

LA ESPECIAL SITUACIÓN DE DESIGUALDAD EN LA QUE SE DESENVUELVEN LAS MUJERES TRAS LA RUPTURA DE LAS UNIONES DE HECHO.

MARÍA DEBÉN ALFONSO

*Asesora Xurídica do Centro de Información á Muller
A Coruña*

Antes de entrar a analizar los efectos que se derivan de las uniones de hecho y las distintas alternativas que se nos presentan respecto de su posible regulación, quisiera hacer una breve referencia a las razones o motivos que han dado lugar en los últimos años a una proliferación de esta forma de convivencia, y en definitiva, a un profundo debate sobre las consecuencias jurídicas que se derivan de esta realidad social.

A primera vista pudiera parecer que la principal razón para el nacimiento de uniones al margen de la institución del matrimonio, obedece al rechazo que una gran mayoría de hombres y mujeres siente hacia dicha institución matrimonial, como única vía de formar una familia; rechazo fruto de una reflexión y un debate profundo entre ambos miembros de la pareja, que conduce a un posicionamiento firme y decidido de mantenerse al margen de una relación, la matrimonial, investida de una formalidad y una solemnidad que rechazan.

Si bien esta es una de las razones más importantes, y la más merecedora de análisis, y ello por respeto a la autonomía de la voluntad de los miembros de la pareja, la realidad social nos pone de manifiesto que no es la única, y que las razones o motivos aducidos para iniciar o para mantener una relación al margen de la institución matrimonial, pueden también proporcionar las claves sobre las consecuencias que se pueden devenir de una posible ruptura, con importantes consecuencias para los integrantes de la misma, sobre todo para aquellos o aquellas que ocupan una situación menos favorecida.

Dicho análisis de la realidad social nos conduce a preguntarnos si en todas las uniones de hecho que conforman el panorama social la decisión de este tipo de uniones es tan “libre” como a primera vista parece, o si obedece a otros motivos o factores en los que el posicionamiento de los miembros de la pareja no es tanto el producto de la reflexión y la

decisión común, cuanto la búsqueda de una alternativa ante una peculiar situación en la que algún miembro de la pareja se encuentra, ya no tan deseada como quisiera.

Me estoy refiriendo dentro de este segundo grupo a aquellas uniones cuyo origen deviene de causas ajenas a la voluntad de la pareja, entre las cuales se encuentran aquellas situaciones en que los miembros de la unión conviven sin contraer matrimonio, a la espera de que transcurran los plazos previstos por la Ley para obtener la disolución de un matrimonio anterior; o con mayor incidencia a aquellos otros supuestos en los que las deterioradas condiciones económicas de uno de sus miembros, normalmente las mujeres, les introduce en una dinámica, que con el transcurso de los años alejan su panorama personal y familiar de ese **“idílico nuevo modelo de familia fundado en la afectividad, el consentimiento y la solidaridad libremente aceptados”** acercándolo mucho más a una situación de **absoluta desprotección económica y de dependencia** en la que se desenvuelven, ya no sólo ellas sino que en la mayoría de los supuestos acompañadas de sus hijos menores.¹

La constatación expresa de la especial situación de desigualdad en la que se desenvuelven las mujeres que desarrollan su vida personal y familiar a través de una convivencia alejada de la regulación que la institución matrimonial les pudiera otorgar, es un presupuesto que a la vista de la realidad de los últimos años nadie puede negar, y un análisis que no podemos dejar aparcado en un segundo plano a la hora de delimitar si la opción por la llamada “unión libre” es una opción válida para la consecución de una sociedad más justa, y a la hora de plantear los posibles modelos de regulación.

El último informe sobre exclusión social emitido por Cáritas, entidad en modo alguno sospechosa de radicalidad, correspondiente al pasado año 1999, manifiesta que el “Rostro de la Pobreza” ha variado; ha pasado de ser un varón de aproximadamente 40 años, afectado de graves problemas de alcohol o drogodependencia, para pasar a recaer en inmigrantes provenientes de países del Este o del área del Magreb, y fundamentalmente en mujeres jóvenes con hijos menores a cargo, fruto de la ruptura conyugal o de convivencias de hecho.²

“LA POBREZA EN DEFINITIVA TIENE ROSTRO DE MUJER”

El análisis de las condiciones de vida de las uniones de hecho en la realidad española nos pone de relieve que el desarrollo de la vida en común de los miembros de la pareja no

¹ Quisiera resaltar que casi todos los supuestos que han requerido una resolución por parte del TS y el TC en materia de reconocimiento de efectos a las parejas de hecho han sido instados por mujeres.

² La misma reflexión se contiene en el Informe sobre Discriminación, marginación y exclusión social en Galicia emitido por el Valedor do Pobo en noviembre de 1998, y cuyas conclusiones causaron un cierto malestar entre esta Institución y el Gobierno autonómico.

difiere en casi nada, en la mayoría de los casos, del esquema de vida de los cónyuges que desarrollan su vida bajo los parámetros del matrimonio legalmente constituido: el reparto de tareas en función del sexo, la diferencia en el acceso a la formación y al mercado de trabajo de sus miembros, la discriminación en el uso del tiempo, el paulatino empobrecimiento de las mujeres, la falta de corresponsabilidad en la atención de los menores y mayores dependientes, o el ejercicio de la violencia de género dentro del hogar, son circunstancias que se dan cualitativa y cuantitativamente igual en el matrimonio legalmente establecido y en las uniones al margen de la institución; con la particularidad de que ante los supuestos de ruptura y consiguiente precariedad de medios de uno de los miembros, normalmente acompañados de sus hijos e hijas, han tenido que ser los Tribunales de Justicia, tan reacios en otros tiempos a reconocer efectos a las uniones extramatrimoniales, los que sobre la base de tratarse de una realidad social aceptada mayoritariamente han ido aplicando soluciones coyunturales o de mera emergencia ante las cuestiones concretas que se les han ido planteando, reconociendo al HECHO JURIDICO de la unión paramatrimonial como fuente de eventuales consecuencias en el orden jurídico.

Sin embargo es evidente que este desarrollo jurisprudencial ha sido insuficiente, y la grave problemática que en muchas ocasiones se deriva de las uniones de hecho reclama una mayor dedicación por parte del legislador; el problema surge a la hora de delimitar cual es la solución más idónea. En principio se admiten básicamente dos posibilidades:

1.- La primera de ellas consiste en la regulación parcial de algunos efectos jurídicos de la convivencia de hecho. Este es el sistema seguido hasta ahora por nuestro ordenamiento jurídico, que se caracteriza por regular de modo fragmentario algunos efectos jurídicos de la convivencia de hecho, asimilando esta relación familiar al matrimonio en determinadas situaciones, siendo destacables: **el art. 101 del Código Civil** relativo a la posible extinción de la pensión por desequilibrio en el supuesto de convivencia marital; o **el 320 del Código Civil** relativo a la emancipación del menor cuando el progenitor que ejerce la Patria Potestad conviviere maritalmente con persona distinta del otro progenitor; **la disposición adicional décima de la ley 30/1981 de 7 de julio** que reconoce el derecho a las prestaciones de seguridad social; **la Ley 21/1987 de 11 de noviembre reguladora de la Adopción**; **el art. 23 del Código Penal** relativo a la circunstancia mixta de parentesco **el art. 153 del Código Penal** que contempla al conviviente e incluso al ex conviviente en relación con el delito de violencia habitual; **el art. 424** relativo al delito de cohecho; **los arts 443, 444.2, 454 y 617.2 del Código Penal**; **la Ley 5/1984 reguladora del Derecho de Asilo**; **la Ley Orgánica del Poder Judicial** de 1 de julio de 1985; **La Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida**; **La Ley 29/1994 de Arrendamientos Urbanos**, **la Ley 30/1995 de ordenación y supervisión de seguros privados**; o **la Ley de 11 de diciembre de 1995 que regula las Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos violentos y contra la Libertad Sexual**, entre otras.

2.- La segunda opción que tiene el legislador consiste en otorgar a la unión de hecho un

estatuto legal propio, opción que si bien en principio permitiría poner en manos de los jueces y tribunales instrumentos más eficaces para la resolución de los conflictos que se les planteen, no deja de producir un profundo escepticismo, si el mismo no va acompañado de una reforma sustancial del Código Civil en toda la materia de Derecho de Familia y sobre todo de un cambio profundo de las estructuras sociales que permitan a ambos convivientes participar en pie de igualdad en la toma de decisiones a través de una modificación de la concepción tradicional del reparto de papeles en función del sexo; y en definitiva evitar que la ruptura de dicha convivencia suponga situar a una de las partes en una situación de **absoluta indefensión**.³

Al tratar de analizar los efectos legales que se derivan en la actualidad de las uniones de hecho se observa, que muchas son las cuestiones cuya falta de regulación específica ha tenido que ser suplida por remisiones a otras instituciones jurídicas o simplemente ante su imposibilidad de equiparación se han mantenido fuera de la protección que al ordenamiento jurídico le corresponde otorgar:

La problemática de la vivienda, la de los alimentos, el acceso a una posible pensión por desequilibrio, la liquidación del patrimonio adquirido durante la convivencia extramatrimonial, las donaciones entre convivientes, la imposibilidad del acceso a la pensión de viudedad, la problemática derivada de la adopción o las cuestiones competenciales y procesales que se pueden presentar ante el silencio de la ley, son cuestiones que requieren un análisis difícil abarcar; pero sí quisiera referirme a cuatro de esas cuestiones concretas, por considerar que su desarrollo jurisprudencial, y legislativo en su caso, han desenvocado en una especial diferencia de trato con importantes perjuicios para las mujeres.

Los alimentos, la posible pensión por desequilibrio, y la atribución del uso de la vivienda en las situaciones de ruptura de la unión de hecho, con relación al tratamiento dado por parte de los tribunales; y en segundo lugar la relativa a la posible adopción por parte de parejas no casadas que habiendo sido ya tratadas por el legislador considero merecen una destacada atención.

PRIMERA:- Alimentos.

La obligación de alimentos entre parientes viene regulada en los arts. 142 a 153 del CC. En estos preceptos la ley impone a un grupo restringido de familiares la obligación de proporcionarse alimentos entre sí cuando exista una situación de necesidad y la persona

³ En la actualidad se encuentran en trámite parlamentario las Propuestas de ley del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria y la del Grupo Popular, habiendo sido presentadas tres nuevas propuestas los días 6 y 27 de abril y 5 de mayo, correspondientes a los grupos Izquierda Unida, Grupo Socialista y Convergencia i Unió, proposiciones cuyo resultado todavía desconocemos.

obligada tenga capacidad económica para facilitarlos, todo ello con fundamento en el principio de solidaridad. Entre las personas obligadas a darse recíprocamente alimentos se encuentran los cónyuges, y ello sobre la de los deberes de ayuda y socorro mutuo a que hacen referencia los arts. 67 y 68 del CC.

Sin embargo estos efectos personales derivados del matrimonio no pueden ser aplicables a los convivientes, y en este sentido se expresa la doctrina mayoritaria, y ya no solo la española sino la más cercana como puede ser la francesa e italiana.

La razón estriba en que no cabe la obligación legal de alimentos regulada en los arts. 142 y ss pues los integrantes de una unión de hecho no están ligados por un vínculo conyugal o de parentesco. La obligación corresponde activa y pasivamente a un grupo restringido y señalado taxativamente por la ley. Surgirá y existirá si se quiere, una obligación natural fruto de la recíproca solidaridad y asistencia libremente aceptada, mas no generará un derecho exigible ni posibilitará el ejercicio de ninguna acción con tal finalidad.

La doctrina y las Audiencias Provinciales se muestran unánimes en este punto; así y sobre la base de una posible invocación analógica del art. 143 la Audiencia Provincial de Barcelona en Sentencia de 3 de noviembre de 1992, declaró que “la analogía no existe pues **no se da identidad de razón** entre el supuesto legalmente regulado y el que se trata de resolver.

La diferencia ha sido claramente percibida en sede constitucional por la sentencia del Tribunal Constitucional 184/1990⁴, según la cual la propia naturaleza de la unión de hecho que se mantiene en todo momento por la sola voluntad de cada uno de los convivientes, es contradictoria con la imposición a éstos de un genérico deber de asistencia o de darse alimentos entre sí, que les privaría de su libertad para poner fin a la unión existente de hecho.

Frente a esta interpretación generalizada de la Jurisprudencia y la Doctrina se alza la Xunta de Galicia, y a través de la Ley 1/1999 de 5 de febrero⁵ al regular la RISGA establece en su art. 10,1 que “sólo se concederá una renta de integración social por “Unidad de convivencia independiente”, precisando en su apartado 2º “ que se considerará unidad de convivencia independiente a las personas que vivan solas, y en su caso **al conjunto de personas que convivan en el mismo marco físico y se encuentren vinculadas por matrimonio o cualquier otra forma de relación estable análoga a la conyugal**”, lo que implica que a la hora de ser solicitada la RISGA serán tenidos en cuenta los ingresos de aquel

⁴ RTC 1990/184.

⁵ La Ley 9/1999 de 5 de febrero modifica la Ley 9/1991 de medidas básicas para la inserción social.

con el que se conviva.

La consecuencia de dicha disparidad conduce a la situación perversa de que no exista fundamento jurídico alguno para exigir la prestación de alimentos, y a la vez dicha convivencia constituya un impedimento para tener acceso a la prestación social. Desde luego no está carente de fundamento la apreciación que muchos ciudadanos y ciudadanas tienen de que el mundo del Derecho, a veces se desenvuelve al margen de un mínimo de sentido común.

Sobre la validez de los pactos de alimentos entre convivientes, hoy en día ha dejado de tener vigencia el criterio jurisprudencial que declaraba nulos, por ilicitud de la causa o del objeto los convenios celebrados entre convivientes al considerar que éstos se oponían a la moral y al orden público, siempre que su contenido sea patrimonial, y ello haciendo uso de la autonomía de la voluntad que consagra el art. 1255 del Código Civil.⁶

En cuanto a las dos Comunidades, Cataluña y Aragón que cuentan con una ley de parejas de hecho, en ambas se contempla esta obligación con preferencia a cualquier otro obligado.⁷

La misma argumentación servirá respecto de la reclamación de alimentos producida con posterioridad a la ruptura, y sobre todo teniendo en cuenta que la más reciente jurisprudencia tampoco reconoce el derecho de alimentos a los cónyuges en los casos de separación matrimonial, y ello sobre la base de que el art. 91 del CC está referido a levantamiento de las cargas, y que cualquier reclamación económica asistencial entre cónyuges en separación, ha de encontrar su único cauce a través de la pensión compensatoria.⁸

En conclusión:

1. - Entre los integrantes de una unión de hecho no existe el derecho legal de alimentos, pero dicha unión va a servir de impedimento para acceder, en el caso de Galicia, a la Renta de Integración Social.

⁶ Conviene destacar que la Proposición de Ley presentada por el Grupo de Coalición Canaria propone la modificación de los arts. 143 y 144 del CC en el sentido de extender a los convivientes la obligación de prestarse alimentos.

⁷ Art. 7.2 de la Ley 10/1998 de 15 de julio de Cataluña; y Art. 7.2 de la Ley 6/1999, de 26 de marzo de Aragón.

⁸ Así se ha manifestado diversas sentencias de 15, 16 de junio y 22 de noviembre de 1992 de la Audiencia Provincial de Madrid, y más recientemente el Auto de 28 de febrero de 1997.

2. - Los convivientes pueden reconocer en virtud de pacto ese derecho, mientras dure la unión y para el supuesto de su extinción.

SEGUNDA: Pensión compensatoria

El punto de arranque de la cuestión procede de la constatación real de que la ruptura de la relación, en muchas ocasiones, genera importantes perjuicios a uno de los miembros de la pareja, especialmente cuando la relación se ha prolongado en el tiempo y el conviviente que toma la decisión de romper la unión es el que aportaba los recursos necesarios para el mantenimiento de la pareja, quedando el otro conviviente en peor situación económica.

Con carácter general la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria ha partido de la afirmación de que la ruptura no implica el deber de indemnizar, ya que los convivientes han aceptado crear una unión al margen del matrimonio.

Indudablemente sí existirá esa obligación cuando los convivientes hayan pactado, y ello con fundamento en el art. 1255 del CC; pero la duda radica en si sería posible en nuestro derecho admitir la aplicación analógica de la pensión por desequilibrio económico, prevista para los casos de separación o divorcio en el art. 97 del CC, a las parejas de hecho o en caso contrario si hay que acudir a otras vías.

La Jurisprudencia se opone de una forma generalizada a esta aplicación analógica, por considerar que aceptarla implicaría que habría que imponer a los convivientes los mismos derechos y deberes que la institución matrimonial.⁹

Creo que el razonamiento es impecable, pero lo que llama la atención es que a pesar de que la convivencia en las parejas de hecho no puede generar la pensión compensatoria, el legislador si ha tenido en cuenta la convivencia en pareja como causa de extinción de la pensión por desequilibrio derivada de una separación o divorcio, y ello a tenor del art. 101 del CC que prevé la extinción de la misma cuando la perceptora conviva maritalmente con otra persona; y llama la atención sobre todo si tenemos en cuenta que dicho reconocimiento del legislador fúe de los primeros que se hizo en el texto articulado del CC¹⁰. Realmente resulta contradictorio que la relación de hecho se equipare al matrimonio para poner fin a la pensión compensatoria, mientras que se rechaza tal equiparación para hacer nacer el derecho a la pensión.

⁹ Así se ha pronunciado el TS en sentencias de fecha 11 de diciembre de 1992 (RJ 1992,9733); 30 de diciembre de 1994 (RJ 1994,10.391), AP de Guipúzcoa de 25 de octubre de 1993 (AC 1993,2086); AP de Asturias de 22 de junio de 1994 (AC 1993,2086); AP de Barcelona de 18 de septiembre de 1996 (AC 1996,1762); o AP Valencia de 13 de Octubre de 1998 (AC 1998,1918).

¹⁰ A través de la ley 30/1981.

Y si bien es impensable que dicha contradicción sea argumento suficientemente válido para permitir la equiparación, lo que asombra es la **contundencia de la jurisprudencia y la doctrina en contra de la equiparación favorable a las parejas de hecho, frente al tímido cuestionamiento del art. 101** que establece la equiparación sobre la base de evitar situaciones fraudulentas. Las varas de medir las situaciones fraudulentas son distintas dependiendo de quién sea el sujeto activo de ese posible fraude.

Sin embargo el desarrollo jurisprudencial ha permitido utilizar otros recursos legales, así:

1. -Cumplimiento de una obligación moral: La jurisprudencia española ha reconocido en dos sentencias de 9 de mayo de 1914 y 17 de octubre de 1932,¹¹ la validez de atribuciones patrimoniales realizadas por uno de los convivientes a favor del otro en cumplimiento de un deber moral; reconociendo “la obligación moral como causa lícita para asumir una obligación civil, y cuyo cumplimiento impone en consecuencia.

En cualquier caso la categoría de la obligación natural no resuelve la problemática corriente de la negativa de uno de los convivientes a asumir voluntariamente ese deber de prestar asistencia.

2. -La indemnización por ruptura sobre la base del artículo 1902 del CC:

La responsabilidad extracontractual prevista en el art. 1902 es considerada como una acción adecuada en aquellos supuestos de uniones extramatrimoniales en que uno de sus miembros ha sido víctima de la conducta dolosa por parte del otro conviviente.

Así la sentencia del TS de 16 de diciembre de 1996¹² contempla un supuesto de “seducción dolosa por promesa de matrimonio incumplida” fundamentando la indemnización en el art. 1902 del Código Civil.

También en los supuestos en los que la convivencia se rompe concurriendo circunstancias especialmente desfavorables para alguno de los convivientes. Así la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4ª de 25 de febrero de 1991 admite la posibilidad de que la ruptura unilateral pueda traer como consecuencia el deber de reparar los perjuicios. En sentido contrario se ha manifestado la Audiencia Provincial de Asturias de 22 de junio de 1994¹³.

¹¹ Ver CAROLINA MESA MARRERO: “Las uniones de hecho: análisis de las relaciones económicas y sus efectos”. Aranzadi 1999.

¹² RJ 1996,9020.

¹³ AC 1994,1156.

En cualquier caso aun aceptando la posibilidad de aplicar en determinados supuestos la acción que deriva de la responsabilidad extracontractual recogida en el art. 1902, no creo que sea el procedimiento adecuado para solventar las consecuencias negativas que puede producir la ruptura de una unión de hecho, y ello por que conlleva necesariamente la búsqueda de un culpable en un ámbito, el de las relaciones personales, difícil de delimitar.

3.- La indemnización por aplicación del principio de enriquecimiento injusto:

En el caso de la unión de hecho la acción de enriquecimiento injusto tiene posibilidades de prosperar cuando uno de los convivientes se haya aprovechado de los servicios o del trabajo realizado gratuitamente por el otro, enriquecimiento que puede ser positivo, cuando se traduce en un aumento del patrimonio, o negativo, cuando el aprovechamiento del servicio prestado por el otro conviviente ha evitado una serie de gastos que de otro modo hubiera tenido que realizar, incluyendo dentro de esos servicios el trabajo doméstico realizado durante la vida en común.

Una vez rechazada de forma unánime por la jurisprudencia la posible aplicación del art. 1438 del CC referido al régimen económico de separación de bienes, y en el que se contempla expresamente que “el trabajo para la casa dará derecho a obtener una compensación a la extinción del régimen”, parece que la vía del enriquecimiento injusto, es la única posibilidad de reconocer una compensación al trabajo doméstico.

Así se ha manifestado el TS en la sentencia de 11 de diciembre de 1992,¹⁴ siempre que en el supuesto enjuiciado se cumplan los requisitos de aumento del patrimonio de uno o en su caso la no disminución; el empobrecimiento correlativo del otro; la falta de causa que justifique el enriquecimiento, en la medida que no existe obligación de prestarse entre convivientes determinadas atenciones dentro del hogar; y por último el requisito de subsidiariedad, pues hasta la fecha no existe otra vía de reclamación.

En cualquier caso, las diversas propuestas analizadas, son las que tanto la doctrina como la jurisprudencia, a falta de una regulación legal, ha considerado como alternativas válidas para la solución de estos conflictos patrimoniales que con tanta frecuencia se presentan a diario ante los tribunales. Las circunstancias de cada caso concreto serán las que determinen si debe acudir a una u otra vía.

La Ley aragonesa y la catalana prevén la compensación económica cuando se haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente y al término de la vida en común se haya generado una situación de desigualdad entre el patrimonio de los dos convivientes; requiriéndose en el caso aragonés y a tenor del art. 7 de la Ley 6/1999 de 26 de marzo, que

¹⁴ RJ 1992,222

“el conviviente perjudicado haya contribuido económicamente o con su trabajo a la adquisición, conservación o mejora de cualquiera de los bienes comunes o privativos del otro miembro de la pareja estable no casada; o bien cuando el conviviente, sin contribución o con retribución insuficiente, se haya dedicado al hogar, o a los hijos comunes o del otro conviviente, o haya trabajado para éste”. En términos similares se regula en la Ley 10/1998 de 15 de julio de Uniones Estables de Pareja de Cataluña.

La atribución del uso de la vivienda familiar en las situaciones de ruptura de la unión de hecho.-

Quisiera analizar la problemática que provoca la ruptura de la pareja de hecho con relación al uso de la vivienda donde se ha desarrollado la convivencia familiar, especialmente cuando la titularidad de aquélla la ostenta uno de los convivientes y al finalizar la relación éste pretende que el otro abandone la vivienda. Es este campo donde se aprecia con mayor intensidad, por parte de la Jurisprudencia más reciente, la necesidad de cubrir los vacíos legales existentes en torno de las convivencias de hecho, acudiendo a los principios generales del Derecho.

Es indudable que es admisible un acuerdo expreso de la pareja, en virtud del cual deciden cuál de ellos continuará en el uso, y durante cuánto tiempo, en virtud de la aplicación del art.1255 del Código Civil.

Pero, fundamentalmente interesa saber si resulta viable la aplicación del art. 96 del Código Civil, previsto para los supuestos de separación, nulidad o divorcio, a las situaciones de crisis en la pareja de hecho. La doctrina se muestra favorable a la aplicación del art. 96.1 del CC cuando hay descendencia porque no está inspirado fundamentalmente en el vínculo familiar, sino en el interés de los hijos, y es claro que ninguna distinción es posible ni constitucional ni dentro del Código Civil entre hijos matrimoniales y no matrimoniales. En el mismo sentido se han ido manifestando resoluciones dictadas recientemente por distintas Audiencias Provinciales.¹⁵

En cuanto al TS, si bien se manifestó en contra en la Sentencia de 30 de diciembre de 1994¹⁶ apreciando la imposibilidad de aplicar por analogía las normas previstas para la crisis matrimonial, se produce un importante cambio por parte del TS con la sentencia de fecha 16 de diciembre de 1996¹⁷ y con posterioridad la de 10 de marzo de 1998¹⁸. En esta última se atribuyó el uso y disfrute de la vivienda a la conviviente sin hijos durante un plazo

¹⁵ Son destacables el Auto de la AP Barcelona, Sección Décima, de 27 de febrero de 1990, la Sentencia de la AP Barcelona de 16 de septiembre de 1992, sección 13 y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 12 de noviembre de 1998.

¹⁶ RJ 1994,10.391.

¹⁷ RJ 1996,9020.

¹⁸ RJ 1998,1272

de dos años, tras los cuales se aplicaría las reglas de la comunidad de bienes a que se refieren los arts. 392 y ss del CC, pues resultó probado que dichos bienes se habían adquirido por mitad y “pro indiviso”.

Lo importante de dicha resolución radica en que el fallo favorable a la atribución del uso de la vivienda familiar se basa no en la aplicación analógica del art. 96, sino en la aplicación del principio general consistente en “la protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho; principio que deriva de normas constitucionales (arts. 10,14 y 39 de la CE), de normas de derecho privado como el propio CC y la Ley de Arrendamientos Urbanos, y de la Jurisprudencia del TS y el Tribunal Constitucional en las que se reconocen derechos al conviviente perjudicado”.

En definitiva que el TS ha puesto de manifiesto que el vacío legal existente no puede suponer la desprotección de quienes sufren algún perjuicio derivado del cese de esta situación familiar, y ya no sólo en los casos de parejas con hijos sino incluso en las parejas de hecho sin hijos en las que el conviviente no propietario es el más necesitado de protección.

TERCERA- La adopción en las uniones de hecho:

Quisiera referirme por último a la adopción en las uniones de hecho con relación a dos cuestiones concretas: por una parte la diferencia de trato que se deriva de la aplicación de la Ley entre adoptantes unidos por vínculo conyugal y aquellos en los que no existe dicho vínculo, sobre todo atendiendo a que es una materia ya prevista por el legislador; y en segundo lugar la expresa vulneración del principio de igualdad en cuanto a la identificación de los progenitores de los recién nacidos, cuando dicho nacimiento no proceda de una unión conyugal.

Si bien en principio el art. 175, apartado 4º del CC establece que “fuera de la adopción por ambos cónyuges, nadie puede ser adoptado por más de una persona“, la disposición adicional tercera de la Ley 21/1987 de 11 de noviembre por la que se modificaron el CC y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción dispone que “las referencias de esta Ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables al hombre y a la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal”.

El hecho de que la introducción de la equiparación de la pareja estable al matrimonio se hubiese llevado a cabo a través de dicha disposición adicional fue muy criticada, llegando incluso algún autor a considerar que la razón estuvo en que de esa forma se evitaba que la equiparación entre matrimonio y parejas de hecho se incorporase de una manera definitiva al texto articulado del CC.

La introducción de esta disposición adicional permite adoptar conjuntamente, tanto a los cónyuges como al hombre y a la mujer que integren una pareja; sin embargo son varias las cuestiones que suscitan estos dos preceptos:

1º. -En primer lugar queda excluida la adopción en el supuesto de parejas homosexuales al referirse específicamente la disposición adicional al hombre y a la mujer. Quisiera resaltar que la puesta en marcha de una regulación específica de las uniones de hecho, aunque no cubriera todas las expectativas que muchos ciudadanos y ciudadanas han puesto en ella, si sería positivo por el efecto simbólico que supondría el reconocimiento del principio de igualdad de trato con independencia de la orientación sexual de la persona, y el acceso de estos colectivos a la protección que hasta ahora le ha negado el ordenamiento jurídico.

2º. - En segundo lugar en el caso de parejas de hecho no se ha previsto, a diferencia de los cónyuges, que se pueda aplicar la norma que exime a uno de los cónyuges del requisito de edad mínima de 25 años, si el otro ya los ha cumplido.

3º. - En tercer lugar, a las parejas que no constituyan matrimonio sólo se les permite adoptar a menores de edad, no siéndoles por lo tanto de aplicación la posibilidad de adoptar a un mayor de edad o a un menor emancipado cuando inmediatamente antes de la emancipación hubiere existido una situación de acogimiento o convivencia, iniciada antes de que el adoptando hubiere cumplido los 14 años.

4º. - En cuarto lugar y por aplicación del apartado 4º del art. 175 que establece que “fuera de la adopción por ambos cónyuges, nadie puede ser adoptado por más de una persona”, se excluye la posibilidad de que mediante una previa adopción unipersonal, pueda adoptar quien después formara pareja estable con el adoptante. No obstante, en relación con esta última cuestión, la Sección 22 de la Audiencia Provincial de Madrid, por Auto de 1 de julio de 1997, admitió esta posibilidad con base en la consideración de que cuando el art. 176, 2, nº 2 hace referencia a los supuestos en los que no se requiere propuesta de la entidad pública. “Ser hijo del consorte del adoptante”, no dice “cónyuge” sino “consorte”, terminología que implica mayor amplitud que la de la unión matrimonial, y ello por cuanto en el resto del articulado de nuestro CC siempre se emplea la expresión “Cónyuges” o “Contrayentes”, dándose de ésta forma un paso más en esa equiparación.

Al hilo de la referencia a la adopción, y con relación al posible nacimiento de hijos no deseados por parte de la pareja y la posibilidad hasta el pasado año de permitir la ocultación de la identidad de la madre, y su posterior renuncia a favor de una entidad pública destinada a una futura adopción, quisiera hacer mención a la sentencia dictada por la Sala 1ª del TS de 21 de septiembre de 1999,¹⁹ que ha provocado una profunda modificación en esta materia, al declarar que la legislación registral anterior a la Constitución²⁰ que posibilitaba la ocultación

¹⁹ RJ 199/6944

²⁰ art.47 de la LRC y art.167 y 182 del RRC.

²¹ Fundamento Jurídico 5º de la citada sentencia.

de la identidad de la madre, está derogada por inconstitucionalidad sobrevenida.²¹

La referida sentencia, que ha tenido una amplia difusión periodística, surge como consecuencia del ejercicio de una acción de reclamación de maternidad, interpuesta por una madre sola que había renunciado a los derechos y deberes inherentes al ejercicio de la patria potestad sobre su hija, anticipando su asentimiento a la adopción con anterioridad al parto.

El TS declara la nulidad de pleno derecho del asentimiento de la actora con base en el art. 177,2 del CC que establece que el asentimiento a la adopción habrá de ser prestado transcurridos 30 días desde el parto, apreciando además el Tribunal las especiales circunstancias por las que pasaba la madre al prestar ese asentimiento: estaba sola, viuda y embarazada de 8 meses.

Sin embargo el TS va mucho más allá y examinando el conjunto de normas registrales que hasta la fecha amparaban la ocultación de los datos de filiación, declara que están derogados por inconstitucionalidad sobrevenida, en el particular que permite interpretaciones reglamentarias que hacen depender de la voluntad de la madre la circunstancia registral de la maternidad.

Los derechos constitucionales que según la Sentencia resultan vulnerados por dicha legislación son los siguientes:

1. - El principio de libre investigación de la paternidad, pues el hijo biológico pierde el nexo que le permitiría conocer su filiación, como consecuencia de la voluntad de la madre. El TS se remite al art. 7 de la Convención sobre derechos del niño de 1989 y alude expresamente **“al derecho de la menor a conocer, al menos a su progenitora”**²². Llama la atención que el TS diga que el art. 7 de la Convención establece el derecho a conocer a la madre, cuando en dicho **art. 7 el derecho que se reconoce es el de “CONOCER A SUS PADRES”**. Me pregunto si el error de transcripción es inocente o en caso contrario obedece a otras razones.

Asimismo afirma la sentencia en su Fund. 5º que “cabe hablar del derecho de las personas a conocer su herencia genética”, pero tras esta declaración y a través del desarrollo legislativo posterior lo que se ha impuesto es la obligación de conocer la herencia genética que deriva de madre; con respecto a la del padre nada se dice, motivo que conduce a entender que el velar por un conocimiento de la herencia genética de las personas por motivos médicos o científicos y con una proyección de futuro, no puede haber sido la razón de la profunda modificación que se ha llevado a cabo, por cuanto no se han puesto los medios

²² Fundamento Jurídico 1º de la citada sentencia.

²³ Ver MARGARITA GARRIGA GORINA: “La Adopción y el derecho a conocer la filiación de origen: un estudio legislativo y jurisprudencial”. Editorial Aranzadi 2000.

para poder conocer la otra mitad de la herencia genética de los menores.

Por otra parte el TS quizá debería haber contrastado estas afirmaciones y tener en cuenta la doctrina del TC²³ que en relación con el anonimato de los donantes de material genético, declaró que “**el art. 39, 2º de la CE no comporta el reconocimiento de un derecho incondicionado a la averiguación de la identidad del progenitor**” y ello a través de la Sentencia del TC 16/1999 de 17 de Junio²⁴ que resolvió el recurso de inconstitucionalidad promovido contra la Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

2.- En segundo lugar dice el alto Tribunal que se vulnera el principio de igualdad tanto entre padre y madre así como entre filiación matrimonial y extramatrimonial. La argumentación del TS en este punto creo que es difícil de calificar; con todos mis respetos para el alto tribunal me pregunto ¿cuál es la impresión personal de los miembros del TS cuando tienen que enjuiciar la actuación de una madre ante situaciones tan dramáticas?. El TS manifiesta que: “la legislación registral sitúa a la madre en una posición prevalente frente al padre, ya que al padre se le puede imponer coactivamente la paternidad, en tanto que **la madre puede determinar libremente si va a continuar la gestación o cortar por completo sus relaciones con la persona nacida quedándole el camino despejado para eludir sus obligaciones**”. A la vista de dichas afirmaciones realmente es difícil valorar si en la lucha por la consecución de la igualdad avanzamos o retrocedemos, pero lo que sí resulta claramente apreciable es que el Tribunal Supremo no ha tenido en cuenta que desde hace mucho tiempo, para la sociedad española en general y para las mujeres en particular, y con apoyo en nuestra norma fundamental, **LA MATERNIDAD NO SE CONCIBE COMO UN DESTINO SINO COMO UNA ELECCIÓN**, y que las mujeres no se han destacado, ni históricamente ni al día de hoy, por el abandono de sus obligaciones con respecto a los hijos, suponiendo por lo tanto las afirmaciones tan rotundas del alto Tribunal un **atentado a la dignidad de las mujeres como colectivo**.

Asimismo la Sala 1ª del TS se olvida, y creo que aún es mucho más reprochable, al afirmar “que las mujeres pueden libremente determinar si van a continuar o no con su gestación”, que la posibilidad de decidir por parte de las mujeres no está amparada por la legislación vigente pues el apartado 2º del art 145 del CP castiga a la mujer que produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause fuera de los casos permitidos por la ley. **La voluntad de las mujeres todavía no se encuentra entre esos supuestos permitidos por la ley.**

3.- En tercer lugar el TS afirma que “se produce una discriminación entre familia matrimonial y no matrimonial ya que la madre casada no puede renunciar a su maternidad ni negar al hijo el hecho de la filiación ni puede tampoco el padre casado deshacer por sí solo

²⁴ RTC 1999/116

la presunción de paternidad". El art. 167 del RRC derogado no hacía distinción alguna entre maternidad matrimonial o no matrimonial, motivo que conduce a pensar que la posibilidad de ocultación podía ser utilizada tanto por la madre no casada como por la casada. Aun sin tener en cuenta esto último, y a pesar de la afirmación tan rotunda, el TS en su resolución no menciona en ningún momento el derecho de los menores a conocer su filiación paterna y la obligación de identificación del padre de los mismos.

Como consecuencia de dicha resolución el Ministerio de Justicia, a través de la orden de fecha 10 de noviembre de 1999, aprueba un nuevo modelo de cuestionario para la declaración de nacimiento en la que constará la identificación de la madre, y respecto del padre sólo en el supuesto de que el declarante sea el propio padre o si el hijo es matrimonial se acreditará con certificación de matrimonio. Lo cual significa que en la familia no matrimonial sólo será obligatoria la identificación de la madre; la del padre en el supuesto de que voluntariamente quisiera comparecer. La Constitución española proclama que todos somos iguales ante la ley, pero a la vista del desarrollo jurisprudencial y legislativo, **algunos son más iguales que otros**.

En consecuencia el encargado del Registro Civil y el Ministerio Fiscal tienen la obligación de poner todos los medios a su alcance para averiguar la identidad de las madres y para promover la inscripción de la filiación materna. También están obligadas a ello las entidades públicas competentes en materia de protección de menores.²⁵

El resultado al día de hoy se puede resumir en que la discriminación que el TS apreció entre familia matrimonial y no matrimonial ya no opera con respecto a las madres, ya sea cónyuge o conviviente, permaneciendo vigente por el contrario con respecto a los padres esa discriminación y suponiendo todo ello un plus de penosidad para las madres que se ven en la tesitura de abandonar a sus hijos y quedar sometidas a que con el transcurso de los años pueda tener que dar cuenta **también en solitario** de ese abandono.

A mayor abundamiento hemos de recordar que el art. 122 del CC impide a un progenitor manifestar la identidad del otro a no ser que esté ya determinada legalmente, lo que impide en la actualidad a la madre manifestar la identidad del otro progenitor, y si bien a la madre le cabría la posibilidad de iniciar un procedimiento de reclamación de la filiación no matrimonial contra el padre con el que ha convivido, con fundamento en las presunciones *facti* a que hace referencia el art. 135 del CC, dicha posibilidad es impensable una vez que la madre ha optado por la solución de dejar a su hijo o hija en adopción, con independencia de que una vez renunciado a favor de la entidad pública probablemente carecería de legitimación. La cuestión que surge es si dicho procedimiento será instado por el Ministerio Fiscal o en su caso por la entidad pública, que en definitiva lo que pretende es favorecer un

²⁵ Surge la cuestión de cuales son los métodos que habrán de ser utilizados por el personal sanitario ante la negativa de identificación por parte de las mujeres en el momento de parto.

proceso de adopción. Las dudas que surgen son múltiples, pero en todo caso lo que sí se detecta con una claridad meridiana es que **el desamparo en que se encuentran las mujeres que no pueden asumir solas la crianza de sus hijos les va a conducir nuevamente a un callejón sin salida.**

Al hilo de esta cuestión quisiera recordar lo ocurrido en 1995 en que, tras desaparecer los archivos de la antigua casa cuna del Hospital de Navarra, correspondientes a los niños y niñas huérfanos que se habían criado en la institución entre los años 1940 y 1965, cincuenta de esos huérfanos recibieron cartas anónimas en las que se les desvelaba el nombre completo de sus madres y abuelos maternos.

Con posterioridad en julio de 1996 un periódico de Pamplona publicó una lista con nombres y apellidos de 139 personas cuyos datos provenían de dichos archivos robados.

La Audiencia Provincial de Pamplona con fecha 30 de diciembre de 1998 apreció que no había delito de revelación de secretos pues los datos que se publicaron no tienen carácter reservado, de conformidad con el art. 21 del RRC²⁶, apuntando que en todo caso podía constituir una intromisión inconstituida en la intimidad a la que se refiere la ley 1/1982 de protección al honor, a la intimidad personal y familiar.

Quizá hubiera servido de base tanto al TS como al Ministerio de Justicia para realizar un análisis más respetuoso con el principio de igualdad el Dictamen que en materia de adopción aprobó por unanimidad con fecha 1 de julio de 1992 el Pleno del Comité Económico y Social de la Unión Europea, en el que en aras de conciliar el derecho de los hijos e hijas a conocer sus orígenes y el derecho de los progenitores a reservar su intimidad cuando son entregados para su adopción manifestó que:

“Toda persona necesita un anclaje en un tiempo y en un lugar, pero el conocer sus orígenes no significa necesariamente conocer la identidad de sus padres”.....”siendo muy injusto que la madre sufra sola las consecuencias del abandono de un hijo que lo es de una pareja... ”.

En definitiva, a la vista de la citada sentencia y la orden del Ministerio de Justicia parece que hemos adoptado el sistema de la averiguación forzosa de la filiación, pero sólo con referencia a la madre; a diferencia por ejemplo de la ley portuguesa que establece un sistema de averiguación forzosa tanto respecto de la maternidad como de la paternidad permitiendo la remisión del expediente por parte del encargado del Registro al órgano judicial a fin de que se lleve a cabo la investigación correspondiente.

²⁶ El art. 21 del RRC reconoce la admisión de la solicitud de publicidad de los datos relativos a la filiación adoptiva, no matrimonial o desconocida a quienes justifiquen un interés legítimo.

²⁷ Las dos iniciativas legislativas propuestas por el Grupo de Coalición Canaria y del Grupo Popular que se encuentran en fase de tramitación parlamentaria nada dicen al respecto.

Surge la cuestión de sí en una futura Ley de Parejas de Hecho o a través de una modificación del CC en materia de filiación pudiese establecerse un sistema de presunciones de paternidad similares a los regulados para la familia matrimonial en los arts. 116 y ss del CC, y al igual que los establecidos en el art. 94 del Código de Familia Catalán.²⁷

No obstante resulta muy dudoso el poder articular un sistema de presunciones similar al previsto para las parejas casadas, el cual encuentra su fundamento en los deberes conyugales de fidelidad y convivencia, deberes cuya exigencia sería jurídicamente imposible en las uniones extramatrimoniales, y deberes que en principio y por definición no son aplicables a este tipo de uniones.

Históricamente el ordenamiento jurídico ha jugado un papel potenciador de la desigualdad entre hombres y mujeres; sin duda el ánimo y el talante de los legisladores y las legisladoras de hoy en día no es el mismo, y dotar a los jueces y tribunales de instrumentos eficaces para la resolución de los conflictos es en principio una medida no desdeñable, pero en principio no parece que una regulación de las uniones de hecho, sea por sí sólo un instrumento válido para modificar la realidad en que se desenvuelven muchas mujeres. El camino para lograr una sociedad más justa e igualitaria va por otro rumbo.

La Coruña, a 3 de junio de 2000.

(Las reflexiones contenidas en el presente escrito han sido expuestas en la Ponencia sobre los “Efectos Legales e Ilegales de las uniones de hecho”, en el curso de las Jornadas sobre Derecho de Familia, organizadas por Xusticia e Sociedade, y celebradas el pasado 3 de Junio de 2000, en el Centro Cultural Caixa-Vigo, Vigo, Pontevedra).