

La pareja de hecho y otras situaciones convivenciales no reguladas

Carlos Villagrasa Alcaide

Profesor Titular de Derecho civil, Universitat de Barcelona

1. El tratamiento jurídico de la heterogeneidad del hecho familiar: modelos típicos y atípicos, nominados e innominados

Vivir en familia actualmente no tiene un sentido unívoco. A nuestro alrededor coexiste una diversidad de modelos familiares que ha alcanzado la consideración social de normalidad, exenta de valores periclitados, desde la superación de un rígido esquema tradicional, incompatible con una sociedad democrática, en la que impera, desde la conciencia colectiva, el respeto a la libertad personal de formar una familia con sentimientos libres y sin prejuicios sexistas¹.

Tenemos que admitir que el corsé de la familia legalmente unívoca estalló en el momento en el que unánimemente comprendimos que el esquema familiar tradicional, basado en el modelo nuclear (además de otras connotaciones, como sus caracteres de matrimonial, patriarcal e indisoluble, entre otros) había cedido el paso a la diversidad de modelos familiares, comúnmente asumidos y amparados por la amplia concepción del término familia en el artículo 39.1 de la Constitución, al establecer su protección jurídica, económica y social, a la vez que era despojado de una exclusiva identificación con el *ius connubi* que se reconoce, tanto al hombre como a la mujer, en el artículo 32 de la Carta Magna², y en la misma línea, con una redacción mejorada, por la literalidad del artículo 40 del Estatuto de Autonomía de Catalunya, que dispone, con mayor contundencia, que los poderes públicos deben garantizar la protección jurídica, económica y social de las diversas modalidades de familia, como estructura básica y factor de cohesión social, y como primer núcleo de convivencia de las personas³.

Partiendo de estas premisas, de las que se hace eco el legislador catalán, en el artículo 231-1 del Código Civil de Catalunya, relativo a la persona y la familia, con el que principia el título 3, sobre la familia, se reconoce

¹ Xavier ROIGE VENTURA (coord.): *Familias de ayer, familias de hoy: continuidades y cambios en Cataluña*, Icaria, Barcelona, 2006, pp. 12-23.

² STC 20-febrero-1989, sobre la Ley del IRPF, ya distingue el divergente alcance de ambos preceptos, reiterado en muchas otras resoluciones, a la vez que expresa claramente que “cualquier norma que incida sobre la vida de la familia debe ser respetuosa con la concepción de ésta que alienta en la Constitución”; y en la misma línea, como resulta conocido, el ATC 11-julio-1994.

³ Marc CARRILLO / Héctor LÓPEZ BOFILL / Aida TORRES PÉREZ: *L'Estatut d'autonomia de Catalunya de 2006. Textos jurídics*. Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 2007, vol. 1, llevan a cabo un estudio preliminar y detallado del Estatuto de autonomía.

expresamente la heterogeneidad del hecho familiar, ante la evidente dificultad real de definir jurídicamente, de una forma estática y permanente, a la familia⁴.

No obstante, aunque no se cae en el error de intentar definir jurídicamente qué se entiende o qué debe entenderse como familia en nuestros días, este precepto cita sólo algunos de los modelos identificados, dentro de esa reconocida heterogeneidad, por los expertos que deben guiar a los juristas a la hora de atender al denominado hecho familiar. En este contexto, son de imprescindible referencia los estudios y los análisis de las relaciones humanas que se nos ofrecen desde la sociología, la antropología, la etnografía, la geografía humana, la demografía o la estadística, entre otras disciplinas, en cuanto que las normas jurídicas del derecho de familia deben adaptarse, sin duda, a la realidad social que se pretenda regular⁵.

Así, aunque el legislador se pronuncie sobre algunos modelos o núcleos familiares que le merecen cierta consideración a los efectos de su tratamiento jurídico, lo cierto es que, ni siquiera las situaciones referidas en esa disposición general, encuentran posteriormente en el libro segundo del Código Civil de Catalunya una regulación *ad hoc*, por lo que podemos distinguir entre tres categorías: las situaciones típicas o institucionalizadas, que son merecedoras de regulación jurídica; las situaciones meramente nominadas, que no van seguidas de ningún tipo de tratamiento jurídico en el derecho civil catalán; y las situaciones atípicas, innominadas y, por tanto, carentes de toda referencia y regulación jurídica, pero que no por ello dejan de pertenecer al hecho familiar, aunque queden en la anomia, en atención a la reconocida potestad del legislador de ofrecer un tratamiento jurídico afín o dispar al que tradicionalmente se ha venido atribuyendo al matrimonio a otros modelos familiares, o simplemente de no preverlos legalmente⁶.

Tras reconocer el artículo 231-1 del Código Civil de Catalunya, que la familia goza de la protección jurídica determinada en la ley, que ampara sin discriminación las relaciones familiares derivadas del matrimonio, de la convivencia estable en pareja y de las que parten de una estructura monoparental, el resto de modelos familiares permanecen, si no en una situación de discriminación o desprotección, sí al menos al albur de la doctrina jurisprudencial, “de perfiles demasiado imprecisos”, citada en la exposición de motivos de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Código Civil de Catalunya,

⁴ María Paz SÁNCHEZ GONZÁLEZ: “Las fronteras del concepto jurídico de familia”, *La Ley*, núm. 5, 2004, pp. 1399-1410.

⁵ Resulta imprescindible, asimismo, la consulta actualizada de datos estadísticos, ofrecidos por el INE (<http://www.ine.es/daco/daco42/sociales08/sociales.htm>) sobre familia y relaciones sociales, o por el IDESCAT (<http://www.idescat.cat/cat/poblacio/pobllarsfam.html>).

⁶ Entre otras, STC 3-diciembre-1990 y STC 8-febrero-1993, que plantean, sin detrimento del principio de igualdad, que se otorgue por el legislador a la unidad familiar basada en el matrimonio un tratamiento más favorable que a otras unidades convivenciales.

relativo a la persona y la familia, y de la que ahora se decide rescatar a ciertas parejas de hecho que no eran acogidas en el ámbito subjetivo de aplicación de la ya derogada Ley 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables de Pareja⁷.

Por lo demás, se hace también una referencia a la igualdad de tratamiento jurídico respecto de las familias configuradas al amparo de otras legislaciones, con la salvedad de que sea así “siempre que no sean contrarias a los principios constitucionales”⁸, a la vez que se introduce una mera declaración del principio general del *favor filii* en cuanto a las familias reconstituidas, al dejar constancia de que los hijos de cada progenitor que convivan en el núcleo familiar reconstituido, son considerados miembros de esa familia⁹.

Nuestra pretensión no es otra que la de plantear algunas cuestiones y contradicciones que se presentan desde la evolución de nuestro derecho de familia, con el único objetivo de contribuir a la reflexión jurídica sobre aquellos modelos familiares o relaciones convivenciales, presentes en nuestro entorno social, que no son reguladas en el derecho civil de Catalunya, y con la finalidad de preguntarnos, al menos, si merecen seguir entre las lagunas legales o si, por el contrario, debieran tener un tratamiento jurídico adecuado a su configuración.

2. Las auténticas parejas de hecho: la desconsideración legal hacia ciertas parejas de hecho

Cuando se aprobó la Ley 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables de Pareja, se produjo la institucionalización jurídica de ciertas parejas de hecho, desde el momento que se originaban legalmente determinados efectos jurídicos para aquellas que cumplían con los requisitos constitutivos establecidos por la norma, dejando *sensu contrario* fuera de toda previsión legal a aquellas otras que no los cumplían, y que seguían considerándose

⁷ Francisco Javier PEREDA GÁMEZ: “La aplicación de la Ley de uniones estables de pareja”, *El Codi de Família i la Llei d’Unions Estables de Parella. Aproximaciones doctrinales a las leyes 9/1998 y 10/1998, del Parlament de Catalunya*, Alfonso HERNÁNDEZ-MORENO / Carlos VILLAGRASA ALCAIDE (coord.), Cedecs, Barcelona, 2000, pp. 392-395.

⁸ De acuerdo con la diversidad familiar que se presenta en un contexto global, y que supone la relevancia cada vez mayor de las normas de conflicto, como se analiza por Alfonso Luis CALVO CARAVACA / José Luis IRIARTE ÁNGEL (coord.): *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Colex, Madrid, 2000.

⁹ Dejando constancia de la relevancia del principio del interés superior del menor en la aplicación de las normas, por imperativo del derecho internacional, recogido en los artículos 3.1 y 9.3 de la Convención de los Derechos del Niño, aprobada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, o el punto 8.14 de la Resolución del Parlamento Europeo sobre una Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por ese organismo mediante la Resolución A3-0172/1992, de 8 de julio.

parejas de hecho, al no quedar incluidas en la institución de la unión estable de pareja¹⁰. Esas parejas de hecho han vuelto a experimentar una nueva reducción cuantitativa sustancial por decisión del legislador catalán al sustituir legalmente a la institución de la unión estable de pareja por la que ahora denomina pareja estable¹¹, ampliando el ámbito subjetivo de las sustituidas uniones estables de pareja.

Como ya se anuncia en la exposición de motivos de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Catalunya, se pone fin al tratamiento jurídico separado de las parejas estables, en virtud del género o de la orientación sexual de sus miembros, desconocido en el resto de leyes autonómicas sobre parejas no matrimoniales¹², y se avanza en la ampliación del ámbito subjetivo de aplicación sobre la convivencia estable en pareja, ya incluida su regulación dentro del derecho de familia definitivamente, al introducirse en el capítulo 4 del título 3, sobre la familia¹³.

¹⁰ José María MARTINELL GISPert-SAÚCH: "La pareja heterosexual en la Ley de uniones estables de pareja", *El Codi de Família i la Llei d'Unions Estables de Parella. Aproximaciones doctrinales a las leyes 9/1998 y 10/1998, del Parlament de Catalunya*, Alfonso HERNÁNDEZ-MORENO / Carlos VILLAGRASA ALCAIDE (coord.), Cedecs, Barcelona, 2000, pp. 404-406.

¹¹ Lo que supone una modificación de diversos artículos del libro quinto del Código civil de Catalunya, a través de la disposición final segunda de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Catalunya, sustituyéndose por doquier la expresión de "unión estable de pareja" por la de "pareja estable".

¹² Hasta la fecha, además de la ley catalana de uniones estables de pareja (ley 10/1998, de 15 de julio), los parlamentos de once comunidades autónomas han aprobado leyes especiales sobre parejas de hecho (Baleares: Ley 18/2001, de 19 de diciembre; Andalucía: ley 5/2002, de 16 de diciembre; Canarias: Ley 5/2003, de 6 de marzo; Extremadura: Ley 5/2003, de 20 de marzo; País Vasco: Ley 2/2003, de 7 de mayo; Cantabria: Ley 1/2005, de 16 de mayo), sobre parejas estables (Asturias: Ley 4/2002, de 23 de marzo; Navarra: Ley Foral 6/2000, de 3 de julio) sobre parejas estables no casadas (Aragón: ley 6/1999, de 26 de marzo), o sobre uniones de hecho (Valencia: Ley 1/2001, de 6 de abril; Madrid: Ley 11/2001, de 19 de diciembre), todas ellas sin distinción en cuanto al sexo de sus componentes. Además, en Galicia, las parejas de hecho han quedado integradas en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, y tanto en Castilla La Mancha, mediante Decreto 124/2000, de 11 de julio, como en Castilla León, mediante Decreto 117/2002, de 24 de octubre, se ha optado por crear sendos registros autonómicos de parejas de hecho y de uniones de hecho, respectivamente.

¹³ Se supera así la contradicción que supuso la aprobación de la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, desconectada y desvinculada de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia de Catalunya, aprobada el mismo día, evitándose en todo momento, de forma expresa, la utilización de términos relativos a la familia en aquella ley y originándose algunas incongruencias derivadas de esa desconexión, por ejemplo, en materia de alimentos o de tutela, regulados en la ley de uniones estables de pareja y sin concordancia en la regulación general que sobre tales instituciones se recogía en el Código de Familia. Ese tratamiento diferenciado, que afortunadamente ha quedado superado, había sido calificado de vergonzante, por Pascual ORTUÑO MUÑOZ / Francesc VEGA SALA: "Derecho civil. Constitución de la convivencia "more uxorio", *Estudio comparado de la regulación autonómica*

De este modo, diseñándose una regulación jurídica, que se considera la más apropiada “para la sociedad catalana actual”, se ha optado por delimitar a la pareja estable, como la situación de convivencia, en una comunidad de vida análoga a la matrimonial, y con un compromiso de apoyo mutuo, entre dos personas que, alternativamente, o bien llevan más de dos años conviviendo ininterrumpidamente, o bien tienen un hijo en común durante su convivencia, o bien formalizan su relación de convivencia en pareja a través de una escritura pública.

En todo caso, resulta evidente, que se parte de la existencia de una convivencia afectiva en pareja, como requisito constitutivo.

Sin entrar en la crítica formulada a esta uniformidad planteada por la ley vigente, en sentido amplio, para la pareja estable, y que parece contradecir la afirmación recogida en la exposición de motivos, en cuanto a la superación de buena parte de los objetivos previstos por la Ley 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables de Pareja, tras la aprobación de la Ley estatal 13/2005, de 1 de julio, en materia de derecho a contraer matrimonio, hay que hacer mención sobre los efectos que esta nueva regulación va a producir¹⁴. Así se ha puesto de relieve por la Sociedad Catalana de Abogados de Familia en las aportaciones al Proyecto, al insistir en la posibilidad de que no se aplique esta regulación a quienes no lo deseen, ya sea evitando su aplicación automática, por el mero lapso de dos años de convivencia o por el hecho de tener descendencia en común, que no significa un cambio de la voluntad de la pareja, ya sea admitiendo la renuncia a su aplicación mediante documento público, en aras del respeto al principio de autonomía de la voluntad y al derecho fundamental a la libertad personal de sus miembros.

De momento, e insistimos, lo cierto es que la premisa para ser considerada legalmente como pareja estable a la relación afectiva entre dos personas recae en la convivencia entre ambas.

No cabe pareja estable sin convivencia, aunque sí se admite el matrimonio sin convivencia; no tanto por aplicación de la presunción *iuris tantum* del artículo 69 del Código Civil estatal, sino porque no se exige, en el libro segundo del Código Civil de Catalunya, entre los efectos personales del matrimonio, la obligación de convivir, habida cuenta de que por motivos

de las parejas de hecho: soluciones armonizadoras, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, p. 85.

¹⁴ Sin duda, la actual configuración de la institución matrimonial superaba la justificación de los efectos regulados en la ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, a la vez que propiciaba un tratamiento jurídico distinto, como pudimos apuntar en Carlos VILLAGRASA ALCAIDE: “Las parejas de hecho: una realidad con distinto tratamiento”, *Separación y divorcio*, María José VARELA PORTELA (coord.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pp. 13-16.

laborales, profesionales o de cualquier índole, la pareja casada puede vivir en distintos domicilios, sin detrimento de su vínculo conyugal¹⁵.

Entre los modelos familiares, puesto que se basa en una relación afectiva en pareja, que comparten una comunidad de vida, incluso análoga a la matrimonial, se identifica en paulatino incremento, la situación de los LAT (acrónimo acuñado del anglicismo *Living Apart Together*), para referirse a las parejas que no cohabitan en un solo domicilio, sino que conviven interrumpidamente entre los domicilios que cada uno de ellos mantiene. Estas parejas, generalmente jóvenes y sin descendencia, que comparten de manera indiscutible una relación sentimental y una comunidad de vida, incluso alternando su convivencia en sendas viviendas, también han sido etiquetadas por la sociedad de consumo con el acrónimo *dinky* (exportado de nuevo de la expresión inglesa *Double Income, No Kids Yet*), para poner de relieve su alto poder adquisitivo, en cuanto que suman ingresos y carecen de cargas familiares por descendencia¹⁶.

No podemos negar que en estas situaciones pueda identificarse una relación de pareja, en términos de permanencia, y con un compromiso común afectivo, debiendo plantearnos si esta situación residencial -que se refleja en la propia contradicción de la expresión *Apart* (separados en domicilios) y *Together* (juntos como pareja)-¹⁷, es motivo suficiente para excluirles legalmente de la regulación de las parejas estables, e incluso de la consideración jurídica de familia, puesto que, en caso de ruptura, es indudable que presentarán los mismos conflictos que en el caso de las parejas estables reguladas, como tendrá ocasión de comprobar y resolver la jurisprudencia.

Sigamos con las parejas de hecho, puesto que la ampliación de los requisitos personales para constituir una pareja estable, en relación a los que se establecían en la Ley 10/1998, de 15 de julio, para constituir una unión estable de pareja, no deja de suponer de nuevo una selección de un modelo de pareja, que deja fuera de la ley, que no del sistema jurídico, a las verdaderas

¹⁵ Así, en el matrimonio se establece una presunción favorable de la convivencia, mientras que las parejas estables deben asumir la carga de la prueba, como razona Mercedes MURILLO MUÑOZ: *Matrimonio y convivencia en pareja en el ámbito de la Unión Europea. Hacia un nuevo modelo de matrimonio*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 386.

¹⁶ Términos acuñados por la sociología, especialmente por Ulrich BECK: "Teoría de la sociedad del riesgo", *Las consecuencias perversas de la modernidad*, Anthropos, Barcelona, 1996, pp. 202-203; y que se corresponden con situaciones cada vez más frecuentes, Gerardo MEIL LANDWERLIN: *Las uniones de hecho en España*, CIS, Madrid, 2003; para un análisis más cercano, *vid.* Andreu DOMINGO VALLS: "Entre la nostalgia de la utopía y la nostalgia de la tradición: reflexiones sobre la formación de la pareja en Cataluña", *Familias de ayer, familias de hoy: continuidades y cambios en Cataluña*, *cit.*, p.401.

¹⁷ También se ha traducido literalmente como VJS "vivir juntos separados", por Diego RUIZ BECERRIL: "Nuevas formas familiares", *Portularia, Universidad de Huelva*, núm. 4, 2004, p. 226.

parejas de hecho, de hecho, las que no se consideran parejas estables, porque de nuevo quedarán sometidas a esa doctrina jurisprudencial “de perfiles demasiado imprecisos”, a la que se refiere el legislador, pero no olvidemos el mérito de la jurisprudencia para dar respuesta a las situaciones que se le han ido presentando, nos guste o no, desde la realidad social, frente a leyes demasiado imprecisas, porque no han podido ofrecer hasta ahora una respuesta adecuada para todas ellas¹⁸.

En el contexto de esa ampliación subjetiva, ya pueden constituir pareja estable los menores de edad emancipados, sin que sea precisa la mayoría de edad que se predicaba para las uniones estables de pareja, por lo que sería posible la constitución de una pareja estable a partir de los dieciséis años de edad (artículos 211-9 y 211-10 del Código Civil de Catalunya), pero recordemos que el matrimonio del menor de edad emancipa (artículo 211-8 del Código Civil de Catalunya), y éste es posible, con dispensa judicial, desde los catorce años de edad (según el artículo 48 del Código Civil estatal)¹⁹. En consecuencia, cabe hablar de matrimonio desde los catorce años y de pareja estable desde los dieciséis. Pongamos de relieve esta contradicción.

Siguiendo con el análisis de esa ampliación subjetiva, hay que poner de relieve que también pueden constituir pareja estable los parientes colaterales a partir del segundo grado, por lo que se acaba con la distinción que se producía al efecto entre uniones estables de pareja heterosexuales y homosexuales²⁰, y se establece un criterio amplio en la línea colateral, por el que ya se admiten legalmente las situaciones de pareja estable entre tío/a y sobrino/a, desde un grado, el tercero colateral, en el que es preciso obtener dispensa judicial para el caso de optar por una relación matrimonial. Nueva contradicción.

Por lo demás, también se acaba, expresamente, con la situación de exclusión del régimen de la unión estable de pareja respecto de las personas casadas y separadas, y que constituían un porcentaje elevado de las parejas de hecho, incluyendo, según se indica en la exposición de motivos de la Ley

¹⁸ Natalia ÁLVAREZ LATA: “Las parejas de hecho: perspectiva jurisprudencial”, *Derecho privado y Constitución*, núm. 12, 1998, pp. 40-45.

¹⁹ Edad que sigue establecida por el Código Civil estatal, a pesar de la recomendación hecha por el Comité de los Derechos del Niño al Estado español en las Observaciones finales aprobadas el día 4 de junio de 2002 (párrafos 23 y 24, CRC/C/15/Add.185) en cuanto a la modificación de esta previsión normativa, a fin de elevar la edad mínima para poder contraer, mediante la correspondiente autorización judicial.

²⁰ En la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, se permitía la constitución de uniones estables homosexuales a partir del segundo grado de parentesco colateral, mientras que, las uniones estables heterosexuales, debían carecer de impedimentos matrimoniales, sin hacer previsión alguna sobre su carácter dispensable o no, por lo que quedaban excluida la posibilidad de constituir unión estable de pareja por personas de distinto sexo con parentesco colateral hasta el tercer grado, lo que resultaba una distinción de trato, al menos paradójica.

25/2010, de 29 de julio, a “las parejas estables, formadas por personas que no podrían contraer matrimonio entre sí porque una de ellas continua casada con otra persona”. De hecho, “se quiere evitar así que un número muy importante de parejas queden fuera de la regulación –según algunas estimaciones en torno a un 30% de las parejas heterosexuales existentes en Catalunya y un número indeterminado de parejas homosexuales-“. Sin embargo, cabe plantear una objeción, o al menos una reflexión, a esta previsión legislativa:

La posibilidad de que puedan constituir una pareja estable las personas casadas, separadas, no sólo legal o judicialmente, sino incluso de hecho, ha sido cuestionada en las aportaciones al proyecto, por la Sociedad Catalana de Abogados de Familia, que defiende que debería mantenerse excluida de la pareja estable la situación de los separados, máxime ante las facilidades del divorcio, una vez aligerado el proceso de plazos y de causas en la reforma producida por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de separación y divorcio; o, como mínimo, que la posibilidad de constituir una pareja estable se limite a los separados legalmente, puesto que, con la previsión propuesta en la que se admite también para los casos de personas casadas meramente separadas de hecho, “se estaría legalizando el adulterio”, a juicio de este colectivo de juristas.

3. Poligamia, poliandria y orden público: situaciones que van más allá de la pareja

Entre el listado de requisitos excluyentes de la pareja estable (artículo 234-2 del Código Civil de Catalunya), se establece, como cláusula de cierre, que no pueden constituir una pareja estable, quienes convivan en pareja con una tercera persona. He aquí un criterio de orden público que el legislador catalán introduce para vetar entre las parejas estables, situaciones que superen el binomio, como ocurre respecto de la bigamia o la poligamia, o biandria o poliandria, en el matrimonio, excluyéndose legalmente sin justificación expresa a toda situación que no se corresponda estrictamente con la pareja, con el par, con el dúo. Y si hay más de un dúo, es de suponer que para el Código Civil de Catalunya ninguno vale como pareja estable.

El legislador no se plantea, como sí ha tenido que hacer la doctrina jurisprudencial del orden social, el tiempo de convivencia o la relación afectiva, de dependencia o de ayuda mutua, en aras de reconocer la proporcionalidad de los efectos generados por esa doble o múltiple relación familiar, en casos de pensión de viudedad²¹.

²¹ Elena DESDENTADO DAROCA: “Pensión de viudedad y poligamia: un problema sin resolver y una propuesta de solución”, *Tribuna Social: Revista de seguridad social y laboral*, núm. 228, 2009, pp. 22-27; María Felisa DE NO VÁZQUEZ: “Poligamia y pensión de viudedad”, *Actualidad laboral*, núm. 13-22, 2004, pp. 1899-1910. Hay que tener presente que el artículo 23 del convenio hispano-marroquí sobre seguridad social, firmado el día 8 de noviembre de 1979,

Sin duda, en la realidad social se constatan situaciones afectivas que no son a dos bandas, que trascienden del modelo basado en la relación de pareja, con fidelidad y exclusividad recíprocas²².

De nuevo, siguiendo la misma respuesta jurídica que para las uniones estables de pareja, los amantes no merecen tener reconocimiento alguno para la ley, frente al matrimonio de cualquiera de ellos, a pesar de que se compruebe que han compartido un proyecto de vida en común, una comunidad de vida, e incluso han tenido descendencia o filiación común. Para la ley, es más importante un consentimiento matrimonial formalmente expresado que una relación de pareja extramatrimonial constatada, si se alternan ambos núcleos familiares por alguno de los miembros de la pareja.

Pero, esta solución, en cuanto al mantenimiento de diversos núcleos afectivos por una misma persona, no resulta tan pacífica en la práctica.

La inmigración pone de relieve también la existencia de situaciones de duplicidad familiar. La persona que emigra de su país de origen y se establece en otro país, en ocasiones mantiene los vínculos familiares con sus hijos y con su pareja, con la que se casó o no, que permanecen en su país de procedencia. Durante su estancia en el país de destino, forma un nuevo núcleo de convivencia afectiva en pareja, con o sin descendencia. Ante esta situación, incluso aunque estuviese casada en su país, podría formar una pareja estable con una persona de vecindad civil catalana, según lo dispuesto en la nueva regulación introducida en el Código Civil de Catalunya, al encontrarse separada de hecho de su cónyuge o pareja anterior.

Sin embargo, esta solución no se admite para quienes alternan o simultanean en términos de convivencia su familia matrimonial con otra relación sentimental, que queda excluida de las previsiones legales para la pareja estable.

establece que “la pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación”, y con mayor claridad, el artículo 24 del convenio hispano-tunecino, firmado en el año 2001, regula el supuesto de la “pensión de viudedad compartida”, disponiendo que “en caso de que exista más de una viuda con derecho, la pensión de supervivencia se repartirá entre ellas a partes iguales”. También existen sentencias del orden social que han reconocido, mediante la aplicación del artículo 174.2 de la Ley General de la Seguridad Social, la distribución de la pensión entre diversas esposas, como la STSJ de Galicia, 2-abril-2002, respecto de un trabajador fallecido de origen senegalés, o la STSJ de Madrid, 29-julio-2002 y la STSJ de Andalucía, 30-enero-2003, en relación a las dos esposas de un súbdito marroquí, aplicando además el convenio hispano-marroquí. *Vid.* Marina VARGAS URRUTIA: “Matrimonio poligámico, orden público y extranjería”, *Actualidad Laboral*, núm. 33, 2003.

²² Como pone de relieve desde la sociología, Elisabeth BECK-GERSHEIM: *La reinención de la familia: En busca de nuevas formas de convivencia*, Paidós, Barcelona, 2003.

Y en esta misma tesitura, de anomia o vacío normativo, para el derecho civil, se encontrarían las situaciones poligámicas, que no resultan extrañas en nuestro entorno por la recepción de familias árabes inmigradas, o poliándricas, que sí resultan más extrañas, aunque no imposibles.

Esta cuestión se ha zanjado, hasta la fecha, acudiendo al criterio del orden público, que por razones culturales e históricas, sólo reconoce la monogamia en sede matrimonial²³.

También han contribuido, sin duda, a rechazar estos modelos familiares, los sólidos y justificados argumentos que se suscitan desde el feminismo²⁴.

Sin embargo, con independencia de que a nuestro entorno cultural no convenga admitir este tipo de relaciones familiares, lo cierto es que la realidad social está ahí, y la solución excluyente deja sin cobertura o protección jurídica sobre todo a quienes de hecho son tratadas como cónyuges de un mismo marido durante su relación matrimonial pero legalmente no son consideradas ni siquiera parejas estables²⁵.

El matrimonio celebrado “según la forma religiosa establecida en la Ley islámica”, reconocido por la Sharia, y que admite hasta la tetragamia, si el marido está en disposición económica para mantenerlas por igual, se encuentra reconocido en el artículo 7 de los acuerdos de cooperación establecidos por Ley 26/1992, de 10 de noviembre, entre el Estado y la

²³ Alfonso Luis CALVO CARAVACA / Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ: *Derecho de familia internacional*, Colex, Madrid, 2004, p. 88; Manuel BALADO RUIZ-GALLEGOS (coord.): *Inmigración, Estado y Derecho: perspectivas desde el siglo XXI*, Bosch, Barcelona, 2008; José Antonio RODRÍGUEZ GARCÍA: *La inmigración islámica en España. Su problemática jurídica*, Dilex, Madrid, 2007; María Lourdes LABACA ZABALA: *La poligamia en España*, vLex, 2007; Agustín MOTILLA DE LA CALLE / Paloma LORENZO VÁZQUEZ: *Derecho de familia islámico. Los problemas de adaptación al Derecho español*, Colex, Madrid, 2002; Mariano AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO: “Ius nubendi y orden público matrimonial”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1862, 2000, pp. 5-27.

²⁴ Y que pueden resumirse en las observaciones del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas, sobre la igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, del año 1994 (recomendación general núm. 21, del 13º período de sesiones), en cuanto que la poligamia infringe el derecho de la mujer a la igualdad con el hombre, produciendo graves consecuencias emocionales y económicas para ella, vulnerando sus derechos constitucionales y las disposiciones del inciso a) del artículo 5 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (resolución 34/1980 de la Asamblea General de Naciones Unidas). En la misma línea, la Observación general núm. 28 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas expone claramente que “la igualdad de trato con respecto al derecho a contraer matrimonio significa que la poligamia es incompatible con ese principio. La poligamia atenta contra la dignidad de la mujer. Constituye, además, una discriminación inadmisibles a su respecto”, en aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, párr. 24).

²⁵ Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ: “Nuevos modelos de familia y derecho internacional privado en el siglo XXI”, *Anales de Derecho, Universidad de Murcia*, núm. 21, 2003, p. 112.

Comisión Islámica de España, aunque seguidamente se advierte que para el pleno reconocimiento de los efectos civiles será necesaria su inscripción en el Registro Civil, a instancias de los cónyuges o del ministro oficiante, o incluso de un tercero, lo que determina que sólo el primer matrimonio inscrito será el que tenga efectos legales²⁶. El resto de esposas, no podrán ser consideradas ni parejas estables, por constar el marido como casado y no separado de hecho de otra, ni siquiera una relación convivencial de ayuda mutua, por la misma razón; aunque sí podrían constituir una relación convivencial de ayuda mutua entre ellas, ya que comparten, sin contraprestación, el trabajo doméstico, en una relación de compañía, no estando casadas entre sí ni formando pareja estable, en términos legales, con su marido. Aunque poca eficacia tendría tal previsión, dado que las esposas casadas por el rito islámico y no inscritas en el registro civil son mantenidas total o parcialmente por el marido, que ni se le reconoce como tal a efectos civiles, ni se le considera pareja estable ni se le aplicaría la regulación relativa a las relaciones convivenciales de ayuda mutua. Sin duda, es un tema que sigue sin resolverse adecuadamente, y debemos ser conscientes de esta situación jurídicamente insatisfactoria.

4. Las relaciones convivenciales de ayuda mutua frente a otras situaciones convivenciales no reguladas

Las institucionalizadas relaciones convivenciales de ayuda mutua, excluidas del título III, de la familia, y que se regulan en un título propio del libro segundo del Código Civil de Catalunya, el título IV, se limitan expresamente en función del número de convivientes, si no son parientes, al número mágico de cuatro.

Resulta cuestionable excluir de la regulación de la familia a la situación de convivencia entre dos hermanos o entre varios parientes colaterales, que son consideradas relaciones convivenciales de ayuda mutua, de la misma forma que disponer expresamente el legislador que se puede conformar esta relación “sin límite de grado colateral”, supone que todos estaríamos incluidos, salvo los parientes en línea recta, ya que siempre existiría una vinculación colateral entre todas las personas, más o menos remota.

Es paradójico que no se hayan planteado objeciones ni aportaciones a la regulación de las relaciones convivenciales de ayuda mutua, pasando tan desapercibida en su tramitación parlamentaria, como lo ha sido en la práctica

²⁶ RDGRN 4-enero-2007, 12-enero-2007, 4-junio-2001, 11-mayo-1994, entre muchas otras. En esta última se dispone que “cabe señalar que aunque el contrayente marroquí, de acuerdo con su peculiar estatuto personal, es libre para contraer otro matrimonio, subsistiendo el primero, esta norma extranjera, en principio aplicable según nuestras normas de conflicto, ha de ser excluida por virtud de la excepción de orden público internacional (art. 12.3 C.c.), que no puede permitir que un español contraiga matrimonio con un extranjero casado, ya que ello atentaría ala dignidad constitucional de la persona y a la concepción española del matrimonio”.

judicial la Ley 19/1998, de 28 de diciembre, sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua²⁷.

Se podría considerar que entre estas relaciones reguladas²⁸ se podrían acoger situaciones de familias múltiples que viven bajo un mismo techo, siempre que, en términos de intimidad personal o familiar, no se produzca una investigación sobre si entre los convivientes existe algo más que “simple amistad o compañía”, pareciendo deducirse de tal previsión legal que un exceso de afecto o una relación de sexualidad entre dos supondría su exclusión del grupo por formar una pareja estable, como dispone el artículo 240-2 del Código Civil de Catalunya; algo que, sin duda, resultaría incongruente, puesto que la actividad sexual carece de relevancia, tanto para las normas matrimoniales, como para las que regulan la constitución de la pareja estable, así que debería evidenciarse de indicios objetivos sobre su comunidad de vida o el compromiso de apoyo mutuo que define a la pareja estable y que se negaría a los demás.

Las relaciones convivenciales de ayuda mutua, por su falta de definición y sus carencias en términos técnico-jurídicos introduce más inconvenientes doctrinales que soluciones jurídicas para los núcleos familiares, o si se quiere, convivenciales, que pretende regular. Y así, en este contexto, podremos encontrar múltiples situaciones sobrevenidas que pasarían a estar huérfanas de toda regulación. Por ejemplo, si uno de los convivientes tiene un hijo, ¿éste quedaría fuera de la relación convivencial? Está claro que los parientes en línea recta no quedan incluidos, pero cada uno de ellos, unilateralmente, sí podría constituir la relación convivencial con el resto. O bien, si de tres convivientes, dos se casan o puede considerarse que forman una pareja estable, el tercero, a pesar de convivir y compartir gastos comunes y/o el trabajo doméstico, en relación de amistad o compañía, quedaría excluido. ¿O podría entenderse, ya que siguen conviviendo que la pareja casada o estable está excluida de la relación convivencial de ayuda mutua, pero cada uno de ellos sí mantiene esta relación con el tercero? puesto que el matrimonio o la constitución de una pareja estable no extingue la relación convivencial de ayuda mutua, si el resto sigue conviviendo, y a partir de dos se puede

²⁷ María Pilar RIVAS VALLEJO: “La figura civil de las ‘situaciones convivenciales de ayuda mutua’ y sus efectos en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, *Revista del Poder Judicial, Consejo General del Poder Judicial*, núm. 78, 2006, pp. 221-260.

²⁸ Aunque pensadas como una medida de protección, como pone de relieve Jordi MUÑOZ IRANZO: “Convivencia y asistencia como mecanismo de protección: acogimiento de personas mayores, situaciones convivenciales de ayuda mutua, y la figura del asistente”, *III Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad*, Logroño, 2009, pp. 111-116, y en la misma línea, María Rosa LLÁCER MATAÇÀS y María Dolores GRAMUNT FOMBUENA: “Regímenes de guarda de la persona no sujeta a potestad”, *Derecho de Familia*, Carlos J. MALUQUER DE MOTES (coord.), Bosch, Barcelona, 2005.

mantener, cabría plantear una respuesta positiva, y a la vez paradójica, a esa cuestión.

Quizá podría considerarse la regulación de las relaciones convivenciales de ayuda mutua la tímida respuesta del legislador a las relaciones afectivas que van más allá de la pareja, aunque, eso sí, como máximo a cuatro bandas.

5. La coparentalidad múltiple

Hay que poner de relieve que, de la misma forma que se rechaza la poligamia y la poliandria simultánea por nuestro legislador, a través de la ausencia de cualquier previsión legal, como ocurrió hasta finales del siglo pasado con el concubinato o con la denominada convivencia *more uxorio*, se admite ya sin traumas culturales ni prejuicios sociales, aunque se asuma parcamente por la ley, lo que de hecho puede considerarse una poligamia o una poliandria sucesiva, o lo que se han venido a llamar, las familias reconstituidas, recompuestas o ensambladas²⁹.

No cabe duda de que durante la vida de una persona, en la mayoría de casos, se suceden diversas parejas, con las que se mantienen relaciones afectivas, situaciones de convivencia y de las que puede haber hijos en común.

La trascendencia de la escalada divorcista ha permitido superar la connotación peyorativa y anecdótica de los “padrastrós” y de las “madrastras”³⁰. En el artículo 236-14 del Código Civil de Catalunya se reconocen ciertas facultades al cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor que tiene la guarda de su hijo, en cuanto a la participación en la toma de decisiones sobre los asuntos de la vida diaria del menor, mientras dure la convivencia; aunque en caso de desacuerdos, prevalezca la opinión de su progenitor, y si éste falleciese, la atribución de la guarda se transfiera al otro progenitor; salvo que en interés del menor se le atribuya judicialmente al

²⁹ Xavier ROIGÉ VENTURA: “Las familias mosaico. Recomposición familiar tras el divorcio”, *Familias de ayer, familias de hoy, cit.*, pp. 471-501; Antoni BOSCH: “Las familias reconstituidas y las cuestiones de protección patrimonial”, *Nous reptes del dret de família, Materials de les XIII Jornades de Dret Català a Tossa*, Documenta Universitaria, Girona, 2005; Encarna ROCA TRIAS: “La regulación de las familias ‘recomposades’ o ‘reconstituïdes’”, *Nous reptes del dret de família, Materials de les XIII Jornades de Dret Català a Tossa*, Documenta Universitaria, Girona, 2005; Diego RUIZ BECERRIL: *Después del divorcio: los efectos de la ruptura matrimonial en España*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1999 ; Cecilia GROSMAN e Irene MARTÍNEZ ALCORTA: *Familias ensambladas*, Universidad, Buenos Aires, 2000.

³⁰ Irene LEVIN: “El padrastro y el padre”, *La figura del padre en las familias de las sociedades desarrolladas, Actas del Simposio Internacional*, Las Palmas de Gran Canaria, 1994, pp. 179-195. También en derecho civil aragonés, como se analiza por María Teresa DUPLÀ MARÍN: “La autoridad familiar del padrastro o madrastra en la legislación aragonesa: del Apéndice Foral de 1925 al artículo 72 de la Ley 13/2006, de derecho de la persona”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 717, 2010, pp. 61-91.

compañero sentimental de su progenitor fallecido, si la convivencia con él duró más de tres años.

Este precepto, que supone la primera referencia legal a las familias reconstituidas, pone de manifiesto la existencia de situaciones de coparentalidad múltiple que carecen hasta ahora de regulación legal³¹.

Por ejemplo, puede pensarse en la situación de una pareja homosexual, entre dos hombres, que deciden tener un hijo con una amiga, o dos parejas homosexuales, una entre dos hombres y otra entre dos mujeres, que desean formalizar vínculos de coparentalidad respecto de un futuro hijo, proyectado por la voluntad concurrente entre las dos parejas, y con la participación de un miembro de cada pareja para engendrarlo. Situaciones como éstas existen en nuestro entorno, no son ejemplos de laboratorio de sociología jurídica, y pueden plantearse, además, múltiples situaciones de coparentalidad a través de la aplicación de técnicas de reproducción asistida humana o consecuentes a un proceso de adopción internacional. Al respecto, otro caso, que tampoco es de laboratorio, es el de la adopción internacional de una menor, promovida por una mujer soltera, que llega a un consenso con dos buenos amigos para alternarse en cuanto a la atención diaria de la menor. Sin duda, ésta no se encuentra ni en situación de riesgo ni mucho menos en situación de desamparo, pero es evidente que en la relación convivencial y familiar en las que desarrolla su personalidad, las situaciones reguladas, mediante criterios biologicistas, excluyen a las situaciones no reguladas y que *de facto* conforman la relación familiar de la menor, lo que no necesariamente puede ser lo más acertado, si nos creemos la verdadera trascendencia que tiene el principio del interés superior del menor.

6. El apoyo y la promoción de las familias monoparentales

Entre los diversos núcleos de convivencia existentes en nuestro entorno, desconocidos hasta el momento, consciente o inconscientemente, por el legislador, debe destacarse la situación en la que se encuentran las familias

³¹ Aunque ya han sido analizadas desde otras disciplinas, como la psicología, Sagrario YÁRNOZ-YABEN: "Hacia la coparentalidad post-divorcio: percepción del apoyo de la ex pareja en progenitores divorciados españoles", *International Journal of Clinical and Health Psychology*, núm. 2, 2010, pp. 295-307; o desde la sociología, María Isabel JOCILES RUBIO / Fernando VILLAAMIL PÉREZ: "Estrategias de sustitución en la construcción de la paternidad y la maternidad dentro de las familias reconstituidas", *Papers*, núm. 90, 2008, pp. 213-240; D. LE GALL / Y. BETTAHAR: *La pluriparentalité*, PUF, París, 2001; o desde la antropología, Anne CADORET: "Pluriparentesco y familia de referencia", *La adopción y el acogimiento. Presente y perspectivas*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2004, pp. 273-283.

monoparentales, de claro ascenso cuantitativo, y que ha dejado de considerarse un modelo familiar residual o emergente³².

La relación familiar monoparental es nominada por el legislador catalán, en la exposición de motivos de la Ley 25/2010, de 29 de julio, tras reconocerse que “la sociedad catalana, como otras de nuestro entorno, ha evolucionado y que las características de las familias han cambiado sustancialmente en relación con las de la generación inmediatamente anterior”, aunque la vincula parcamente al “aumento de los divorcios”, que “se ha traducido en un aumento significativo de hogares familiares en los que vive únicamente uno de los progenitores, con los hijos”, como ocurre con el caso de las familias reconstituidas.

Asimismo, desde la “gran tolerancia (existente) hacia formas de vida y de realización personal diferentes a las tradicionales”, se pronuncia el legislador en el sentido de que “a diferencia del Código de familia, el libro segundo acoge las relaciones familiares basadas en formas de convivencia diferente a la matrimonial, como la familia monoparental”, que es la compuesta por un solo progenitor con descendencia a su cargo, y que cita someramente junto a la situación de las parejas estables y de las relaciones convivenciales de ayuda mutua.

Sin embargo, tras esa aparente novedad legislativa que se anuncia, y después de reconocerse que los modelos familiares monoparentales hasta ahora no habían tenido reflejo normativo, lo cierto es que entre el contenido sustantivo del libro segundo, no se reconoce regulación alguna de la familia monoparental, más allá de proclamar que goza de la protección jurídica determinada en la ley, sin discriminación respecto de otras relaciones familiares derivadas del matrimonio o de la convivencia en pareja (artículo 231-1 del Código Civil de Catalunya), lo que supone, no sólo un olvido, sino además una desconsideración hacia este modelo familiar nominado pero no regulado, o, lo que sería ciertamente inadecuado, una apuesta hacia una regulación específica fuera del Código Civil, o del derecho civil³³.

Sin duda, la familia monoparental es merecedora de una atención específica desde el derecho civil, a partir del objetivo de paliar su enorme riesgo de exclusión, ante las cargas familiares y económicas que deben ser

³² Lluís FLAQUER / Elisabet ALMEDA / L NAVARRO: *Monoparentalidad e infancia*, La Caixa, Barcelona, 2006; Julio IGLESIAS DE USSEL: *Las familias monoparentales*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1988.

³³ Es indudable que desde el derecho civil resulta adecuada la regulación de efectos de relevante atención, como pone de relieve Antonio VELA SÁNCHEZ: *Las familias monoparentales. Su regulación genérica actual y su tratamiento jurisprudencial*, Comares, Granada, 2005; “Aproximación a las familias monoparentales: hacia su régimen jurídico unitario”, *La Ley*, núm. 1, 2003, pp. 1465-1477; y en “Las familias monoparentales: presente y futuro”, *Por los derechos de la infancia y la adolescencia*, Carlos VILLAGRASA ALCAIDE / Isaac RAVETLLAT BALLESTÉ (coord.), Bosch, Barcelona, 2009.

asumidas por una sola persona, así como para ofrecer a este modelo familiar la protección y la consideración jurídica específica que resultan precisas a su situación, y en aras de la aplicación del principio superior del interés del menor³⁴.

7. La soledad excluye la noción de convivencia y, por tanto, de consideración jurídica: la soltería de los *singles*

A modo de conclusión, hay que hacer alguna precisión sobre la situación de las personas solas, identificadas cada vez más con el anglicismo *singles*, y que suponen una situación personal en auge, que, por definición, queda excluida de toda protección jurídica, reservada a la familia, pero que son las que, precisamente por su situación voluntaria o involuntaria de conformar un núcleo residencial unipersonal, al no constituir una situación convivencial merecedora de consideración legal, sufren verdaderas consecuencias negativas, por ejemplo, fiscales, o una falta de atención social sobre su evidente riesgo de exclusión social en épocas de crisis³⁵.

En suma, el concepto de familia debe ser reconstruido, partiendo de su propio origen etimológico de *famulus* (sirviente, esclavo), dado que no sólo incluía a los parientes, sino también a quienes convivían con el amo, incluidos los sirvientes y los esclavos, de modo que lo familiar coincide con lo casero, y no sólo con lo matrimonial.

Sin duda, se ha producido una profunda revolución de los fundamentos y de los principios que durante siglos han limitado el concepto de familia, evolucionando de la familia extensa hacia una familia cada vez más nuclear, sin excluir la realidad social de quienes no conforman su propia familia.

Y en esta evolución, no hay que olvidar que, aunque minoritario, existe un movimiento, conservador y secular, que denuncia la crisis de la familia, mientras rechaza con recelo esa diversidad de modelos familiares que se manifiestan en la realidad social, y que aun carecen de un régimen jurídico equiparable al matrimonio, con o sin hijos.

Una sociedad democrática y plural se distancia coherentemente de un modelo familiar jerárquico, autoritario y patriarcal, y avanza hacia el respeto y la preservación de la diversidad, positiva y realista, en la que debe garantizarse la igualdad de derechos.

Quizá, en este camino, hay que dejar de fijarse en el tratamiento jurídico del matrimonio para intentar acomodar, a menudo de manera forzada, a ciertos modelos familiares análogos, para empezar a considerar a la familia como un

³⁴ Eduardo CORRAL GARCÍA: "La familia monoparental y el interés del menor", *Actualidad Civil*, núm. 22, 2008, pp. 2-ss.

³⁵ Yolanda GÓMEZ SÁNCHEZ: *Familia y matrimonio en la Constitución española de 1978*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1990.

conglomerado de situaciones interpersonales diversas, en las que se deben reconocer derechos sociales universales, dando respuesta específica a las necesidades que presenten las distintas relaciones afectivas, asistenciales o de dependencia, y sin olvidar, en último término, a aquellas personas que se encuentran solas y que, precisamente por ello, no merecen ser consideradas en peor situación que quienes conforman un núcleo familiar.