

LA UNION LIBRE EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ALEMANA DE LOS ULTIMOS AÑOS

JULIO VICENTE GAVIDIA SANCHEZ
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Cádiz

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. SENTENCIAS. III. CONCLUSIONES Y COMPARACION CON EL MARCO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. 1. ¿Qué debe entenderse por unión libre? 2. ¿Genera la unión libre una relación jurídica familiar? 3. Protección especial del matrimonio, igualdad y libertad.

I. INTRODUCCION

Recientemente he publicado un libro titulado *La unión libre: el marco constitucional y la situación del conviviente supérstite* (Valencia 1995), en cuyo primer capítulo me ocupo del concepto de tal unión y en el segundo del marco constitucional. Pues bien, el contenido del concepto que propongo procede de la doctrina constitucional alemana; en nuestra Constitución se contienen preceptos, a veces, procedentes de la alemana, y que proporcionan el marco de la regulación de tales uniones; y, además, en la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional se encuentran criterios, muchos o algunos de los cuales coincidentes si no procedentes de la doctrina del Tribunal Constitucional federal alemán. Por lo demás, las cuestiones importantes son las mismas: ¿qué se debe entender por unión libre?, ¿genera tal unión un vínculo familiar entre sus integrantes?, ¿es la unión libre un fenómeno o una realidad jurídica análoga al matrimonio?, ¿qué margen tiene el legislador para igualar o para diferenciar el trato dispensado al matrimonio y a las uniones libres?, etcétera. Todo esto justifica, según creo, que dedique

este breve trabajo a comentar las sentencias que, en mi opinión, conforman la doctrina constitucional alemana sobre las uniones libres; y advierto que si no están todas las sentencias, sí he procurado comentar las que me han parecido más significativas, de entre las pronunciadas en los últimos diez o doce años; he incluido también una sentencia del Tribunal Supremo federal, por la aplicación que hace de esa doctrina y porque tiene mucho que ver con el tema de la monografía a la que arriba he hecho referencia.

II. SENTENCIAS

En relación con el tratamiento fiscal de las sucesiones hereditarias, en sus sentencias de 1-6-1983 y 15-11-1989, el Tribunal Constitucional federal ha sostenido, esencialmente, tres criterios de decisión. El primero sería que el principio constitucional de igualdad formulado en el art. 3 I GG no impide que el legislador establezca diferencias de trato entre la carga tributaria impuesta al beneficiario viudo del causante y la impuesta al beneficiario que estaba unido libremente a éste; el legislador, pues, tiene libertad para elegir entre su equiparación o no, y si opta por la diferencia hay una justificación suficiente tanto en la protección constitucional específica que merece el matrimonio, según el art. 6 I GG, como en la existencia de un estatuto legal del matrimonio, integrado por una serie de derechos y deberes legales recíprocos de los que carece la unión libre. ¿Podría el legislador establecer diferencias de trato que supusieran una situación más favorable para la unión libre que para el matrimonio? De los dos preceptos antes mencionados (igualdad y especial protección del matrimonio) se desprende con claridad que tal posibilidad conduciría a una diferencia contraria a la Constitución, porque entrañaría una penalización (*Benachteiligung*) del matrimonio, como, entre otras, se afirma en la sentencia de 10-7-1984, al declarar la inconstitucionalidad de la norma legal que conducía a un trato menos favorable para el supuesto en que los dos cónyuges estuvieran en paro en comparación con los unidos libremente también parados, a los efectos de percibir la ayuda al paro (*Arbeitslosenhilfe*). El segundo criterio sería que el legislador puede extraer consecuencias de la decisión de los que integran una unión libre de no contraer matrimonio entre sí, para justificar también de este modo que no se impone la equiparación entre la unión matrimonial y la libre; consideración ésta que, formulada en tales términos, no me parece acertada, desde el momento en que no cualquier unión libre puede llegar a ser matrimonio, sino tan sólo aquellas que están integradas por personas que pueden contraer matrimonio entre sí. Es más, esta forma de argumentar en términos de libertad-responsabilidad se podría volver en contra de la justificación de la no equiparación entre el matrimonio y ciertas uniones libres, concretamente,

aquellas cuyos integrantes no tienen la libertad para casarse entre sí, como se planteó en el caso de una sentencia que comento después. Y el tercer criterio es que la no equiparación fiscal en el impuesto de sucesiones, dispensando un trato más favorable a las sucesiones entre cónyuges que entre quienes no lo son, no vulnera la libertad general de actuación reconocida en el art. 2 I GG como derecho al libre desarrollo de la personalidad. Para constatar en qué gran medida tales criterios han sido importados por nuestro Tribunal Constitucional me remito a los epígrafes 2, 3 y 4 del capítulo II de mi libro *La unión libre...*

En su sentencia de 5-7-1985 el Tribunal Constitucional federal se pronunció sobre la constitucionalidad de la exigencia de acreditar que se ha contraído matrimonio para la concesión de una vivienda social, cuando los solicitantes —novios— obtuvieron solteros la certificación que les autorizaba para recibir una vivienda de ese tipo (*Wohnberechtigungsbekanntmachung*), y sobre la constitucionalidad de la no equiparación de las uniones libres a los matrimonios en la concesión de tal certificación. La legislación alemana sobre la materia, por un lado, no incluye al conviviente unido no matrimonialmente al solicitante de una vivienda de este tipo en la lista, que se considera exhaustiva, de familiares del solicitante, a los efectos de la concesión de tal certificación; y, por otro lado, cuando la ley prevé que excepcionalmente pueda concederse tal certificación, si su denegación supusiera por alguna razón una especial dificultad para encontrar vivienda por el solicitante, añade que puede tenerse en cuenta el hecho de la pertenencia no pasajera de otras personas a su mismo hogar y que no sean sus familiares. Pues bien, el Tribunal consideró que no había inconstitucionalidad en la exclusión del conviviente de la lista de familiares del solicitante, puesto que no lo es; y entendió que la referencia contenida en la regla excepcional a la pertenencia no pasajera al mismo hogar de no familiares no debía ser interpretada en el sentido de equiparar por esa vía la unión libre y el matrimonio, puesto que lo decisivo en la regla excepcional para conceder o no esa certificación a quienes no integran una familia —se considera que la unión libre no lo es— es que su denegación entrañe una especial dificultad para conseguir vivienda, y no el mero hecho de compartir un mismo hogar de forma no pasajera. Se considera, pues, que la especial protección de la pareja matrimonial y la familia *ex art. 6 I GG* justifican esa diferencia de trato, por lo que no se vulnera el principio de igualdad del art. 3 I GG. Se contiene también en esta sentencia la argumentación, que antes calificué como desacertada y potencialmente contraproducente, según la cual la ley puede extraer consecuencias de la decisión de no casarse entre sí los que integran una unión libre, de forma que está también por esto justificado el trato más favorable para los casados respecto de los que conviven unidos libremente.

Ya advertí antes de los riesgos de esa formulación del argumento libertad-responsabilidad, por lo que respecta a aquellas uniones cuyos integrantes no tienen derecho a contraer matrimonio entre sí. Pues bien, se planteó después el siguiente caso ante el Tribunal Constitucional de Berlín (sentencia de 8-2-1995): el solicitante de la citada certificación habilitante para la concesión de una vivienda social vivía en unión libre con otra persona del mismo sexo, y pedía la vivienda para ambos, con base en esa regla excepcional antes referida, que prevé su otorgamiento a quienes no integren una familia si su denegación entrañase una especial dificultad para encontrar vivienda, dada la imposibilidad de contraer matrimonio los convivientes entre sí; es más, se pedía que no se tuviera en cuenta el escaso tiempo que duraba esa convivencia, por entender que exigir una mayor duración no tenía sentido cuando se trataba de uniones como ésta, como una suerte medida de discriminación positiva, compensatoria de la imposibilidad de contraer matrimonio los integrantes de esa unión; tal solicitud fue rechazada por la Administración, y para entablar el correspondiente litigio pidió el solicitante la concesión de una ayuda económica para sufragar los gastos del proceso (*Prozesskostenhilfe*), petición que le fue denegada también por entender que la cuestión a debatir estaba claramente resuelta en el sentido correcto, es decir, porque carecía de expectativas suficientes de ganar ese eventual pleito, puesto que estaba claro que la unión libre no genera un vínculo familiar entre sus integrantes, a los efectos de obtener una vivienda social. Contra esta segunda denegación se llegó hasta el Tribunal Constitucional berlinés, que declaró no ser contraria al derecho fundamental a la igualdad, reconocido en el art. 6 I de la Constitución berlinesa, esa denegación, por considerar que, efectivamente, es indiscutible que no se tenía derecho a obtener la certificación habilitante para la concesión de una vivienda social con base en esa regla excepcional, puesto que ésta presupone que se ha de apreciar que la denegación entrañe una especial dificultad para encontrar vivienda el solicitante, y porque tal regla dice que se tenga en cuenta la pertenencia no pasajera sino duradera a un mismo hogar, no pudiendo prescindir de tales requisitos por el hecho de que se trate de una unión entre personas del mismo sexo, que no pueden contraer matrimonio entre sí; y es que si se obviarán tales requisitos resultaría una equiparación de las uniones libres integradas por personas del mismo sexo a los matrimonios, equiparación que no ha querido establecer el legislador y que la Constitución no impone. Por lo tanto, la protección especial del matrimonio y de la familia, y no de la unión homosexual, en el art. 6 I GG justifica, a juicio del Tribunal, tal diferencia de trato en favor del matrimonio, y la exclusión del conviviente de la lista de familiares del solicitante de la mencionada certificación. Aunque ésta es la decisión que cabía esperar, no debemos sorprendernos de que el recurrente pretendiese la equiparación de su unión

con el matrimonio, puesto que en la sentencia comentada antes se había argumentado que la diferencia de trato en favor del matrimonio en comparación con el dispensado a la unión libre se justificaba también por la decisión libre de no casarse entre sí los que conviven unidos libremente; no es de extrañar que cuando esa libertad no existe el argumento referido se vuelva en contra de la justificación de la diferencia favorable al matrimonio, y que se pretenda obtener así los beneficios otorgados a éste, por parte de los que no tienen la opción de convertir su unión en matrimonio. Esto no debe llevarnos a pensar que carece de utilidad el argumento de libertad-responsabilidad; lo que sucede es que ha de formularse en otros términos: como el derecho a contraer matrimonio o a permanecer soltero es de titularidad individual, y la ley regula los requisitos de capacidad y los impedimentos para contraerlo, no es correcto hablar de un pretendido derecho a formalizar mediante el matrimonio una unión preexistente, porque tal derecho no existe, ya que si bien cualesquiera personas pueden constituir una unión libre, no cualesquiera personas pueden casarse entre sí; por consiguiente, no es acertado sino que puede ser contraproducente sostener que la ley puede extraer consecuencias de la decisión de no formalizar mediante el matrimonio una unión preexistente, porque esa opción no siempre se tiene y nadie debe ser llamado a arrostrar las consecuencias de no hacer algo que no podía hacer. En cambio, sí se puede imputar a una persona su decisión de permanecer soltera, o su falta de habilidad para encontrar a otra que quiera y pueda casarse con aquélla; y de esto sí puede extraer la ley las consecuencias que considera convenientes, dispensando un tratamiento específico más favorable para el matrimonio, con independencia de que esa persona que permanece soltera esté o no unida libremente a otra.

En su sentencia de 3-4-1990 el Tribunal Constitucional federal se pronunció sobre la constitucionalidad de la aplicación analógica de la norma que concede a los familiares del arrendatario fallecido la facultad de subrogarse en el arrendamiento de la vivienda (§ 569 a II BGB). Antes de entrar en los razonamientos del Tribunal llamo la atención sobre estos dos puntos: en primer lugar, que de lo que se trataba no era de la aplicabilidad por analogía de la norma que concede esa misma facultad al cónyuge viudo del arrendatario (§ 569 a I BGB), con lo cual parece darse por sentado que tal cosa era claramente improcedente, puesto que matrimonio y unión libre no son realidades análogas; y, en segundo lugar, que, una vez más, se parte de la consideración de que la unión libre no crea una relación jurídica familiar entre quienes la integran, porque no se trata de la aplicación directa sino analógica de la norma sobre la subrogación de familiares del arrendatario fallecido, y tampoco se trata de su interpretación extensiva. Pues bien, el Tribunal comienza dejando claro que corresponde a los jueces y tribunales ordinarios decidir sobre el método de apli-

cación de las normas, eso sí, respetando la primacía de la ley. Por lo tanto, cuando el legislador ha adoptado una decisión clara excluyendo que una norma pueda ser aplicada a supuestos no incluidos en su ámbito de aplicación, sería inconstitucional en tal caso el recurso a la analogía, por no respetar el sometimiento de los jueces a la ley (art. 20 III GG). Ahora bien, puede suceder que la evolución de la realidad o de las normas dé lugar a lagunas sobrevenidas, consecuencia del proceso de envejecimiento de las normas, que impida que una Ley siga dando una solución justa a todos los casos; podemos entender que con esto se quiere decir que la, en el momento del nacimiento de la norma, clara exclusión de su aplicación a ciertos supuestos puede llegar a no ser tan clara, como consecuencia de la evolución de la realidad social y normativa. En tal caso, se considera que los jueces sí están autorizados y aun obligados a decidir qué es Derecho en el sentido del art. 20 III GG ("la jurisprudencia está vinculada a la ley y al Derecho"). La respuesta a si tal evolución se ha producido o no corresponde a los jueces, limitándose el control de constitucionalidad a si se ha procedido de manera razonada y a si no han sido contradichos valores constitucionales, especialmente, derechos fundamentales. A continuación, analiza si estaba o no suficientemente fundamentado el recurso a la analogía de la norma contenida en el § 569 a II BGB por parte de la sentencia cuestionada, para lo cual atiende a la evolución social y jurídica producida desde la aparición de la norma (1964), para concluir considerando plausible que tales cambios permiten entender no contraria a la vinculación de los jueces a la ley y al Derecho la aplicación analógica de esa norma. Y esto no vulnera tampoco el principio constitucional de protección especial del matrimonio y de la familia (art. 6 I GG) ni el derecho de propiedad (art. 14 I GG): la Constitución no excluye el reconocimiento jurídico de la unión libre, ni impone que se le prive de los medios económicos o de otro tipo para hacer posible su continuación; y niega que con esa aplicación analógica los jueces hayan decidido algo que ni siquiera podía establecer el legislador, por vulnerar el derecho de propiedad, ya que la Constitución admite la limitación de este derecho en aras de su función social, por lo que el legislador sí podía conceder al conviviente supérstite del arrendatario esa facultad subrogatoria, siempre que la convivencia de esa vivienda hubiese sido de no corta duración —en el caso de autos, dieciocho años— de forma que para el conviviente también ese espacio constituya el punto central de su vida (*Lebensmittelpunkt*). Con esta última consideración se respondía al argumento de que no podía decidir un juez lo que ni siquiera el legislador podía establecer sin violar el derecho constitucional de propiedad: el legislador sí puede (art. 14 I 1, *in fine*, y 2 GG); pero otra cuestión sería la de si los jueces pueden extender los límites fijados por la ley a un derecho constitucional mediante el recurso a la analogía. Téngase en cuenta que si se considerase que el con-

viviente supérstite es familiar del arrendatario fallecido no se estaría ante un caso de aplicación analógica sino directa de la ley, aunque ese familiar no hubiese sido considerado tal cuando apareció la norma, pues en este caso la evolución social y jurídica habría llevado a incluir en su supuesto de hecho casos antes no incluidos, pero no se plantearía el problema del recurso a la analogía; sin embargo, tal problema sí se plantea cuando, como sucede en Alemania, no se atribuye a los convivientes la condición de familiares, por el hecho de integrar una unión libre. Es por eso por lo que habría que reflexionar sobre si la existencia de una reserva de ley limita o no la facultad de los jueces de decidir sobre la aplicación analógica de la ley, cuando de esto se deriva una limitación de un derecho constitucional en supuestos no contemplados por la ley que regula su contenido o su ejercicio, máxime cuando tal ampliación judicial de límites no obedece al propósito de otorgar una mayor protección a la familia y al matrimonio (art. 6 I GG), puesto que se niega que la unión libre genere un vínculo familiar entre sus integrantes. Pues bien, la posición del Tribunal parece ser la de no considerar inconstitucional el recurso a la analogía en tales casos, porque hemos de recordar una de sus primeras afirmaciones en la sentencia que comento, en el sentido que la Constitución no fija otros límites a la facultad de los jueces y tribunales de decidir sobre el método de aplicación de la ley, que su sometimiento a la ley, lo cual parece llevar tan sólo a que no puedan aplicar por analogía una ley que claramente excluye esa posibilidad, y siempre que la evolución de la realidad social y jurídica no desvirtúe o haga discutible esa exclusión. Finalmente, el Tribunal dejó claro que al considerar que (ya) no era inconstitucional la aplicación analógica de tal norma no dejaba resuelta la cuestión de si procedía o no efectivamente tal aplicación, puesto que ésta es otra cuestión, cuya decisión compete a los jueces y tribunales ordinarios, y no al Constitucional, que se limita a decir que en la Constitución no hay impedimento alguno para el recurso a la analogía, por no haber contradicción con la vinculación de los jueces a la ley ni con principios ni derechos constitucionales. La decisión sobre la procedencia de tal aplicación analógica recayó algo más tarde en una sentencia del Tribunal Supremo federal, que comento más tarde, porque tal resolución no sólo trae causa de la que acabo de analizar, sino también de otra posterior del Tribunal Constitucional federal, que vemos seguidamente.

En su sentencia de 17-11-1992 el mismo Tribunal se pronunció sobre la constitucionalidad de la norma que establece que para decidir sobre la concesión de la ayuda al paro (*Arbeitslosenhilfe*) deban tenerse en cuenta los ingresos y patrimonio de la persona con la que el parado mantenga una unión análoga a la matrimonial. La exigencia de concreción que se desprende del artículo 20 III GG no impide que el legislador utilice conceptos jurídicos indeterminados, con tal que los afectados puedan conocer

cuál es su situación jurídica y puedan atenerse a ella; corresponderá a las autoridades administrativas y judiciales la concreción y aplicación de tales conceptos. Pues bien, la unión análoga a la matrimonial es un fenómeno típico de la vida social, que se diferencia de otras uniones. Con la expresión *eheähnlich* el legislador establece una conexión con el concepto jurídico de matrimonio, que obliga a referirse a una comunidad de vida entre un hombre y una mujer; más concretamente, una comunidad de vida que se plantea como duradera, que excluye otras del mismo tipo, y que se caracteriza por la existencia de tales vínculos internos que fundamentan una recíproca responsabilidad y cuidado entre sus integrantes, que va más allá del simple hecho de compartir un hogar y una economía. Interpretado el concepto de unión similar a la matrimonial en el sentido de una comunidad de responsabilidades y cuidados (*Verantwortungs-und Einstehensgemeinschaft*), considera el Tribunal que la norma cuestionada no es contraria al principio constitucional de igualdad del art. 3 I GG. Cuando el parado está casado tener en cuenta el patrimonio y los ingresos de su cónyuge para decidir sobre su derecho a percibir esa ayuda pública se justifica por la existencia de la obligación legal que soportan los cónyuges de ayudarse y socorrerse mutuamente, mientras que tal obligación no existe entre quienes conviven sin estar casados, aunque entre éstos exista una comunidad de vida similar a la matrimonial. Tal diferencia permite entender que la Constitución no impone una general equiparación entre el matrimonio y las uniones similares a él, con el fin de evitar una penalización o un trato menos favorable para el matrimonio. Ahora bien, si el legislador decide la equiparación, sólo puede hacerlo en relación a aquellas uniones en las que los vínculos existentes entre los convivientes sean tan estrechos que quepa esperar una recíproca responsabilidad ante las necesidades y vicisitudes de la vida (*gegenseitiges Entstehen in den Not-und Wechselfällen des Lebens*); es decir, cuando los convivientes se sienten tan responsables el uno del otro, que aplican o destinan sus ingresos al aseguramiento de su manutención común antes que a sus propias necesidades. Como indicios de que una unión no matrimonial reviste tales características pueden servir, entre otros, los siguientes: la duración de la convivencia, el cuidado de hijos y parientes en el mismo hogar y la autorización para disponer de ingresos y bienes del otro conviviente. Pero ha de tenerse en cuenta que en una unión de este tipo existe la posibilidad de su disolución sin necesidad de seguir un procedimiento formal y por la sola voluntad de cualquiera de los convivientes, incluso, sin necesidad de interrumpir la convivencia sino, simplemente, cambiando de actitud, en el sentido de dedicar los propios ingresos exclusivamente a la satisfacción de las propias necesidades y al cumplimiento de las propias obligaciones; cuando tal cosa sucede ya no nos encontramos ante una unión similar a la matrimonial. Considera el Tribunal que tampoco contradice el principio

general de igualdad del art. 3 I GG que para obtener un parado esa ayuda no se tengan en cuenta los ingresos y el patrimonio de su conviviente, si no existe una comunidad de vida similar a la matrimonial; y pone como ejemplo las uniones entre personas del mismo sexo o entre parientes, considerando que el legislador puede establecer tal diferencia de trato entre unas y otras uniones no matrimoniales, porque las similares al matrimonio son más numerosas y se han formado más claramente como un tipo social, a diferencia de las otras. Por otra parte, considera que la norma enjuiciada no entraña una desproporcionada limitación de la libertad, en el sentido de libre desarrollo de la personalidad del art. 2 I GG. Finalmente, considera que para que exista una unión similar a la matrimonial no se requiere constatar la existencia de relaciones sexuales entre sus integrantes, en aras del respeto a la intimidad; y si bien no exigir tal constatación puede conducir a abusos, no por esto la norma debe ser declarada inconstitucional. Me parece enormemente útil esta concreción del concepto "unión similar al matrimonio", como comunidad de vida duradera, excluyente de otras del mismo tipo, caracterizada por tales vínculos internos que generan reciprocidad de cuidados y responsabilidades; injustificado me parece, en cambio, sostener que una comunidad de este tipo sólo puede existir entre un hombre y una mujer que no sean parientes entre sí.

En su sentencia de 13-1-1993 el Tribunal Supremo federal decidió la procedencia de la aplicación analógica de la norma contenida en el § 569 a II BGB, reconociendo al conviviente supérstite del arrendatario fallecido, entre los que existía una unión similar a la matrimonial, la facultad de subrogarse en el arrendamiento. Como ya se vio, el Tribunal Constitucional federal ya había declarado la constitucionalidad de tal recurso a la analogía. Ahora el Supremo considera que la comunidad de vida no matrimonial no genera un vínculo familiar entre sus integrantes, por lo que no procede la aplicación directa de esa norma; a tales efectos se interpreta la expresión *Familienangehörig* del arrendatario fallecido, como sus parientes por consanguinidad o afinidad sin límite de grado, así como los niños acogidos (*Pflegekinder*), pero no el conviviente en unión libre. Rechaza el Tribunal la interpretación defendida en la doctrina, según la cual ese conviviente sí debía ser considerado familiar del arrendatario fallecido, a los efectos de reconocerle la facultad de subrogarse en el arrendamiento; doctrina que se fundamenta en que el propósito de la norma es proteger la continuación del hogar, para lo cual se ha de atender a la existencia de una relación personal próxima del conviviente con el fallecido, con independencia de la existencia de relaciones familiares. Considera que entre las comunidades de vida no matrimoniales ha de diferenciarse entre las que son similares al matrimonio y las que no lo son, puesto que sólo en las primeras la falta de una vinculación formal entre los convivientes no excluye la aplicación analógica de la norma contenida en el § 569 a

II BGB. Las comunidades de vida similares al matrimonio son las que reúnen las características señaladas por el Tribunal Constitucional federal en su sentencia de 17-11-1992, antes comentada. El Supremo considera que la evolución social y jurídica operada desde la aparición de esa norma (1964) permite entender que sería injusto no reconocer también al conviviente supérstite del arrendatario fallecido, si había entre ambos una unión similar al matrimonio, una facultad que sí se reconoce a cualesquiera parientes de éste sin limitación de grado. No deja de resultar un tanto chocante y, a la vez, significativo que se limite la aplicación analógica a las comunidades de vida que se consideran similares al matrimonio de un precepto que no es el que contempla la situación del cónyuge viudo, sino el relativo a los familiares del arrendatario fallecido. Y reitero que la exclusión *in limine* de las uniones que no estén integradas sólo por un hombre y una mujer me parece que carece de la suficiente justificación, pues no veo por qué en tales otros casos no puede existir una comunidad de vida duradera, excluyente de otras del mismo tipo, con tales vínculos internos entre sus integrantes que generen reciprocidad de cuidados y responsabilidades, que vayan más allá del mero hecho de compartir una vivienda y una economía.

Finalmente, en su sentencia de 4-11-1994 el Tribunal Constitucional federal se pronunció sobre la constitucionalidad del diferente sistema previsto para el cálculo de la cuantía a percibir en concepto de ayuda para el pago del alquiler de la vivienda (*Wohngeld*): el arrendatario casado debe sumar a sus ingresos los de su cónyuge, mientras que el no casado pero en unión libre sólo ha de contar con sus propios ingresos pero dividiendo el importe del alquiler entre el número de personas que integran la unión no matrimonial de la que forma parte. Este diferente sistema de cálculo de esa ayuda puede resultar desfavorable para el que vive unido a otra persona pero no matrimonialmente, en comparación con el casado. El Tribunal rechaza la inconstitucionalidad de esta diferencia de trato, puesto que la Constitución (art. 3 I en relación con el art. 6 I GG) no impone la equiparación entre el matrimonio y la unión libre, sobre todo, teniendo en cuenta que ésta no genera una relación jurídica legalmente considerada como familiar. Niega la existencia de tal vínculo y la inconstitucionalidad de la diferencia cuando se trata de las comunidades de vida consideradas similares al matrimonio, porque mientras que entre los cónyuges existe la obligación legal recíproca de contribuir al levantamiento de las cargas de la familia, y el pago del alquiler de la vivienda común lo es, tal obligación no existe en cualquier tipo de unión no matrimonial, ni siquiera en las que son similares al matrimonio, por lo que si bien es cierto que para que exista una comunidad de vida similar a la matrimonial es necesario que se hayan creado entre sus integrantes tales vínculos que se haya fundado una comunidad de cuidados y responsabilidades, que permite suponer

que los convivientes contribuyen al pago del alquiler, no es menos cierto que en cualquier momento pueden dejar de hacerlo por no estar obligados a ello, incluso, aunque sigan viviendo juntos, por lo cual no sería fácil indagar y constatar en todos los casos si se mantiene o no esa contribución. Establecer la división del alquiler por cabezas en los supuestos de unión libre para calcular el importe de la ayuda a conceder al arrendatario responde al propósito de evitar la penalización de la unión matrimonial, que se produciría si no se estableciese tal división ni la suma de los ingresos; es decir, si el arrendatario solicitante de esa ayuda y que convive unido libremente a otra persona no tuviese que dividir el importe del alquiler ni tener en cuenta los ingresos de su conviviente, resultaría un trato menos favorable para el matrimonio que para la unión libre, lo cual entrañaría una diferencia no justificada, a tenor de los principios de igualdad y de especial protección del matrimonio, formulados en los arts. 3 I y 6 I GG. Finalmente, considera que ese tratamiento de la unión libre no es desproporcionado ni viola el derecho al libre desarrollo de la personalidad, en su manifestación de fundar y mantener una unión libre; desde el momento en que los convivientes pueden contratar conjuntamente el arrendamiento y, así, obtener cada uno su correspondiente ayuda, no hay vulneración de ese derecho, reconocido en el art. 2 I GG. De esta sentencia destacaría, especialmente, la no reiteración de la exigencia de que la unión no matrimonial esté integrada por un hombre y una mujer, para que merezca la consideración de comunidad de vida similar al matrimonio; y es que sólo se hace referencia a la exigencia de que se hayan creado tales vínculos entre sus integrantes que permitan reconocer una comunidad de cuidados y responsabilidades; lo cual no permite, de momento, afirmar que el Tribunal Constitucional federal ha abandonado la exigencia, a mi modo de ver, injustificada, de aquel requisito subjetivo.

III. CONCLUSIONES Y COMPARACION CON EL MARCO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

1. *¿Qué debe entenderse por unión libre?*

En mi opinión, lo más aprovechable de la doctrina constitucional alemana analizada es, precisamente, el contenido que da a las llamadas uniones similares al matrimonio (*eheähnliche Gemeinschaft*), aunque con alguna puntualización y alguna crítica negativa también. Me parece que es perfectamente importable de esa doctrina, por su precisión y acierto, lo que pudiéramos considerar como características objetivas que ha de reunir esa unión: una comunidad de vida —esto presupone la convivencia— dura-dera, excluyente de otras del mismo tipo, en la que existen tales vínculos

entre sus integrantes que crean una comunidad de responsabilidades y cuidados que va más allá del simple hecho de compartir una vivienda y una economía; como indicios para detectar la existencia de una unión de este tipo, entre otros, serían los siguientes: la duración de la convivencia, el cuidado de hijos o de otros parientes en el mismo hogar, la autorización para disponer de ingresos o de bienes del otro; no se requiere constatar la existencia de relaciones sexuales entre los integrantes de la unión. Creo que éste debe ser el concepto de unión libre. Sin embargo, no me parece justificado considerar que una comunidad de vida con estas características sólo pueda existir entre un hombre y una mujer que no sean parientes: ¿por qué no entre dos personas del mismo sexo, o entre más de dos personas, sean o no parientes? La exigencia legal de similitud con el matrimonio creo que se satisface con la existencia de una comunidad de vida con esas características, aunque esté integrada por personas que no pueden casarse entre sí. Por lo demás, considero que estas uniones no generan una comunidad de vida que deba ser tenida por análoga al matrimonio; la existencia de un estatuto legal de derechos y obligaciones recíprocos entre los cónyuges, algunos de los cuales subsisten tras la separación e, incluso, tras la disolución del matrimonio, constituye una diferencia no meramente formal con la unión libre.

En nuestro Derecho ha hecho fortuna, por desgracia, la expresión "relación de afectividad análoga a la conyugal", para referirse a la unión libre. Considero que una cosa es que con esa expresión se pretenda dar relevancia a la existencia de una relación de afectividad intensa e íntima, con independencia de que exista o no una comunidad de vida entre tales personas; y otra es que así se pretenda describir el fenómeno de la unión libre. A lo primero nada que objetar, salvo la inexistente analogía con la relación conyugal, por cuanto que parece razonable extraer consecuencias jurídicas de la existencia de una intensa relación de afectividad, para evitar perjuicios a terceros o ventajas injustas para los que mantienen esa relación (en este sentido, por ejemplo, lo dispuesto en los arts. 219.1 y 391 LOPJ). Pero sí me parece fuertemente objetable pretender describir el fenómeno de la unión libre como una relación de afectividad análoga a la conyugal: ni el matrimonio requiere realmente una especial relación de afectividad, en sí misma considerada; ni es suficiente ni necesaria la existencia de una especial relación de afectividad para la existencia de una comunidad de vida con las características antes señaladas. Además, la insuficiencia de la expresión "relación de afectividad análoga a la conyugal" para describir el fenómeno de la unión libre se pone de manifiesto al tener que añadir la referencia al requisito de convivencia (*vid.*, por ejemplo, art. 10.1 de la Ley de 26-3-1984, de regulación de derecho de asilo y de la condición de refugiado); como también cuando se pretende aclarar que no se excluyen las uniones entre personas del mismo sexo y, entonces, se

añade la expresión “con independencia de su orientación sexual” [art. 16.1.b) LAU]. Con esto último queda claro en nuestro Derecho que, a diferencia, de lo que nos encontramos en la jurisprudencia constitucional alemana, una llamada “relación de afectividad análoga a la conyugal” puede existir no solamente entre un hombre y una mujer. Creo que aclararía las cosas dejar de hacer referencia a supuestas analogías entre el matrimonio y las uniones libres, en todo caso; que debería reservarse la expresión “relación de afectividad” cuando se pretenda dar relevancia a la existencia de afectos, con independencia de que exista o no, además, una comunidad de vida, es decir, con independencia de que exista o no una unión libre; y sería preferible emplear la expresión unión libre, como concepto jurídico indeterminado, para cuya concreción y aplicación creo conveniente exigir que concurren las características objetivas señaladas por la jurisprudencia constitucional alemana, esto es, sin la restricción a las uniones integradas por un hombre y una mujer que no sean parientes. Cuando el legislador quiera reservar ciertas consecuencias jurídicas sólo a las uniones libres integradas por un hombre y una mujer que lo indique expresamente, como ahora mismo sucede al regular quiénes pueden adoptar de forma conjunta (disposición adicional 3.ª de la Ley de 11-11-1987).

2. *¿Genera la unión libre una relación jurídica familiar?*

La jurisprudencia analizada es clara al respecto: no. Ahora bien, habría que plantearse por qué no. Creo que no tanto porque la Constitución lo excluya —en el art. 6 I GG se formula el principio de protección especial del matrimonio y la familia, pero no hay una, por lo menos, explícita exclusión de la unión libre como fuente de relaciones familiares—, cuanto porque el legislador, que es el que debe decidir esa cuestión, parece que lo ha hecho, por el momento, en el sentido negativo; pero podría en el futuro hacerlo en sentido positivo. A lo más que se ha llegado es a considerar que ciertas comunidades de vida, las que reúnen las características que las hacen similares al matrimonio, generan una relación análoga a la familiar, por lo menos, a los efectos de reconocer al conviviente supérstite del arrendatario la facultad de subrogarse en el arrendamiento. En otras ocasiones la ley contempla la unión libre, dispensando a los convivientes un tratamiento específico diferente del previsto para los demás solteros, para evitar una penalización del matrimonio; pero no se considera que de esto se derive su consideración legal como familia.

En nuestro ordenamiento, como señalo en el primer epígrafe del capítulo II de mi libro *La unión libre...*, la Constitución (art. 39.1 en relación con el 53.3) no impide que el legislador y demás poderes públicos protejan social, económica y jurídicamente a los convivientes unidos libremente,

como una forma más de familia: me parece indudable que el constituyente dejó esta cuestión abierta. Resulta que han ido apareciendo normas que no sólo dan relevancia a la existencia de una relación de afectividad intensa a ciertos efectos, sino que atribuyen a la unión libre consecuencias jurídicas típicamente familiares, es decir, como las que tradicionalmente sólo se reconocían al matrimonio o al parentesco (por ejemplo, posibilidad de adoptar conjuntamente, facultad de subrogarse en el arrendamiento, por referirme sólo a las que ya he citado antes), y que, es más, en algunos casos es la propia norma, legal o reglamentaria, la que expresamente califica la relación entre los convivientes como familiar (derecho de asilo y condición de refugiado, algunas normas sobre acceso a viviendas de protección oficial). ¿Qué más hace falta para entender que, con arreglo a nuestro ordenamiento, la unión libre sí genera una relación jurídica familiar? Léanse, si no, las consideraciones que al respecto ha hecho nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia 222/1992, especialmente en sus fundamentos jurídicos 4, 5 y 6.

3. Protección especial del matrimonio, igualdad y libertad

Como se ha podido comprobar, la jurisprudencia constitucional alemana ha sostenido sin excepción que el principio de especial protección del matrimonio (art. 6 I GG) justifica la diferencia de trato, dispensando uno más favorable a los casados que a los solteros aunque éstos convivan en unión libre; no hay, por tanto, en ello vulneración del principio de igualdad (art. 3 I GG), ya que la Constitución no impone la equiparación del matrimonio y la unión libre. Ahora bien, esta libertad del legislador para extender o no a la unión libre el trato dispensado a los que son cónyuges no se prolonga hasta el punto de poder establecer diferencias en perjuicio del matrimonio, pues si esto se produjera se estaría penalizando la unión matrimonial, lo cual sí sería contrario al principio constitucional de especial protección del matrimonio. Por lo tanto, el legislador puede no equiparar matrimonio y unión libre, o puede equiparlos a ciertos efectos, pero no puede penalizar la unión matrimonial. El único límite constitucional a la no equiparación y consiguiente favorecimiento del matrimonio está en la desmesurada compresión de la libertad general de actuación (autonomía privada), pues se considera que una manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 2 I GG) es constituir y mantener una unión no matrimonial. Como se ha visto, también se ha recurrido al argumento de libertad-responsabilidad para justificar las diferencias que suponen un trato más favorable para los casados que para los solteros en unión libre, aunque con la desafortunada formulación de que como los que conviven unidos libremente no optan por casarse entre sí la

ley puede extraer consecuencias de esta decisión. Ya puse de manifiesto que esta forma de argumentar podría volverse en contra de lo que se pretende defender —la justificación del trato más favorable al matrimonio respecto al de la unión libre—, ya que no siempre tienen los convivientes la libertad para contraer matrimonio entre sí, y no por esto es razonable defender la equiparación de las uniones libres cuyos integrantes no pueden casarse entre sí y los matrimonios. Esto no significa que el argumento libertad-responsabilidad sea inútil para justificar las diferencias de trato en favor de los casados, sino que debe formularse correctamente de otra manera: no existe un derecho a formalizar mediante el matrimonio una unión preexistente, sino el derecho de titularidad individual y ejercicio también individual a no contraer matrimonio, así como el derecho de titularidad también individual y ejercicio dual a contraerlo en los términos legalmente previstos (capacidad, ausencia o dispensa de impedimentos); de esta forma, si alguien con capacidad suficiente para casarse permanece soltero es porque no quiere contraer matrimonio o porque no ha tenido la habilidad suficiente para encontrar a otra persona igualmente capaz que esté dispuesta a ello; pues bien, en esa situación está claro que la ley puede extraer las consecuencias de esa soltería, con independencia de que se integre o no una unión libre, para tratar de forma diferente a los casados y a los que no lo están, repito, aunque estos últimos convivan unidos libremente a otras personas. Y es que uno sí debe asumir las consecuencias de su decisión libre de permanecer soltero, o de su falta de habilidad para encontrar a alguien que quiera casarse con él; en cambio, no siempre se tiene la libertad para formalizar mediante el matrimonio en una unión preexistente, ya que mientras que cualesquiera personas pueden constituir una unión libre, no puede uno casarse con quien le da la gana.

Nuestra Constitución también permite entender que se dispensa una especial protección al matrimonio (art. 32.2, por lo que añade al art. 39.1), pero no a la filiación matrimonial (art. 14); esa especial protección justifica el trato más favorable a los casados que a los solteros, vivan o no en unión libre, siempre que tales diferencias no supongan una desmesurada comprensión del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1). Nuestra norma fundamental, pues, no impone la equiparación entre el matrimonio y la unión libre, por lo que, en principio, no pueden ser consideradas como discriminatorias por injustificadas las diferencias de trato que se establezcan en favor del matrimonio; es decir, tales diferencias no vulneran el principio constitucional de igualdad (art. 14). El legislador español, por lo tanto, también tiene libertad para no reconocer a los convivientes en unión libre los derechos que reconoce a los casados; o para reconocérselos en ciertos casos; pero no para tratar peor a los casados que a los solteros, a menos, entiendo yo, que esto se deba a la protección que se desea propor-

cionar al matrimonio, pues de lo contrario se estaría penalizándolo, en contra del principio de especial protección del matrimonio. Nuestro Tribunal Constitucional ha utilizado los argumentos que hemos extraído de la jurisprudencia constitucional alemana en sus sentencias 209/1988, 45/1989 y 184/1990, fundamentalmente; en cambio, en la 222/1992 ha señalado un límite adicional a la libertad del legislador para establecer diferencias de trato en favor de los casados: no sólo no pueden suponer una irrazonable e injustificada restricción del libre desarrollo de la personalidad (así, la sentencia 184/1990), sino que la diferencia de trato ha de estar justificada para que no sea discriminatoria y vulnere el principio de igualdad del art. 14 CE, con lo que parece estar advirtiendo que la especial protección del matrimonio como una forma de familia (arg. arts. 32.2 en relación con el 39.1 CE) ya no es justificación suficiente. También nuestro Tribunal Constitucional ha hecho uso del argumento libertad-responsabilidad, pero, como el alemán, lo ha hecho en términos equivocados: que el legislador puede extraer consecuencias de la decisión de no casarse entre sí los que conviven unidos libremente (sentencia 184/1990, fundamento jurídico 2), aunque bien es cierto que tal argumento es referido expresamente a una unión entre un hombre y una mujer; pero entonces limita la utilidad del argumento a las uniones de este tipo, cuando yo creo que es válido, si se formula correctamente, para cualquier situación de soltería, en solitario o en unión libre. Me remito a lo que he dicho al respecto en el párrafo anterior. Por lo demás, los principios de especial protección del matrimonio, de igualdad y no discriminación y de libertad (libre desarrollo de la personalidad), así como las sentencias de nuestro Tribunal Constitucional sobre la unión libre son analizados y comentados con mayor extensión y detenimiento en los epígrafes 2, 3 y 4 del capítulo II de mi libro *La unión libre...*

En la jurisprudencia alemana que he comentado parece admitirse, sin mayores problemas que el legislador puede establecer diferencias de trato entre uniones libres, en función de que estén o no integradas solamente por un hombre y una mujer. Si se entiende que sólo éstas son las que se consideran similares al matrimonio, pueden ser estas las que consigan la equiparación, a ciertos efectos, con el matrimonio, sin que esta limitación vulnere el principio constitucional de igualdad del art. 3 I GG. Pues bien, considero que esto es muy discutible —personalmente, opino que no siempre estarán justificadas esas diferencias—, puesto que los argumentos que apoyan ese criterio no desmienten la posible discriminación: que hay más uniones libres entre un hombre y una mujer y que este tipo de unión ha alcanzado una tipicidad social de la que carecen otras uniones [fundamento 4 b) de la sentencia del Tribunal Constitucional federal de 17-11-1992] no permite, por ejemplo, discriminar por razón de la orientación sexual, ni siquiera aunque se demostrara que la abrumadora mayoría de

la sociedad desea o acepta tal discriminación. Con esto no estoy diciendo que todas las uniones libres deban ser tratadas igual, sino que las diferencias deberán estar justificadas, y que la identidad o diversidad de sexo de los convivientes no justifica cualquier diferencia.

Nuestro Tribunal Constitucional, por el momento, no ha dicho algo semejante a lo de su homólogo alemán. Nuestra Constitución prohíbe la discriminación (art. 14), y es evidente que no impone la igualdad de trato entre todas las uniones libres —ni siquiera menciona este fenómeno social. De esto se desprende que el legislador puede establecer diferencias, pero deberán estar justificadas y ser proporcionadas al objetivo que se pretenda conseguir con esa regulación. También de esta cuestión me ocupó con mayor detenimiento en el epígrafe 3 del capítulo II de mi libro *La unión libre...*, al que me remito.

