

PAREJAS DE HECHO Y LEALTAD CONSTITUCIONAL

María Paz García Rubio.

Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Santiago de Compostela.

*****Este trabajo se publicará próximamente en el Libro Homenaje al Pr. Javier Serrano García. Valladolid. 2004.**

Este trabajo está dedicado a la memoria de Javier Serrano García, a su familia y al tiempo que compartimos, junto a Teodora, Javier, Miguel y Andrés, en una jovencísima Universidad de León.

SUMARIO: 1. Protección constitucional de la pareja de hecho. 2. La legitimidad constitucional de no legislar en materia civil sobre parejas de hecho. La posibilidad constitucional de hacerlo. 3. La legitimidad constitucional de legislar sobre parejas de hecho en las Comunidades Autónomas. Fundamentos competenciales alegados. 4. La deslealtad constitucional que supone no legislar en aquellos aspectos que tocan a las parejas de hecho en los que el legislador estatal tiene competencias exclusivas. 4.a. La situación en el ámbito procesal civil. 4.b. La situación que se produce por la falta de legislación en materia de conflicto de leyes. 5. Reflexión sobre el papel estatal del legislador estatal y el respeto a la norma de lealtad constitucional.

1. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PAREJA DE HECHO.

Es poco discutible que los cambios sociológicos producidos en la estructura familiar y la aparición de nuevos modelos de convivencia en los últimos tiempos han sido tan importantes y tan rápidos que el Derecho puede seguir a duras penas su ritmo y, desde luego, siempre con cierto retraso. Entre estos cambios uno ya muy consolidado y reconocido por todos es el de la multiplicación exponencial de las parejas de hecho, entendiendo por tales las situaciones de convivencia de dos personas, del mismo o distinto sexo en una relación afectiva de carácter sexuado y dotada de una cierta permanencia, sin haber llegado a formalizar la relación como matrimonio.

♦ Quiero agradecer a Leonardo Álvarez Álvarez, Profesor Asociado de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo, nuestras conversaciones electrónicas, así como el tiempo y el interés que les ha dedicado; también deseo dar las gracias por el intercambio de puntos de vista, en esta ocasión por el procedimiento tradicional, a S. Álvarez González, Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Santiago de Compostela. Sin ambos este artículo no sería el mismo.

El presente trabajo trata de abordar este fenómeno desde la perspectiva jurídica en la concreta coyuntura que se presenta en este momento en el ordenamiento jurídico español donde, como es sabido, existe un rimer considerable de leyes autonómicas sobre parejas de hecho, pero falta una norma estatal que aborde su problemática de una forma integral. La pretensión de este trabajo es analizar esa circunstancia desde el punto de vista constitucional. Así presentado pudiera parecer que se trata de reincidir en una pregunta ya hecha por un nutrido grupo de autores: la de si las aludidas leyes autonómicas son o no son, y en su caso en qué medida, conformes con la Constitución. No es esa, sin embargo mi pretensión. En las líneas que siguen voy a cuestionarme precisamente la constitucionalidad o inconstitucionalidad del silencio del legislador estatal, no tanto por su negativa a establecer un estatuto material de las parejas de hecho, cuanto por la omisión de normas que son de su competencia exclusiva, como las procesales y las destinadas a resolver los conflictos de leyes internos, omisión que impide el despliegue de la eficacia plena de las normas promulgadas por el legislador autonómico competente.

Desde la perspectiva constitucional el modelo de convivencia representado por las parejas de hecho no sólo es perfectamente legítimo, sino que goza de la protección y amparo de la ley fundamental. No es óbice para ello que el art. 32 CE reconozca el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio, pues el envés del mencionado derecho implica necesariamente el reconocimiento del derecho a no contraerlo, tal y como se reconoce, por ejemplo, en la Exposición de Motivos de algunas leyes autonómicas como la Ley Foral 6/2000 de Navarra de igualdad jurídica de las parejas estables¹, la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de las Islas Baleares, que regula el régimen jurídico de las parejas estables² o la Ley 2/2003, de 7 de mayo, del Parlamento vasco, reguladora de las parejas de hecho³.

Pero sin duda la sede constitucional básica destinada a proteger el modelo convivencial descrito es el art. 39, donde se garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia, en su doble faceta de derecho y garantía institucional. Este artículo ni prejuzga, ni describe el modelo familiar constitucionalmente protegido; incluso tiene el suficiente grado de vaguedad, como para suscitar dudas sobre su correcto significado⁴. Lo que sí evidencia su ubicación separada del precitado art. 32 CE es que familia y matrimonio no son dos realidades coincidentes y que, en suma, aquella es

¹ *BO Navarra*, 7 de julio de 2000.

² *BOIB*, 29 de diciembre de 2001.

³ *BOPV*, 23 de mayo de 2003.

⁴ Sobre el distinto alcance del término “familia” en la art. 39 de la CE, según distintas concepciones posibles acerca del significado de la interpretación jurídica, J.A. GARCÍA AMADO, “La interpretación constitucional”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 2, febrero, 2004, pp. 37-76, espec. pp. 56-57.

una institución más amplia que éste, de suerte que la familia matrimonial no es la única constitucionalmente reconocida en la ley fundamental. Tal afirmación, ya reiterada por el Tribunal Constitucional en más de una ocasión⁵, es además la lógica derivación de otros preceptos constitucionales garantes de la libertad personal y la no discriminación, tales como el art. 10.1 cuando proclama la dignidad personal y el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y de la paz social o el art. 14 donde se ubica el principio de igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley.

Ahora bien, no cabe desconocer que el reconocimiento constitucional de la institución matrimonial que se refleja en el art. 32 CE supone una protección reforzada del matrimonio con relación a otras estructuras familiares, lo que implica desde una cierta perspectiva, que no existe una exigencia constitucional de que el *status* jurídico del matrimonio y los convivientes en una relación no matrimonial sea absolutamente idéntico⁶. Desde otro ángulo, lo que sí concurre, en mi opinión, es una exigencia constitucional de que el *status* no matrimonial no sea mejor que el matrimonial, porque ello iría en detrimento de la protección que dispensa el art. 32 al matrimonio y sería contrario a esta norma, si bien reconozco que se pueden derivar ciertas dudas de la lectura de la STC 47/2001, de 13 de febrero, donde se admite expresamente que determinados sujetos pasivos, con un determinado nivel de renta, puedan verse ocasionalmente beneficiados en su declaración de IRPF por el hecho de no mantener una relación matrimonial.

Si nos situamos fuera del ámbito estatal y adoptamos la perspectiva de la Unión Europea, la protección jurídica de la convivencia no matrimonial es, asimismo, la única conclusión posible. En el estado actual de desarrollo de las normas comunitarias pseudo constitucionales, destaca la especial preocupación de las instituciones europeas por la situación de los homosexuales que ven vedado, en general, el derecho a contraer matrimonio. Así, el art. 13 del Tratado CE proclama la posibilidad de adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos, entre otros, de “orientación sexual”, y ya con anterioridad el

⁵ STC 222/1992, de 11 de diciembre, de conformidad con la cual “Nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (arts. 32 y 39), sino también por el mismo sentido amparador o tuitivo con el que la Norma fundamental considera siempre a la familia y, en especial, en el repetido art. 39, protección que responden a imperativos ligados al carácter «social» de nuestro Estado (arts. 1.1 y 9.2) y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen [F.J. 5], confirmada por la STC 116/1999, de 17 de julio.

⁶ Como ya ha afirmado varias veces el Tribunal Constitucional, desde la antecitada STC 222/1992.

Parlamento Europeo había publicado varias resoluciones sobre los derechos de los homosexuales⁷. A su vez, el art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁸, en la rúbrica de la igualdad, prohíbe toda discriminación, entre otras, por razón de la “orientación sexual”.

Pero la cobertura de la UE a la convivencia de hecho no se limita al caso de que los convivientes sean homosexuales. Baste mencionar para comprobarlo varios artículos de la Carta de Derechos Fundamentales ya citada. Así, en la rúbrica de las libertades, el art. 7 proclama el respeto a la vida privada y familiar y el art. 9 el “derecho a contraer matrimonio” y el “derecho a fundar una familia”; dos notas de este último precepto merecen, a mi juicio, ser destacadas: la primera que se alude al matrimonio y a la fundación de la familia como dos derechos distintos y no identificados entre sí; la segunda que el derecho a contraer matrimonio no queda limitado, en la letra del Carta, al contraído por un hombre y una mujer. Es cierto que ambos derechos se reconocen “según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”, lo que a primera vista implica la legitimidad de una solución como la de la ley española que sólo reconoce el matrimonio entre hombre y mujer⁹, pero también una como la holandesa, donde se admite el matrimonio entre personas del mismo sexo¹⁰. Por su parte, el art. 33 de la

⁷ Ampliamente citadas en las Exposiciones de Motivos de las leyes autonómicas de parejas; cf. *ad. ex.* la del País Vasco.

⁸ La Carta, al no insertarse el texto de los Tratados constitutivos, carece de valor vinculante, aunque la cuestión de la inserción fue planteada por el Consejo Europeo de Colonia, que dio comienzo a la empresa. La Convención redactó el proyecto de Carta desde la perspectiva de la posible incorporación de la misma en el Tratado y el Parlamento Europeo se manifestó a favor de dicha incorporación. El Consejo Europeo de Niza decidió examinar la cuestión del estatuto jurídico de la Carta en el contexto del debate sobre el futuro de la Unión Europea, que se inició el 1 de enero de 2001. Por lo demás, como se reconoce en el propio art. 51.2 de la Carta, “no crea ninguna competencia ni ninguna misión nuevas para la Comunidad ni para la Unión, y no modifica las competencias y misiones definidas por los Tratados”. No obstante, R. ALONSO GARCÍA, “La carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 209 (2001), pp. 1-17, espec. pp. 10-11, destaca su importancia que califica de primer orden, entre otras razones y por lo que ahora interesa, porque muestra que la Unión Europea “va más allá de la inicial consideración del individuo como mero factor de producción que rodeó los orígenes de la Europa comunitaria”. Por su parte, J.F. FLAUSS, “Les droits de l’homme dans l’Union européenne. Chronique d’actualité 1999-2000”, *SZIER*, 3 (2001), pp. 383-425, espec. p. 386, resalta su valor pedagógico, tanto frente a los ciudadanos de la Unión, como frente a los Estados miembros y los terceros Estados. Cf. también, J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, “La Charte des Droits fondamentaux de l’Union Européenne: quelle valeur ajoutée, quel avenir?”, *Revue du Marché Commun et de l’Union Européenne*, núm. 443, décembre, 2000, pp. 674-680. En un futuro no lejano, el texto retocado de la Carta será totalmente incorporado, con pleno valor jurídico al Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa [A. SAIZ ARNAIZ, “Constitución y Derechos: la Carta retocada, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Parte II del Proyecto de Tratado”, *El Proyecto de nueva Constitución europea*, E. ALBERTÍ ROVIRA (Dir) /E. ROIG MOLÉS (Coord), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 328-357].

⁹ No tengo dudas de que en el caso español no existe una prohibición constitucional de que los homosexuales contraigan matrimonio, en contra de lo que afirma el Preámbulo de la Ley 10/1998, de 15 de julio, de Cataluña, sobre Uniones Estables de Pareja, y tal y como reconoce la ley vasca en su Exposición de Motivos.

¹⁰ Ley de 21 de diciembre de 2000, modificando el Libro I del Código civil, para admitir el derecho a contraer matrimonio de las personas del mismo sexo (*Staatblad van her Koninkrijk der Nederlanden*,

Carta garantiza la protección de la familia en el “plano jurídico, económico y social”, sin hacer alusión alguna a la tipología familiar.

2. LA LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL DE NO LEGISLAR EN MATERIA CIVIL SOBRE PAREJAS DE HECHO. LA POSIBILIDAD CONSTITUCIONAL DE HACERLO.

Presupuesto el amparo constitucional de las parejas de hecho, me propongo analizar la trascendencia que, en relación con el adecuado respecto de la Constitución, tiene la actitud del legislador estatal respecto de las parejas de hecho. Normalmente, ante la avalancha de leyes autonómicas sobre la materia¹¹, la literatura jurídica se ha preocupado de cuestionar la legitimidad constitucional de esta legislación autonómica¹² pero, a lo que se me alcanza, no se ha preguntado por la relación existente entre la Constitución y el conjunto de acciones y/o omisiones al respecto del legislador estatal. Este es precisamente, el análisis que me propongo hacer a continuación.

Las sucesivas leyes autonómicas relativas a las parejas de hecho que, como un goteo continuo, han ido apareciendo en estos últimos años sin haber cerrado aún su ciclo¹³, encuentra una de sus razones de ser, sin duda, en la pertinaz negativa del legislador estatal a abordar el problema desde una

2001, nr. 9, 11 enero). Sobre la ley holandesa *vid.* W. SCHRAMA, “Reforms in Dutch Family Law during the course of 2001: increased pluriformity and complexity”, *The International Survey of Family Law*, 2002, ISFL, Bristol, 2002, pp. 277-303. La doctrina española se ha planteado ya la incidencia que el reconocimiento de los matrimonios homosexuales en diversos países comunitarios y extracomunitarios tiene en nuestro sistema de DIPr; así, entre las últimas aportaciones, J.M. MARTÍN SERRANO, “Los matrimonios homosexuales: una aproximación desde el Derecho internacional privado español”, *REDI*, 2003-1, vol. LV, pp. 291-305.

¹¹ Por orden cronológico, la ya citada Ley 10/1998, de 15 de julio, de Cataluña, sobre Uniones Estables de Pareja; Ley 6/1999 de 26 de marzo, de Aragón, sobre Parejas Estables no Casadas; Ley Foral Navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las Parejas Estables; Ley 1/2001, de 6 de abril, de la Comunidad Valenciana, por la que se regulan las Uniones de Hecho; Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de las Islas Baleares, de Parejas Estables; Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de la Comunidad de Madrid, sobre Uniones de Hecho; Ley 4/2002, de 23 de mayo, de Asturias, de Parejas Estables; Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Andalucía, de Parejas de Hecho; Ley 5/2003, de 6 de marzo, de Canarias de Parejas de Hecho; Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Extremadura, sobre Parejas de Hecho; Ley 2/2003, de 7 de mayo, del País Vasco, ya citada, reguladora de las parejas de hecho. Con un rango menor, aunque con contenido similar al de algunas leyes de las Comunidades autónomas que carecen de competencias en materia de Derecho civil, se debe citar también el Decreto 117/2002, de 24 de octubre, por el que se crea el Registro de Uniones de Hecho en Castilla y León.

¹² Entre lo más reciente, *vid.* C DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *Uniones de hecho. Una nueva visión después de la publicación de las leyes sobre parejas estables*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 289 ss.; M.E. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, *La legislación autonómica sobre uniones de hecho. Revisión desde la Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003; también, haciendo especial hincapié en la ley madrileña, E. GÓMEZ CALLE, “La Ley 11/2001, de 19 de diciembre de uniones de hecho de la Comunidad de Madrid”, *ADC*, 2003, pp. 411-463, espec. pp. 417-420.

¹³ Existen trabajos prelegislativos al menos en Galicia donde se encuentra en tramitación en el momento de redactar estas líneas la Proposición de Ley de parejas de hecho de Galicia (*BOPG* de 12 de noviembre de 2003), Cantabria y en Castilla-La Mancha.

perspectiva global. Es banal señalar que la citada negativa no obedece al desconocimiento del problema, ni siquiera al deseo de negar su trascendencia jurídica, pues son muchas las normas estatales, algunas de ellas coincidentes en el tiempo con la aparición de las leyes autonómicas aludidas, que incluyen en su supuesto normativo la figura de los convivientes de hecho¹⁴. Luego la opción del legislador estatal español hasta el momento presente está clara: intervención parcial en algunas materias, pero anomia en temas centrales, como las consecuencias de la ruptura o los derechos sucesorios del conviviente, así como rechazo a cualquier tentativa de regulación sistemática y más o menos completa del problema. Según mi parecer, sin salir todavía del ámbito estricto del Derecho civil, esta postura bordea la inconstitucionalidad, si es que no incurre efectivamente en ella.

Retomando lo dicho anteriormente en relación con la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual, es difícil negar que en la situación actual no se esté produciendo la violación de los derechos fundamentales de los homosexuales, a los que el legislador estatal veda el derecho a contraer matrimonio, pero también el de constituirse como pareja de hecho a todos los efectos civiles. Estimo que una postura respetuosa con la ley fundamental (entre otros, con los arts. 32, 10 y 14 de la CE) implica reconocer el derecho a institucionalizar su relación estable, bien aceptando su derecho a contraer matrimonio lo que sería constitucionalmente posible¹⁵, bien dándoles la posibilidad de constituirse como relación de pareja reconocida por el ordenamiento jurídico¹⁶.

¹⁴ Por ceñirnos al ámbito civil, a los conocidos supuestos del art. 101 del CC en sede de pensión compensatoria, de la Disposición Adicional Tercera de Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, donde se estableciera que las referencias a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables “*al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal*”, o de los arts. 12, 15 y 16 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, cabe añadir, entre los más recientes, el art. 3 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre de Fundaciones, que equipara cónyuges y “*personas ligadas con análoga relación de afectividad*” a los efectos de prohibir las fundaciones familiares, o el art. 93.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que incluye e esas mismas personas entre las especialmente relacionadas con el concursado; también es relevante la mención del art. 831 del CC, modificado por la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad que, tras esta modificación, menciona en su párrafo 5 la sobreveniencia de una relación de hecho análoga al matrimonio como causa de extinción de las facultades conferidas al cónyuge viudo por el precepto, mientras que en el párrafo 6 declara de aplicación el artículo en su conjunto “*a las personas con descendencia común no (estén) casadas entre sí*”, situación que, aunque no es necesariamente de convivencia de hecho, si lo será en buena parte de las ocasiones. Más adelante mencionaré algún otro caso, como el suscitado al hilo de las normas dictadas en materia de violencia doméstica.

¹⁵ Ello no empece, desde luego, que también sea constitucional la ley que limita el derecho a contraer matrimonio al hombre y la mujer, siguiendo literalmente el tenor del art. 32 de la CE pues, como señala el Auto del Registro Civil Único de Madrid de 5 de noviembre de 2003, de denegación de la autorización para celebración de matrimonio entre varones, *Aranzadi Westlaw*, AC 2003/1522) “... el legislador constitucional fue consciente plenamente de que al establecer la distinción del sexo en los titulares del derecho al matrimonio evitaba la posibilidad de que por aplicación del art. 14 fuera inconstitucional una

Sobremanoera, y ampliando ya la situación tanto a las parejas homosexuales como a las heterosexuales, estoy plenamente convencida de que la situación de inseguridad jurídica procedente de las muy distintas opciones tomadas por el aplicador del Derecho para solucionar los problemas suscitados en el seno de este tipo de relaciones, los cuales son sometidos continuamente a los tribunales, sea acorde con la Constitución. De todos es conocido que para decidir estas cuestiones nuestros tribunales acuden a criterios diversos como los principios generales del Derecho, la analogía, la equidad, la existencia de pactos implícitos y otros varios que, en la práctica, conducen muchas veces a soluciones distintas para problemas muy similares. Pues bien, ante esa constatación, no está de más recordar que la seguridad jurídica es un principio constitucional del máximo nivel (art. 9.3 de la CE) y que debe ser respetado por el legislador.

En fin, en mi opinión es muy discutible que la postura omisiva del legislador estatal sea constitucionalmente legítima, aún sin salir del ámbito material civil. Claramente considero que sería mucho más respetuoso abordar legislativamente la cuestión, aunque no oculto que tanto la línea de ese tratamiento legislativo, como su ámbito material admiten muchas posibilidades, todas igualmente constitucionales. Ello es lógica derivación del principio democrático configurado en la ley fundamental del cual, a su vez, se deriva la posibilidad de que el legislador pueda desarrollar políticas distintas en el marco de la propia Constitución. Sin adentrarme en el análisis de cada una de ellas, las pautas que, según mi parecer, optimizarían la respuesta legislativa podrían ser las que a continuación se señalan.

legislación que regulara únicamente el matrimonio entre un hombre y una mujer, ya que si se hubieran utilizado otras terminologías como las citadas sería difícil mantener la constitucionalidad de una normativa que excluyera la posibilidad de matrimonio entre personas del mismo sexo”. La resolución citada se hace eco del Auto del Tribunal Constitucional de 11 de julio de 1994 (*Aranzadi Westlaw, RTC, 1994/222*), donde se señala que “se debe admitir la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial”.

¹⁶ Es la opción nórdico-alemana, como señala A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Eficacia extraterritorial de las Uniones de Pareja. Nuevas normas de Derecho Internacional Privado en la ley alemana (2001), *RJC*, núm. 3, 2002, pp. 833-856, seguida, entre otros países, en Dinamarca, Suecia, Islandia, Noruega o Finlandia. En Alemania la *Lebenspartnerschaftsgesetzes* de 22 febrero de 2001 ha establecido para estas parejas un marco legal que en muchos aspectos es comparable al del matrimonio, aunque se aparta de éste en varios puntos, como el no ser accesible a las personas menores de edad o la no admisibilidad de la adopción conjunta de los dos miembros de la pareja, si bien, como tendremos ocasión de comprobar más adelante, sí se toma en consideración la convivencia de la pareja con menores. Por otro lado, se debe destacar que la pareja registrada de conformidad con la *Lebenspartnerschaftsgesetzes* no tiene por qué ser necesariamente homosexual; basta con que esté constituida por dos personas del mismo sexo, por ejemplo, dos íntimas amigas, ya que el derecho fundamental a la intimidad impide cualquier averiguación acerca de la orientación sexual de las personas que quieran registrarse como pareja; sobre las características más destacadas de ley alemana puede consultarse, N. DETHLOFF, “The Registered Partnership Act of 2001”, *The International Survey of Family Law*, 2002, ISFL, Bristol, 2002, pp. 171-180).

En primer lugar, el legislador estatal podría optar por una ley especial sobre parejas de hecho al modo de las Comunidades Autónomas que han legislado sobre el tema. Alternativamente, podría hacerlo por modificaciones sectoriales en los asuntos de que se trate (relaciones entre convivientes, consecuencias de la ruptura, efectos sucesorios, etc.), incluidas en el Código Civil o en la ley especial afectada, como ha hecho ya en algunas cuestiones, como los arrendamientos urbanos¹⁷.

En cualquier caso, no necesariamente las consecuencias jurídicas atribuidas por el legislador estatal a la situación de convivencia han de ser idénticas a las derivadas del matrimonio formal, puesto que las dos realidades no son absolutamente equivalentes. La diferencia sustancial está, a mi entender, en las mayores formalidades del matrimonio para su constitución y, sobre todo, en las mayores formalidades para la ruptura, la cual precisa de un pronunciamiento judicial en el caso del matrimonio mientras que es libre para los miembros de la pareja de hecho¹⁸.

El legislador debe respetar el deseo de no institucionalizar la relación o de permanecer en un estado de unión absolutamente libre por parte de las personas que lo deseen; esto es, se ha de dejar a los miembros de la pareja la decisión de si desean o no adquirir los derechos y obligaciones establecidos en la ley, por ejemplo, en caso afirmativo, a través de la inscripción de la pareja en el Registro Civil y no en ningún otro Registro de muy discutible naturaleza. La publicidad del Registro Civil aseguraría además, respecto de las parejas institucionalizadas, la protección de los terceros y la seguridad del tráfico jurídico¹⁹.

Dentro del marco jurídico de las parejas reguladas, las normas relativas a las relaciones de los miembros de la pareja deben ser básicamente dispositivas, dando prioridad a los pactos entre convivientes, sin olvidar la necesaria protección de los terceros²⁰. Ello no puede ir en detrimento del respeto debido a derechos básicos de los interesados, tanto de índole personal - por ejemplo, la dignidad de la persona, la libertad o la intimidad personal- como de naturaleza patrimonial -por ejemplo, la vivienda-

¹⁷ Ambos modelos han sido ya ofrecidos desde hace años por el Derecho comparado, como se puede apreciar en M.P. GARCÍA RUBIO, *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 198 ss.

¹⁸ En este marco la doctrina se ha cuestionado la licitud de los pactos entre convivientes que, de algún modo, pongan trabas a la ruptura, por ejemplo, obligando a uno de los miembros a indemnizar a otro si rompe la unión antes de determinado plazo o si le es infiel; en general la respuesta en nuestra literatura jurídica suele ser negativa; así, E. GÓMEZ CALLE, “La Ley 11/2001...”, *loc. cit.*, pp. 439-440

¹⁹ *Vid.* la previsión de la Disp. Final 2ª de la Ley catalana (M. MARTÍN CASALS, “Aproximación a la Ley...”, *loc. cit.*, p. 187, quien pone de manifiesto la inexactitud de la traducción castellana de la norma); *vid.* asimismo la Disposición Adicional de la ley navarra.

²⁰ La Exposición de Motivos de la ley andaluza alude al “principio de intervención pública mínima”.

Finalmente, en relación con el delicado y muy discutido problema de la adopción de menores por parte de las parejas homosexuales²¹, en el momento de redactar estas líneas, de gran actualidad²², cualquier solución correcta exige, a mi juicio, un cambio de perspectiva, siendo el “superior interés del niño”²³ y no los derechos de los que aspiran a ser adoptantes lo que debe guiar la acción del legislador. No puedo entrar aquí en el análisis de los argumentos de todo orden a favor y en contra de la adopción de menores por parejas de gays o lesbianas. Sí creo necesario señalar que en cualquier país que admita, como es el caso del nuestro, la adopción por una sola persona, muchos niños nacen y crecen en hogares constituidos por parejas homosexuales, aunque uno sólo de los miembros de la pareja tenga la patria potestad de los menores. No estoy segura que lo más acorde con el principio de protección máxima del interés del menor proclamado por nuestra Constitución (arts. 10.2 y 39) sea negar a estos niños la seguridad que para su futuro les puede proporcionar la adopción del otro miembro de

²¹ El reconocimiento del derecho de adoptar a las parejas homosexuales es uno de los motivos del recurso de inconstitucionalidad número 5297/2000, promovido por ochenta y tres Diputados del Grupo Parlamentario Popular contra la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, del Parlamento de Navarra, para la igualdad jurídica de las parejas estables (*BOE*, 15 de noviembre de 2000) y del sustanciado contra la Ley vasca, recurso número 5174-2003, promovido por el Presidente del Gobierno contra el artículo 8 de la Ley del Parlamento Vasco 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho (*BOE*, 20 de agosto de 2003), en este último caso el Presidente del Gobierno invocó el art. 161.2 de la Constitución, lo que da lugar a la consiguiente suspensión de la vigencia y aplicación del precepto impugnado (*BOE* 20 de agosto de 2003). Por ATC de 18 de diciembre de 2003 *Diario La Ley*, núm. 5936, 20 de enero de 2004), el Tribunal Constitucional ha acordado el mantenimiento de la suspensión de la vigencia del citado precepto vasco, sobre la base de que “[...] a adopción produce por regla general la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptando y su anterior familia y es irrevocable salvo extinción de la misma acordada por el juez (arts. 178.1 y 180 del CC), es obvio que quienes fueron adoptados de acuerdo con el precepto recurrido experimentarían perjuicios de muy difícil, y acaso imposible, reparación si el precepto recurrido fuera en su día considerado inconstitucional y nulo, perjuicios extensibles también a la familia por naturaleza y a los adoptantes, con vulneración de las exigencias del principio de seguridad jurídica”. Por cierto, se me ocurre preguntar por qué cita exclusivamente el Código civil, cuando existen otros cuerpos legales igualmente españoles que regulan la institución y pueden ser aplicables a una adopción requerida por dos homosexuales en el País Vasco; ¿o es que tampoco el propio Tribunal Constitucional es leal con la Constitución?.

²² Se acaba de hacer público el Auto de la jueza del Juzgado de Primera Instancia núm 3 de Pamplona (Procedimiento 1337/2003. Sección B-1) que, con fundamento en la ley navarra de parejas y a pesar de la oposición del Ministerio Fiscal, constituye la adopción a favor de la compañera sentimental de la madre biológica de dos niñas, atribuyendo a ambas madres la patria potestad compartida. El Auto reconoce que la ley navarra sólo se refiere a la adopción conjunta, es decir, a la realizada simultáneamente por ambos miembros de la pareja, con lo que literalmente pudiera entenderse que se está impidiendo a la compañera de la madre biológica de las menores adoptar a éstas. Sin embargo, la Magistrada-Jueza estima que “[...] si el legislador navarro está permitiendo la adopción conjunta por parejas homosexuales, difícilmente se puede encontrar sentido a una exclusión de la adopción por el compañero/a del padre o madre adoptivo, del hijo/a/s de éste, o por la compañera de la madre biológica, del hijo/a/s de ésta, en tales supuestos de maternidad o paternidad previa individual cuando para acceder a ésta la propia legislación común lo permite con independencia de la identidad sexual o convivencia con pareja del mismo sexo” (<http://www.codigo-civil.net>).

²³ Tal y como exige el art. 21 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, que entró en vigor el 2 de septiembre de 1990 y fue ratificada ese mismo año por España, El art. 21 de la Convención es citado expresamente en el Auto judicial referido en la nota precedente.

la pareja, en caso, por ejemplo, de indigencia o fallecimiento del progenitor biológico. De cualquier forma, aún cuando se mantenga la legitimidad constitucional de la negativa a admitir la adopción por dos homosexuales, cuesta creer que no sea igualmente legítima la alternativa contraria aunque, desde luego, habrá que esperar la respuesta del Tribunal Constitucional a los recursos interpuestos por esta razón frente a las leyes navarra y vasca.

En mi opinión, además de la alternativa entre adopción y no adopción *tout court* caben otras posibilidades más matizadas y asimismo respetuosas con nuestro texto constitucional. Entiendo que también sería conforme con éste una respuesta distinta en función del carácter interno o internacional de la adopción, en la línea seguida, por ejemplo, por el legislador holandés en una ley aprobada en la misma fecha que la que abría el matrimonio entre homosexuales. En este sentido, estoy de acuerdo con S. Álvarez González cuando afirma que el hecho de que el Derecho civil posibilite la adopción conjunta por adoptantes parejas estables del mismo sexo o por un matrimonio entre personas del mismo sexo y que la solución de Derecho internacional privado excluya tal posibilidad para el reconocimiento de las adopciones internacionales resulta tan justificado como la solución contraria, pues con esta alternativa se pretende eliminar los recelos que muchos países de origen de los adoptados tendrían ante la adopción conjunta por personas del mismo sexo²⁴, con lo que se ofrece una solución específicamente adaptada a la adopción internacional²⁵.

Probablemente también sería constitucional una respuesta similar a la de la *Lebenspartnerschaftsgesetz* alemana, donde no se reconoce el derecho a la adopción conjunta a las parejas homosexuales registradas, ni el derecho de adopción de los hijos de los miembros de la pareja por parte del otro, pero cuyo § 9 sí admite el llamado *kleines Sorgerecht* o pequeño derecho de custodia. Este último da al no-progenitor, de conformidad con su pareja, un derecho de codecisión con el progenitor que tiene en exclusiva la patria potestad del niño sobre los asuntos que conciernan al menor que cohabita con ambos²⁶, aunque los juzgados de familia tienen el poder de limitar o excluir este derecho si es preciso para el bienestar del niño. Asimismo, en caso de ruptura de la pareja, el miembro no-progenitor que ha convivido con el niño durante un extenso periodo de tiempo tiene derecho a

²⁴ Como se puso de manifiesto en la tramitación de la ley holandesa que se acaba de citar en el texto; al respecto, W. SCHRAMA, *loc. cit.*, p. 290.

²⁵ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "Igualdad, competencia y deslealtad en el sistema español de Derecho interregional (y en el de Derecho internacional privado)", *REDI*, 2001-1 y 2, vol. LIII, pp. 49-74, espec. p. 70.

²⁶ Con las limitaciones que también se contemplan para los padres en el § 1629.2 del BGB, al que se remite por analogía.

comunicarse con el niño²⁷. Es exactamente el mismo derecho que el § 1687 b y § 1685.2 del BGB, precisamente ambos modificados por la *Lebenspartnerschaftsgesetz*, otorgan al cónyuge no progenitor (ni natural ni adoptivo) de un hijo que convive con el matrimonio.

Volviendo a la situación española, lo que sí quiero poner de manifiesto es el desconcierto que me produce la diferencia que en este momento existe, desde la perspectiva del interés del niño, entre las situaciones internas españolas en función del lugar dónde se ubique la autoridad administrativa que haya de decidir sobre la idoneidad de los adoptantes, primero y la autoridad judicial que haya de constituir la adopción, después. Me pregunto si, aun admitiendo que el principio de protección al menor permita distintos grados, es conforme con la Constitución de 1978 la enorme distancia entre el tratamiento jurídico dado a esta situación, por ejemplo, en el ordenamiento jurídico de Navarra, donde se reconoce la adopción por las parejas homosexuales de conformidad con el recurrido, pero no suspendido art. 8 de su ley de parejas estables, y la situación que podría llegar a producirse por ejemplo en Galicia, si finalmente se aprueba la prohibición de adoptar a las parejas que no estén casadas, tal y como se prevé en el Proyecto de reforma de la Ley de Derecho civil de Galicia de 1995, elaborado por una Comisión de Expertos y que parece estar durmiendo plácidamente en algún estante institucional.

No desconozco que el carácter abierto de nuestra Constitución²⁸ consagra la libertad de configuración normativa tanto del legislador estatal como del legislador autonómico con competencias en materia de Derecho civil, con el único límite de lo establecido en la propia Constitución, tal y como ha afirmado, por ejemplo, la STC 236/2000, de 16 de octubre.²⁹ Ahora bien, me pregunto si un grado de diversidad legislativa en materia civil como el que se manifiesta en el ejemplo propuesto, no incurre en ninguna infracción constitucional derivada, por ejemplo, del principio de igualdad estampado en el art. 14 e, incluso, de la cláusula de atribución de competencias al Estado plasmada en el art. 149.1.1 CE. Confieso que no veo clara cuál puede ser la respuesta técnicamente mejor fundamentada.

3. LA LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL DE LEGISLAR SOBRE PAREJAS DE HECHO EN LAS COMUNIDADES

²⁷ Sobre la insuficiencia de esta regulación para el caso de que el niño haya nacido a consecuencia de una decisión conjunta de los miembros de la pareja, N. DETHLOFF, *loc. cit.*, p. 177.

²⁸ Sobre la apertura de la Constitución como derivación necesaria del principio democrático I. DE OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1988, pp. 46 ss.

²⁹ Aranzadi Westlaw, *RTC*, 2000/236. La sentencia es objeto de análisis, al hilo de su argumentación a favor de la creación de un sistema de Derecho interregional privado *ad hoc*, por S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "Igualdad, competencia...", *loc. cit.*, espec. pp. 55 ss.

AUTÓNOMAS. FUNDAMENTOS COMPETENCIALES ALEGADOS.

Los fundamentos competenciales argüidos por las Comunidades Autónomas que hasta ahora han legislado sobre parejas de hecho son tan diversos, como diversas son las leyes que han derivado de aquellos. Así, en el grupo de las Comunidades Autónomas que gozan sin lugar a dudas de competencias en materia civil las Exposiciones de Motivos de las leyes o no mencionan ningún fundamento competencial (caso de la ley aragonesa), o aluden sin más a las “competencias de derecho civil” (ley catalana) o a la “competencia exclusiva en materia de derecho civil” (ley navarra)³⁰; la ley balear se refiere a una regulación “consonante” con la Compilación de Derecho civil balear. La ley vasca, además de la mención a los arts. 9.2, 10.1, 14 y 39 de la CE y 9.2 y 9.1 a) y b) del Estatuto de Autonomía del País Vasco, dice expresamente en su Exposición de Motivos que la Comunidad Autónoma de Euskadi ostenta competencias en materia de conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil foral y especial, organización, régimen y funcionamiento de las instituciones y establecimientos de protección y tutela de menores, protección de menores, sanidad interior y, especialmente, asistencia social.

Las justificaciones acerca de su propia competencia por parte de las Comunidades Autónomas con “discutible” capacidad para legislar en cuestiones civiles que atañan a las parejas de hecho son bastante genéricas e imprecisas. Así, el Preámbulo de la ley valenciana cita como justificación el art. 2 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana y el art. 14 de la CE, pero asume como “una limitación fundamental” la “derivada de la falta de legislación propia de la Comunidad Valenciana, dentro de su ámbito competencial”, asumiendo la necesaria modificación del Código civil, limitando su contenido prácticamente a la creación de un Registro “Administrativo” de Uniones de Hecho y remitiéndose en el ámbito sustantivo a “las configuraciones legislativas que alternativamente adopte a la ley civil estatal”. Muy similar es el Preámbulo de la ley madrileña, que se justifica con base en el art. 7 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, el art. 14 y el 9 de la CE y alude también a su falta de competencia en materia civil, con remisión al legislador estatal similar a la de la ley valenciana³¹.

³⁰ El Tribunal Constitucional por providencia de 25 de marzo de 2003 admitió a trámite una cuestión de inconstitucionalidad contra el art. 2.3 (ámbito de aplicación personal de la ley), planteada por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, por supuesta violación del art. 149.1.8º de la CE (BOE, 7 de abril de 2003).

³¹ Por providencia del 10 de febrero de 2004, la Sección segunda del pleno del Tribunal Constitucional admitió a trámite una cuestión de inconstitucionalidad sobre los arts. 3,4,5,8 y 9 de la Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de hecho de la Comunidad de Madrid. La cuestión fue interpuesta por el

Por su parte, la ley asturiana, después de citar los arts. 9.2, 14 y 39 de la CE y los arts. 9.2. d) del Estatuto, se refiere expresamente a los arts. 10.1.1, 3, 24 y 25 del propio Estatuto que asume las competencias del Principado en “*materia de organización de sus instituciones de autogobierno, vivienda, asistencia y bienestar social y protección y tutela de menores*”; además, en su articulado cuida de remitirse a la legalidad o legislación (civil) aplicable (arts. 5, 6 y 8 de la Ley de Parejas Estables).

La ley andaluza alude a los arts. 9.2 y 39 de la CE y a su competencia sobre “orientación familiar” que el art. 13.22 del Estatuto de Autonomía atribuye a la Comunidad de Andalucía ...”*con respeto en todo caso a la legislación civil....se incide igualmente en aspectos sustantivos que afectan de modo importante a la familia*”.

A su vez, el Preámbulo de la ley canaria se justifica con base en los arts. 9.2., 1.1 y 39 CE y art. 5.1.2 del Estatuto de Canarias, paralelo al 9.2. de la CE, además de aludir en general al “ámbito de las competencias que el Estatuto de Autonomía le concede”. También el Decreto castellano-leonés menciona art. 39 de la CE y art. 8 del Estatuto de Autonomía, homólogo del al 9.2 de la CE, como fundamento competencial.

En fin, la ley extremeña, después de mencionar varios preceptos de la Constitución, como los arts. 39, 1.1, 14, 9.3 y 18, alude al art. 6.2. b) del Estatuto de Autonomía de Extremadura, el cual establece que las instituciones de la Comunidad Autónoma, dentro del marco de su competencia, ejercerán sus poderes con el objetivo básico de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de los extremeños sean reales y efectivas.

Con unos u otros fundamentos competenciales y unos u otros contenidos materiales, la literatura jurídica española que hasta la fecha se ha pronunciado sobre el asunto entiende, en general, como ya se ha dicho, que muchas de estas leyes son inconstitucionales, tanto por invadir competencias exclusivas del legislador estatal, como por el hecho de que las uniones de hecho no suponen un supuesto de “singularidad civil” que justifique su regulación orgánica y específica por parte de las Comunidades Autónomas³². En algunos casos, como también se ha apuntado, ya se han

Tribunal Superior de Justicia, planteando que dichos artículos podrían vulnerar el art. 149.1 de la CE, que goce las materias que son competencia exclusiva del Estado (<http://www.iustel.com/noticias>, de 19 de febrero de 2004).

³² Es la opinión sustentada, partiendo de la argumentación operada por la conocida STC 88/1993, por M.E. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 36. Según esta autora “el fenómeno de las uniones libres no constituye una realidad peculiar de un territorio autonómico en concreto, sino un hecho social vivido por

interpuesto y admitido a trámite recursos y cuestiones de inconstitucionalidad sobre diversos artículos de las leyes autonómicas.

Personalmente no me cabe duda de la inconstitucionalidad de ciertos preceptos concretos de algunas leyes autonómicas de las aquí traídas a colación por invadir competencias exclusivas del Estado. Mucha más inseguridad albergó respecto a la imposibilidad de que las Comunidades Autónomas con competencias civiles no estén constitucionalmente legitimadas a establecer, como la mayoría ha hecho, un “estatuto orgánico” sobre este tipo de uniones. No obstante, como ya señalé, no son las leyes autonómicas, sino el silencio legislativo del legislador estatal, el objeto de esta reflexión³³. Por lo demás se debe tener presente que las leyes publicadas existen y, en tanto en cuanto el Tribunal Constitucional no se pronuncie sobre los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad interpuestos y las cuestiones que se puedan interponer en el futuro, son normas jurídicas vigentes que han de ser aplicadas por nuestros tribunales, salvo en el caso de que la admisión del recurso se haya acompañado de la decisión de suspensión de la vigencia de la norma recurrida.

4. LA DESLEALTAD CONSTITUCIONAL QUE SUPONE NO LEGISLAR EN AQUELLOS ASPECTOS QUE TOCAN A LAS PAREJAS DE HECHO EN LOS QUE EL LEGISLADOR ESTATAL TIENE COMPETENCIAS EXCLUSIVAS.

4.A. LA SITUACIÓN QUE SE PRODUCE EN EL ÁMBITO PROCESAL CIVIL

El art. 149.1.6ª de la CE atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas.

igual en la generalidad del territorio español. No se trata de un fenómeno con especial arraigo en alguna o algunas Comunidades Autónomas en concreto, ni de un supuesto dotado de una especial configuración consuetudinaria en algún territorio en particular, ni, en definitiva, de nada sentido como propio y específico de ningún lugar en especial. De manera que se trata de un supuesto de hecho que se presenta con los mismos caracteres en todo el territorio español, para el cual habrá que establecer (*sic*), por tanto, la misma consecuencia jurídica. Recurriendo a los términos utilizados por el Tribunal Constitucional en la sentencia 88/1993, si no hay “singularidad foral” no tiene por qué existir normativa foral”:

³³ Porque, como señala I. VILLAVERDE MENÉNDEZ, *La inconstitucionalidad por omisión*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 3 “el silencio puede ser un sutil instrumento en manos del legislador para disponer de la voluntad del Constituyente a su antojo, y frustrar las pretensiones normativas de la Constitución de una forma mucho menos arriesgada e incluso más efectiva que con la ley”.

La competencia para legislar sobre las cuestiones procesales necesarias para hacer efectivos los derechos sustantivos reconocidos a las parejas de hecho corresponde, pues, al Estado e, incluso, alguna ley autonómica, como la catalana así lo reconoce implícitamente en su Disposición Adicional cuando dice *“En tanto el Estado no legisle sobre las materias reguladas en la presente Ley y sobre la competencia judicial correspondiente, corresponde a la jurisdicción ordinaria su conocimiento mediante los procedimientos establecidos”*. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede con los procesos matrimoniales³⁴, la Ley 1/2000 de 7 de enero de 2000 de Enjuiciamiento Civil, se manifiesta, a pesar de su fecha, prácticamente muda acerca de las parejas de hecho. Las escasas menciones que realiza³⁵ no atañen en absoluto al ejercicio de los derechos reconocidos por los ordenamientos autonómicos a los miembros de la pareja constante la relación o, lo que sería más necesario, a raíz de la extinción de la misma, bien por la muerte de uno de ellos, bien como consecuencia de su ruptura³⁶.

Este silencio legislativo produce varias e indeseables consecuencias. Así, por ejemplo, cuando se suscite ante los tribunales un conflicto entre los miembros de la pareja después de su ruptura, el competente será el Juzgado de Primera Instancia y en ningún caso el Juzgado de Familia, aún en los lugares donde éste exista. Cuando estén implicados hijos menores sí serán, por el contrario, competentes los Juzgados de Familia para resolver en relación con las medidas relativas a esos hijos, lo que en muchos casos provocará que los dos tipos de acciones no puedan acumularse, produciendo una clara división de la continencia de la cosa³⁷. A este respecto, la SAP de Madrid de 11 de julio de 2003³⁸, enfrentada directamente al problema, estima que la situación legislativa actual en

³⁴ Los cuales constituyen unos de los pocos procesos especiales mantenidos por la nueva ley procesal civil; el carácter especial del proceso supone, según J.L. GÓMEZ COLOMER, *Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil*, 11ª ed., Tirant lo Blach, Valencia, 2002, p. 706, una “tutela judicial privilegiada”, que la LEC no otorga, en ningún caso, a las parejas de hecho, aunque tengan reconocidos un *status* material.

³⁵ Salvo en los supuestos del art. 757 que equipara, a efectos de legitimación en los procesos de incapacitación y declaración de prodigalidad, el cónyuge y quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, y del art. 790 donde se produce idéntica equiparación a efectos de que, ante su inexistencia, ausencia o incapacidad, el tribunal haya de tomar medidas de aseguramiento de los bienes de la herencia y de los documentos del difunto.

³⁶ Como señala R. CASTILLEJO MANZANARES, no cabe duda que “hoy por hoy el derecho no ofrece instrumentos procesales especialmente concebidos para esta figura” (*Al Día. Información Jurídica*, núm. 24, enero 2002, p. 2).

³⁷ R. CASTILLEJO MANZANARES, “Un vacío legislativo...”, *loc. cit.*, p. 3. Esta autora pone de manifiesto que en las normas de reparto de los Juzgados de Barcelona se ha extendido la competencia del Juzgado de Familia al conocimiento de la ruptura de la unión no matrimonial, aunque esta solución a su juicio no resulta la más adecuada puesto que la atribución de la competencia ha de producirse, de conformidad con el art. 44 de la LEC, a través de una norma legal (*ibid.*). Se podría mantener que en el ordenamiento jurídico catalán esa atribución se hace precisamente a través de la Disposición Adicional reproducida en el texto (el Juzgado de Familia es jurisdicción ordinaria), pero entonces la norma sería una norma sobre legislación procesal de discutible compatibilidad con el art. 149.1.6ª de la CE.

³⁸ *Aranzadi Westlaw, JUR*, 2003/191598.

materia procesal civil “no excluye la posibilidad del análisis conjunto, esto es en un solo procedimiento de toda la problemática, personal y económica, dimanante de la crisis de pareja”, si bien curiosamente estima que “tal posibilidad, al menos en aquellas poblaciones donde no existe Juzgado de Familia...habría de reconducirse, no a los trámites del juicio verbal..., sino a los del juicio ordinario... al menos en aquellos supuestos, cual en el caso acaece, en que una de las prestaciones interesadas (pensión compensatoria) excede por sí sola del tope cuantitativo...”.

En el caso de que el procedimiento suscitado lo haya sido para resolver cuestiones relativas a la vivienda común³⁹, a las eventuales pensiones de alimentos entre los convivientes o a la liquidación del patrimonio que pudieran haber tenido en común, el procedimiento a utilizar no será el “proceso matrimonial” previsto en los arts. 769 y siguientes de la LEC, sino que se deberán seguir los trámites del juicio ordinario que corresponda por razón de su cuantía (verbal u ordinario), salvo que lo que solicite el o los exconvivientes sea exclusivamente la atribución de unos alimentos convencionales o legales, en cuyo caso la cuestión se decidirá siempre por los trámites del juicio verbal, según prescribe el art. 250.1.8º de la LEC⁴⁰.

Pero, a mi juicio, la omisión de la especialidad procesal adquiere especial gravedad ante las situaciones de crisis de la pareja en el caso de las llamadas por la propia LEC en su art. 771 “medidas provisionales previas”. Es cierto que en el caso de que existan hijos menores, el art. 770.6 de la LEC permite la adopción de dichas medidas previas, pero sólo en lo relativo a “la guarda y custodia” y “alimentos reclamados en nombre de los hijos menores”; pero obsérvese que, incluso en este caso de existencia de hijos menores, el precepto que se acaba de señalar no menciona la vivienda y ajuar familiares (comparar con el 771.2.2 de la LEC), lo que significa una más que posible inconstitucionalidad por trato discriminatorio de los hijos no matrimoniales. No obstante, según mi parecer, esa tacha puede ser salvada con una interpretación integradora del citado art. 770.6 de la LEC con el art. 158 del CC (o de la homóloga norma autonómica que resulte de aplicación, por ejemplo, el art. 134 del Código de familia de Cataluña) donde se permite al juez, dentro de cualquier procedimiento civil o penal o en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, adoptar cualquier disposición “*que considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios*”⁴¹.

³⁹ Con el tenor de los textos legales estatales vigentes ¿se puede llamar vivienda familiar a la compartida por una pareja de hecho, si no hay hijos?.

⁴⁰ R. CASTILLEJO MANZANARES, “Un vacío legislativo...”, *loc. cit.*, p. 3

⁴¹ Art. 158.4 del CC, tras la LO 9/2002, de 10 de diciembre, aún conservando la misma redacción que tenía antes de la entrada en vigor de ésta el art. 158.3. También considera incluida la atribución de la vivienda familiar en el ámbito del art. 770.6 de la LEC la ya citada SAP de Madrid de 11 de julio de

En cualquier caso y por todo lo antedicho, con la actual ley procesal civil apenas ninguna “medida provisional previa” podrá ser adoptada en el supuesto de que los convivientes no tengan hijos menores⁴², si bien sí podrán decretarse las medidas cautelares específicas del art. 727 de la LEC, alguna de las cuales pueden estar indicadas en este tipo de situaciones⁴³.

No quiero dejar de citar la nueva situación que se produce en los casos de violencia de uno de los miembros de la pareja contra el otro tras la entrada en vigor de la Ley 27/2003 de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica. Como contenido posible de esta orden de protección, que decidirá el juez de guardia penal, se pueden adoptar medidas de naturaleza civil⁴⁴, siempre que un juez civil no las haya adoptado previamente y aún cuando no haya hijos menores, si bien en este caso y como lógica consecuencia derivada de su naturaleza, necesariamente habrán de serlo a petición de parte. Estas medidas podrán consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinación del régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos, prestación de alimentos y, en general, cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios⁴⁵. Se debe subrayar que las medidas referentes a la vivienda familiar⁴⁶ y a la prestación de alimentos no exigen la concurrencia de hijos menores para poder ser decretadas, lo cual significa que en una ley estatal se ha reconocido por vez primera la condición de vivienda familiar a la habitada por una pareja de hecho y la posibilidad de que exista entre los miembros prestación legal de alimentos⁴⁷.

No obstante este reconocimiento, la ley creadora de la orden de protección vuelve a plantear problemas específicos en relación con las parejas de

2003, si bien con una argumentación distinta a la expuesta, basada en el carácter alimenticio de la atribución en cuestión.

⁴² Se trata de una verdadera “laguna técnica”, en el sentido que señala I. VILLAVERDE MENÉNDEZ, *op.cit.*, p. 69, nota 41, que es la que se produce cuando quien tiene la competencia para legislar no lo hace, haciendo imposible técnicamente la aplicación de semejante norma a esa materia.

⁴³ Por ejemplo, en el caso de que la pareja pretenda liquidar su patrimonio común se podrá solicitar del tribunal, en el procedimiento que corresponda a su cuantía, la adopción de la medida cautelar específica contenida en el art. 727.4ª de la LEC, es decir, la formación de inventarios de bienes, en las condiciones que el tribunal disponga, con el fin de asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en el sentencia estimatoria que se dictase (R. CASTILLEJO MANZANARES, “Un vacío legislativo...”, *loc.cit.*, p. 4). Por mi parte, creo que cabrían medidas cautelares adaptadas a este tipo de situaciones de crisis de pareja con fundamento en los números 7 y 11 del mismo art. 727.

⁴⁴ Nuevo art. 544 *ter.7* de la LECr.

⁴⁵ Lo que supone una reiteración de lo ya dicho en el art. 154.4 del CC.

⁴⁶ Obsérvese que en esta Ley 27/2003, se considera “familiar” la vivienda donde cohabitaban los miembros de la pareja, y ello con independencia de que exista o no legislación material civil (leyes de pareja) que así lo reconozcan.

⁴⁷ Teniendo en cuenta las características de la orden de protección no creo que sea defendible que la alusión a los alimentos lo es únicamente a los que los miembros de la pareja hayan podido acordar.

hecho, precisamente por la omisión existente al respecto en la Ley de Enjuiciamiento Civil. El mismo art. 544 ter.7 de la LECr en su segundo párrafo establece que las medidas civiles tendrán una vigencia de treinta días y se exige la incoación de un “proceso de familia” ante la jurisdicción civil para que se prolonguen por otros treinta días, plazo en el que deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el juez de primera instancia o de familia. Aunque el escaso rigor del término “proceso de familia”⁴⁸ admita una interpretación lo más extensa posible, es bastante probable que los tribunales no consideren tal un proceso ordinario de alimentos⁴⁹ o uno de división del caudal común entre miembros de la pareja, con lo que la situación de desamparado de la víctima de la violencia destinataria de la orden de protección resulta de nuevo evidente.

Más allá de las situaciones de violencia, cabría también plantear para el caso de la ruptura de las parejas de hecho el recurso a la analogía con las medidas previas en caso de nulidad, separación o divorcio reconocidas en el art. 771 de la LEC. Es más, en la práctica algunos juzgados lo hacen y acuerdan las citadas medidas mientras que otros, por el contrario, rechazan la solicitud por falta de adecuación del procedimiento.

Pero, aun cuando se mantenga la postura afirmativa respecto a la analogía con las medidas previas de los procesos matrimoniales, son bastante evidentes los problemas que puede plantear el dejar en manos del encargado de la aplicación del Derecho la solución a estas cuestiones procesales. En primer lugar, porque en un ordenamiento como el nuestro el aplicador no ha de ser, en principio, el creador de la norma. En segundo término, porque la diferencia de criterios entre los juzgados que se acaba de referir suscita importantes reparos en relación con el respeto al principio de seguridad jurídica, en cuanto a certeza, consagrado en el art. 9.3 de la Constitución. En tercer lugar, porque incluso puede discutirse la licitud del recurso a la analogía en el ámbito procesal, toda vez que si bien las parejas no casadas no están legitimadas para instar los llamados procesos matrimoniales, sí tienen a su alcance la norma general que supone el proceso ordinario. Sin embargo, por mi parte estimo que el recurso a la analogía entre matrimonio y pareja de hecho a efectos procesales civiles es perfectamente lícito y correcto⁵⁰, pues si bien matrimonio y familia de

⁴⁸ ¿Qué ha de entenderse técnicamente por proceso de familia?. La Ley de Enjuiciamiento Civil desconoce esta categoría; ¿tal vez aquellos procesos de los que entienden los Juzgados de Familia?. Con esta interpretación la laguna sería de nuevo evidente.

⁴⁹ Que ya sería únicamente posible en el caso de aquellas parejas que tuvieran legalmente reconocidos los alimentos o que los hubiesen pactado.

⁵⁰ Como lo es en el ámbito material civil, donde la jurisprudencia ha evolucionado desde una negación inicial a la plena admisibilidad del recurso al método analógico; entre estas últimas están la STS de 27 de marzo de 2001 (Aranzadi Westlaw, RJ, 2001\4770), STS de 5 de julio de 2001 (Aranzadi Westlaw, RJ, 2001\4993) y STS de 16 de julio de 2002 (Aranzadi Westlaw, RJ, 2002\6246). Incluso, como después

hecho no son realidades “equivalentes y equiparables”, ello no quiere decir que no guarden una similitud suficientemente relevante⁵¹, como la propia jurisprudencia viene ya reconociendo. A mayor abundamiento, nada excluye la analogía en el ámbito procesal, donde no hay principio de tipicidad en la configuración de los procedimientos civiles, ni dicho recurso queda excluido por el art. 4.2 del CC. Convenido esto, no cabe duda que el recurso a la analogía en esta materia ha de ser meramente temporal, manifestándose la necesidad de legislar sobre lo consagrado jurisprudencialmente como análogo.

Ahora bien, todo lo dicho en relación con la posible aplicación de las normas procesales pensadas para el matrimonio no justifica el incumplimiento del deber de lealtad constitucional que el legislador estatal tiene para con el legislador de las Comunidades Autónomas (y éstas para con aquél). Este deber que impide que una de las partes actúe en el ejercicio de sus competencias -en este caso el Estado, omitiendo una actuación, la de legislar en materia procesal civil-, en contra de los legítimos intereses de la otra -en este caso, las Comunidades Autónomas competentes para legislar materialmente otorgando derechos subjetivos a los miembros de las parejas de hecho-. Pero sobre esto he de volver más adelante.

4.b. LA SITUACIÓN QUE SE PRODUCE POR LA FALTA DE LEGISLACIÓN ESTATAL EN MATERIA DE CONFLICTOS DE LEYES.

El legislador estatal tiene, a tenor del art. 149.1.8ª de la CE, competencia exclusiva para legislar en materia de conflictos de leyes lo que, según ha declarado el Tribunal Constitucional, afecta tanto a las normas de Derecho internacional Privado como a las de Derecho interregional y alude no sólo a las normas de conflicto en sentido estricto, sino a cualquier método de determinación del Derecho aplicable⁵². A estas alturas de la exposición casi

intentaré demostrar, mientras el recurso a la analogía con las normas relativas a los efectos del matrimonio y de su ruptura es una posibilidad para el juez en el caso de que resulte aplicable el Derecho material del Estado carente de normas *ad hoc* en esta materia, es un imperativo derivado de la Constitución en el caso del Derecho procesal cuando sí exista Derecho material (autonómico) regulador de la relación de pareja.

⁵¹ Para utilizar la analogía correctamente el juez está obligado a efectuar un doble juicio: primero un juicio de semejanza; después un juicio de relevancia de dicha semejanza (*vid.* M.P. García Rubio, *Introducción al Derecho civil*, Cálamo, Barcelona, 2002, p. 163).

⁵² Entre otras, STC 88/1993, de 12 de marzo, STC 156/1993, de 6 de mayo (aunque alguna afirmación contenida en esta sentencia puede causar cierta perplejidad) y 226/1993, de 8 de julio. Como señalaba en su día A. ARCE JANÁRIZ, la reserva estatal no significa que el legislador autonómico no pueda dictar tal tipo de normas o tal otro; significa que “...los supuestos jurídicamente heterogéneos que constituyen el tráfico jurídico interregional [...] quedan [...] sustraídos del ámbito posible de regulación de las Comunidades Autónomas, de suerte que las normaciones que establezcan en materias de su competencia no pueden considerar supuestos de conexión múltiple, sino únicamente supuestos de conexión

es ocioso señalar que no existen normas estatales específicas que regulen los conflictos de Derecho internacional ni de Derecho interregional relativos a las uniones estables de pareja⁵³.

Esta omisión no ha impedido, sino más bien todo lo contrario, que la mayor parte de las leyes autonómicas que se han venido refiriendo contengan normas unilaterales destinadas a delimitar su ámbito de aplicación personal⁵⁴. Para mayor complejidad cabe destacar la enorme variedad de “puntos de conexión” presentada por las distintas leyes autonómicas. Así, en los textos legislativos se utiliza desde la “vecindad civil” de al menos uno de los miembros de la pareja (arts. 1 de la ley catalana, 2 de la navarra y 2.2 de la balear⁵⁵), a la residencia habitual (art. 2 ley andaluza) o empadronamiento en un ayuntamiento de la Comunidad (art. 2 de la ley canaria); en el caso de la ley extremeña estos dos requisitos, empadronamiento y residencia, se exigen cumulativamente (art. 2.4); otro punto de conexión utilizado por el legislador autonómico es la vecindad administrativa (art. 2.2 de la ley vasca y el Decreto aragonés regulador del Registro de parejas), todo ello siempre referido, al menos, a uno de los miembros de la pareja.

No voy a entrar a discutir aquí cómo habría de ser la norma de conflicto estatal más adecuada, ni cuál de los puntos de conexión sería en su caso el más idóneo, aunque sí quiero manifestar que acudir exclusivamente al criterio de la vecindad civil no me parece lo más acertado si se toma en consideración que la vecindad civil correspondiente a un territorio puede mantenerse sin residir en el territorio en cuestión durante años o, incluso, sin haber residido nunca en él⁵⁶.

homogénea” (“Normas sobre Derecho aplicable en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista española de Derecho constitucional*, 1989, pp. 89-113, espec. p. 102).

⁵³ Sobre el tema, puede consultarse, A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Eficacia extraterritorial...”, *loc. cit.*, p. 840; de la misma autora, “Nuevos modelos familiares y Derecho internacional privado”, *Las uniones estables de pareja, Cuadernos de Derecho Judicial*, 1-2003, pp. 127-164, espec. p. 131; también, A. FONT I SEGURA, “Nota a la SAP Navarra núm. 99/2002 (Sección 2ª), de 12 de junio y a la SAP Girona núm. 474/2002 (Sección 2ª), de 2 de octubre”, *REDI*, 2003-1, vol. LV, pp. 474-485.

⁵⁴ La ley aragonesa no contiene una norma similar, si bien en el Decreto 203/1999, de 2 de noviembre, que regula el Registro de parejas se exige la vecindad administrativa en Aragón.

⁵⁵ Esta ley exige además la sumisión expresa de ambos miembros de la pareja a su régimen y la inscripción en el Registro de Parejas Estables.

⁵⁶ A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Eficacia extraterritorial...”, *loc. cit.*, p. 217. La doctrina más reciente estima, dado el papel fundamental de la convivencia en este modelo familiar, que el foro y punto de conexión preferente habría de ser la residencia habitual, sólo o en conjunción con otros. También se discute si lo más oportuno es determinar una ley unitaria para todos los aspectos de la pareja de hecho o bien disponer distintas normas de conflicto con relación al nacimiento, a los efectos y a la separación de la pareja. Esta parece ser la solución más adecuada, tal y como propone A. FONT I SEGURA, “Nota...”, *loc. cit.*, p. 483, que da la siguiente posibilidad: la condición de pareja se adquiriría de acuerdo con la ley de la residencia habitual, siempre que al menos uno de los miembros de la pareja ostentara la vecindad civil del territorio en el que residen. Adquirida la condición de pareja conforme a una ley, no cabría aplicar ninguna otra ley española para que se entendiera iniciada la relación estable. El transcurso del periodo de convivencia en territorio distinto al de la residencia habitual debería ser computable como periodo de convivencia de acuerdo con la ley rectora de la unión. La ley que regulara la constitución sería asimismo aplicable a la

De lo que no me cabe duda alguna es de la inconstitucionalidad de estas normas unilaterales contenidas en las leyes autonómicas⁵⁷ y de la enorme cantidad de problemas de superposiciones y lagunas que pueden llegar a ocasionar; piénsese en el caso de una pareja catalano-navarra; ambas leyes se declararían autoaplicables; piénsese en una pareja navarro-madrileña: si fallece el madrileño, la ley aplicable a su sucesión no le atribuye al otro conviviente sus derechos sucesorios, aunque los tiene según la ley navarra⁵⁸. Este tipo de conflictos son perfectamente admisibles en el ámbito internacional cuando concurren varios sistemas jurídicos, pero no dentro de un único sistema jurídico, salvo que nos encontrásemos en un modelo como el de Estados Unidos, con múltiples jurisdicciones, múltiples legislaciones de conflictos y principios o leyes de coordinación entre ellas. Pero este no es nuestro modelo constitucional; muy al contrario, del art. 149.1.8º y de la jurisprudencia constitucional sobre el mismo⁵⁹ se desprende un sistema de solución de conflictos internos de naturaleza

convivencia a sus efectos, salvo pacto en contrario; en este caso, los convivientes podrían determinar que su convivencia quedara regulada por cualquiera de las leyes españolas. La ley aplicable al cese de la convivencia y a los efectos que derivan de la misma sería escogida por los convivientes entre la ley de la vecindad civil de cualquiera de ellos o la de la última residencia habitual común en el momento de la presentación de la demanda. A falta de pacto, el juez aplicaría la ley más estrechamente vinculada.

⁵⁷ La literatura jurídica española se manifiesta mayoritariamente en el sentido de texto; así, por ejemplo, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “¿Derecho interregional civil en dos escalones?”, *Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2001, pp. 1787-1808, espec. p. 1802; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Nuevos modelos....”, *loc. cit.*, p. 132; A. FONT I SEGURA, “Nota...”, *loc. cit.*, pp. 480-481; C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pp. 296 ss.; M.E. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 60-61. No obstante, una parte de la doctrina trata de salvar la constitucionalidad de estas normas interpretando que se trata de normas materiales de Derecho civil autonómico que operarían después de haber aplicado la norma estatal de conflicto pertinente lo cual, aparentemente, preserva la competencia exclusiva del Estado, postura que ha sido mantenida, entre otros, por A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, Comares, Granada, 2000, p. 89; la posibilidad interpretativa había sido ya insinuado por M. MARTÍN CASALS, “Aproximación a la Ley catalana de uniones estables de pareja”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 12, 1998, pp. 143-187, espec. p. 173; este es el planteamiento que asume la SAP Navarra de 12 de junio de 2002, *Aranzadi/Westlaw*, JUR 2002/201896. Esta argumentación ha sido rebatida, a mi juicio con acierto, por A. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Derecho internacional civil en dos escalones...”, *loc. cit.*, pp. 1800 ss. y por A. FONT SEGURA, “Nota...”, *loc. cit.*, pp. 480-481, por la innecesaria complejidad que produce, por conducir a situaciones discriminatorias y a lagunas de regulación, por ejemplo, en el caso de que ambos miembros de la pareja sean extranjeros. Es más, paradójicamente, este intento de salvaguardar la constitucionalidad de tales normas supone una reducción de su ámbito de aplicación ya que, “a lo sumo, este tipo de normas, si se quieren ver como un segundo escalón (nunca podrían ser el único) no sólo no “extienden” la aplicación del propio derecho, sino que sólo pueden tener una eficacia “reductora o restrictiva” de la aplicación del mismo. El razonamiento es evidente: dos “filtros” filtran más que uno. ¿Será ésa la finalidad de las mismas? ¿El legislador catalán habrá elaborado la norma de extensión de la ley sobre uniones estables de pareja para limitar los casos de aplicación de la misma por debajo de los que la normativa estatal prevé? Sería posible; podría, incluso, estar justificado para no desnaturalizar la esencia de la institución (aunque el ejemplo no es el más afortunado), pero me cuesta creerlo” (S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Derecho interregional civil en dos escalones...”, *loc. cit.*, p. 1804).

⁵⁸ Todo ello destacado por A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Nuevos modelos familiares...”, p. 131.

⁵⁹ Además de las ya citadas en la nota *vid.* todas las citadas por A. Font i Segura, “Nota...”, *loc. cit.*, pp. 479-480.

estatal y configuración uniforme, que convierte en inconstitucional la opción unilateral tomada por los legisladores autonómicos⁶⁰.

Ahora bien, que las normas de determinación del Derecho aplicable autonómicas contenidas en las leyes de pareja sean inconstitucionales⁶¹, no justifica, sino más bien lo contrario, la actitud omisiva del legislador estatal al respecto. Y no se diga que no existe tal omisión, ni tal laguna porque el art. 16 del CC ordena la aplicación de las normas de Derecho internacional privado a los conflictos interregionales ya que, más allá de la discutible idoneidad de este criterio general consagrado por el legislador⁶², tampoco existen normas de Derecho internacional privado en esta materia a las que acudir. Se plantearía de nuevo la aplicación por analogía de las normas de conflicto que atañen al matrimonio, y se volvería a reproducir la discusión sobre la coherencia o incoherencia de utilizar el recurso al método analógico y, de apostar por la respuesta afirmativa, la necesidad de que a medio plazo el Estado consagre b consolidado jurisprudencialmente como análogo⁶³. Sin olvidar, desde luego, la grave quiebra del principio de seguridad jurídica elevado al máximo rango por el art. 9.3 de la CE que supone dejar en manos del aplicador del Derecho la solución de un tema

⁶⁰ En los términos de la STC 226/1993 “[...]la Constitución optó, inequívocamente, por un sistema estatal y, por tanto, uniforme de Derecho civil interregional... de modo que es a las Cortes Generales a quien corresponde el establecimiento de las normas de conflicto para la resolución de supuestos de tráfico interregional y, antes aún, la definición y regulación, en general de los puntos de conexión conforme a los cuales han de articularse aquellas reglas”.

⁶¹ Sin entrar a considerar su constitucionalidad o inconstitucionalidad, se ha afirmado, en relación con el art. 1 de la ley catalana, que la exigencia de vecindad civil de al menos uno de los miembros de la pareja para entender que la ley resulta aplicable es innecesaria, restringe el ámbito de aplicación de la propia ley y pone en duda la eficacia territorial del Derecho civil de Cataluña consagrado en el art. 7.1 de su Estatuto de Autonomía (A. MIRAMBELL I ABANÇO, *Manual de Dret Civil Català*, F. BADOSA COLL (dir.), Marcial Pons, Barcelona, 2003, p. 492). Este planteamiento está, a mi juicio, equivocado, pues ni el Derecho civil catalán tiene exclusiva vigencia en *sentido estricto* en el territorio de la Comunidad Autónoma (de Cataluña), puesto que está en vigor en todo el territorio español, ni tendrá exclusiva aplicación en el territorio de la Comunidad Autónoma (de Cataluña), ni siempre será el aplicado en dicho territorio (S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Derecho interregional civil en dos escalones...”, *loc. cit.*, p. 1789, con referencia a Galicia, perfectamente trasladable al caso que nos ocupa); y es que, como señala este mismo autor, “[...] la naturaleza territorial de la competencia no implica necesariamente la *eficacia* territorial del Derecho autonómico, siendo la competencia estatal en materia de normas para la solución de los conflictos de leyes la quiebra más evidente entre competencia territorial de la comunidad autónoma y eventual eficacia extraterritorial de su normativa”, *ibid.*, p. 1790.

⁶² Sobre las múltiples razones que reclaman la existencia de un sistema de Derecho interregional propio y distinto del sistema de DIPr. puede consultarse, por todos, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Derecho interregional: claves para su reforma”, *Anuario de Derecho Internacional Privado*, 2003, Pendiente de publicación en el momento de redactar estas líneas.

⁶³ Después de algunos años de discusión sobre cuál sería la opción mas adecuada, existe un cierto consenso en nuestra doctrina internacionalprivatista en considerar que lo más oportuno es que el legislador establezca una norma de DIPr específica para tales uniones, tal y como se hace mayoritariamente en el Derecho comparado (A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Eficacia extraterritorial...”, *loc.cit.*, p. 843, donde cita el ejemplo de la norma introducida en la *Lebenspartnerschaftsgesetzes* alemana (art. 17 EGBGB, que dice “*La formación, los efectos generales y patrimoniales, así como la disolución de una pareja registrada se sujetan a las disposiciones materiales del Estado de registro*”). En mi opinión, la aludida oportunidad se convierte en necesidad en el caso del Derecho interregional.

como el suscitado por la concurrencia de distintas legislaciones civiles en España, por lo demás constitucionalmente asignado al poder legislativo estatal

En fin, de nuevo cabe apelar a la falta de lealtad constitucional provocadora incluso de inconstitucionalidad por omisión por ignorar la realidad plurilegislativa del Estado español en materia de parejas de hecho y omitir la regulación del conflicto de leyes. A este respecto comparto totalmente la afirmación de A. Font i Segura cuando dice “resulta absolutamente insólito que se hayan aprobado en España distintas leyes relativas a las parejas de hecho, heterosexuales y homosexuales, sin que, por una parte, no se hubiera interpuesto un recurso de inconstitucionalidad contra aquellas leyes que contienen una norma unilateral y que, por otra parte, el legislador estatal no se haya planteado aún cómo resolver los eventuales conflictos internos que pueden suscitarse”⁶⁴.

5. REFLEXIÓN SOBRE EL PAPEL CONSTITUCIONAL DEL LEGISLADOR ESTATAL Y EL RESPETO A LA NORMA DE LEALTAD CONSTITUCIONAL.

Una vez expuesta la situación que se está produciendo en ciertos ámbitos materiales -en concreto en el procesal civil y en interregional privado⁶⁵- por la negativa del legislador estatal a ejercitar efectivamente la competencia exclusiva que le corresponde sobre ambas materias, impidiendo con ello la plena efectividad de las normas autonómicas reguladoras de los efectos de

⁶⁴ A. FONT I SEGURA, “Nota...”, *loc.cit.*, p. 480. No comparto pues la tesis de S. SÁNCHEZ LORENZO, “El principio de libertad personal en el Derecho internacional privado de la familia”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 4, 2001, pp. 207-230. en cuya p. 215, nota a pie 21 se lee: “la competencia exclusiva del Estado para dictar normas de conflictos de leyes (art. 149.1.8 CE) exige esperar a un Derecho común o ley estatal sobre uniones de hecho...”. Ya hay leyes sobre uniones de hecho cuya concurrencia posible es preciso solvertar; ¿por qué hay que esperar a la ley estatal? ¿qué tiene de superior sobre las emanadas de las Comunidades Autónomas competentes?”.

⁶⁵ La situación podría ampliarse analizando el caso de las normas fiscales o las de Seguridad Social. Así, en el primer caso, por ejemplo (piénsese también en el Impuesto de Sucesiones) el art. 87 de la LIRPF establece un concepto de unidad familiar en el que se ignora totalmente la existencia de las pareja de hecho legalmente reconocidas por los ordenamientos jurídicos autonómicos; en cambio, sí contempla a las familias monoparentales. Añádese a ello que, según la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con el art. 149.1.14, el legislador autonómico no puede legislar sobre el hecho imponible y los sujetos del impuesto, salvo en el caso de Navarra y País Vasco (así, el art. 12 de la ley navarra contiene las norma relativas al régimen fiscal y el art. 10 de la ley vasca establece el mismo tratamiento fiscal a las parejas de hecho que al matrimonio, “en el marco de las competencias atribuidas a la Comunidad Autónoma de Euskadi”). Las demás Comunidades Autónomas tienen competencia sobre determinadas bonificaciones en la cuota (*Vid.* la Disposición Final Primera de la ley catalana). Por su parte, las leyes andaluza, canaria y extremeña, hacen salvedad de los impuestos autonómicos. En materia de Seguridad Social es de sobra conocida, por reiterada, la jurisprudencia constitucional y ordinaria que excluyen de la prestación de viudedad del art. 174 LSS a las parejas de hecho; entre las últimas sentencias, referidas ambas a la viuda de un “matrimonio gitano”, *STJ Madrid Sala de lo Social*, de 7 de noviembre de 2002, *Diario La Ley*, 19 de diciembre de 2002 y *STJ Cataluña Sala de lo Social*, de 12 de diciembre de 2002, *Diario La Ley*, 20 de febrero de 2003.

las parejas de hecho, llega el momento de reflexionar sobre el significado constitucional de esa omisión, sobre su compatibilidad con la ley fundamental y sobre los posibles mecanismos de reacción que, caso de ser necesario, podrían utilizarse para forzar los “actos debidos” del poder legislativo del Estado.

En relación con el primero de los puntos de reflexión, el significado constitucional o el por qué de esta omisión, tengo para mí que el legislador estatal está contrariando en este punto la norma constitucional. Y lo hace porque, según estimo, confunde consciente o inconscientemente los dos planos sobre los que se proyecta su actividad legislativa en la materia civil. Estos dos planos son perfectamente diferenciables: por una lado el legislador estatal es el único que legítimamente puede legislar para todo el Estado sobre aquellas materias que son de su competencia exclusiva como sucede, por ejemplo, el Derecho procesal o las normas para resolver los conflictos de leyes⁶⁶; por otro, es el único que puede establecer un estatuto integral de las parejas de hecho en el ámbito privado en aquellas Comunidades Autónomas que carecen de competencias civiles o, si las tienen, son muy escasas. Es indiscutible que, en esta segunda condición, el Estado se halla políticamente legitimado para no dictar normas legales que supongan el establecimiento de un estatuto material completo de las parejas de hecho, pues el principio democrático consagrado en la Constitución ampara en este asunto tanto la legislación, como la omisión de la legislación. Lo que ya no creo que sea admisible es afirmar que el legislador estatal está constitucionalmente legitimado para no legislar en aquellas materias en las que es el único competente, imponiendo así su opción política de no legislar sobre parejas de hecho, en contra de los legítimos intereses de las Comunidades Autónomas que han establecido el citado estatuto integral y que ven impedido el despliegue de sus plenos efectos por la omisión del legislador estatal en materia procesal o conflictual.

Entiendo que esta omisión del legislador estatal⁶⁷ supone una clara violación del principio de igualdad y paridad entre todos los ordenamientos civiles existentes en España ya que, al omitir la legislación procesal o las normas de resolución de conflictos internos, ambas innecesarias desde una concepción de inexistencia de normas materiales sobre el tema, está menospreciando el dato de que existen otros ordenamientos civiles

⁶⁶ Cuando el legislador estatal actúa en esta condición A. FONT I SEGURA lo denomina. “legislador supraordinamental” (“Nota...”, *loc.cit.*, p. 478).

⁶⁷ Como señala J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6ª ed., Almedina, Coimbra, p. 1023, el concepto de omisión legislativa no es un concepto naturalístico, reconducible a un simple “no hacer”, a un simple “concepto de negación”, sino que omisión en sentido jurídico constitucional significa no hacer aquello a lo que se estaba constitucionalmente obligado.

españoles donde esas normas materiales existen y aquellas normas procesales y delimitadoras de los respectivos ámbitos de aplicación son imprescindibles.

A mi juicio, en el estado actual de desarrollo de los ordenamientos autonómicos, esta omisión del legislador estatal supone un claro quebranto de la norma de lealtad constitucional o lealtad autonómica, que vincula en ambos sentidos al Estado con las Comunidades Autónomas y a éstas entre sí⁶⁸. La figura de la lealtad constitucional, importada por nuestra doctrina constitucionalista de la jurisprudencia y literatura jurídicas alemanas⁶⁹, impide que, por acción u omisión, una de las partes actúe en el ejercicio de sus competencias en contra de los legítimos intereses de la otra⁷⁰. Sobremanera, establece entre ellas verdaderos deberes de colaboración, que han de ser determinados casuísticamente⁷¹. En el supuesto que nos ocupa, la lealtad constitucional obligaría al Estado a legislar con la finalidad de

⁶⁸ La idea ya había sido anticipada por S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Derecho interregional: claves para su reforma”, *loc. cit.*, cuando afirma “Ante este panorama, por más que el legislador estatal fuese el más diligente del mundo y poseyese la mayor de las sensibilidades con el fenómeno de la plurilegislación (características que, adelantémoslo, no le adornan) la continua adaptación del sistema de Derecho interregional se impone como un imperativo cuya inobservancia coloca al legislador estatal en una cierta situación de responsabilidad por deslealtad constitucional”. También, del mismo autor, “Igualdad, competencia ...”, *loc. cit.*, *passim*.

⁶⁹ El significado del concepto de lealtad constitucional (lealtad autonómica o fidelidad federal, en traducción más directa) no ha sido muy tratado en la doctrina científica española, aunque no es ni mucho menos desconocido. Su introducción y más clara exposición corresponde probablemente a E. ALBERTI ROVIRA, quien en su obra *Federalismo y Cooperación en la República Federal Alemana*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, pp. 237, explica el origen y significado del principio de la *Bundestreue* en el Derecho constitucional alemán. Aplicado directamente al caso español no puedo dejar de citar, en espera de la publicación de su tesis doctoral, a L. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, “Lealtad constitucional y partidos políticos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 10-11, 2002. La norma de “lealtad constitucional” ya ha sido utilizada en alguna ocasión en asuntos relacionados con la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil. Así, el recurso del Gobierno aragonés contra los arts. 14.3 y 16.3 del CC en la redacción dada por la Ley 11/1990 y que dio lugar a la STC 226/1993, de 8 de julio, había venido precedido y motivado por una recomendación formal de interponerlo dirigida por el Justicia de Aragón, órgano que, entre los fundamentos del recurso, aludía a la lesión del principio de “lealtad autonómica”, en cuanto que el Estado había ejercido su competencia exclusiva dando trato preferente a uno de los Derechos civiles coexistentes [el común] en detrimento de los demás; en el recurso de la Diputación General de Aragón no se hizo cuestión de la violación del citado principio (*vid.* J. DELGADO ECHEVERRÍA, “Doctrina del Tribunal Constitucional sobre la competencia legislativa autonómica en materia de Derecho civil”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 1994-4, pp. 361-404, espec. p. 398).

⁷⁰ Como señala E. ALBERTI ROVIRA, *op. cit.*, p. 247, al exponer el significado del principio de fidelidad federal a partir de la *Grundgesetz* “el principio de fidelidad federal juega como uno de los mecanismos de corrección, de alivio de las tensiones inherentes al Estado federal, junto a los que ya están expresamente previstos en la propia Constitución. Su presencia silenciosa, no escrita, obliga a cada parte a considerar el interés de las demás y del conjunto en el ejercicio de los poderes que tiene atribuidos, de manera que la actitud de cada una trascienda al mero respecto formal de las reglas constitucionales que disciplinan el orden federal, y tienda a buscar una relación constructiva, amistosa y de colaboración con los demás”. En otro momento, citando a H. SPANNER, afirma “El principio de fidelidad federal es un concepto jurídico indeterminado, o sea, que no se puede definir de forma general a través de hechos, relaciones o circunstancias, sino que requiere, para ser apreciado, una interpretación a través de juicios de valor” (E. ALBERTI ROVIRA, *op. cit.*, p. 257).

⁷¹ E. ALBERTI ROVIRA, *op. cit.*, pp. 251-253.

maximizar el ejercicio de las competencias de las Comunidades Autónomas al regular las parejas de hecho. En otras palabras, el legislador estatal falta a la lealtad constitucional cuando no ejerce las competencias que le corresponden como exclusivas y obvia la existencia de instituciones autonómicas que, para su plena efectividad, requieren de su colaboración

⁷²

Ahora bien, suponiendo –como creo– que efectivamente el legislador esté incurriendo en violación de la norma de lealtad constitucional con su silencio legislativo acerca de las parejas de hecho en lo que atañe al Derecho procesal y Derecho interregional, hemos de preguntarnos a continuación por los procedimientos a utilizar para hacer valer la antedicha norma de lealtad y exigir su cumplimiento. La cuestión no es, ni mucho menos, sencilla, pues falta en el ordenamiento español una regulación clara de la figura de la inconstitucionalidad por omisión al modo, por ejemplo, del Derecho portugués⁷³, si bien tanto la doctrina como la jurisprudencia constitucional reconocen no solo su existencia⁷⁴, sino también la posibilidad de su control jurídico. El fundamento del citado control jurídico

⁷² El Tribunal Constitucional español ya ha tenido ocasión de hacer uso del principio de lealtad constitucional; así, por ejemplo, en la STC 46/1990, de 15 de marzo, donde vino a afirmar que en el ejercicio de su competencia el legislador autonómico no podía impedir, de hecho, la entrada en vigor de una ley estatal, y en la que se afirmaba “La vulneración de la obligación de todos los poderes públicos de acatar la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, que implica un deber de lealtad de todos ellos en el ejercicio de sus propias competencias de modo que no obstaculice el ejercicio de las ajenas, la ha efectuado el legislador canario” (FJ 4). De forma aún más clara si cabe, la STC 96/1986, de 10 de julio señala que el Estado y las Comunidades Autónomas “están sometidos a un deber general de colaboración, que no es preciso justificar en preceptos concretos porque es de esencia al modelo de organización territorial del Estado implantado por la Constitución”, añadiéndose que “con base en este deber de recíproco apoyo y mutua lealtad, no pueden resultar ampliadas las competencias del Estado, ni es posible por lo mismo limitar o condicionar el ejercicio de las competencias autonómicas...” (FJ 3). Ambas sentencias son citadas en el Dictamen del Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya, que está en la base del recurso de inconstitucionalidad contra la ley estatal 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, y que fue publicado en el *BOPC* de 30 de enero de 2004. El recurso al que hace referencia aún no se ha publicado en el *BOPC*, aunque ya se ha remitido al Tribunal Constitucional, si bien los argumentos del recurso se fundamentan en los manifestados por el Consell Consultiu, los cuales giran, precisamente, en torno al concepto de lealtad constitucional, al estimar que al ligar en una ley estatal una institución civil estatalmente configurada a una serie de ventajas fiscales, aprovechando su competencia exclusiva en esta última materia, el legislador estatal impide, de hecho, que el legislador autonómico pueda regular la institución del patrimonio protegido de acuerdo con su propio Derecho civil.

⁷³ J.J. GOMES CANOTILHO, *op. cit.*, pp. 1023 ss.

⁷⁴ I. VILLAVERDE MENENDEZ, *op. cit.*, *passim*. Con una concepción más restrictiva, J.J. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español*, Civitas, Madrid, 1998. En la jurisprudencia constitucional destaca, por su cierta similitud con el caso que nos ocupa, la STC 96/1996, de 30 de mayo en el que, entre otros, se cuestionaba la constitucionalidad del art. 42 de la Ley 26/1998, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las entidades crediticias, por la omisión de ciertos extremos que conducían al menoscabo de las Competencias de las Comunidades Autónomas recurrentes. En su FJ núm. 23, el Constitucional afirma que es tarea del legislador (estatal) remediar la inconstitucionalidad por omisión del mencionado precepto, en tanto es él a quien compete fijar la legislación básica sobre el particular, tarea que debe ser realizada además en un plazo razonable.

es, precisamente, la garantía de supremacía de la Constitución y su modalidad esencial el control jurisdiccional⁷⁵.

Sin dejar de reconocer que el tema excede, con toda seguridad, mi competencia y mi capacidad, estimo que un primer control jurisdiccional puede provenir del juez ordinario que observa que el Derecho material aplicable (autonómico) otorga a los miembros de la pareja determinados derechos, y cuyo juicio de inconstitucionalidad sobre la norma implícita que se deriva de la omisión del legislador estatal – en nuestro caso la norma sería la remisión al procedimiento civil ordinario para las cuestiones relativas a la ruptura de las parejas de hecho, o la ausencia de previsión sobre normas delimitadoras del ámbito de aplicación de las distintas leyes de pareja, y la razón de la inconstitucionalidad la falta de lealtad constitucional de esta omisión para con las Comunidades Autónomas con competencia para legislar en materia de parejas de hecho- provoca una laguna valorativa⁷⁶ que puede integrar, por ejemplo, acudiendo a la analogía con el proceso matrimonial o con las normas de DIPr en materia de celebración, efectos y disolución del matrimonio. De este modo, la aplicación analógica de las normas sobre el matrimonio a las parejas de hecho en el ámbito del Derecho procesal civil y del Derecho interregional no sólo es posible, sino la opción más cabal.

Es más, cabría llegar a afirmar que el rechazo del juez ordinario a utilizar en estos puntos la analogía –insisto, cuando deba aplicar un Derecho material que contemple la situación de las parejas de hecho-, abocándole a la aplicación de las normas directamente derivadas de la omisión de la ley estatal (el proceso civil ordinario, las normas autonómicas unilaterales contenidas en las leyes de pareja sobre su ámbito de aplicación, salvo que las considere inconstitucionales e interponga la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad) podría significar, a su vez, infracción de la Constitución y acarrear la impugnabilidad de la resolución judicial, lo que quizás abriría el camino al recurso de amparo interpuesto por los miembros de la pareja por violación del art. 24 de la CE.

⁷⁵ Para diferenciar la idea de control jurídico de la de control político, señala I. VILLAVERDE MENÉNDEZ, *op. cit.*, pp. 116-117, que el primero examina la validez de los actos normativos y el segundo la oportunidad o eficacia de la conducta de un sujeto, añadiendo a continuación “Si el control jurídico es un juicio sobre la validez (jurídica, desde luego) de los actos normativos, el parámetro de su examen ha de ser una norma jurídica... en este caso será la Constitución... En este control se comprueba si la opción, entre las distintas posibles, de ordenación del Estado y la sociedad adoptada por el sujeto controlado están permitidas por la Constitución. Y, por último, si el resultado al que se llega tras el examen es negativo, la consecuencia necesaria debe ser la expulsión del ordenamiento del acto inválido por ser contrario al parámetro normativo, a la Constitución”.

⁷⁶ El concepto de “laguna valorativa” o “laguna axiológica” se remite a C.W. CANARIS, ya en sus obras iniciales. Puede verse su significado en *El sistema en la Jurisprudencia*, traducción española de J.A. GARCÍA AMADO, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998.

Estimo que el juez ordinario podrá, asimismo, interponer la cuestión de inconstitucionalidad cuando en el proceso ante él planteado el silencio de la ley estatal derive en la aplicación de la norma implícita que, a su juicio, puede ser inconstitucional por violar el principio de igualdad de todos los ordenamientos civiles españoles y la norma de lealtad constitucional. El Tribunal Constitucional debería entonces pronunciarse sobre la omisión del legislador estatal.

Imposible, por el contrario, resulta a día de hoy que las propias Comunidades Autónomas que se han visto perjudicadas por la infracción de la norma de lealtad constitucional tantas veces citada puedan interponer un recurso de inconstitucionalidad de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 o de las normas estatales (art. 16 del CC y normas remitidas) que contienen las normas de Derecho interregional, pues en ambos casos el plazo preclusivo mencionado en el art. 33 LOTC se halla suficientemente traspasado.

La única vía que se me ocurre para que las Comunidades Autónomas afectadas pudieran llegar a obtener la declaración de inconstitucionalidad por omisión es la de los conflictos de competencia previstos en el art. 161 c) de la Ley fundamental. Dentro de éstos, lo que no resulta posible es utilizar un conflicto positivo (arts. 62 a 67 de la LOTC), ya que las Comunidades Autónomas no estarían alegando una usurpación competencial sobre normas procesales y normas de conflicto en materia de parejas de hecho, sino el silencio del legislador estatal sobre el particular. Así las cosas, parece que el conflicto sólo podría llegar articularse a través de los negativos (arts. 68 a 72 de la LOTC), pues las Comunidades Autónomas no se consideran competentes sobre la materia y el Estado no legisla. Ocurre, sin embargo, que el único conflicto negativo que puede plantearse entre órganos del Estado y órganos de las Comunidades Autónomas afecta únicamente al ejecutivo y sólo puede ser interpuesto en una dirección: del Estado a una Comunidad Autónoma, nunca al revés (arts. 71 y 72 LOTC)⁷⁷. Por consiguiente, nada podrá hacerse por esta vía.

En fin, todas las anteriores posibilidades de impugnación y control de la omisión del legislador estatal se ofrecen como hipótesis de trabajo y merecerían una reflexión mucho más profunda. Baste lo dicho para poner de manifiesto que el silencio del legislador en determinadas cuestiones básicas relativas a las parejas de hecho sobre las que es exclusivamente competente comienza a ser, a mi juicio, insoportable para el sistema.

⁷⁷ Es el llamado conflicto negativo impropio; *vid.* J. Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, 9ª ed., Marcial Pons, Barcelona, 2003, p. 967.