

Els efectes jurídics de la convivència en parella

Josep Alfons López Tena
Notari

Hi ha dues maneres de propiciar l'anarquia: l'una, demanar l'impossible; l'altra, retardar l'inevitable.

FRANCESC CAMBÓ

I. Introducció

Abans que res, haig de fer avinent de què no tractarà aquesta conferència:

— No tractarà de qüestions terminològiques, tan delitoses per als juristes, de com anomenar «la cosa», car els noms, en aquesta matèria, amaguen molt sovint decisions prèvies sobre el punt de vista adoptat per a l'anàlisi i admissibilitat de la mateixa «cosa». Pensin en el significat que arrossega dir «concubinatge», «parella de fet» o «unió lliure». Per això, el títol de la conferència he procurat que fos el més neutre possible, i que no en predeterminés el contingut.

— Tampoc no es referirà a la qüestió dels trets o circumstàncies concurrents per a entendre que existeix la cosa, per la raó que dedicar part del limi-

tat temps de què vostès i jo disposem a aquesta recerca és contrari al seu adient esmerç. Els proposo una analogia: pensin en una parella casada, treguin-ne la celebració del matrimoni, i el resultat és l'objecte d'aquesta conferència.

— Malgrat el seu evident interès, deixaré a banda els projectes o esborranys que no han esdevingut encara legislació, tant els presentats al Congrés dels Diputats pel PSOE i Esquerra Unida-Iniciativa per Catalunya com els tempteigs al teler del Departament de Justícia; i això perquè la seva anàlisi exigeix, almenys, duplicar el temps d'aquesta conferència.

— Finalment, el matrimoni no és objecte d'aquesta conferència sinó com a referent, i això deixa fora la qüestió cabdal de la prohibició de contraure'l a persones del mateix sexe; ni em referiré als efectes que genera la filiació no matrimonial, tot i que aquests repercuteixen en els membres de la parella no casada.

Després de tantes exclusions, és clar el tema de conferència: els efectes jurídics de la convivència en parella, és a dir, de l'especial situació creada quan dues persones, del mateix o de diferent sexe, mantenen una relació matrimonial sense contraure matrimoni.

Temo que, així definida, i si s'accepta com a punt de partença, és previsible el desenvolupament d'aquesta conferència, perquè, com justificar llavors solucions jurídiques específiques per als problemes dels qui hagin contret matrimoni, i unes altres de diferents per als que plantegen la mateixa problemàtica sense haver-lo contret? No està sotmès a discussió el tractament diferenciat de les relacions matrimonials, enfront d'altres relacions social (socis, parents, cotitulars, etc.), i per la mateixa raó avanço que la legislació aplicable als casats, com a solució social admesa per al tractament de la seva específica relació, és la que resulta adient per a tota mena de convivència en parella, que solament es diferencia de la matrimonial en la manca de forma constitutiva, d'allò que els no juristes anomenen «els papers». Els beneficis o conseqüències jurídiques que el legislador estableix per a les situacions socials reals no poden, sense fregar perillosament la discriminació inconstitucional, dependre d'una forma.

II. Crisi del matrimoni institució

Al llarg dels segles la convivència en parella anà esdevenint una institució única i formal, el matrimoni, fonament de l'única família reconeguda i font d'efectes per als seus membres, establerts legislativament i jurisprudencial

com un estat civil sotmès a una regulació específica, exclusiva i exclouent, plenament diferenciada del tractament jurídic general aplicable a tots els ciutadans. És aquesta única via la que ha entrat en crisi en els darrers decennis, manifestada per la crisi del mateix concepte de matrimoni, de la seva funció i contingut institucional, que es dilueixen en benefici d'una funció merament instrumental: el matrimoni esdevé una de les possibilitats de configuració jurídica de la convivència en parella, al servei instrumental d'aquesta i dels projectes vitals dels convivents. La crisi del matrimoni com a institució resulta de la seva inadequació a les estratègies individuals al voltant de la convivència, on aquesta és al servei i mitjà de desenvolupament personal dels individus i no de llur adhesió a una institució forçosa, obligatòria, imperativa i que imposa els seus efectes al marge i contra la voluntat individual, «hipostasiada» en un «Vincle» gairebé personalitzat com a anterior i superior als mateixos contraents, amb interessos propis defensats àdhuc contra llur voluntat i acords.

La regulació actual del matrimoni, malgrat haver estat establerta per un estat no confessional, arrossega els trets típics del matrimoni institució catòlica, si bé en procés de dissolució i feblesa conceptual:

a) El matrimoni és dissoluble per un divorci configurat aparentment com a causal, però que al capdavant permet la dissolució per voluntat d'una de les parts, car lliga les causes de divorci al cessament de la convivència (fet individual) i a la seva durada, i omet responsabilitats i culpabilitats pel trencament de la convivència, que no determinen efectes i mesures específiques.

b) Esmorteïment de la inquisició judicial en el control de la concurrència de les causes de la separació o el divorci, que no necessiten prova sinó al·legació d'alguna de les parts.

c) La fidelitat, mantinguda legalment com a obligació dels convivents casats, manca de protecció en cas d'infracció, que no és castigada ni penalment ni civil.

d) L'orientació del matrimoni a la procreació ha desaparegut jurídicament, ensems amb l'impediment d'impotència.

e) Rellevància del fet de la convivència com a productor d'efectes específics, de manera que el matrimoni per si mateix, mancat de convivència, queda privat d'importants efectes jurídics, com ara les presumpcions de paternitat, la crida intestada del vidu, etc.

La crisi del matrimoni com a institució, i com a únic fonament de la família, i única convivència en parella legalment protegida, és ensems causa i conseqüència de dos fenòmens contemporanis: el rebuig d'una part creixent dels ciutadans a permetre que la societat i els poders públics intervinguin en

la seva vida privada imposant als convivents obligacions i efectes que no desitgen, rebug que es manifesta en negativa a contraure matrimoni, és a dir, a emmotllar la convivència en parella a una institució, el matrimoni, que hom jutja opressiva; i, per altra banda, la reivindicació dels homosexuals d'obtenir la fi de les discriminacions i exclusions que pateixen. Totes dues línies conflueixen en la creixent existència i visibilitat social de parelles que organitzen la seva convivència, hetero- o homosexual, sense contraure matrimoni, que refusen o els és prohibit, però que exigeixen un tractament igual per a situacions que són iguals, i singularment que els drets i privilegis que l'ordenament jurídic i els poders públics atribueixen a les famílies formades per parelles casades s'estenguin a les famílies formades per parelles no casades, que especialment en cas de crisi generen unes situacions iguals a les dels casats, i que financen pels seus impostos un aparell estatal que només els esmerça en benefici d'una fracció dels convivents en parella, els heterosexuals casats, circumstància viscuda com a discriminatòria pels convivents heterosexuals que no volen contraure matrimoni, i pels convivents homosexuals, que a més veuen tancada l'opció de contraure matrimoni.

III. Prova de la convivència en parella

L'existència d'una situació de convivència en parella planteja els mateixos problemes de prova que qualsevol altra situació no formalitzada que produeixi efectes jurídics, i això ha empès els juristes, predisposats cap a la seguretat i malacostumats per un matrimoni de forma constitutiva, a estendre a les convivències en parella el principi formal del matrimoni, per via documental i/o registral. Tot seguit tractarem d'aquestes qüestions de forma i prova, però cal no oblidar que la convivència en parella existeix i es manté per la lliure decisió individual i revocable de totes dues parts, i que fóra pertorbador que els efectes jurídics que genera ho fossin solament en cas de formalització, que s'ha d'entendre com a mitjà de prova, àdhuc privilegiat, però no com a requisit d'existència. Aquesta és la situació legislativa actual, potser paradoxalment, car la manca de reconeixement legal de la convivència en parella no matrimonial no exclou atribuir-li abundosos efectes jurídics, com veurem examinant l'ordenament vigent, sense que aquests efectes exigeixin una prèvia formalització de la parella. Tot i que, com deia Goldwin, un contracte verbal no val ni el paper en què està escrit, l'acord verbal manifestat en els fets que constitueix la convivència en parella genera per si sol efectes jurídics, i la seva documentació no s'ha d'entendre constitutiva sinó probatòria.

a) *Documents públics o privats.* Llur respectiva eficàcia i virtualitat resulten de les normes generals, i són altament recomanables per a fixar els pactes i convenis que els convivents acordin per a regir ensems convivència i trencament, en exercici del principi d'autonomia de la voluntat, àdhuc excloent efectes entre les parts previstos legalment o jurisprudencial. L'escriptura pública esdevindrà necessària segons els béns afectats pel conveni i si correspon al notari controlar la legalitat dels convenis i de la mateixa capacitat dels convivents, en cas d'incórrer en impediments legalment establerts.

b) *Registres públics.* La seva virtualitat dependrà de l'establiment o no d'impediments, car són innecessaris en el segon cas si concorren amb l'escriptura pública. Llur necessitat és palesa per al control dels impediments, i això abona que el registre sigui d'abast general, de contingut no secret però discret, i de mera constància dels fets documentats. Un bon model és l'actual registre d'últimes voluntats, d'eficàcia provada: els registres municipals, però, no són gens adients per a acomplir les finalitats de constància general, control d'impediments i respecte de la intimitat.

IV. Capacitat i consentiment

Qüestió diferent és la dels requisits que han de concórrer en els membres de la parella perquè la seva convivència produeixi efectes, i concretament si és necessari entendre'ls sotmesos als impediments matrimonials. S'ha de tenir en compte que els efectes jurídics actualment reconeguts no depenen de cap qüestió de capacitat dels convivents, i que la seva equiparació parcial amb els cònjuges obeeix, en cada cas, a raons tributàries de la institució (fiscal, arrendatària, patrimonial, previsió social, etc.) on l'equiparació és reconeguda. Sembla recomanable que una futura regulació legal de la convivència en parella no apliqui mecànicament uns impediments matrimonials de molt diversa entitat i gravetat socials i jurídiques, sinó que més aviat atengui al blasme social de determinades conductes, com l'incest, i no a situacions que socialment no són viscudes com a obstacles per a convida en parella.

Aquesta qüestió de la capacitat es manifesta primordialment en l'impediment de vincle quan una persona casada conviu en parella sense separar-se judicialment o dissoldre el seu anterior matrimoni, situació que per si mateixa no sembla que justifiqui l'exclusió d'efectes, com no ho fa en la legislació actual. La mateixa flexibilitat pot predicar-se del requisit de l'edat, sota el principi de vincular l'estat de convivència al propi i necessari per a prestar consentiment, que fins no fa gaire era, en matèria matrimonial, el de catorze

anys per als homes i dotze per a les dones. Acreditat llur consentiment i capacitat volitiva i d'entendre, el requisit d'edat no pot ésser entès de manera absoluta.

Qüestió diferent és la del consentiment per a la producció d'efectes jurídics de la convivència. No ens referim ací al consentiment de totes dues parts perquè neixi o es mantingui la convivència, car la seva absència exclou la mateixa existència de la parella, sinó al consentiment dels efectes que l'ordenament jurídic atribueixi a la convivència en parella. S'ha dit, en objecció a la conveniència de reconèixer legalment i atribuir efectes jurídics a la convivència en parella, que això suposa, per als heterosexuals, vulnerar la seva presumpta voluntat d'exclusió d'efectes, clarament manifestada pel fet de no contraure matrimoni; i en tot cas, que és contrari a la llibertat i autonomia individual imposar efectes i obligacions sense consentiment de l'afectat. És curiós que, en un ordenament jurídic que en tots els camps, i singularment en els referents al matrimoni, es deixi per conjugar les frases màgiques «queda prohibit» i «és obligatori», s'addueixi contra el reconeixement d'efectes de la convivència en parella, i solament respecte a ella, un principi radical d'exclusió d'efectes si aquests no són lliurement consentits. Potser si els seus defensors apliquessin aquest ferm principi a tots els àmbits jurídics serien creïbles, però ara com ara sembla més aviat una justificació *ad hoc* de prejudicis que intenten no dir el seu nom.

Nogensmenys, sembla necessari destriar tres tipus d'efectes:

a) Els efectes favorables a tercers, que s'alliberen d'obligacions envers una persona que convisqui maritalment (pagament de pensions, usdefruits viudals, etc.) En aquests casos, acreditat el fet de la convivència en parella, el tercer s'allibera, car la causa de la seva obligació és precisament que el beneficiari no es casi o no convisqui en parella. Aquesta mena d'efectes no poden ésser exclosos per voluntat del convivent, com no ho han estat mai per voluntat del casat.

b) Els efectes favorables al convivent, a càrrec de tercers: subrogacions arrendatàries, prestacions socials, etc. En aquests casos, conviure en parella dóna drets, d'exercici no obligatori, que el convivent podrà exercir o no. Manca de sentit, doncs, entendre'ls contraris a la llibertat individual: si el convivent no els vol, ningú l'obliga a exercir-los.

c) Els efectes favorables a un dels convivents que imposen obligacions a l'altre. Aquests són els efectes que curosament s'han de concebre com a potestatus, de manera que els convivents puguin pactar excloure'ls, si bé són de mena imperativa els que suposin rescabament de danys. El criteri de distinció entre imperatiu i potestatiu recau en la diferència entre efectes lli-

gats a situacions objectives, que es produeixen igual entre els ciutadans no casats o no convivents (enriquiment injust, abús, etc.), i efectes lligats a la convivència, que no es produïrien entre els ciutadans no casats o no convivents, essent aquests darrers lliurement disponibles per als convivents.

No haver contret matrimoni, especialment quan és prohibit, no obsta perquè la convivència en parella existeixi i sigui socialment admesa, i perquè els problemes que generi puguin plantejar-se judicialment, la qual cosa obliga el legislador i els poders públics a donar una resposta adient a les situacions de conflicte generades, ço que no és altra cosa que la finalitat de l'aparell legislatiu i estatal. Nogensmenys, la imposició legislativa o jurisprudencial de quelcom que podria entendre's com a matrimoni a la força o per decret fóra contrària a les obligacions internacionals sobre drets humans, com ara l'article 23.3 de la Convenció de les Nacions Unides sobre els Drets Polítics i del Ciutadà, del 1996, que declara que un matrimoni no es pot celebrar sense el consentiment lliure i totalment voluntari dels contraents. Els efectes que s'atribueixen a les convivències no poden anar més enllà, quant a les obligacions dels membres de la parella entre si, que allò que aquests hagin pactat lliurement, de manera expressa o tàcita, derivada de fets incontrovertibles, sota el principi que els drets de l'un contra l'altre, no derivats de consentiment mutu, només poden derivar-se del dany produït i del seu rescabament, i no del fet de la convivència. Qualsevol altra solució és contrària, al nostre entendre, a drets individuals fonamentals: el de casar-se i el de no casar-se, i en aquest sentit és altament recomanable la solució sueca de permetre el pacte en contra i l'exclusió d'efectes forçosos, amb criteris més aviat potestatus que no pas imperatius.

V. Dret comparat

En la legislació i la jurisprudència dels països del nostre entorn dues són les línies conductores del tractament dels efectes generats per la convivència en parella no matrimonial: aplicar, totalment o parcial, els criteris legals previstos per als matrimonis, o aplicar les normes jurídiques generals, no tenint en compte la convivència.

Aquesta darrera és la posició actual d'Alemanya, Itàlia o específicament França, que no reconeix un estatut específic per a la convivència en parella o concubinatge, sinó uns efectes limitats i a conseqüència de normes jurídiques generals: la institució de la persona a càrrec, amb dret a aliments, la liquidació dels interessos patrimonials segons les regles de la comunitat romana, o

l'enriquiment injust com a causa d'indemnització de les prestacions no remunerades. Nogensmenys, creixen els supòsits de reconeixement d'efectes a la convivència en parella: subjecció a efectes d'impost sobre el patrimoni dels convivents notoris, reconeixement del dret a la subrogació arrendatària (Llei Quillot, del 22 de juny de 1982), accés a la reproducció assistida.

El sistema angloamericà del Case Law, i la seva tradicional admissió de matrimonis no formals, empeny a una equiparació més decidida de les parelles no matrimonials a les matrimonials, que es manifesta en les decisions dels tribunals. Destaca el cas Marvin contra Triolla, Sentència del 18 de desembre de 1976: El Tribunal Suprem de Califòrnia resolgué que, acreditada la intenció dels convivents en establir un acord tàcit d'empresa comuna, el convivent perjudicat pel trencament de la convivència té dret a rebre una justa indemnització per haver participat en la societat tàcita, rebent una part dels guanys obtinguts per l'altre convivent.

Suècia és el país on amb més coherència i rigor s'aplica el principi d'equiparació entre les parelles matrimonials i no matrimonials, recollit en les lleis d'habitatge compartit i de cohabitants homosexuals, que entraren en vigor l'1 de gener de 1988, i en la Llei de registre de la parella de fet, específica per a l'homosexual, de l'1 de gener de 1995.

Les parelles heterosexuales que convisquin en condicions semblants al matrimoni, podent contraure'l, hi tenen un règim especial respecte a la llar comuna i béns utilitzats conjuntament: el titular pot, mentre duri la convivència, administrar-los i disposar-ne lliurement, llevat de la llar comuna, i en cas de trencament se'n fa una partició igualitària, sempre que sigui equitativa, amb especial protecció del més necessitat. Hom pot, però, pactar en contra i excloure l'aplicació d'aquesta normativa. Nogensmenys, d'altres efectes no són legalment reconeguts, i no hi ha entre els convivents heterosexuales dret d'aliments, adopció conjunta o drets successoris, però sí prestacions de la seguretat social i assimilació als matrimonis en matèria fiscal.

Les parelles homosexuals en un primer moment, per la llei del 1988, van ésser expressament incloses en la normativa aplicable a les parelles heterosexuales no casades, sempre que cap dels convivents fos casat, però la Llei de registre de la parella de fet, del 23 de juny de 1994, crea un matrimoni per a les parelles homosexuals en gairebé total paral·lel al matrimoni dels heterosexuales: el contrauen persones del mateix sexe, de nacionalitat i residència sueca almenys una d'elles, a condició que no incorri en els impediments establerts i es registri de la manera estipulada per la llei. La dissolució s'esdevé per defunció o sentència judicial, i els efectes de la parella homosexual registrada són els mateixos que els de la parella heterosexual casada, si bé amb im-

portants excepcions en matèria de filiació: no poden adoptar conjuntament ni compartir tutela de menors, i els són prohibides les tècniques de fecundació assistida.

Amb més o menys intensitat en l'equiparació, aquests criteris són els inspiradors de les legislacions noruega, danesa i holandesa.

VI. Legislació vigent

El dret aplicable als catalans manca d'un tractament legal sistemàtic i unitari de la convivència en parella no matrimonial, que tot i així és tinguda en compte pel legislador i pels tribunals. No és seriosament discutida per ningú la legitimitat d'aquesta mena de convivències, manifestació de drets individuals de clara protecció constitucional:

— Article 10. «El lliure desenvolupament de la personalitat [...és] fonament de l'ordre polític i de la pau social.»

— Article 16. «Hom garanteix la llibertat ideològica, religiosa i de culte dels individus i les comunitats sense més limitació, en llurs manifestacions, que la necessària per al manteniment de l'ordre públic protegit per la llei.»

Altres preceptes constitucionals s'han adduït com a fonament de l'equiparació d'efectes entre parelles matrimonials i no matrimonials, però la seva virtualitat és més aviat dubtosa, com l'article 32: «1. L'home i la dona tenen dret a contraure matrimoni amb plena igualtat jurídica. 2. La llei regularà les formes de matrimoni, l'edat i capacitat de contraure'l, els drets i deures del cònjuge, les causes de separació i dissolució i els seus efectes.» Aquest precepte, marcadament ambigu, l'al·leguen alguns com a fonament de l'equiparació, entenent que es refereix a dues formes de matrimoni, entès com a formal i constitutiu, enfront de convivències no matrimonials, que segons aquesta interpretació la Constitució no recull. Així mateix, el seu primer paràgraf és entès com a exigència d'heterosexualitat en el matrimoni, o bé com a admissió expressa del matrimoni homosexual. L'article 39 («Els poders públics asseguren la protecció social, econòmica i jurídica de la família»), i la protecció integral pels poders públics dels fills, iguals davant la llei amb independència de la seva filiació, i de les mares, sigui quin sigui el seu estat civil, no sembla que afecti gaire la convivència en parella per si mateixa, sinó solament l'equiparació de tota mena de fills. La interpretació jurisprudencial ha estat més aviat conservadora, i poc inclinada a entendre incloses en aquests articles totes les convivències en parella, com examinarem tot seguit.

Nogensmenys, que sigui constitucionalment exigible la seva equiparació

a les convivències matrimoniales, a la llum dels articles 14, 32 i 39, és qüestió debatuda i no gens clara en la jurisprudència constitucional. El Tribunal Constitucional sembla haver aplicat a situacions diverses criteris diversos, ara i adés afirmant i negant l'equiparació segons el cas concret, sota el principi que, entre altres, recullen les sentències 184/1990, del 15 de novembre, 222/1992, de l'11 de setembre, i 47/1993, del 8 de febrer: «El matrimoni i la convivència extramatrimonial no són a tots els efectes realitats equivalents [...però] d'aquella no-equivalència no pot deduir-se necessàriament que tota mesura que tingui com a únics destinataris els cònjuges, amb exclusió dels que conviuen establement en unió de fet, sigui sempre i en tots els casos compatible amb la igualtat jurídica i la prohibició de discriminació que la Constitució espanyola garanteix en el seu article 14.»

Tot i així, l'equiparació és explícitament establerta en molts diversos cosos legals, començant per l'anterior Codi penal, que malgrat el caràcter confessional de l'Estat va tenir en compte la convivència en parella com a situació anàloga al matrimoni en molts supòsits, posant així de manifest que la situació de convivència és una i la mateixa, amb uns mateixos efectes, s'hagi o no contret matrimoni: s'assimilen cònjuges i persones lligades per anàloga relació d'afectivitat en els articles 11 (circumstàncies agreujants o atenuants) i 18 (exempció de pena per encobriment), i la mateixa equiparació existeix en els tipus delictius dels articles 383 (funcionari públic que sol·licita sexualment persona casada o lligada de manera permanent per anàloga relació d'afectivitat amb qui tingui pretensions pendents de resolució, informe o consulta pel funcionari) i 384 (el mateix cas, respecte als funcionaris de presons i cònjuges o convivents dels presos sota la seva guarda). Altres assimilacions entre cònjuges i convivents s'establien en els articles 425 (violència física), 423 (inferior pena en cas de mutilació per a eximir-se del servei militar i altres serveis públics) i 582 (agreujament de la pena per la falta de maltractament sense lesió).

No és pròpiament el Codi penal l'aplicable a les convivències matrimoniales o no matrimoniales, i per això fóra excessiu referir-nos als supòsits d'equiparació en l'actual Codi penal (articles 23, 153, 424, 443, 444, 454 i 617.2), no sense insistir en aquesta idea: la convivència no matrimonial genera una situació social que estén, a efectes penals, la consideració de cònjuge al convivent no casat.

Més importants, per referir-se específicament a efectes derivats de la convivència en parella, són en la legislació vigent:

a) Llei general penitenciària, del 26 de setembre de 1979, que a l'article 52 reconeix el dret del pres a ésser informat de la mort o malaltia greu dels

parents pròxims i persones íntimament vinculades, també reconegudes en matèria de visites (article 53).

b) Llei d'enjudiciament criminal, reforma del 30 d'abril de 1992: pot interposar el recurs de revisió del penat difunt el seu cònjuge o persona amb qui hagi mantingut convivència com a tal (article 955).

c) Llei d'ajudes i d'assistència a les víctimes de delictes violents i contra la llibertat sexual, de l'11 de desembre de 1995, que assimila com a beneficiaris (article 2.3.a) el cònjuge del difunt i la persona que hi hagi conviscut de manera permanent amb anàloga relació d'afectivitat a la de cònjuge, amb independència de la seva orientació sexual. La convivència mínima és de dos anys, llevat que hi hagi descendència comuna.

d) Codi civil: s'extingeix la pensió compensatòria en contraure matrimoni o conviure maritalment amb una altra persona (article 101), la indemnització per nul·litat del matrimoni exigeix convivència (article 98), casar-se o conviure maritalment amb persona diferent de l'altre progenitor faculta els fills majors de setze anys per a demanar l'emancipació d'ofici (article 320).

e) Adopció: la Llei de protecció de menors admet l'adopció conjunta per la «parella d'home i dona que visqui maritalment amb caràcter estable», expressió i equiparació amb la parella matrimonial recollida en els articles 19.1a, 20, 24.1a i 29.1, i fora de Catalunya la disposició addicional tercera de la llei de l'11 de novembre de 1987 assimila cònjuges i «home i dona integrants d'una parella unida de forma permanent per relació d'afectivitat anàloga a la conjugal» pel que fa a la capacitat d'adoptar conjuntament.

f) Llei de tutela, que en l'article 12 crida en segon lloc per a la delació dativa de tutor el «membre de la parella que hagi conviscut amb el pare o la mare del menor o incapacitat i amb aquest durant un període mínim de cinc anys de manera estable i permanent».

g) Llei de filiacions, del 27 d'abril de 1991, que estableix una presumpció de paternitat no matrimonial del cohabitant sexual (article 5) i permet la fecundació assistida *post mortem* de la convivent (article 9).

h) Llei del 22 de novembre de 1988, de reproducció assistida, que permet practicar-la amb semen del «baró de la parella», que pot consentir la fecundació assistida *post mortem*, i que disposa que tota parella té dret a la informació terapèutica. Cal, però, el consentiment del marit per a la fecundació assistida, i no el del convivent.

i) Codi de successions, que fa perdre al vidu que contregui matrimoni o passi a viure maritalment amb una altra persona l'usdefruit vidual abintestat (article 331) i la quarta vidual (article 384.3). També perd l'any de plor, segons l'article 11 de la Compilació.

j) Llei del 24 de novembre de 1994, d'arrendaments urbans, que dóna dret a subrogar-se en el contracte a la persona que hagi conviscut amb l'arrendatari de manera permanent en anàloga relació d'afectivitat a la de cònjuge, amb independència de la seva orientació sexual, almenys dos anys abans o si n'hi ha descendència comuna (article 16. b). La disposició transitòria segona, 7, referint-se a l'extinció i subrogació de contractes d'arrendament d'habitatge anteriors al 9 de maig de 1985, també assimila cònjuges i convivents.

k) Llei del 26 de març de 1984, de dret d'asil, reconegut al cònjuge o a la persona lligada per anàloga relació d'afectivitat i convivència.

l) Llei orgànica del poder judicial, de l'1 de juliol de 1985, que recull el matrimoni o situació de fet assimilable com a causes d'abstenció, recusació i incompatibilitat de jutges i magistrats.

De la llarga enumeració, no exhaustiva, de la variada i dispersa legislació que atribueix efectes jurídics a les convivències en parella, resulta un tret comú, i és que el legislador opta per un tractament unitari de les convivències matrimoniales i no matrimoniales, assimilades per ésser enteses anàlogues al matrimoni. En canvi, quan no hi ha norma que estableixi l'equiparació, els tribunals es resisteixen a aplicar per analogia a les parelles no matrimoniales la normativa de les matrimoniales, preferint l'aplicació de la normativa general reguladora de les relacions entre persones, al marge del seu caràcter de convivents en parella. Aquestes resistències i equilibris conceptuals s'han decantat, darrerament, per una més clara assumpció de l'equiparació d'efectes, aplicant directament a la convivència en parella la normativa matrimonial. La Sentència del Tribunal Suprem del 16 de desembre de 1996 és bona mostra i resum d'aquesta tendència:

En efecte, la realitat social del nostre temps ofereix abundosos exemples de la generalització en la pràctica d'aquesta mena de convivències, mancades encara de tractament jurídic unitari, si bé no en manquen referències legals, i més de jurisprudencials, que s'ocupen de les qüestions jurídiques que susciten. No constitueixen matrimonis informals consolidats pel dret [...]. Ni tampoc no s'han de confondre amb matrimonis de segon ordre o succedanis d'aquest [...]. Nota comuna, que resulta de la mateixa noció en l'exclusió per regla general de les normes legals del matrimoni per a disciplinar aquestes situacions, car voluntàriament no s'hi acullen els interessats, sigui per raons d'objecció als formalismes, sigui per raons de conveniència o d'altres. Nogensmenys, aquesta exclusió no significa, com s'esdevé en tot fenomen social, que el dret n'estigui al marge, dels drets i deures que sorgeixin sota aquestes situacions entre la parella i àdhuc amb tercers a la parella [...]. Però hom pot i deu tractar el problema com una aplicació

analògica de la disciplina matrimonial en la mesura que alguns aspectes d'aquesta s'hi fan extensius amb moderació, i sobretot investigant la *ratio* normativa de la convivència *more uxorio*. I aquesta Sala, en sentència del 22 de juliol de 1993, proclamava que les anomenades unions de fet o *more uxorio* constitueixen una realitat social d'existència indubtable que ha hagut d'anar essent jurídicament admesa pels tribunals tant de la jurisdicció ordinària com constitucional (sentències del 21 d'octubre i l'11 de desembre de 1992 i el 18 de febrer de 1993, respecte d'aquesta Sala, i les de l'11 de desembre de 1992, el 18 de gener i el 8 de febrer de 1993 del Tribunal Constitucional). La referida sentència afirmava, com a principis, els següents:

— Que les unions matrimonials i les unions *more uxorio* no poden ésser considerades a tots els efectes i conseqüències com a supòsits i realitats equivalents (Sentència del Tribunal Suprem de l'11 de desembre de 1992).

— Que com a conseqüència d'això, no seran aplicables a eixes unions normes que siguin específicament establertes per a la regulació de les primeres, a menys que això pugui esdevenir-se per la via de l'analogia.

El joc d'analogia rau en la semblança (article 4 del Codi civil) entre el supòsit que [...] es presenta, mancat de regulació legal, i aquell altre a què es pretén aplicar la norma per raó d'aquesta semblança o «identitat de raó», com assenyala l'esmentat precepte, que es tradueix en què la seva aplicació dugui implícita la idea de l'ús raonable del dret (Sentència del 12 de desembre de 1980).

VII. Tractament jurisprudencial de les situacions no regulades

a) *Prestacions socials*. La Llei del 7 de juliol de 1981, de modificació del Codi civil en matèria matrimonial, va estendre, en la regla segona de la disposició addicional desena, la pensió de viduïtat i les prestacions de la Seguretat Social al convivent que no hagués pogut contraure matrimoni per impedir-li-ho la legislació vigent fins llavors. Aquest remei a les situacions creades per inexistència legal de divorci no ha estat posteriorment admès legislativament per a tots els casos, cosa que ha generat un ampli cos de sentències, àdhuc del Tribunal Constitucional, sobre els drets del convivents no casats a les prestacions socials. Per al Tribunal Constitucional no hi ha en aquest cas una equivalència entre matrimoni i convivència en parella, i en conseqüència la llei pot establir efectes jurídics diversos per a un i altre cas, que en matèria de prestacions socials són constitucionalment possibles, i així resol la constitucionalitat de les normes que exigeixen matrimoni per a atorgar pensió de viduïtat, que no vulneren els articles 10, 14 i 39 de la Constitució. Nogensmenys, també declara contràries als esmentats precep-

tes constitucionals les pràctiques dels poders públics que impedeixin o sancionin legalment la convivència en parella no matrimonial, i que un tractament legal distint i més favorable de la família matrimonial no pot «coartar ni dificultar irraonablement l'home i la dona que decideixin conviure *more uxorio*».

b) *Pensió compensatòria o indemnització pel trencament de la convivència.* És jurisprudència consolidada concedir al convivent empobrit pel trencament de la convivència una pensió o prestació compensatòria, atenent als criteris generals de l'enriquiment injust o als específics de la pensió per desequilibri econòmic en seu matrimonial, que no és al capdavant més que una manifestació dels criteris generals. Especial importància té la recent Sentència del Tribunal Suprem del 16 de desembre de 1996, que entén aplicables els principis de la culpa extracontractual de l'article 1902 del Codi civil, però no per enriquiment injust, sinó pel desemparament en què va quedar la part demandant com a conseqüència del fracàs i trencament de la seva convivència.

c) *Assignació de l'habitatge familiar.* Si hi ha fills menors, i els correspon l'habitatge familiar, la igual protecció constitucional dels fills esdevé assignació de l'habitatge al convivent a qui correspongui llur custòdia. L'atribució de l'ús de l'habitatge familiar en cas de trencament de la convivència no matrimonial ha estat expressament admesa pel Tribunal Suprem en la Sentència del 16 de desembre de 1996, en els termes següents:

Les normes que sobre l'ús de l'habitatge familiar conté el Codi civil en relació amb el matrimoni i les seves crisis, entre elles, el trencament del vincle, s'hi projecten més enllà del seu estricte àmbit a situacions com la convivència prolongada d'un home i una dona com a parella, ja que les raons que abonen i justifiquen aquelles valen també en aquest darrer cas. Així, l'article 96 del Codi civil paràgraf tercer permet, integrat amb l'article 4, una solució com l'adoptada.

d) *Guanyats generats durant la convivència.* També es manifesta ací la vacil·lació entre aplicar les regulacions dels règims econòmics matrimonials o bé els propis de les relacions patrimonials generals, com ara la comunitat romana o la societat civil. Pel Tribunal Suprem ha quedat exclosa l'aplicació de la normativa matrimonial, solament possible per via legislativa, però no per creació jurisprudencial (per a totes, Sentència del 22 de juliol de 1992), si bé admet l'existència d'un règim de comunitat de béns, matrimonial o no, si així ha estat pactat pels convivents, expressament o tàcitament, resultant aquest de fets concloents i inequívocs (Sentència del 21 d'octubre de 1992), i no lligat al sol fet de la convivència en parella, sinó, a més, a la voluntat

concorde de totes dues parts, que assimila aquesta situació a la situació civil universal de guanyats, o a la societat irregular. En aquest sentit, l'esmentada Sentència del 16 de desembre de 1996 refusa l'aplicació analògica dels règims econòmics matrimonials, tret que pel principi d'autonomia de la voluntat es pacti així, expressament o tàcitament.

e) *Drets hereditaris*. En cap cas ha estat admès pels tribunals que els drets hereditaris establerts per la llei per al cònjuge vidu, en les diferents legislacions, s'estenguin als convivents, entenent que establir-ho així és qüestió de política legislativa que ultrapassa les funcions judicials, si bé aquest refús ha estat compatible amb atribucions a favor del convivent supervivent fonamentades en contractes tàcits de societat o comunitat de béns implícites, com adés hem vist.

f) *Tractament fiscal de les donacions i successions entre convivents*. La Sentència de l'Audiència Nacional del 2 de juliol de 1996 resol en el concret cas jutjat que la unió de fet és equiparable a una comunitat de béns i genera un patrimoni comú, encara que la titularitat sigui d'un sol dels seus membres, per presumpció a favor d'una societat patrimonial universal consolidada per la voluntat expressa testamentària d'instituir hereu universal el convivent supervivent, i per aplicació de l'article 1669 del Codi civil admet la divisió de la titularitat subjacentment compartida de béns i rendes, sotmesa a la tributació de cònjuges i no a la d'estranyats, per efecte d'interpretar, a la llum dels articles 23 de la Llei general tributària i 3 del Codi civil, que el convivent és assimilable al cònjuge i no a l'estranyat. L'analogia resulta, en la sentència, justificada per respecte al principi constitucional d'igualtat, que no permet diferències de tracte en supòsits idèntics sense justificació suficient.

VIII. Recapitulació

L'equiparació d'efectes entre totes les convivències i totes les famílies, aplicant la normativa específicament matrimonial, és una tendència que respon a un canvi social substancial, i a l'exigència moderna de no discriminar ni excloure els ciutadans, sigui quina sigui la seva orientació sexual i forma d'organitzar la seva vida privada i els seus interessos. No és funció dels poders públics, en un estat democràtic, privilegiar uns determinats models i ésser causa d'infelicitat d'una part dels ciutadans, per molt minoritària que sigui, la qual cosa exigeix que a situacions iguals s'apliqui una normativa igual. Fer el contrari, és a dir, mantenir una regulació específica per a unes

convivències, les matrimonials, i remetre les altres a la normativa general i a la tutela judicial, com si no hi hagués convivència en parella, és discriminatori i mancat de fonament social, polític i jurídic. Hom pot estimar preferible que els conflictes siguin resolts judicialment sense que hi hagi normativa específica, però això comporta que també els matrimonis han de tenir el mateix tractament, i abolir conseqüentment les normes que li atribueixen un estatus especial.

Aquests són els principis que han configurat Europa i la democràcia moderna, i bona prova n'és la Resolució del Parlament Europeu del 8 de febrer de 1994, que proclama la igualtat de tracte per a tots els ciutadans, independentment de la seva orientació sexual, la pluralització dels estils de vida, i que cal posar fi a les discriminacions, concretades en aquesta matèria com posar fi a la prohibició de contraure matrimoni o d'accedir a règims jurídics equivalents a les parelles homosexuals, i garantir els plens drets i beneficis del matrimoni, permetent la inscripció de la convivència, amb eliminació de tota restricció dels drets dels homosexuals a ser pares, adoptar o criar nens.

Aquest és, justament, el somni català que inicià la Renaixença: bastir una nació on la gent sigui lliure, neta, rica, culta, endreçada i feliç, on ningú pateixi exclusió, on tots els ciutadans i ciutadanes siguin respectats i iguals davant la llei, i on l'ordenament jurídic sigui eina per a llur felicitat i desenvolupament, i no recer de discriminacions que facin la nostra pàtria bruta, trista i dissortada.