad es innegable.

Ahora bien, este argumento de libertad de elección también puede ser utilizado, sin ser imprescindible ni necesario, para evitar que los casados pretendan eludir sus obligaciones entre sí y respecto a terceros, o sacudirse las desventajas de su estado, y que integran su estatuto. Siendo la libertad condición de validez del matrimonio (arts. 31.1 CE, 44, 45.1, 73.1º y 5º C.c.), puesto que para no casarse basta con no hacer nada al respecto, el casado también ha de atenerse a las consecuencias de su decisión, sin que pretenda que se le trate como si no lo estuviera, según le convenga. Ahora bien, tampoco aquí se debe descartar la comparación y el juego del principio de igualdad. Hay diferencias de trato, que implican una, por lo menos inicialmente, peor situación del casado respecto al soltero, y que han de estar también justificadas, como entiendo que lo están las reglas específicas de responsabilidad por deudas contraídas por uno de los cónyuges (ej. art. 1319.2 C.c.), o las especiales presunciones de comunidad de bienes (arts. 1361 y 1441 C.c.) y la limitación de eficacia de la prueba de confesión para desvirtuar tales presunciones (art. 1324 C.c.) ya que, al aumentar el ámbito de responsabilidad frente a los acreedores, se favorece la obtención de créditos que pueden ser indispensables para atender las necesidades de la familia, con lo cual se está, en definitiva, protegiendo al matrimonio; y lo mismo sucede con las limitaciones a la libertad de disposición del cónyuge propietario de la vivienda habitual y del ajuar de la familia (art. 1320 C.c.), por poner algunos ejemplos que me parecen especialmente significativos. Y es que, siendo el matrimonio una institución específicamente garantizada por la Constitución, como una forma de familia acreedora de un tratamiento específico y, por lo tanto, diferenciado (art. 32.1 y 2 CE, respectivamente), respecto tanto del estatuto general de los individuos, como del especial que, eventualmente, puedan tener otras uniones familiares, su naturaleza la hace acreedora de un trato que no puede ser injustificadamente peor que el dispensado a otras uniones o a los individuos en general (SSTC 209/88 y 45/89, básicamente). Es decir, cuando la diferencia de trato es desfavorable para el matrimonio, el margen de libertad del legislador es mucho menor que cuando se trata de favorecer la unión matrimonial, no bastando con que no sea arbitraria la diferencia, puesto que de otro modo no me puedo explicar cómo se pudo considerar inconstitucional por discrimi-

minatoria, en las sentencias que acabo de citar, la acumulación fiscal de rentas de los cónyuges, cuando me parece bastante claro que el estatuto legal del matrimonio (derechos y obligaciones recíprocos y derechos frente a terceros) permite no considerar irrazonable que exista una mayor capacidad económica para unos mismos ingresos, si éstos se obtienen estando casados los perceptores, siendo diferentes las economías de escala y mayores las necesidades de previsión individuales de los solteros en unión libre; pensemos en el sistema de protección social, el trato fiscal favorable en otros aspectos, la protección de la continuidad del hogar familiar, los derechos sucesorios, etc. de los casados.

¿Y en qué consiste esa naturaleza diferente del matrimonio respecto a la unión familiar no matrimonial, que explica este *favor matrimonii*? Pues bien, me parece difícilmente objetable que la diferencia estructural esencial —no voy a entrar en las funcionales— radica en que la unión matrimonial es una vinculación jurídica, en principio, de por vida, de manera que, aunque sea disoluble por divorcio, no se extingue por la mera ruptura de la convivencia, ni por decisión unilateral sin necesidad de acreditar que concurre una justa causa (2); y por esto, aunque la matrimonial sea una unión libremente establecida, tiene sentido reservar el concepto de unión libre a aquellas que se extinguen o por el hecho de la separación, sin más, o por decisión libérrima de cualquiera de los convivientes, o, incluso, sin tener que dejar de convivir, si ya esa convivencia no reúne las características propias de una unión familiar. Permítaseme decir que, si el matrimonio es una unión que puede ser indisoluble o disoluble —estoy pensando en el divorcio—, la unión no matrimonial es libre por cuanto es *soluble*. Y, sin embargo, puede ser considerada una forma de familia —en nuestro Derecho, sin duda—, si reúne ciertos elementos objetivos que, en mi opinión, ha identificado con notable acierto —no así al referirse a los elementos subjetivos, esto es, de identidad de los que pueden integrarla— el *Bundesverfassungsgericht* (S. 17.11.1992), al definir o concretar el concepto legal de comunidad de vida similar a la matrimonial (*eheähnliche Lebensgemeinschaft*). Se trataría de una comunidad de vida que se plantea como duradera, que excluye otras del mismo tipo, y que se caracteriza por la existencia de tales vínculos internos, que fundamentan una recíproca responsabilidad y cuidados (*Verantwortungs- und Einstehensgemeinschaft*) entre sus integrantes, que va más allá del simple hecho de

(2) Sobre la libre ruptura como característica de la unión libre, frente al matrimonio, vid. J. L. LACRUZ BERDEJO: "Convivencia 'more uxorio': estipulaciones y presunciones", en COMENTARIO DEL CÓDIGO CIVIL, asociación de profesores de Derecho civil, Madrid 1990, pág. 1066.

compartir una vivienda y una economía; indicios para demostrar la existencia de una unión de este tipo pueden servir, entre otros, la duración de la convivencia, el cuidado de hijos y parientes en el mismo hogar, la autorización para disponer de ingresos o bienes de uno por otro, no siendo necesario —ni suficiente, entiendo yo— que mantengan relaciones sexuales (3). Pues bien, cuando una unión no matrimonial reúna tales elementos, estaremos ante una familia, pues cumple una función típicamente familiar de cuidado recíproco, y que no existirá en las convivencias que no van más allá de compartir una vivienda y unos gastos, aunque o con independencia de que esporádica o habitualmente mantengan relaciones sexuales, si no se han asumido compromisos recíprocos de responsabilidad ante las vicisitudes de la vida en general. Dicho de otro modo, si cada uno de estos convivientes no puede contar con el otro u otros más que para organizar la limpieza o el pago del alquiler de la vivienda o de la compra de alimentos y productos de limpieza, por mucho sexo que practiquen en común no constituirán una unión familiar, como es la unión libre, entendida con los elementos antes referidos. En cambio, aunque no mantengan relaciones sexuales entre sí, si existe esa comunidad de cuidados y responsabilidades recíprocos, la unión sí será familiar.

Entiendo, por lo tanto, que las opciones que integran la libertad de elección garantizada por el libre desarrollo de la personalidad no se limitan al matrimonio y la unión libre, uniones familiares ambas, sino que también han de ser tenidas en cuenta las uniones no familiares y la no unión, esto es, las personas que deciden vivir solas. Y, si bien es cierto que los poderes públicos tienen el mandato constitucional de proteger la familia (art. 39.1 CE) y, específicamente el matrimonio (art. 32 CE), el cumplimiento de este principio no podrá llevarse al extremo de hacer insoportable la situación de los que decidan no vivir en familia, bien porque deciden vivir solos, bien porque deciden vivir con otros sin formar una familia, ya que esto supondría una violación del principio

(3) Me remito, para más detalles al comentario que de esta sentencia hice en "La unión libre ...", cit., págs. 201-203.

La STS de 18.05.92, definió la convivencia *more uxorio* como aquella que se desarrolla "en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunal vida amplia, intereses y fines, en el núcleo de un mismo hogar". A diferencia de la sentencia alemana, ésta no excluye explícitamente a nadie de la posibilidad de integrar una comunidad de esta clase, lo cual está muy bien, pero creo que es menos precisa al identificar los elementos que componen la comunidad de vida, como sucede con el requisito de publicidad de las actuaciones conjuntas, que no me parece requisito indispensable, aunque sí puede ser un indicio de primer orden para demostrar que existe una unión libre.

constitucional del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y, si las diferencias de trato fuesen arbitrarias, también se viola el principio de igualdad y no discriminación (art. 14 CE). Y del mismo modo que el matrimonio no puede ser tratado peor que la otra unión familiar ni que lo que no es familia (arg. arts. 32 y 39.1 CE), tampoco la unión libre puede ser penalizada respecto a lo que no es familia (arg. art. 39.1 CE).

El argumento de libertad de elección es también utilizable para reforzar la inaplicabilidad por analogía de las normas relativas al matrimonio (por ejemplo, entre otras, la STS 30.12.94). Pero también aquí podemos observar que la razón de fondo no requiere esa argumentación. Si para que proceda la analogía ha de existir laguna (art. 4.1 C.c.), ha de tenerse presente que las normas relativas al matrimonio excluyen normalmente, conforme a la intención de su autor, su aplicación a otro tipo de uniones, o a los individuos que viven solos. Podemos decir, según creo, que lo que vale para los casados no vale para los solteros, aunque integren una unión libre. El carácter de norma especial que tiene el estatuto legal del matrimonio parece ir, así pues, acompañado de una remisión de los supuestos diferentes al estatuto general o, en su caso, a otro particular. Esto no quiere decir que las normas relativas al matrimonio sean, por sí mismas, excepcionales y, en consecuencia, no susceptibles de aplicación analógica (art. 4.2 C.c., que, como después explico, me parece inconstitucional en relación a las normas excepcionales), sino que no son aplicables a los solteros, sin que se impida el recurso a la analogía para completar lagunas del estatuto legal del matrimonio, siempre que se demuestre que el supuesto no contemplado merece la misma solución que el que sí lo está (identidad de razón, art. 4.1 C.c.); y no hay dificultad, por tanto, en que se trate de analogía *legis*, si nos mantenemos dentro del ámbito de la unión matrimonial (4).

Ahora bien, si esta explicación de inexistencia de laguna vale sin dificultad para las uniones no familiares —no olvidemos que la unión libre fue considerada inmoral y que hasta hace no mucho tiempo no merecía la consideración de familia en nuestro país, y aun hoy en otros ordenamien-

(4) Analizando la jurisprudencia sobre la aplicación analógica de normas especiales, parece claro que tal aplicación es posible pero dentro de su propio ámbito (V. L. MONTÉS PENADÉS: Comentario al art. 4.2 C.c., en COMENTARIOS A LAS REFORMAS DEL CÓDIGO CIVIL, vol. 1º, Madrid 1977, dir. por M. Amorós, pág. 226). En el mismo sentido me manifesté, al explicar la improcedencia de la analogía *legis* de las normas sobre la unión matrimonial a las otras uniones, en LA UNIÓN LIBRE ..., cit., págs. 28 y 29. Cfr. SSTS 16-12-96 y 04-06-98, que se apartan de la que, por el momento, parece ser doctrina jurisprudencial predominante (STS 18-05-92, 21-10-92, 11-12-92, 18-02-93, 22-07-93, 27-05-94, 11-10-94, 20-10-94, 24-11-94, 30-12-94, 18-03-95, 04-03-97, 29-10-97, 10-03-98, 27-05-98, 23-07-98), que niega la aplicación por analogía *legis* de las normas sobre el matrimonio a las uniones no matrimoniales.

tos es negada o, por lo menos, discutida— y para los que viven solos, no sucede lo mismo con las uniones no matrimoniales que aspiran a ser reconocidas o que son reconocidas como familia, ya que cuando dejan de ser consideradas inmorales y, sobre todo, cuando pasan a ser consideradas y, por lo tanto, protegidas (art. 39.1 CE) como familia, puede entenderse o, por lo menos, hay que plantearse si no se habrá generado una laguna sobrevenida, como consecuencia de la evolución de la moral y del Derecho. Y, desde luego, éste es el caso. Antes de seguir he de llamar la atención sobre el hecho de que este cambio permite, en mi opinión, considerar aplicables a la unión libre, no por analogía sino directamente, aquellas normas relativas no al matrimonio específicamente, sino a los familiares en general, especialmente, si se trata de familiares próximos. Resulta revelador que en Alemania, tanto el *Bundesverfassungsgericht* (S. 03.04.90), como el *Bundesgerichtshof* (S.13.01.93) aceptaron la aplicación analógica a una unión libre de la regla que concedía a familiares (*Familienangehörige*) del arrendatario la facultad de subrogarse en el arrendamiento, y no la analogía respecto a la misma facultad reconocida al cónyuge (5). Por mi parte, considero que se violaría el art. 39.1 CE y sería, por esto mismo, discriminatorio reconocer un derecho o ventaja a familiares y no familiares de alguien y, sin embargo, excluir al conviviente, que es familiar. Entiendo que esto es lo que llevó a la *Corte Costituzionale* (S. 404/88) a declarar discriminatoria la norma que concedía la facultad de subrogarse en el contrato de arrendamiento —no en la prórroga— no sólo al cónyuge y a los parientes consanguíneos y afines del arrendatario, sino, incluso, a sus herederos, que podían no ser familiares, con tal que hubiesen vivido habitualmente con él, y no al conviviente *more uxorio* (6). En cambio, aquí, se ha declarado (SSTC 222/92, 6 y 47/93) inconstitucional por discriminatoria una norma que concedía la subrogación en el arrendamiento —con derecho a prórroga legal indefinida y con una segunda subrogación posible— al cónyuge y a ciertos parientes consanguíneos (hijos, padres y hermanos) del arrendatario (art. 58.1 LAU antigua), sin prestar atención o sin dar relevancia a la coherencia de la norma con el estatuto legal del matrimonio y de ciertos parientes especialmente próximos, entre los que hay derecho de alimentos y diversos derechos sucesorios (7).

(5) Me remito, para más detalles sobre estas sentencias, al comentario que de ellas hice en "La unión libre ...", cit., págs. 199-201, 203 y 204.

(6) Sobre la doctrina de la Corte Constitucional italiana sobre subrogación en el arrendamiento a favor del conviviente del arrendatario fallecido, me remito a lo que expuse en LA UNIÓN LIBRE ..., cit., págs. 95-98.

(7) Mi comentario crítico a la STC 222/92 puede verse en LA UNIÓN LIBRE ..., cit., págs. 114-123.

Pues bien, la evolución de la moral y del Derecho nos debe llevar a no dar por supuesta la inexistencia de laguna sobrevenida, cuando de la unión libre se trata. Pero que pueda haber o que efectivamente haya una laguna no es motivo suficiente para acudir a la analogía *legis*, porque ha de existir también identidad de razón (art. 4.1 C.c.). Y es ahora cuando hay que analizar y comparar los supuestos de hecho y ver si son tan parecidos que merecen la misma solución. Yo ya he adelantado que hay semejanzas entre el matrimonio y la unión libre: son comunidades de vida establecidas libremente, con una comunidad de responsabilidades y cuidados que hace que ambas uniones generen relaciones familiares entre sus integrantes. Como también he puesto de manifiesto que hay una diferencia que juzgo esencial: sólo en el matrimonio hay un compromiso sobre la unión misma, jurídicamente relevante y eficaz, de manera que no basta con separarse para que se extinga, aunque quede debilitado con la separación, y pueda extinguirse mediante sentencia de divorcio, que no procede conceder a petición de uno de los cónyuges sin que concurra una justa causa; en mi opinión, esto hace que la comunidad de cuidados y responsabilidades en que consiste el matrimonio sea cualitativamente distinta y, por lo expuesto, no análoga a cualquier unión no matrimonial, familiar o no. Por lo tanto, tampoco ahora parece necesario acudir a la libertad de elección entre matrimonio y unión libre para sostener que las normas sobre el matrimonio no son aplicables por analogía *legis* a la unión libre. Ningún inconveniente, en cambio, habrá en servirnos de esas normas para extraer de ellas principios generales, aplicables a supuestos no matrimoniales, con unión (familiar o no) o sin ella, pero en tal caso estaremos en la analogía *iuris* (art. 1.4 C.c.) (STS 10-03-98).

Si, desde otras premisas u otras valoraciones, se llegase a la conclusión de que sí hay identidad de razón y de que, por ello, procede la aplicación analógica de alguna norma relativa al matrimonio, ¿serviría de algo oponer que los que libremente optaron por no casarse no tienen por qué ser tratados como si estuvieran casados? Me parece que no, ya que se podría replicar diciendo que están en juego el interés prevalente de la familia (arg. arts. 9.2 y 39.1 CE), como es la protección del crédito a la misma y del hogar familiar; y también está en juego el interés de terceros, como son los acreedores. Pensemos en la regla sobre responsabilidad por deudas contraídas para satisfacer necesidades ordinarias de la familia, o en las presunciones de comunidad de bienes, o en la limitación de la eficacia de la confesión de privatividad, o en las limitaciones a la facultad de disponer de la vivienda habitual y del ajuar de la familia, a las que antes hice referencia, para mí claramente inaplicables por analogía a las uniones libres, sin necesidad de acudir al argumento de libertad de elección.

Me parece contradictorio sostener la aplicabilidad por analogía a las uniones libres de las normas sobre el matrimonio, a menos que los convivientes hayan manifestado su voluntad en contra (8): si se fuera consecuente con la afirmación de que sí hay identidad de razón, de nada valdría la manifestación de voluntad contraria a esa analogía, cuando de normas imperativas se tratase (arg. arts. 1255 y 1328 C.C., este último, claro, por analogía); y, tratándose de normas dispositivas, ¿con qué exigencias de forma serían admisibles y con qué publicidad serían oponibles a terceros de buena fe tales pactos derogatorios?; supongamos, por mantener la lógica de la analogía, que fueran las mismas exigencias que para los matrimonios, esto requeriría escritura pública (art. 1327 C.c.) y su constancia registral (art. 1333 C.c.); ¿se va a proponer también que la existencia de unión libre sea inscribible en el Registro civil y, en su caso, en el de la propiedad y en el mercantil, aplicando por analogía lo relativo al matrimonio?... Quienes, como yo, no vemos identidad de razón entre el matrimonio y las uniones no matrimoniales, sean o no familiares, no aceptamos tal analogía, con lo cual dejamos a la decisión del legislador, y no a la del operador jurídico, el establecimiento de un régimen legal puntual o general de las uniones libres, cercano o no al de los matrimonios. Y hay en esta opción un respeto mayor a la libertad del legislador (democrático) para tomar decisiones en un sentido o en otro, sobre todo, cuando puedan implicar un aumento del gasto público o la restricción de derechos individuales. La unión libre es una forma de familia, y la determinación de su grado de protección es dejado al legislador, por decisión del constituyente (arts. 39.1 y 53.3 CE) (STS 30-12-94). Y me parece muy bien que las decisiones a tomar en esta materia —mayor o menor aproximación de la unión libre al matrimonio, mayor o menor gasto público— sean adaptadas por quien ha de responder ante el electorado, y no por sujetos políticamente irresponsables, como son nuestros operadores jurídicos.

El argumento de libertad de elección entre el matrimonio y la unión libre también ha sido utilizado para oponerse a la regulación de las uniones libres, es decir, para el establecimiento de un estatuto legal específico, diciendo que esto vulneraría la libertad de elección entre el matrimonio y la unión libre, amparada por el principio de libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). Pues bien, frente a esto hay que decir que el hecho de regular la unión libre no coarta, sin más, esa libertad. Desde luego que no cuando esta nueva institución siga existiendo con su nota esencial

(8) Cfr. F. RIVERO HERNANDEZ: Comentario a la STS de 29.10.97, CCJC, n.º 46, págs. 195, 196, 198, 200-202; y también su comentario a la STS de 10-03-98, CCJC, n.º 47, págs. 878 y 879.

diferenciadora respecto del matrimonio, como es que no exista compromiso jurídicamente operativo sobre el hecho mismo de la unión, de forma que ésta se extinga con la separación, o por decisión de uno de los convivientes sin necesidad de que concurra una justa causa. Sí se violaría esa libertad si la ley admitiese los matrimonios tácitos o aformales, por el hecho de la convivencia prolongada durante un tiempo, sin exigir la prestación formal del consentimiento matrimonial; ante esta situación podría decirse que uno se casa sin quererlo, vulnerando el derecho a no casarse (arg. arts. 10.1 y 32.1 en negativo CE). Como también se violaría si la ley hiciese del matrimonio formal una unión libre regulada, que es lo que sucedería si se admitiese su disolución por el sólo hecho de la separación o del desistimiento unilateral; en este caso, se suprimiría la institución matrimonial, aunque conservasen su nombre esas uniones libres reguladas, con lo que se vulneraría el derecho a contraer matrimonio (art. 32.1 CE). Y si la ley configurase un estatuto de las uniones libres, coincidente en derechos y obligaciones con el del matrimonio, pero manteniendo la libertad de ruptura, de forma que con la sola separación se extinga la unión, o por decisión unilateral sin necesidad de justa causa, lo que sucedería es que se estaría desvirtuando la libertad de elección entre matrimonio y unión libre: quedaría reducida a optar entre uniones con libre ruptura o sin ella pero con el mismo contenido durante su existencia; desaparecería el estatuto específico del matrimonio (derechos y deberes recíprocos y respecto de terceros), puesto que al mismo se podría acceder sin necesidad de casarse; y, además, como la única diferencia sería la necesidad de soportar un proceso para disolver o anular el matrimonio, nos encontraríamos con que éste resultaría penalizado, ya que los cónyuges estarían peor tratados que los unidos libremente, que tendrían acceso a las mismas pensiones por ruptura y sin necesidad de un proceso que disuelva un vínculo inexistente; es decir, que se vulneraría claramente los arts. 10.1, 14 y 32 CE.

En cambio, entiendo que no sólo no es contraria a la Constitución, sino que desarrollaría algunos de sus mandatos, una regulación de las uniones libres que introdujese elementos de igualdad o equilibrio y de responsabilidad entre sus integrantes (arts. 9.2 y 39.1 CE), mientras no se equipare al matrimonio y no deje de ser libre, es decir, una vez más, mientras siga siendo sustancialmente relevante estar casado o no, y mientras la unión no matrimonial se disuelva con la simple separación o por decisión de uno de los convivientes sin justa causa. Dicho con otras palabras, una cierta aproximación entre una y otra unión es posible, pero respetando estos límites. En mi opinión, una forma de conjugar protección del conviviente más débil y libertad de elección entre uniones que subsistan, tras

su regulación, sustancialmente diferentes sería acudir a la técnica de las normas dispositivas. Piénsese que cuando la regulación no es imperativa, por acuerdo pueden excluirla y sustituirla por la que ellos pacten, sea ésta la general de los no casados u otra, pero sin tal acuerdo regirían las previsiones legales; en cambio, si se opta por exigir declaración formal, basta con que uno no quiera para que si, a pesar de ello, esa unión existe escape de la regulación legal. Pero también es cierto que con la técnica de las normas dispositivas la parte más fuerte puede forzar un acuerdo a ella favorable, es decir, tampoco es garantía total frente a situaciones abusivas.

Finalmente, el argumento de libertad de elección ha sido también utilizado para justificar diferencias de trato entre uniones libres. Se argumenta en términos de posibilidad o imposibilidad de contraer matrimonio entre sí los que integran una unión libre. Principalmente, la cuestión se ha planteado en relación al requisito de diferencia de sexos y a la inexistencia de vínculo matrimonial preexistente, que es de lo que aquí me voy a ocupar más a fondo, pero también se podría plantear en relación a cualesquiera otros requisitos o impedimentos para contraer matrimonio, como el parentesco, la monogamia o la falta de capacidad, por citar los más evidentes. Téngase en cuenta que la unión libre, es decir, la unión familiar no matrimonial existe siempre que concurren los elementos objetivos que la caracterizan — esa comunidad de cuidados y responsabilidades recíprocos, con las características antes apuntadas—, con independencia de quiénes sean sus integrantes: dos o más personas, con independencia de su identidad y orientación sexual, de que sean o no parientes, de que tengan o no la capacidad suficiente para contraer matrimonio, y de que alguno o todos sus integrantes estén o no casados, si bien deberán estar separados, dado el requisito de exclusividad de la unión. Se impone advertir inmediatamente que del hecho de que exista una unión de este tipo no se deriva que todas ellas sean acreedoras del mismo trato, pero sí que las diferencias deberán estar justificadas para que no sean discriminatorias, ya que las situaciones son básicamente las mismas. Pues bien, está claro que habrá uniones libres que podrán pasar a ser matrimoniales y otras que no podrán. Pues bien, en esta situación el argumento de libertad de elección ha sido utilizado, según los casos y objetivos, tanto para justificar que se concedan ciertos derechos o ventajas sólo a las uniones libres que podrían ser matrimonios, si los convivientes así lo quisieran, como para justificar que se concedan sólo a las que no pueden convertirse en matrimonio, aunque lo deseen sus integrantes. Como ya he dicho, todas estas diferencias de trato deben superar el test del principio de igualdad, para ver si son o no discriminatorias, en función de que estén o no justificadas, para lo cual ya advierto que el grado de rigor del escrutinio no tendrá por qué ser el mismo, como veremos después.

En los epígrafes siguientes me voy a ocupar del impedimento de ligamen y de la diferencia de sexo como criterios con base en los cuales se establecen diferencias de trato entre uniones libres, lo cual nos permitirá ver cómo va evolucionando la formulación del argumento de libertad de elección entre matrimonio y unión libre y qué resultados se obtienen.

II

EL ARGUMENTO DE LIBERTAD DE ELECCION Y EL IMPEDIMENTO DE VINCULO MATRIMONIAL PREVIO: LA POSIBILIDAD O NO DE DIVORCIARSE Y LA APLICACION ANALOGICA DE NORMAS EXCEPCIONALES (PENSION DE VIUDEDAD)

La regulación postconstitucional de la pensión de viudedad ha dado pie a una jurisprudencia constitucional y social sobre si el conviviente supérstite del cotizante tiene o no derecho a ella (9), que nos resulta de gran utilidad para analizar la operatividad del argumento de libertad, tanto para justificar que, como regla general, sólo los que estuvieron unidos matrimonialmente con el cotizante tienen derecho a esa pensión, como para justificar que, excepcionalmente, en determinados supuestos también tenga derecho a ella el que estuvo o los que estuvieron unidos libremente al cotizante.

Ya el art. 160 LGSS concedía derecho a pensión de viudedad al cónyuge supérstite y no al conviviente. En la disposición adicional 10^a de la ley 30/81, conocida como ley de divorcio, se formuló una regulación provisional en materia de pensiones y seguridad social, de la que ahora nos interesa lo que se estableció en sus normas 3^a y 2^a:

“3.^a El derecho a la pensión de viudedad y demás derechos pasivos o prestaciones por razón de fallecimiento corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo y en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio.

2.^a Quienes no hubieran podido contraer matrimonio, por impedirselo la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tal, acaecido el fallecimiento de uno de ellos con anterioridad a la vigencia de esta Ley, el otro tendrá derecho a ... la pensión correspondiente conforme a lo que se establece en el apartado siguiente”.

(9) Vid. los estudios de J. M. GOERLICH PESET: “La protección por viudedad en los supuestos de separación y divorcio”, en *Relaciones Laborales*, 1988 II, págs. 492 y ss.; y L. BLANCO PÉREZ-RUBIO: *PAREJAS NO CASADAS Y PENSION DE VIUDEDAD*, Madrid 1992, esp. págs. 126-143.

Varias conclusiones se desprenden de la lectura de tales preceptos. En primer lugar, la pensión de viudedad ya no se concede exclusivamente al que ha estado casado con el cotizante. En segundo lugar, el conviviente que tiene también derecho a ella es sólo el que no pudo contraer matrimonio con él por impedírselo la legislación anterior, lo cual exigía la concurrencia de dos elementos: por un lado, debía tratarse de una causa de imposibilidad que hubiera desaparecido con la nueva regulación del matrimonio, como sucedía no sólo por la inexistencia de divorcio, sino también por los impedimentos de impotencia (no dispensable), o el de orden sagrado, o el de parentesco en los grados que hoy no obstan al matrimonio (arts. 83-85 y 101.1° C.c., en su redacción previgente, en comparación con los actuales arts. 46-48, 56.2 y 73.1° y 2° C.c.); y, por otro, el fallecimiento del cotizante debía haber tenido lugar antes de entrar en vigor la nueva ley. En tercer lugar, el fundamento legal de esta pensión ya no era el estado de necesidad del solicitante, sino el hecho de haber estado casado con el cotizante, o de haber convivido con él sin poder casarse por impedirlo la legislación entonces vigente, si con la nueva sí habrían podido hacerlo, puesto que ni siquiera se requería ya la convivencia entre ambos al tiempo de la muerte del cotizante, y siendo irrelevante a estos efectos la causa que hubiera motivado la separación o, tras la entrada en vigor de la nueva ley, el divorcio.

Al objeto de completar la exposición del tratamiento de la pensión de viudedad, ha de tenerse en cuenta que la STS 11.02.85 (Ar. 634) declaró que la anulación del matrimonio no impedía al cónyuge de buena fe, la cual se presume, tener derecho a esa pensión, con base en el art. 79 C.c., que impone entender que para él sólo *ex nunc* cesan los efectos del matrimonio declarado nulo, como si, a estos efectos, se tratase de una disolución. Por cierto, ya en Alemania el *Bundesverfassungsgesicht* había declarado (S. 30.11.82) contraria al art. 6 I GG la denegación de una pensión a la "viuda" alemana de un ciudadano británico, cuyo matrimonio había sido declarado nulo por defecto de forma, con arreglo a la ley alemana, porque se trataba de un matrimonio putativo y éste también goza de la protección especial del art. 6 I GG, con tal de que hubiera intervenido funcionario público y que hubiera existido acuerdo en contraerlo —nosotros diríamos consentimiento matrimonial—, teniendo en cuenta que esa pensión integra la protección social que el Estado otorga al matrimonio, como concreción del Estado social, y que no puede negarse a ciertos matrimonios. Entre nosotros, no reconocer el derecho a la pensión de viudedad, en casos de nulidad del matrimonio, porque en la ley 30/81 no se incluyese este supuesto, sería no sólo una infracción del art. 79 C.c., cuya aplicación

no consta que hubiera querido ser excluida por la norma 3ª de la disposición adicional 10ª de dicha ley, sino además una discriminación contraria al art. 14 CE, por la no aplicación directa del art. 79 C.c. o la analógica de la citada norma de esa disposición adicional. Y, como se ha puesto de manifiesto en las dos sentencias —pero especialmente en la alemana—, la justificación de esta solución no está en la consideración del matrimonio nulo pero putativo como un supuesto de unión libre, que merezca excepcionalmente su equiparación al matrimonio válido, sino en la protección del matrimonio. Por lo tanto, no estamos ante uno de los supuestos de protección social de las uniones libres, subsumible en el art. 39.1 CE, sino ante una manifestación de la protección específica del matrimonio, en cumplimiento del mandato constitucional de regular los derechos (y deberes) de los cónyuges (art. 32.2 CE). Y, por cierto, tampoco se trata de un supuesto de aplicación analógica a la unión libre de una norma sobre el matrimonio; esto ha de quedar bien claro (cfr. STS 04-06-98).

Aclarado lo anterior, paso a analizar la doctrina jurisprudencial sobre la pensión de viudedad a la que tienen derecho ciertos integrantes de uniones libres, con arreglo a la norma 2ª de la disposición adicional 10ª de la ley de divorcio.

Lo primero que se ha de constatar es la extensión del derecho a la pensión de viudedad a supuestos diferentes de los previstos en dicha disposición adicional, concretamente, cuando el cotizante había fallecido después de entrar en vigor la ley de divorcio, puesto que la norma 2ª de la disposición adicional 10ª de la ley 30/81 establecía que la muerte del cotizante debía haberse producido antes de entrar en vigor. La STCT (4ª) de 16.09.85 (10), en un caso en el que se había presentado la demanda de divorcio al día siguiente de entrar en vigor la citada ley, entendió que debía reconocerse el derecho a percibir esta pensión aunque el cotizante hubiese fallecido durante la tramitación del proceso de divorcio, puesto que también en estos casos había sido absolutamente imposible contraer matrimonio los convivientes, por seguir casada (hasta la sentencia que declaró el divorcio) la compañera del cotizante fallecido, ya que, resulta obvio decirlo, la disolución de un matrimonio por divorcio no es un efecto que se produjese automáticamente con la entrada en vigor de la ley que lo hizo posible. Esta doctrina fue avalada por el TC en su sentencia 260/88, concediendo el amparo y anulando las resoluciones que habían denegado la concesión de esta pensión en un caso como el anterior, por

* (10) Vid. el comentario de E. VALLADARES RASCÓN: "El derecho a la pensión de viudedad del compañero no matrimonial", en *La Ley* 1986 I, págs. 562 y 563.

entender que ésta es la solución que exige el derecho a la igualdad, reconocido en el art. 14 CE, pues "de no ser así, el referido derecho fundamental resulta conculcado por la introducción de un elemento diferenciador apoyado exclusivamente en la interpretación literal de un requisito que es contraria a la finalidad perseguida por el legislador a través del precepto y, por ende, carece de sentido y de fundamentación racional". Ahora bien, de esto no cabe deducir que la condición o presupuesto de obtención de esta pensión es que hasta el momento de fallecer el cotizante no se haya podido casar con el conviviente, por impedirlo la existencia de un matrimonio no disuelto, ya que habrá que ver por qué todavía no se había disuelto, y si la explicación es la pasividad en tramitar el divorcio es claro que ya no se tiene el amparo de la norma 2ª de la disposición adicional 10ª de la ley 30/81, como ha dejado claro la STC 29/92.

Quiero llamar la atención sobre el hecho de que esta extensión del derecho a la pensión de viudedad era ineludible constitucionalmente (art. 14 CE), y se corresponde con la *ratio* de la norma contenida en la citada disposición adicional: conceder dicha pensión no sólo cuando existió matrimonio entre cotizante y solicitante, sino también cuando convivieron en unión libre porque les fue imposible casarse antes del fallecimiento del cotizante, por impedírselo la legislación previgente. Entiendo que la misma solución habrá que dar a los casos en los que la causa por la que no pudo contraerse ese matrimonio fuera cualquiera de las otras que no subsistieron con la nueva legislación, aunque el fallecimiento del cotizante hubiese tenido lugar después de entrar ésta en vigor, si no hubiera habido tiempo material o posibilidad real de formalizar matrimonialmente esa unión libre. Tengamos en cuenta que para poder casarse hace falta tramitar un expediente civil previo y celebrar un acto formal de prestación del consentimiento matrimonial, lo cual lleva algún tiempo, y aunque excluyéramos los casos en que pudiera haberse contraído matrimonio sin dicho expediente, esto es, en peligro de muerte, todavía quedarían casos, cuando la muerte del cotizante no fuera previsible. Pues bien, esta solución jurisprudencial ha sido presentada como un supuesto de interpretación extensiva, es decir, como el resultado de dar un sentido más amplio al tenor literal del precepto, hasta poder comprender en él todos los supuestos encuadrables en el mismo, atendiendo a su espíritu y finalidad (así, tanto la STCT como la STC 260/88 citadas) (11). Yo, en este momento, no me voy a explayar sobre el

(11) También se ha calificado esta operación como "interpretación flexible", y se considera que la norma era excepcional (M. RODRÍGUEZ PIÑERO: "Uniones de hecho y protección social", en UNIONES DE HECHO, Universidad de Lleida, 1998, págs. 153 y 155).

tema de la diferencia entre interpretación extensiva y analogía, pero sí diré que no es evidente ni indiscutible que el supuesto contemplado por la ley de divorcio fuera también el del fallecimiento del cotizante posterior a su entrada en vigor; por poner un ejemplo de interpretación extensiva menos dudoso, diré que una cosa es entender que cuando la ley dijo “hijos” quiso decir “descendientes”, y otra que cuando exigió que el fallecimiento del cotizante tuviera lugar antes de su entrada en vigor abarque también supuestos en los que el óbito tuvo lugar, precisamente, después de ese momento. Con todo, hecha esta observación, sí pienso que no cuesta excesivo esfuerzo interpretar la expresión “con anterioridad a la vigencia de esta Ley” no en sentido técnico, como entrada en vigor tras el periodo de *vacatio legis*, sino como existencia de la posibilidad efectiva de contraer matrimonio que, previos los trámites judiciales imprescindibles, se abre con la disolubilidad del matrimonio por divorcio. Y, presentada así —y no niego que ésta fuera una explicación plausible y sincera—, nos ahorramos de paso plantearnos si es o no posible la aplicación analógica de esta norma, de cuya excepcionalidad nadie dudará, ya que reconoce el derecho a percibir una pensión prevista, en principio, sólo a favor del que fue cónyuge del cotizante, y por el sólo hecho de haberlo sido. Pero yo sí quiero plantear aquí esta posibilidad, de indudable interés, si no ya para éste problema, sí para otros similares.

De haber entendido que había una laguna, por no haberse contemplado la situación de los convivientes que, no habiendo podido casarse por impedírsele la legislación derogada, tampoco tuvieron tiempo material de hacerlo después de entrar en vigor la hoy vigente, porque el fallecimiento del cotizante se produjo después pero antes de poder contraer matrimonio, habríamos chocado con la norma del art. 4.2 C.c., que prohíbe la aplicación analógica de normas excepcionales, aunque exista identidad de razón, como sin duda existía. Con lo cual, resultaría que una norma preconstitucional, como es la del art. 4.2 C.c., impediría realizar una exigencia derivada del principio de igualdad y no discriminación del art. 14 CE, lo cual es inadmisibles. En mi opinión, del mismo modo que la aplicación analógica de las normas es una exigencia del principio de igualdad (12), también lo es que sólo puede excluirse si hay razones que lo justifiquen y que no sean contrarias a la Constitución. Ningún problema hay, pues, en la prohibición de la analogía de las normas penales (art. 25.1 CE, entre otros),

(12) Sobre el principio de igualdad como justificación de la analogía, la relación entre analogía y protección de derechos fundamentales, vid. E. ROCA TRÍAS: Comentario al art. 4 C.c., en COMENTARIOS AL CÓDIGO CIVIL Y LAS COMPILACIONES FORALES, t. I, vol. 1º, 2ª ed., dir. por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, Madrid 1992, págs. 593 y 600, con citas de Quadri y de la STC 103/90).

o en la prohibición de aplicar las que señalan un ámbito temporal de aplicación más allá de ese ámbito —y sí son aplicables por analogía dentro de ese ámbito. Pero las normas excepcionales o lo son porque confieren un privilegio a persona o personas determinadas, sin ninguna razón objetiva, sino por ser tales personas, o por reunir ciertas características que carecen de conexión racional con la diferencia de trato que se les dispensa, o lo son porque hay una razón objetiva que justifica sin problemas el trato diferente, pero que se aparta de la regla general. En los dos primeros casos estamos ante una discriminación, contraria al art. 14 CE, que sólo se salvará si hay otro precepto constitucional que ampara ese privilegio (ejemplo, la monarquía hereditaria como forma de Estado), por lo que queda fuera de lugar su posible aplicación analógica. Pero en el tercero no se trata tanto de un privilegio, cuanto de una solución excepcional, justificada objetivamente según el test más o menos estricto que proceda aplicar, que persigue una finalidad no contraria a la Constitución, pero que choca con un principio general o, sencillamente, que establece una excepción a una regla general, como es el caso de la concesión del derecho a la pensión de viudedad cuando no ha habido matrimonio sino unión libre. Pues bien, en este tercer caso, la constitucionalidad de la norma excepcional sí nos permite plantear su posible aplicación analógica. Esta procederá cuando exista identidad de razón entre el supuesto o supuestos contemplados y el que no lo está (art. 4.1 C.c.), es decir, cuando, atendiendo al espíritu y finalidad de la norma —no otra cosa es su *ratio*— su razón de ser, lleguemos a la conclusión de que, por las mismas razones por las que se dio esa solución al supuesto contemplado, merece recibir la misma solución el no contemplado. Que esta operación pueda llevarse a cabo mediante interpretación extensiva o requiera acudir a la analogía va a depender de lo que dé de sí el sentido gramatical de las palabras empleadas por el precepto de cuya interpretación y aplicación se trata, pero el resultado está claro que debe ser la aplicación de esa norma a todos esos supuestos. Pues bien, siendo ésta una exigencia del principio constitucional de igualdad, no veo cómo no entender derogada por la Constitución (art. 14 y disposición derogatoria 3ª) la prohibición de aplicar por analogía las normas excepcionales, contenida en el art. 4.2 C.c., si se está de acuerdo en que es presupuesto de la analogía que exista identidad de razón (art. 4.1 C.c.). Dicho no sé si con otras palabras: si las normas excepcionales arbitrarias o irrazonables son inconstitucionales (art. 14 CE) y, si eran preconstitucionales quedaron derogadas por la Constitución (arts. 9.3 *in fine* y 14, y disposición derogatoria 3ª CE), las normas excepcionales no discriminatorias no sólo pueden sino que deben ser aplicadas a todos los supuestos, contemplados o no por ellas, si existe identidad de razón (arts. 14 CE y 4.1 C.c.).

Considero que no es correcto decir que en tales casos no hay laguna porque lo no contemplado por la norma excepcional está regulado por la general, a menos que, de la propia norma que, tras su comparación con el resto del ordenamiento, consideramos excepcional, quede claro su carácter taxativo, lo cual no se da siempre; pero ha de ser la misma norma excepcional la que así lo establezca o que de ella se desprenda claramente, y no una cláusula general como la del art. 4.2 C.c.. Y es que me parece inadmisibles la existencia o subsistencia de cláusulas generales contrarias al principio de igualdad del art. 14 CE. No debe plantear dudas que es una exigencia nuclear de este principio la prohibición de discriminaciones, entendiendo por tales las diferencias de trato no justificadas, según un test más o menos estricto, en función de los casos. No caben, pues, otras discriminaciones que las establecidas por la misma Constitución (en el art. 57.1 CE hay algún ejemplo). Pueden existir diferencias de trato, que caso por caso se verá si están o no justificadas, pero no puede establecerse con carácter general que lo previsto con carácter excepcional no se pueda aplicar a casos no contemplados, aunque exista identidad de razón. Ha de ser cada norma singular la que, tras su interpretación, nos permita decir si sería violada al aplicarla a supuestos no contemplados en ella, aunque exista identidad de razón. Y, sólo entonces, y no por aplicación de una cláusula general, si la conclusión es que la norma sería violada si fuese aplicada a supuestos no contemplados en ella existiendo identidad de razón, diremos que es una norma discriminatoria por impedir su aplicación analógica, y será inconstitucional, con las consecuencias por todos conocidas: si es preconstitucional, el juez puede prescindir de esa prohibición de analogía, derogada por la propia Constitución, sin que se lo impida la norma del art. 4.2 C.c., también preconstitucional e inconstitucional; si es posterior a ésta, deberá plantear la cuestión de inconstitucionalidad, pero no porque esté vinculado por la norma del art. 4.2 C.c., sino por el monopolio del TC en el control de constitucionalidad de las leyes no derogadas por la Constitución por ser posteriores a ella. Y si la norma que, tras su interpretación y comparación con el resto del ordenamiento, consideramos excepcional no prohíbe su aplicación a supuestos distintos de los contemplados en ella, no será el art. 4.2 C.c. el que sí lo impida.

No creo incurrir en contradicción cuando contemplo la posibilidad de normas excepcionales que no prohíben su aplicación analógica (13). No creo que estemos en casos así ante normas simplemente especiales, ya que

(13) MONTÉS PENADÉS (op. cit., pág. 232) considera que con el art. 4.2 C.c. se vino a acabar con la categoría de las normas llamadas "relativamente excepcionales", al prohibir sin matices la analogía de las normas excepcionales; aquéllas serían las que "si

una cosa es que el destinatario de la norma sea un grupo determinado o un sector específico de la realidad jurídicamente relevante, y otra cosa es que el contenido de la regulación sea o no conforme a los principios generales o normas de Derecho normal. Hay leyes especiales —las que se ocupan de los arrendamientos urbanos, por ejemplo— con normas de Derecho normal y de Derecho excepcional, como también normas contenidas en la ley general —el Código civil, sin ir más lejos— que pueden ser de una clase y otra. Y no termino de ver como norma de Derecho normal la que, estableciendo una solución que se aparte de un principio general, no quiera tener o no tenga carácter taxativo. Pero es que, si se entendiese que toda norma excepcional, por el hecho de serlo, lleva en sí misma la prohibición de su aplicación analógica, lo que resultaría es que la norma del art. 4.2 C.c. sería irrelevante, perfectamente prescindible, por cuanto la prohibición que en ella se contiene resultaría ya de toda norma excepcional.

Las consecuencias que se derivan de esta tesis —la inconstitucionalidad de la prohibición de la analogía en las normas excepcionales, esto es, de su aplicabilidad a supuestos no contemplados por ellas cuando exista identidad de razón— no son pocas. Y, probablemente, la más vistosa sea la ampliación de la facultad de selección de la norma aplicable por nuestros jueces y tribunales, lo cual es perfectamente coherente con el contenido de la potestad jurisdiccional, sin que tengan que plantear la cuestión de inconstitucionalidad cada vez que la norma seleccionada como aplicable a un supuesto no lo contemple y sea excepcional, a pesar de que exista identidad de razón, por impedirlo el art. 4.2 C.c. o la propia norma seleccionada, si es preconstitucional. Entiendo que sólo cuando la norma seleccionada sea posterior a la Constitución y ella misma prohíba —explícitamente o no— su aplicación analógica deberá plantear su posible inconstitucionalidad ante el TC; pero no cuando se trate de una norma preconstitucional, aunque ella misma prohíba su aplicación analógica, y tampoco cuando sea posterior a la Constitución y no prohíba la analogía. Según esto, no fue necesario plantear la cuestión de inconstitucionalidad del art. 58.1 LAU derogada, ya que podía ser aplicada, a pesar de su indudable carácter excepcional —la subrogación en el arrendamiento por más tiempo que el pactado para su duración, ya que el subrogado podía beneficiarse de la prórroga legal vitalicia, es excepcional frente al principio

bien constituyen derogación de normas generales de orden superior, pueden considerarse también generales, a su vez, respecto de la materia particular a la que vienen referidas” (pág. 227, recogiendo la opinión de Castán y otros).

Yo no creo que tales normas no existan, pero sí es cierto que el art. 4.2 C.c. no las excluyó de la prohibición de aplicar por analogía las normas excepcionales.

general de respeto a la libertad contractual (14)—, por analogía al conviviente del arrendatario, a condición de que existiera identidad de razón, que yo ya expliqué por qué no había tal identidad. En este caso, considero que ni el art. 4.2 C.c. ni el mismo art. 58.1 LAU, del que claramente se desprende el carácter taxativo de los supuestos objeto de trato excepcional, impedirían al juez aplicarla por analogía (15). Donde estaba el debate era en la existencia o no de identidad de razón, y esto podía ser resuelto por los titulares del poder judicial, sin necesidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Claro está, si hubieran entendido, como era lo correcto, que no había identidad de razón, pues habrían denegado la subrogación al conviviente del arrendatario, y éste podría entonces haber interpuesto recurso de amparo ante el TC, por violación del art. 14 CE, y éste podría, por esta vía, haber analizado si existió o no discriminación y, en su caso, haberse autoplanteado la cuestión de inconstitucionalidad del art. 58.1 LAU. Y, si se es coherente con lo expuesto, también resultará que el TC podrá inadmitir, por estar notoriamente infundadas, aquellas cuestiones de inconstitucionalidad de normas excepcionales, cuando el obstáculo que impida fallar el caso sea su carácter excepcional o la prohibición del art. 4.2 C.c. de su analogía, si el recurso a ésta resuelve el problema (arts. 37.1 y 35.1 LOTC); si se trata de normas postconstitucionales excepcionales cuya analogía ellas mismas prohíban, está claro que sólo el TC podrá remover el obstáculo a su aplicación analógica. Creo que esta solución obligaría a todos los juristas a extremar nuestro cuidado al decidir algo tan delicado como es la existencia o no de identidad de razón, ya que no se podrá confiar en la prohibición de la analogía de normas excepcionales para resolver por esta vía errores de interpretación.

Entender que todas las normas, salvo las penales o las de ámbito temporal, pueden y deben ser aplicadas a todos los supuestos, contemplados o no por ellas, cuando exista identidad de razón es, según entiendo una exigencia del principio de igualdad. Cuando se trata de normas excepcionales tal exigencia existe igualmente y, además, está reforzada por la necesidad de que el establecimiento de la diferencia de trato respecto al que resulta de la regla general esté justificada, según un escrutinio más o menos estricto, según los casos. Conferir, por ejemplo, un trato excepcio-

(14) Sobre el carácter excepcional de las reglas de la LAU derogada sobre prórroga legal y subrogaciones, me remito a lo que dije en LA UNIÓN LIBRE ..., cit., págs. 103-109; vid. STS 89/94, sobre el art. 57 LAU.

(15) No mantengo ya que el art. 4.2 C.c. impidiera la aplicación analógica del art. 58 LAU derogada, aunque existiera identidad de razón (cfr. LA UNIÓN LIBRE ..., cit., págs. 106, 109).

nalmente favorable debe respetar, pues, ambas exigencias del principio de igualdad: que su concesión esté justificada, y que puedan gozar de él todos los que estén en condiciones sustancialmente equivalentes a los contemplados por la norma. Impedir que puedan obtener los beneficios de esa norma todos aquellos que lo merezcan, atendidos el espíritu y la finalidad de la norma, es decir, existiendo identidad de razón, es un supuesto de discriminación, inadmisibles a la luz del art. 14 CE. Pues bien, una norma como la del art. 4.2 C.c., al prohibir con carácter general la aplicación analógica de las normas excepcionales, aun cuando exista identidad de razón —si no la hay, no se plantea la analogía, y no tiene sentido prohibirla—, admite una lectura en clave política bastante clara: asegurarse de que de los privilegios concedidos a unos cuantos no podrán gozar los demás, aunque lo merezcan por estar en una situación sustancialmente equivalente. Dicho con otras palabras, que los privilegios arbitrariamente concedidos por el legislador no serán desvirtuados por los jueces, mediante su generalización a todos los que estén en situaciones sustancialmente equivalentes; si, además, no hay un sistema efectivo de control de constitucionalidad de las leyes, la maniobra discriminatoria está totalmente asegurada: a quien Dios se la dé, san Pedro se la bendiga. Esto, que sería o fue perfectamente coherente, si no con los principios proclamados como fundamentales, sí con la praxis de un régimen autoritario como el que dio luz a la norma del art. 4.2 C.c. (1973-74), es inadmisibles en nuestro régimen constitucional democrático actual. Y si la norma no penal establece un trato excepcionalmente desfavorable para algunos, y resulta que otros que están en condiciones sustancialmente equivalentes quedan excluidos y, por lo tanto, siguen gozando del trato dispensado por la regla general, una de dos: o el trato desfavorable se extiende a todos ellos, o ese trato desfavorable debe desaparecer. Lo que no es posible, con arreglo al principio de igualdad, es que el arbitrariamente peor tratado se tenga que aguantar, mientras que otros que están en una situación sustancialmente equivalente queden fuera de la aplicación de esa norma excepcional, que es lo que garantiza la norma del art. 4.2 C.c., al prohibir la analogía de las normas excepcionales, esto es, cuando exista identidad de razón. Estamos en lo mismo de antes, pero al revés: ahora se trata de garantizar que los sujetos que el legislador ha decidido perseguir sean sólo los elegidos arbitrariamente por él, de forma que esa “penalización selectiva” (enemigos políticos, intelectuales o empresarios no dóciles, etc.) no alcance a los fieles, y no erosione el apoyo de los adictos al régimen, como consecuencia de una consecuente actuación de los jueces, y no existiendo un eficaz control de constitucionalidad de las leyes. Como puede comprobarse, la lectura en clave política del art. 4.2 C.c., en lo relativo a las normas excepcio-

nales, nos retrotrae a épocas en las que las dádivas y los castigos se concedían o imponían arbitrariamente, y con total impunidad, de forma que los jueces no pudieran fastidiar el asunto. Pero es que yo estoy convencido de que la ley del embudo quedó derogada por la Constitución, con lo cual, la misma suerte ha de correr la regla que garantizaba que los jueces tuvieran que aplicarla, y que no es otra que la prohibición de la aplicación analógica de las normas excepcionales (16).

El tema de la aplicación analógica de normas excepcionales ha estado en el fondo del debate en torno a la cuestión de si la convivencia en unión libre es o no causa de extinción de la pensión de viudedad. En el art. 11 de la orden ministerial de 13.02.64 sí se contemplaba que el matrimonio del pensionista y no la unión libre supondría la extinción de tal pensión. En cambio, la norma 5ª de la disposición adicional 10ª de la ley de divorcio estableció que “los derechos derivados de los apartados anteriores quedarán sin efecto en cuanto al cónyuge en los supuestos del artículo 101 del Código civil”, relativo a la pensión compensatoria en casos de separación o divorcio, entre los que no sólo se encuentra el hecho de contraer matrimonio, sino también el de “vivir maritalmente con otra persona” (art. 101.1 C.c.). Pues bien, ya en la STC 66/94 se advirtió que el hecho de que la convivencia *more uxorio* fuese tenida en cuenta para extinguir las pensiones compensatoria y de viudedad no hacía que fuese discriminatorio que la convivencia en unión libre no generase derecho a la pensión de viudedad, teniendo en cuenta, además, que en el caso de autos el solicitante al que se había denegado la pensión sí podía haberse casado con el cotizante y no lo hicieron, al parecer, por motivos ideológicos. Pero fue en el caso resuelto por la STC 126/94 en el que se planteó si la norma 5ª de la disposición adicional 10ª de la ley 30/81 podía ser aplicada a una pensión de viudedad reconocida a una mujer que había estado casada con el cotizante, cuando esa pensión no le había sido concedida por aplicación de las normas de la citada disposición adicional, sino por el art. 160 LGSS. Había sido privada de la pensión que percibía, por convivir en unión libre con otra persona, aplicando la citada norma 5ª. El motivo del recurso de amparo fue la violación del art. 24.1 CE, por carecer de fundamento legal la reso-

(16) No es extraño que se justifique o se siga justificando la bondad de la prohibición de la aplicación analógica de las normas excepcionales mediante el recurso a la idea de seguridad jurídica (MONTÉS PENADÉS, op. cit., pág. 232) o al riesgo de arbitrariedad (ROCA TRÍAS, op. cit., pág. 616), e incluso se llega a considerar impropio la interpretación extensiva de tales normas (ROCA TRÍAS, op. cit., págs. 614-616). Yo creo que esto responde a un deficiente desarrollo del principio de igualdad, del que tampoco yo he estado exento (vid. nota anterior).

lución judicial que le había privado de su derecho a esa pensión, ya que no le era aplicable la norma 5ª de la disposición adicional 10ª de la ley de divorcio. El TC estimó el recurso y, en términos bastante contundentes, consideró que, si bien la selección de la norma aplicable al caso es competencia exclusiva de los órganos del poder judicial (art. 117.3 CE), no por esto se excluía el control del TC en casos en los que, como éste, “los Tribunales han efectuado una selección manifiestamente irrazonable de la norma aplicada, desde el momento en que se han excedido, sin justificación alguna, los ámbitos de aplicación de ésta. La irracionalidad y arbitrariedad de esta operación interpretativa se acentúa además, si se tienen en cuenta la trascendencia que esta decisión tiene sobre bienes y valores constitucionales”. Y todo esto porque “en el presente caso, los órganos judiciales han desconocido el marco excepcional en el que se inserta la referida norma, y el atípico régimen de pensiones —incluso, aunque no sólo, de Seguridad Social— que en la misma se establecía”.

No calificó el TC como excepcional tanto la norma aplicada cuanto el marco en el que estaba inserta. Y esto no deja de parecerme algo extraño, porque lo importante no es dónde esté la norma —en una ley de reforma del matrimonio y no en la LGSS, pero no olvidemos el principio de unidad del ordenamiento, porque lo que está delimitado, no sin solapamientos, son las áreas de conocimiento en los estudios universitarios, pero no el Derecho—, sino cuál sea su contenido, y es atendiendo a éste como se puede llegar a determinar si es o no excepcional. Para empezar, no es para nada algo evidente que la regulación de la pensión de viudedad contenida en la ley 30/81 no fuera la aplicable al caso, ya que aparece como provisional pero no como especial y si no léanse las normas 1ª y 3ª de su disposición adicional 10ª, y se verá que los términos en los que se pronuncian son suficientemente generales; lo cual fue puesto de manifiesto por el magistrado Cruz Villalón en su voto particular al decir que “la delimitación del ámbito subjetivo de la citada Disposición adicional décima, y en particular de su ‘norma’ primera, no es tan inequívoca como para hacer incurrir en arbitrariedad o irrazonabilidad manifiesta cualquier aplicación de la misma que no se proyecte sobre los exclusivos pero diversos supuestos contemplados en las primeras cuatro ‘normas’”, para terminar afirmando que, “en último extremo tampoco me parece absolutamente evidente la interpretación implícita en la posición de la mayoría de la Sala”. Si se comparten estas consideraciones, y yo estoy completamente de acuerdo con ellas, lo procedente, según las premisas de la misma sentencia (art. 117.3 CE), habría sido desestimar el recurso de amparo, por entender que la selección de la norma aplicable al caso no había sido manifiestamente irrazonable ni

arbitraria, con independencia de que si uno hubiera tenido que juzgar el caso como juez ordinario hubiera o no seleccionado esa misma norma.

Entonces, podemos entender que lo que se hizo no fue tanto recurrir a la analogía, cuanto mantenerse dentro del ámbito de aplicación de la norma seleccionada, porque de lo que se trataba, en realidad, era de establecer si la regulación de la pensión de viudedad contenida en la ley de divorcio era o no la nueva norma general, a integrar con el art. 160 LGSS, si es que no se consideraba que éste hubiera sido derogado y sustituido por aquella. Y no era evidente una posibilidad ni la otra. Pero es que tampoco estoy de acuerdo en considerar excepcional una norma que, como la aplicada por los órganos judiciales ordinarios en aquel caso, estableciese que la pensión de viudedad se extinga si el pensionista convive maritalmente con otra persona, aunque una convivencia de este tipo no genere el derecho a obtener esa pensión, ya que no me parece que sea excepcional dar relevancia al hecho de vivir en unión libre, ni siquiera cuando de esto se extraen consecuencias desfavorables. Pero es que, aunque fuera considerada excepcional, ya he explicado que, en mi opinión esto no es obstáculo para su aplicación analógica, si existe identidad de razón, dada la inconstitucionalidad de la prohibición general de aplicar por analogía normas excepcionales, contenida en el art. 4.2 C.c., a menos que la propia norma establezca o de ella resulte esa prohibición, y que sea una ley posterior a la Constitución, como es el caso de la de divorcio, en cuyo caso hará falta que el TC declare inconstitucional esa prohibición. No es éste el planteamiento que hizo el TC, pues se limitó a decir que “el que sea constitucional la opción legislativa de exigir la convivencia matrimonial como requisito para la concesión de determinadas prestaciones no justifica que pueda judicialmente declararse, sin que la ley así lo establezca expresamente, la pérdida de un derecho a pensión causada en un anterior matrimonio por una convivencia *more uxorio* tras el fallecimiento del anterior marido”. Si no procede la aplicación analógica de un precepto que no es penal ni temporal, podemos suponer que es por su carácter excepcional —pero de la norma, no de su marco—, y como no parece o no es evidente que ese mismo precepto la excluya, es posible que el apoyo a esa afirmación esté en la, en mi opinión, inconstitucional prohibición de aplicar por analogía normas excepcionales, contenida en el art. 4.2 C.c., aunque exista identidad de razón, que es lo que habría que analizar. Porque, claro, con ese recurso fácil al carácter excepcional de una norma y a la prohibición de su aplicación analógica, nos evitamos tener que entrar a analizar su espíritu y finalidad y si existe o no identidad de razón entre los supuestos contemplados y los que no lo están.

Aceptando que la norma 5ª de la disposición adicional 10ª de la ley de divorcio sólo contemplaba la extinción de las pensiones de viudedad que se obtengan por la aplicación de las normas anteriores de la misma disposición adicional, y no las demás, hay que empezar preguntándose por qué se prevé que la convivencia marital del pensionista sea causa de extinción, y no sólo el hecho de contraer matrimonio. Y la respuesta bien puede ser porque la unión libre, configurada con los elementos y características que he expuesto —comunidad de vida, de cuidados y responsabilidades recíprocos, duradera y exclusiva, etc., que va más allá del hecho de compartir una vivienda y unas economías—, puede ser equiparada a estos efectos (desfavorables) al matrimonio, ya que esa comunidad de cuidados y responsabilidades lo permite (*Bundesverfassungsgericht*, S. 17.11.92, sobre una cuestión análoga). Si ésta es la *ratio* de la norma, ahora procede plantearse si existe o no identidad de razón entre la pensión de viudedad concedida con base en la ley de divorcio y la que se concedía con base en el art. 160 LGSS, de forma que lo que valga para una también haya de valer para la otra. Esto nos obliga a preguntarnos por el fundamento de dicha pensión. En la STC 184/90 se dijo que “la pensión de viudedad no tiene por estricta finalidad atender a una situación de necesidad o de dependencia económica (como antes ocurría en el caso del viudo), asegurando un mínimo de rentas, sino más bien compensar frente a un daño, cual es la falta o minoración de unos ingresos de los que participaba el cónyuge supérstite, y, en general, afrontar las repercusiones económicas causadas por la actualización de una contingencia (la muerte de uno de los cónyuges) ... siendo irrelevante que el fallecimiento cree o no un estado de necesidad” (17). Yo ya señalé que éste no era el fundamento de la pensión de viudedad, tal y como queda configurada tras la ley de divorcio, en la que es por completo irrelevante que la muerte del cotizante haya supuesto una pérdida de ingresos para el beneficiario, puesto que podían estar separados o divorciados cuando se produjo el fallecimiento de aquél; y, es más, podía suceder que el beneficiario no sólo no perdiese ingresos, como consecuencia de la muerte del cotizante, sino que, incluso, se ahorrara tener que seguir pagándole una pensión compensatoria del art. 97 C.c. (18). La pensión de viudedad, tal y como queda en la ley 30/81, no tiene otro fundamento

(17) Vid. F. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ y C. VIQUEIRA PÉREZ: “Uniones extramatrimoniales y pensión de viudedad”, en *Relaciones Laborales* 1991 I, pág. 345, que hablan de paliar el descenso del nivel de rentas; BLANCO PÉREZ-RUBIO, *op. cit.*, págs. 54 y 55, que habla de pérdida de ingresos.

(18) Sobre el fundamento de la pensión de viudedad ya me pronuncié, básicamente en este mismo sentido, en *LA UNIÓN LIBRE ...*, *cit.*, págs. 153 y 154.

que la previa existencia de un matrimonio (19), que ni siquiera tiene por qué ser válido, según vimos, o la imposibilidad de contraerlo por impedirlo la legislación anterior a esa ley. Que las pensiones de viudedad concedidas sin base en la ley de divorcio tengan como fundamento compensar por la pérdida de ingresos que supuso el fallecimiento del cotizante, puede defenderse si se presupone que la convivencia matrimonial subsistió hasta la muerte del cotizante, es decir, que no estaban separados —de estarlo, sería aplicable la regulación de la disposición adicional 10ª de la ley de divorcio—, y que el cotizante percibía ingresos; pero obsérvese que, en tal caso, para nada sería un obstáculo a la obtención de la pensión el que la muerte del cotizante no hubiera supuesto un empeoramiento de la situación patrimonial —ni afectiva, claro está— del cónyuge superviviente, si esos ingresos eran inferiores a lo que el beneficiario de la pensión se gastaba en mantener a su cónyuge, de forma que tampoco en estos casos el hecho de que la muerte del cotizante hubiera supuesto una mejora de la situación del otro impediría a éste obtener la pensión de viudedad. Luego, procede preguntarse hasta qué punto tiene sentido afirmar que la pensión de viudedad tiene como fundamento en estos casos compensar una pérdida de ingresos, o “afrontar las repercusiones económicas causadas por la actualización de una contingencia (la muerte de uno de los cónyuges)”. Quiero advertir, por si esto significara algo, que en posteriores sentencias, al referirse al fundamento de la pensión de viudedad, el TC ya no ha reiterado lo de la pérdida de ingresos y lo de afrontar las repercusiones de la muerte, sino que se ha limitado a señalar algo con lo que sí estoy plenamente de acuerdo, y es que no se basa en la situación de necesidad del beneficiario (SSTC 29, 30, 31, 35, 37, 77/91).

En mi opinión, en todos los casos, el fundamento real de dicha pensión no es otro que la existencia o preexistencia de un vínculo matrimonial entre cotizante y beneficiario o beneficiarios, y no el estado de necesidad de éstos ni la compensación por una pérdida de ingresos, ya que podría darse el caso de quedar sobradamente compensados con los gastos que se ahorrara o con el producto de sus derechos sucesorios, sin que esto fuese relevante. Pero esto no significa que sea la misma la situación en todos los casos. Si el fallecimiento del cotizante tuvo lugar no estando separados los cónyuges, la disolución del matrimonio dará

(19) Con acierto se ha dicho que la pensión de viudedad quedó configurada de forma que su función fuese la “compensatoria de un estado civil” (B. GONZALO GONZÁLEZ: “El principio constitucional de indiscriminación de los sexos en los planes de reforma de la Seguridad Social; su aplicación a las pensiones de viudedad”, *Actualidad Laboral* 1985 II, pág. 2710).

lugar no necesariamente a la pérdida de unos ingresos, que no sabemos si realmente participaba o no el cónyuge de tales ingresos, pero sí de su derecho a exigir del otro que contribuya al levantamiento de las cargas del matrimonio (art. 1318 C.c.), cualquiera que fuese el régimen económico. Pero es que, también cuando el fallecimiento se produce estando separados los cónyuges, se pierde ese derecho, pues siguen casados (arts. 1318, 90 y 91 C.c.). Y, tanto en casos de separación como de divorcio, el fallecimiento del cotizante podría dar lugar a la reducción o extinción del derecho del otro a percibir la pensión compensatoria que pudiera tener (arts. 97, 100 y 101.2 C.c.). Luego resulta que la existencia de matrimonio, que se disuelve por la muerte del cotizante, siempre da lugar a la pérdida de derechos, actuales o eventuales; y que la previa disolución o separación pudo generar derechos a favor del otro, que también pueden verse afectados por ese fallecimiento.

Así las cosas, no veo por qué ha de ser distinta la situación de quien ha obtenido la pensión de viudedad por la disposición adicional 10ª de la ley de divorcio, cuando el fallecimiento del cotizante le supuso la pérdida de derechos (alimentos, pensión compensatoria), respecto a la situación del que la obtuvo por el art. 160 LGSS. Es posible que este segundo vea ampliamente compensada la pérdida de su derecho a exigir la contribución al levantamiento de las cargas de la familia, por el ahorro de lo que él se debía gastar en mantener al cotizante, o como consecuencia de sus derechos hereditarios. ¿Por qué razón en el primer caso no sólo un matrimonio posterior sino también una convivencia marital dan lugar a la pérdida de la pensión de viudedad, mientras que en el segundo sólo lo es el matrimonio? Esta situación es claramente discriminatoria, carece de justificación suficiente y, por lo tanto, vulnera el art. 14 CE. No veo sino dos soluciones: o son las mismas en todos los casos las causas de extinción de la pensión de viudedad, cuando ha habido matrimonio; o si se quiere establecer distinciones, que se tome como criterio el de que el fallecimiento del cotizante haya dado lugar o no a la pérdida o no por el cónyuge, ex cónyuge o ex cónyuges, supérstites de un derecho, ya sea el general de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio, ya el de alimentos entre cónyuges, ya la pensión compensatoria, de forma que cuando exista esa pérdida la pensión de viudedad se extinga sólo por el hecho de contraer nuevo matrimonio el pensionista, mientras que cuando el fallecimiento del cotizante no le haya supuesto ninguna de estas pérdidas, la pensión de viudedad se pueda extinguir además, si el que la percibe vive maritalmente con otra persona. Y, si esta pensión se percibía por el conviviente supérstite que no pudo contraer matrimonio con el cotizante fallecido, por impedirsele la legislación anterior (norma

2ª de la disposición adicional 10ª de la ley de divorcio), como en este caso ese fallecimiento no pudo dar lugar a la pérdida de derechos legales, pero sí a la de derechos convencionales pactados, pues puede aplicarse coherentemente el mismo criterio que en los casos de pensiones de viudedad cuando existió matrimonio, que, por lo demás, fue lo ordenado por la norma 5ª de la misma disposición adicional.

Con esto creo haber demostrado no sólo que la aplicación de la ley en el caso de la STC 126/94 no fue manifiestamente irrazonable ni arbitraria, como ya se advirtió en el voto particular, sino, además plenamente conforme al principio de igualdad del art. 14 CE, cuya violación, claro está, no fue alegada en aquel recurso de amparo. Y lo que estoy diciendo es que la solución a la que condujo la decisión de la mayoría sí genera discriminación, cuando el hecho de vivir maritalmente con otra persona es admitido como causa de extinción de un pensión de viudedad que se obtuvo por quien, efectivamente, perdió o vio reducido un derecho que tenía frente al cotizante fallecido.

En la vigente y ya unificada, aunque no uniforme, regulación de la pensión de viudedad (art. 174 LGSS) se mantiene el diferente régimen de extinción, que resultaba de la legislación anterior, conforme a la STC 126/94 (20). Así, por un lado, se establece que en los casos de separación o de divorcio, las pensiones así generadas se extinguirán por las causas del art. 101.1 C.c. (art. 174.3 y 4), es decir, tanto por contraer matrimonio el pensionista, como por vivir maritalmente con otra persona; y, por otro, que en los demás casos la pensión se extinguirá por las causas que se determinen reglamentariamente, que, si nada ha cambiado al respecto, sigue siendo sólo por contraer nuevo matrimonio el pensionista (arts. 174.1 LGSS y 11 de la orden ministerial de 13.02.67). Si esto es así, subsiste una discriminación, que permitiría al separado o divorciado que obtenga una pensión de viudedad, de la que se le prive por vivir maritalmente con otra persona, habiendo perdido o visto reducido un derecho como consecuencia de la muerte del cotizante, interponer las correspondientes reclamaciones por violación del art. 14 CE, hasta llegar en amparo al TC.

Otra cuestión es si el diseño de la actual regulación de la pensión de viudedad es o no la deseable e, incluso, si es el más conforme a la Constitución. Téngase en cuenta que estamos ante prestaciones en las que es irrelevante la situación de necesidad del beneficiario, con lo cual nos apartamos del sentido que deben tener las prestaciones sociales, según

(20) RODRÍGUEZ PIÑERO (op. cit., págs. 58 y 59) sigue sosteniendo que la pensión de viudedad se basa en la pérdida de ingresos.

el art. 41 CE. La pregunta sería si estamos o no dispuestos a dejar de subvencionar con nuestro Estado de bienestar a las clases medias, de forma que los escasos recursos públicos sean destinados a paliar situaciones de necesidad (21). Lo que ocurre es que, ciertamente, éste no es el único caso en el que sucede esto. Por cierto, como ya advertí hace varios años, no sólo no sería inconstitucional sino conforme a la LGSS reconocer, mediante reglamento, al conviviente supérstite una pensión o subsidio por muerte del cotizante, al amparo del art. 176 LGSS, puesto que se trata de un familiar, previa prueba de que el conviviente dependía económicamente del cotizante fallecido. Es lógico que en este caso sí se exija la dependencia económica, pues esta pensión no podría estar basada en el inexistente estatuto legal del matrimonio. Esta idea ha sido favorablemente acogida en nuestra doctrina, recientemente (22).

Retomemos el análisis de la utilización del argumento de la libertad de opción entre el matrimonio y la unión libre. Como hemos podido ver, la doctrina jurisprudencial que entendió no sólo posible sino necesaria la extensión —aunque no mediante la analogía, sino bastando la interpretación extensiva— del derecho a la pensión de viudedad cuando el cotizante hubiese fallecido después de entrar en vigor la ley de divorcio, se basaba en definitiva en que también era posible en estos casos que no hubieran tenido esa libertad de elección, si ese fallecimiento tuvo lugar antes de la disolución del matrimonio que lo impedía, a condición de que no hubiera existido pasividad en instar el divorcio. Este argumento de libertad de elección entre matrimonio y unión libre ha sido útil y necesario para justificar que no cualquier conviviente supérstite tiene derecho a la pensión de viudedad, sino sólo aquellos a los que es aplicable la norma 2ª de la disposición adicional 10ª de la ley de divorcio, tal y como hemos visto que ha sido interpretada. Y es que cuando no se contrajo matrimonio por una razón —la que fuera— distinta a la imposibilidad de hacerlo según la legislación anterior, imposibilidad que ya no subsista en la legislación actual, no se tiene derecho a la pensión de viu-

(21) Se ha propuesto la reforma de la pensión de viudedad, de forma que se tengan en cuenta los recursos económicos del beneficiario, su posible acceso a un empleo, en definitiva, una cierta aproximación a los criterios indicados en el art. 97 C.c. para el cálculo de la pensión compensatoria en casos de separación o de divorcio (C. HERNÁNDEZ CLAVERÍE: "Las uniones de hecho en la legislación de la Seguridad Social", Actualidad jurídica Aranzadi 1995, nº 199, pág. 3). También el art. 98 C.c. se remite a esos mismos criterios para el cálculo de la indemnización prevista para ciertos casos de nulidad del matrimonio (convivencia y buena fe del acreedor).

(22) Vid. F. PANTALEÓN PRIETO: "Régimen jurídico-civil de las uniones de hecho", en UNIONES DE HECHO, Universidad de Lleida, 1998, pág. 76.

dedad, porque no es posible aplicar por analogía esa norma, ciertamente excepcional, a estos otros casos, puesto que ya no hay identidad de razón (art. 4.1 y para nada el 4.2 C.c.).

Aunque para justificar que no se extiendan a los solteros que vivan en unión libre derechos que se reconocen a los casados no haga falta, como regla, acudir al argumento de libertad de opción entre matrimonio y unión libre, porque basta con acudir a la protección específica del matrimonio (art. 32 CE), salvo para establecer como límite de esta protección la no arbitrariedad y el respeto a la autonomía de la voluntad (arts. 14 y 10.1 CE), cuando sí se conceden tales derechos en algunos casos de unión libre y no en todos, está claro que los términos de comparación serán no el matrimonio y la unión libre, sino unas uniones libres y otras, para ver si la diferencia de trato entre ellas es discriminatoria. Y entonces resulta evidentemente útil el argumento de libertad de opción, para justificar esa diferencia, de manera que, en este punto, sólo se equiparen a los casados aquellos solteros que vivieron en unión libre y que, por impedirlo la legislación anterior y no la nueva, no pudieron contraer matrimonio. Pero si el término de comparación fuese el matrimonio, no siendo éste y la unión libre realidades análogas, está claro que no procede aplicar por analogía a ésta las normas relativas a aquél, puesto que falta identidad de razón (art. 4.1 C.c.), con lo que está claro que no hay discriminación.

Nuestro TC ha justificado que el matrimonio sea presupuesto del derecho a la pensión de viudedad, recurriendo al argumento de la libertad de opción entre matrimonio y unión libre, por lo menos, desde el ATC 156/87, diciendo que esto no significa llevar la protección del matrimonio hasta el punto de impedir o coartar esa libertad, como derecho a no contraer matrimonio, que integra la autonomía de la voluntad y el libre desarrollo de la personalidad (arts. 10.1 y 32.1, éste en negativo, CE), después de advertir que el matrimonio y la unión libre no son situaciones equivalentes, por lo que basta con que la diferencia de trato no sea irrazonable, con lo cual tampoco hay discriminación contraria al art. 14 CE (en esto último, también el ATC 788/87). Pero será la STC 184/90, en la que con más detalle desarrolle y amplíe el argumento de libertad de elección.

Sobre el argumento de libertad de opción he de advertir, como ya hice en otro lugar, que al exponerlo incurrió en un peligroso exceso. Dijo que "siendo el derecho a contraer matrimonio un derecho constitucional, cabe concluir que el legislador puede, en principio, establecer diferencias de trato entre la unión matrimonial y la puramente fáctica y que, en concreto, la diferencia de trato en la pensión de viudedad entre los cónyuges y quienes conviven de hecho *sin que nada les impida contraer matrimonio* es arbitraria o carente de fundamento" (la cursiva es mía). Este razonamiento fue

reiterado en SSTC 29, 30, 31, 35, 38 y 77/91, y 66/94, que yo sepa. La frase que aparece en cursiva puede tener consecuencias que, seguramente, no fueron tenidas en cuenta hasta más tarde (23). Y es que, así formulado el argumento de libertad de opción, se presta, empleándolo *a contrario*, a que pueda sostenerse que siempre que los convivientes no puedan contraer matrimonio entre sí tengan derecho a la pensión de viudedad, esto es, con independencia de la razón por la que no pueden casarse entre ellos, puesto que el TC no matizó esa frase. No es de extrañar que no tardara en llegar al TC un asunto en el que se considerase discriminatoria la denegación de la pensión de viudedad a quien había vivido en unión libre con el cotizante fallecido, sin poder contraer matrimonio entre sí, ya que eran del mismo sexo. El TC ni siquiera admitió a trámite el recurso de amparo, por entender (ATC 222/94) que la diferencia de sexo como requisito para contraer matrimonio no es discriminatoria, no se infringe con ella el derecho a contraerlo, ya que sólo está garantizado constitucionalmente entre personas de sexo diferente, por lo cual, no siendo tampoco discriminatoria la exigencia de contraer matrimonio para tener derecho a la pensión de viudedad, no es inconstitucional denegarla al conviviente supérstite, con independencia de que fuera del mismo o de diferente sexo que el cotizante. Conviene no olvidar que los convivientes en unión libre con el cotizante fallecido, a los que la norma 2ª de la disposición adicional 10ª de la ley de divorcio reconoció derecho a la pensión de viudedad, fueron sólo los que no pudieron casarse con el cotizante por impedirlo sólomente la legislación anterior sobre el matrimonio. Si no se casaron porque la causa que se lo impidió subsiste en la ley nueva está fuera de duda que no tenían derecho a la pensión de viudedad. Y otro tema es si resulta o no discriminatoria la exigencia de diversidad de sexos para contraer matrimonio. La frase antes señalada “sin que nada les impida contraer matrimonio”, como justificación de que entonces no tener derecho a esa pensión no es discriminatorio, suscita la duda acerca de si el principio de igualdad exige extender a los que integran uniones libres sin poder casarse entre sí la protección social prevista para los casados.

En cierto modo, la cuestión parece haber quedado más clara, si cabe, tras la reciente STC 155/98. Se trataba de un recurso de amparo por considerar discriminatoria la resolución de un contrato de arrendamiento de vivienda, con base en la causa contemplada en el art.

(23) También el *Bundesverfassungsgericht* alemán se había expresado en términos similares, de lo que di cuenta en “La unión libre ...”, cit., págs. 196, 197, 208-210.

Y nuestro TS también justifica así la no aplicación analógica a la unión libre de las normas sobre el matrimonio, continuamente.

114.2º y 5º LAU derogada (cesión o subarriendo inconsentido). El arrendatario había vivido allí entre 1973 y 1979 con su conviviente, sin poder contraer matrimonio con ésta pues él estaba casado, pero se habían separado y en la vivienda permaneció la ex compañera del arrendatario. Pues bien, el recurso de amparo interpuesto por ella fue estimado y anulada la sentencia que estimó la resolución del contrato. No sería del todo exacto afirmar que el argumento decisivo del fallo ha sido que en este caso tampoco pudieron los convivientes contraer matrimonio, por impedírselo la legislación entonces vigente sobre el matrimonio, puesto que no podía disolverse el matrimonio del arrendatario por divorcio, siendo contrario al art. 14 CE no tener en cuenta esta circunstancia al dictar sentencia. Hay matices —y alguna que otra desmesura— fundamentales que, acaso, nos obliguen a reformular aspectos nada secundarios de la doctrina formulada hasta ahora.

El punto de partida del razonamiento formulado en esta sentencia parece estar en la doctrina contenida en la STC 222/92, al considerar la unión libre —convivencia *more uxorio*— como una forma de familia, acreedora de la protección del art. 39.1 CE, con derecho del conviviente a la subrogación en el arrendamiento en caso de fallecimiento del arrendatario, al igual que el cónyuge. Lo que ocurre es que en el caso que ahora nos ocupa no se trataba de subrogación por fallecimiento, sino por abandono del arrendatario. Pero me parece que la *ratio decidendi* en aquel caso nada tuvo que ver con que el arrendatario fallecido y su conviviente no hubieran podido contraer matrimonio por impedírselo la legislación anterior a la vigente, sino en la protección de la continuidad en el hogar de los familiares más próximos del arrendatario, mientras que en el presente caso el grueso de la argumentación sí va a recaer sobre la falta de libertad de elección entre matrimonio y unión libre, en el sentido de imposibilidad legal de contraer matrimonio los convivientes. Es por esto por lo que, sentado que la unión libre genera un vínculo familiar, con independencia de que pueda o no ser formalizada matrimonialmente, el TC retoma el que en tema de pensión de viudedad ha venido siendo el argumento cardinal, como hemos visto, en torno a la existencia o no de esa libertad de elección. Lo que sucede es que este argumento va a ser ahora formulado con matices que pueden tener no escasa relevancia.

Así, nos encontramos con que lo decisivo ya no es tanto que los convivientes no hubieran podido contraer matrimonio entre sí por impedírselo la legislación anterior a la ley de divorcio, si con la nueva regulación del matrimonio ya hubiera desaparecido esa imposibilidad legal, cuanto que esa causa legal que les impedía contraer matrimonio entre sí fuera contraria a la Constitución. Por lo tanto, no sería discriminatorio no extender a

los convivientes derechos reconocidos a los casados, si aquéllos pueden contraer matrimonio entre sí, o si no pueden pero es por una razón "constitucionalmente admisible". Supongo que serán admisibles todas las que no vulneren el contenido esencial del derecho a contraer matrimonio (arts. 32.1 y 53.1 CE), que también incluye el derecho a elegir al consorte. Y, en relación a la indisolubilidad por divorcio del matrimonio, como causa que había impedido contraer matrimonio a la demandante de amparo y a su ex compañero arrendatario, ha declarado el TC —que yo sepa, por primera vez—, que el mandato al legislador contenido en el art. 32.2 CE le obliga a admitir la disolución del matrimonio por divorcio, por lo que la indisolubilidad del matrimonio por esta causa no sería constitucionalmente admisible. Con otras palabras, que el divorcio es una exigencia del art. 32.2 CE, sin más explicaciones. Debieron pensar que esto es evidente. He aquí el texto: "... no toda imposibilidad de cumplir los requisitos legales para contraer matrimonio permite concluir que quienes se ven así impedidos tienen, sólo por ello, los mismos derechos y deberes que quienes conviven matrimonialmente. Para que esto sea así la causa que limita la libertad de casarse debe ser una causa que pugne con los principios y reglas constitucionales. Pero esto es cabalmente lo que ocurre en el presente caso, en el que la Constitución establece en su art. 32.2 un mandato explícito al legislador para que regule las causas de separación y disolución del matrimonio y sus efectos; mandato al que, como sabemos, no se dio cumplimiento hasta la aprobación de la Ley 30/81, de 7 de julio. En estas circunstancias, al no darse las condiciones de libertad para contraer matrimonio o no hacerlo debido a causas constitucionalmente proscritas, debe presumirse que quienes convivieron *more uxorio* lo hicieron así porque no gozaron de la libertad efectiva para contraer matrimonio y, en consecuencia, debe reconocérseles los mismos derechos que hubieran tenido de haber formado una convivencia matrimonial" (*sic*). No alberguemos dudas acerca de si lo expuesto es o no *ratio decidendi*, porque lo es.

Que el divorcio está constitucionalmente impuesto al legislador, de manera que ya no disponía de libertad para admitirlo o no, es, en mi opinión, cuanto menos, algo no precisamente evidente (24). Desde luego, no

(24) Que la Constitución no imponía el divorcio, sino que lo hacía posible, ha sido la doctrina inmensamente mayoritaria en nuestro país, y, al parecer, era la tesis más consecuente con los datos que resultan de los debates parlamentarios que rodearon la referencia a las causas de disolución en el art. 32.2 CE. La decisión se dejó al legislador ordinario. Otra cosa es que el principio de libre desarrollo de la personalidad permita, como creo, entender otra cosa, que, como interpretación de la voluntad de la norma, termina por imponerse a la que resulta de la voluntad de su autor. ¿Acaso no fue esto lo que, en definitiva, sucedió con la interrupción voluntaria del embarazo (STC 53/85)?

hay base suficiente para entenderlo así, por la expresión “la ley regulará ... las causas de separación y disolución y sus efectos” (art. 32.2 CE), ni por el famoso plural “causas” ni por la reducción al absurdo. Que la muerte de uno de los cónyuges no sea la única causa de disolución del matrimonio no es una exigencia que sólo se pueda cubrir aceptando el divorcio, sino también la declaración de fallecimiento, que, como saben los iniciados, no es indiferente; además, ese plural se justifica, como ha señalado la doctrina mayoritaria, por la referencia común a la separación y a la disolución. Pero es que, además, esa frase del art. 32.2 CE, en mi opinión, debe ser interpretada en el sentido de que unas mismas serán las causas legales de separación y de disolución para todas las formas de matrimonio, civiles y religiosas (25), y que carecerán de eficacia civil aquellas resoluciones eclesíásticas sobre separación o disolución de matrimonios religiosos, cuando esa separación o disolución no hubieran sido posibles con arreglo a la ley (civil). Por lo tanto, considero que no es en el art. 32.2 CE donde se impone al legislador la disolubilidad del matrimonio por divorcio, sino donde se le impone que, si lo admite, lo sea para todo tipo de matrimonio, también para los religiosos. Si yo tuviera que dar un fundamento a la inconstitucionalidad de una ley que no admitiese el divorcio como causa de disolución del matrimonio acudiría, no sólo al sentido común o a la sensatez —resulta impropio de un país civilizado que para que alguien pueda volver a casarse sea imprescindible que otro muera o sea declarado fallecido—, sino a lo que resulta de interpretar el contenido esencial del derecho a contraer matrimonio, a la luz del principio de libre desarrollo de la personalidad (26) y la aconfesionalidad del Estado (arts. 32.1, 10.1 y 16.3 CE). Me parece plausible, pero no evidente, que si un matrimonio ha fracasado cada uno de los cónyuges tenga la posibilidad de volver a casarse; o dicho de otro modo, que vulnera el contenido esencial del derecho a contraer matrimonio la indisolubilidad de éste por divorcio, ya que una unión fracasada no debe impedir intentar otra. Así las cosas, el llamado divorcio-remedio, no el

(25) La interpretación del art. 32.2 CE ha suscitado una fuerte polémica, básicamente, en torno a la cuestión de si allí se permite o no al legislador, y dentro de qué límites, aceptar que el matrimonio religioso sea o no una clase de matrimonio. La tesis que yo he enunciado en el texto es criticada por una buena parte de la doctrina, pero también hay otros autores que la han defendido, por todos, vid. M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: “El sistema matrimonial según la Constitución”, ADC 1980, págs. 576 y 577.

(26) Aunque también se ha relacionado la disolubilidad del matrimonio con el principio de libre desarrollo de la personalidad, no se ha considerado que la Constitución impusiera el divorcio, sino que dejó al legislador en libertad para admitirlo (así, A. LUNA SERRANO: “La reforma de la legislación matrimonial”, en MATRIMONIO Y DIVORCIO, 2ª ed., Madrid 1994, págs. 15, 16, 24 y 25).

consensual, sería el garantizado por la Constitución. Y aprovecho para reiterar que admitir la disolución del matrimonio por el hecho sólo de la separación o a petición de uno de los cónyuges sin necesidad de demostrar una justa causa sería inconstitucional, ya que esto supondría la inexistencia del matrimonio, y su sustitución por uniones libres formalizadas, incumpliendo así el mandato de conservar esta institución (art. 32.1 CE y doctrina del *Bundesverfassungsgericht* en su S. 28.02.80).

Justificado, por vías distintas a las apuntadas por el TC en esta sentencia, que la indisolubilidad del matrimonio por divorcio es inconstitucional, nos encontramos con que se recurre a una doble presunción para justificar las consecuencias que se quiere hacer derivar de esta inadmisibles falta de libertad de elección entre matrimonio y unión libre. Tal presunción consiste en entender, por un lado, que los que conviven sin casarse, pudiendo hacerlo, es porque no quieren, lo cual es obvio —otra cosa es que sean los dos o sólo uno de ellos los que no quieren casarse—, y, por otro, que si conviven sin poder casarse entre sí, no se casan porque no pueden, porque si pudieran se casarían, lo cual, claro está, ya no es algo obvio y, por esto mismo, admite una presunción, con independencia de que sea o no acertada, que seguramente lo será más cuanto más atrás nos remontemos en el tiempo. Reproduzco a continuación dos pasajes en los que, además del antes transcrito, el TC recurre a esta presunción para apoyar su solución: "... tras la entrada en vigor de la Ley 30/1981 que prevé la posibilidad de divorciarse y contraer nuevo matrimonio, debe presumirse que quienes no contraen matrimonio es porque así lo han decidido libremente, ya que no existe ningún precepto que legalmente se lo impida, y esa libertad de elección es la que legitima, en principio, el tratamiento diferenciado de estos dos tipos de convivencia (por todas, STC 184/1990)" ... "En efecto, así como el Tribunal Constitucional ha venido presuponiendo que, salvo prueba en contrario (STC 260/1988), tras la entrada en vigor de la Ley 30/1981, quienes no contraen matrimonio es porque libremente no quieren hacerlo (STC 29/1992), antes de esa fecha *debe presumirse, salvo prueba en contrario*" (sic, la cursiva es mía) — que en el proceso aquí enjuiciado no se aporta—, que los convivientes *more uxorio* se vieron jurídicamente impedidos de formalizar ese vínculo matrimonial, por lo que merecen igual trato que los que mantuvieron este tipo de convivencia". Lo primero que he de advertir es que yo no he encontrado esas presunciones formuladas en ninguna de las SSTC que aparecen citadas en estos párrafos. Pero, acaso, lo más preocupante o enigmático sea que son configuradas como *iuris tantum*, y que sea admisible la prueba en contrario, concretamente, de que aunque convivieron sin poder casarse entre sí, tampoco era su deseo haberse casado. Si ya nos

movemos en terrenos de prueba no fácil, ahora resulta que podría ser relevante la prueba de la ausencia de la voluntad de casarse aquellos que convivían sin poder casarse, por lo que no será impertinente su proposición y práctica. ¿Podemos suponer que de haberse probado lo contrario de lo que se presumía la solución habría sido contraria? ¿Se querrá decir que integra el supuesto de hecho de la unión libre o convivencia *more uxorio* que exista voluntad de casarse de los convivientes? No creo. Lo cierto es que la norma 2ª de la disposición adicional 10ª de la ley de divorcio no introdujo elemento subjetivo alguno de este tipo, sino que se limitó a conceder el derecho a la pensión de viudedad a quienes habían convivido sin poder casarse con el cotizante, sin entrar en si realmente deseaban o no casarse. No es menos cierto que, presuposiciones aparte — siempre peligrosas, según sigo comprobando—, tampoco aparece nada de esto en las SSTC citadas por el mismo TC. Pero lo más chocante es que en la STC 47/93, en tema de subrogación del conviviente en el arrendamiento tras el fallecimiento del arrendatario, curiosamente se otorgó el amparo frente a la denegación de esa subrogación en un caso en el que los convivientes sí pudieron haber contraído matrimonio, y no lo hicieron no ya por motivos ideológicos, sino para evitar que los hijos de la compañera no tuvieran que hacer el servicio militar. Y en ese caso se razonó con profusión acerca de la irrelevancia de los motivos por los que no se había contraído matrimonio, con pertinentes referencias al pluralismo de opciones personales, al libre desarrollo de la personalidad y la protección de la familia no matrimonial (arts. 10.1 y 39.1 CE). ¿Con qué nos quedamos? Esto de la presunción de que si convivieron sin poder casarse es porque no pudieron, que admite prueba en contrario —no sabemos todavía con qué consecuencias si se diera—, es, claramente, algo que no anda precisamente sobrado de precedentes en la doctrina del TC. Es más, yo pongo en duda que esa presunción tenga base suficiente, ya que es muy fácil vivir con quien uno sabe que no puede casarse, con independencia de cuál sea la razón por la que no puede, y luego ponerse a elucubrar sobre si querían o no casarse. De momento, podemos constatar una evolución peligrosamente psicologicista del argumento de libertad de elección entre matrimonio y unión libre, ya que se llega a dar relevancia a los motivos por los que no se casaron los que no podían casarse entre sí.

Esta nueva formulación de la doctrina del TC sobre el alcance del argumento de libertad de elección entre matrimonio y unión libre, al que parece adherirse con auténtico furor, aparece hecha en términos tales que no está de más poner de manifiesto sus consecuencias. La primera es que impone que los convivientes que no puedan contraer matrimonio por una causa constitucionalmente proscrita o inadmisibles deben tener de los

mismos derechos y deberes que habrían tenido de haber podido casarse. Parece, pues, que se trata de que no casados tengan acceso, por la vía del art. 14 CE, al estatuto legal del matrimonio en su integridad: derechos y deberes recíprocos y respecto a terceros; todo. No ya sólo la pensión de viudedad, como en su día estableció la ley de divorcio, o la subrogación en el arrendamiento, que era el caso objeto de la sentencia que comento, sino todo el estatuto matrimonial: deber de fidelidad, alimentos, derechos sucesorios con legítima incluida, régimen económico legal supletorio, tratamiento fiscal como casados, etc. Y no sabemos si los hijos que hubieran tenido deberían ser tratados a todos los efectos como matrimoniales, o si regiría la presunción de paternidad del compañero de la madre —téngase en cuenta que sí operaría el deber de convivencia y, acaso, también su presunción. Por si fuera poco, más aun: la misma norma 2ª de la disposición adicional 10ª de la ley de divorcio sería perfectamente prescindible, ya que aun sin ella se habría conseguido el mismo efecto, ya que sería discriminatorio no reconocer derecho a la pensión de viudedad al conviviente superviviente que no pudo casarse con el cotizante, por impedírsele una causa proscrita por la Constitución. Así las cosas, mejor habilitamos una partida presupuestaria extraordinaria para indemnizar a las víctimas de esa situación, y dejamos lo demás tal y como está.

Quiero señalar que, aun aceptando la lógica de esta sentencia, no era necesario ir tan lejos. Y es que con la entrada en vigor de la Constitución aquellas causas que impedían contraer matrimonio y que vulneraban el contenido esencial del derecho a contraerlo, quedaron derogadas (arts. 14, 32.1 y 53.1 y disposición derogatoria 3ª CE), sin tener que esperar a la reforma del Código civil, con lo cual ya pudieron contraer matrimonio válidamente. Pienso en los impedimentos de impotencia, orden sagrado, claramente. En cuanto a la indisolubilidad del matrimonio por divorcio, reitero que, con no ser algo indiscutible por evidente, aunque se considere que es una exigencia constitucional su admisión —no *ex art.* 32.2, sino 10.1 y 32.1 CE—, no considero discriminatorio que no se equipare a los que convivieron en unión libre, porque no podían casarse al subsistir el impedimento de vínculo matrimonial, a los casados, a ningún efecto, ni siquiera para la pensión de viudedad, de manera que si se les concedió no fue para evitar una discriminación, sino por una opción legítima de política legislativa. Opción que fue, por cierto, bastante generosa, ya que no se requirió que la convivencia se hubiese prolongado después de entrar en vigor la Constitución (irretroactiva, podemos suponer) —sólo tras ese momento es cuestionable la constitucionalidad de la indisolubilidad del matrimonio—, ni que se hubiese prolongado hasta la muerte del cotizante, siendo indiferente al causa de la separación, y con independen-

cia de que exista o no estado de necesidad o de que el fallecimiento del cotizante haya supuesto la más mínima pérdida patrimonial o afectiva para el beneficiario. Yo no considero que quien, no existiendo divorcio, decidiera casarse, por el hecho de que se separe y viva en unión libre con otra persona, tenga un derecho amparable por el art. 14 CE a exigir que se le trate como si hubiera estado casado con su conviviente, por mucho que se hayan querido y por mucho que haya sufrido con su cónyuge. Como tampoco creo que lo tiene el que decide vivir en unión libre con una persona casada, sabiendo que no podrá casarse en tanto no esté admitido legalmente el divorcio. Quienes optaron por estas formas de convivencia deben correr con las consecuencias. Como puede apreciar el lector, yo también tengo bastante apego al argumento de libertad de elección, pero no sólo entre el matrimonio y la unión libre, sino también entre casarse o permanecer soltero, elegir a un soltero o a un casado para formar una unión libre, elegir a una persona del mismo o de diferente sexo ...

III

EL ARGUMENTO DE LIBERTAD DE ELECCION Y LA DIFERENCIA DE SEXO COMO REQUISITO PARA CONTRAER MATRIMONIO

Hemos visto cómo el argumento de libertad de elección entre matrimonio y unión libre, si es incorrectamente formulado, puede dar lugar a equívocos. Así, cuando en toda una serie de SSTC, desde la 184/90, se reiteró que no era discriminatorio no reconocer derecho a la pensión de viudedad a quienes habían convivido en unión libre, sin que nada les impidiese contraer matrimonio, ya observé que esto se prestaba a ser entendido como que, si algo les impidiera contraerlo, deberían ser equiparados a los casados. Posteriormente, se interpuso recurso de amparo haciendo valer, precisamente, la discriminación que suponía denegar el derecho a percibir una pensión de viudedad al conviviente supérstite, unido libremente al cotizante, con el que no había podido contraer matrimonio, ya que eran del mismo sexo. También hemos visto cómo en el ATC 222/94 que no admitió este recurso se razonó diciendo que la diferencia de sexo, como requisito para contraer matrimonio no era discriminatoria, ya que la Constitución (art. 32.1) sólo garantiza el derecho a contraerlo entre personas de sexo diferente. Finalmente, tras la reciente STC 155/98, es indudable que, mientras se considere que la diferencia de sexo como requisito para contraer matrimonio no es inconstitucional—y, dado el tenor literal del art. 32.1 CE, veó bastante difícil considerarlo—, no

pueden los convivientes del mismo sexo pretender su equiparación a los casados. Para que la equiparación sea posible, cuando la ley no la establece, es necesario que la causa por la que se impide contraer matrimonio esté proscrita por la Constitución, en el sentido que he apuntado, esto es, que vulnere el contenido esencial del derecho a contraerlo (arg. arts. 32.1 y 53.1 CE). Lo que sucede es que en esta STC 155/98 se considera que esta condición es suficiente para que se produzca esa equiparación, y que abarca todos los derechos y deberes que integran el estatuto legal del matrimonio, todo lo cual me parece excesivo, como antes expuse.

No está de más, vistas las cosas, recordar que la concesión de pensión de viudedad, en virtud de la norma 2ª de la disposición adicional 10ª de la ley 30/81, al conviviente supérstite que no pudo contraer matrimonio con el cotizante fallecido por impedírselo la legislación anterior, no fue algo constitucionalmente ineludible so pena de ser discriminatorio, sino que se trató de una opción de política legislativa, y bastante generosa, por cierto, como he mostrado. Y es que vuelvo a decir que si alguien opta por casarse no existiendo la posibilidad de divorciarse, y luego se separa y vive en unión libre con otra persona, con la que podría casarse de estar ambos solteros, no tiene ningún derecho a que se le considere, a ningún efecto, como casado: que se atenga a las consecuencias de contraer matrimonio cuando éste todavía es indisoluble por divorcio. Y si alguien decide unirse a una persona casada, cuyo matrimonio va a subsistir hasta que se admita el divorcio, pues lo mismo, que se atenga a las consecuencias, y si quería casarse y estaba soltera, que hubiera elegido a otra persona, con la que hubiera podido casarse. Si considera que el impedimento legal es contrario al derecho a contraer matrimonio, pues que interponga las reclamaciones y demandas oportunas, hasta recurrir en amparo al TC, por discriminación (arts. 14 y 53.2 CE) en el ejercicio de un derecho constitucional, si fuera necesario y, si le dan la razón, la consecuencia no va a ser otra que el reconocimiento del derecho a contraer matrimonio, estando prevista la posibilidad de solicitar una indemnización ante los jueces y tribunales (arts. 55.1 y 58 LOTC), pero no el reconocimiento de todos los derechos y obligaciones que habría tenido de haber estado casado; y si todo esto ha sucedido en aplicación de una ley, puede autoplantearse el TC una cuestión de inconstitucionalidad (art. 55.2 LOTC). Con lo cual, resulta que la imposibilidad de contraer matrimonio por una causa constitucionalmente proscrita no es condición suficiente para equiparar a los perjudicados con los casados, en contra de lo que se sostiene en la STC 155/98. Pero es que, además, resulta que tampoco es condición necesaria —la STC 155/98 no dice que lo sea. Es decir, la ley puede, sin llegar al extremo de desvirtuar las diferencias entre matrimo-

nio y unión libre (arg. arts. 10.1 y 32 CE), como ya expliqué, extender a los convivientes derechos y obligaciones o responsabilidades de los casados, con independencia de que pudieran o no contraer matrimonio entre sí.

Va siendo ya hora de que nos demos cuenta de que el argumento de libertad de elección entre el matrimonio y la unión libre puede explicar la adopción de medidas de equiparación o de diferenciación, que entran dentro del amplio margen de libertad del legislador, pero sólo es una exigencia constitucional para evitar que el tratamiento dispensado al matrimonio sea tan favorable que haga insoportable la situación de los solteros, vivan unidos a otra persona o no (arts. 10.1 y 14 CE), o para evitar la situación contraria, es decir, que quede desvirtuada la diferencia entre matrimonio y unión libre (arts. 10.1 y 32.1 CE). En ningún sitio está dicho que sea una exigencia constitucional el derecho a contraer matrimonio con la persona con la que uno viva en unión libre, y mucho menos que se les considere casados, aunque no lo estén porque no pueden. Sí integra el contenido esencial del derecho a contraer matrimonio poder elegir al contrayente. Pero no es menos cierto que la ley que regule el ejercicio de este derecho puede condicionar esa elección, siempre que respete su contenido esencial. Pues bien, si en el art. 32.1 CE sólo se ha querido garantizar el matrimonio entre dos personas de sexo diferente —que el legislador pueda o, incluso, deba ampliar el matrimonio a otros supuestos es discutible, y de ello me estoy ocupando en otra investigación, por lo que el lector me permitirá que ahora no le cuente mis ideas al respecto—, está fuera de duda que no puede pretenderse que las uniones libres entre más de dos personas o entre dos del mismo sexo deben poder acceder al estatuto legal del matrimonio, ya que no pueden casarse. Si nos paramos un momento a pensarlo, es una barbaridad decir que, aunque no sea inconstitucional que no puedan casarse entre sí, por esto mismo, deben ser tratados como si lo estuvieran, ya que esto sería tanto como estar casado sin estarlo, precisamente, porque no pueden estarlo. ¿Cómo se puede defender que si la ley impide contraer matrimonio, otra ley deba tratar como casados a los que no pueden casarse? Con una Constitución como la nuestra, que garantiza la institución matrimonial (art. 32.1 CE), previendo una protección específica —la que el legislador decida al regular los derechos y deberes de los cónyuges (art. 32.2 CE)—, y estando amparada la libertad de elección entre diversas opciones (art. 10.1 CE) —unión familiar (matrimonial o libre), o no familiar, o en solitario—, es inconstitucional considerar casado al que no lo está, con independencia de que no lo esté porque no quiere o porque no puede casarse con la persona con la que convive, sea lo que fuere lo que lo impida. Y que se pueda o no prever una suerte de matrimonio —no una unión libre formalizada y regu-

lada, pero con libre ruptura por el solo hecho de la separación o a petición de uno de ellos sin necesidad de que concurra justa causa— más o menos de segunda clase, al que sean admitidos quienes, según la ley, no pueden casarse entre sí (solución escandinava y holandesa de parejas registradas), va a depender de que sea o no inconstitucional que puedan casarse, porque lo de menos es el nombre que se dé a ese tipo de matrimonio. Pero sobre esto último ya he dicho que por ahora no voy a contar más.

Por lo tanto, lo que hay que analizar es si la libertad de elección del contrayente, que integra el contenido esencial del derecho a contraer matrimonio, es o no violada cuando la ley sólo admite el matrimonio entre dos personas de sexo diferente. En el ATC 222/94 se dejó claro que no. Esto no significa, como ya expuse en otro lugar, que personas homosexuales no puedan casarse, ni que no puedan casarse entre sí. Sólo significa que no pueden casarse dos personas del mismo sexo, pero si son de sexo diferente, en principio, es irrelevante cuál sea su orientación sexual. Teniendo en cuenta que lo decisivo es que puedan prestar consentimiento matrimonial (arts. 45.1 y 73.1º C.c.), y que éste consiste en el compromiso libre y consciente de aceptar los derechos y deberes recíprocos, que aparecen en los arts. 67 y 68 C.c. (respeto, ayuda y socorro mutuos, fidelidad, convivencia, actuar en interés de la familia), es evidente que no hay orientación sexual (heterosexual, bisexual, homosexual) incompatible con la asunción seria de tales compromisos. Otra cosa es que, si se hace una lectura en clave subjetivista del requisito de relevancia del error sobre las cualidades personales del otro contrayente —“que, por su entidad, hubiesen sido determinantes de la prestación del consentimiento” (art. 73.4º C.c.)—, de manera que para saber si una cualidad tiene o no esa entidad, no se deba acudir sólo a parámetros objetivos, sino que también se haya de dar entrada a lo que cada uno considera que tiene esa entidad y, que de haber conocido, no habría prestado su consentimiento, entonces, puede que el error sobre la orientación sexual sea motivo de nulidad. Pero, aun así, hay que tener presente dos cosas: que cualquier orientación sexual puede ser relevante para generar ese error; y que el matrimonio se convalida por la convivencia durante un año después de desvanecido el error (art. 76.2 C.c.). No es cierto, por lo tanto, que una determinada orientación sexual impida contraer matrimonio. Lo que sí es cierto es que no cualquier unión libre puede ser formalizada como matrimonio, pero esto es así porque mientras que cualesquiera pueden integrar una unión libre, con tal que se den sus elementos objetivos — recordemos la comunidad de cuidados y responsabilidades recíprocas—, uno no tiene derecho a elegir como cónyuge a quien la ley se lo impide, presuponiendo la no inconstitucionalidad de dicha ley, en este caso, la

que exige la diferencia de sexo para contraer matrimonio (art. 44 C.c.); recordemos el ATC 222/94.

Y tampoco hay algo que obligue a establecer “compensaciones” para los que vivan unidos libremente sin poder contraer matrimonio entre sí, reconociéndoles derechos que no se reconocen a las uniones que sí pueden ser matrimoniales. Otra cosa es que la ley quiera establecerlas, pero en tal caso, no podrá hacerlo de manera discriminatoria, es decir, sin justificación suficiente, o a costa de penalizar uniones que no deban ser tratadas peor que las demás. Como tampoco puede la ley tratar peor las uniones entre personas que no pueden casarse entre sí, a menos que exista una justificación suficiente de la diferencia de trato. Estoy diciendo, por tanto, dos cosas. Por un lado, que el requisito de la diferencia de sexo para contraer matrimonio no es inconstitucional, ni excluye la libertad de elección entre matrimonio y unión libre o unión no familiar o la vida en solitario, ni hace relevante la orientación sexual para negar por esta razón derechos que se tendrían si la orientación fuese una determinada. Y, por otro, que, en consecuencia, la orientación sexual de los integrantes de una unión libre no es criterio válido para establecer diferencias de trato entre uniones de este tipo, con base en que en unos casos sí existe y en otros no la libertad de elección para casarse o plantearse otras alternativas, ya que esa libertad se da en todos los casos. Esto no quiere decir que la identidad sexual (mujer/hombre) —no la orientación (homosexual, bisexual, heterosexual)— de los convivientes sea irrelevante y no permita establecer diferencias de trato entre las uniones libres integradas por dos personas del mismo sexo o de sexo diferente, sino que deberán estar justificadas por otras razones, no siendo suficiente el argumento de que en un caso sí se puede contraer matrimonio y en otro no, según la orientación sexual, ya que ésta es irrelevante, y cualquier persona tiene derecho a contraerlo, aunque no con personas que excluya la ley, conforme a la Constitución (art. 32.1 CE). No cabe, por tanto, tratar mejor ni peor a los convivientes, en función de su orientación sexual, siendo discriminatoria por injustificada cualquier diferencia de trato por este motivo (arg. arts. 10.1 y 14 CE, libre desarrollo de la personalidad y no discriminación por condición o circunstancia personal), con la única excepción de la adopción de medidas de acción positiva, a favor de los homosexuales, para contrarrestar así en alguna medida su discriminación social (arg. arts. 9.2 y 14 CE). Y tampoco cabe, como regla, tratar de forma diferente a los convivientes, en función de su identidad sexual, esto es, a menos que exista una justificación suficiente de esa diferencia. La justificación de esas diferencias posibles ha de resultar de la aplicación de un test o escrutinio estricto, ya que esta-

mos ante una de las clasificaciones sospechosas, expresamente contempladas como discriminatorias por la Constitución (art. 14).

Antes de entrar en más detalles sobre diferencias por razón de sexo, considero de interés analizar qué es lo que en otros países de nuestro más inmediato entorno político y cultural se está decidiendo últimamente, a falta de normas específicas al respecto, sobre diferencias de trato entre uniones de dos personas del mismo o de diferente sexo.

En Francia, la *Cour de cassation*, en su sentencia de 17.12.97 (3ª civil), consideró que no había discriminación por razón de sexo ni de orientación sexual en la interpretación del término *concubin notoire*, que puede continuar en el arrendamiento tras la muerte del arrendatario, según la ley de 06.07.89, como conviviente de sexo diferente, siendo el concubinato la unión estable y continua con la apariencia de matrimonio, por lo tanto sólo entre un hombre y una mujer. Por lo que pudiera valer, téngase en cuenta que el fiscal general había propuesto en su informe que no se restringiera el concepto de concubinato a tales uniones, atendiendo a la evolución de la sociedad, de forma que también se incluyesen las integradas por dos personas del mismo sexo, pero también advirtió que la interpretación tradicional no era discriminatoria.

En Alemania, como apunté al principio, el *Bundesverfassungsgericht* ha limitado el concepto de comunidad de vida análoga a la matrimonial (*eheähnliche Lebensgemeinschaft*) a las integradas por dos personas de sexo diferente, y lo ha justificado —o lo ha pretendido— diciendo que éstas son más numerosas y han cuajado más claramente como un tipo social, a diferencia de los otros casos (S. 17.11.92). Idea ésta que ha sido mantenida por el *Bundesgerichtshof* al aceptar la aplicación analógica de la norma relativa a la subrogación en el arrendamiento prevista en favor de familiares (*Familienangehörige*) del arrendatario fallecido (S. 13.01.93). El Tribunal Constitucional de Berlín, en un supuesto originado por el rechazo de una pretensión de equiparación al matrimonio, para la obtención de una vivienda social, de una unión libre entre dos personas del mismo sexo, en el sentido de que se eximiera al solicitante de los requisitos previstos para uniones no matrimoniales, ya que no podía casarse con alguien de su mismo sexo, consideró que tal equiparación no había sido querida por el legislador ni venía impuesta por la Constitución, estando justificada esta solución por la protección especial del matrimonio (art. 6 I GG) y no de la unión homosexual (S. 08.02.95) (27). El *Bundessozialgericht* (S. 13.03.97), en un supuesto en el que se discutía

(27) Me remito, para más detalles, al comentario que de esta sentencia hice en "La unión libre ...", págs. 198 y 199.

sobre la forma de calcular el importe del subsidio de paro, consideró que no era discriminatorio no tratar como a los matrimonios a las uniones entre dos personas del mismo sexo, y tampoco lo es no equipararlas a las comunidades de vida análogas a la matrimonial, esto es, las integradas por dos personas de sexo diferente, con las características señaladas en la sentencia antes citada del *Bundesverfassungsgericht*.

Especial atención merece el interesante caso resuelto por el *Bundesverwaltungsgericht* (S. 27.02.96). Un tailandés había conocido a un alemán, y solicitó un visado para poder viajar a Alemania, que tuviera un periodo de validez de un año, exponiendo en su solicitud que el objeto de su estancia no era otro que el de poder vivir allí juntos en adelante. El visado le fue concedido, pero sólo por tres meses. Una vez en Alemania, solicitó permiso de residencia, declarando también cuál era el objeto de ésta. Esta petición fue rechazada en todas las instancias anteriores. Pues bien, ahora fue estimado el recurso, y se ordenó a la autoridad administrativa que volviese a estudiar la petición del permiso de residencia, ya que la razón por la que había sido solicitado no está entre las excluidas, por lo que debía aplicar la norma que para estos casos permite resolverlos discrecionalmente, y que no fue tenida en cuenta en su momento. Este tribunal indicó que entre los pros y los contras a sopesar por la Administración debía estar que el hecho de vivir en una comunidad de vida homosexual estaba protegido por los arts. 2 I GG (autonomía de la voluntad, libre desarrollo de la personalidad) y 8 de la Convención europea de los derechos del hombre (respeto a la vida privada). Rechazó, en cambio, que tuviera derecho a la concesión del permiso —esto es, que no fuera discrecional, sino obligada, su concesión— por equiparación al matrimonio —esto era lo que el solicitante había pedido, alegando que no podía casarse con su compañero alemán—, ya que no es inconstitucional restringir la concesión de tal permiso al cónyuge y la familia de un ciudadano alemán o de un residente con permiso en Alemania, sino que es conforme a la protección especial del matrimonio y la familia (art. 6 I GG). Afirmó también que si bien es cierto que vivir en una unión no matrimonial, heterosexual u homosexual, está amparado por el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 2 I GG), este derecho no contiene prescripción alguna sobre entrada y residencia en un país, por personas que no están en los supuestos protegidos por el art. 6 I GG (matrimonio y familia). Tampoco con estas consideraciones se viola el principio de igualdad del art. 3 I GG, ya que limitar la concesión del permiso de residencia a cónyuge y familiares está justificado tanto por la protección especial del matrimonio y la familia (art. 6 I GG), como por el interés en evitar la entrada incontrolada de extranjeros. Y tampoco se desprende otra cosa del art. 8 de la citada

Convención, ya que no se ha venido considerando como vida familiar la de la unión homosexual, ni en la jurisprudencia de la Comisión ni en la del Tribunal de Estrasburgo, lo cual se explica por el hecho de que se haya generalizado en los países firmantes de esa Convención la convicción jurídica de que se trata de una supuesto de vida familiar. Finalmente, consideró que el derecho al respeto de la vida privada tampoco concede un derecho a obtener el permiso de residencia; en todo caso, si tal derecho pudiera resultar afectado, sería para justificar el mantenimiento de comunidades de vida previamente establecidas y consolidadas de personas arraigadas en el país, como, efectivamente, no era el caso.

Considero que este fallo es coherente con la interpretación absolutamente dominante que se viene haciendo allí del marco constitucional (28). Si en el art. 6 I GG se ordena la protección especial del matrimonio y la familia, resulta difícilmente compatible con este mandato considerar familia a la unión no matrimonial —aunque se trate de una *eheähnliche Lebensgemeinschaft*—, ya que si se la tuviera por tal, merecería también la misma protección que el matrimonio y quedaría sin contenido la posición preferente de éste. Por esto, se ha sostenido que no pueden recibir la consideración de familia aquellas uniones que concurren con la matrimonial, como alternativas a ésta. Como hemos visto, esto no significa que carezcan de amparo constitucional, pero es por la vía de la autonomía de la voluntad y del libre desarrollo de la personalidad (art. 2 I GG). Desde esta perspectiva, parece erróneo afirmar que si las uniones no matrimoniales fueran consideradas familia y, por esto, a proteger, también especialmente, como el matrimonio, no por esto quedaría sin sentido la protección especial de éste, en el sentido de que no podrían ser equiparadas una uniones y otras, por impedirlo el derecho a poder elegir entre ellas, como manifestación del libre desarrollo de la personalidad (art. 2 I GG), puesto que lo que entonces sí sería posible es tratarlas de forma distinta, pero también incluyendo la posibilidad de tratar a las uniones no matrimoniales mejor que al matrimonio, lo cual sería contrario al mandato de especial protección de éste. Ahora bien, yo creo que el obstáculo no es insalvable, si se plantean las cosas de otra forma: si por

(28) Es tan apabullante la cantidad de autores y de sentencias que niegan la consideración de familia a la relación entre los convivientes, sobre todo, si no tienen hijos comunes, que voy a citar sólo a uno de los pocos autores que mantienen posiciones más bien posibilistas y que registra la lenta y costosa evolución que se ha ido observando desde los primeros años ochenta: H. STINTZING: *NICHTEHELICHE LEBENS-GEMEINSCHAFT UND RECHTLICHE REGELUNG -EIN WIDERSPRUCH?*, Berlín 1992, esp. págs. 106-109 y 112-119, cuya interpretación de lo que da de sí el concepto de familia del art. 6 I GG es básicamente la que propongo algunas líneas más abajo.

familia en el art. 6 GG no sólo se entiende la relación padre o madre e hijo —éste es el sentido original de la norma—, sino también la relación horizontal entre convivientes —la evolución de la moral y del Derecho lo podría permitir—, esto no puede llevarse al extremo de proteger uniones familiares no matrimoniales más que al matrimonio, que es y continúa siendo acreedor de una protección que ha de ser especial no sólo frente a lo que no es familia, sino también frente a uniones con él concurrentes, que pudieran llegar a alcanzar la consideración de familia.

En nuestro Derecho, el marco constitucional se presenta de diferente forma, al estar separados los preceptos relativos al matrimonio y a la familia (arts. 32 y 39.1 CE). Aquí no hay inconveniente en considerar familiares a los que integran una unión libre con las características señaladas al principio —comunidad de vida, con cuidados y responsabilidades recíprocos, duradera y exclusiva—, ya que esta consideración es perfectamente compatible con la protección específica del matrimonio, de la que carecen otras uniones. Dicho de otro modo, mientras que la unión no matrimonial, como familia que es (STC 222/92), no tiene otro amparo constitucional que el que le brindan los arts. 10.1 (libre desarrollo de la personalidad) y 39.1 (protección genérica de la familia) CE, el matrimonio tiene esos mismos protectores y, además, el específico del art. 32 CE, lo cual nos permite, con menos dificultades que en Alemania, compatibilizar la consideración de la unión libre como familia y la protección diferenciada y mayor del matrimonio.

Enormemente ilustrativa de la situación actual resulta una reciente (17.02.98) sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en un supuesto que tiene que ver de lleno con nuestro tema. Se trataba de una empresa británica de transporte, que había negado a la compañera de una de sus empleadas la aplicación de descuentos en sus viajes, que sí aplicaba no sólo a los cónyuges, sino también a los convivientes de sexo diferente cuya relación durase dos años por lo menos. No se trataba, pues, de exigir la equiparación a los casados, sino a las uniones entre personas de sexo diferente. Consideró el Tribunal que no había habido discriminación al establecer esa diferencia de trato entre unas y otras uniones libres, con argumentos sumamente esclarecedores de la situación. En primer lugar, hay que destacar que rechazó que hubiera una discriminación por razón de sexo, con el argumento de que esa diferencia de trato afectaba por igual tanto a hombres como a mujeres. En segundo lugar, recordó que la Convención europea de derechos del hombre (arts. 8 y 14) no obliga a considerar que las relaciones homosexuales sean consideradas familiares, aunque sean dura-

deras, ni que sea discriminatorio no reconocerles derechos que sí se reconozcan a las parejas heterosexuales. En tercer lugar, rechazó que hubiera discriminación en el sentido de la directiva 76/207/CEE, sobre discriminación laboral por razón de sexo, o del art. 119 del Tratado de la Comunidad Europea, ya que tales normas no son aplicables a las diferencias por razón de la orientación sexual. Y, finalmente, se apoyó en el Tratado de Amsterdam de 17.02.97, de modificación del anterior sobre la Unión Europea —en él se prevé un nuevo art. 6 a del Tratado de la Comunidad Europea, que posibilitará al Consejo, con el voto unánime de sus miembros, a propuesta de la Comisión, tras oír al Parlamento Europeo, la adopción de medidas adecuadas para la remoción de diversas formas de discriminación, especialmente por razón de orientación sexual—, para considerar que hay que esperar a que se adopten tales medidas.

Me interesa detenerme en la cuestión de si una diferencia por razón de la orientación sexual es o no una diferencia por razón de sexo. Aunque en este caso el Tribunal consideró que no hay discriminación cuando tal diferencia afecta a ambos sexos por igual, hay que advertir que en una sentencia anterior no tan lejana (30.04.96) no había admitido esta argumentación. Entonces sí consideró contrario al art. 5 I de la directiva 76/207/CEE despedir a un trabajador británico por haberse sometido a una operación de cambio de sexo, diciendo que era discriminatorio por razón de sexo no sólo establecer diferencias en razón de la pertenencia a un sexo, sino también cuando se trataba a alguien peor que a las personas del mismo sexo al que pertenecía antes de la operación. Y esta interpretación de la discriminación por sexo fue presentada como una exigencia del respeto a la dignidad y libertad de la persona. Pues bien, entonces, el Gobierno británico ya alegó en defensa del carácter no discriminatorio de dicho despido que esta medida habría sido tomada igual en el caso de que hubiera sido una mujer la que se hubiera sometido a una operación de este tipo, lo cual fue rechazado, como se ha visto, por el Tribunal. Sin embargo, en el caso más reciente, expuesto antes, sí se aceptó que esa diferencia afectaba por igual a ambos sexos, por lo que no era discriminatoria.

No me plantea la más mínima duda que establecer diferencias de trato por razón de la orientación sexual es establecer distinciones por razón de sexo, ciertamente, no por el del sujeto afectado, sino por el del sujeto por éste elegido, en este caso, para formar una unión. En los casos que hemos visto, el trato dispensado a los que vivían unidos a personas de su mismo sexo era peor que el dispensado a los que vivían unidos a personas de sexo diferente. Como se ha advertido certeramente por la

doctrina, especialmente la norteamericana (29), también la prohibición de los matrimonios interraciales afectaba por igual a los individuos de todas las razas afectadas, sin que esto hiciese no discriminatoria tal prohibición, y también en tales casos la diferencia se establecía por la raza del sujeto elegido para contraer matrimonio. Pues bien, estamos ante una diferencia de trato por razón de sexo, cuya justificación habrá que ver si existe y si es suficiente. El test a aplicar será el estricto, puesto que estamos ante uno de los criterios o clasificaciones sospechosos, según el art. 14 CE. Y no es correcto negar esto diciendo que en este caso no son sólo las mujeres las afectadas, sino también los hombres, para conseguir un test no estricto, en el que baste con que la diferencia no sea irrazonable o arbitraria. Aunque todos están afectados por igual, lo que subyace en el peor trato que se da a los homosexuales, sean hombres o mujeres, es la convicción de la inferior condición de la mujer (30). En el caso de la homosexualidad masculina el tabú o, si se prefiere, el reproche a esta conducta se basaría en la indignidad que para un hombre supone prestarse a que otro le penetre como si fuera una mujer, mancillando así ambos, tanto el sujeto activo como el pasivo, pero especialmente éste, la superior condición masculina, degradándola al nivel de objeto de placer, que es el nivel de la condición femenina, según esta visión machista. En el caso de la homosexualidad femenina, el reproche estaría basado en que así se comete un grave acto de rebeldía, al gozar sin servir de objeto de satisfacción para el hombre, negándole su superior condición, según esa misma lógica. El tabú de la homosexualidad no es, pues, sino uno de los presupuestos básicos de la sociedad patriarcal, ya que su práctica pone en cuestión el reparto de roles propios de dicha sociedad en todos los demás ámbitos de la vida. Pues bien, si en el art. 14 CE se deja claro que las diferencias por razón de sexo son sospechosas, por haber servido de instrumento para el sometimiento de la mujer al hombre, inadmisibles constitucionalmente, esto se ha de mantener tal cual cuando de diferencias por orientación sexual se trata. Dicho de otra forma, hay diferencias por razón de sexo no sólo cuando se utiliza como criterio tanto la identidad como la orientación sexual, es decir, o bien la identidad sexual del sujeto aisladamente considerado, o bien la identidad sexual del sujeto al que otro dirige sus preferencias sexuales.

Que el test o escrutinio a aplicar a tales diferencias es el estricto significa que no basta como justificación con que exista una distinta

(29) Por todos, vid. A. KOPPELMAN: *"Why Discrimination Against Lesbians And Gay Men Is Sex Discrimination"*, *New York University Law Review*, 69 (1994) n.2, págs. 197 y ss..

(30) Sigo a KOPPELMAN, op. cit., págs. 235, 236, 242, 244, 249-252, especialmente.

situación real, que se persigan fines no contrarios a la Constitución, y que exista una conexión racional entre la diferente situación real, la diferencia de trato establecida y el fin a conseguir. Es necesario que, además, la diferencia de trato sea proporcionada al fin que se pretende conseguir. Sólo las desigualdades que superen este escrutinio serán constitucionalmente posibles (31).

Ya demostré (32) cómo el requisito de la diferente identidad sexual de los adoptantes en la adopción conjunta simultánea (art. 175.1 C.c. y disposición adicional 3ª de la ley 21/87), o sucesiva sin extinción de los vínculos adoptivos o biológicos anteriores (art. 178.2 C.c.), es una diferencia de trato justificada, porque el interés primordial a proteger ahí no es el de la igualdad, sino el del adoptado, lo cual significa que el legislador dispone en este campo de un mayor margen de libertad: no existe el derecho a un hijo, sino a que la regulación de la adopción no sea discriminatoria. Así, el propósito de que mediante la adopción no se pueda llegar a relaciones paternofiliales que no se podrían dar en la filiación por naturaleza, de manera que no se pueda tener dos padres ni dos madres, es una diferencia de trato por razón de sexo, que no es discriminatoria, pues se basa en una apreciación no irracional, basada

(31) Vid. J. GARCÍA MORILLO: "La cláusula general de igualdad", en DERECHO CONSTITUCIONAL, VV.AA., vol. I, Valencia 1994, págs. 165-169, al enunciar lo que él llama "elementos objetivadores de la diferenciación", que son los que integran el test o escrutinio estricto, pues introduce el de proporcionalidad. En contra de la introducción del elemento de proporcionalidad, vid. J. JIMÉNEZ CAMPO: "La igualdad jurídica como límite frente al legislador", REDC nª 9, págs. 109-111. Pero, con E. ALONSO GARCÍA ("El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española", RAP nn. 100-102, págs. 59-62), cabe contestar que el requisito de proporcionalidad no implica un control de oportunidad de la diferencia de trato, como sucede con el criterio de la alternativa menos gravosa, sino que la alternativa por la que se ha optado no sea excesivamente gravosa, de forma que "no basta con demostrar que hay un interés constitucionalmente legítimo que justifica la desigualdad, sino que la persecución de ese interés tiene que ser real y proporcionada", siendo "idóneo el medio que tienda a conseguir exactamente el fin de la norma y no vaya más allá".

En términos contundentes M. RODRÍGUEZ PIÑERO y M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ (IGUALDAD Y DISCRIMINACIÓN, Madrid 1986, págs. 53, 54, 62, 63, 160, 163 y 164) dicen que la cláusula antidiscriminatoria del art. 14 CE, relativa a los criterios sospechosos de distinción en él contenidos, tanto los nominados singularmente como los de la cláusula final abierta, exige no sólo la eliminación de la arbitrariedad -de esto ya se ocuparía la cláusula general de igualdad-, sino la discrecionalidad de los poderes públicos, lo cual justifica la adopción del test de adecuación (proporcionalidad), que atienda además a las consecuencias indirectas de la medida, para evitar que la adopción de criterios aparentemente neutros, se termine perjudicando a grupos afectados por esos criterios sospechosos.

(32) Sobre identidad y orientación sexual en relación a la adopción, vid. LA UNIÓN LIBRE ..., cit., págs. 70-75.

en que no es beneficioso para el niño ver como completa, porque hay dos personas, una filiación en la que sólo hay uno de los dos referentes de la identidad de género, cosa que no sucede en la adopción individual, en la que sólo hay un referente de esa identidad pero está claro que no se le presenta como completa al adoptado, ni en las adopciones conjuntas por dos personas de diferente sexo, que sí se presenta como completa y sí reúne los dos referentes. En cambio, considero que, siendo irrelevante la orientación sexual del adoptante o de los adoptantes para el bienestar y la adecuada formación del adoptado, sería discriminatoria cualquier diferencia de trato, basada en esta condición o circunstancia; por esto es por lo que la ley no hace referencia a esta cuestión, y sí a la identidad sexual de los adoptantes. Lo dicho vale exactamente para la fecundación asistida: no es discriminatorio que no pueda ser utilizada de forma que el nacido tenga dos madres (la gestante y la que dio su consentimiento para la fecundación) o dos padres (el biológico y el comitente, si la gestante se obliga a darles el hijo).

Podrían estar justificadas también diferencias de trato entre uniones libres que, al revés de lo que hemos visto en algunas de las sentencias antes referidas o comentadas, implicasen un mejor trato a las integradas por dos personas del mismo sexo. En los arts. 9.2 y 14 CE hay base suficiente para admitir este tipo de discriminaciones, llamadas positivas, pues van dirigidas a hacer frente a una situación real familiar, laboral, social, etc. de desventaja o de discriminación constitucionalmente inadmisibles (33), como es la que, en estos casos, padecen las mujeres —antes mostré cómo éste es el origen del tabú de la homosexualidad, y su represión— y los homosexuales de uno y otro género. Ahora bien, considero que esta factible acción positiva de remoción de obstáculos a la libertad y a la igualdad reales, no puede hacerse desconociendo algo que no es menos real que lo anterior y, además, es permanente —es de esperar que antes o después desaparezca la discriminación de mujeres y de homosexuales—, y que no es otra cosa que el interés social indiscutible por la procreación y el cuidado y educación de los niños.

Sin embargo, tengo que advertir que, en mi opinión, no superan el test estricto de igualdad las diferencias de trato, consistentes en favorecer las uniones libres entre dos personas de sexo diferente, frente a las otras,

(33) Sobre discriminación positiva, ya ALONSO GARCÍA (op. cit., pág. 79) la consideró amparada en el art. 9.2 CE. Más extensamente, RODRÍGUEZ PIÑERO y FERNÁNDEZ LÓPEZ, op.cit., págs. 66-78, 165-167, que sitúan en el mismo art. 14 CE ("sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de ...") el mandato constitucional habilitante para la adopción de estas medidas.

salvo lo que he expuesto sobre adopción y fecundación asistida. ¿Podría justificarse ese mejor trato en la posibilidad que tienen esas uniones de procrear o de adoptar? Yo creo que no superan el test estricto de igualdad, ya que, si bien tales diferencias no serían arbitrarias, y superarían el test no estricto (de racionalidad, por la diferente situación real, no inconstitucionalidad del fin perseguido, conexión lógica entre la distinta situación, el fin y la diferencia de trato), considero que no superan el examen de proporcionalidad, ya que en tales casos no sólo se beneficiarían de esas ventajas las uniones libres con hijos comunes, sino también las uniones entre mujer y hombre que o no pueden o no quieren tenerlos. Piénsese que las uniones libres entre dos personas del mismo sexo quedan discriminadas así, ya que en una situación igual a la suya (las uniones de dos personas de sexo diferente sin hijos comunes) se tienen derechos que se les niegan a los otros. Por esto es por lo que considero que sólo están justificadas aquellas diferencias de trato que favorecen a uniones libres con hijos comunes, frente a todas las demás que no los tengan, aunque puedan tenerlos.

Pero es por esta mayor utilidad social de estas uniones con hijos comunes, por lo que también considero que las medidas de acción positiva en favor de las uniones entre personas del mismo sexo no pueden conferirles mayores ventajas que a las uniones libres con hijos comunes. Y me parece bastante dudoso que pueda contestarse a esto diciendo que los que viven en unión libre con hijos comunes pueden contraer matrimonio entre sí, mientras que dos personas del mismo sexo no pueden casarse, como justificación de que las uniones libres entre éstos sean mejor tratadas que las otras. Lo que justifica las medidas de acción positiva, consistentes en conceder ventajas adicionales a las uniones entre personas del mismo sexo, es intentar superar la situación de discriminación real de las mujeres y de los homosexuales, pero no es porque no puedan casarse, que obviamente sí pueden, con persona de distinto sexo, sin que esto constituya una discriminación (ATC 222/94, en relación a los homosexuales hombres o mujeres). Me parece, por tanto, que las uniones libres especialmente protegibles con medidas de acción positiva —las integradas por personas del mismo sexo—, no merecen una mayor protección que las uniones socialmente más útiles —las de aquellos que tienen hijos comunes. No es que las demás carezcan de utilidad social, sino que es menor o es transitoria: todas las uniones libres son socialmente útiles, por cuanto implican de solidaridad (cuidado y responsabilidad recíprocos); las integradas por personas del mismo sexo todavía tienen, por desgracia, una utilidad adicional, por cuanto su existencia contribuye a visualizar un fenómeno secularmente reprimido injustamente, como es el de la homosexualidad, que no es sino uno de los instrumentos fundamentales

de intolerancia de la sociedad patriarcal, cuyo objetivo no era otro que el de reforzar el sometimiento de la mujer, circunscrita a su papel reproductor, en el que además no tiene derecho a decidir. Pero considero que el interés de la sociedad por perpetuarse y por cuidar y educar a los que van llegando es permanente y vital, por lo que justifica que se favorezca a las uniones con hijos comunes, sin que puedan ser peor tratadas que las demás, tampoco peor que las que pueden ser favorecidas para luchar contra ciertas discriminaciones, por intolerables que éstas sean.

Con base en estas consideraciones, me parece discriminatoria la exclusión de las uniones entre dos personas del mismo sexo de los conceptos de concubinato o de comunidad de vida análoga a la conyugal, que se mantienen en Francia y Alemania, respectivamente. No deja de parecerme chocante que la discriminación por razón de la orientación sexual tampoco reciba el tratamiento debido en las instancias europeas, entre otras cosas, porque en el nuevo texto recientemente acordado en Amsterdam para el Tratado de la Comunidad Europea (art. 6 a) se deje la cuestión en manos del Consejo, donde se requerirá el voto unánime — luego cabe el veto, y esto es demostrativo de que hará falta algo más que en amplio consenso entre los Gobiernos de los Estados miembros—, a propuesta de la Comisión, tras oír al Parlamento Europeo —éste ya se ha pronunciado al respecto (resolución de 08.02.94, sobre derechos de los homosexuales y las lesbianas en la Comunidad Europea), ya podemos ver con qué éxito. Este planteamiento, que corresponde a una visión extremadamente conservadora, es el coherente con la idea de que aquí no se está ante diferencias por razón de sexo, ya que afectan por igual a hombres y a mujeres. Ya he mostrado cómo esto no es así, y que sí es una diferencia por razón de sexo, es más, que es manifestación básica de la subyacente discriminación de la mujer. Me parece, por esto, que urge buscar otra interpretación para dicho nuevo art. 6 a del Tratado de la Comunidad Europea, de forma que éste no constituya una rémora, ni sea la puerta por la que se cuelen o subsistan discriminaciones contra los homosexuales en la Unión Europea, al no aplicarles el mismo tratamiento que el previsto para las (otras) diferencias por razón de sexo. Yo propondría interpretarlo en el sentido de que las medidas que en él se prevé que pueda adoptar el Consejo, con los requisitos antes apuntados, no sean otras que las de acción positiva, es decir, aquellas que supongan un trato especialmente favorable para los homosexuales, para así contrarrestar la discriminación real que siguen padeciendo. Así interpretado, sí tiene sentido exigir la unanimidad del Consejo. En cambio, hemos de pensar que para acabar con las diferencias consistentes en tratar peor a los homosexuales no hace falta esperar la adopción de medidas específi-

cas al amparo de ese art. 6 a, sino que basta con aplicar las disposiciones vigentes sobre no discriminación por razón de sexo.

IV

LA LEY CATALANA 10/98, DE UNIONES ESTABLES DE PAREJA Y LA LIBERTAD DE ELECCION ENTRE MATRIMONIO Y UNION LIBRE

No voy a hacer un análisis en profundidad de esta ley, sino de la utilización que en ella se hace del argumento de libertad de elección, aunque también haré algunas reflexiones sobre la solución que en ella se ha dado a cuestiones planteadas en este trabajo.

Antes de entrar en esas cuestiones he de decir que no me parece que haya habido extralimitación competencial del Parlamento catalán. El límite del art. 149.1.8ª (“relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio”) CE ha sido respetado, ya que no se regula el matrimonio. Y tampoco me parece que se haya hecho otra cosa que desarrollar el Derecho de familia catalán, en el que existen otras normas relativas a la unión libre, no sólo en cuanto a relaciones verticales de filiación y potestades familiares (arts. 94.1a, 97.2, 115.2, 127.2, 179.1c de la ley 9/98, del Código de familia), sino también en relaciones horizontales (arts. 86.1b y 179.1a del Código de familia), con lo que la conexión existente permite hablar de desarrollo del Derecho civil catalán (SSTC 88 y 156/93, especialmente, la primera).

Resulta verdaderamente chocante que esta regulación de uniones libres no haya sido incluida en el Código catalán de familia, aprobado el mismo día. La explicación que de esto se da en el preámbulo de la ley es bastante inconsistente: que estas uniones no matrimoniales no están, a diferencia del matrimonio, “jurídicamente reguladas, ni hay un derecho constitucional en relación con su establecimiento”. ¿Significa esto que sólo son relaciones familiares las que están contempladas en la Constitución: filiación, matrimonio y protección de los niños (arts. 14, 32 y 39 CE)? Si esto fuera cierto, la unión libre no podría ser considerada familia, lo cual supone ignorar el reconocimiento explícito de que sí lo es, realizado por el intérprete supremo de nuestra Constitución (STC 222/92 y posteriores), y ser contradictorio con lo que la misma ley de parejas establece después, al configurar un estatuto típicamente familiar para tales uniones. No otra cosa que típicamente familiares, por no decir matrimoniales, son los derechos y deberes recíprocos previstos —contribución al levantamiento de las cargas de la unión (arts. 3.2 y 22.2), alimentos (arts.

8 y 26), prestaciones diversas para el caso de ruptura (arts. 13, 14 y 31) o de muerte de uno de ellos (arts. 18.2 y 34.1a y 35), y derechos sucesorios (art. 34.1b y c)—, cierta responsabilidad frente a terceros (arts. 4, 5, 23 y 24), ciertas limitaciones a la libertad de disposición (arts. 11 y 28), o la preferencia para desempeñar el cargo de tutor (arts. 7 y 25). ¿Qué sentido tiene regular esto fuera del Código de familia? Me temo que el intento de evitar críticas por parte de sectores conservadores, opuestos a considerar familia la unión homosexual; pero claro, serán conservadores, mas no tontos, como pone de manifiesto la reacción de la jerarquía católica. Además, no es cierto que la unión libre, por no estar contemplada en la Constitución, no esté regulada en el Código de familia, puesto que en él sí se contienen no pocas reglas relativas a la misma, y que he citado en el párrafo anterior. No parece, por tanto, que fuera la unión libre, en general, lo que no se quería calificar como familia, sino la unión homosexual. No otra explicación se me ocurre al hecho, clamoroso, de que en el art. 179.1a del Código de familia se prevea para la tutela dativa del incapaz el llamamiento a su “cónyuge o a la persona de *sexo distinto* con quien se convive en relación estable de pareja” (la cursiva es mía, claro), cuando el mismo día se aprobaba la ley de parejas, cuyo art. 25, referido a la unión estable homosexual, establece que “en el caso de que uno de los miembros de la pareja estable sea declarado incapaz, el conviviente ocupa el primer lugar en el orden de preferencia de la delación dativa”. Esto es ridículo, y es perfectamente comprensible que los sectores conservadores, a los que se pretendía no escandalizar, además se hayan indignado por este adicional y gratuito insulto a la inteligencia.

Además, se ha optado por circunscribir el ámbito de aplicación de esta regulación a las uniones integradas por dos personas mayores de edad, que podrían optar por el matrimonio, bien entre sí o con otras personas. A las demás uniones libres no les será de aplicación esta ley, sin que esto implique, en mi opinión, que pierdan su consideración de familia, si se dan los requisitos que he venido señalando —comunidad de vida, consistente en cuidados y responsabilidades recíprocos, duradera y exclusiva. Y parece bastante clara la voluntad del legislador de excluir la aplicación analógica de estas normas a uniones diferentes de las previstas aquí, sobre todo, porque el Parlamento catalán acaba de aprobar una ley sobre uniones de convivencia no marital, y se anuncia otra sobre acogimiento de personas mayores. Si al final habrá una regulación específica para varios tipos de convivencia no matrimonial, no parece que la voluntad del legislador sea la de aceptar esa analogía. No creo que la inaplicabilidad por analogía de la regulación de las parejas a cualesquiera otras uniones libres sea discriminatoria, dada la elevada intensidad de la inter-

vención del legislador, que ha configurado un estatuto que podría ser calificado como cuasi matrimonial. Pensemos en las integradas por uno o dos menores de edad, aunque estén emancipados: podrían casarse, pero en el matrimonio van a tener un estatuto completo y más protector, mientras que aquí la ruptura sin control siempre es posible y, sin embargo, lleva aparejada importantes deberes y responsabilidades. Algo parecido podría decirse de las integradas por más de dos personas, si tenemos en cuenta lo peligroso que podría resultar que sobre uno sólo de los convivientes recayesen los deberes y responsabilidades previstos por la ley, en caso de necesidad o de ruptura. Pensemos también en las integradas por hermanos: el contenido cuasi matrimonial de este estatuto haría, en mi opinión, inconstitucional que les fuera aplicable, ya que, por la misma razón que se les debe prohibir el matrimonio, debe no serles aplicable esta ley; la razón no es otra que la protección misma de la familia (art. 39.1 CE), por cuanto abrir esta posibilidad podría suscitar una competencia (no sólo sexual) entre los miembros de la familia nuclear, que podría destruirla, lo cual va claramente contra el mandato constitucional de protegerla. En cambio, no veo tan clara la justificación de la exclusión sin matices de las parejas integradas por casados separados; si se trata de evitar que el estatuto cuasi matrimonial previsto en esta ley pueda lesionar derechos del cónyuge de uno de los integrantes de esa pareja, bastaría con haber hecho esta salvedad. Lo que sucede es que, de todas formas, hay que entender que quedan a salvo los derechos (legales o convencionales) de ex cónyuges y de ex compañeros. ¿Por qué razón se fuerza al separado a que se divorcie, si desea que su relación de pareja esté regulada por esta ley? Probablemente, lo que se pretende es no incentivar las separaciones matrimoniales, negando a todos los casados el acceso al estatuto cuasi matrimonial de la ley de parejas.

Esta ley tiene por destinatarias las parejas que conviven maritalmente (arts. 1 y 19). Lo que no hace es explicar en qué ha de consistir esa convivencia. Si por tal se entiende una comunidad de vida con cuidados y responsabilidades recíprocos, duradera y exclusiva, se tratará de uniones libres. Lo que sucede es que, en tal caso, ¿qué uniones serán las destinatarias de la ley que se acaba aprobar sobre convivencia no marital? Si son las que no crean vínculos familiares, por no existir una comunidad de vida, sino una convivencia de personas que comparten una vivienda y unos gastos, estará clara la delimitación. Si no es así, y resulta que en las uniones de convivencia no marital se generan también relaciones familiares, porque se prevé que exista una comunidad de vida, con cuidados y responsabilidades recíprocos, que vaya más allá de compartir un hogar y una economía, una y otra ley contemplarán un mismo fenómeno

(la unión familiar no matrimonial), aunque sea con matices (parejas o uniones de más de dos personas, exclusión o inclusión de uniones entre hermanos, etc.). Y, en tal caso, nos podríamos encontrar con que habrá uniones que podrían optar por uno u otro estatuto, según les conviniera. Lo cual no me parecería mal, dada la intensidad de las consecuencias jurídicas que desencadena esta ley, al establecer un estatuto cuasi matrimonial. Supongo que las parejas interesadas en un estatuto menos intervencionista podrán acceder a él, sin problemas; sí los tendrán los convivientes con hijos comunes, si pretenden que su convivencia no es marital. Lo que sí está claro es que si se pretende que el carácter marital de la convivencia resulte de que mantengan relaciones sexuales entre ellos, además de ser vano el intento en el terreno probatorio, donde no se podrá hacer otra cosa que aceptar lo que los interesados declaren (art. 18 CE, derecho a la intimidad personal y familiar, inviolabilidad del domicilio), es que, aunque cupiese investigarlo —¿quién?, ¿caso, el notario, antes de autorizar la escritura en la que los interesados declaran que la suya es o va a ser o ha dejado de ser marital?—, no haría marital una convivencia de (dos) estudiantes que se limitan a compartir un piso y unos gastos, aunque practicasen sexo juntos hasta la extenuación, ya que esta unión no está planteada como familiar, si cuando uno de ellos enferma se va a que cuiden de él sus padres, esto es, su, por el momento, única familia; ni dejaría de ser una unión familiar la de quienes se cuidan recíprocamente, y anteponen el interés del otro al propio, por el hecho de que no mantengan relaciones sexuales entre sí. Lo desacertado ha sido, en mi opinión, la expresión misma “marital”, ya que, según el diccionario de la Real Academia de la lengua, es “lo perteneciente ... a la vida conyugal”, y fuera del matrimonio no hay nada conyugal, tampoco la convivencia. La convivencia es marital cuando hay compromiso sobre el hecho mismo de la convivencia, el cual no existe en las uniones no matrimoniales, que son libres, precisamente, por la ausencia de compromiso en lo relativo a su continuidad, pues se extinguen por decisión de uno sólo sin necesidad de que concurra justa causa.

Estoy empleando la expresión “cuasi matrimonial” para calificar el contenido del estatuto previsto en esta ley, siendo consciente de que no se trata de matrimonios sino de uniones libres, puesto que éstas se disuelven por voluntad unilateral de cualquiera de los convivientes, sin necesidad de que exista justa causa (arts. 12.1b y 20.1b), y sin que tales uniones generen impedimento de vínculo que impida contraer matrimonio a cualquiera de ellos en cualquier momento con otra persona (arts. 12.1e y 30.1e). Esto no queda desmentido por el hecho de que se exija constancia notarial a la declaración de voluntad de romper (arts. 12.1b y 20.1b), ni

porque se impida formalizar notarialmente otra unión de este tipo hasta transcurridos seis meses desde que se formalizó la ruptura de una unión anterior (arts. 17 y 29). Más arriesgada me parece la concesión del derecho a una pensión para el caso de ruptura (arts. 14 y 31.2), que es adicional a la compensación también prevista cuando exista enriquecimiento injusto (arts. 13 y 31.1), por cuanto pueden desvirtuar el principio de libre ruptura, esencial para que una unión no sea matrimonial, cuya no observancia daría lugar a la inconstitucionalidad de la norma, por violar el derecho a no contraer matrimonio sin prestar consentimiento matrimonial (arts. 10.1 y 32.1, éste en negativo, CE). Esos arts. 14 y 32.1 de la ley sólo serían conformes a la Constitución, si fueran interpretados en el sentido de que tales pensiones no puedan alcanzar una cuantía tal que condicione la libre ruptura de la unión, hasta el extremo de que el obligado a prestarla vea significativamente mermados sus ingresos disponibles para sí mismo, atendiendo a su nivel de vida normal. Si se conservan, pues, como realidades distintas el matrimonio y estas uniones libres, y tampoco el contenido del estatuto legal de éstas es el mismo que el de aquél, ya que subsisten diferencias, no sólo en lo relativo a la separación y disolución, sino también durante la unión, aunque la aproximación de estatutos es notoria, no creo que pueda tacharse de inconstitucional esta ley por desvirtuar la libertad de elección entre matrimonio y la unión libre, como una manifestación básica del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE).

La ley, entiendo que como regla general, ha adoptado el criterio de exigir una declaración solemne de la pareja en el sentido de querer acogerse a ella (arts. 1.1 pr. y 19), lo cual es lógico, dada la intensidad cuasi matrimonial del estatuto que les impone. Pero cuando se trata de parejas formadas por personas de sexo diferente, basta con que la convivencia marital se haya prolongado durante un cierto tiempo o que vaya acompañada de la existencia de hijos comunes, para que se les aplique forzosamente este estatuto (art. 1). Hay aquí, por lo tanto, una importante diferencia de trato, a analizar. Lo primero que habría que determinar es si esta aplicación forzosa de la ley vulnera la autonomía de la voluntad y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE).

Yo creo que cuando no haya hijos comunes la pareja podría, sin graves dificultades, optar porque se le aplicase esa otra ley sobre uniones sin convivencia marital, lo cual no les será difícil si lo marital se hace depender de lo sexual, sobre todo, si ambos están de acuerdo en eludir el estatuto cuasi matrimonial. Pero el problema subsiste tanto si uno sí está interesado en su aplicación, como cuando ninguno desea tener que dar explicaciones sobre si su convivencia es o no marital, deseo que me parece perfectamente razonable. Pues bien, es cierto que la ley puede

prever su aplicación forzosa a las situaciones de convivencia de pareja en unión libre, siguiendo así los mandatos constitucionales de remoción de obstáculos para que la igualdad y la libertad sean reales (art. 9.2 CE), y de protección de la familia (art. 39.1 CE), con independencia de que exista acuerdo de los convivientes en someterse a esa regulación. No parece que pueda decirse que el libre desarrollo de la personalidad y la autonomía de la voluntad (art. 10.1 CE) comprendan no sólo la libertad de elección entre matrimonio y unión libre, sino también entre uniones libres con estatuto y sin estatuto legal. Considero que esta segunda libertad puede ceder, como sucede en este caso, ante esos mandatos constitucionales contenidos en los arts. 9.2 y 39.1 CE. Una cosa es que no se pueda suprimir el derecho a no casarse, esto es, a que uno sólo esté casado si de acuerdo con otra persona ha manifestado formalmente un consentimiento matrimonial (arg. arts. 10.1 y 32.1, éste en negativo, CE), de asunción libre y consciente del estatuto matrimonial, en el que está constitucionalmente excluida la libre ruptura por voluntad de uno de ellos sin necesidad de que concurra una justa causa y sin que así se acredite en el correspondiente proceso (arg. arts. 10.1 y 32.1 CE, que garantizan que el matrimonio debe subsistir como algo sustancialmente diferente de la unión libre). Y otra cosa es que, sin contraer matrimonio y, por lo tanto, sin comprometer de esa forma tan intensa la libertad, la ley tenga que contar con el consentimiento de los convivientes en unión libre para que les sea o no aplicable el estatuto legal de tales uniones. Ahora bien, como esta ley ha configurado un estatuto cuasi matrimonial, hay que cuidarse muy bien, como ya antes dije, de que sus previsiones sean interpretadas y aplicadas de tal modo que desvirtúen esa libertad de disolver la unión, libertad que ha de existir, ya que es por el carácter no matrimonial de la unión por lo que he dicho que no hacía falta la prestación de un consentimiento, aunque fuese cuasi matrimonial ...

Téngase en cuenta, en descargo de la ley, que está admitida explícitamente la libertad de pactar un contenido diferente al legal, salvo en lo relativo a "las compensaciones económicas que convengan para el caso de cese de la convivencia", pues en relación a éstas hay que respetar como regulación mínima la legal (arts. 3.1 y 22.1). Estaría sobradamente justificado por la ineludible exigencia constitucional de que la unión no matrimonial sea libremente disoluble por decisión de cada uno, sin necesidad de que exista justa causa, como exigencia esencial del derecho a no contraer matrimonio (arg. arts. 10.1 y 32.1, éste en negativo, CE), que la expresión "compensaciones económicas" fuese restrictivamente interpretada, de forma que sólo se refiriese a la "compensación económica", a la que se refieren los arts. 13 y 31.1 de esta ley (enriquecimiento injusto), y

no a la crítica “pensión periódica” de los arts. 14 y 31.2 de la ley, que son los que pueden desvirtuar el principio de libre ruptura de la unión, que es lo que permite considerarla como no matrimonial, por cercana que esté a las que sí lo son. Si se aceptase esta propuesta —y no creo que el plural o el singular de las expresiones deban ser la razón por la que ésta no prospere—, todo esto estaría algo más claro, dada la posibilidad de eliminar tal pensión. Ahora bien, aun así, no habría quedado con seguridad conjurado el peligro de “matrimonialización” de la unión —la ley ya las “cuasi matrimonializa”, eso es evidente, pero no inconstitucional, según creo—, si se pactasen pensiones de cuantía tal que, de hecho, impidiesen la libre ruptura (34). Creo que exigir el pago de una cantidad, aunque fuese la pactada, que impidiese al deudor el ejercicio de la libre ruptura sería contrario a la libertad, constitucionalmente garantizada, de no estar casado, a menos que se haya prestado un consentimiento matrimonial, que aquí no existe, ni siquiera cuando sí hayan declarado formalmente querer someterse a esta ley. Por lo tanto, estaríamos ante normas imperativas (arts. 10.1 y 32.1, éste en negativo, CE) o principios de orden público, que limitarían la autonomía de la voluntad (art. 1255 C.c.), en el sentido, de que en los pactos sobre tal pensión se entiende su eficacia y exigibilidad condicionadas a que no se haga ilusoria la libre ruptura de la relación.

Si se acepta que no es inconstitucional no exigir la declaración formal para que la unión quede sometida al estatuto legal previsto, no con esto se ha evitado el reproche de inconstitucionalidad, ya que hay una diferencia de trato, respecto a las parejas integradas por personas del mismo sexo, en las que sólo la declaración formal es presupuesto de aplicación de este estatuto cuasi matrimonial. Hay que analizar si esta diferencia goza de justificación suficiente. Como se trata, según he explicado, de una diferencia por razón de sexo, procede aplicar un test o escrutinio estricto, en el que no es suficiente con demostrar que las situaciones son diferentes, que la finalidad no es contraria a la Constitución, y que hay una relación lógica entre la distinta situación real, el fin a conseguir con el tratamiento diferente, y las diferencias de trato establecidas. Es necesario que, además, esta diferencia sea proporcionada al objetivo que se pretende conseguir. Pues bien, hay ciertamente una diferencia real, que es la identidad sexual —la misma o diferente— de los que integran la pareja y si existen o no

(34) J. BUSCHE (“*Unterhaltsansprüche nach Beendigung nichtehelicher Lebensgemeinschaften*”, JZ 1998, págs. 395 y 396) considera que los acuerdos sobre prestaciones de mantenimiento para después de la ruptura son válidos, a menos que impliquen el amordazamiento (*Knebelung*) económico del obligado, o que dificulten el cumplimiento de obligaciones legales de manutención.

hijos comunes. La diferencia de trato consiste en lo siguiente: si la pareja está integrada por personas del mismo sexo, la ley sólo les es aplicable si declaran que así lo quieren en escritura pública (arts. 19 y 21.1); si la pareja está integrada por dos personas de sexo diferente, sin hijos comunes, la ley les será aplicable no sólo si declaran en la misma forma que así lo quieren, sino también con el mero transcurso de dos años de convivencia (marital) (art. 1.1 pr.); y si hay hijos comunes, la ley les es aplicable, con tal que convivan. Me parece bastante claro que es la posibilidad o el hecho de tener hijos comunes lo que explica tales diferencias, y su finalidad: introducir elementos de equilibrio, estabilidad y responsabilidad en la relación horizontal, suponiendo que esto favorece la continuidad de la unión familiar. Ya hemos visto cómo aquí el legislador no puede desvirtuar el principio de libre ruptura de la unión, haciendo ilusoria la facultad de disolverla por decisión unilateral, sin necesidad de acreditar una justa causa. Si se observa esta exigencia, y no sin algún esfuerzo podemos entender que sí se observa en esta ley, lo que queda es que, mientras dure la unión, se pretende que esté dotada de un cierto equilibrio y estabilidad, mediante la protección de la parte más débil, y también de mayor responsabilidad frente a los terceros, reforzando con esto último el crédito de la familia. Es indiscutible que estos objetivos son plenamente conformes a la Constitución (arts. 9.2 y 39.1 CE), si no se desvirtúa la libertad de cada uno para disolver la unión en cualquier momento (arts. 10.1 y 32.1, éste en negativo, CE, de los que resulta el derecho a no estar casado, mientras no se haya prestado consentimiento matrimonial). Ahora bien, si el interés en dotar de un marco de cierta estabilidad a la pareja, sin contar con el consentimiento de los que la integran, está plenamente justificado cuando hay hijos comunes, no veo por qué cuando no los haya tampoco haga falta contar con ese consentimiento, cuando éste sí se exige para aplicar esta ley a las parejas integradas por personas del mismo sexo. ¿Es la mera posibilidad de que lleguen a tener hijos comunes justificación suficiente para establecer esta diferencia de trato? En mi opinión, no, si aplicamos el test o escrutinio estricto, que es el adecuado a esta diferencia de trato. No veo por qué razón merecen menos protección las uniones de dos personas del mismo sexo que las de sexo diferente, mientras no existan hijos comunes en unas y en otras. La utilidad social de unas parejas y otras es la misma, si no han dado como fruto hijos comunes: la relación de solidaridad entre quienes las integran. Sólo cuando hay hijos comunes, fruto de esa relación de convivencia en pareja, existe un plus de utilidad social: la perpetuación de la sociedad y el cuidado y educación de los hijos. Además, los miembros de una pareja integrada por personas de sexo diferente pueden, por esto mismo, considerarse discriminados sin justificación sufi-

ciente, respecto a las que están integradas por personas del mismo sexo, por el hecho de que les sea aplicable una ley que, como ésta, les somete a un estatuto cuasi matrimonial, sin necesidad de que hayan declarado que lo quieren, cuando no hay todavía —acaso, nunca llegue a haberlos— intereses de terceros (los hijos comunes) que justifiquen la selectiva imposición de ese estatuto. En mi opinión, es inconstitucional por discriminatorio (art. 14 CE) que las parejas de personas de sexo diferente puedan quedar sometidas a esta ley sin necesidad de que así lo hayan declarado, en tanto no haya hijos comunes. Y no se diga que se está ante una discriminación positiva, constitucionalmente permitida (arg. arts. 9.2 y 14 CE), porque la mayor protección que se desprende de la ley no es para las parejas de homosexuales, sino para las integradas por personas de sexo diferente, a menos que ahora resulte que éstas son las parejas más frecuentes de homosexuales, lo cual no parece ser lo más probable. Tras depurar esta discriminación, la situación quedaría como sigue: la ley sólo será aplicable a las parejas cuyos integrantes hayan declarado en escritura pública querer esa aplicación, salvo cuando tengan hijos comunes —es indiferente que lo sean biológicos o adoptivos—, en cuyo caso estarán sometidos a esta ley si viven juntos.

Otra diferencia de trato entre unas parejas y otras es la relativa a la adopción. Sólo las integradas por personas de sexo diferente pueden adoptar (art. 6). Ya expliqué antes que ésta es una diferencia constitucionalmente legítima. Me remito a lo dicho entonces. Y lo mismo hay que decir de otras diferencias de trato, basadas en la existencia de hijos comunes, como las que resultan de los arts. 14.b y 31.2 (pensión por ruptura), 18.2 *in fine*, 33.b *in fine* y 34.2c (derecho del conviviente supérstite a continuar en la vivienda común y a percibir alimentos o a ser sustentado con cargo a la herencia del otro) de esta ley.

Finalmente, me voy a ocupar de otra diferencia de trato de no escasa importancia, como es la que resulta de la comparación de los arts. 18.2 pr., por un lado, y 34 y 35, por otro, de esta ley. Se trata, por un lado, del derecho a ser alimentado o a un adecuado sustento, reconocidos al conviviente supérstite frente a los herederos del otro, con diferente contenido, en función de que los convivientes fueran de diferente o del mismo sexo (arts. 18.2 pr., 34.1a y 2, y 35); y, por otro, de los derechos sucesorios reconocidos sólo al conviviente de sexo diferente al fallecido, en la sucesión intestada de éste (art. 34.1b y c). No voy a analizar el contenido de tales derechos, sino a plantear si es o no discriminatoria esa diferencia de trato, tras constatar que de ella está claro que en el primer caso (alimentos/sustento) puede resultar y en el segundo (derechos sucesorios) resulta un trato más favorable a las parejas integradas por personas del

mismo sexo. Al parecer, la justificación de este mejor trato sería, teniendo en cuenta lo que se dice en el preámbulo de la ley, que “la pareja heterosexual que vive maritalmente, si no se casa, es por voluntad propia. La pareja homosexual no se puede casar aunque lo desee”. Es decir, que si bien las uniones libres entre dos personas de sexo diferente pueden pasar a ser matrimoniales, esto no es posible cuando se trata de uniones entre personas del mismo sexo. No dice que sólo los heterosexuales pueden contraer matrimonio —el legislador catalán demuestra tener en este punto una percepción exacta de la realidad social y jurídica del matrimonio—, y, es más, prevé matrimonios de personas que antes han convivido maritalmente con otras de su mismo sexo, al establecer que una de las causas de extinción de la unión de dos personas del mismo sexo es contraer matrimonio cualquiera de sus integrantes (art. 30.1e). No se trata, entonces, de compensar con un trato más favorable el hecho de no poder contraer matrimonio, ya que todos pueden hacerlo con independencia de su orientación sexual, sino por el hecho de que no puedan casarse entre sí dos personas del mismo sexo, que viven en pareja. Yo creo que el legislador, al disponer esto, no infringe límite constitucional alguno, pues es él el que, salvo que otra cosa resulte de la Constitución, puede seleccionar como especialmente protegible el interés que considera merecedor de esa protección especial. Aquí hay un interés legítimo, que yo probablemente no habría explicado así, sino como una medida de discriminación positiva, constitucionalmente posible, para remover los obstáculos que todavía subsisten para que la libertad y la igualdad de los ciudadanos sean reales y efectivas, con independencia de su sexo, tanto por lo que se refiere a su identidad como a su orientación sexual (arg. arts. 9.2 y 14 CE). Favorecer especialmente las uniones de personas del mismo sexo puede ser una medida útil para luchar contra la discriminación secular de las mujeres y de los homosexuales —anteriormente he explicado por qué la represión de la homosexualidad no ha sido sino uno de los instrumentos para perpetuar la menor consideración de la mujer respecto al hombre—, compensando con un tratamiento más favorable las dificultades de orden familiar, laboral, social, etc., a las que tendrán que hacer frente los que decidan formar tal unión. Además, como lo que se está favoreciendo no es la homosexualidad en general, sino la vida en el seno de una pareja estable, esta medida puede servir también de instrumento para reducir la promiscuidad en este ámbito —con la consiguiente reducción del riesgo de contagio de graves enfermedades de transmisión sexual—, al apoyar mediante un marco jurídico especialmente favorable e intenso —cuasi matrimonial—, la vida en pareja, puesto que tales uniones no pueden llegar a ser matrimonios, por lo menos, de momento. Así,

aunque yo no considero que las relaciones sexuales entre los convivientes sean requisito necesario ni suficiente para que una unión libre merezca la consideración de familia, es indiscutible que con estas medidas de acción positiva se favorece la visualización de la pareja homosexual y, por lo tanto, la normalización de la homosexualidad, como una opción más, sin tacha alguna de indignidad, y se proporciona un marco de mayor estabilidad a las parejas de mujeres o de hombres .

Yo, estando plenamente de acuerdo con el objetivo que supongo se ha perseguido con esta medida —en el preámbulo de la ley no aparece por ninguna parte lo de discriminación o acción positiva—, considero, sin embargo, que es inconstitucional que las parejas con hijos comunes no hayan recibido este mismo trato. Si, como he dicho, se parte de la igual dignidad de la relación estable de pareja, con independencia de la identidad y de la orientación sexual de sus integrantes, en mi opinión, esto no permite, en modo alguno, desconocer la mayor utilidad social de las parejas con hijos comunes, dado el interés permanente y vital de toda sociedad por su renovación generacional y por el cuidado y educación de los nuevos asociados. Tengamos en cuenta que, frente a este interés permanente, la acción positiva en favor de la homosexualidad en pareja estable se justifica sólo por la discriminación de las mujeres y los homosexuales, que suponemos o, por lo menos, algunos —al parecer, cada vez más—, pretendemos además que no sea eterna. Y considero que no es justificable ese trato peor que resulta para las parejas con hijos comunes, diciendo que éstas sí pueden convertirse en matrimonios, ya que basta con que uno de los convivientes no quiera casarse para que ese matrimonio ya no sea posible; será posible otro con otra persona, del mismo modo que cuando alguien elige como pareja a otra de su mismo sexo no puede casarse con ella, pero sí con otra persona (de sexo diferente). Si vamos a respetar como igualmente dignas todas las opciones ideológicas relativas a la vida en pareja, en el sentido de que ni la identidad ni la orientación sexual de sus integrantes les hagan ser merecedores de una protección diferente, no veo por qué no vamos a hacer lo mismo con la opción entre el matrimonio y la unión libre. Es decir, tan respetable es elegir como pareja a alguien del mismo o de diferente sexo, como elegir entre matrimonio y unión libre; y, siendo plenamente conforme a la Constitución (art. 32.1 CE) que sólo se admita el matrimonio entre dos personas de sexo diferente (ATC 222/94), uno ya sabe que si elige como pareja a alguien de su mismo sexo, esa elección presupone, de acuerdo con la legislación vigente, que sólo podrá vivir en unión libre con esa persona. Por lo tanto, si las parejas con hijos comunes optan por no casarse, esto no es razón suficiente para que sean tratadas peor que las uniones de personas del mismo sexo.

En cambio, no me parece que las parejas sin hijos comunes, integradas por personas de sexo diferente, tengan que ser tratadas igual que las que sí los tienen, dada su menor utilidad social. Y, como las parejas de personas de sexo diferente no tienen que hacer frente al rechazo social de la homosexualidad visible —la clandestina, está perfectamente integrada en todos los ámbitos de la vida social (laboral, económica, política, etc.) y familiar, por reaccionarios que sean—, está justificada la adopción de medidas de acción positiva en favor de la homosexualidad en pareja estable, mientras subsiste ese rechazo. Considero que la mera posibilidad de que las parejas de diferente sexo lleguen a tener hijos comunes no les añade utilidad social alguna, sino el hecho de que efectivamente lleguen a tenerlos, con independencia de que sean hijos por naturaleza o por adopción. Mientras no los tengan, no. Por lo tanto, si esas parejas de personas de sexo diferente quieren acceder a un estatuto privilegiado o, simplemente, mejor, pues que se casen o que tengan hijos o, mejor todavía, que hagan las dos cosas. Entonces sí hay en ellas una mayor utilidad social: por un lado, la que resulta del compromiso jurídicamente vinculante de solidaridad, sin la posibilidad de desvincularse por decisión unilateral sin necesidad de que concurra justa causa; por otro, la aportación de nuevos asociados y/o su cuidado y educación.

Por lo demás, me sigue pareciendo que desincentivar la clandestinidad en la homosexualidad y crear condiciones favorables —incluso, especialmente favorables— para que se pueda desarrollar con plena normalidad es un objetivo legítimo, que justifica medidas de acción positiva, como la que estoy analizando, con consecuencias beneficiosas para toda la sociedad. Pensemos en la más fácil superación de traumas psicológicos, como consecuencia de la estigmatización de la opción homosexual, sea por la vía de su presentación como algo inmoral o patológico, sea por la más sibilina de su negación, o ciertas formas irrespetuosas de trivializarla. ¿Qué se está contando ahora mismo sobre orientación sexual y prácticas sexuales en los centros de enseñanza de nuestro país, por no hablar de las familias? ¿Qué se hace desde los poderes públicos para garantizar que también en estos temas se cumple el mandato del art. 27.2 CE? Ésta es la cuestión de fondo. Por otra parte, también se puede contribuir con estas medidas de acción positiva a reducir el contagio de enfermedades de transmisión sexual, desincentivando no la intimidad de las prácticas sexuales, sino la clandestinidad de la opción homosexual, indudablemente superior a la de la opción heterosexual, contribuyendo también a reducir su promiscuidad. ¿Quién teme una sociedad más sana, más sincera, sin

exclusiones que le restan cohesión, y, acaso por todo esto, que ofrezca más posibilidades de realización personal plena, en la que esté más cerca el día en el que medidas de acción positiva como ésta ya no tengan sentido? ¿A quién perjudica la reducción de la homosexualidad clandestina? De otra cosa no se trata. La respuesta, probablemente, sea que a los mismos a quienes ha perjudicado la emancipación —claramente inacabada— de la mujer. La prohibición constitucional de la discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), tanto por la identidad como por la orientación sexual, significa, básicamente, que la consecución del interés social, permanente y vital, de asegurar la subsistencia de la sociedad, mediante la procreación, cuidado y educación de nuevos asociados, no puede hacerse a costa de las mujeres ni de los homosexuales, que es tanto como decir que no puede hacerse al coste de negar el libre desarrollo de la personalidad de estas personas. La subsistencia de la sociedad ya no puede asegurarse, como sucedía antes de la Constitución, mediante la reducción de la mujer al desempeño de “las labores propias de su sexo” —servir de fábricas reproductoras, sin ser ellas las dueñas del negocio, cuidar y educar a los niños en los valores patriarcales, así como auxiliar en lo posible al jefe de personal de la fábrica, ya que tampoco era éste el dueño—, ni mediante la exclusión social de los homosexuales —el papel reservado a éstos era el de alegrar el ambiente, sin excluir, si fuera menester, alegrar a esos jefes de personal, eso sí, en la clandestinidad. Búsquese por aquí la respuesta a alguna pregunta que antes he dejado planteada. No es de extrañar, pues, que una ley como ésta, cuyo mayor mérito, por no decir, el único, es el de contribuir a reducir la clandestinidad de la opción homosexual, ofreciendo la posibilidad de tener un marco jurídico —su aplicación a tales casos depende de la declaración solemne de quererlo ambas partes (arts. 19 y 21.1 de la ley, luego aquí no hay imposición— que le proporcione estabilidad, una estabilidad cuasi matrimonial —y aquí está el gran pecado que no ha pasado inadvertido a esos conservadores nada tontos—, suscite toda clase de ataques. Si la sociedad quiere asegurar su subsistencia, acaso también, aunque no exclusivamente, porque nos consideramos protagonistas de una historia que nos resulta insoportable aceptar que pueda terminar sin dar todos los frutos que puede dar —y son muchos, inimaginablemente muchos—, esto no puede conseguirse a costa de negar el libre desarrollo de la personalidad a nadie. Y si esto es así, la única forma de conseguir constitucionalmente este objetivo es la del pacto y la persuasión, y no la discriminación, ni la represión, ni la exclusión. La sociedad, a través de sus representantes, debe encontrar la forma de

incentivar, es decir, de hacer interesante que cuantos más ciudadanos mejor, con independencia de su orientación sexual, se apliquen voluntariamente a la tarea de incorporarle nuevos miembros, cuidarlos y educarlos en familia. Pues bien, los responsables de que a ese pacto todavía no se haya llegado —la situación actual de la tasa de fecundidad así lo pone de manifiesto— no son las mujeres ni los homosexuales, que lo único que han hecho —y es evidente que no precisamente todos— es decir basta a una situación insoportable e intolerable. ¿Y los que se consideraban o todavía se consideran dueños o jefes de personal —no nos olvidemos de sus asesores espirituales— de lo que no son fábricas de reproducción ni consoladores oficiales ni clandestinos? ¿En qué condiciones están dispuestos a pactar? Tan importante como la subsistencia de la sociedad es que lo que subsista sea un conjunto de ciudadanos libres e iguales, dueños de sí mismos; además, sólo si éstos disfrutaran de tales condiciones podrán interesarse en incorporar nuevos asociados, que tengan la oportunidad de continuar desplegando todo su potencial. No creo, finalmente, que se trate de optar entre la felicidad de las generaciones presentes y las futuras, como si fueran separables, ya que debe resultar bastante triste una sociedad que contempla su progresiva, pero cada vez más acelerada, extinción.

Con base en estas consideraciones, entiendo que lo inconstitucional no son las medidas de apoyo a las parejas integradas por personas del mismo sexo, mientras éstas tengan que hacer frente a las consecuencias desfavorables con las que se van a encontrar por atreverse a vivir con normalidad su afectividad, su proyecto de vida en común, en un entorno todavía homófobo (arg. arts. 9.2 y 14 CE), sino que las ventajas que proporcionan tales medidas no se extiendan a las parejas con hijos comunes, por la utilidad social que éstas están prestando. En consecuencia, si fuesen declarados inconstitucionales *ex art.* 14 CE los arts. 34 y 35 de esta ley, lo que procedería no es la supresión de la medida de acción positiva, sino su extensión a las parejas que, en ningún caso, pueden resultar tratadas peor que otras, aplicando la doctrina sobre consecuencias de la inconstitucionalidad de una medida de discriminación positiva de la mujer trabajadora, contenida en la STC 16/95 (FD 5°).

Que con esta ley se pretenda también desactivar la reivindicación de extender el matrimonio a las parejas de mujeres o de hombres es algo perfectamente posible y comprensible. Por el momento, me parece claro que lo que sí es posible ya es que alcancen, si lo desean, un estatuto cuasi matrimonial. Ya se verá en qué medida satisface esta ley la pretensión de institucionalizar estas parejas.

V
LA LEY CATALANA DE SITUACIONES CONVIVENCIALES
DE AYUDA MUTUA Y LA LIBERTAD DE ELECCIÓN
ENTRE UNIONES LIBRES (MÁS O MENOS INTERVENIDAS)
Y UNIONES NO FAMILIARES

Como se había anunciado, el Parlamento de Cataluña acaba de aprobar (16.12.98) una ley sobre "situaciones convivenciales de ayuda mutua", y yo, en primer lugar, deseo manifestar a esta institución mi agradecimiento por la rapidez con la que me hizo llegar su texto antes de su publicación oficial. Tampoco voy a analizar con detalle su contenido, sino tan sólo su incidencia en las cuestiones de las que me estoy ocupando en este trabajo.

Esta ley es presentada como parte integrante del Derecho civil propio de Cataluña, según se dice en el preámbulo. Será, más concretamente, desarrollo de dicho Derecho, porque previamente no se regulaban tales convivencias. Una forma, no sé si la única, de salvar la constitucionalidad de la norma por razones competenciales, es considerar que está conectada con la ley de parejas, en el sentido de que también a través de lo previsto en esta ley puede organizarse la convivencia en unión libre, previamente regulada cuando se trata de ciertas parejas. Es decir, que ya en el Derecho civil catalán estaban reguladas ciertas uniones libres, y ahora se regulan convivencias que, según creo, también pueden consistir en uniones familiares no matrimoniales, además de uniones no familiares, como intento demostrar a continuación. Si se acepta esto, el requisito de conexión entre lo previamente y lo nuevamente regulado se cumple (STC 88/93, especialmente).

Estas convivencias de ayuda mutua han quedado fuera del Código de familia catalán. Ya antes puse de manifiesto que la exclusión de tal Código de las parejas carecía de justificación, puesto que los efectos que la ley de uniones estables de pareja establece no sólo son típicamente familiares, sino cuasi matrimoniales. Se trata de ver si ahora sucede otro tanto o no. ¿Son familiares las convivencias de ayuda mutua contempladas por esta otra ley? Es indiscutible que no son uniones matrimoniales, ya que es posible la libre ruptura, esto es, por voluntad unilateral sin necesidad de acreditar justa causa (art. 5.1b); además, tampoco se prevé pensión compensatoria por desequilibrio, sino una compensación por enriquecimiento injusto (art. 7), que no pone en peligro esa libre ruptura, según creo. Además, considero que tales convivencias de ayuda mutua pueden no ser familiares, esto es, no generar entre sus integrantes relaciones que merezcan ser calificadas como tales. Si atendemos al concepto

legal de tales convivencias (art. 1), nos encontramos con que no sólo se excluye a la familia nuclear, sino que basta con compartir los gastos de la vivienda y el trabajo doméstico, lo cual puede quedar lejos de la comunidad de cuidados y responsabilidades recíprocos, en que consisten las uniones familiares, como el matrimonio y las uniones libres. Que la ley exija voluntad de permanencia no altera las cosas: yo no me considero familia de alguien por el hecho de compartir de forma duradera una vivienda, unos gastos y las tareas domésticas. Aquí pueden faltar responsabilidades y cuidados (no sólo materiales), como para entender que hay una relación familiar. Si todo lo que uno puede esperar de las personas con las que comparte un hogar es compartir gastos y tareas de la casa, pero no que le cuiden cuando está enfermo o cuando tiene problemas económicos, está claro que ahí no hay familia, por cierto, tampoco aunque mantengan relaciones sexuales extenuantes plenamente satisfactorias. Una vez más es irrelevante para identificar el supuesto de hecho de la ley el sexo, la orientación sexual o las prácticas sexuales de sus integrantes. Del mismo modo que para que exista una unión familiar, matrimonial o no, no es requisito necesario que se mantengan relaciones sexuales —lo cual no significa que la negativa a mantenerlas sea irrelevante en los matrimonios—, tampoco el hecho de mantener tales relaciones impedirá la aplicación de esta ley de convivencias de ayuda mutua, si se comparten los gastos de la vivienda y las tareas domésticas.

Ahora bien, con lo anterior, lo único que he querido demostrar es que tales convivencias no son necesariamente familiares. Esto no significa que no puedan serlo, ni que si lo son no les sea aplicable esta ley. Si se da una comunidad de cuidados y responsabilidades recíprocos, que vaya más allá de compartir un hogar, unos gastos y unas tareas, la relación sí merecerá ser considerada como familiar —repito, aunque no mantengan relaciones sexuales sus integrantes. Y no por esto dejará de ser aplicable esta ley, cuyos efectos son, por cierto, típicamente familiares, o si se prefiere, ligeramente familiares: derecho a permanecer un cierto tiempo en la vivienda, tras el fin de la convivencia (art. 6), compensación por enriquecimiento injusto, a costa de la dedicación del otro a las tareas domésticas (art. 7), pensión periódica en caso de defunción del conviviente del que otros dependían económicamente (art. 8) y un trato fiscal más favorable que el general (disposición adicional). Este estatuto suavemente familiar o cuasi familiar puede ser aplicable a muchas uniones familiares no matrimoniales, que no pueden o no quieren acogerse al estatuto cuasi matrimonial de la ley de parejas, como vamos a comprobar.

Del ámbito de aplicación de esta ley de convivencias de ayuda mutua sólo están excluidas, por razón de sus integrantes, las constituidas por la

familia nuclear (art. 1), o por parientes en línea recta, o por menores de edad (art. 2.1), o por casados, o por quienes mantengan actualmente relaciones estables de pareja (art. 2.3), y sin que puedan estar integradas por más de cuatro personas (art. 2.2). Lo liviano del estatuto legal de tales convivencias explica esta delimitación de su ámbito de aplicación, salvo en dos supuestos. Así, no veo por qué los menores emancipados no pueden acogerse a esta ley; podría comprender que se establecieran ciertas cautelas en cuanto a su capacidad para pactar el contenido de esta convivencia (art. 4), pero no para acogerse a este estatuto legal; esta exclusión puede ser inconstitucional, por violación del art. 14 CE, al establecer una diferencia de trato cuya justificación no alcanzo a ver. Por otra parte, que un casado no pueda integrarse en una relación de convivencia de este tipo tiene todo su sentido, dado el deber de convivencia que supone el matrimonio (art. 68 C.c.); menos justificado está que tampoco ambos cónyuges puedan integrarse en esa convivencia, con una o dos personas más, aunque ciertamente no para que entre ellos rija este estatuto, porque ya tienen el del matrimonio, que engloba con creces a éste, sino para que pueda regir las relaciones de ellos dos con el otro o los otros dos; y se me antoja muy discutible la razón por la que tampoco un casado separado pueda integrar una de estas convivencias, ya que con un estatuto tan liviano no sé hasta qué punto pueda sostenerse que así se restan incentivos a la separación matrimonial, lo cual sí es plausible cuando del estatuto cuasi matrimonial de la ley de parejas se trata. Obsérvese, por lo demás, que no hay una, por lo menos, explícita exclusión de las personas que integran otras convivencias de este tipo —en el art. 2.3 sólo se excluye a los casados y a los que mantienen relaciones estables de pareja—, ni se establece que sea causa de extinción de la relación de convivencia el hecho de iniciar otra (art. 5.1), sino que tan sólo se exige que esa convivencia se desarrolle en la misma vivienda habitual (art. 1). Dicho con otras palabras, no se ha establecido explícitamente el requisito de exclusividad respecto de otras convivencias del mismo tipo, sino sólo respecto a la convivencia matrimonial y a la relación estable de pareja. Que una persona pueda o no integrarse en más de una convivencia de este tipo va a depender de que pueda o no tener más de una vivienda habitual.

Enormemente significativa me parece la explícita exclusión de la familia nuclear (art. 1). Si por tal entendemos la integrada por los progenitores, casados o no entre sí, y sus hijos comunes, por naturaleza o por adopción, ya podemos excluir a las parejas con hijos comunes de la libertad de elección entre el estatuto cuasi matrimonial de la ley de parejas, que les es aplicable aunque no lo quieran, y el estatuto más liviano de esta ley: no pueden optar por acogerse a esta ley, sino que les es aplicable

el de la ley de parejas, y sin necesidad de que hayan manifestado ser ésta su voluntad, como ya vimos. Esto puede justificarse en el interés de los hijos: la relación entre sus padres estará fuertemente intervenida, para dotarla de elementos de equilibrio y de responsabilidad, en interés de aquéllos. Ahora bien, excluida la familia nuclear, entiendo que pueden considerarse no excluidas las demás uniones libres, esto es, las demás uniones familiares no matrimoniales, pero que constituyen una comunidad de cuidados y responsabilidades recíprocos, que van más allá del hecho de compartir los gastos y las tareas domésticas de la vivienda común. Así, considero que esta ley será, sin duda, aplicable a las uniones familiares integradas por hermanos o por tres o cuatro personas, que no pueden, aunque lo quieran, acogerse a la ley de parejas. Y en cuanto a las parejas sin hijos, incluidas en el ámbito de aplicación de la ley de parejas, no creo que puedan ser excluidas, sin más o sin matices, de esta ley de convivencias de ayuda mutua, diciendo que son familia nuclear y que, por esta razón, no les es aplicable (art. 1); o porque se excluye explícitamente a los que forman una unión estable de pareja (art. 2.3). Advertiré que, en cuanto a esta segunda objeción, lo que en el art. 2.3 de esta ley se está diciendo bien puede ser que ninguno de los que integran la pareja estable puede integrar una convivencia de ayuda mutua a la que se aplique esta ley, y no que ésta no sea aplicable también a las parejas estables. La verdadera objeción a la aplicación de esta ley a las parejas estables es la exclusión de la familia nuclear de su ámbito de aplicación, ya que tal puede ser también una pareja sin hijos comunes. Pero no olvidemos el tema de la prueba, ni el sentido común, ni la Constitución. Veámoslo.

Si se trata de una pareja integrada por personas del mismo sexo, resulta que el estatuto cuasi matrimonial de la ley de parejas sólo les será aplicable si así lo manifiestan solemnemente. Luego, si falta esa declaración, su unión y su convivencia no estarán reguladas por esa ley. ¿Con base en qué justificar que tampoco les será de aplicación esta ley de convivencias de ayuda mutua, si, como es el caso, comparten los gastos y las tareas del hogar común, y otras muchas cosas, cuidados y responsabilidades? Defender esta exclusión sería inconstitucional, ya que ello implicaría tratar peor a una unión familiar que a otra que no lo sea, precisamente, porque la primera es familiar y va más allá del hecho de compartir unos gastos y unas tareas del hogar común. Penalizar la familia es inconstitucional, por violación de los arts. 14 y 39.1 CE. Así, pues, ya tenemos que la expresión "familia nuclear" del art. 1 de esta ley no puede comprender a las parejas de mujeres o de hombres. No se les puede castigar así por el hecho de que no hayan querido acogerse al estatuto cuasi matrimonial de la ley de parejas.

Si se trata de una pareja integrada por personas de sexo diferente y no tienen hijos comunes, ya vimos cómo la ley de parejas preveía que su estatuto cuasi matrimonial les fuese aplicable transcurridos dos años de convivencia "marital" (las comillas son mías, dada la inflación de maritalidad que estamos padeciendo), sin requerir la declaración solemne de ambos. Ya razoné antes por qué razón me parecía inconstitucional esta diferencia de trato respecto a las otras parejas sin hijos comunes. Pues bien, mientras no se declare su inconstitucionalidad, hay que tener presente que, si falta esa declaración solemne, durante esos dos primeros años de convivencia, sí podrán optar por que les sea aplicable esta ley de convivencias de ayuda mutua, pues no pueden ser estas uniones familiares peor tratadas que las que no lo son (arg. arts. 14 y 39.1 CE). Y si nadie está interesado ni en condiciones de probar que su relación de convivencia va más allá de compartir gastos y tareas domésticas, pues nada impedirá que les sea aplicable esta ley de convivencia de ayuda mutua. Si, como es de desear, se declara la inconstitucionalidad de la norma que permite someter a estas parejas al estatuto cuasi matrimonial de la ley de parejas aunque no lo quieran, su situación será la misma que la de las parejas integradas por personas del mismo sexo: podrán optar por la aplicación de la ley de parejas o la de convivencias de ayuda mutua. De esto se desprende que la familia nuclear, excluida del ámbito de aplicación de esta última ley, es la pareja con hijos comunes.

Antes de concluir he de advertir que la ley sobre convivencias de ayuda mutua prevé su aplicación sin que sea necesario que los convivientes formalicen esa relación, bastando con que ésta se haya prolongado durante dos años, acreditados mediante acta de notoriedad (art. 3). Considero que esto no sólo no es inconstitucional, sino que es conforme al art. 9.2 CE, por cuanto con esta protección se desarrolla el mandato constitucional de remover los obstáculos a la libertad e igualdad reales de los ciudadanos en los grupos en los que se integra, y éste es uno de ellos, aunque no sea de carácter familiar, que, como se ha visto también puede serlo. Y esto no requiere necesariamente contar con la voluntad de los afectados, ya que no considero que se vulnere el libre desarrollo de su personalidad, ni su autonomía de la voluntad (art. 10.1 CE), ya que no se les está imponiendo contra su voluntad un estatuto matrimonial, ya que la libre ruptura está garantizada. Además, los convivientes pueden regular los efectos de su relación, pactando los derechos y deberes respectivos (art. 4), pudiendo rebajar la protección legal que se les dispensa, concretamente, suprimiendo la pensión periódica en caso de defunción (art. 8.2). Claro está, también pueden hacer uso de su libertad contractual para aumentar los derechos y deberes

respectivos, yendo más allá de lo regulado por esta ley; en mi opinión, un límite imperativo de esta libertad será la subsistencia de la libre ruptura, esto es, por decisión unilateral sin necesidad de acreditar justa causa, que no podrá verse vanificada ni hecha ilusoria, por ejemplo, mediante el pacto de pensiones compensatorias por ruptura, que estrangulen económicamente al obligado a pagarlas, ya que esto implicaría una vulneración del derecho a no estar casado, en tanto no se haya prestado consentimiento matrimonial en una de las formas previstas por la ley (arg. art. 1255 C.c., en relación con los arts. 10.1 y 32.1, éste en negativo, CE), y está claro que ésta no sería una de tales formas.

Con arreglo a la interpretación que aquí propongo de estas dos leyes catalanas (arts. 1, 19 y 20 de la de parejas, y 1 y 2 de la de convivencias de ayuda mutua), creo que el cuadro de situaciones posibles, en lo que respecta a la libertad de elección en Cataluña, podría ser el siguiente:

— Las parejas con hijos comunes —de momento, sólo pueden ser las integradas por personas de sexo diferente— pueden optar, manteniendo su relación, entre el matrimonio o el estatuto cuasi matrimonial de la ley de parejas, ya que están excluidas del ámbito de aplicación de la ley de convivencias de ayuda mutua. En tanto no opten por el matrimonio, les es de aplicación la ley de parejas, aunque no lo quieran. No pueden optar, por lo tanto, por el estatuto cuasi familiar o ligeramente familiar de la ley de convivencias de ayuda mutua, ni por quedar fuera de cualquier estatuto especial.

— Las parejas integradas por personas de sexo diferente sin hijos comunes pueden, manteniendo su relación, optar por el matrimonio, o por el estatuto cuasi matrimonial de la ley de parejas, en todo momento; además, durante los dos primeros años de su convivencia, pueden optar por el estatuto ligeramente familiar o cuasi familiar de la ley de convivencias de ayuda mutua, o por no someterse a estatuto especial alguno. Transcurridos esos dos años, ya sólo pueden optar, según la legislación vigente, entre el matrimonio o el estatuto cuasi matrimonial de la ley de parejas. Pero si, como sería bueno, es declarada inconstitucional la norma que establece que dicho estatuto les sea aplicable aunque no lo quieran, transcurridos esos dos años podrán optar entre el matrimonio, el estatuto cuasi matrimonial de la ley de parejas, y el estatuto cuasi familiar o ligeramente familiar de la ley de convivencias de ayuda mutua. Lo que está claro es que, transcurridos dos años de convivencia, ya no podrán quedar al margen de cualquier estatuto especial.

— Las parejas integradas por personas del mismo sexo pueden optar, manteniendo su relación, entre el estatuto cuasi matrimonial de

la ley de parejas y el cuasi familiar o ligeramente familiar de la ley de convivencias de ayuda mutua; además, antes de que transcurran dos años de convivencia, podrán optar por quedar al margen de cualquier estatuto especial. Transcurridos esos dos años, ya les será aplicable la ley de convivencias de ayuda mutua, a menos que opten por formalizar solemnemente su relación de pareja, en cuyo caso, les será de aplicación el estatuto cuasi matrimonial.

— Las uniones integradas por hermanos o por tres o cuatro personas, durante los primeros dos años de convivencia, podrán optar, manteniendo esta relación, entre el estatuto cuasi familiar o ligeramente familiar de la ley de convivencias de ayuda mutua o por no acogerse a esta ley; transcurridos esos dos años, ésta les es aplicable. Los hermanos acumularían este estatuto al que ya les corresponde como tales, aunque no convivan, claro está. Y esto será así con independencia de la intensidad de los lazos de solidaridad que existan en estas uniones, es decir, tanto si se limitan a compartir gastos y tareas domésticas del hogar común, como si se da una unión familiar no matrimonial, esto es, aunque exista una comunidad de cuidados y responsabilidades recíprocos, como en las uniones libres de pareja. En su momento expliqué por qué no me parece discriminatorio que tales uniones no puedan acceder al estatuto cuasi matrimonial de la ley de parejas; en el caso de los hermanos, sería inconstitucional que sí tuvieran esta posibilidad (arg. art. 39.1 CE), como explico más abajo.

— Las uniones (parejas o no) entre parientes en línea recta quedan fuera del ámbito de aplicación de la ley de parejas y de la de convivencias de ayuda mutua. Que se les excluya del estatuto cuasi familiar o ligeramente familiar de esta segunda ley es lógico, puesto que ya disponen, por su parentesco, de un estatuto propio más intenso. Que no puedan acceder al estatuto cuasi matrimonial de la ley de parejas se justifica, como en el caso de la exclusión de las integradas por hermanos, por la protección de la familia (art. 39.1 CE), que exige no admitir uniones matrimoniales ni cuasi matrimoniales entre padres e hijos ni entre hermanos, ya que de lo contrario se facilitaría la descomposición de la familia nuclear, al abrir a la competencia (no sólo sexual) las relaciones entre sus integrantes.