

ESTUDIOS

COMPETENCIA DEL ESTADO SOBRE RELACIONES JURÍDICO-CIVILES RELATIVAS A LAS FORMAS DE MATRIMONIO (*)

ENRIQUE LALAGUNA DOMÍNGUEZ

*Catedrático de Derecho Civil,
Profesor emérito de la Universitat de València*

SUMARIO: I. Introducción.—II. La configuración del sistema matrimonial: 1. El significado de la referencia a las «relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio». 2. Las variaciones de sistema. 3. Las «formas de matrimonio». 4. Conclusión.—III. Las uniones de hecho y la exigencia de forma en la celebración del matrimonio: 1. El matrimonio y la diversidad natural de las uniones de hecho. 2. La atribución de efectos a uniones de hecho en la Legislación estatal. 3. Regulación de uniones de hecho en la Legislación Autonómica.

I. INTRODUCCIÓN

Las «relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio» figuran en el catálogo de las materias cuya regulación legislativa atribuye la Constitución a la competencia exclusiva del Estado **en todo caso**, con cuya expresión queda de modo tajante descartada la posibilidad de que las Comunidades Autónomas en que existe Derecho foral legislen sobre dicha materia. Si en algún momento tan categórica proposición pudo suscitar alguna discrepancia al interpretar el artículo 149.1.8.^a, CE, donde se formula esa competencia omnicomprendiva a favor del Estado, el Tribunal Constitucional ha venido a eliminar toda sombra de duda al respecto. El sentido de esta reserva competencial a favor del legislador estatal no es otro, según el Tribunal Constitucional, que el de «delimitar un ámbito dentro del cual nunca podrá estimarse subsistente ni susceptible, por tanto, de conservación, modificación o desarrollo, De-

(*) Comunicación presentada al IV Congreso de la Conferencia Iberoamericana de Academias de Ciencias Jurídicas y Sociales, Valencia (España), 14-16 de diciembre de 2000.

recho civil especial o foral alguno», aunque sin perjuicio de lo que en el último inciso del artículo.149.1.8.^a se dispone en orden a la determinación de las fuentes del Derecho. Así se declara en la sentencia, dictada por el pleno de TC 88/1993, de 12 de marzo (fundamento jurídico primero, *b*, párrafo 3.^o). La misma doctrina se reitera textualmente en la STC 156/1993, de 6 de mayo (fundamento jurídico primero, *a*) ⁽¹⁾.

Sin embargo, en torno a la formulación utilizada en el texto constitucional sobre la materia que nos ocupa se ha venido discutiendo en la doctrina científica y en el orden jurisdiccional cuál es el significado y alcance de la expresión «relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio».

Son dos, principalmente, las cuestiones controvertidas en torno al sentido y a la precisa delimitación de este espacio normativo de nuestra legislación civil. La primera de estas cuestiones versa sobre la naturaleza del *sistema matrimonial* que acoge la Constitución. La segunda se refiere a la posibilidad de una regulación legislativa de las situaciones de convivencia de hecho entre personas de diferente o igual sexo, que permita establecer cierta equiparación de efectos con la unión basada en el vínculo nacido de la observancia de una de las «*formas de matrimonio*» establecidas por la ley.

II. LA CONFIGURACIÓN DEL SISTEMA MATRIMONIAL

1. EL SIGNIFICADO DE LA REFERENCIA A LAS «RELACIONES JURÍDICO-CIVILES RELATIVAS A LAS FORMAS DE MATRIMONIO»

Con la expresión utilizada en el artículo 149.1.8.^a, CE para definir la competencia exclusiva del Estado en la regulación del matrimonio se hace referencia a lo que en la doctrina común se viene denominando tradicionalmente *sistema matrimonial*, que designa la política legislativa del Estado sobre el régimen de celebración, validez, eficacia y disolución del matrimonio ⁽²⁾.

En la atribución de competencia exclusiva que en *todo caso* se establece a favor del Estado por la Constitución cabe apreciar una clara correspondencia con la norma del artículo 13.1 del Código civil, que declara la aplicación general y directa en *toda España* de las disposiciones dedicadas a la regulación del matrimonio (Título IV del Libro I). En el desarrollo de la actividad legislativa sobre esta materia, el Estado ha de atender a una doble exigencia: *a*) el compromiso internacional contraído por España con la Santa Sede en los Acuerdos sobre Asuntos Jurídicos (Roma, 3 de enero de 1979), que, después de su aprobación por las Cortes y su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado, han pasado a formar parte del ordenamiento jurídico (artículo. 1.5 del Código civil) ⁽³⁾; *b*) el principio constitucional de no confesionalidad

⁽¹⁾ Cfr. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., *La diversidad de legislaciones civiles en España*, Valencia, 1998, pp. 68 ss., 78 ss.

⁽²⁾ Vid. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., *Pluralidad de Derechos civiles españoles, El artículo 149.1, Regla 8, de la Constitución española*, Madrid, 1997, pp. 128-131.

⁽³⁾ Vid. DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, J.: *La nueva regulación del matrimonio en el Código civil*, en el volumen «Las reformas del Código civil por Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981», Madrid, 1983, p. 10. Entiende este autor que el matrimonio canónico, en su momento inicial, debe regularse exclusivamente en orden a sus requisitos (edad, capacidad, forma e inexistencia de impedimentos) por «*las normas del Derecho canónico*», a las que alude expresamente el apartado primero del artículo VI del Acuerdo con la Santa

del Estado y de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones (art. 16.3 C.E), que desarrolla la Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 5 de julio de 1980, cuyo artículo 7 dispone: «El Estado, teniendo en cuenta las creencias religiosas existentes en la sociedad española, establecerá, en su caso, Acuerdos o Convenios de cooperación con las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas en el Registro que por su ámbito y número de creyentes hayan alcanzado notorio arraigo en España. En todo caso, estos Acuerdos se aprobarán por Ley de las Cortes Generales»⁽⁴⁾. Entre las expresiones del derecho de libertad religiosa, el artículo segundo de la Ley menciona el derecho de la persona a «celebrar sus ritos matrimoniales». Sin embargo, transcurrirán varios años hasta que este derecho se concrete en los Acuerdos de Cooperación del Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas de España y la Comisión Islámica de España, aprobados, respectivamente por las Leyes 24/1992, 25/1992 y 26/1992, de 10 de noviembre⁽⁵⁾.

2. LAS VARIACIONES DE SISTEMA

En la perspectiva histórica de los sistemas matrimoniales de nuestro ordenamiento, desde la Ley de matrimonio civil de 1870 hasta la Constitución de 1978, se puede apreciar que las variaciones de sistema han oscilado entre una *situación uniforme*, de exclusividad de la legislación y jurisdicción del Estado, y una *situación de coexistencia* de la legislación y jurisdicción estatal (sobre el matrimonio civil), de un lado, y la legislación y jurisdicción de la Iglesia católica (sobre el matrimonio canónico), de otro. Hasta la Constitución de 1978 la política legislativa del Estado español se ha mantenido en su evolución histórica dentro del marco de esta dualidad de vínculos: el matrimonio civil y el matrimonio canónico.

Esta configuración dualista del sistema se altera al introducirse con la vigente Constitución una nueva modalidad de matrimonio: el *contraído en forma religiosa* (no canónica). La articulación del sistema actual ya no responde a las premisas de un planteamiento de uniformidad o coexistencia de sólo dos formas de matrimonio con autonomía legislativa y jurisdiccional. La singularidad del nuevo supuesto negocial estriba en la libertad de elegir una nueva *forma religiosa de celebración*, aunque sometida en el régimen de capacidad e integridad del consentimiento a la legislación del Estado⁽⁶⁾.

Sede, y no obsta a ello que el artículo 32 de la Constitución diga que la ley regulará «la edad y la capacidad» para contraer matrimonio, porque «un tratado internacional tiene fuerza de ley en las condiciones del artículo 1.5 del Código y quizá aún mayor valor a la vista del artículo 94.1 de la Constitución».

⁽⁴⁾ Es claro que la exigencia de que los Acuerdos de cooperación se aprueben por Ley de las Cortes Generales no se puede referir al Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos entre el Estado español y la Santa Sede de 1979. Por una doble razón. La primera es que la promulgación de la Ley Orgánica de Libertad religiosa se produce en un momento ulterior a la aprobación por las Cortes del Acuerdo con la Santa Sede de 1979. La segunda razón es que la exigencia de aprobación por las Cortes Generales es un hecho que se produce formalmente en el año 1979 en los términos del artículo 94.1 de la Constitución, que requiere la previa autorización de las Cortes Generales para la ratificación de los tratados o convenios que afecten a los Derechos y Deberes fundamentales establecidos en el Título I.

⁽⁵⁾ Cfr. CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., en CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, T. V, Vol. I, Madrid, 1994, pp. 250-253.

⁽⁶⁾ La regulación civil del matrimonio en forma religiosa (artículo. 59 C.e) no comprende el matrimonio en forma canónica. Cfr. FERRER ORTÍZ, J., *El sistema matrimonial*, en el *Tratado de Derecho eclesástico* publicado por EUNSA, Pamplona, 1994, p. 917.

3. LAS «FORMAS DE MATRIMONIO»

La expresión «formas de matrimonio», contenida en el artículo 32 de la Constitución, ha sido diversamente interpretada. A mi modo de ver, su significado se debe precisar teniendo en cuenta las siguientes consideraciones.

Primera. En la tradición legislativa española, la expresión «formas de matrimonio» se ha venido utilizando para designar la diversidad normativa del matrimonio civil, regulado por el Estado, y el matrimonio canónico, regulado por la legislación de la Iglesia Católica y reconocido por nuestro ordenamiento con efectos civiles. La expresión «formas» no se refiere a las *formas de celebración*, sino a *distintas regulaciones* del matrimonio. Este es, sin lugar a dudas, el significado que se atribuye a esa expresión, con una defectuosa sintaxis, en la Base tercera de la Ley de 11 de mayo de 1888: «Se establecerán en el Código dos formas de matrimonio: el canónico... y el civil...». Esta redacción se mantiene en el texto del primitivo artículo 42 del Código. En los antecedentes de este precepto, en la Discusión parlamentaria del Código civil y entre los primeros comentaristas del Código, se puede reconocer que el sentido en que ha de entenderse la expresión «formas de matrimonio» es el que se acaba de apuntar.

Segunda. Al utilizarse la expresión «formas de matrimonio» en el artículo 32 de la Constitución de 1978, su significado gana amplitud y pierde precisión. Gana amplitud porque su utilización en la norma constitucional no puede suponer la vuelta a una experiencia jurídica pretérita en que se reconoce al lado de la «forma civil» sólo una «forma religiosa» (el matrimonio canónico). Y no es posible esa vuelta al pasado sencillamente porque en el momento en el que alcanza vigencia la Constitución de 1978, cuando la religión Católica no es la única confesión reconocida, si se habla de «formas de matrimonio» hay que entender que al lado de una «forma civil» hay no sólo *otra* «forma religiosa», sino *otras* «formas religiosas» de matrimonio. La expresión «formas de matrimonio» utilizada en el contexto de la Constitución responde adecuadamente a la diversidad confesional de la sociedad española. Por otra parte, dentro de la norma constitucional la expresión que comentamos adquiere un significado más amplio que antes, y, con ello, pierde su original significado. Con ella ya no se alude sólo a la diversa regulación del matrimonio civil y del matrimonio canónico, que son las *tradicionales* «formas de matrimonio», sino también a otras *nuevas* «formas» de carácter religioso. De esto resulta que en el artículo 32 de la Constitución, la expresión comentada adquiere distintos significados, en cuanto que con ella se postulan *exigencias* muy diversas sobre lo que cada una de las confesiones reconocidas puede pretender al demandar del Estado el reconocimiento de su respectiva «forma de matrimonio». Las confesiones distintas de la Católica pretenden del Estado que se admita la forma propia como válida para la celebración del matrimonio. La Iglesia Católica no circunscribe su pretensión a una exigencia tan limitada. Así parece demostrarlo, como dato evidente, el Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos entre el Estado Español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979.

El intento, contrario a los acuerdos con la Santa Sede, de involucrar el matrimonio canónico entre los supuestos de *matrimonio civil en forma religiosa*, es en mi opinión, la raíz de la controversia acerca de la naturaleza del sistema matrimonial. Vid. En este sentido LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., *La reforma del sistema matrimonial*, Madrid, 1983, pp. 56-58.

Tercera. Antes de la reforma del Código civil por la Ley de 7 de julio de 1981, el artículo 32 de la Constitución dejaba abiertas, en teoría, dos posibles líneas de interpretación acerca del sistema matrimonial que debería desarrollarse por ley ordinaria. Según una primera interpretación, al hablar en plural de formas de matrimonio, se podía entender que la ley que en el futuro se promulgase en desarrollo de la Constitución debería regular no sólo el matrimonio civil, sino también otras clases distintas de matrimonio, y según esto parece que la Constitución venía a postular un sistema electivo en el que, al lado del matrimonio civil se debería reconocer la existencia, con efectos civiles, de matrimonios de carácter confesional. De acuerdo con este punto de vista se podía mantener lógicamente que la Constitución conservaba el sistema de libre elección, si bien ampliando el reconocimiento de efectos civiles a otras clases de *matrimonio religioso* distintas de la canónica, conforme al principio de libertad religiosa del artículo 16 de la Constitución. Conforme a una segunda interpretación, la Constitución venía a postular un sistema uniforme de matrimonio civil obligatorio, limitándose el significado de la expresión «formas de matrimonio» a la posibilidad de que el consentimiento matrimonial se pudiese manifestar en *forma religiosa*, es decir, admitiendo que la celebración del matrimonio pudiera tener lugar ante el ministro de una confesión religiosa reconocida por el Estado, sometiéndose a la regulación sustantiva del matrimonio en todos los demás aspectos a la legislación estatal. La primera de las interpretaciones apuntadas está en consonancia con el significado que tiene la expresión «formas de matrimonio» en nuestra historia legislativa, acorde con un sistema de coexistencia de distintas especies de matrimonio, con autonomía en el ámbito legislativo y jurisdiccional. En la segunda interpretación, la expresión «formas de matrimonio» se toma en una acepción equivalente a *formas de celebración*. En esta acepción estricta, la expresión «formas de matrimonio» resulta equívoca, porque podría pensarse que responde a las exigencias de un sistema electivo de tipo anglosajón ⁽⁷⁾, en el que existe libertad para elegir sólo la forma religiosa de celebración, lo que no sería otra cosa que un *matrimonio civil en forma religiosa*. Tal interpretación vendría a desconocer, contra lo establecido en los Acuerdos con la Santa Sede, el matrimonio contraído «según *normas del Derecho canónico*» (art. VI).

4. CONCLUSIÓN

Aunque el texto del artículo 32 CE es ambiguo, cabe mantener como más seguras las siguientes proposiciones.

Primera. La posibilidad de admitir un sistema de matrimonio civil obligatorio debe descartarse. La idea de que la Constitución trató de establecer un sistema uniforme no tiene un firme punto de apoyo normativo. García Cantero considera que no es posible saber el sistema matrimonial acogido por la Constitución en el artículo 32, párrafo segundo, «de cuyo tenor literal sólo cabe deducir con seguridad que se excluye el basado en el matrimonio civil único y obligatorio». En parecido sentido afirma Díez del

⁽⁷⁾ En este sentido *Peña Bernardo de Quirós, M., El sistema matrimonial según la Constitución y los Acuerdos con la Santa Sede*, «Anuario de Derecho civil», 1980, pp. 575 ss., 579 ss., También *JORDANO BAREA, J., El nuevo sistema matrimonial español*, «Anuario de Derecho civil», 1981, pp. 912-915.

Corral que «la expresión 'formas de matrimonio', utilizada por el artículo 32 de la Constitución, hacía muy difícil que pudiera establecerse el matrimonio civil obligatorio, el cual, por otra parte, resultaba totalmente desautorizado por los Acuerdos»⁽⁸⁾. Otros autores, con variedad de argumentos, llegan a la misma conclusión⁽⁹⁾.

Segunda. «Formas de matrimonio» designa hoy no sólo especies de matrimonio, en el sentido de supuestos negociales tipificados por distintos ordenamientos jurídicos, sino también, además de ese tradicional significado, «formas de celebración» en el sentido estricto de formas de recepción del consentimiento matrimonial manifiesto, reconocidas por el ordenamiento español.

Tercera. La Constitución de 1978 crea las condiciones favorables para un sistema matrimonial facultativo, si bien el carácter electivo del sistema no responde con exactitud al esquema tradicional, que en una parte sustancial se mantiene y en otra se modifica. Se mantiene el esquema tradicional en cuanto se puede seguir afirmando la existencia de una dualidad de especies de matrimonio reguladas por diferentes legislaciones. Se modifica en cuanto, al lado del matrimonio civil, el reconocimiento de la eficacia civil del matrimonio canónico queda limitado en su reglamentación específica y en su jurisdicción propia por el ordenamiento estatal; y se modifica también en cuanto que además, por exigencias del principio de libertad religiosa, el carácter facultativo del sistema se extiende al reconocimiento de formas religiosas válidas para la celebración del matrimonio civil. Con estos límites y modificaciones puede afirmarse que en el Derecho español vigente se establece un sistema de matrimonio civil facultativo⁽¹⁰⁾.

III. LAS UNIONES DE HECHO Y LA EXIGENCIA DE FORMA EN LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO

1. EL MATRIMONIO Y LA DIVERSIDAD NATURAL DE LAS UNIONES DE HECHO

La consideración del matrimonio como la más consistente realidad óptica de las relaciones que componen la vida en sociedad explica que entre los objetivos que se proponen a la atención del legislador se sitúe su regulación en primerísimo plano.

⁽⁸⁾ GARCÍA CANTERO, G., *Familia y Constitución*, en el vol. «El desarrollo de la Constitución española de 1978», Zaragoza, 1982, p. 201; DIEZ DEL CORRAL, *La nueva regulación del matrimonio*, cit. p. 10.

⁽⁹⁾ Sorprende encontrar hoy en publicaciones recientes afirmaciones como la siguiente: «cualquiera que sea la forma elegida para la celebración conduce siempre a un matrimonio; el civil español regulado en el Código, es decir, existe un único matrimonio con pluralidad de formas». Así PÉREZ VERA, E., en *Derecho internacional privado*, Vol. II, *Derecho civil internacional*, 9.ª ed., Madrid, 2000, p. 114.

⁽¹⁰⁾ Esta es la tesis dominante entre los autores que han tratado el tema en estudios monográficos. Así, concretamente: FUENMAYOR, A., *El marco del nuevo sistema matrimonial español*, «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1979, II, p. 299; SANCHO REBULLIDA, F. de A., *El matrimonio canónico en el sistema matrimonial español*, Separata de «Ius canonicum», vol. XX, núm. 40, julio-diciembre 1980, pp. 6-23; GARCÍA CANTERO, *Familia y Constitución*, cit., p. 205; LÓPEZ ALARCÓN, M., *Sistema matrimonial concordado. Celebración y efectos*, en el vol. «Los Acuerdos entre la Iglesia y España», Madrid, 1980, págs 306-309; NAVARRO VALLS, *La posición jurídica del matrimonio canónico, en la Ley de 7 de julio de 1981*, «Revista de Derecho privado», 1982, pág 668; LALAGUNA, E., *Nulidad del matrimonio civil*, «Nueva Enciclopedia Jurídica», t. XVII, Barcelona, 1983, pp. 718-719. Por Lo demás, el vigente sistema matrimonial, que se introdujo en el Código civil por Ley de 7 de julio de 1981, adolece de la incoherencia provocada por la vulneración de los Acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede de 1979. Cfr. A este respecto CARRIÓN OLMOS, S., *El sistema matrimonial español*, Madrid, 1990, pp. 123-124.

Pero en este orden de intereses objetivos de la tarea legislativa no es indiferente la situación de convivencia estable entre el varón y la mujer que no quieren o no pueden someterse a la observancia de la forma legal del acto jurídico que les convierte en cónyuges, y la razón de ello se encuentra probablemente en el hecho de que en la unión extramatrimonial subyace la posibilidad de conversión de la convivencia física en vínculo conyugal. Por ello, tanto el Derecho canónico como el Derecho civil dejan la situación de convivencia abierta a una posible «transformación en matrimonio a través de la *sanatio in radice* o la convalidación» ⁽¹¹⁾.

En cuanto las situaciones de convivencia de hecho de carácter heterosexual quedan al margen de la regulación del matrimonio, se manifiesta cierta proclividad a un acercamiento de estas situaciones con las que existen entre personas de igual sexo. Es obvio que el único punto de conexión entre estos dos tipos de situación de convivencia es el hecho de mantenerse fuera del matrimonio.

Entre las varias manifestaciones legislativas de aproximación de las uniones de hecho a la relación matrimonial se ha tenido en cuenta generalmente la diversa naturaleza de la unión extraconyugal de carácter heterosexual y la existente entre personas de igual sexo, admitiéndose en el ámbito legal la atribución de algunos efectos propios de la relación matrimonial sólo a la unión extraconyugal basada en la afectividad natural entre varón y mujer análoga a la conyugal.

Y aunque, en principio se mantiene una diferencia de tratamiento entre la unión heterosexual y la homosexual, se ha venido a reconocer también a esta última en determinadas áreas legislativas algunos efectos propios de la relación conyugal, a pesar de no existir ninguna conexión analógica entre una y otra.

No entro aquí en consideraciones críticas sobre los argumentos con los que se trata de justificar la conveniencia de una regulación legal de las uniones de hecho con un planteamiento unitario, comprensiva de los dos tipos descritos de situaciones de convivencia.

Lo que fundamentalmente importa poner de relieve es la necesidad de la observancia de una de las «*formas de matrimonio*» reconocidas por la ley a que se refiere la Constitución para atribuir al Estado *en todo caso* competencia exclusiva en la regulación de los efectos propios del vínculo conyugal.

Adviértase que en el texto del artículo 149.1.8.ª CE la competencia exclusiva del Estado sobre las «*relaciones jurídico-civiles*» se especifica mediante la referencia a las «*formas de matrimonio*». De tal modo, esas relaciones jurídicas a que se refiere la norma constitucional se identifican por su inescindible vinculación a la existencia de alguna de las formas de matrimonio admitidas por la ley. La atribución de efectos jurídicos a la relación regulada implica necesariamente la observancia de la forma del acto jurídico de celebración del matrimonio por cuya virtud se adquiere la cualidad de cónyuge.

⁽¹¹⁾ Esta última observación se formula por NAVARRO VALLS, R., *Matrimonio y Derecho* (Discurso leído el 28 de noviembre de 1994, en el acto de su recepción pública como Académico de Número), «Real Academia de Jurisprudencia y Legislación», Madrid, 1994, p. 69. El mismo autor aprecia la tendencia del derecho a tutelar de algún modo la unión heterosexual, «incluso con el riesgo de confundir realidades en las que late la conyugalidad con otras que tienen la inestabilidad y arbitrariedad propias de lo no conyugal».

En principio, no parece que existan argumentos decisivos para negar la atribución de ciertos efectos propios de la relación conyugal a situaciones de convivencia que no tengan su origen en la observancia de una forma de celebración del matrimonio cuando a la convivencia de hecho procede aplicar por analogía la misma solución, dentro de la legislación del Estado. La posibilidad de apreciar la analogía quedaría en tal hipótesis dentro de la reserva competencial que en todo caso confiere la Constitución al Estado en materia de legislación civil. Si, diversamente, la analogía se intentara establecer desde una latitud legislativa distinta, como sería la propia de un Derecho civil foral o especial, estaríamos ante una posible forma indirecta de invasión de la competencia del legislador estatal.

2. LA ATRIBUCIÓN DE EFECTOS A UNIONES DE HECHO EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL

Parece claro que, en los términos del artículo 149.1.8.^a CE, dentro del ámbito de la función legislativa que la Constitución atribuye al Estado, ha de ser el propio legislador estatal quien, al tratar de la materia que ha de ser regulada, marque los límites de su propia competencia. Entre esos límites está la valoración de las posibilidades y condiciones de aplicación de la *analogía legis*.

Un supuesto claro de conexión analógica con la relación conyugal nos ofrece la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que en el artículo 175.4 del C. c. dispone: «*Fuera de la adopción por ambos cónyuges, nadie puede ser adoptado por más de una persona*». La misma Ley aprecia la existencia de *analogía con la relación conyugal* cuando en la disposición adicional tercera establece lo siguiente: «Las referencias de esta Ley a la *capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente* a un menor serán también aplicables *al hombre y a la mujer* integrantes de una pareja unida de forma permanente por *relación de afectividad análoga a la conyugal*».

El reconocimiento legislativo de esta analogía de la *relación de afectividad entre varón y mujer* con la *relación conyugal*, a efectos de la adopción conjunta, queda dentro de la competencia exclusiva propia del Estado.

La extensión analógica de la adopción conjunta por ambos cónyuges a la situación de convivencia de hecho se circunscribe a la *relación de afectividad heterosexual*. No hay razón de analogía para admitir la capacidad de adopción conjunta entre personas de igual sexo ⁽¹²⁾.

Respecto a otras materias el Tribunal Constitucional mantiene en reiteradas sentencias que desde el punto de vista constitucional no hay equivalencia entre el matrimonio y la unión extramatrimonial, por lo que debe considerarse que no es contrario a la Constitución, en razón de esa falta de equivalencia, un tratamiento diferente para la relación matrimonial y la unión libre basada en la convivencia *more uxorio*.

Con precisa referencia a la pensión de viudedad, declara en numerosas sentencias que no es inconstitucional exigir el vínculo matrimonial para tener derecho a ella.

(12) No existiendo la relación analógica no es posible la adopción, a la vista de lo dispuesto en el artículo. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, en cuya aplicación «primará siempre el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir» Vid. , Además, artículo. 176.1 del Código civil.

La STC 184/1990, de 15 de noviembre, declara (Fundamento jurídico tercero):

1. «Que en la Constitución española de 1978 el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes. El matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución y el derecho a contraer matrimonio es un derecho constitucional (art. 32.1) cuyo régimen jurídico corresponde a la Ley por mandato constitucional (art. 32.2). Nada de eso ocurre con la unión de hecho *more uxorio*, que *ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento.*»

2. «Tales diferencias constitucionales entre matrimonio y unión de hecho pueden ser legítimamente tomadas en consideración por el Legislador a la hora de regular las pensiones de supervivencia.»

3. «Pero lo que no reconoce la Constitución es un pretendido derecho a formar una unión de hecho que, por imperativo del artículo 14, sea acreedora al mismo tratamiento —singularmente, por lo que ahora importa, en materia de pensiones de la Seguridad Social— que el dispensado por el Legislador a quienes, ejercitando el derecho constitucional del artículo 32.1, contraigan matrimonio y formalicen así la realización que, en cuanto institución social, la Constitución garantiza.»

4. «En consecuencia, siendo el derecho a contraer matrimonio un derecho constitucional, cabe concluir que el Legislador puede, en principio, establecer diferencias de tratamiento 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* no es arbitraria o carente de fundamento.»

5. «Razones de certidumbre y seguridad jurídica y la propia coherencia con la decisión libremente adoptada en la unión de hecho de excluir la relación matrimonial y los deberes y derechos que de la misma dimanen, abundan en la consideración de que no pueda entenderse caprichoso o irrazonable que el Legislador no incluya a los unidos por vía de hecho de una pensión como la de viudedad que *ha sido prevista en función de la existencia de un vínculo matrimonial entre causante y beneficiario.*»

6. «Y por lo mismo no cabe reprochar como arbitraria y discriminatoria la exigencia de que el núcleo de convivencia institucionalizada entre hombre y mujer como casados *le conste formalmente al Estado* para que éste conceda la pensión de viudedad.»⁽¹³⁾

Esta doctrina, relativa al derecho a la pensión de viudedad, ha sido confirmada por otras resoluciones posteriores del mismo Tribunal (SSTC 29/1991, 30/1991, 31/1991, 38/1991, 29/1992).

Se aparta de esta doctrina la STC 222/1992, de 11 de diciembre, que declara la inconstitucionalidad del artículo 58.1 de la Ley de Arrendamientos urbanos, texto refundido de 24 de diciembre de 1964 «en la medida en que excluye del beneficio de la subrogación *mortis causa* a quien hubiere convivido de modo marital y estable con el arrendatario fallecido».

⁽¹³⁾ Los pasajes del Fundamento jurídico tercero de esta sentencia se transcriben en el orden en que se exponen por el Magistrado don Alvaro RODRÍGUEZ BEREJO en su Voto particular a la STC 222/1992, de 11 de diciembre (B.O.E. de 19 de enero de 1993).

Sobre esta sentencia, de la que fue ponente el Magistrado don José Vicente Gimeno Sendra, formularon *Voto particular* los Magistrados don Álvaro Rodríguez Bereijo y don José Gabaldón López.

El voto particular de Rodríguez Bereijo descansa en un doble motivo: 1. «la diferenciación establecida por el Legislador en el caso aquí cuestionado no puede reputarse, sin más, contraria al derecho a la igualdad del artículo 14 CE (por arbitraria o irrazonable) por el hecho de tomar en consideración la circunstancia del matrimonio». 2. «De otra parte, es un deber de coherencia: la conformidad a una doctrina reiteradamente sentada, y en fecha muy reciente, por este Tribunal ante situaciones análogas a propósito del derecho a la pensión de viudedad. Doctrina de la que esta Sentencia se aparta por completo sin declarar expresamente las razones para tal cambio y sin explicar o modular los efectos expansivos que de ella se desprenden, como creo que corresponde al Tribunal Constitucional».

Hay en este voto particular una profunda discrepancia acerca de la argumentación de la sentencia y del modo de proceder de la mayoría que la sustenta. En el primer aspecto se afirma, entre otras cosas: «La Constitución no ha establecido la equiparación o equivalencia a todos los efectos y en todos los órdenes entre el matrimonio (art. 32) y las uniones de hecho extramatrimoniales y cuando lo ha querido hacer -v. gr. a los efectos de la filiación o del hecho de la maternidad- lo ha dicho expresamente (art. 39.2 CE). Por tanto, del artículo 39.1 CE que garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia no puede deducirse la necesidad de una paridad de trato por el Legislador en todos los aspectos y en todos los órdenes entre una institución jurídica reconocida y garantizada constitucionalmente, el matrimonio, y lo que no lo es».

En cuanto a la formulación de la nueva tesis mantenida por la sentencia, se dice en términos diáfanos: «la presente sentencia choca frontalmente, en sus fundamentos jurídicos y en su fallo, con la doctrina que hasta hoy ha venido manteniendo el Tribunal Constitucional en reiteradas resoluciones y de fecha muy reciente». Y añade: «No será necesario insistir en los graves riesgos que para la seguridad jurídica entraña un *overruling* cuando la propia Sentencia que lo lleva a cabo pretende desconocerlo y, en consecuencia, omite toda explicitación razonada no sólo del cambio de interpretación constitucional, sino también, y lo que es más importante, del criterio preciso en que se fundamenta... así como de las oportunas modulaciones que delimiten, en la medida de lo posible, los efectos y alcance de la nueva doctrina constitucional para evitar que, expansivamente, se desborde más allá de lo previsto y querido por esta interpretación constitucional.»

En términos precisos recuerda en su voto particular el Magistrado Sr. Gabaldón López la doctrina de la STC 184/1990, «en consonancia con anteriores declaraciones y con un planteamiento doctrinal seguido... por otras varias sentencias...», en las que «este Tribunal ha sentado, pues, con claridad la doctrina de que el matrimonio y la unión matrimonial de hecho, por no ser situaciones equivalentes, no permiten calificar como arbitraria ni discriminatoria la exigencia de la constancia formal del matrimonio para conceder la pensión de viudedad de la Seguridad Social. No hay ahora, ni suministra el caso, razones para modificar esa doctrina porque se trate, no del derecho a una pensión de viudedad, sino del de subrogación en el contrato de arrendamiento al fallecimiento del inquilino. Las situaciones de partida (matrimonio y unión

extramatrimonial) siguen sin ser equivalentes como allí se dijo y, por tanto, no contrario al artículo 14 el requisito exigido por el artículo 58.1 de la Ley de Arrendamientos urbanos. Pero en cuanto a la concreta situación, el carácter diferencial se acentúa desde el punto de vista de sus consecuencias, porque la extensión del beneficio a las uniones de hecho no determinaría, como allí, simplemente la atribución de un derecho a la pensión en condiciones de igualdad, sino algo bien distinto, o sea la titularidad de un contrato en situación de prórroga legal, frente a derechos de terceros y con evidente extensión de unos beneficios que, por su carácter excepcional, son de interpretación estricta.»

Sabido es que la discutida STC 222/1992 sirve de punto de apoyo a la equiparación de determinados efectos entre la relación conyugal y las uniones de hecho en la Ley 29/1994 de Arrendamientos urbanos, en la que la atribución de derechos a favor del cónyuge del arrendatario en los casos de desistimiento unilateral del contrato o abandono de la vivienda, subrogación mortis causa y realización de obras por minusvalía se extiende a «la persona que hubiere venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, *con independencia de su orientación sexual*» (arts. 16.1, 12.4, 24.1 y disposición transitoria segunda, apartado 7). Con esta última expresión, como he dicho en otro lugar, se viene a extender la unión de hecho a la convivencia entre personas de igual sexo, como se desprende de la tramitación parlamentaria de la ley. Lo que encierra un contrasentido, porque la referida expresión elimina esa analogía de que habla el texto legal entre la unión de hecho y la relación de afectividad entre cónyuges, que por definición se refiere a la relación entre varón y mujer⁽¹⁴⁾.

Hay en la legislación del Estado otras situaciones jurídicas en que determinados efectos atribuidos a los cónyuges se extienden a quienes, sin vínculo matrimonial, mantienen una situación de convivencia estable. Pero adviértase que en estos casos, aunque no exista *equivalencia* entre ambas situaciones, la ley requiere que en la unión de hecho exista una «relación de afectividad» *análoga a la conyugal*⁽¹⁵⁾.

Se circunscribe así la extensión de efectos jurídicos de los que son destinatarios los cónyuges a los sujetos de las uniones de hecho de naturaleza heterosexual.

La vigente Ley de arrendamientos urbanos, en cuanto contradice la descrita relación de analogía, al admitir la unión de hecho «con independencia de la orientación sexual» de los sujetos, introduce una grave aporía en el ordenamiento jurídico del Estado.

La equiparación de las uniones de hecho al matrimonio ante la que el legislador puede optar cuando entre ambas existe una razón de analogía, no es posible cuando, como ocurre en las uniones de personas de igual sexo, no cabe apreciar ninguna posible analogía con la unión conyugal.

(14) Cfr. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., *El Código civil y sus reformas, Prólogo*, p. XV, 9.a ed., Valencia, 1999 (y en ediciones anteriores). Vid., además, DE PABLO CONTRERAS, P., *Comentario al artículo 24*, en el volumen «El nuevo arrendamiento urbano. Régimen civil y registral», Madrid, 1996, pp. 243-244.

(15) Así por ejemplo, adopción conjunta a la que antes me he referido; circunstancia agravante o atenuante de la responsabilidad (artículo. 23 del Código penal, según texto de la L.O. 10/1995, de 23 de diciembre); exención de pena por encubrimiento (artículo. 454 del Código penal, según texto de la L.O. 10/ 1995); extensión familiar del asilo (artículo. 10.1 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reformada por Ley 9/1994, de 19 de mayo), etc.

En general, la exclusión de efectos propios del vínculo conyugal a las uniones de hecho guarda correspondencia no sólo con la exigencia de la observancia de forma en la celebración del matrimonio sino también con el principio de libre desarrollo de la personalidad, conforme a «*la propia coherencia con la decisión libremente adoptada de la unión de hecho de excluir la relación matrimonial y los deberes y derechos que de la misma dimanar*»⁽¹⁶⁾.

En particular, la unión de hecho entre personas de igual sexo no puede ampararse en los principios constitucionales de igualdad y de protección a la familia.

Conforme al artículo 14 de la Constitución sería impertinente alegar discriminación por razón de sexo cuando en el orden jurídico la desigualdad es consecuencia de una diferencia que la naturaleza impone, sin dejar opción al legislador para alterar la realidad biológica de la sexualidad inherente a la unión entre cónyuges y a la que de hecho se establece en relación análoga a la conyugal.

Tampoco el principio constitucional de protección a la familia del artículo 39 CE ofrece una perspectiva favorable para equiparar la convivencia de homosexuales a la matrimonial. Dice a este respecto el Magistrado Gabaldón López: «la Constitución considera el matrimonio institución regulada en sus diversas formas y consecuencias jurídicas por la Ley, tal como resulta del artículo 32 de la Constitución, como procedimiento de formación de la familia, digna ésta de protección en general y sin que quepa otorgar al artículo 39 consecuencias que no se desprendan de su propia formulación, según la cual se articula un elenco de medidas de protección a la familia, unas configuradas como obligaciones de los poderes públicos y otras, como deberes y obligaciones exigibles a los padres. Prescripciones que no cabe entender con independencia de las consecuencias que para la institución de la familia comporta el artículo 32, puesto que, cuando se han querido prever situaciones familiares dignas de protección fuera de la familia matrimonial se han formulado expresamente: así, igualdad de los hijos y de las madres ante la Ley, investigación de la paternidad, deber de asistencia a los hijos matrimoniales o no...»

3. REGULACIÓN DE UNIONES DE HECHO EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

En el ámbito de la legislación autonómica se han promulgado últimamente tres leyes que atribuyen en desigual medida efectos propios de la relación matrimonial a las uniones de hecho. Estas leyes son: 1. Ley del Parlamento de Cataluña 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja; 2. Ley de las Cortes de Aragón 6/1999, de 26 de marzo, de parejas estables no casadas; 3. Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables.

En el proceso formativo de estas leyes se ha planteado el problema de su posible inconstitucionalidad. Recientemente se ha interpuesto recurso de inconstitucionalidad contra la totalidad de la Ley Foral 6/2000, del Parlamento de Navarra. El recurso, fechado el 6 de septiembre de 2000, se interpone por más de ochenta Diputados del Grupo Popular.

⁽¹⁶⁾ En Voto particular a la STC 222/1992, de 11 de diciembre.

La Ley 10/1998, del Parlamento de Cataluña, ha sido objeto de un detenido análisis por Encarna Roca Trías, que dedica a la exposición sistemática de la Ley dos capítulos de la obra, publicada en colaboración con L. Puig Ferriol, *Institucions del Dret civil de Catalunya*, Vol. II, 5.^a ed., Barcelona, 1998, pp. 445-486.

Se plantea Roca Trías la cuestión de la competencia legislativa de la Generalidad de Cataluña para regular las parejas de hecho, heterosexuales y homosexuales, ante la imposibilidad de que una legislación autonómica establezca formas de matrimonio diferentes de las previstas en la legislación estatal, que el artículo 149.1-8 CE reserva a la competencia exclusiva del Estado. Sin embargo, entiende la autora que la Ley del Parlamento catalán se limita a atribuir una serie de efectos civiles sobre las relaciones entre los convivientes, lo que no tiene nada que ver —dice— con las formas de matrimonio reservadas al Estado por la Constitución en el artículo 149.1-8.

Por mi parte, ante esta Ley, me remito al planteamiento expuesto anteriormente en este estudio sobre el significado y alcance de la competencia exclusiva del Estado en la materia que nos ocupa.

Sobre la Ley de las Cortes de Aragón 6/1999 se ha publicado un libro de José-Luis Merino Hernández, *Manual de parejas estables no casadas*, Zaragoza, 1999, que contiene un amplio comentario del proceso formativo de la Ley y de su texto articulado. Aprecia el autor una influencia excesiva de la Ley del Parlamento catalán. Subraya la importancia que, según el autor, ha tenido en la regulación de las uniones de hecho la discutida STS 222/1992, aunque no hace referencia a la consistente versión crítica de los votos particulares de Rodríguez Bereijo y Gabaldón López. Esta obra es, acaso, por ahora, la única aportación que ofrece una visión de conjunto de la Ley aragonesa 6/1999. Extrañamente, no se llega a plantear el autor el problema de la competencia legislativa de las Cortes de Aragón que suscita el artículo 149.1.8.^a de la Constitución. Comparto algunos puntos de vista del autor. En general, disiento del planteamiento y, en parte, del contenido de esta Ley.

La Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, del Parlamento de Navarra, la más reciente de las promulgadas en el ámbito de la legislación autonómica, ha merecido cierta notoriedad por el hecho de admitir la capacidad de toda pareja, sin excluir la homosexual, para la adopción conjunta, «con iguales derechos y deberes que las parejas unidas por matrimonio» (art.8). En este punto la Ley navarra se adelanta al Parlamento holandés, cuya Cámara Baja aprobó el 12 de septiembre de 2000 «el proyecto de Ley para hacer posible el matrimonio y la adopción por personas del mismo sexo». Este proyecto está pendiente de ratificación por el Senado cuando esto escribo (agradezco esta información a J.C.N.Bak). Pero en esto sólo no radica la vulnerabilidad de la Ley Foral.

En mi opinión la Ley Foral es inconstitucional en su totalidad. La atribución de los efectos jurídicos de la relación matrimonial, a la que se trata de equiparar «la unión de dos personas que convivan en análoga relación de afectividad, con independencia de su orientación sexual» (art.1.^o) invade la competencia exclusiva del Estado sobre la materia.