

ALGUNAS PARADOJAS DE LA PROTECCIÓN LEGAL DE LAS LLAMADAS PAREJAS DE HECHO¹⁾

LUIS DIEZ-PICAZO

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid.

Entre los escritores españoles que se ocupan de materias de Derecho Privado, existe una muy extensa corriente de pensamiento que se ha ocupado, desde hace veinte o veinticinco años, de examinar el problema que sirve de título a estas líneas y al que tantos desvelos ha dedicado la profesora Rubellin-Devichi en cuyo homenaje estas líneas se escriben. Frente a la castiza y tradicional denominación que se sigue utilizando en Francia -concubinato-, los escritores españoles, tal vez por creer que en ella existe alguna connotación peyorativa, han preferido la que yo mismo he utilizado en el encabezamiento. Hablar de "pareja de hecho" (*couple de fait*) subraya el carácter puramente fáctico de las situaciones frente a las plenamente legales o jurídicas y, al mismo tiempo, permite una cierta neutralidad respecto del carácter heterosexual u homosexual de la pareja. Aunque al siempre recordado J. Carbonnier le hubiera gustado puntualizar que *couple* proviene del latín *cópula* y que *cópula* rigurosa no puede existir en todos los casos, en la lengua española "pareja" indica sólo un conjunto de dos elementos, aunque a veces las desviaciones modernas de nuestra lengua llamen "pareja" a cada uno de los elementos del conjunto, lo que estaría de acuerdo con un viejo refrán de nuestra lengua que dice algo así como que cada pareja va con su pareja.

Como quiera dedicar este ensayo a tratar de poner de relieve algunas paradojas, la primera y más llamativa me parece que es el hecho mismo de que aparezca una regulación legal. Se puede, ingenuamente, pensar que se destruye la dualidad situación de hecho/situación jurídica y que todas pasan a ser jurídicas, aunque con un diferente grado de juridicidad. La segunda paradoja, muy estrechamente relacionada con la anterior es que como quiera que las normas exigen, para acordar la protección una fijación fehaciente de la situación, en el futuro existirán, en lugar de dos, tres conjuntos: los matrimonios, las ex parejas de hecho ahora protegidas legalmente y las nuevas parejas de hecho que no pueden ser protegidas legalmente porque no se han cumplido los requisitos constitutivos de la protección. A la misma conclusión se llega si no se pierde de vista que algunas de estas leyes conservan restos de antiguas prohibiciones, como pueden ser las de no conceder protección a parejas incestuosas.

Nadie puede poner en duda que las pretensiones suscitadas, como consecuencia de una duradera convivencia entre lo que hemos dado en llamar convivientes *moritório* se han multiplicado en los últimos tiempos y ello no solo porque puede ocurrir que proporcionalmente existen más, cosa nunca demostrada, sino también porque el cambio de las actitudes éticas y el talante de una sociedad permisiva han hecho que sea más fácil publicar una situación que tal vez antes se ocultaba de forma pudibunda.

Estoy bien seguro de que las antiguas concepciones, en las cuales se consideraba que existía causa ilícita o causa torpe, no eran justas y no tenían tampoco un claro

¹⁾ Agradezco a los Marín Drago, alumno del décimo Ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, por la obtención y cesión del presente artículo para su publicación.

fundamento legal, pues en España como en Francia la regla según la cual "*neus proprius turpitudinem allegans auditur*" es una creación jurisprudencial cuyo fundamento es más que dudoso. Naturalmente ello conduce a admitir como válidos cualesquiera pactos, convenios o estipulaciones que los convivientes hayan podido establecer. Mas hay, también, la inevitable justicia de muchas de las demandas, cuando estas son, sobre todo, demandas de liquidación de una situación anteriormente existente. Que en este punto puedan existir acciones de enriquecimiento sin causa, como la Corte de Casación francesa señaló ya a finales del siglo XIX, es algo que no puede ofrecer duda en aquellos casos que la situación convivencial ha permitido a uno de los convivientes aprovecharse del trabajo o de la actividad del otro. Igualmente, claras parecen las demandas fundadas en la existencia de una sociedad expresa o tácita. No parece tan fácil, en cambio, pretender que toda ruptura de la convivencia de hecho genere acciones de enriquecimiento, como alguna sentencia española parece creer. Y menos todavía que pueda existir indemnización de daño moral por haber roto una convivencia, cuando el amor libre que así se llamaba en el siglo XIX permite el ejercicio de la libertad.

Porque aquí aparece la tercera de las paradojas que se encuentra, naturalmente, muy estrechamente relacionada con las anteriores. La opción por el amor libre y en términos generales por la libertad, se convierte, abruptamente, en una situación de falta de libertad, nunca querida ni buscada por los interesados.

Porque aquí aparece la tercera de las paradojas que se encuentra, naturalmente, muy estrechamente relacionada con las anteriores. La opción por el amor libre y en términos generales por la libertad, se convierte, abruptamente, en una situación de falta de libertad, nunca querida ni buscada por los interesados.

Paradójico ha sido también el modo de aparición de las primeras regulaciones legales de la materia en España. Los posibles lectores de estas líneas quizás no sepan que en España subsiste una pluralidad de ordenamientos jurídicos en materia de Derecho privado que es producto de la incompleta construcción de un Estado unitario, solamente intentado con el advenimiento de la dinastía borbónica. Aunque en un primer momento los Derechos privados de carácter regional fueron suprimidos, fueron inmediatamente restablecidos y han subsistido hasta nuestros días, sin que por ellos pudiera pasar el elemento de unificación que podría haber sido el Código Civil. Tras la Constitución de 1978 y la constitución de todas las regiones españolas en Comunidades Autónomas, el antiguo Derecho privado ha pasado a ser Derecho autonómico. La Constitución reconoce a las comunidades o regiones autónomas competencias legislativas en todo lo que atañe a la conservación, modificación y desarrollo de su Derecho privado. Pues bien, en esta situación político-jurídica, el fuego lo rompió Cataluña, seguida después por Valencia y por Navarra. Uno podría pensar, tal vez sensatamente, que no existía una clara relación entre las competencias legislativas autonómicas para poner al día el Derecho privado y una regulación legal *ex novo* de un supuesto de hecho, que, como tal supuesto de hecho legislativo, es novedoso. Sin embargo, ninguno de los órganos del Estado ha impugnado, por razón de inconstitucionalidad esta legislación. Alguien podrá pensar también que si existe en este terreno un problema, este es de carácter nacional y merece una solución nacional, sobre todo cuando, como diremos después, los movimientos que han tratado de promover esta legislación, han tratado de inspirarse en el principio de igualdad y de no discriminación que consagra el artículo 14 de la Constitución. La realidad, sin embargo es más dura que las ideas: dos, tres o cuatro legislaciones regionales, algunas de ellas, como el caso de Valencia en territorios que nunca tuvieron competencias en

materia de Derecho Civil. Y para que la paradoja pueda continuar, algunas regiones autónomas absolutamente alejadas de cualquier "hecho diferencial" –me refiero a la Comunidad de Madrid, que es una especie de Distrito Federal– anuncian según dicen los periódicos que seguirán por esta línea. Y la paradoja que existe en el plano político-jurídico constitucional se multiplica si no se pierden de vista dos datos, que para la observación pueden resultar significativos. Es el primero que las regiones que han adoptado estas medidas legislativa se encuentran gobernadas por partidos políticos de signo conservador o de centro derecha, mientras que las regiones autónomas gobernadas por partidos políticos socialistas o de centro izquierda hasta ahora se han absterido. Se podía haber creído que adoptar medidas legislativas de protección de las parejas de hecho era más bien un signo "progresista" más próximo a la izquierda política. La realidad nos demuestra que el movimiento es, muy probablemente, conservador.

Más el mismo tiempo que todo ello, ocurre otra cosa que es también significativa y que lo es en grado sumo en el caso de Cataluña. Cataluña puso en vigor la Ley de Protección Legal de la Parejas de Hecho exactamente el mismo día en que promulgaba un Código de Derecho de Familia, recogiendo, básicamente, las especialidades de su Derecho privado en materia de regímenes económico-conyugales. La paradoja vuelve a aparecer. Uno pensaba que la protección legal de las parejas de hecho era un capítulo del Derecho de Familia, pero el legislador catalán al menos, tuvo al respecto alguna inhibición, seguramente, según algunos dicen, para no perturbar la alianza entre demócratas cristianos y liberales. Y la interrogante subsiste. ¿Es o no es un Derecho de Familia? Los interesados pretenden ser considerados como familias por más que la semejanza tenga que ser solo superficial, aunque haya que confesar que, fundadas muchas normas y reglamentos en ideas tradicionales sobre el parentesco familiar (por ejemplo, reglas sobre organización de los hospitales, asistencia a enfermos, decisiones atinentes a la personalidad de estos cuando se encuentra imposibilitado y otros muchos parecidos), todo aconseja el reconocimiento de una relación de parentesco, para hacer la vida menos agria y flexibilizarla más. No obstante, puede pensarse también que los problemas jurídicos de aristas más difíciles, como son los de liquidación de situaciones anteriores, pueden ser resultado de una vida en común, haciendo abstracción de las características internas del grupo, o para decirlo sin eufemismos de sus tendencias sexuales, pues en el fondo, los problemas de una unión convivencial son los mismos cuando varias personas comparten durante un tiempo un mismo techo.

Hay más paradojas. La mayor parte de las demandas de una regulación legal, que han ido apareciendo en los medios de comunicación y entre los estudiosos quieren inspirarse en el principio de igualdad ante la ley que en el Derecho español proclama el artículo 14 de la Constitución. Algunas veces se ha querido situar también en el artículo 16 que reconoce un derecho al libre desarrollo de la personalidad. Este último precepto legal es una barrera puesta por el Constituyente a un legislador audaz que pusiera barreras a ese libre desarrollo de la personalidad, pero no puede entenderse como un genuino derecho subjetivo. Si así fuera es de temer que tuviera razón Angel Ganivet que, en el Idearium español afirmó que la mayor aspiración de mis conciudadanos sería una Constitución con un solo artículo, que dijera poco más o menos: este español está autorizado para hacer aquello que quiera.

El fundamento en el principio de igualdad tampoco resulta enteramente convincente. No lo es para las llamadas parejas heterosexuales a quienes bastaría decir: si ustedes quieren la protección legal acójense a una institución que ya existe.

Y me temo que no es tampoco un fundamento sólido para una protección legal de parejas homosexuales, que, por hipótesis, son diferentes. Entendámonos bien: lo que algunas de nuestras leyes llaman púdicamente la "orientación sexual" pertenece al terreno de la intimidad o de la privacidad, si se puede hablar así. Por supuesto nadie debe ser perturbado por ello y son, como ya he dicho más arriba, justas y correctas las pretensiones de liquidación. La igualdad es otra cosa. Desde el punto de vista constitucional, el matrimonio posee una garantía institucional, precisamente porque cumple una función social, función social que no existe en las demás uniones del signo que fueren. La igualación, por otra parte, termina desdibujando los perfiles mismos de la institución matrimonial, cuyo sentido, si las cosas no son de otro modo, se pierde bastante en los matrimonios sin hijos.

Algunos de los escritores que en estos años pasados han levantado la bandera de una protección legal para las parejas de hecho, lo hicieron entendiendo que la mayor igualación posible es "progresista". A algunos nos ocurre, sin embargo, que no tenemos tan clara la idea del progreso y, en cualquier caso, no creemos que el progreso consista en adoptar las posturas justamente contrarias a las que se encontraban establecidas en un determinado momento. Doy por supuesto que el progreso común está en la misma línea de libertad de los individuos que es una libertad para todos y, que por ello, nadie tiene derecho a perturbar la vida de los demás. La función social de las instituciones de Derecho privado me parece, no obstante, otra cosa.