



UNIONES LIBRES, CONVIVENCIALES Y CONYUGALES EN EL DERECHO FRANCÉS

Daniel Borrillo

► To cite this version:

Daniel Borrillo. UNIONES LIBRES, CONVIVENCIALES Y CONYUGALES EN EL DERECHO FRANCÉS. Revista de derecho privado y comunitario, 2014, Uniones convivenciales, 1 (3). hal-01232004

HAL Id: hal-01232004

<https://hal.science/hal-01232004>

Submitted on 25 Nov 2015

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIONES LIBRES, CONVIVENCIALES Y CONYUGALES EN EL DERECHO FRANCÉS

por DANIEL BORRILLO

SUMARIO: Introducción. I. Unión libre o concubinato. II. Pacto Civil de Solidaridad. 1. Efectos personales del PaCS. 2. Efectos patrimoniales. 3. Derechos sociales. 4. Disolución del PaCS. 5. PaCS, parentesco y filiación. 6. Algunos aspectos de Derecho Internacional Privado. 7. Algunos datos sociológicos. III. Matrimonio. Conclusión.

Introducción

Existen en Francia tres formas jurídicas que permiten regular la vida familiar: la unión libre o concubinato, el Pacto Civil de Solidaridad (PaCS) (unión civil registrada) y el matrimonio. Tanto las parejas del mismo sexo cuanto las heterosexuales gozan prácticamente de los mismos derechos, excepto en lo que concierne a las técnicas de reproducción asistida.

Las tres formas mencionadas se encuentran reguladas en el Código Civil. El concubinato es definido en el artículo 515-8 como “una unión de hecho, caracterizada por una vida en común que presenta un carácter de estabilidad y continuidad, entre dos personas, de sexo diferente o del mismo sexo que viven en pareja”¹. El artículo 515-1 establece que el PaCS es un “contrato celebrado entre dos personas físicas mayores, de sexo diferente o del mismo sexo, para organizar su vida común”. El matrimonio, reza el artículo 143: “es celebrado por dos personas de sexo diferente o del mismo sexo”.

¹ Dicho artículo pone fin a la situación discriminatoria de la jurisprudencia francesa que había excluido de la noción de concubinato a las parejas del mismo sexo.

Tanto el Preámbulo de la Constitución de 1946: “La Nación garantiza al individuo y a la familia las condiciones necesarias para su desarrollo”², como el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 8-1) protegen las tres formas mencionadas en tanto que derecho fundamental del individuo a la vida familiar: “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”. Se benefician de dicho derecho tanto los nacionales como los extranjeros en situación regular. Aquellos provenientes de países que no sean miembros del Consejo de Europa y se encuentren en situación irregular no pueden, en principio, beneficiarse del derecho a la vida familiar³.

El presente artículo analiza cada una de las formas enunciadas y compara los derechos y obligaciones que proceden de cada instituto con un enfoque especial en el PaCS que constituye una forma convivencial registrada. Los tres tipos de regulación de la vida familiar permiten escoger entre algunos derechos mínimos (unión libre) sin formalidad u obligación alguna, un reconocimiento jurídico parcial con formalidades reducidas y deberes limitados (PaCS) o el reconocimiento público pleno, propio al matrimonio, con más amplios derechos y deberes. Tanto la unión libre como el PaCS pueden extinguirse por la simple voluntad de una de las partes sin necesidad de intervención judicial como sucede con el matrimonio.

La coexistencia de estos tres modelos no se corresponde con la voluntad originaria del legislador. En efecto, el Código de 1804 reconocía únicamente el matrimonio civil. La famosa frase de Napoleón: “los concubinos ignoran la ley, la ley los ignora” resume perfectamente el espíritu de la época. Sin embargo a partir de los años 1960, las uniones libres dejan de ser un fenómeno marginal para representar una parte significativa de la población⁴. Fueron los tribunales los que comenzaron a darle un estatuto jurídico sobre todo para proteger a la

² El Preámbulo de la Constitución de 1946 forma parte del bloque de constitucionalidad y tiene por ende carácter de Derecho positivo.

³ CEDH, 13-5-2003, N° 53102/99, “Chandra c/Países Bajos”; 31-7-2008, N° 265/07, “Darren Omoregie c/Noruega”. La existencia de uno o varios hijos nacidos en el territorio francés constituye un elemento que permite atenuar la ausencia de derecho de la vida familiar de los extranjeros irregulares en todo caso, respecto de los hijos, el derecho fundamental a la vida familiar tiene efecto pleno.

⁴ THERY, R., *Le concubinage en France*, en *RTD civ.*, 1960, 55 s.

concubina abandonada o viuda y para garantizar las deudas respecto de terceros. Fue de manera anecdótica que el concubinato obtuvo un estatuto legal en el marco de la ley que ha creado el PaCS⁵. Respecto de este último, cabe recordar que fue el movimiento gay quien ha creado la movilización política que permitió la adopción de la ley aunque hoy día dicha forma de convivencia sea plebiscitada por la mayoría de las parejas heterosexuales⁶. En Europa, el reconocimiento de las uniones convivenciales registradas es también fruto de la lucha de los homosexuales por la igualdad y aparece históricamente como un compromiso tendiente a otorgar algunos derechos conyugales sin afectar al matrimonio civil⁷. Resulta paradójico constatar que aquel instituto (la unión civil registrada) que fue creado para proteger al matrimonio clásico, aparezca hoy día como su principal competidor.

I. Unión libre o concubinato

Como su nombre lo indica, la unión libre⁸ no exige ningún tipo de formalidad para su concretización. La convivencia notoria es necesaria, pero no es suficiente⁹. La dimensión sexual de la relación aparece también como una *conditio sine qua non* para su determinación. Durante varios años, la Corte de Casación denegó la calidad de concubinos a las parejas del mismo sexo considerando que las nociones de “unión libre” o “vida marital” sólo pueden referirse a las parejas heterosexuales¹⁰, inclusive a los efectos de la subrogación del contrato

⁵ La mayoría conservadora en el senado propuso una definición del concubinato sin distinción de sexo con el propósito de reemplazar al PaCS pero cuando el proyecto de ley volvió a la cámara de diputados, ésta no sólo retomó el PaCS sino que agregó en la ley el concubinato, situación no prevista en la versión original.

⁶ BORRILLO, D. y LASCOUMES, P., *Amours Egales? Le PaCS, les homosexuels et la gauche*, La Découverte, Paris, 2002.

⁷ El primer Estado europeo en reconocer las uniones convivenciales registradas fue Dinamarca, en 1989.

⁸ El término “unión libre” carece de existencia legal contrariamente al concubinato que está regulado en el Código Civil. Sin embargo los efectos son los mismos en el momento de constatar dicha situación fáctica.

⁹ Según la jurisprudencia la notoriedad existe cuando la relación es conocida por los terceros.

¹⁰ Corte de Casación, S. Social, 11-7-89.

de alquiler para el supérstite de un hombre muerto de sida¹¹. Fue precisamente dicha interpretación restrictiva la que llevó al Poder Legislativo a buscar una solución, dando más tarde como resultado el PaCS.

Aunque no sea obligatorio, algunas municipalidades proveen certificados de concubinato para lo cual es necesario presentar los documentos de identidad de las partes y las pruebas que justifiquen el domicilio común (contrato de locación, factura de luz, factura telefónica...) y/o la vida común (testigos, por ejemplo). Si la municipalidad del domicilio de residencia de la pareja rechaza dicho certificado, el concubinato puede también comprobarse por una declaración de honor firmada por ambas partes y acompañada de todo tipo de pruebas (fotos, pasajes aéreos, testigos, apellidos de la pareja en el buzón del domicilio, tarjeta de crédito común...). Generalmente, la existencia del concubinato emerge en la vida jurídica, de manera principal o accesorio, en ocasión de una situación contenciosa¹². Asimismo, en muchos casos, el concubinato aparece en relación con una filiación natural o cuando se produce la muerte de uno de los miembros de la pareja y se necesita liquidar una situación (transferencia del contrato de alquiler al supérstite, o indemnización por muerte, por ejemplo). Tradicionalmente, la jurisprudencia ha utilizado las figuras de la sociedad de hecho, del enriquecimiento ilícito o del cuasicontrato para resolver este tipo de situaciones.

Si, desde 1985, la Corte de Casación considera la monogamia como un elemento constitutivo del concubinato¹³, ninguna de las obligaciones inherentes al matrimonio se aplican a la unión libre: ni obligación de fidelidad, ni deber de asistencia, ni derechos sucesorios ni siquiera necesidad de compartir un domicilio¹⁴. Los concubinos no están obligados a participar en las cargas domésticas ni tampoco existe una

¹¹ Corte de Casación, S. Civil, 17-12-97.

¹² Dos famosos fallos de la Corte de casación merecen ser subrayados. El caso "Dangereux" del 27-2-70, en el que se reconoce el perjuicio material y moral de la concubina por la muerte accidental de su compañero, y el caso "Toros" del 19-6-75, en el que se repara el daño sufrido por la concubina por la muerte fortuita del concubino casado y se permite así indemnizar a la vez a la esposa y a la concubina.

¹³ Corte de Casación, S. Crim., 8-1-85, *JCP* 1986, II, 20588, nota de G. Enréo.

¹⁴ Los concubinos deben, sin embargo, vivir bajo el mismo techo pero al no existir un plazo legal es el juez quien determina la perennidad de la relación.

obligación solidaria por las deudas de la pareja¹⁵. Los bienes son administrados por cada concubino separadamente pero pueden, sin embargo, adquirirlos en indivisión, en tal caso la gestión es común.

En ausencia de cualquier obligación alimenticia entre concubinos, únicamente una ayuda espontánea permite asistir a quien se encuentre necesitado, dicho deber tiene el carácter de una mera obligación natural.

En todo momento, sin necesidad de invocar causa alguna, cualquiera de las partes puede poner fin a la vida común rompiendo así el concubinato. Tal libertad explica la precariedad de dicho estatuto. Sin embargo, la unión libre conlleva algunos derechos. En lo que concierne a la filiación, por ejemplo, la cual puede establecerse tanto respecto del padre cuanto de la madre¹⁶ (los hijos naturales tienen exactamente los mismos derechos que los nacidos en el seno del matrimonio)¹⁷. Del mismo modo, los concubinos heterosexuales son asimilados a los cónyuges en lo que se refiere al acceso a las técnicas de reproducción asistida¹⁸.

El concubinato produce también efectos respecto del contrato de alquiler y de la seguridad social. Si uno de los concubinos es titular del contrato de locación, el otro no tiene derecho a seguir permaneciendo en la vivienda alquilada si dicho titular decide romper la rela-

¹⁵ Dicha solidaridad puede, sin embargo, resultar de un mandato explícito o de la apariencia creada por los concubinos que se comportan como cónyuges respecto a terceros.

¹⁶ Aunque no existe la presunción de paternidad, la cual es reservada al matrimonio.

¹⁷ La ley 72-3 del 3-1-72 pone fin a la diferencia entre hijos legítimos (nacidos del matrimonio) e hijos naturales (nacidos fuera de él). Sin embargo, una diferencia de tratamiento subsistía en materia sucesoria por lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condena a Francia (caso "Mazurek" 1-2-2000) y en 2001 dicho país subsana la situación con un nuevo dispositivo. Además, desde la publicación de la ley del 4 de marzo 2002 relativa a la autoridad parental, el simple hecho de la vida común de los progenitores otorga al menor un estatuto análogo al del matrimonio. Así, en caso de separación de los padres, las consecuencias son las mismas que el menor sea hijo matrimonial o extramatrimonial.

¹⁸ El párrafo segundo del artículo L2142-2 del Código de la Salud Pública establece que para acceder a dicha técnica "el hombre y la mujer que forman una pareja deben estar vivos, en edad de procrear y deben consentir a la transferencia de embrión o a la inseminación..."

ción. En caso de abandono o muerte del titular la situación es diferente, el supérstite que haya vivido de manera notoria (regular y pública), por lo menos durante un año, puede pretender a la subrogación del contrato de alquiler¹⁹. Si los dos concubinos son signatarios del contrato de locación, cada uno aparece como inquilino con los mismos derechos y obligaciones.

Respecto de la seguridad social, uno de los concubinos puede beneficiarse de las prestaciones del otro como derechohabiente cuando se encuentre totalmente a su cargo, efectiva y permanentemente. Ningún otro derecho fiscal, patrimonial o sucesorio es reconocido entre concubinos.

En caso de ruptura, el juez interviene únicamente cuando existe algún problema de tenencia, residencia o pensión alimentaria de los hijos menores o cuando la ruptura sea culposa, en tal caso una indemnización es posible en función de la longevidad de la vida común. Contrariamente al matrimonio (divorcio) o al PaCS (inscripción de la ruptura), la extinción de un concubinato, aunque más simple, resulta sin embargo más difícil de probar y necesita, en caso de conflicto, una intervención judicial.

II. Pacto Civil de Solidaridad

El PaCS es un contrato²⁰ *sui generis*. Su ubicación en el Libro 1 del Código Civil relativo a las personas muestra la dimensión no sólo patrimonial sino también personal del mismo²¹. Desde el principio, la obligación de registro pone de manifiesto la dimensión social de dicho acto. Sin embargo, el PaCS no produce modificación alguna en materia de filiación ni respecto de la autoridad parental. Se trata únicamente

¹⁹ Art. 14 de la ley 89-462 del 6-7-89.

²⁰ A pesar de ser un contrato, la ley 2009-526 del 12-5-2009 ha hecho entrar en el campo del Derecho de Familia no sólo al PaCS sino también al concubinato a través de una modificación procesal que designa al juez de familia (y no al juez de los contratos) para dirimir los contenciosos económicos (art. L213-3, Código de la organización judicial). Ver: LABBÉE, X., *La judiciarisation du PaCS et du concubinage*, en *Recueil Dalloz*, 2009, p. 2053.

²¹ Para un análisis histórico del PaCS ver: BORRILLO y LASCOUMES, ob. cit., en nota 6.

de regular la vida de la pareja. El artículo 515-1 del Código Civil lo define como un “contrato entre dos personas físicas mayores (18 años) de sexo diferente o del mismo sexo destinado a organizar la vida común”. Los menores, inclusive emancipados, no pueden celebrar un PaCS. Los mayores bajo tutela pueden acceder a dicho contrato con autorización del curador o del juez competente. Las personas unidas por el matrimonio no pueden celebrar un PaCS, así como quien estuviese ya unido a otra persona por otro pacto civil de solidaridad.

El Consejo constitucional ha interpretado la vida común como una noción que va más allá de la comunidad de intereses y la cohabitación. La vida común implica la existencia de relaciones sexuales, sin por ello considerar que la fidelidad sea una obligación propia del contrato. La prohibición de *pacsearse* entre miembros de la familia explica la dimensión sexual del contrato. En efecto, no pueden unirse por el PaCS los ascendientes y descendientes en línea directa, la familia política en línea directa y los colaterales hasta el tercer grado. Vale decir que entre tíos y sobrinos no se puede celebrar un PaCS, pero sí entre primos. Tampoco pueden contratar las personas casadas o quienes ya estén unidos por otro PaCS. En algunos casos son las reglas del matrimonio las que se aplican, y en otros son aquellas relativas a los contratos. Así, en materia de simulación o fraude, se utilizan las reglas del matrimonio de complacencia pudiendo pronunciarse la nulidad del PaCS por ausencia de *affectio matrimonialis*, pero respecto de los vicios se aplican las reglas generales del contrato de tal manera que el dolo puede acarrear la nulidad del PaCS, mientras que dicha nulidad no se produce respecto del matrimonio.

El PaCS es un contrato formal y puede, sin que sea obligatorio, realizarse por acto notarial. Dicha vía permite sustraerse a la burocracia jurisdiccional simplificando así el trámite. El notario que haya recibido el acto inicial es también competente para el registro de las modificaciones de dicho acto. Necesita para su validez que el acto sea registrado en el tribunal de instancia²² del lugar donde se haya declarado la residencia común de la pareja si no se ha hecho ante notario (art. 515-3), en tal caso el registro se efectúa en el estudio del notario,

²² El tribunal de instancia es una especie de Juzgado de Paz que tiene varias competencias contenciosas menores y también administrativas como el registro del PaCS.

más precisamente en el “registro de las convenciones notariales de pacto civil de solidaridad”²³. El PaCS es un acto público de carácter limitado²⁴. Una vez registrado, el secretario del tribunal, el notario o el agente consular informa a las autoridades del Registro Civil quienes inscriben en la partida de nacimiento de cada una de las partes la identidad del otro miembro de la pareja unida por el PaCS (art. 515-3-1). Para los extranjeros que residan en Francia, existe un registro especial administrado por el tribunal de los contratos (*Tribunal de Grande Instance*).

En el extranjero, dicho contrato puede celebrarse en el consulado francés, a condición de que uno de los miembros de la pareja posea la nacionalidad francesa.

1. *Efectos personales del PaCS*

El PaCS “modifica” el estado civil de los contratantes quienes dejan de ser solteros al momento de la inscripción del contrato²⁵. Una vez efectuada la indicación en las partidas de nacimiento, el PaCS es oponible a terceros. Sin embargo, contrariamente al matrimonio, el PaCS no permite el uso del apellido del cónyuge ni crea vínculo alguno con la familia del otro miembro de la pareja. Los contratantes se comprometen a vivir juntos maritalmente²⁶ y a apoyarse moral y materialmente en proporción a sus posibilidades financieras respectivas en caso de

²³ Decreto 2012-966 del 20-8-2012.

²⁴ Contrariamente al matrimonio, no se publican los edictos ni existen proclamas.

²⁵ Dicha modificación de facto del estado civil es novedosa en el Derecho francés ya que el PaCS no se registra en los registros del estado civil sino en un registro especial del Tribunal de Instancia o en el registro notarial. Sin embargo, la mención de PaCS aparece en nota marginal de la partida de nacimiento.

²⁶ La dimensión sexual de la unión civil fue confirmada indirectamente en una decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en un asunto concerniente a dos hermanas inglesas que vivían juntas y que pretendían deducciones fiscales equivalentes a las de las parejas casadas o unidas civilmente para pagar así menos impuestos sucesorios. Los jueces de Estrasburgo han determinado que la diferencia de tratamiento estaba justificada por la diferencia de situación en la que se encontraban las demandantes; dice el tribunal que “la ausencia de un acuerdo jurídico obligatorio entre las partes hace que su relación de convivencia, a pesar de su duración, es fundamentalmente diferente de aquella que existe entre dos cónyuges o dos *partenaires* civiles” (CEDH, 29-4-2008, “Burden c/Reino Unido [GC], N° 13378/05, § 60).

enfermedad o desempleo, por ejemplo. La obligación de asistencia material es de orden público y cualquier disposición contraria es, por ende, nula. El PaCS contraído entre un francés y un extranjero no otorga un derecho de residencia, se trata simplemente de un elemento que permite apreciar los vínculos personales y familiares del extranjero para la obtención de un permiso de residencia.

2. *Efectos patrimoniales*

La reforma de 2006 acercó considerablemente el PaCS al matrimonio a tal punto que un comentarista lo calificó de “matrimonio patrimonial”²⁷. El régimen legal del PaCS es el de la separación de bienes (art. 515-5 del Cód. Civ.). Los contratantes pueden, sin embargo, escoger el régimen de la indivisión de bienes gananciales la cual deberá establecerse en la convención que acompaña la inscripción del PaCS o en una convención posterior que debe enviarse al tribunal de instancia o al notario que registró el acto inicial²⁸. Los bienes de los cuales no se pueda probar una propiedad exclusiva de alguno de los miembros de la pareja se presumen comunes.

Si uno de los *partenaires* es inquilino de la residencia común, el otro puede, en caso de muerte o abandono, subrogarse en el contrato de locación²⁹. Asimismo, si el difunto era propietario de la residencia común principal, el otro puede durante un año gozar del uso de la misma y del mobiliario de forma gratuita.

Los miembros de la pareja se obligaban exclusivamente a una ayuda recíproca de naturaleza material (desde el año 2014, la ley introduce, como en el matrimonio, la noción de asistencia recíproca de naturaleza moral) que pueden definir en la convención que acompaña el acto

²⁷ ROCHFELD, J., *Réforme du PACS: Loi 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités* (JO 24 juin 2006, p. 9513), *RTD Civ.* 2006, p. 624.

²⁸ V. PILLEBOUT, J.-F., *Pacte civil de solidarité: clauses relatives au régime de l'indivision*, en *JCP*, N° 2006, 1383.

²⁹ A condición de que haya vivido con el difunto por más de un año (art. 5° de la ley 48-1360 del 1° septiembre de 1948 portant modification et codification de la législation relative aux rapports des bailleurs et locataires ou occupants de locaux d'habitation ou à usage professionnel et instituant des allocations de logement).

principal. A falta de dicha convención, la ayuda material es proporcional a la capacidad económica de cada una de las partes (art. 515-4).

En principio, cada contratante es responsable de sus deudas personales contraídas antes o durante el pacto. Existe una solidaridad por deudas respecto de los gastos relativos a las necesidades de la vida en común. Así, por ejemplo, aunque no sean cotitulares del contrato de locación, cada miembro de la pareja es deudor solidario del alquiler. Dicha solidaridad, sin embargo, no produce efecto tratándose de gastos manifiestamente excesivos.

El PaCS no otorga derechos sucesorios *ab intestato*. Es necesario pues un testamento o un seguro de vida para obtener cualquier beneficio *mortis causa*. Cada uno de los miembros de la pareja puede heredar del otro por vía testamentaria o recibir en donación hasta 80.724 euros sin carga impositiva alguna, a partir de dicha suma se debe pagar un impuesto proporcional a lo recibido (como sucede entre cónyuges).

Del punto de vista fiscal, los miembros de la pareja que hayan celebrado un PaCS están obligados a declarar conjuntamente el impuesto a las ganancias, del cual son además solidarios.

3. *Derechos sociales*

Si uno de los miembros de la pareja no se encuentra cubierto por la seguridad social puede a través del PaCS beneficiarse del seguro del otro.

En materia laboral, cada uno de los contratantes goza de dos días de licencia en caso de muerte de la pareja. También pueden solicitar vacaciones simultáneas si trabajan en la misma empresa. El empleado tiene cuatro días de licencia por celebración del PaCS y tres días en caso de enfermedad grave de la pareja. Tendrá igualmente derecho a dos días de licencia en caso de muerte de la pareja. Tratándose de funcionarios, la mutación de uno de ellos da derecho al otro para pedir un traslado próximo al de su pareja.

El PaCS no otorga tampoco otros derechos *mortis causa* como la pensión de viudez o pensión de reversión³⁰, reservados exclusivamente al matrimonio.

³⁰ Para beneficiarse de la pensión de viudez (602,12 euros netos por mes) es necesario estar unido en matrimonio con el difunto, tener menos de 55 años y no

La celebración del PaCS puede asimismo implicar la pérdida de ciertos derechos sociales como los subsidios para madres o padres solteros y otras ayudas de sostenimiento familiar si alguno de los miembros de la pareja se beneficiaba de dichas prerrogativas antes de celebrar el PaCS.

4. *Disolución del PaCS*

El PaCS puede extinguirse por la declaración común de las partes, por decisión unilateral de una de ellas, por matrimonio o muerte de una de las partes. En estos dos últimos casos, el fin del contrato se produce automáticamente siendo, sin embargo, necesario informar al tribunal de instancia (al notario o agente consular) que ha registrado el acto inicial. De todos modos, no es la información sino la fecha de la muerte o del matrimonio la que determina la extinción del PaCS.

La voluntad puede ser tanto unilateral cuanto común. En este último caso se envía (por carta recomendada con acuse de recibo) al tribunal de instancia (o al notario o al agente consular) una declaración conjunta. Unilateralmente, cada uno de los miembros de la pareja puede poner fin al contrato informando al otro (por ujier) y enviando una copia de dicha información al secretario del tribunal donde se registró el contrato (o al notario si la inscripción se ha hecho en estudio notarial). La ruptura produce efecto respecto a los miembros de la pareja desde el momento de la inscripción en el tribunal y respecto a terceros la ruptura produce efectos desde el momento en que se cumplan las formalidades de publicidad (inscripción en el registro civil y nota marginal en la partida de nacimiento).

El otro *partenaire* puede solicitar, como en cualquier contrato, una indemnización por los daños y perjuicios que la ruptura abusiva le hayan provocado.

ganar más de una suma de dinero establecida por ley. A partir de los 55 años el viudo o la viuda se beneficia de la pensión de reversión, caracterizada por una parte de la jubilación (54%) que percibía o hubiera percibido el difunto. La pensión de viudez es otorgada por dos años (para permitir al viudo o a la viuda recomponer su situación económica) mientras que la pensión de reversión es vitalicia pero en ningún caso puede sobrepasar los 844,83 euros por mes y también está limitada en función de los recursos del supérstite.

5. PaCS, parentesco y filiación

El PaCS no tiene incidencia alguna respecto de las reglas que gobiernan el parentesco y la filiación. La presunción de paternidad no se aplica a las parejas *pacseadas* (se trata simplemente de un indicio grave del art. 340 del Cód. Civ.). Tampoco pueden adoptar de manera plena ya que dicha forma de filiación está reservada a los cónyuges³¹. El PaCS regula las relaciones horizontales de la pareja pero se desentiende de las relaciones verticales de filiación. A tales efectos, las parejas heterosexuales *pacseadas* son asimiladas al concubinato. Así, la adopción intrafamiliar (adopción del hijo del cónyuge) está reservada únicamente a las parejas casadas (homosexuales o heterosexuales). Asimismo, las reglas relativas a la autoridad parental son independientes del PaCS. Ahora bien, también la ley francesa autoriza la adopción a cualquier persona mayor de 28 años (art. 343-1). Ello implica que un contratante de PaCS puede –a título personal y no en virtud de su vínculo con otra persona– adoptar a un menor.

6. Algunos aspectos de Derecho Internacional Privado

Las uniones convivenciales registradas en el extranjero producen efecto en Francia³². La ley 2009-526 del 12 de mayo de 2009 *de simplificación y de clarificación del derecho* introdujo una regla de conflicto de leyes para las uniones convivenciales en el artículo 515-7-1 del Código Civil francés que establece que las condiciones de formación y los efectos de una unión registrada así como su disolución están sometidos a las disposiciones materiales del Estado de la autoridad que ha procedido al registro; para que produzca efecto será necesario presentar la prueba de dicho registro traducida al francés por traductor público.

Como ejemplo, cabe señalar que la administración fiscal francesa ha considerado que son asimilados al PaCS el *Civil Partnership* bri-

³¹ El art. 343 establece que “La adopción podrá ser solicitada por dos esposos sin separación de cuerpos, casados desde hace más de dos años o con edad ambos de más de veintiocho años”.

³² KESSLER, G., *Les partenariats enregistrés en Droit International Privé*, L. G. D. J., Paris, 2004.

tánico, el contrato de *Cohabitation légale ou Wettelijke Samenwoning* belga, el *Registeret Partnerskab* danés, el *Registrerat Partnetshap* finlandés, el *Geregistreerd Partnerschap* holandés, el *Partenariat légal* luxemburgués, el *Eingetragene Lebenspartnerschaft* alemán, el *Registované Partnerství* checo, el *Registrirana Istospolna Partnerska Skupnost* esloveno, la *Unio establa de parella* catalana, el *Staðfesta Samvist* islandés, el *Registrat Partnerskap* noruego, la *Uniao de facto* portuguesa, el *Registrerat Partnerskap* sueco y los *Partenariats civils enregistrés* en Suiza³³.

En todo caso, dichas uniones no pueden producir en Francia mayores efectos que aquellos producidos por el propio PaCS y no pueden ser contrarias al orden público francés. Así, por ejemplo, un contrato de cohabitación belga celebrado entre hermanos no producirá efectos en Francia independientemente de la nacionalidad de los contratantes ya que la prohibición de celebración del PaCS entre colaterales (art. 515-2) es de orden público³⁴.

El reconocimiento del PaCS en el extranjero depende del orden jurídico de cada país. Muchos países adoptan la misma regla, sobre todo aquellos que tienen formas convivenciales similares. El problema se presenta en determinados países que reconocen únicamente la unión convivencial registrada a las parejas homosexuales como sucede con el Reino Unido. En tal caso, una pareja homosexual *pacseada* en Francia será reconocida como una unión civil en el Reino Unido pero una pareja heterosexual en la misma situación será asimilada a una unión libre.

7. Algunos datos sociológicos

El PaCS se inspira en los equivalentes escandinavos (*registered partnerships*) con la diferencia de que no está reservado a las parejas del mismo sexo. Desde su creación en 1999 casi tres millones de personas han celebrado un PaCS y más de quinientos mil han puesto

³³ Instr. 30 déc. 2009, BOI 7 G-2-10, 13 janv. 2010 et Instr. 29 déc. 2009, BOI 5 B-4-10, 13 janv. 2010.

³⁴ Dicha regla fue considerada conforme al Convenio por la Corte Europea de Derechos Humanos: CEDH, gde ch., 29 avr. 2008, “Burden c/Royaume-Uni”, req. N° 133378/05, AJDA 2007. 902, chron. J.-F. Flauss.

fin a dicho contrato³⁵. En 2012, el 40% de las uniones han tomado la forma del PaCS (241.000 matrimonios y 160.325 PaCS)³⁶. El 4% de los PaCS son celebrados entre personas del mismo sexo. Desde el año 2011 se puede celebrar el PaCS ante notario. En 2012, aproximadamente el 10% de los PaCS se han realizado en oficinas notariales; dicha cifra se explica por el costo del trámite (aproximadamente 300 euros). Las personas con más alto grado de educación escogen mayoritariamente el PaCS (60% contra 40% de los que eligen el matrimonio poseen un diploma universitario). Del mismo modo, las personas que declaran no practicar ninguna religión son mucho más numerosas en el PaCS que en el matrimonio³⁷. Las parejas que optan por el PaCS tienen una visión de los papeles de género mucho menos estereotipada que aquellos que optan por el matrimonio. El nacimiento de un hijo determina también la elección del matrimonio (66% contra 42%).

Dichos datos ponen de manifiesto el carácter universal del PaCS pues aunque la ley ha sido creada pensando principalmente en las parejas del mismo sexo como un paliativo al matrimonio, hoy día son mayoritariamente las parejas heterosexuales las que optan por dicho contrato.

III. Matrimonio

En Francia, como en todos los países que han reconocido el *ius nubendi* a las parejas del mismo sexo, la adopción del mismo fue posible gracias a tres factores fundamentales. En primer lugar, la modificación de la visión del matrimonio concebido no ya como un vínculo entre familias sino como una elección íntima y personal³⁸, en segundo lugar el combate del feminismo que hizo posible disociar la sexualidad

³⁵ Infostat Justice, fév. 2014, N° 126, *Le profil des pacsés*.

³⁶ El número de PaCS respecto del matrimonio no ha cesado de aumentar. Así en el 2000 se registraban 15.000 PaCS por 300.000 matrimonios aproximadamente: RAULT, Wilfried y LETRAIT, Muriel, *Formes d'unions différentes, profils distincts ? Une comparaison des pacsés.e.s en couple de sexe différent et des mariés.e.s*, *Sociologie* 3/2010 (vol. 1), ps. 319-336.

³⁷ RAULT y LETRAIT, ob. cit. (cuadros 2 y 3).

³⁸ GIDDENS, A., *La transformation de l'intimité. Sexualité, amour et érotisme dans les sociétés modernes*, traducido del inglés por J. Mouchard, La Rouergue/Chambon, Paris, 2004, p. 265.

de la reproducción lo que permitió también separar (en el imaginario social) al matrimonio de la reproducción³⁹ y por último la movilización del movimiento gay en la lucha contra el sida⁴⁰, que puso de manifiesto la precariedad jurídica de las parejas del mismo sexo ante la tragedia de la epidemia⁴¹. En ese contexto y doce años después de que por primera vez un país en el mundo permitiera el matrimonio a las parejas homosexuales (Holanda, 2001), Francia, luego de haber otorgado el PaCS en 1999 y celebrado un matrimonio gay en 2004 (invalidado por la justicia)⁴², se convierte en el séptimo país europeo en legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo.

La ley 2013-404 del 17 de mayo de 2013 hizo posible el acceso al matrimonio a las parejas homosexuales⁴³ al poner fin a la diferencia de sexo como *conditio sine qua non matrimonii*. El nuevo artículo 143 del Código Civil francés, fruto de dicha ley, establece que “el matrimonio es contraído por dos personas de sexo diferente o del mismo sexo”. Los términos “marido y mujer” fueron reemplazados por “cónyuges”. En el marco de control de constitucionalidad, el Consejo constitucional ha considerado la ley conforme a la Constitución⁴⁴. Del mismo modo, ha estatuido que los alcaldes (en tanto que representantes del Estado civil) no pueden prevalerse de la objeción de conciencia como excusa para no celebrar un matrimonio entre personas del mismo sexo⁴⁵.

³⁹ CHAPERON, S., *L'histoire contemporaine des sexualités en France*, en *Vingtième Siècle. Revue d'histoire* 3/2002 (Nº 75), ps. 47-59.

⁴⁰ PHILIPPE, A., *Lutte contre le sida, PaCS et élections municipales. L'évolution des expériences homosexuelles et ses conséquences politiques*, en *Sociétés contemporaines* 1/2001 (Nº 41-42), ps. 83-110.

⁴¹ BORRILLO, D., *Le mariage homosexuel: Hommage de l'hérésie à l'orthodoxie*, en *La sexualité a-t-elle un avenir?*, PUF, coll. “Forum Diderot”, Paris, mars 1999, ps. 39-54.

⁴² BORRILLO, D., *Histoire du mariage pour tous: les origines provinciales*, in *Médiapart*: <http://blogs.mediapart.fr/blog/daniel-borrillo/290113/histoire-du-mariage-pour-tous-les-origines-provinciales>.

⁴³ Para una análisis profundizado de la ley ver: BORRILLO, D. y FLORES RODRÍGUEZ, J., *La reforma del Derecho de Familia en Francia: A propósito del Proyecto de Ley Nº 344 de 7 de noviembre de 2012 de apertura del matrimonio a las parejas del mismo sexo*, en *Actualidad Civil*, Nº 4, Madrid, abril de 2013, ps. 444-471.

⁴⁴ Decisión 2013-669 del Consejo Constitucional del 17-5-2013.

⁴⁵ Cuestión prioritaria de constitucionalidad (QPC 2013-353 del 18-10-2013)

La ley de 2013 permite asimismo el acceso a la adopción plena por las parejas del mismo sexo pero mantiene la prohibición de las técnicas de reproducción asistida, reservadas a las uniones heterosexuales. Respecto de la adopción intrafamiliar, la situación jurisprudencial ha evolucionado recientemente. El tribunal de Versalles la había denegado a una pareja de lesbianas que acudieron a Bélgica para inseminarse considerando que “el procedimiento que consiste en beneficiarse de una asistencia médica a la procreación prohibida en Francia y luego solicitar la adopción del niño, concebido conforme a la ley extranjera pero en violación con la ley francesa constituye un fraude [...] y se prohíbe entonces la adopción del niño concebido ilegalmente”⁴⁶. Sin embargo, seis meses antes, otro tribunal había acordado la adopción plena intrafamiliar a una pareja de mujeres⁴⁷. Finalmente, la Corte de casación en un parecer del 22 de septiembre 2014 considera que “el recurso a la asistencia médica a la procreación, bajo la forma de una inseminación artificial con donante anónimo en el extranjero, no constituye un obstáculo para el pronunciamiento judicial de la adopción, en favor de la esposa de la madre, del niño nacido por dicha procreación en tanto que las condiciones legales de la adopción estén reunidas y sean conformes al interés del niño”⁴⁸. De ahora en adelante, las cónyuges de las madres biológicas que han recurrido a la procreación asistida en el extranjero podrán adoptar a los hijos de estas últimas en las mismas condiciones que lo hacen las parejas heterosexuales. Lo más simple, sin embargo, habría sido extender el principio de presunción de paternidad a las parejas del mismo sexo como lo ha hecho la ley española.

Volviendo a las relaciones horizontales de pareja, cabe recordar que el matrimonio es un acto público, celebrado por el alcalde de la

dirigida contra una circular del 13-6-2013 del Ministerio del Interior relativa a las consecuencias del rechazo ilegal de celebrar un matrimonio.

⁴⁶ TGI Versailles, 29 avr. 2014 (3 jugements), D. 2014.1041; AJ fam. 2014. 368, obs. C. Mécar, et 267, obs. A. Dionisi-Peyrusse; Dr. fam. 2014. Comm. 113, note P. Reigné.

⁴⁷ TGI Lille, 17-10-2013.

⁴⁸ Ver Corte de Casación: http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/avis_cour_15/integralite_avis_classes_annees_239/2014_6164/22_septembre_2014_1511_6868/15011_22_30158.html.

comuna en la que uno de los cónyuges (o uno de sus padres) tenga su domicilio o residencia a la fecha de publicación del edicto o las proclamas matrimoniales (art. 165). La ley de 2013 ha permitido a los ciudadanos franceses residentes en el extranjero contraer nupcias en la comuna francesa de su elección cuando sea imposible dicho acto en el país de residencia. De la misma manera, la circular del 29 de mayo de 2013 permite a los ciudadanos de los países donde la homosexualidad es considerada un delito que los edictos matrimoniales no sean publicados para proteger a dichos ciudadanos que contraen nupcias en Francia. Asimismo, la ley de 2013 ha introducido un nuevo artículo en el Código laboral que establece que “ningún empleado puede ser sancionado, despedido o ser objeto de discriminación por haber rechazado, en razón de su orientación sexual, una mutación geográfica hacia un Estado que penalice la homosexualidad”⁴⁹.

En virtud de ciertas convenciones binacionales que hacen primar el derecho nacional respecto de las condiciones de fondo del matrimonio, los ciudadanos de los siguientes países no podrán unirse en Francia con personas de su mismo sexo (Argelia, Bosnia, Camboya, Kosovo, Laos, Marruecos, Montenegro, Polonia, Serbia, Eslovenia y Tunes)⁵⁰. Como el matrimonio igualitario se encuentra prohibido en dichos países, no puede autorizarse en Francia inclusive si uno de los miembros de la pareja es francés⁵¹. Sin embargo, una Corte de apelación ha considerado que la convención franco-marroquí del 10 de agosto de 1981, que prevé que para las parejas binacionales cada miembro obedece a la ley de su país de origen, no puede invocarse para oponerse a un matrimonio entre personas del mismo sexo en Francia pues se trataría de una situación discriminatoria⁵². El asunto se encuentra actualmente recurrido ante la Corte de casación.

⁴⁹ Art. L1132-3-2 del Código Laboral.

⁵⁰ Circular del Ministerio de la Justicia del 29-5-2013.

⁵¹ El origen de dichas convenciones habrá de buscarse en los procesos de descolonización de los años 60 a efectos de proteger a los ciudadanos franceses que permanecían en las antiguas colonias en las que por ejemplo una mujer musulmana no puede casarse con un hombre de otra religión. Es por ello que la convención hace primar el Derecho nacional (en este caso el francés) y no el Derecho del país de residencia.

⁵² CA Chambéry, 22-10-2013.

Del mismo modo, la gestación por sustitución (GPA) se encuentra completamente prohibida en Francia e inclusive la Corte de casación ha invalidado una circular del Ministerio de Justicia que permitía la inscripción de los niños (que tengan por lo menos un padre francés) nacidos por dicha técnica procreativa en países donde está autorizada. La cuestión del orden público francés parecía primar sobre el interés superior del menor para la justicia francesa. En efecto, la primera Sala Civil de la Corte de Casación en tres decisiones del 6 de abril de 2011 había estatuido que “considerando que se encuentra justificado el rechazo de transcripción de una partida de nacimiento establecida en ejecución de una decisión extranjera fundado en la contradicción con el orden público internacional francés de dicha decisión; que, según el Derecho positivo, es contrario al principio de indisponibilidad del estado civil (principio esencial del Derecho francés) hacer producir efectos, respecto de la filiación, a un contrato de gestación por sustitución el cual siendo lícito en el extranjero es sin embargo nulo de nulidad de orden público en Francia conforme a los artículos 16-7 y 16-9 del Código Civil”⁵³.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha condenado a Francia por dicha interpretación judicial (“*Mennesson c/Francia*” del 26-6-2014), los jueces de Estrasburgo han estimado que el artículo 8º del Convenio (derecho a la vida privada y familiar) se aplica: los esposos Mennesson que tuvieron dos niñas por GPA en California se ocupan de sus mellizas “como padres desde su nacimiento, y los cuatro viven juntos de una manera que no se diferencia en nada de la vida familiar clásica”, señala el comunicado del Tribunal, quien asimismo subraya que el derecho a la identidad “es parte íntegra de la noción de vida privada y que existe una relación directa entre la vida privada de los niños nacidos de una gestación por sustitución y la determinación jurídica de su filiación”. Si el Tribunal admite un margen de apreciación del Estado por falta de consenso sobre la cuestión, sin embargo, dicho margen debe ser “reducido cuando se trata de filiación pues se compromete un aspecto esencial de la identidad de los individuos” y las

⁵³ Arrêt N° 369 du 6 avril 2011 (09-66.486); Arrêt N° 370 du 6 avril 2011 (10-19.053); Arrêt N° 371 du 6 avril 2011 (09-17.130).

mellizas se encuentran “en una inquietante situación de incertidumbre respecto de la posibilidad de verse reconocida la nacionalidad francesa”. Por último, recuerda el Tribunal que es el interés del niño que debe guiar al juez sobre todo cuando uno de los padres es un progenitor biológico.

Conclusión

La coexistencia de tres formas jurídicas de cohabitación se encuentra justificada por los diferentes grados de compromiso que las parejas –que optan por una u otra de dichas formas– desean para la organización de su vida en común. La jerarquía entre la unión libre, el PaCS y el matrimonio se corresponde con la manera más o menos pública con la que los individuos entienden organizar su vida familiar. A mayor grado de publicidad, mayor grado de formalidad y más derechos, pero también un número más importante de obligaciones y una mayor estabilidad. La existencia de tres modelos permite evitar la “matrimonialización”⁵⁴ de la unión libre así como garantizar a los miembros de la pareja y a los terceros un mínimo de derechos sin necesidad de contraer matrimonio.

El éxito del PaCS en Francia se explica como alternativa a un sistema matrimonial aún demasiado rígido tanto para su celebración cuanto para su ruptura. Contrariamente al matrimonio, el PaCS puede celebrarse ante notario y sólo la voluntad unilateral de una de las partes es necesaria para poner fin al contrato. La burocracia del Registro Civil y de los tribunales, inexistentes en el PaCS, lo hacen particularmente atractivo aunque los derechos sean menores que aquellos relativos al matrimonio. En muchos casos, particularmente para las parejas heterosexuales, el PaCS aparece como la antecámara del matrimonio hasta el momento de la llegada de los hijos.

⁵⁴ BORRILLO, D., *El pacto civil de solidaridad: ¿contractualización del matrimonio o matrimonialización de la convivencia “more uxorio”?*, en *Revista pluridisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, N° 46, *Las relaciones de hecho en la familia*, dir. por Cecilia P. Grosman, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, julio-agosto de 2010, ps. 39-49.

Si la “jerarquía de conyugalidades” se encuentra justificada en la mayoría de los casos, respecto del acceso a las técnicas de reproducción asistida y a la adopción conjunta de la pareja dicha diferencia constituye, de mi punto de vista, una discriminación. En efecto, no existe razón alguna para prohibir la adopción a las parejas no casadas o impedir la procreación artificial a las parejas de mujeres. Dichas cuestiones constituyen los próximos desafíos del legislador francés en la materia.

Cuadro comparativo de las diferentes formas de unión

	Matrimonio	PaCS	Concubinato
Forma	Acto formal celebrado ante magistrado municipal encargado del Registro Civil e inscripto en las partidas de nacimiento	Declaración conjunta ante el secretario judicial del tribunal de instancia o acto notarial inscripto en las partidas de nacimiento	Unión de hecho exenta de forma
Obligaciones recíprocas	Residencia común. Socorro, asistencia material y moral. Fidelidad. Relaciones sexuales. Contribución proporcional a las cargas del hogar. Solidaridad por deudas del hogar y de la educación de los hijos	Residencia común. Asistencia material y moral. Relaciones sexuales. Solidaridad por deudas del hogar	Ninguna
Propiedad de bienes	Gananciales salvo que se establezca por convención la comunidad universal o la separación de bienes	Principio de la separación de bienes, posibilidad de optar por la indivisión por mitad de los bienes gananciales	Cada uno es propietario de los bienes salvo que en el acto de compraventa se establezca la indivisión. En ningún caso se puede

	Matrimonio	PaCS	Concubinato
			optar por una indivisión general
Poder sobre los bienes	Comunidad legal: cada cónyuge puede administrar los bienes comunes. Los actos dispositivos necesitan del acuerdo de ambas partes salvo que opten por la separación de bienes	Cada parte conserva la administración y la libre disposición de los bienes personales salvo que hayan optado por la indivisión	Cada parte gestiona sus propios bienes y si existen bienes en indivisión son administrados por ambas partes
Contrato de locación	En caso de muerte o abandono del locatario, el cónyuge superviviente se subroga en el contrato de alquiler	En caso de muerte o abandono del locatario, el superviviente se subroga en el contrato de alquiler	En caso de muerte o abandono del locatario el concubino superviviente se puede subrogar a condición de notoriedad y de vida común de un año
Impuesto a las ganancias	Imposición común y solidaria	Imposición común y solidaria	Imposición separada y ausencia de solidaridad
Derechos sociales	El cónyuge sin cobertura social se beneficia de la del otro cónyuge. Indemnización por fallecimiento. Pensión de viudez. Pensión de reversión	El <i>partenaire</i> sin cobertura social se beneficia de la del otro. Indemnización por fallecimiento. Ninguna pensión	El concubino sin cobertura social se beneficia de la del otro concubino. Ninguna pensión ni indemnización

	Matrimonio	PaCS	Concubinato
Derechos laborales	4 días de licencia por matrimonio. 2 días por muerte del cónyuge. 1 día por muerte de suegro o suegra. Vacaciones conjuntas	4 días de licencia por PaCS. 2 días por muerte del <i>partenaire</i> . Ninguno. Vacaciones conjuntas	Ninguno
Derechos sucesorios	Sucesión <i>ab intestato</i> . Exoneración de derechos sucesorios <i>mortis causa</i> y exoneración del impuesto a la sucesión <i>inter vivos</i> hasta 80.724 euros	Sucesión testada. Exoneración de derechos sucesorios <i>mortis causa</i> y de impuesto a la sucesión <i>inter vivos</i> hasta 80.724 euros	Sucesión testada. Inexistencia de exoneración de derechos sucesorios. Exoneración hasta 1.594 euros por donación
Adopción	Adopción conjunta y adopción intrafamiliar	Adopción individual	Adopción individual
Procreación asistida	Pareja heterosexual estéril	Pareja heterosexual estéril, dos años de vida en común	Pareja heterosexual estéril, dos años de vida en común
Ruptura	Divorcio judicial	Ruptura de común acuerdo o unilateral con información a la otra parte y copia al notario o al secretario judicial. Un matrimonio posterior pone fin automáticamente al PaCS	Ruptura de común acuerdo o unilateral sin información o declaración alguna

UNIONES LIBRES, CONVIVENCIALES Y CONYUGALES EN EL DERECHO FRANCÉS

	Matrimonio	PaCS	Concubinato
Derechos de extranjeros	Obtención de permiso de residencia	Elemento de apreciación para la obtención del permiso de residencia	Elemento de apreciación para la obtención del permiso de residencia
Protección penal por violencia familiar	Sí	Sí	Sí

