

Revista del Foro Canario

79

Las Palmas de Gran Canaria, 1990



Imprime: Imprenta Pérez Galdós
Prof. Lozano, 25 - Urb. Cebadal
Las Palmas de Gran Canaria

Depósito Legal G.C. 258/80
I.S.S.N. 0211-0903

*Revista del
Foro Canario*

LA UNIÓN DE HECHO: EFECTOS PERSONALES

**JUAN JOSÉ DELGADO CABRERA Y
ANA MARÍA MONTESINOS AFONSO**

ESTUDIANTES DE QUINTO CURSO DE DERECHO
ACCÉSIT PREMIO DE ESTUDIOS JURÍDICOS "FORO CANARIO",
RELATIVO A ESTUDIANTES DE DERECHO

ÍNDICE

- I. INTRODUCCIÓN. TENDENCIAS ACTUALES
- II. TERMINOLOGÍA
- III. CONCEPTO. REQUISITOS. CAUSAS
 - A. REQUISITOS
 - A.1. REQUISITOS OBJETIVOS
 - A.2. REQUISITOS SUBJETIVOS
 - A.3. REQUISITOS FORMALES
 - A.4. OTROS REQUISITOS

B. CAUSAS

B.1. MOTIVOS ECONÓMICOS

B.2. MOTIVOS SOCIALES

B.3. MOTIVOS LEGALES

B.4. MOTIVOS IDEOLÓGICOS

B.5. OTRAS CAUSAS

IV. CONSIDERACIÓN LEGAL MODERNA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

A. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

B. CÓDIGO CIVIL

C. LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS

D. CÓDIGO PENAL

E. LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL

F. REGULACIÓN JURISPRUDENCIAL

V. EFECTOS DE LA UNIÓN DE HECHO

A. INTRODUCCIÓN

B. EFECTOS PERSONALES Y FAMILIARES

1. ESTADO CIVIL

2. FILIACIÓN

2.1. Introducción.

2.2. Unión familiar de hecho.

2.3. Clases de filiación en la unión de hecho. Incidencia de la REF. de C.C. de 13 de mayo de 1981.

2.4. Especial estudio de la adopción en la unión de hecho.

2.5. Referencia a la utilización de técnicas de producción asistida por los miembros de la unión.

- 2.6. Determinación de la filiación: Paternidad y Maternidad.
- 2.7. Reclamación e impugnación de la filiación originada en la unión.
- 2.8. Contenido de la filiación; referencia especial a la patria potestad.
- 2.9. Últimas consideraciones.

VI. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN. TENDENCIAS ACTUALES

La unión entre un varón y una mujer tiene un carácter jurídico, nace del consentimiento de los contrayentes y en el consentimiento encuentra su fundamento; y esta unión de voluntades, por tanto, debe recaer sobre un proyecto de vida en común, que en el momento inicial tiene que ser de una unión completa, aunque pueda disolverse por causas sobrevenidas, que frustran el inicial proyecto y hacen imposible alcanzar su función y finalidad.

El consentimiento se presta de por vida y de por vida es el proyecto, aunque a posteriori pueda verse frustrado. Si no hay unión concertada de por vida, podrá haber otro tipo de relación, pero no podrá hablarse en puridad de unión conyugal. Y en este aspecto es donde se centra el tema de las uniones de hecho, como todas aquellas uniones pasajeras o queridas como transitorias que no merecen la calificación de matriminio, y la diferencia con el matrimonio está en el carácter institucional de éste, el cual lo regula el Derecho Civil considerándolo como negocio jurídico formal y solemne el cual se perfecciona con la emisión de los consentimientos y la observancia de determinadas formalidades.

En nuestros días la existencia de uniones libres es algo incuestionable, tomando como punto de partida esta realidad tan constatada, el jurista puede optar por ignorarla o por tratar de incorporar tal realidad social al mundo del Derecho mediante su regulación. Ya que si el Derecho debe ser la transcripción de la realidad social, no es lógico que el hecho que una pareja soltera que desarrolla su vida como casada, por su importancia, acoplamiento y naturalidad social, no sea amparado por el Derecho; y además si tenemos en cuenta que de dicha unión surge una multiplicidad de relaciones jurídicas tales como configurar un patrimonio conjunto entre ellas, que algún día habrá que dividirse o como la celebración de todo tipo de negocios jurídicos entre sí o con terceros, o que la muerte de uno de ellos puede ocasionar un perjuicio cierto a su compañero, o el hecho mismo de tener hijos comunes, son cuestiones que no pueden quedar ajenas al Derecho, el cual y hasta nuestros días se ha caracterizado por un silencio legal y una cierta desatención jurídica.

La unión familiar de hecho se basa en dicha unión extramatrimonial. Es una situación que no está prevista por el Derecho, pero tampoco está prohibida por el mismo. Es ajurídico, pero no antijurídico; sin embargo carece

de normativa legal a pesar de la serie de efectos con trascendencia jurídica que puede producir respecto a las relaciones personales y patrimoniales.

Sin embargo, se ha originado un movimiento internacional cuyo objetivo está en la juridización de las relaciones extramatrimoniales, dejando al margen los prejuicios morales y atendiendo a criterios de técnica jurídica y de demanda social. El Derecho debe dar un paso más en la democratización de la vida civil, sin perjuicio del respeto a todos los modos tradicionales de organización de la sociedad española y de su adecuada protección.

II. TERMINOLOGÍA

La existencia de innumerables vocablos, demuestra la propagación universal del hecho social de las uniones de hecho, y la importancia que día a día van adquiriendo.

En Roma, a la concubina se la llamaba “pellicex” o “amica”, utilizándose el sustantivo “pellex” a quien tenía relaciones con un hombre casado. En España, en los siglos X y XI, aparecen en el Código de Tortosa los términos “derut” y “druda” para designar a los concubenarios. En el Derecho Medieval Alto, se utilizó frecuentemente el término de “Barraganía” para describir este fenómeno social; y “barragana” se llamaba a la mujer que vivía en ese estado.

Actualmente, Merino Gutiérrez utiliza la expresión “unión libre”, ya que refleja suficientemente el carácter de tales parejas. Podría aceptarse igualmente la denominación “uniones extramatrimoniales” o “parejas no casadas” que indican el carácter ajeno al matrimonio. Cabría también hablar de “unión de hecho” o “unión marital de hecho”, pero tales términos parecen contraponer el matrimonio a las uniones libres, acentuando el carácter jurídico de las primeras frente al significado ajurídico de las segundas. También se habla de “familia de hecho” o “familia no matrimonial”, pero el problema que existe con estas expresiones es que aluden a realidades más amplias. Y, por último, la utilización del término concubinato es objeto de rechazo social por su sentido peyorativo.

Estrada Alonso emplea las expresiones “familia de hecho”, “unión libre”, “uniones extramatrimoniales”. Éstas son más acordes con la realidad social española.

A pesar de lo indicado, salvo algunas excepciones, la evolución gramatical, tanto por parte de los tribunales, como por los académicos, ha sido mínima, pues continúan utilizando términos en los que se refleja un sentido despectivo, como son los de concubinato, manceba, o concubina.

Al contrario de lo que sucede en España, en Italia se han desechado dichas expresiones, y han nacido nuevas palabras como “convivencia more uxorio”, “institución a la sombra”, “famiglia di fatto”, etc., que son más acordes con los tiempos que corren. Pero se han confundido, tanto en Italia como en otros países, la familia natural, con la familia de hecho que engloba las relaciones de los compañeros.

En Francia se distinguen tres tipos de conceptos:

- a) Le stuprum: se refiere a las relaciones pasajeras o accidentales, con exclusión de toda cohabitación y continuidad.
- b) Le concubinage: las relaciones son continuas, pero no existe comunidad de existencia.
- c) Le concubinat o unión libre: relaciones en las que existe comunidad de existencia.

Este país ha tenido una gran tradición en el empleo de la expresión concubinato, pero en las últimas sentencias y publicaciones francesas el concepto de “unión libre” es el más difundido. Pero también se han creado expresiones de la más variada imaginación: “feux ménage”, “ménage de fait”, “vivre maritalemet”, “unión ilegítima”..., etc. Y para referirse a los compañeros se utilizan los términos de “maitresse”, “compagne”, “libertarios”.

En Alemania, para un sector doctrinal el término a utilizar es el de “konkubinat” o “Nichteheliche lebensgemeinschaft”. Otros autores usan los de “Ehliche Gemeinschaft”, “Lebensgemeinschaft”.

En Inglaterra también se recogen multitud de expresiones como “Marriagelike Unions”, “Free Unions”, “New Marriages”, “Informal Marriages”, “Extramartial Cohabitation”, “Facto Sponses”, etc.

Y por último, en los países Sudamericanos, tenemos las siguientes: a) en Colombia, se le atribuye el sustantivo “amasía”, b) en Ecuador se usa “socia de asiento”, c) en México se emplea el calificativo de “Matrimonio por comportamiento”, d) en Guatemala se utiliza el término “unión de hecho”. Pero en la mayoría de estos países se sigue utilizando el término concubinato.

III. CONCEPTO. REQUISITOS Y CAUSAS

Estrada Alonso nos da una definición que recoge sustancialmente la idea de las uniones libres afirmando lo siguiente: “Es la unión duradera, exclusiva y estable de dos personas de sexo diferente y capacidad suficiente, que con ausencia de toda formalidad, y desarrollando un modelo de vida en comunidad como cónyuges, cumplen espontánea y voluntariamente los deberes de responsabilidad y solidaridad recíprocos”. Pero el autor alemán Strätz introduce en su concepto la posibilidad de que la convivencia se puede romper por la voluntad unilateral de un miembro de la unión de hecho. En consecuencia, su definición es la siguiente: “Comunidad heterosexual de dos personas que viven juntas por un tiempo indeterminado, y quieren mantener una comunidad de vida, bajo reserva de que en cualquier momento y unilateralmente pueda terminar su relación”.

A. Requisitos

De las anteriores ideas, se desprenden los siguientes requisitos, necesarios para que la unión de hecho produzca efectos jurídicos:

A.1. Requisitos objetivos

1. Convivencia “*more uxorio*”: consiste en su identificación con el modelo de convivencia desarrollado en el matrimonio, pero hay que tener presente que generalmente no existe entre los convivientes la intención de hacerse pasar por cónyuges, pues su objetivo es llevar a la práctica una vida en común, que de manera fortuita coincide con el matrimonio.

2. Cumplimiento voluntario de los deberes matrimoniales: hay autores que han aplicado dichos deberes regulados en los artículos 66, 67 y 68 C.C. a los convivientes, adoptando como base la responsabilidad recíproca, relación familiar, etc. Pero Estrada Alonso considera que no es posible la imposición de estas obligaciones a quienes no han contraído matrimonio, pues dichos deberes tienen en las uniones solamente una fuerza moral fundada en la gratitud y en la responsabilidad de cada individuo. Su cumplimiento no será exigible jurídicamente, pero su incumplimiento conllevará una privación de los efectos jurídicos propios de las uniones de hecho. Ésta es la postura de la doctrina más progresista.

3. La convivencia o comunidad de vida: este requisito ha provocado dos tipos de corrientes doctrinales. La primera postura doctrinal entiende que la convivencia requiere la existencia de una comunidad de techo, mesa y cama, es decir la convivencia es sinónimo de cohabitación. Éste ha sido el criterio seguido por la jurisprudencia italiana, francesa, alemana y también por la doctrina española (Lacruz Berdejo, Sancho Rebudilla, Puig Peña). No nos podemos olvidar de los países sudamericanos, pues el C.C. de Guatemala en su artículo 173 exige hogar y vida común; la Carta Magna de Bolivia requiere el transcurso de dos años de vida en común; la Ley de 12-2-56 de la República de Panamá, en su artículo 1º exige estabilidad.

La segunda postura afirma que para la existencia de la convivencia se exigen los requisitos de duración y estabilidad, y desaparece la exigencia de la cohabitación. En este sentido, se pronuncian las sentencias dirigidas a interpretar el artículo 340-4º del C.C. Francés, sobre el concubinato notorio, realizadas después de que una sentencia del Tribunal de Casación de 12-2-21, optara por la interpretación amplia del mismo.

Estrada Alonso sigue la segunda posición doctrinal, ya que afirma que la convivencia no puede indentificarse a ultranza con cohabitación, pues, en muchos momentos de la vida alguno de los compañeros, por razones laborales, militares, etc., se verá obligado a residir en otra parte, pero sigue existiendo una voluntad real de seguir juntos, y en consecuencia, dichas uniones libres producen efectos jurídicos. Por tanto, la continuidad de la relación debe demostrarse en las convivencias, no tanto por su realidad material, como por la voluntad tendencial de estar juntos. Hay que indicar que ante los tribunales, podría demostrarse la necesidad de alejamiento por medio de certificados firmados por quien lo provoca, etc.

A.2. Requisitos subjetivos

1º Heterosexualidad: no hay que olvidar que nos referimos a parejas formadas por un hombre y una mujer. En consecuencia excluimos las uniones homosexuales y lesbiánicas. Salvo en los casos de abusos deshonestos, estupro, o de peligrosidad social (Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social 4-8-70, art. 2º), finalizada la etapa de su persecución penal, hay que tener presente que el ordenamiento jurídico deberá regular algún día estas realidades sociales.

2º La relación ha de ser monogámica: por tanto, ha de rechazarse la relación extramatrimonial que se simultanea con una unión legítima, salvo que

esta última se encuentre destrozada o en un estado de separación, en cuyo caso no existe el deber de fidelidad. También es incompatible con la monogamia la convivencia con prostitutas, o el tener varias concubinas.

3º La relación sexual: convierte a la mera convivencia en unión libre. Todas las legislaciones que reconocen estas convivencias, recogen, expresa o tácitamente, el requisito de la relación carnal, así el C.C. de México, en su artículo 70, habla de trato sexual continuado; y también el C.C. de Guatemala, en su artículo 173, presupone la unión sexual al requerir a la relación el fin de la procreación. En cambio, los ordenamientos jurídicos que la rechazan, como la legislación belga y la española, fundamentan su postura en la inmoralidad que conlleva la práctica de la sexualidad fuera del matrimonio. Respecto a este último punto, existe alguna Jurisprudencia Belga, como la realizada en el “Arret de la Cour de Lieja” de 31-3-54, que anula un legado entre concubinos que no habían tenido relaciones sexuales desde hacía muchos años, declarando la inmoralidad sólo por el hecho de la cohabitación del causante con su amante.

Es evidente que la relación debe de realizarse con pleno y recíproco consentimiento, en caso contrario, entraríamos en el delito de violación castigado en el artículo 429 del Código Penal.

Para Catherin - Masnata pueden existir uniones libres sin relaciones sexuales, pues su elemento esencial es la comunidad de vida hecha para durar por dos compañeros.

4º La procreación: No es un requisito esencial, pues para que dichas uniones tengan efectos jurídicos basta la relación de los convivientes, con independencia de la existencia de hijos. Pero no hay que olvidar que la presencia en el hogar de “hijos comunes” de padres no casados, es ciertamente un índice importante que hace pensar que los concubinos tienen el deseo de formar una familia, por un plazo de tiempo indefinido.

Para la doctrina italiana, el concubinato adquiere relevancia jurídica con la procreación, y en base a los artículos 317 bis y 316 C.C. italiano, que establece la titularidad en el ejercicio de la patria potestad, y junto con ella la calificación de familia natural a estas uniones con hijos. Hay que tener en cuenta que la familia natural y la de “facto” o unión libre son refundidas, cuando lo cierto es que hacen referencia a realidades distintas:

1º La primera exige el requisito indispensable de la consanguinidad y procreación.

2º La segunda requiere la relación de convivencia, sin exigirse descendencia.

Por tanto, para dicha doctrina la procreación es una condición previa para el reconocimiento de dichas uniones.

5º La edad: para que los convivientes desarrollen espontáneamente los deberes de fidelidad y ayuda mutua, y obtengan un definitivo desarrollo sexual, debe fijarse una edad mínima, que coincida con la mayoría de edad de los compañeros en el momento de iniciarse la relación. En nuestro C.C. , será a partir de los 18 años. Por tanto, para que la unión libre alcance efectos jurídicos, el plazo que se establezca deberá computarse a partir de los 18 años, o en otro momento posterior. En consecuencia, como mínimo, nadie podrá solicitar los citados efectos hasta después de los 23 años, en el caso de que se estableciese el plazo de 5 años, el cual refleja la estabilidad.

Los autores que defienden una regulación contractual de la unión libre, afirman que la edad se inicia cuando se empieza a tener capacidad para contratar.

6º La “affectio”: es la causa primera de la unión extramatrimonial, y en consecuencia, el resto de los requisitos son sus consecuencias. Por “affectio” ha de entenderse la amistad auténtica, el afecto recíproco entre compañeros, el origen espontáneo de la solidaridad y responsabilidad de los convivientes. En definitiva, representa el fundamento último de dicha unión, sin la cual no podría constituirse ni permanecer la unión libre. Gazzoni entiende que es el verdadero eje en torno al cual gira la unión de hecho, y su determinación no puede ser presumida.

A.3. Requisitos formales

1) Ausencia de toda formalidad, celebración, o solemnidad oficial: la constitución del concubinato depende exclusivamente de la voluntad y mutuo consentimiento de los compañeros, que se presume renovado por la cohabitación.

2) Voluntad de estabilidad, permanencia: para algunos sectores doctrinales, existe una cierta dificultad en cuanto a la determinación del carácter estable de dichas uniones, por la falta de pruebas sólidas sobre la duración de las mismas. Autores como Poulmais, Tovar Lauge, etc., reflejan la estabilidad de la unión en la realización conjunta por la pareja de algunas actividades, como por ejemplo, el reconocimiento de un hijo, la adquisición de bienes

inmuebles, la apertura de una cuenta bancaria, etc. Otros hacen referencia a la fijación de un número de años, que sirve como índice de firmeza. La implantación de un período de tiempo en nuestro ordenamiento jurídico, si llega el caso, podría fijarse por encima de los 5 años, por ser el más largo de los que se exigen a los cónyuges para acceder al divorcio (art. 86 C.C.). Dicha postura ha sido seguida por los siguientes países: la ley de 12-12-56 de Panamá exige un plazo de 10 años; el Código de Guatemala requiere 3 años; la Carta Magna de Bolivia del 14-11-45 exige 2 años; la Ley Francesa del 12-11-55 exige 3 años; la ley italiana del 12-2-86 sólo un año.

El profesor de Derecho Civil de la Universidad de Oviedo, Merino Gutiérrez, afirma que la estabilidad de la convivencia marital se acreditará en España con un certificado de empadronamiento expedido por el Ayuntamiento. Otros entendidos, como Noir-Masnata, indican que se consigue con los hijos.

A.4. Otros requisitos

La doctrina de cada país, en base a los propios caracteres de sus respectivos ordenamientos jurídicos, han elaborado otros requisitos que se suman a los ya apuntados, así por ejemplo, tenemos que en Venezuela se exige la contribución patrimonial; en Italia la aptitud para desarrollar y potenciar la personalidad individual, en otros países se requiere la igualdad de tratamiento entre los compañeros, o la falta de impedimentos matrimoniales, etc.

En síntesis, para tener una idea clara y breve, sobre las uniones de hecho, podemos afirmar que se trata de parejas heterosexuales que mantienen relaciones de convivencia con vocación de permanencia, y sin cumplir formalidad alguna.

B. Causas

B.1. Motivos económicos

a) Uno de los compañeros, bien por su condición de viudo/a, separado/a, divorciado/a, soltero, parado, o por cualquier otra circunstancia, recibe una prestación económica, que perdería en caso de matrimonio.

b) En algunos grupos sociales, la miseria llega a unos límites tan extremos, que impide afrontar los gastos que conlleva el contraer matrimonio.

c) La inseguridad con que se presenta el porvenir (carestía de vida, la falta de empleo, la inalcanzabilidad de las viviendas, etc.), impiden sobre todo a las parejas jóvenes acceder a la vida matrimonial.

B.2. Motivos sociales

En épocas pasadas, cuando las clases sociales estaban más diferenciadas, persistía la desaprobación de los matrimonios entre los componentes de las clases altas con los que pertenecían a las inferiores. Ello desembocaba en una convivencia sin vínculo y oculta.

En relación a los militares y diplomáticos, existían unas leyes (la de 13-11-57 para los militares y la Ley de 22-7-61 para los diplomáticos), hoy derogadas, en virtud de las cuales era preceptiva la autorización de sus superiores, respecto a la mujer elegida para contraer matrimonio, ya que en caso de carencia de licencia, era sancionado con la separación del servicio.

B.3. Motivos legales

Hay que distinguir aquellos sistemas en los que no se regulaba el divorcio, como sucedía en España con anterioridad a la ley de 7-7-81, en virtud de la cual, se modificó la regulación del matrimonio en el C.C., y determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio; y aquéllos en donde se admitía el divorcio. Respecto al primer sistema, hacemos referencia a aquellos matrimonios deshechos, en los cuales uno de sus componentes se había unido de hecho con un tercero, ya que no podían regularizar su situación por impedírselo la legislación vigente. Y en relación con el segundo sistema, tenemos a todas aquellas personas que habiéndose separado judicialmente o de hecho de su consorte, todavía no habiendo transcurrido los plazos que para divorciarse exige el artículo 86 C.C., comenzaron una nueva convivencia de hecho, hasta poder acceder a su nuevo matrimonio.

Algunos autores, como Castán Tobeñas, afirman que el divorcio genera el aumento de uniones libres. Pero Estrada Alonso adopta una postura totalmente contraria, fundamentándose en que el divorcio combate el único obstáculo que impide a muchas parejas el contraer matrimonio. Así se ha reconocido también en los trabajos de elaboración de las leyes francesas e italianas sobre este tema.

B.4. Motivos ideológicos, raciales y religiosos

En algunos supuestos la convivencia va acompañada de la voluntad de no casarse, ya por un rechazo a toda religión, institución tradicional, a las formalidades legales. En este caso, la unión libre es un instrumento más de su modelo de vida reaccionaria. También nos encontramos con grupos de personas que optan por esta fórmula, para facilitar la disolución del consorcio cuando cesa la voluntad de convivencia; o bien por miedo a las consecuencias legales y económicas de un divorcio futuro; o también por preferir un “matrimonio de ensayo”. Respecto a este último punto, los convivientes se colocan en una situación equivalente a la de un matrimonio, pues su objetivo es comprobar la personalidad, compatibilidad del compañero, la práctica de la institución. En opinión de Peyrod, la expresión de “noviciado conyugal” indica la “situación de aquellos compañeros que, decididos a comprometerse a vivir juntos, estiman que la duración de este compromiso, que ellos esperan único y eterno, justifica un período de prueba, dándoles seguridad frente a la decisión que van a tomar”.

Respecto a los motivos raciales y religiosos, hay que indicar, que en algunos ordenamientos jurídicos, el sistema matrimonial establecido es el civil obligatorio. En consecuencia, se consideran uniones libres a todas las uniones matrimoniales que no tengan reconocidos efectos jurídicos civiles, ya que han sido celebrados de acuerdo con la forma de un grupo étnico, social o religioso (ej.: ritos gitanos, judíos, etc.).

Respecto a los matrimonios religiosos sin efectos civiles, hay que indicar que en Italia los matrimonios religiosos celebrados entre los años 1866 a 1929, no producían efectos civiles, y se denominaban concubinato. Pero gozaban de un privilegio, en relación al resto de las uniones extramatrimoniales, pues la Jurisprudencia concedía una indemnización a las uniones libres de origen religioso, en caso de muerte del concubino en accidente provocado por un tercero. Ello se le niega a las uniones que no reunían este requisito (sentencia italiana 19-5-11).

Por otro lado, la jurisprudencia belga, en sentencia de 26-6-67, califica de “concubinato” a un matrimonio no contraído civilmente, y celebrado conforme a los ritos de la religión hebraica.

En España, con la entrada en vigor de la C.E. (78), en su artículo 32, contempla el derecho de las personas a contraer matrimonio, sin obligar a ninguna formalidad especial. Respetándose, por tanto, algunos requisitos, para que produzcan efectos civiles, podrá celebrarse todo tipo de matrimonio religioso. No se prohíbe la aplicación de las normas matrimoniales de cualquier religión. El único límite es el orden público constitucional regulado en el artículo 16 C.E.

B.5. Otras causas

La ignorancia y abandono económico de algunos países; el cambio de mentalidad y de vivir en las ciudades; la pérdida de los valores morales y religiosos.

IV. CONSIDERACIÓN LEGAL MODERNA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Hasta el momento actual, no existe en el ordenamiento jurídico español, una regulación positiva concreta, ni mucho menos sistemática de las uniones de hecho. Para hacer frente a esta carencia legislativa debemos recurrir a una serie de normas dispersas dentro de nuestro ordenamiento positivo, que unas veces de forma clara y otras no tan clara, nos pueden servir como fundamento para tratar de dotar de efectos jurídicos a esta forma de convivencia extramatrimonial.

Estas normas las podemos encontrar en la Constitución, Código Civil, Código Penal, y otros textos legales a los cuales nos referiremos a continuación.

A. Constitución Española

El texto constitucional como norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico nos puede servir como guía, para intentar buscar unos principios básicos que nos informen acerca de las valoraciones jurídicas que han de hacerse sobre este tema, y para ello nos vamos a referir a una serie de preceptos constitucionales, en los que de forma indirecta pero clara, creemos se puede entender recogida la realidad social que suponen las uniones de hecho.

El primer precepto que vamos a mencionar es el art. 39 de nuestra Carta Magna, en el cual se habla de protección social, económica y jurídica de la familia. De la lectura del Anteproyecto constitucional publicado en el Boletín Oficial de las Cortes, se ha de deducir que estuvo en el ánimo de algunas fuerzas políticas el ampliar el concepto de familia, y que no estuviese únicamente restringido al matrimonio.

Por tanto, teniendo en cuenta lo anterior, y que el texto constitucional no prohíbe de una forma expresa en el art. 32 las uniones libres hay que pensar

en consecuencia, que implícitamente se permite esta forma de convivencia. De esta afirmación se deriva la posibilidad de equiparar la familia legalmente constituida en matrimonio, con la familia de “facto”, originada por una convivencia estable extramatrimonial, y por tanto protegida por el texto constitucional, y concretamente por el art. 39 del mismo texto.

De esta opinión participa Díez Picazo, al decir que la familia hoy no es un cuerpo político o cuasi-político, sino un asunto estrictamente privado de sus miembros. Familia en el sentido del art. 39 de la Constitución no es sólo matrimonial, pues el art. 39 hace independiente la protección integral de los hijos sin tener en cuenta el origen familiar, y el art. 14 impide cualquier tipo de discriminación.

En esta línea ha dicho Estrada Alonso recientemente que el concepto de familia debe cimentarse sobre el potenciamiento de la personalidad del individuo, y sobre la comunidad de vida estable; como esto puede darse tanto dentro como fuera de el matrimonio, los convivientes “more uxorio” configuran una familia. El que exista patria potestad de los padres con independencia del matrimonio o no (art. 156 del C.C.) supone el reconocimiento de la familia de “facto”.

Siguiendo con el art. 39 de la Constitución en su apartado 2º se recoge la no discriminación de los hijos, con independencia de su filiación, y de las madres cualquiera que sea su estado civil. Parece ser que de aquí se puede entresacar, también implícitamente, la existencia de un reconocimiento legal indirecto de las uniones de hecho.

El apartado 2º de este artículo se complementa con el 3º del mismo cuando dice que “los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio...”

Sin embargo parte de la doctrina, ante la amplitud del art. 39 de la Constitución, ha tenido un excesiva preocupación por demostrar que la única organización familiar constitucional reconocida es la que se fundamenta en la familia tradicional; así Alzaga participa de esta opinión cuando dice que la protección asegurada en el art. 39.1 de la Constitución debe extenderse únicamente a la celebración del matrimonio por ser ésta la institución que posibilita la creación de una nueva familia.

No participa de esta opinión Estrada Alonso al afirmar que “cada persona es libre de contraer matrimonio, de permanecer soltera o de vivir en unión libre, y exclusivamente en el primer caso le será de aplicación el art. 32 de la Constitución”.

En el artículo 1 del mismo texto legal se destaca el carácter individualista y a la vez pluralista de nuestro sistema político familiar al propugnar como valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político y por tanto no se interpone entre el individuo y el estado a la familia, ni impone según Estrada Alonso un modelo exclusivo de ésta, limitándose el ordenamiento a establecer simplemente unas pautas generales a las que adaptarse.

Está por tanto claro que es voluntad del texto constitucional desde su primer artículo, el no encorsetar en modo alguno las formas de organizar la familia, ni el desarrollo a la personalidad de cada individuo.

Lo anterior se puede conectar con el art. 9.2 de nuestra Carta Magna y ésta a su vez con el 10.1. De esta forma el art. 9.2 dispone que “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integren sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

Por su parte el art. 10.1 establece: “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

La redacción de estos dos artículos se asemeja a lo que expresan los artículos 2 y 3 de la Constitución italiana, artículos que se utilizan por la doctrina italiana para reconocer las uniones libres, posibilidad que se puede argumentar también en España.

Pero otros autores como Alzaga niegan todo valor jurídico en este sentido a estos preceptos constitucionales al no estar amparados por el art. 53 de la C.E. Esta postura es rebatida por otra parte de la doctrina como por ejemplo Garrido Falla, para lo cual utiliza el artículo 14 del citado texto constitucional, donde el principio de igualdad establecido, descarta todo tipo de discriminación por cualquier condición o circunstancia personal o social, en cuya cláusula ha de incluirse también las personas que viven en unión libre, constituyendo este trato igualitario, uno de los principios fundamentales que informan todo nuestro ordenamiento jurídico.

Después de las consideraciones doctrinales anteriores se hace necesaria una recapitulación acerca de la importancia de los preceptos constitucionales

citados, en materia de las uniones de hecho. Así el art. 9.2 cuando habla de los grupos en que se integra el individuo, creemos que en éstos se pueden incluir de una forma obvia a las uniones familiares de hecho, y que negar tal posibilidad nos haría caer en una discriminación que es prohibida de forma terminante por el art. 14, el cual proclama el principio de igualdad, que tendría aplicación a toda persona unida en matrimonio o de hecho, y a todo hijo nacido de unión matrimonial o libre.

Por su parte el art. 10.1 que proclama la dignidad de la persona como derecho fundamental, podría aplicarse a la pareja unida de hecho, en evitación de cualquier trato o alusión vejatoria o menospreciativa, según opina O'Callaghan Muñoz.

Dentro del mismo art. 10.1 de la C.E. se habla de "libre desarrollo de la personalidad", y es evidente que ésta la puede alcanzar el individuo en el seno de una convivencia "more uxorio", por lo cual es necesario, creemos, que los poderes públicos promuevan las condiciones oportunas para que esta libertad sea real y efectiva tal como nos indica el art. 9.2 de la C.E.

Aunque con el peligro de caer en una repetición de lo anteriormente dicho, creemos que es necesario reproducir textualmente un comentario de Estrada Alonso, acerca del tratamiento constitucional de las uniones de hecho, y que puede ser bastante clarificador. Dice este autor que teniendo presente la falta de prohibición constitucional, así como el enorme desarrollo social que las uniones extramatrimoniales han alcanzado, éstas, en cuanto constituyen grupos en los que se integra el individuo y en los que se desarrolla libremente la personalidad, han de encontrarse incluidas dentro de los art. 9.2 y 10.1 del texto constitucional. Además estos textos en cuanto exigen que "la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas" lo hacen con idéntica significación a como lo hacen los artículos 14 y 16 de la Constitución, cuya aplicación ha de extenderse también con el alcance que hemos señalado a las personas que vivan "more uxorio".

Por lo tanto se puede afirmar que los art. 9.2 y 10.1 poniéndolo en relación con el art. 14 del texto constitucional, abren la vía de concesión de efectos jurídicos a la unión libre, lo cual ha de ser tenido en cuenta para el reconocimiento de éstas por parte de las tribunales sin ningún tipo de cortapisas ni condicionamientos.

B. El Código Civil

Disposición Adicional 10.^a Ley 30/1981 de 7 de julio.

Las llamadas uniones de hecho encuentran en esta Disposición Adicional Décima en su n.º 2 una de sus expresiones legislativas más claras de nuestro

ordenamiento jurídico en este tema. El citado precepto nos viene a decir lo siguiente:

“Quienes no hubieran podido contraer matrimonio por impedírsele la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tal, acaecido el fallecimiento de uno de ellos con anterioridad a la vigencia de esta ley, el otro tendrá derecho a los beneficios a que se hace referencia en el apartado primero de esta disposición y a la pensión correspondiente conforme a lo que se establece en el apartado siguiente”.

Este nº 2 de dicha Disposición se ha de poner en relación directa también con los apartados 1 y 3 con la intención de dar una cobertura amplia a los derechos del cónyuge sobreviviente, o en este caso que es lo más importante, y que más nos interesa, a la persona que ha convivido con el fallecido sin estar casada.

La importancia social, económica y jurídica de este precepto es suprema, porque de una forma clara que no deja lugar a dudas en el campo social se hace eco de una realidad que no podía ser ignorada por más tiempo. En el terreno económico su importancia estriba en que no se deja desamparado al conviviente de hecho cuando el otro fallen, sino que su posición jurídica se le iguala a la que disfruta el que ha estado legalmente casado y por tanto se le ofrece una protección económica. En tercer lugar en el aspecto jurídico significa un paso tímido, pero no por eso menos importante en la regulación de las uniones libres, ya que pone de manifiesto en el terreno positivo que éstas existen y es posible su regulación jurídica.

Sin embargo, nuestro Tribunal Supremo ha establecido en algunas sentencias, como la del 15 de marzo de 1985, que el apartado 2º de esta disposición adicional 10ª sólo es aplicable a las parejas de hecho que han convivido con anterioridad a la regulación de las causas de separación, nulidad y divorcio, ya que aquéllas no tenían la posibilidad de regular su situación jurídica al no haber ninguna ley a la cual podían acogerse. Esta jurisprudencia por tanto excluye a las parejas que se han creado posteriormente y que al existir una regulación legal, podían haberse acogido a ésta y normalizar su situación jurídica como pareja.

De todas formas no creemos que ésta sea una interpretación correcta desde el punto de vista social, porque es posible que las causas por las que algunas parejas hayan decidido constituir una unión de hecho, sean las mismas antes que después de la entrada en vigor de la Ley 30/1981 de 7 de julio, por lo que

no sería justo en este caso, una desigualdad de criterios, de carácter temporal, a la hora de darle efectos jurídicos a una misma situación de hecho, en la que concurren las mismas causas, y en las que sólo existe una discordancia en el tiempo.

Como argumento jurídico para evitar este distinto tratamiento de un mismo supuesto de hecho, según hayan sido creados antes o después de la entrada en vigor de la ley, cabe la posibilidad de recurrir a los argumentos constitucionales anteriormente expuestos, y concretamente al art. 14 que prohíbe todo trato discriminatorio independientemente de las circunstancias sociales que concurren. En esta línea se orienta la sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de diciembre de 1988.

Ley 21/1987 de 11 de noviembre sobre la reforma de la adopción, Disposición Adicional Tercera.

En esta ley se contiene una referencia, creemos que de gran importancia, sobre el reconocimiento de las uniones de hecho. Exactamente en su disposición adicional 3.^a se dice textualmente:

“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 integrante de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal”.

De este texto se pueden entresacar varias consecuencias importantes:

1. Se reconoce de una forma explícita la existencia de las uniones de hecho.
2. Se equipara la capacidad de estas uniones de una forma analógica, con la del matrimonio, en lo referente a la adopción.
3. De la anterior consecuencia se deriva el reconocimiento de la posibilidad de la existencia de familias con un origen distinto al tradicional, nacida de la unión matrimonial.

Por tanto, además del reconocimiento explícito a la existencia de uniones libres, su importancia también radica en la posibilidad de aplicar analógicamente un conjunto de normas sobre la capacidad de adopción de una pareja no matrimonial, con lo cual estaríamos ante un mismo tratamiento jurídico de una familia matrimonial y una familia de facto.

Nos puede servir también el art. 108 del C.C. como norma a través de la cual tampoco se hace distinción entre la familia matrimonial y la familia de “facto”.

Cuando este artículo que hemos citado habla de la filiación matrimonial y no matrimonial, se le está dando efectos jurídicos a las uniones libres en materia de filiación por naturaleza de igual forma que se hace con el matrimonio.

El art. 156 del C.C. nos viene a decir que “la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores”, según lo cual no se establece ninguna distinción entre progenitores legítimos y naturales, ni tampoco excluye de este ejercicio a los progenitores naturales que vivan juntos en unión libre.

Esto hace que comparemos este artículo tras la modificación hecha por ley de 13 de mayo de 1986, con el art. 317 bis del Código Civil italiano, en el cual se le concede la patria potestad a los padres con independencia de que hayan contraído o no matrimonio, lo cual supone el reconocimiento jurídico de la familia “de facto”.

Opinión contraria a la de Busnelli que se hace eco de lo anterior, es la expresada por Trabucchi, para quien el art. 317 bis del C.C. italiano sólo hace relación a los padres para regular las obligaciones que éstos tienen para con sus hijos.

Coincidimos con la doctrina señalada que esta referencia indistinta al progenitor, sea éste o no casado, abre la puerta al reconocimiento legal, y posterior dotación de efectos jurídicos a las uniones de hecho en este aspecto.

Otra referencia aunque indirecta que podemos encontrar sobre la materia que aquí se trata, en el C. Civil, son los art. 1.255 y 1.275. Estos artículos han sido utilizados por la jurisprudencia del T.S. para dejar sin contenido los convenios que haya celebrado la pareja libre entre sí, fundamentando tal actitud en el hecho de que es una causa ilícita la que ha dado lugar a la celebración de estos convenios, al considerar a todas las relaciones sexuales fuera del matrimonio contrarias a la moral cosa que prohíbe el Código Civil en los citados artículos. Tal línea de actuación la ha mantenido nuestra jurisprudencia en sentencias tales como la del 2 de abril de 1941; 5 de octubre de 1957, 16 de octubre de 1959, 15 de noviembre de 1968, y 9 de abril de 1979.

Afortunadamente, últimamente ha habido una sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 21 de abril de 1986, la cual en sus fundamentos de Derecho mantiene la licitud y eficiencia del convenio en materia económica celebrado por una pareja “more uxorio” encontrando su base legal en los arts. 1.255 y 1.261, por reunir los requisitos de validez, y eficacia exigidos para todo

contrato. Esta sentencia pone de alguna manera las cosas en su sitio puesto que en la actualidad parece una incongruencia desde el punto de vista social, el hecho de que se consideren las relaciones sexuales fuera del matrimonio como algo contrario a la moral y a las buenas costumbres, y por lo tanto se debe dar plena eficacia a estos convenios, puesto que pueden servir de base para una mejor autorregulación de estas relaciones extramaritales, y para que cada uno pueda, llegado el momento, exigir sus respectivos derechos de la manera más clara posible.

Esto se afirma, con la entrada en vigor del art. 1.323 del C.C. que concede al “marido y a la mujer capacidad plena para transmitirse por cualquier título bienes derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos”, lo cual si se asume la equiparación a estos efectos entre matrimonio y convivencia “more uxorio”, puede dar una idea clara de la importancia de estos convenios, para regular las formas de convivencia consensuales.

El art. 392 del Código Civil sería de aplicación en lo que respecta al régimen económico que regiría entre los convivientes “more uxorio”. En esta línea Xavier O’Callaghan afirma que en las uniones de hecho rige una separación absoluta de bienes donde cada conviviente tiene el dominio, administración y disposición de todos aquellos bienes que haya adquirido o adquiriera por cualquier título, pero, sigue diciendo este autor, cuando estas personas adquieran bienes concretos por mitad o proindiviso se les podrá aplicar el art. 392 y ss. del Código Civil.

La redacción del art. 98 del C.C. establece que: “el cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo, tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal atendidas las circunstancias previstas en el art. 97”. De este texto se pueden sacar a primera vista dos conclusiones relacionadas con el tema que estudiamos:

1. Se le da protección jurídica y económica a una situación en la que no ha existido matrimonio, pero que dos personas han compartido como si éste existiese.

2. Se tiene en cuenta que ha habido una convivencia conyugal donde presumiblemente se han dado todos los elementos necesarios para que el vínculo existiese aparentemente, con la única excepción de que ha existido la causa de nulidad.

Lo anterior demuestra que en principio no hay ningún impedimento de tipo jurídico formal que impida darle efectos jurídicos a una convivencia que

nunca ha tenido la categoría de matrimonio, argumento que puede servir para dotar de los mismos efectos a la convivencia originada por las uniones libres.

Siguiendo con el cuerpo legal del Código Civil, concretamente en el art. 101 se establece que: “el derecho a pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o vivir maritalmente con otra persona”. De esta forma el Código Civil reconoce de forma indirecta la existencia de otra forma de convivencia distinta al matrimonio de la cual se puede derivar consecuencias en materia de pensiones. Esta cuestión se regula de forma distinta en cada sistema jurídico pudiendo ser bien objeto de una regulación legal, o de un tratamiento jurisprudencial como ocurría en Francia antes de la entrada en vigor del art. 283 de su Código Civil.

También el art. 97.8 del C.C. se puede poner en relación con lo anterior, en atención a la repercusión que puede tener una convivencia *more uxorio*, a la hora de establecer una pensión por la disolución de un matrimonio anterior, y así cuando este art. habla del “caudal y medio económico de uno y de otro cónyuge”, se puede incluir para el cálculo de aquél, la carga que supone para el cónyuge obligado, el mantenimiento de obligaciones pecuniarias o de otra índole en una convivencia de hecho, que como hemos dicho ya a lo largo de este estudio, disfruta de reconocimiento constitucional implícito. Sin embargo Estrada Alonso opina que la familia legítimamente reconocida en el ordenamiento jurídico ha de tener preferencia sobre la familia “de facto” en esta cuestión.

Esta opinión es criticable porque nos puede llevar a un trato discriminatorio, prohibido constitucionalmente, según se trate de uno u otro tipo de familia, por lo cual se debe de entrar en un dinámica jurídica en la que se ampare de igual modo y con iguales derechos y obligaciones a ambas familias.

Siguiendo en el Código Civil nos encontramos con una consecuencia negativa de la existencia de una convivencia extramatrimonial, y es la que establece el art. 320 donde se señala que es causa suficiente para que el juez conceda la emancipación a los hijos mayores de 16 años si éstos lo pidieren y previa audiencia de los padres cuando quien ejerce la patria potestad conviva maritalmente con persona distinta al otro progenitor.

Como referencia última al C.C., en este tema de las uniones de hecho, nos referiremos al criterio interpretativo del art. 3.1 del citado texto, donde se nos dice que: “las normas se interpretarán según el sentido propio de sus

palabras en relación con el texto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas atendiendo jurídicamente al espíritu y finalidad de aquélla”.

Este artículo creemos que tiene gran importancia en la materia que tratamos, cuando nos dice que para la interpretación de las normas se tendrá en cuenta la realidad social del momento, lo que significa que los tribunales habrán de tener en cuenta esta circunstancia. Esta situación nos puede llevar a una interpretación ampliamente favorable al reconocimiento de efectos jurídicos, que pueden generar las uniones de hecho, como realidad social existente.

Este criterio interpretativo es el que ha utilizado la Audiencia Provincial de Bilbao en Sentencia de 15 de mayo de 1986 al equiparar una relación de hecho al matrimonio, por aplicación del criterio interpretativo del art. 3.1 que atiende a la realidad social del tiempo en que han de aplicarse.

C. Ley de Arrendamientos Urbanos de 21 de julio de 1964

Del artículo 114 de la L.A.U. se pueden deducir algunas consecuencias con repercusión en las uniones libres en el campo práctico jurídico. Estas consecuencias pueden derivarse de lo establecido en el punto nº 8 del citado artículo el cual dice: “El contrato de arrendamiento se puede resolver cuando en el interior de la vivienda o local de negocio tengan lugar actividades que de modo notorio resulten inmorales, peligrosas, incómodas o insalubres”.

El problema puede surgir cuando los arrendadores consideren que la convivencia “more uxorio” represente una actividad inmoral de sus arrendatarios. En la consideración de esta posibilidad los tribunales tanto extranjeros como españoles han pronunciado numerosas sentencias favorables a la resolución del contrato de arrendamiento, fundamentándose en el carácter inmoral, antisocial e incluso subversivo del concubinato.

Sin embargo, los tribunales españoles han ido adoptando cada vez más una actitud racionalizada, acorde con la realidad social actual del concubinato, sirviendo como muestra la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 15 de febrero de 1961.

Actualmente y después de la promulgación de la Constitución del 78 parece impensable que estas consecuencias puedan derivar de tal convivencia extramatrimonial, puesto que el art. 18 ampara el derecho a la intimidad

personal y de la inviolabilidad del domicilio amparando por tanto al arrendador a vivir “cómo” y “con” quien estime conveniente.

Otras connotaciones en el ámbito del derecho arrendatario tanto urbano como rústico, vienen contempladas por la subrogación “mortis causa” a favor del cónyuge sobreviviente de los artículos 58 de la L.A.U y 79.2 de la L.A.R. Hoy debe de entenderse, a la vista del art. 14 y 39 de la Constitución, incluido en esta subrogación, al conviviente no unido en matrimonio pero sí de hecho.

D. El Código Penal

En el Código Penal también nos encontramos algunas referencias someras acerca de las uniones libres, concretamente en los art. 11 y 18 del citado texto.

Así, en el art. 11, incurso dentro del capítulo que hace mención a las circunstancias que atenúan o agravan la responsabilidad criminal se nos dice que: “es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad según la naturaleza, los motivos, y los efectos del delito, ser el agraviado cónyuge o persona a quien se halle ligada de forma permanente por análoga relación de afectividad...”. Por su parte el art. 18 del mismo texto utiliza también la expresión de: “cónyuge a la persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad...”

Es indudable que en la anterior expresión utilizada en ambos artículos, no se contiene una alusión directa a las uniones de hecho, pero tampoco es menos cierto que a través de ellas hay una equiparación entre los cónyuges, y los que mantengan relación afectiva similar, dentro de los cuales estarían las parejas que convivan de forma “more uxorio”.

Por tanto debemos de llegar a la conclusión de que en materia de atenuantes, agravantes y exención de penas los efectos que se les atribuyen a los cónyuges hay que dárselos también a los unidos de forma libre, a los cuales se les reconoce de forma implícita en el orden penal.

Para entender mejor y con más amplitud lo dicho, señalar que en la Exposición de Motivos del Código Penal se recoge la realidad de las situaciones de afectividad iguales o inferiores a los emanados del parentesco, lo que se refleja en los arts. 11 y 18 ya citados que agruparán al cónyuge con la persona a quien se halla ligado de forma permanente por análogas razones de afectividad, siendo esto también fundamento de una sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 21 de abril de 1986.

E. Ley Orgánica del Poder Judicial

El art. 219 de esta ley establece en su número 1 que son causa de recusación de jueces y magistrado, “el vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable”.

Es éste otro precepto legal del cual se puede deducir la existencia de una equiparación del matrimonio con las uniones de hecho, en este caso concreto en materia de recusación a jueces. Esta afirmación se hace porque cuando se habla de “situación de hecho asimilable” no nos debe caber ninguna duda que se refiere a las uniones libres, y que el legislador aprovecha para darle los mismos efectos jurídicos que al matrimonio, y es aquí donde radica la importancia para el tema que tratamos.

F. Regulación Jurisprudencial

Ante la ausencia de datos legislativos, en la generalidad de materias que atañen a la convivencia “*more uxorio*”, en la mayor parte de los países, es competencia de la jurisprudencia la labor de dotar de efectos jurídicos a tal forma de convivencia, opinando de igual manera Estrada Alonso. Esto que hemos dicho anteriormente ha sido la línea que han seguido en España los tribunales, donde hasta época muy reciente las decisiones de la jurisprudencia han estado marcadas por la negativa a reconocer efectos jurídicos algunos en favor de las uniones libres.

En Italia, la Corte Suprema en Sentencia de Casación de 8 de febrero de 1977 ha reconocido a la familia de “*facto*” como en la que se da vida a un proceso de desarrollo de la persona y se equipara a la familia legítima, con una misma función y de la que por tanto se han de derivar los mismos efectos jurídicos.

En Francia, la facultad de que los compañeros se dirijan a los tribunales, al objeto de liquidar su situación lleva ejercitándose desde mediados del siglo pasado, lo cual hace evidente la experiencia que tienen actualmente en este tema.

La doctrina ante este tema de la regulación jurisprudencial, y la oportunidad de someter a los tribunales las uniones de hecho, dejando que aquéllos marquen la pauta a seguir en cuanto a su desarrollo y efectos jurídicos, está dividida. Así para los que rechazan esta intervención, lo fundamentan en la poca confianza que les merece la opinión subjetiva, individual y moralista de los jueces, lo que no incita a la seguridad jurídica. Defienden esta postura Colin, Capitant y Julliot de la Morandiere.

En cuanto a los que defienden la intervención de los Tribunales opinan que vendría a salvar el peligro que representaría la positivización de las uniones libres, que crearía un matrimonio de segundo orden con graves repercusiones sociales, familiares y jurídicas. Opinan así Demaind Bernard, Pascalino y Puig Peña.

En lo que respecta a la posición de la doctrina española sobre este tema, una parte de ésta reconoce, que aunque hasta ahora no se ha utilizado esta vía de una forma concreta, en el camino de atribuirles efectos jurídicos plenos a las uniones de hecho, son partidarios de esta actuación jurisprudencial. En este sentido los magistrados Hernández Ruiz, De Mena Álvarez, Villén Navajas y Maíllo Fernández manifiestan que: hasta que no se positivicen las uniones libres, esta área incumbe a los tribunales de justicia a través de la institución del Derecho Civil.

Es claro por tanto que ante la escasez de regulación positiva existente en nuestro ordenamiento jurídico acerca de las uniones libres, creemos corresponde a los Tribunales de justicia el ir resolviendo de forma casuística los problemas surgidos en el ámbito de estas relaciones humanas, respetando la intimidad personal de cada conviviente y su derecho al desarrollo libre de la personalidad de la forma que estime más conveniente para sí, y sin caer como hasta ahora en falsas moralidades y actitudes caducas.

Bastante importancia en el tema que tratamos tiene la sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de diciembre de 1988.

En esta resolución de nuestro alto tribunal se reconoce el derecho a percibir la pensión de viudedad de la recurrente que ha convivido de forma more uxorio con el fallecido, de acuerdo con lo establecido en la Disposición Adicional Décima en su nº 2 de la Ley 30/1981 de 7 de julio, en igualdad de condiciones, con los supuestos en que el fallecimiento del causante hubiera tenido lugar antes de la entrada en vigor de la referida ley. Como fundamento jurídico básico de esta sentencia del T.C. opina que el requisito temporal referente al fallecimiento del causante, establecido en la citada disposición anterior, es injustificado cuanto discriminatoria y por tanto contraria al artículo 14 de la C.E. por lo cual no puede servir de base para fundamentar la denegación de la pensión de viudedad regulada en tal precepto.

Aunque no con valor jurisprudencial, pero sí bastante indicativo de lo que puede ser en un futuro la actuación de los tribunales, tenemos un reciente auto del juzgado de familia de Móstoles en reposición según el cual y dentro

de las medidas provisionales dictadas por el juez, el conviviente varón ha de pasar una pensión económica a la mujer que vivía con el demandado, formando una pareja “more uxorio”. En el auto se compara la situación de esta mujer que convivía de la forma expresada, con la de una mujer casada.

Los fundamentos jurídicos de este auto los encontramos en el art. 14 de la Constitución española, donde expresa de forma inequívoca la igualdad ante la ley y el art. 39 del mismo texto en el que se establece la protección a la familia por los poderes públicos.

Se entiende por tanto que la familia se gesta también por la unión consensual, suponiendo también una comparación analógica, en cuanto a que hay identidad de razón entre matrimonio y convivencia “more uxorio”.

V. EFECTOS DE LA UNIÓN DE HECHO

A. Introducción

El fin perseguido por las parejas no fundadas en el matrimonio no es asimilarse jurídicamente a éste; por tanto, aun reuniendo los requisitos de esta unión, “no constituirá nunca matrimonio”.

Por ello, una unión de hecho no producirá los efectos propios del matrimonio, pues ni hay una regla de asimilación general entre ambas instituciones, ni la figura de la que tratamos goza de una regulación jurídica unitaria. Pero, en la práctica, implica una comunidad de vida al modo conyugal, sobre todo si sobrevienen hijos, base de una familia; lo cual origina unos efectos en el orden personal y familiar (filiación) con trascendencia jurídica, aproximables éstos a los del mismo matrimonio, y de las que se va a ocupar el Derecho de forma dispersa.

B. Efectos personales y familiares

En este punto, sólo vamos a ocuparnos de la trascendencia jurídica de las uniones de hecho en la esfera personal estricta (estado civil), y familiar (filiación).

1. Estado Civil.

A este respecto, hay que partir de la base de que “persiste igual el estado civil de cada uno de los componentes de la pareja” (M.P. y Bernaldo de Quirós), de manera que, al no modificarse, “no hay entre el hombre y la mujer que conviven un status propiamente dicho” (O’Callaghan Muñoz).

Ello nos lleva a afirmar que no se dan efectos jurídicos personales, como los que se darían en el matrimonio (por ejemplo, deberes recíprocos), ya que lo que existe entre los dos miembros de la unión es una convivencia al modo conyugal, pero no una relación jurídica conyugal. De esta premisa van a partir una serie de consecuencias económicas (por ejemplo no crea deber de alimentos), ciertas incompatibilidades en el ámbito profesional (por ejemplo a tenor del art. 219 1.º L.O.P.J. es causa de abstención y, en un caso de recusación para un juez o magistrado), así como en materia de responsabilidad penal (arts. 11 y 18 C.P.), tendentes a negar una asimilación entre esta institución y el matrimonio; pero que, a su vez, tiene excepciones que, por otra parte, conducen a esta semejanza (filiación y, dentro de ella, la adopción).

Cabe deducir, pues, que la nota diferenciadora entre el matrimonio y esta situación es que en la familia no matrimonial, al no existir la relación jurídica “vitalicia” en que el matrimonio consiste, no se produce a favor de los convivientes “el derecho a invocar las reglas legales establecidas en atención al vínculo mismo y a partir de él”; además, la situación de hecho es espontánea y no goza del carácter institucional y vitalicio propio del matrimonio.

Por otro lado, a pesar de no modificarse el estado civil de cada uno de los convivientes, en la relación de éstos con terceras personas se crean una serie de problemas jurídicos que, según Estrada Alonso, podrían solucionarse con el otorgamiento a la convivencia “more uxorio” de la categoría de estado civil o, al menos, con la constitución de un Registro Especial de estas uniones.

En contradicción a esta opinión, M. Peña y Bernaldo de Quirós manifiestan que “esta situación no es objeto del Registro Civil”.

Analizando este contraste, podemos decir que la simple convivencia no genera “per se” un cambio de estado. Asimismo, creemos que la existencia de un Registro Especial supone la existencia, también, de un documento que acredite, ante ese Registro, la constitución de la unión. Esto, en principio, supone atribuir cierto carácter negocial a la misma unión a la vez que resta ese carácter al vínculo matrimonial pues, precisamente, la unión de hecho lo que persigue es alejarse de toda relación contractual.

Lo que sí es indudable es que, objeto de este registro, han de ser las relaciones paterno-filiales que se originen de esta unión, lo cual se instrumenta mediante la entrega de un Libro de Familia a los progenitores de hijos no matrimoniales. Dato curioso es que, en ese Libro de Familia, “hay una hoja en blanco esperando un posible matrimonio futuro de los progenitores”.

En conclusión, podemos afirmar que la existencia de un Registro Especial para la unión marital de hecho se opone al carácter espontáneo de éstos, lo cual no implica que deba carecer de una regulación unificada que prevea soluciones en la relación con terceras personas.

2. Filiación

2.1. Introducción

Parte de la doctrina italiana se plantea que la atribución o no de consecuencias jurídicas a las uniones libres debe estar condicionada a la existencia o no de filiación. Entonces, desde este punto de vista, el concubinato no tiene en sí mismo relevancia jurídica sino en virtud de la procreación, por medio de los arts. 316 y 317 bis del Código Civil italiano que establece la titularidad en el ejercicio de la patria potestad y junto con ella la calificación de familia natural a estas uniones con hijos. Luego, al no ejercitarse la patria potestad por no existir hijos o ser éstos mayores de edad, la unión libre es considerada como una relación de mero hecho.

En este sentido, es necesario distinguir, como hace Estrada Alonso, entre *la familia natural* y *la familia “de facto” o unión libre*. La doctrina italiana que hemos citado refunde en un solo concepto ambos términos, cuando en realidad hacen referencia a cosas distintas:

La familia natural requiere la consanguinidad y la procreación; la familia de “facto” o unión libre requiere sólo la convivencia sin necesidad de descendencia de los convivientes.

Con estos argumentos, concluye Estrada Alonso afirmando que, “la filiación *perfecciona y estabiliza*... la unión libre ya constituida, atribuyéndole nuevos efectos jurídicos”, como los deberes derivados de la patria potestad o, en caso de no reconocimiento, los derivados de la mera filiación; pero “para atribuir la relevancia jurídica que se solicitara sólo se requiere que la unión venga integrada por la relación de los convivientes, con independencia de la

existencia o no de los hijos”. En suma, apoyamos la tesis de este autor, en el sentido de que la filiación no es el factor determinante para atribuir consecuencias jurídicas a estas uniones, sino la naturaleza de la relación misma.

2.2. La unión familiar de hecho

En nuestro Ordenamiento, la base ideal de la familia sigue siendo legalmente el matrimonio y conviene subrayar la expresión “legalmente”, pues cada vez está más arraigada la consideración de la familia natural, con independencia del vínculo jurídico, postura que obedece a una constante demanda social. Y es este sentido el que impera en la redacción del art. 39 de la Constitución, el cual en su punto 1º consagra la protección de la familia, alcanzando no sólo a la fundada en el matrimonio, sino también a la unión familiar de hecho. Esto asimismo se reafirma en el apartado 2º del precepto al proclamar “la protección integral de los hijos, iguales ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil”. La protección pues, incluye a los miembros de la unión familiar de hecho.

Esta asimilación entre la unión de hecho y el matrimonio sólo a los efectos de constitución familiar, contrasta con la presunción de la paternidad que se da de forma automática en el matrimonio, mientras que en la unión familiar de “facto” es necesario reconocer la paternidad o probarla.

En este sentido, Manuel Peña y Bernaldo de Quirós estiman que sólo el matrimonio hace legalmente cierta, de modo automático, la partenidad.

En cambio, para Estrada Alonso, el concepto de familia debe cimentarse sobre el potenciamiento de la personalidad del individuo y sobre la comunidad de vida estable. Como este presupuesto puede darse tanto dentro del matrimonio, como fuera de él, creemos que los convivientes “more uxorio” configuran una familia.

En contra de este último argumento, la “Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación” dictada por la Iglesia Católica señala que “el hijo tiene derecho a ser concebido, llevado en las entrañas y educado en el matrimonio. Éste posee bienes y valores específicos de unión y procreación incomparablemente superiores a los de las formas inferiores de la vida”. Ante esta afirmación, se aprecia cómo aún existen opiniones que rechazan totalmente la unión de hecho como situación familiar, y reafirman la misma existencia de la familia tradicional, lo cual no obsta para

que la familia natural sea considerada como tal, con independencia de vínculo jurídico alguno.

2.3. Clases de filiación en la unión de hecho. Incidencia de la Reforma del Código Civil, de 13 de mayo de 1981.

Antes de adentrarnos en los efectos jurídicos que la filiación extramatrimonial conlleva, conviene poner de relieve que a raíz de la Reforma operada en el C.C. por Ley de 13 de mayo de 1981 en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, los arts. 108 y siguientes de este cuerpo legal, referentes a la paternidad y filiación, ubicadas en el Título V, han sido modificados.

El C.C., siguiendo los dictados de la Constitución de 1978, respecto a los principios de igualdad y no discriminación (art. 14), y en base a las fuentes internacionales en esta materia (Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, Declaración de los Derechos del Niño de 1959, Convenio Europeo de los Derechos Humanos de 1950, la Carta Social Europea de 1961 y la Convención Europea sobre el estatuto jurídico de los hijos nacidos fuera del matrimonio de 1975) equipara los efectos de la filiación matrimonial y la extramatrimonial.

Así, el art. 108 C.C. señala que “la filiación puede tener lugar *por naturaleza y por adopción*. Asimismo, la filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí”. Y por último, equipara los efectos de ambas clases, y de la adoptiva, al disponer que “la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva plena (adopción según la L. 21/1987, de 11 de noviembre), surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código”. Este precepto habría que enlazarlo con el principio de igualdad antes citado respecto de los hijos, consagrado en el art. 39 2º de la Constitución.

A la vista de lo expuesto, se entiende por filiación extramatrimonial aquélla en la que los padres no están casados entre sí en el momento de la concepción ni en el del matrimonio, ni contraen éste con posterioridad. Esta filiación puede tener *una causa biológica o natural*, o puede tener lugar *por adopción*. Y aún más, a estas dos clases legales cabría añadir como especialidad no prevista en el C.C., *la derivada de procreaciones asistidas*.

Estas tres clases tiene efectos determinados, y a veces un régimen especial, en la unión familiar de hecho, lo cual merece un estudio separado. Pero, antes

de abordarlo, conviene aclarar las repercusiones en este punto de la equiparación operada por la reforma citada.

Históricamente, siempre se han llamado hijos legítimos e ilegítimos a los nacidos dentro y fuera del matrimonio, respectivamente. En nuestros tiempos, aparece una denominación distinta, la de hijos matrimoniales y extramatrimoniales, entre otras cosas porque la misma expresión anterior reflejaba cierta conducta reprobable desde el punto de vista ético y social, incluso jurídico en base a la negación de ciertos derechos propios de la filiación a los “hijos ilegítimos”.

Al respecto, destaca un artículo publicado en la Revista “La Ley” en 1988, titulado “Reflexiones sobre la Reforma del régimen de la filiación”, cuyo autor, José Ferrandis Vilella, opina que “no se trata de equiparar hijos legítimos e ilegítimos, lo que ocurre es que ya no hay hijos ilegítimos”. Añade que, con la Reforma, no es que queden equiparadas las distintas clases de filiación, sino que ya no hay distintas clases de filiación (y ello ni siquiera haciendo entrar en el cuadro a la adopción). En este sentido, y a la vista del art. 108 C.C., estima que “hemos de contemplar a la filiación como un vínculo que puede tener su origen en la procreación (dentro o fuera del matrimonio) o en la adopción”, siendo iguales los efectos en uno y otro caso.

En suma, se observa pues que es el modo de originar el vínculo paterno-filial el que determina lo que tradicionalmente se conoce como clases de filiación.

Después de negar dicha clasificación, el autor citado critica el que no se haya unificado las clases de hijos, borrándose así la distinción existente entre ellos, a pesar de que el art. 14 de la Constitución prohíbe la discriminación por razón de nacimiento; y se muestra partidario de que se hubiera mantenido la diversidad de filiaciones, pero con atribución de derechos idénticos para todas ellas. Asimismo, pone de manifiesto que la Reforma del C.C. va más lejos que el texto constitucional pues lo que trata es de “eliminar la distinción misma entre filiaciones”, al declarar el art. 108 que todas ellas “surten los mismos efectos”. Señala textualmente que “el art. 108 no distingue clases o tipos de filiación; lo que hace es diferenciar entre varios modos de determinar la filiación”. Actualmente sólo existe una filiación que “puede tener lugar por naturaleza y por adopción”. Y esto mismo es lo que se afirma en el párrafo primero del art. 108. El que la filiación pueda ser matrimonial o no matrimonial sólo alude a la existencia o no de vínculo jurídico entre los progenitores, no a la forma de determinarla.

Precisamente, atendiendo al vínculo jurídico o no que liga a los progenitores, la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley que después pasaría a convertirse en la Ley 11/1981, de 13 de mayo, expresa que “la circunstancia de que la filiación se produzca dentro o fuera del matrimonio es, como regla, irrelevante en relación con el tema de los efectos (por más que tenga importancia en orden a regular la cuestión relativa a la determinación legal de la filiación). Lo decisivo en cuanto a los efectos de la filiación, una vez determinada ésta, es la proclamación de igualdad ante la ley, “con vigencia dentro y fuera de la familia”.

Luego, como señala Ferrandis Vilella, “la igualdad de derechos entre hijos es compatible con la distinción entre filiación matrimonial y no matrimonial”.

Sobre este punto, es curioso el análisis que hace Albaladejo sobre estas situaciones, al observar que esta distinción entre ambos tipos de filiaciones (reiteramos que sólo a los efectos de existencia o ausencia del vínculo jurídico) da lugar a dos estados, por más que los derechos de los hijos frente a sus padres sean los mismos en uno y otro caso.

En el caso de que exista vínculo matrimonial, y lo citamos para apreciar la diferencia, se produce “un estado de familia”, porque el hijo matrimonial está inserto en la familia que sus padres formaron al casarse.

En cambio, si lo que existe es una unión de hecho, se origina un “estado parental”, pues el hijo no matrimonial que ha ligado en todos los aspectos con todos los parientes del padre, al quedar inserto en el grupo parental del que este último forma parte. Esto no era posible bajo la legislación anterior, en la que sólo se le concedía un “status filii” como relación o vínculo bilateral con el progenitor que le hubiera reconocido.

2.4. Especial estudio de la adopción en la unión de hecho

La adopción es uno de los modos de originar el vínculo o relación paterno-filial y produce los mismos efectos de la filiación natural. La Ley 21/1987, de 11 de noviembre, al modificar los artículos del C.C. correspondientes a la adopción, incluye una favorable novedad en su disposición adicional 3ª: “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”.

Es novedosa esta disposición porque por primera vez en nuestro Derecho se concede, de forma legal, a las uniones de hecho, la posibilidad de crear este tipo de relaciones, que tradicionalmente se ha reservado a las personas individuales y a los esposos.

En interés del hijo adoptado, hay que partir de que estas uniones son realmente matrimoniales, aunque les falta el requisito de forma. Son como matrimonio o “cuasi-matrimonio”, y no mera relación frívola o concubinaria.

Es indudable que para que la adopción sea concedida a esta pareja, es necesaria la exigencia de una serie de requisitos, pues si éstos son exigidos a las personas individuales o a los esposos, con mayor razón han de serlo en estos supuestos, y no por agravar el procedimiento de concesión, sino en interés del futuro adoptado. Estos requisitos se deducen unos del texto de la citada D.A. 3.^a, y otros de la lógica del Derecho.

1.º).— Requisitos exigidos por la D.A. 3.^a:

- Ha de tratarse de una pareja heterosexual.
- Dicha pareja ha de estar “*integrada*”, es decir, que exista un proyecto de vida común, actuación.
- Ha de ser “*permanente*”, pues dicha unión no está sometida a condición o término alguno, en base a la imagen de familia que tal pareja representa. En este mismo sentido, las relaciones prematrimoniales, como ensayo de matrimonio para comprobar si éste interesa o no, no gozan de dicha nota de permanencia, puesta en duda por las mismas partes, y sólo participan de un carácter aleatorio.
- La relación que les da una ha de ser “*efectiva*”, análoga a la conyugal.

2.º).— Requisitos de Derecho: Éstos son exigibles porque dicha convivencia ha de ser comprobada legalmente para que las exigencias de la D.A. 3.^a sean efectivas. Por ello, la unión debe ser:

- *Actual*, en el momento de la petición de adopción y transcurso del procedimiento. Ello se prueba, entre otros medios, a través de un acta notarial de notoriedad de fijación de hechos, desarrollada en el art. 209 del R.N., en la que el Notario, a la vista de las pruebas practicadas y su inmediatez con las partes, puede ejercer verdaderos efectos disuasorios o constructores de la pareja.

- *Antigua* en el tiempo: La ley anterior de 1970 en materia de adopción, reformada por la actual de 1987, permitía a los cónyuges adoptar si vivían juntos, procedan del consumo y llevaban más de cinco años de matrimonio (antiguo art. 178 C.C.). El nuevo texto no especifica desde qué plazo puede considerarse permanente esa unión. Por analogía con otras figuras, podría pensarse en un plazo más corto de convivencia (un año: arts. 81, 86, 1.393.3º C.C.), pública, pacífica y no interrumpida; o eliminar el mismo, en cuyo caso la formación de esa unión con el carácter de permanente exigiría un consentimiento o “*affectio unionis*”.
- *Probada*: la existencia y duración de la pareja debe probarse, pues no rige aquí la presunción del art. 69 C.C. Importante es aquí el acta de notoriedad de fijación de estos hechos, que recoge las declaraciones de los miembros de la pareja, bajo pena de falsedad en documento público, corroborada por otros medios de prueba.
- *Posible*: Para fundar la unión de hecho hay que tener capacidad para ello, y para adoptar se exige un mínimo de veinticinco años de edad en uno de los adoptantes, pudiendo ser el otro mayor de edad sin llegar a los veinticinco años o menor emancipado.

Además, se exige un consentimiento libre y no viciado, el cual no lo podrán prestar:

- los menores de edad,
- los menores emancipados sin estar debidamente asistidos,
- los ligados con vínculo matrimonial anterior,
- los que tienen entre sí vínculos de parentesco.

Al tratarse de un supuesto excepcional de filiación adoptiva la creada en el seno de una convivencia de hecho, ésta es objeto de una interpretación restrictiva, de suerte que cuando la D.A. 3ª de la ley alude como sujeto pasivo al menor, no deberíamos plantearnos la posibilidad de que sean adoptados los menores emancipados o los mayores de edad. No obstante, no sería de extrañar que la autoridad judicial competente, valorando las circunstancias del caso, admita a estos sujetos pasivos a la adopción por los componentes de una unión libre si se dan las circunstancias del art. 175. 2º C.C., es decir, cuando inmediatamente antes de la mayoría de edad o emancipación no interrumpida

de acogimiento o convivencia, iniciada antes de que el adoptando hubiere cumplido los catorce años.

En suma, la unión de hecho, para la adopción, no deja de ser un verdadero contrato por el que dos personas de distinto sexo consienten en unirse para el mejor desarrollo y realización de sí mismos a través de la vida en común.

2.5. Referencia a la utilización de técnicas de reproducción asistidas por los miembros de la unión.

Éstas están reguladas por la L. 35/1988, de 22 de noviembre.

Se ha discutido si estos métodos de reproducción deberían restringirse a las parejas casadas, argumentando que sólo ellas pueden ofrecer una familia estable y unas condiciones éticas y sociales para el desarrollo del ser que nazca de este procedimiento. Afortunadamente, se ha impuesto en este punto también la tesis de la no discriminación e idéntico trato a la pareja heterosexual (sea casada o no) habida cuenta de la idea amplia de familia vigente en nuestra sociedad y en nuestro Derecho, ya que la Constitución de 1978 protege también la familia no matrimonial, cuando al hecho de que el nacido de procreación asistida puede encontrar en la unión de hecho la misma estabilidad afectiva y condiciones humanas aptas para su desarrollo, amén de padre y madre, como en la matrimonial.

Incluso, la Ley de 1988 que regula esta materia distingue, a la hora de determinar la paternidad en estos procedimientos, si se trata de pareja casada, no casada o de mujer sola que se somete a estas técnicas, y en los dos primeros casos según sea I.A.C. (con semen del varón de la pareja) o I.A.D. (con semen del donante).

2.6. Determinación de la Filiación: paternidad y maternidad

a) Paternidad

En la época medieval, la filiación derivada de una unión indefinida, al margen del matrimonio, tuvo especial relevancia y tratamiento: el padre tenía la obligación de alimentar y educar a los hijos nacidos de la barragana, quedando determinada su filiación por esa convivencia pública y notoria en hogar común, sin necesidad de reconocimiento. Así las cosas, las Partidas justificaban la barraganía frente a quienes la criticaban y pretendían penalizarla,

en base a la preferencia de una mujer a varias, y en la certeza de que los hijos hubiesen nacido de ella.

Suprimida con posterioridad la barraganía como institución social, mal vista por la Iglesia, antes incluso del Concilio de Trento, el concepto de hijo natural deja de estar condicionado por el concubinato público de los padres y depende de que el hijo fuera procreado por quienes pudieran haber contraído matrimonio entre sí. Este nuevo planteamiento hace incierta la paternidad natural, surgiendo entonces la necesidad del reconocimiento del hijo natural por el padre (Leyes de Toro).

Posteriormente, la doctrina y la jurisprudencia crearon la posibilidad del reconocimiento tácito o por posesión de estado. La investigación de la paternidad es producto de importación extranjera (Francia), y comprende tanto los supuestos de reclamación judicial de paternidad, ingorada por las Leyes de Toro, como las de investigación de reconocimiento no formal o de posesión de estado.

Hoy en día, y antes de proceder a la determinación legal de la filiación, la unión marital de los progenitores facilita la posesión del estado de filiación.

Tras la Reforma de 1981 del C.C., en materia, entre otras, de filiación, la determinación de la filiación extramatrimonial presenta mayor complejidad que la matrimonial, en atención a la diferente realidad social de cada una. Es por eso por lo que Lacruz Berdejo señala que, a pesar de la equiparación de los efectos entre uno y otro tipo de filiación, en base al art. 108 C.C., la igualdad no es absoluta, pues lo prohibido es la diferencia de trato no basado con una justificación objetiva y razonable (Sentencias del T.C. de 1 de junio y de 3 de agosto de 1983, 10 de julio de 1985, 20 de mayo y 7 de julio de 1987).

Dentro del Libro I. del C.C., Título V, Capítulo III, Sección III, trata este punto, estableciéndose en el art. 120 los mecanismos que determinan la filiación extramatrimonial, dentro de la cual entraría formando parte de ella la que tiene su origen en una unión de hecho. Este art. dice así:

“La filiación no matrimonial quedará determinada legalmente:

- 1º Por el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público.
- 2º Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil.

3º Por sentencia firme.

4º Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna con la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Registro Civil”.

De estos cuatro medios, sólo el número tercero es judicial; los otros tres son extrajudiciales.

Al respecto opina Lacruz Berdejo que con la Reforma de 1981, y tal como quedó redactado el C.C. en este punto, se ha perdido una buena oportunidad para avanzar en la mejoría de la regulación de la filiación, pues se echa de menos una presunción legal de paternidad extramatrimonial, que no existe, regulación como la de los Códigos alemán, suizo y otros, en lugar del régimen casuista de nuestra legislación histórica y otros latinos. En este mismo sentido, Benabent se muestra contrario a que el concubinato conlleve a la presunción de paternidad, dado que éste no obliga a un comportamiento fiel; para él “el concubinato sólo debe jugar como cuasi-presunción”.

En conclusión, sólo existe presunción legal de paternidad en el caso de la filiación derivada del matrimonio. En la derivada de una relación de hecho, así como en cualquier otra extramatrimonial, si no se ha producido un reconocimiento del hijo por parte del padre o madre, es necesario su prueba para determinarse por medio de los mecanismos establecidos en el precepto indicado. En este ámbito probatorio, juega un importante papel la unión marital de hecho, pues a tenor del art. 135 C.C., facilita la prueba en caso de reclamación judicial de la filiación paterna, lo cual ya entra en el marco de las acciones de filiación.

Para finalizar este apartado, hay que destacar la opinión de Clavería, quien pone de manifiesto “las dificultades derivadas de la ausencia de preconstitución de la prueba de la filiación”, con lo cual la convivencia de la madre en época de la concepción como medio indirecto para declarar la filiación, del art. 135, ha de estar lo suficientemente probada para que sea un factor determinante, además de ser permanente y no casual. Y esto se plantea porque se puede dar el caso de que la unión de hecho se disuelva, al igual que se extingue un vínculo matrimonial, antes del nacimiento de un hijo que se espera, cuyo origen es la unión misma. En este supuesto, aparte de este medio indirecto del art. 135, es acertada la opinión de Clavería al apuntar la necesidad de que el Ordenamiento Jurídico, en concordancia con determinados preceptos constitucionales, facilite al máximo la indagación de la paternidad real, con el fin de que también el varón y no sólo la mujer, quede vinculado por sus actos.

b) Maternidad:

Hoy en día, la indagación de la maternidad matrimonial y de la no matrimonial son objeto de distinto tratamiento.

En este apartado, es crucial el art. 47 de la L.R.C.: “En la inscripción de nacimiento constará la filiación materna siempre que en ella coincidan la declaración y el parte o comprobación reglamentaria. —No constando el matrimonio de la madre ni el reconocimiento por ésta de la filiación, el encargado del Registro, sin demora, notificará el asiento personalmente a la interesada o a sus herederos. —La mención de esta filiación podrá suprimirse en virtud de sentencia o por desconocimiento de la persona que figura como madre, formalizado ante el encargado del Registro el cual lo inscribirá marginalmente. Este desconocimiento no podrá efectuarse transcurridos quince días de aquella notificación”.

El distinto régimen en la determinación de la maternidad matrimonial y la no matrimonial se encuentra, pues, en que la madre no casada puede desconocer a su hijo o hacer que se suprima la inscripción de su maternidad, cosa que no es posible en el caso de hijos matrimoniales. Esto, aparte de ser discriminatorio, conlleva el riesgo, en la unión de hecho, de no reconocer la madre respecto al hijo habido de la unión, si ésta se extingue antes del parto, dado que tampoco hay presunción de paternidad para estos casos. Aquí, entraría de nuevo en juego el art. 135 C.C., respecto de la convivencia probada de la madre con el padre en la época de la concepción, así como las acciones civiles ejercitables por el padre tendentes a exigir el reconocimiento materno. Quizá el error se encuentre en el art. 47 citado al admitir el desconocimiento del hijo o la supresión de la inscripción por parte de la mujer no casada, que a su vez no reconozca a su hijo, olvidándose de que no casada puede estar la mujer integrante de una pareja estable que convive de forma permanente, supuesto que debería haber sido equiparado en este punto, y en interés y protección del hijo, a la mujer casada, de la misma forma que se critica la ausencia de presunción legal de paternidad para estas uniones.

De todas formas, este posible desconocimiento por parte de la madre exconviviente, a pesar de la extinción de la unión, no es que sea un supuesto frecuente, sino que dada la redacción del art. 47 citado, éste es objeto de crítica.

2.7. Reclamación e impugnación de la filiación originada en la unión

No determinada legalmente la filiación derivada de una unión marital de hecho, puede cualquier persona si hay posesión de estado (131 C.C.) o el hijo durante su vida si no la hay (133. 1º C.C.), reclamar judicialmente el establecimiento de una concreta filiación no determinada formalmente. Dicha reclamación puede ser respecto de uno de los progenitores o de los dos.

Tal acción se regirá por lo dispuesto en los arts. 131 - 135 C.C., con especial referencia a este último.

Respecto a la posesión de estado, del comentario a la sentencia del T.S. (Sala 1ª) de 14 de noviembre de 1987, realizado por Francisco Lledó Yagüe, se extrae que ha de tratarse de una posesión continuada. Asimismo, estima que de la conjunción de los probados hechos indiciarios se llega a la conclusión de declarar la paternidad cuando resulta acreditada por actos notorios y reiterados del mismo padre o de su familia.

En esta sentencia citada en concreto, parece ser que la convivencia de ambos padres en el momento de la concepción hubiera sido un dato decisivo a la hora de indagar la paternidad pero, del caso se extrae que, ni hubo dicha convivencia, ni tampoco reconocimiento o posesión de estado, por lo que la reclamación de paternidad por la progenitora no prosperó.

En conclusión, la cohabitación entre los progenitores produce una presunción de hecho respecto de la paternidad acreditativa de ciertas relaciones sexuales del demandado con la madre, a menos que él demuestre que ese hijo no es obra suya, alegando inexistencia de relaciones en cierto plazo o invocando la “exceptio plurium concubentium”, es decir, que a pesar de convivir con la madre en la época de la concepción, no fue él sólo quien tuvo relaciones sexuales con ella. Si logra probar esto último, hará surgir una presunción de hecho en contra del tercero en cuestión. Aunque resulte reiterativo, toda cuestión de reclamación y de determinación sería menos difícil si la presunción legal de paternidad se extendiera a las parejas no casadas y se aclarase el texto del art. 47 L.R.C. en el sentido antes indicado.

Asimismo, la paternidad y maternidad derivada de una convivencia “more uxorio” puede ser objeto de impugnación, aunque la filiación se halle legalmente determinada, a excepción de la declarada judicialmente. Ello se regirá por los arts. 137 y 40 C.C.

2.8. Contenido de la filiación; referencia especial a la patria potestad

Determinada legalmente la filiación respecto de ambos progenitores, que no están casados entre sí, ¿a quién corresponderá la patria potestad?

Siempre que esté determinada la filiación (art. 120 C.C.), los padres que conviven tienen la patria potestad sobre los hijos menores no emancipados (art. 154 en relación con el 108, C.C.). Luego, esta potestad, en su configuración actual, aparece como una función compartida que “se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores” (art. 156 C.C.). De ello se deduce que el hecho de que los progenitores no estén casados entre sí, tal circunstancia no es obstativa para la atribución a ambos de la patria potestad.

Supuesto distinto es el de los hijos producto de la unión, cuyos progenitores ya no convivan maritalmente. En este caso, sería más problemática la atribución de tal potestad, sobre todo al quebrantarse la facultad de los padres de tener los hijos en su compañía (154, párrafo 2º, nº 1, C.C.), supuesto al que le sería de aplicación el art. 156 C.C.: “Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquél con quien el hijo conviva”, al margen de que el otro progenitor tenga los deberes propios de la relación paterno-filial.

Aquí se plantea una separación conceptual entre lo que es la atribución y el ejercicio de la patria potestad. Como advierten Díez Picazo y Gullón, “sería erróneo identificar el contenido de la relación paterno-filial con el régimen jurídico de la patria potestad”. El primero existe desde que la filiación queda legalmente determinada, pero el segundo es un plus que se superpone en la fase de la menor edad a los hijos. Por ello, puede existir una relación paterno-filial cuyo contenido no corresponda a la patria potestad, bien porque el padre y la madre han sido privados o excluidos de ella, o porque tienen suspendido su ejercicio (o también porque ya no convivan juntos).

En todos estos casos se da una relación que tiene un contenido jurídico: por ejemplo, el art. 110 que establece la obligación de velar por los hijos menores y prestarles alimentos, aunque no se ostente la patria potestad; la obligación alimenticia entre padres e hijos, con independencia de la patria potestad; etc.

Todas estas consideraciones vienen a poner de manifiesto que unos son los deberes relativos a la patria potestad, y otros los propios de la relación paterno-filial. Lo normal es que en una pareja no casada, que conviva, y con hijos fruto de la unión, ambos confluyan sobre los dos progenitores.

Por otro lado, el que exista patria potestad de los padres, con independencia del matrimonio o no (art. 156 C.C.) supone el reconocimiento de la familia de “facto”.

Por lo demás, y en lo referente al resto del contenido propio de la filiación, ya se ha señalado que los efectos de ésta son los mismos en la originada del matrimonio y en la derivada de la unión libre, con las excepciones citadas en orden a la determinación de la filiación. Luego, la regla general es la equiparación plena en cuanto al “status familiae” y parentesco, nombre, patria potestad ya citada, alimentos, sucesión mortis causa, nacionalidad, etc.

La excepción la contempla la última frase del art. 108 C.C. (“...conforme a las disposiciones de este Código”), pues deja a salvo la posibilidad de que en algún caso pueda manifestarse alguna diferencia de régimen que no debe ser discriminatoria, sino justificada objetiva y razonablemente en alguna diversidad fáctica: así, en materia de apellidos, cuando esté determinada sólo la paternidad o la maternidad, a tenor del art. 190 C.C. (Lacruz Berdejo).

2.9. Últimas consideraciones

Cada día son más los tribunales que reciben demandas de tutela sobre pretensiones en relación a los hijos surgidos normalmente en el momento en que la relación de convivencia termina. Así, entre los problemas planteados por las uniones de hecho ante los tribunales, se encuentra el de la tutela y convivencia con los hijos nacidos durante la unión y crecidos en el seno de ésta. En este sentido, y para la solución de otras cuestiones por las originadas en estas situaciones de convivencia marital, José Luis Serrano Moreno propone la existencia de un estatuto jurídico que tenga en cuenta esta dimensión vital de la unión de hecho.

Entre otras características, este estatuto mínimo deberá “determinar a cuál de los exconvivientes corresponde la tutela, el mantenimiento, y/o la convivencia con los hijos menores nacidos y crecidos en el seno de ésta. En este punto, el “estatuto jurídico de la familia sin matrimonio” está hecho, pues la forma matrimonial de la familia es irrelevante, y todas estas cuestiones sobre la protección de los hijos y el conjunto de derechos y deberes de los padres tienen su solución en los arts. 39.2º y 3º de la Constitución, así como en los arts. 108 y siguientes del C.C., redactados conforme a la Ley 11/1981, de 13 de mayo, bajo el principio, aunque en algunos puntos ya citados discutible, de la plena equiparación.

BIBLIOGRAFÍA

- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho de familia*; (Madrid, 1989).
- CLAVERÍA, "Hacia una nueva concepción del matrimonio". *La Ley*, (1983).
- FUENTES LOJO, "La subrogación en el arrendamiento de vivienda de los unidos extramatrimoniales". *La Ley*, (1987).
- SERRANO MORENO, "Una propuesta para la tutela jurídica de la familia sin matrimonio I y II". *Actualidad civil* 28 y 29 (1987).
- FOSAR BENLLOCH, "Derecho de familia y política familiar europea en los años 1986 y 1987. Las Perspectivas de la familia y el Derecho de familia en la Europa del año 2000". *Actualidad civil* (1987).
- GARRIDO DE PALMA Y REGOJO OTERO, "La familia no matrimonial (Estudio sobre el concubinato)". *R.G.L.* (1986).
- HERRERA MOLINA Y SUÁREZ GONZÁLEZ, "La tributación de las unidades familiares por el IRPF y el delito fiscal; Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de marzo de 1989". *La Ley*, (1989).
- MERINO GUTIÉRREZ, "Las uniones libres y su perspectiva actual, las parejas no casadas". *La Ley*, (1989).
- LACRUZ BERDEJO Y SANCHO REBULLIDA, *Elementos del Derecho civil. Derecho de familia*. (Barcelona, 1984).
- FERRANDIS VILELLA, "Reflexiones sobre la reforma del Régimen de la filiación. En particular, la inserción del hijo no matrimonial en la familia del progenitor". *La Ley* 2 (1988).
- LLEDÓ YAGÜE, "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (sala 1ª) de 14 de noviembre de 1987". *BICNG* (1989).
- ESTRADA ALONSO, *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil Español*. (Madrid, 1986).
- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, "Influencia del Derecho público sobre el derecho de familia". *R.D.N.* (1986).
- DE LA OLIVA SANTOS, "La sentencia del Tribunal constitucional. Pleno 45/1989 (IRPF y declaración conjunta de los casados), una legislación retroactiva y, de nuevo el principio de igualdad en entredicho". *La Ley* 2 (1989).
- PALRO TABOADA, "La unidad familiar ante el Tribunal Constitucional, comentario de la Sentencia del Tribunal constitucional. 209/88 de 10 de noviembre de 1988". *La Ley* 1 (1989).
- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, "Sobre la tributación de la familia. Comentario a la Sentencia del Tribunal constitucional 45/89 de 20 de febrero de 1989". *La Ley*, (1989).
- NOIR-MASNATA, *Los efectos patrimoniales del concubinato y su influencia en el deber del sostenimiento entre esposos separados* (Madrid, 1986).
- FUENTES LOJO, *Suma de arrendamientos urbanos I y III*, (Barcelona, 1989).
- GÓMEZ I SINDE, *Todo sobre el divorcio*. (Barcelona, 1983).
- MARTÍNEZ CALCERRADA Y OTROS, *Nueva pensión de viudedad*. (Madrid, 1986).
- ALONSO OLEA, *Derecho del Trabajo*. (Madrid, 1987).
- ALONSO GARCÍA, *Curso de Derecho de Trabajo*. (Barcelona, 1982).
- MARINA MARTÍNEZ-PARDO, *Jornadas sobre cuestiones actuales de enjuiciamiento laboral*. (Madrid, 1983).

DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil II*. (Madrid, 1984).

FAIRÉN GUILLÉN. “¿Donación con causa torpe o subrogación fiduciaria?” *R.N.D.* (1985).

DESDENTADO Y TEJERINA, *Comentario a las reformas del Derecho de familia II, La Ley 30/81: Disposiciones transitorias, adicionales, final y derogatoria*. (Madrid, 1984).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Sentencia n.º 209/88 de 10 de noviembre*.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Sentencia n.º 45/89 de 20 de febrero*.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Sentencia n.º 260/88 de 22 de diciembre*.

TRIBUNAL SUPREMO, *Sentencia (sala 3ª) de 3 de febrero de 1989*.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID, *Sentencia de 27 de marzo de 1989*.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID, *Sentencia de 23 de junio de 1986*.

AUDIENCIA TERRITORIAL DE BARCELONA, *Sentencia de 16 de mayo de 1989*.

TRIBUNAL CENTRAL DE TRABAJO, (sala 4ª), *Sentencia de 19 de abril de 1989*.