LOS CAMBIOS LEGISLATIVOS EN MATERIA DE FAMILIA (MATRIMONIO ¿HORA CERO?)

POR

FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ

> *El Creador de todas las cosas estableció la sociedad conyugal como punto de partida y fundamento de la sociedad humana* (Concilio Ecuménico Vaticano II. Decreto sobre el apostolado de los laicos, «Apostolicam actuositatem», 11). *La familia es por ello la célula primera y vital de la sociedad* (Exhortación Apostólica «Familiaris Consortio», de S. S. Juan Pablo II, 42)

En los últimos años, pero sobre todo a partir del año 1975, se han producido una serie de modificaciones legales en la regulación del matrimonio y de la familia, de importancia tal que marcan más que una evolución legislativa, una verdadera revolución normativa, aún no ultimada en el día de hoy.

Esta evolución legislativa no trata de robustecer a la familia, y antes bien pueden verse en ella dos fases:

En una primera fase la reforma produce una laxitud o relajación de los vínculos que atan a los cónyuges, y debilita a la familia legítima por varios frentes que iremos estudiando.

En una segunda fase, actualmente en marcha, parece que se apunta a la equiparación en cuanto a sus efectos de la institución del matrimonio y de las uniones concubinarias y aun de las uniones homosexuales.

Veamos la primera fase:

Aunque mi estudio presta especial atención a las modificaciones producidas a partir del año 1975, quizá podamos empezar con la Ley de 24 de abril de 1958. Esta Ley suprime el deber de

Fundación Speiro

obediencia de la mujer al marido en el matrimonio, y al efecto da nueva redacción al artículo 57 del Código civil que en su redacción originaria decía: «El marido debe proteger a la mujer y ésta obedecer al marido». En la nueva redacción dice: «El marido y la mujer se deben respeto y protección recíprocos, y actuarán siempre en interés de la familia». Con esta redacción, sustancialmente, ha pasado a ser el actual artículo 67 a partir de la Ley 30/1981 de 7 de julio. (El texto vigente en la actualidad dice: «El marido y la mujer deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia»).

La supresión en un texto del Código civil de ese deber de obediencia de la mujer al marido, marca un hito importante en la evolución de la legislación sobre el matrimonio y la familia.

Tiene después gran importancia, otra ley, también, como la anterior, promulgada por Franco, dictada con motivo de la celebración del año internacional de la mujer. Me refiero a la ley de 2 de mayo de 1975.

Esta Ley *trata de equiparar el status jurídico de la mujer al del marido*. Y por lo que respecta a la materia objeto de mi estudio, me interesa destacar que esta equiparación de la mujer al marido en cuanto a su posición jurídica, se trata de obtener no sólo suprimiendo la autoridad marital (que, dicho sea entre paréntesis desde que en el año 1958 en que se suprimió la obligación de la mujer de obedecer al marido, parece que sobraba), sino dando una nueva redacción a ciertos artículos, de suerte que en lo sucesivo queden borradas las distinciones existentes entre uno y otro. Así artículos 21 párrafo 1.º, artículos 63, 64, 65, 68 regla 4.ª, 189, 225 párrafo 2.º, 244 (suprimiendo en éste el núm. 7.º), 995, etc. También en el Código de comercio, en sus artículos 4.º y los nuevos artículos 6.º al 12.

Tiene indudables aspectos interesantes, que ya en su día analicé (1).

---

(1) Véase mi estudio «La evolución del Derecho de familia respecto de las relaciones personales entre cónyuges», en *La evolución de la familia en materia de filiación y de relaciones personales y patrimoniales entre cón-*

Fundación Speiro

Ocurre, sin embargo, que por mucho que se esfuerce el legislador, no puede borrar las diferencias que Dios ha impuesto. El tema de la igualdad entre el hombre y la mujer *es metajurídico.* Hombre y mujer son iguales en dignidad y responsabilidad. Pero existen unas diferencias naturales entre ellos.

CARNELUTTI (2) lo explica con otras palabras: según el ilustre jurista el problema de la paridad de los cónyuges es uno de los aspectos del problema de la paridad de sexos. A su vez el problema de la paridad de sexos es uno de los aspectos del problema de la paridad.

Los equívocos —dice— que dominan el modo corriente de pensar y contribuyen en gran medida a determinar la crisis de la civilización que estamos atravesando, derivan de no haber descubierto esta raíz del problema.

Paridad o igualdad quieren decir la misma cosa; *pero no paridad o igualdad y semejanza.* Dos entes pueden no ser semejantes y sin embargo ser iguales. Cuando, por ejemplo, se protesta (y cuán justamente) contra las discriminaciones raciales, ¿qué se hace sino afirmar la igualdad de hombres distintos? ¿Y qué se quiere decir cuando se dice que dos hombres son iguales por cuanto uno de ellos sea blanco y el otro negro, sino que, no obstante el distinto color, *tienen el mismo valor?* Así es también respecto del hombre y de la mujer no obstante la diversidad de sexo.

La *semejanza,* para CARNELUTTI, *se refiere a la forma y la igualdad al valor:* el valor contempla el «ser» mientras que la forma contempla la «apariencia». Es indudable por tanto que el hombre y la mujer tienen el mismo valor, pero a condición de que cada uno de ellos cumpla su función en el mundo; y si la función del uno y de la otra no fuese distinta, no sería tampoco

---

yuges, Ponencia en el XIII Congreso Internacional del Notariado Latino celebrado en Barcelona, año 1975, editada por la Junta de Decanos de los Colegios Notariales.

(2) «La parità dei coniugi e l'ordinamento giuridico italiano», en *Rivista di Diritto Civile,* 1961, I, págs. 145 y sigs.

Fundación Speiro

distinta la estructura. En definitiva, la mujer no vale menos que el hombre sólo si sabe ser lo que *debe*, no lo que *quiere* ser.

Añade CARNELUTTI que lo mismo sucede en el problema de la paridad de sexos: *hombre y mujer son iguales sólo si se adaptan a ser distintos*, es decir, en pocas palabras, si se adaptan a *la diversa función* para la que respectivamente han sido creados. Por tanto el marido y la mujer son iguales a condición de que no quieran hacer los dos la misma cosa: si el marido hiciese aquello que debe hacer la mujer y la mujer lo que debe hacer el marido, la igualdad quedaría perturbada en daño de lo que quieren hacer sin corresponder a su naturaleza. La mujer que quiere hacer el hombre no sólo no eleva sino que rebaja su estatura moral.

Y en fin, termina esta exposición el citado autor explicando que todo lo expuesto quiere decir que el ordenamiento jurídico, si quiere obtener la paridad de los cónyuges, no debe imponer a cada uno de ellos los mismos poderes y los mismos deberes, sino distribuir entre ellos poderes y deberes, de modo tal que se apoye la libertad de cada uno de ellos en el cumplimiento de las diversas funciones que uno y otro deben desarrollar para la consecución de los fines del matrimonio.

Pues bien, las diferencias basadas en la propia naturaleza de uno y otro cónyuge fueron respetadas en general por la ley de 1975, manteniendo la redacción de algunos preceptos que en aquel entonces se entendían basados en esa desigual constitución. Así, por ejemplo, artículo 45,2.° al prohibir celebrar matrimonio a la viuda dentro de los trescientos un días siguientes a la muerte de su marido o antes de su alumbramiento si hubiere quedado encinta, y a la mujer cuyo matrimonio hubiese sido declarado nulo en los mismos casos y términos a contar desde su separación legal.

Después, la Ley 30/1981 de 7 de julio eliminará esta prohibición, de modo que actualmente una viuda, pongamos por ejemplo, puede inmediatamente a su viudez contraer nuevas nupcias, al igual que lo puede hacer un viudo.

Pero aun hoy subsisten algunos, aunque escasos, preceptos en donde se ve una desigualdad de tratamiento jurídico, derivada, eso sí, de esa desigual constitución natural de hombre y mujer.

Fundación Speiro

Así por ejemplo:

Las normas distintas, sobre determinación de la filiación según se refiera a la paterna o a la materna (*vid.* arts. 116 y 120).

O sobre impugnación de la filiación (*vid.* arts. 136 y 139).

Y las normas que regulan las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda quede encinta (*vid.* arts. 959 a 967).

Y poco más. No recuerdo hoy otra norma que se refiera a esa distinción de tratamiento jurídico.

También parece de interés la cita de la Ley 22/1978, de 26 de mayo por la que se derogan los artículos 449 a 452 que castigaban el delito de *adulterio*, el que cometía la mujer en todo caso, y el que cometía el marido sólo cuando tuviera manceba dentro de la casa conyugal o notoriamente fuera de ella. La pena prevista era la de prisión menor.

El adulterio, hoy designado «infidelidad conyugal», no está actualmente castigado, y tan sólo es causa de separación.

La Ley 11/1981 de 13 de mayo (siendo Presidente del Gobierno Adolfo Suárez, de la UCD) realiza una profunda reforma del Código civil en tema de relaciones poterno-filiales particularmente, y por lo que respecta a la materia que es objeto ahora de mi estudio. Y así:

Equipara los hijos extramatrimoniales a los matrimoniales. El artículo 108, párrafo segundo dispone que la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código. Obsérvese que los hijos extramatrimoniales presuponen un incumplimiento del deber de fidelidad, deber de fidelidad que reconoce el artículo 68 del Código civil. Pero a las consecuencias de ese incumplimiento (el nacimiento de un hijo adulterino, hoy designado con la palabra genérica de «extramatrimonial»), se les da una eficacia jurídica positiva, aunque éste lesione los intereses afectivos y/o económicos de la familia legítima.

De Cupis (3) critica el reconocimiento del hijo adulterino

(3) «Debilitazione legislativa della famiglia legittima», en *Rivista di Diritto Civile*, año 1972, I, pág. 320.

Fundación Speiro

antes de la disolución del matrimonio, por entender que es incompatible con el derecho conyugal a la fidelidad. «Tal derecho —dice— prevalece sobre el interés del hijo adulterino a la adquisición de un estado familiar respecto al genitor unido en matrimonio: la igualdad de todos los hijos respecto a la adquisición de un estado familiar, tiene un límite, por lo que toca al hijo adulterino, en el derecho a la fidelidad, con el cual se identifica la defensa de la familia legítima». Claro que DE CUPIS se está refiriendo al Derecho italiano. Y en él, el artículo 29.1, de la Constitución reconoce los derechos de la familia «como sociedad natural fundada en el matrimonio». En cambio, en nuestra Constitución falta una norma de esta índole. El artículo 39 se refiere a la «familia», sin más, y los tribunales tienden a considerar que comprende tanto la que está fundada en el matrimonio como la que no lo está.

La Ley 30/1981, establece el sistema de *patria potestad conjunta de padre y madre.*

Y acentúa la judicialización de la vida familiar, al hacer al juez, en la práctica, verdadero protagonista de las decisiones familiares, consecuencia que, en definitiva, ya se aventuraba a raíz de la Ley de 2 de mayo de 1975: desde el momento en que la autoridad en el matrimonio no se concede a uno de los cónyuges, sea al marido o a la mujer, de modo que en las opiniones encontradas sea la de ese cónyuge la que prevalezca, se está introduciendo en el matrimonio la autoridad del juez. Y aunque esto no había de ser fatalmente así, en la nueva regulación, según veremos, así se ha entendido.

Si los cónyuges deben actuar conjuntamente en todo caso, nos encontramos con el siguiente fenómeno:

Cuando la voluntad de ambos cónyuges se mueve en un mismo sentido, no hay ni es precisa autoridad ninguna en ninguno de ellos. Cuando se pone de relieve la necesidad de autoridad es precisamente cuando la voluntad no es concorde: en tal caso decide el juez. Por eso es por lo que indicamos que en la práctica con la nueva regulación, quien tiene la autoridad en el matrimonio no es ni el marido ni la mujer sino el juez.

Fundación Speiro

Y algo parecido ocurre en tema de patria potestad. Al ser conjunta, la consecuencia es que cuando la voluntad de los padres no es concorde, quien debe decidir es el juez.

Y otra consecuencia peor: una clara destrucción de la autonomía de la misma familia, primera y fundamental entre las formaciones sociales intermedias. Con la intervención del Juez se producirá ciertamente la victoria de uno de los cónyuges y la derrota del otro, con lo que la decisión judicial creará rencor en el derrotado, aumentando así la discordia entre ellos (4).

Por último la Ley 30/1981 de 7 de julio (también gobernando UCD) introduce el *divorcio* como causa de disolución del matrimonio. Según el artículo 85 del Código civil: el matrimonio se disuelve, *sea cual fuere su forma* y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges *y por el divorcio*.

Ya veremos como esta ley no es todavía la culminación de ese proceso evolutivo o «revolutivo» en tema de matrimonio y familia.

---

(4) Efecto éste que también había denunciado DE CUPIS a propósito de la reforma italiana del Derecho de familia (*Ob. cit.*, pág. 322). Para este autor hubiera sido mejor dejar a los cónyuges la tarea de superar por sí solos sus discordias, antes que hacerles cómplices de la posibilidad de una intervención externa y autoritaria. Si de verdad quiere darse a la igualdad de los cónyuges un valor absoluto, de modo que se elimine cualquier limitación a dicha igualdad, entonces y prescindiendo del problema de la legitimidad constitucional de tal eliminación, sería mejor confiar en la capacidad de los mismos cónyuges, completamente iguales, para superar por sí solos sus divergencias, reencontrando de tal modo la vía de la concordia: *mejor un espacio vacío de derecho, abandonado a la discreción y a la buena voluntad de los cónyuges, antes que una intervención jurídica externa, antes que la invasión por el ordenamiento del Estado de esa esfera privatísima de vida a la que más repugna dicha intervención.*

DE CUPIS había dicho antes que la intervención del Estado en la vida interna de la familia era una consecuencia inevitable y fatal de la completa actuación de la igualdad de los cónyuges y como un fenómeno demostrativo del necesario interés del Estado respecto a la vida familiar. Pero una posterior meditación le indujo a cambiar de opinión rechazando la fatalidad de esa intervención. Y su opinión no es aislada.

Fundación Speiro

Las causas de divorcio son actualmente las siguientes (cfr. art. 86):

1.ª Cese efectivo de la convivencia conyugal durante, al menos, un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación formulada por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro, cuando aquella se hubiera interpuesto una vez transcurrido un año desde la celebración del matrimonio.

2.ª El cese efectivo de la convivencia conyugal durante, al menos, un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación personal, a petición del demandante o de quien hubiera formulado reconvención conforme a lo establecido en el artículo 82, una vez firme la resolución estimatoria de la demanda de separación o, si transcurrido el expresado plazo, no hubiera recaído resolución en la primera instancia.

3.ª El cese efectivo de la convivencia conyugal durante, al menos, dos años ininterrumpidos:

a) Desde que se consienta libremente por ambos cónyuges la separación de hecho o desde la firmeza de la resolución judicial, o desde la declaración de ausencia legal de alguno de los cónyuges, a petición de cualquiera de ellos.

b) Cuando quien pide el divorcio acredite que, al iniciarse la separación de hecho, el otro estaba incurso en causa de separación.

4.ª El cese efectivo de la convivencia conyugal durante, al menos, cinco años, a petición de cualquiera de los cónyuges.

5.ª La condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes.

Destaca la norma del artículo 85, al introducir el divorcio como causa de disolución del matrimonio, *sea cual fuere la forma* de dicho matrimonio, es decir, aun cuando se tratara de matrimonio canónico, que conforme al Código de derecho canónico que lo regula es indisoluble. Sólo la forma canónica se mantiene a

Fundación Speiro

voluntad de los contrayentes (si optan por la misma). El contenido del matrimonio, relaciones entre cónyuges, eficacia y disolución, se atraen al ámbito del Código civil.

Ahora bien, no quiere decir que los que hayan celebrado un matrimonio canónico, y que después pretendan la nulidad o ruptura del vínculo en los casos excepcionales en que lo admite el Código de derecho canónico, no pueden acudir a los tribunales eclesiásticos a dirimir en ellos sus contiendas. Pueden hacerlo, pero como dice el artículo 80 del Código civil, «las resoluciones dictadas por los tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado tendrán eficacia en el orden civil, a solicitud de cualquiera de las partes, si se declaran ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por el juez civil competente conforme a las condiciones a las que se refiere el artículo 954 de la Ley de enjuiciamiento civil». *Pero, de los Acuerdos jurídicos del Estado Español con la Santa Sede ¿qué?*

Hay que decir que con motivo de la gestación parlamentaria de la ley que introdujo el divorcio (Ley 30/1981 de 7 de julio), *no hubo verdadera oposición al proyecto,* que, por otro lado se ajustaba y se ajusta a la Constitución española. Algo que la miopía de algún obispo no le permitió ver al afirmar cuando se preparaba el referéndum para la aprobación de la Constitución, que ésta no introducía necesariamente el divorcio. No necesariamente, cierto es, pero si posiblemente como efectivamente así fue.

Las Constituciones deben servir de freno o límite a la actuación de los tres poderes, el legislativo, el ejecutivo y el judicial. Todo lo que se halle dentro de los límites de esa constitución es algo que se podrá ordenar por la ley, o en su caso por los gobernantes o por la autoridad judicial, en el ámbito, eso sí, de sus respectivas competencias. *Y sin olvidar la tendencia en este punto del «todavía más»* hasta apurar los mismos bordes trazados por la constitución. Desde el momento en que la Constitución, no pone el freno en este punto, lo que hubiera exigido la proclamación por la misma del carácter indisoluble del matrimonio, se facilitaba la posibilidad de abrir brecha en ese muro.

Fundación Speiro

Justo es reconocer, que frente al silencio que en general mantuvo la Iglesia española en este punto, un grupo de intelectuales, académicos, catedráticos y profesionales de alta cualificación, redactaron un escrito de oposición al divorcio, que se hizo llegar por medios auténticos al Presidente del Congreso (entonces Landelino Lavilla), y al Nuncio de Su Santidad (a la sazón Monseñor Dadaglio) (5).

(5) El escrito decía así:

"Un grupo de españoles, no involucrados en la política partidista y católicos de corazón, queremos hacer pública una gravísima preocupación que nos embarga.

Se viene anunciando reiteradamente desde hace tiempo y tenemos ya en la Comisión correspondiente del Congreso, la institución en España de lo que el Concilio Vaticano II denominó «la peste del divorcio» y fue calificado, con palabras de Paulo VI, de «signo de decadencia moral» y «legalización de desórdenes domésticos.

La cuestión enunciada deber ser considerada en España bajo tres aspectos complementarios: el religioso, el jurídico-natural y el jurídico-positivo en relación a los vigentes convenios entre el Estado Español y la Santa Sede.

El primero, es decir, el religioso, se apoya en las palabras del mismo Jesucristo Nuestro Señor sobre la indisolubilidad del matrimonio y en la doctrina sostenida por la Iglesia durante dos milenios. Tiene además una indudable repercusión social, no sólo por nuestra tradición secular, sino por la propia constitución real de la sociedad española, tanto en la esfera privada como en la pública. En ella siempre se ha reconocido que la fe católica y sus exigencias morales son trascendentes y superiores a la voluntad de legisladores y gobernantes.

Una pobre muestra de esto es el hecho de que el Presidente Suárez, para asegurar el *sí* en el *referéndum* constitucional, afirmase en una alocución televisada, que la Constitución «no es divorcista». Afirmación que contenía una media verdad, tras la que se escondía un engaño del que resultará solidario el partido mayoritario si el divorcio se legaliza, pues sólo con sus votos puede hoy llegar a serlo, es decir, por los mismos que eligieron quienes votaron sí a la Constitución creyendo que no podría traer el divorcio.

El reconocimiento de la inviolabilidad de la fe católica y de los principios morales inherentes confiere una mayor amplitud a este tema, hasta colocar en una grave encrucijada a todo el planteamiento político actual de la democracia. Aquella trascendencia, que antaño todo el pueblo, sus representantes, los gobernantes y los mismos reyes absolutos reconocían como algo superior a su voluntad, cuyo acatamiento les obligaba, ¿se entiende hoy que también afecta al Parlamento y que éste debe acatarlos? o bien, ¿pueden diputados y senadores prescindir de ellos como «representantes» del pueblo (que, en este caso, ha sufrido el engaño que antes hemos indicado), haciendo así al Estado fuente laica de toda moralidad?

Aquí tenemos sobre el tapete la cuestión de si la instauración de la «democracia» en España ha consistido, como lo interpretan la mayoría de quienes —aquí y fuera de ahí— la elogian sin reservas, en *la supresión en*

Fundación Speiro

Con motivo del Primer Congreso Mundial sobre Derecho Fa-

---

la vida pública española de cualquier norma que trascienda a la voluntad política, o bien, si cabe todavía admitir que *España no se ha emancipado de la Ley de Dios, según la enseña la Iglesia Católica.*

Los hechos cotidianos muestran en esto la máxima ambigüedad. Si el Estado no es «confesional», es decir, si es en sí mismo *incondicionado* y *absoluto* y no reconoce sobre sí verdades trascendentes y sobrenaturales, no se comprende bien por qué, cada día, presenciamos celebraciones eucarísticas en organismos y estamentos oficiales, con asistencia de las autoridades en cuanto tales; actos de jura de bandera, o de la ofrenda del Voto de Santiago, o de apertura del año judicial con la celebración de la misa del Espíritu Santo, e incluso en funerales por extremistas de izquierda, con asistencia de autoridades municipales y representantes de los partidos más laicos e incluso ateos. ¿Habrá que sacar de todo esto la consecuencia de que España, *por una opción social de su propia tradición política,* no puede prescindir de la enseñanza de la Iglesia católica sin quebrar los fundamentos de su vida pública?

Si se entiende, por el contrario, que la «democracia» nos ha convertido en una sociedad que no admite más que principios morales inmanentes a la política, y que no tiene otra norma que «la voluntad general», entonces se habría sacrificado a este ídolo engañoso toda nuestra tradición católica, el sentido común, la lealtad, e incluso el pudor y la vergüenza colectiva; y si los gobernantes de la democracia española, por deformación en su mentalidad, o por mimetismo respecto a otras naciones del Occidente descristianizado, optan por esta «democracia absoluta», habrán tomado un camino irrevocablemente incompatible con la tradición católica de España y con el modo de ser y las costumbres más arraigadas de los españoles.

No tardará toda España en darse cuenta, aunque tal vez cuando la cosa no tenga remedio, de que con este paso se habría dinamitado la base de la unidad entre todos los pueblos de España, la paz social, la misma identidad cultural de España, la felicidad de las familias, y también la posibilidad de que se reinstaure un clima de trabajo y de confianza en el futuro.

En el tema concreto del divorcio, la postura de la Iglesia Católica es muy clara: el matrimonio, incluso el contraído por los no católicos, y aun por los no bautizados, en una perspectiva meramente natural o civil, es esencial e intrínsicamente indisoluble: «esta inviolable firmeza —enseñó Pío XI— compete a todos los verdaderos matrimonios; así pues, cualquier matrimonio que se contraiga, o bien se contrae como siendo realmente un verdadero matrimonio y entonces lleva consigo el vínculo perpetuo que por Ley divina conviene a todo matrimonio verdadero, o bien se supone que no se contrae con vínculo perpetuo, y entonces no hay matrimonio sino sólo una unión ilegítima».

Su Santidad Juan Pablo II todos los miércoles, en su catequesis, muestra cómo desde sus mismas raíces el matrimonio es indisoluble. Y, sin embargo, a lo largo de este prolongado período de manipulación de la opinión pública española se ha procurado mantener ausente de la atención de los españoles el cotidiano Magisterio del Papa. Diríase, incluso, que se intenta que, cuando se produzca el tan esperado viaje de Juan Pablo II a España, se encuentre ya con el hecho consumado de una legislación divorcista.

El aspecto jurídico natural, tiene dos perspectivas que confluyen y completan la visión. Una contempla la cosa absolutamente, en sí misma, como viene haciendo semanalmente el Papa partiendo de la naturaleza del

Fundación Speiro

miliar y Derecho Civil afirmaba HENRI MAZEAUD (6) que el divorcio es el gran enemigo de la familia porque la destruye.

---

hombre y de la relación hombre-mujer. Otra observa las consecuencias que de la misma se derivan: es decir, cómo el divorcio restringido abre las puertas al divorcio desenfrenado, y éste a la desvalorización del matrimonio e, incluso, de toda palabra dada. Con todas sus secuelas sociales en la moralidad pública, en la delincuencia juvenil, hasta en el incremento de suicidios, como las estadísticas más recientes confirman.

Esto es lo que el legislador debe tener a la vista, en aras del bien común, que es el primer obligado a defender, en vez de escudarse demagógicamente en los problemas individuales y de apelar a que «nadie está obligado a divorciarse». Lo que ocurre, una vez admitido el divorcio, es precisamente algo muy distinto: que nadie puede estar seguro —pues dependerá de la opinión del otro contrayente— de casarse «hasta que la muerte nos separe». Muestra evidente de que el divorcio, ya de por sí, atenta contra el verdadero matrimonio, y, en consecuencia, contra la familia, base de la vida social.

El aspecto jurídico positivo se funda hoy, como hemos visto, en un engaño, nacido de la referida intervención televisiva, que muy posiblemente haya permitido que estén abiertas las puertas al divorcio en la Constitución y que haya obtenido la mayoría un partido que se presentó como no divorcista y que nos trae su divorcio.

Por otra parte, este no es el único engaño, pues además se ha tratado de crear un estado de opinión según el cual la introducción del divorcio en la Ley no daría lugar a ninguna reclamación o protesta por parte de la Iglesia basada en los vigentes acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede.

Estos acuerdos establecen el reconocimiento por parte del Estado Español de los efectos civiles del matrimonio canónico. Y ahora dícese que se ignora el compromiso por parte del Estado de respetar en el plano civil el carácter indisoluble del vínculo contraído por los católicos ante la Iglesia.

También parece que se trata de que la opinión pública olvide la actitud de condena moral y de reclamación jurídica, basada en el Concordato entre el Estado italiano y la Iglesia católica, que adoptó la Santa Sede en el Pontificado de Paulo VI ante la ley que introdujo en Italia el divorcio.

Tampoco se atiende al hecho de que en Portugal, para extender el divorcio a los católicos que hubiesen contraído matrimonio ante la Iglesia, el Estado —bajo amenaza, según informaciones aparecidas en la prensa española, de rescisión total y unilateral del Concordato— negoció la derogación bilateral del artículo concordatario que establecía el reconocimiento por el Estado de los efectos civiles del matrimonio canónico.

Aquí se ha presentado como un hecho cierto que la Santa Sede no tiene nada que reclamar al Estado en materia matrimonial, ni siquiera del matrimonio contraído por los católicos ante la Iglesia, con lo que se atribuye a la Santa Sede una actitud de silencio que carece de precedentes.

Creemos que estas consideraciones deben llegar a la opinión pública, y quisiéramos que toda la jerarquía y todo el clero pensara en su gravísima responsabilidad histórica. Por ello, pedimos a los que así lo entienden, divulguen este escrito y lo hagan llegar a quienes en estos momentos asumen las mayores responsabilidades, ya sea por su actuación, ya sea por su silencio".

Fundación Speiro

Sin embargo, ahí esta la Ley. Y es de pensar que no quede en lo que está. Ese «todavía más» de que antes hablaba llevará al divorcio por la mera voluntad de uno solo de los cónyuges. ¿Por qué esperar cinco años? ¿Por qué esperar dos años, o un año desde el cese efectivo de la convivencia? Ya hay una proposición de Ley del Partido Socialista, en donde se simplifica la tramitación del divorcio en términos que se aproximan a nuestras afirmaciones, en cuanto que será procedente el divorcio a petición de ambos cónyuges o de uno solo con el consentimiento del otro, o a petición de uno de ellos cuando concurra causa de divorcio. Y entre las causas de divorcio figuran: el cese efectivo de la convivencia conyugal libremente consentido durante el plazo de seis meses, y el cese efectivo de la convivencia conyugal durante un año.

Y entonces, si a eso se llega, las diferencias entre el matrimonio y la unión libre quedarán muy reducidas.

Pero si además se equiparan en derechos los hijos de la unión libre o concubinaria a los hijos de la unión matrimonial, sólo falta para la plena equiparación de las uniones matrimoniales a las concubinarias, que ésta se lleve a cabo también en los aspectos económicos que presentan estas últimas uniones.

Ha sido muy frecuente una frase que ha estado de moda en boca de nuestros políticos: hay que legalizar lo que está practicándose en la calle. Afirmación peligrosísima que hay que rechazar sin la menor duda.

Cierto que, como decía LERMINIER (7), el derecho es hijo de la vida humana, de la sociedad, o, mejor, es la sociedad misma, por lo que las normas jurídicas, sobre todo las normas jurídicas formuladas con demasiada precisión deben ir evolucionando al compás de las incesantes mutaciones que la vida de relación presenta. Pero no para legalizar todo que la vida ofrece. El papel del legislador no debe ser el de un ciego servidor de las costum-

(6) *Memoria del primer Congreso Mundial sobre Derecho Familiar y Derecho Civil*, editado por la Universidad Nacional Autónoma de Méjico, Méjico, 1078, págs. 528 y 529.

(7) *Introduction generale a l'Histoire du Droit*, Bruselas, 1830, pág. 4.

Fundación Speiro

bres aunque éstas hayan degenerado. Más bien creo que, con las normas, el legislador debe tratar de rechazar lo que de malo tienen estas costumbres, reformándolas, o tratando de reformarlas.

La cuestión tiene una gran importancia por cuanto en estos momentos, en estos días que estamos viviendo, se está tratando de fomentar la adopción de medidas normativas que consagren como instituciones paralelas al matrimonio, las de ciertas uniones extramatrimoniales, y no sólo entre hombre y mujer, sino también entre personas del mismo sexo.

De un modo innecesario se ha pretendido atribiuir derechos económicos «pseudogananciales» (permítaseme por un momento la defectuosa expresión), derechos de pensión y derechos hereditarios a la pareja en las referidas uniones extramatrimoniales, por vía de equiparación a las uniones matrimoniales, invocando argumentos más o menos sensibleros.

Esa equiparación está fuera del lugar, supone un paso más hacia la degradación jurídica del matrimonio, y por tanto un ataque a esta institución, que además es innecesario.

Los concubinos pueden proveer perfectamente a esa necesidad sentida por ellos sin necesidad de equiparar tal unión a la matrimonial, y, por supuesto, sin necesidad de aplicar a la misma normas que son propias del matrimonio.

En Francia se ha satisfecho esa aspiración por la vía contractual, a través del otorgamiento de un *contrato de concubinato* (8).

En España podría atenderse a esta finalidad mediante el otorgamiento de un *contrato de sociedad universal de ganancias,* al amparo del artículo 1672 del Código civil. Según el artículo 1675:

«La sociedad universal de ganancias comprende todo lo que adquieren los socios por su industria y trabajo mientras dure la sociedad.

Los bienes muebles o inmuebles que cada socio posee al tiem-

(8) Quien se halle interesado en esta materia puede ver la fórmula de contrato de concubinato que ofrece CHARLIN, en *Journal des Notaires et des Avocats,* núm. 17, de 20 de octubre de 1991, págs. 1048 y sigs.

Fundación Speiro

po de la celebración del contrato, continúan siendo de dominio particular, pasando sólo a la sociedad el usufructo».

Naturalmente el contrato de sociedad debe contener los pactos que se consideren más ajustados a las necesidades que traten de proveer. Y en su caso pueden completarse con el oportuno testamento.

Pero no creo oportuno consagrar legislativamente la figura del concubinato para atribuir derechos y obligaciones análogos a los que surgen de las legales nupcias, haciendo de esta unión una especie de matrimonio.

¿Y qué decir del *aborto?* Aunque se sale del tema que me corresponde desarrollar no me resisto a hacer unas consideraciones sobre el particular.

En primer lugar, destaca la inoportunidad de que España conmemore el año internacional de la familia poniendo sobre el tapete la reforma de la ya nefasta legislación sobre el aborto en el sentido de una todavía mayor deslegalización. En otras palabras: aborto libre.

Es la meta a la que se llega cuando se admiten figuras antes contestadas por la sociedad, primero admitiéndola para una serie de casos que aparecen como excepcionales, después ampliando la lista de casos, y por último admitiéndola para todo caso. Lo cual, repito, es lógico, dentro de la perversidad, porque una vez admitida esa figura para determinados casos, si no existen se provocan o se simulan por quien de todos modos quiere utilizarla.

Recientemente se ha defendido con insistencia que la mujer es dueña de su propio cuerpo y puede hacer con él lo que quiera. Pero la mujer que aborta no está disponiendo de su propio cuerpo, sino de una vida humana, concretamente de la vida de su hijo. Está matando a su hijo. Atribuir este poder a la madre significa atribuirle el *ius vitae necisque* sobre el hijo que lleva en sus entrañas. Habría que remontarnos a la época de las Doce Tablas, y aun entonces no encontraríamos tanta libertad en este punto.

Se insiste en que la mujer es «dueña de su propio cuerpo».

Fundación Speiro

HENRI MAZEAUD (9) recuerda que la verdadera libertad no consiste en seguir todos los impulsos, no es seguir el instinto que nos conduce a la violencia o a la venganza; al contrario, se trata de controlar las pasiones que están dentro de nosotros, y la libertad del hombre y de la mujer es resistir a las pasiones. Cita un pasaje de SAN PABLO en el que nos dice que debemos controlar nuestro cuerpo, y nuestra libertad sólo existirá el día que realmente seamos propietarios de nuestro cuerpo, cuando hayamos controlado nuestro cuerpo.

Se hace mucho hincapié en los problemas del exceso de población, pensando en el aborto como un remedio o instrumento de la política de control de la natalidad. Ya JUAN PABLO II alertó a todo el mundo ante la Conferencia sobre Población y Desarrollo que se iba a celebrar —y se celebró— en El Cairo. El 18 de marzo pasado recibió a la Secretaria general de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, y le manifestó su dolorosa sorpresa por las propuestas que contenía el proyecto de documento que había de someterse a la consideración de la Conferencia. JUAN PABLO II le hizo constar en documento que a su vez le entregó que «toda la propaganda y desinformación dirigidas a persuadir a los matrimonios que deben limitar sus familias a uno o dos hijos debe ser firmemente rechazada, y los matrimonios que generosamente escogen formar familias numerosas deben ser apoyados».

«En defensa de la persona, la Iglesia es contraria a la imposición de límites al tamaño de la familia y a la promoción de métodos de limitación de la natalidad que separan las dimensiones unitiva y procreadora de la relación sexual matrimonial, los cuales son contrarios a la ley moral inscrita en el corazón humano, o que atentan contra el carácter sagrado de la vida. Por eso la esterilización —cada vez más promovida como método de planificación familiar— es claramente inaceptable a causa de su finalidad y su capacidad de violación de los derechos humanos, especialmente de las mujeres. Representa un peligro aún mayor

(9) *Ob. cit.*, pág. 84.

Fundación Speiro

contra la dignidad y la libertad cuando se la promueve como parte de una política de población».

«El aborto, que destruye la vida humana existente, es un crimen abominable y no puede aceptarse nunca como método de planificación familiar, como reconoció por consenso la Conferencia Internacional de Naciones Unidas sobre Población, celebrada en la ciudad de Méjico en 1984» (10).

Además, el Papa se dirigió a todos los jefes de los Estados participantes en la Conferencia, alertándoles sobre estos problemas.

Más adelante, en el mes de agosto, en su residencia de Castelgandolfo, y ante los fieles allí congregados, se preguntó si ante las numerosas señales alarmantes que llegan desde los países más desarrollados del mundo no surge de manera espontánea la necesidad de apelar a la recuperación indispensable de la función y de la responsabilidad de la familia, añadiendo que está en juego el futuro de la familia y de la sociedad misma.

Y el Presidente de la Conferencia Episcopal, Elías Yanes, ante el texto que se iba a discutir y aprobar en El Cairo, manifestó (11) que «del análisis del borrador a discutir se saca la impresión de que la ayuda económica de los países ricos a los países pobres va a estar condicionada por el criterio de los países más poderosos sobre "regulación de la fecundidad". Es un hecho comprobado y denunciado muchas veces que las ayudas de algunos Gobiernos y de muchas organizaciones internacionales a los países en vías de desarrollo se ofrece bajo la condición de que éstos hagan una política de propaganda de anticonceptivos, esterilización y abortos. Es un colonialismo destructivo de los valores morales básicos».

Después alertó acerca del riesgo de que cuando en El Cairo se hable de «derechos reproductivos, salud sexual y reproductiva y planificación familiar», se hablará de «expresiones con un sig-

(10) La cita está tomada del trabajo de SALVADOR HERNÁNDEZ CONESA, «Conferencia sobre población y desarrollo en El Cairo», publicado en *ABC* el 31-VIII-1994.

(11) *ABC* de 23-VIII-1994.

Fundación Speiro

nificado ambiguo que se presta a aplicaciones contrarias a la vida del ser humano no nacido o favorables a todo tipo de relaciones sexuales sin ninguna referencia ética. La noción salud sexual puede incluir las relaciones homosexuales».

Y, en fin, frente a las tendencias favorables al aborto, recordó el deber de cualquier Estado «de garantizar y favorecer de todos los modos posibles el respeto a la vida de todo ser humano, desde el momento de su concepción».

También el obispo auxiliar de Madrid Monseñor JAVIER MARTÍNEZ, se pronunció sobre el particular, haciendo referencia a los dos principales reparos que había que oponer al proyecto de texto que se tenía preparado para la Conferencia de El Cairo.

El primer reparo concernía al tratamiento que recibe la familia. Citando al Papa decía Monseñor JAVIER MARTÍNEZ (12) que la concepción de la sexualidad que yace en este texto es totalmente individualista, en la medida en que el matrimonio aparece como algo superado.

El segundo reparo se refería al aborto, que, dice el prelado madrileño, es presentado como un derecho y como un método apropiado de control del crecimiento demográfico. El aborto está considerado como un componente esencial del concepto de «salud reproductiva» (un concepto análogo de «salud sexual», que son usados en el documento de El Cairo más de cien veces). Por mucho que se disimulen y se retuerzan los conceptos, no es posible considerar un crimen (como el aborto) como una dimensión esencial de las políticas de salud y menos aún, de las políticas de desarrollo.

Y en fin el prelado afirmó que la ONU trata de hacer aceptables sus propuestas introduciendo neologismos ambiguos como «salud reproductiva», «derechos de reproducción», o «regulación de la fertilidad». Estos términos son simplemente eufemismos con los que se quiere encubrir una realidad mucho más terrible: la dramática insolidaridad de los países desarrollados para con los más pobres...

(12) *ABC* de 28-VIII-1994.

Fundación Speiro

Algunos Gobiernos, reaccionaron para sostener una postura más conforme a las enseñanzas de la Iglesia. El texto primitivo fue modificado, aunque no haya sido realmente satisfactorio (13).

Cita especial merece la postura de LECH WALESA como jefe del Estado polaco, quien primero vetó la enmienda a la Ley sobre el aborto que permite la interrupción del embarazo cuando la madre se encuentra en una situación socio-económica muy difícil, y después anunció que no firmaría la Ley caso de ser aprobada (14). No fue aprobada.

Volviendo al hilo de mi conferencia, veamos como se trata cada vez más, de ir *equiparando el concubinato al matrimonio*. Y no siempre por obra del legislador (aunque éste con las leyes que ha elaborado, lo propicia a veces), sino también por la jurisprudencia.

---

(13) El párrafo aprobado (según *ABC* de 10-IX-1994, y de 14-IX-1994) queda así:

"En ningún caso el aborto será promovido como un método de planificación familiar. Se insta a todos los gobiernos y a las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales a que fortalezcan su compromiso con la salud de la mujer, a atender el impacto sanitario del aborto inseguro como un problema importante de salud y a reducir el recurso al aborto a través de la extensión y mejoramiento de servicios de planificación familiar.

Las mujeres que tienen embarazos no deseados deberán tener acceso fácil a información fidedigna y asesoramiento compasivo. Se deberá dar siempre la máxima prioridad a la prevención de los embarazos no deseados y deberá hacerse todo lo posible para eliminar la necesidad del aborto. Cualesquiera medidas o cambios relativos al aborto en el marco del sistema de la salud, sólo podrán determinarse a nivel nacional o local y conforme a los procesos legislativos nacionales respectivos.

En las circunstancias en las que el aborto no está contra la ley, éste debe ser seguro. En todo los casos, la mujer deberá tener acceso a servicios de calidad para atender las complicaciones que pudieran surgir del aborto.

El asesoramiento después del aborto, la educación y los servicios de planificación familiar deberán estar fácilmente disponibles de modo que ayuden también a evitar la repetición del aborto".

(14) *ABC* de 26-VIII-1994.

Fundación Speiro

Precisiones terminológicas.

Es de notar que en las sentencias que a continuación vamos a referirnos, ni una sola vez se emplea la palabra «concubinato». Se habla de parejas de hecho, de uniones de hecho, de uniones extramatrimoniales, convivencia «more uxorio» y uniones maritales. Hasta el punto de que cabe preguntarse si se trata de figuras distintas a la del concubinato. No lo veo así. El por qué de la falta de empleo de esta palabra no lo conozco. Es lícito preguntarse: ¿cuál de entre estas denominaciones es la más conveniente? ¿Cómo debemos designar a estas uniones?

Pero también es lícito preguntarse al menos si puede tratarse de un elemento más de la tendencia que hemos visto proyectada en otros ámbitos, de influir a través del empleo machacón de las palabras, en la alteración de los conceptos tradicionales, o en la mejor asimilación de las modificaciones legales por los ciudadanos. Sin duda es más suave hablar de «convivientes more uxorio», que de concubinos, es más suave hablar de pareja de hecho que de concubinato.

No creo que en todo caso el empleo de estas palabras lleve consigo una carga intencional, están por lo demás muy generalizadas ya en la sociedad, y, justo es decirlo, no es nueva la utilización de términos más favorables. Podemos ver en el Digesto un pasaje en donde se dice que la nombrada «amiga» PAULO más correctamente la llama «concubina» (15).

Y la Exhortación apostólica «Familiaris consortio», en su apartado 81, emplea la palabra «uniones libres de hecho», para

(15) *Digesto*, libro L, título XVI *De verborum significationes*, fragmento 144: «Masurius scribit libro memorialum, pellicem apud antiquos eam habitam, quae cum uxor non esset, cum aliquo tamen vivebat; quam nunc vero nomine *amicam*, Paulo honestiore concubinam apellari...».

Podría traducirse: «Masurio escribe en el libro de los memoriales, que los antiguos llamaban «pelice» a la mujer que vivía con uno que no era su marido; a la que ahora se llama *amiga* Paulo más honestamente (correctamente) la llama concubina...».

Fundación Speiro

abordar los problemas pastorales que plantean y de las graves consecuencias religiosas, morales y sociales que acarrean.

Pero no menos cierto es que la nueva terminología puede inducir a confusión acerca de la realidad que se está designando con la utilización de tales términos. Por mi parte utilizaré las nuevas palabras, pero también me permitiré designar a las situaciones que contemplamos con el nombre de concubinato. En el bien entendido que la palabra no tiene más valor que la de designar una situación, pero no se utiliza con ánimo peyorativo. Recuérdese por otro lado que la concubina no es una meretriz: «commercium, licet frequens et publicum, cum meretrice, confundendum non est cum concubinatu proprie dicto».

Según ARTURO CARLO JEMOLO (16) los canonistas han definido el concubinato como «viri et mulieris *sexualis conversatio*, quae, licet animo maritali careat, vitae tamem maritalis instar fovetur». Subrayo la expresión «sexualis conversatio» o «convivencia sexual» que puede tener interés para distinguir el supuesto de concubinato con el de dos personas aunque de distinto sexo que pueden vivir en un mismo piso pero sin trato carnal.

Una vez hechas estas precisiones entramos en la segunda fase, la tendencia a la equiparación del concubinato con el matrimonio. Y veamos como se ha resuelto por los tribunales.

Pensiones de viudedad.

El problema se planteó en primer lugar con las *pensiones de viudedad*. Y ha llegado al Tribunal Constitucional que ha dicho, con otras palabras, que la concubina no tiene derecho a pensión de viudedad, al menos a las pensiones ordinarias de viudedad. Lo ha dicho en sentencias 184/1990 de 15 de noviembre, y entre otras más las cinco sentencias de 14 de febrero de 1991, procedentes de recursos de amparo respectivamente 986/1987, 1093/

(16) «Convivere come coniugi», en *Rivista di Diritto Civile*, año XI, 1965, parte segunda, pág. 401.

Fundación Speiro

1987, 1607/1987, 926/1988 y 1191/1988; y la de 9 de marzo de 1992, en recurso de amparo número 1759/1989 (17). En la primera de dichas sentencias (la 184/1990 de 15 de noviembre, salvaron su voto por estimar que el artículo 160 de la Ley General de Seguridad Social (actualmente art. 174 de la Ley General de Seguridad Social, Texto refundido de 20 de junio de 1994) es anticonstitucional y en consecuencia se debe reconocer la pensión de viudedad a la pareja de hecho, los magistrados Vicente Gimeno Sendra y Luis López Guerra.

Los argumentos más importantes del Tribunal Constitucional, para rechazar la presunta inconstitucionalidad de los preceptos que conceden la pensión de viudedad a la persona casada pero no a la concubina, son fundamentalmente los siguientes:

Matrimonio y «pareja de hecho» son situaciones jurídicamente distintas. Aunque la opción por el estado civil de casado o de soltero está ligada al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1.CE), ello no es contrario a la desigualdad entre el matrimonio y la «pareja de hecho», puesto que el artículo 32 de la Constitución reconoce expresamente una protección a aquél. En cambio, la «pareja de hecho» carece de todo reconocimiento constitucional, lo que implica que para la Constitución matrimonio y «convivencia extramatrimonial» no son equivalentes. Esta diferencia constitucional legitima al legislador para establecer diferencias en las pensiones de supervivencia, lo que no constituye una distinción arbitraria, caprichosa o irrazonable.

A mayor abundamiento la desigualdad expresada se encuentra justificada por razones de certidumbre y de seguridad jurídica, así como por la coherencia con la opción realizada por las «parejas de hecho» de no asumir derechos y deberes como consecuencia de su «unión»; también por los convenios internacionales y por el Derecho comparado.

---

(17) Todas ellas citadas, y analizadas, por RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, en «Las parejas de hecho», en *Aranzadi Civil*, núm. 1, septiembre 1992, págs. 13 y sigs.

Fundación Speiro

El derecho a la pensión de viudedad según el Tribunal Constitucional no se encuentra estrictamente condicionado por la existencia de una real situación de necesidad o dependencia económica por parte del cónyuge supérstite ni a que éste se encuentre incapacitado para el trabajo y a cargo del fallecido. La pensión de viudedad no asegura un mínimo de renta, sino que más bien compensa frente a un daño, con una pensión de cuantía proporcional a la base reguladora correspondiente al causante, siendo irrelevante que el fallecido cree o no un estado de necesidad. De ahí que la pensión de viudedad sea compatible con la percepción de rentas del trabajo, de la pensión de jubilación e invalidez. Se extingue si el beneficiario contrae nuevo matrimonio. Y a veces requiere un período previo de cotización del causante.

Algunos de los argumentos que utilizan estas sentencias, pueden servir de base para argumentar en favor de la pensión al concubino: así cuando dice que la pensión de viudedad «más bien compensa frente a un daño». Aparte de no ser cierto en todos los casos, podría esgrimirse por la concubina que ha estado viviendo a expensas de su concubino. Tampoco es muy afortunado, aun siendo esta vez muy correcto, el argumento de las razones de certidumbre y seguridad jurídica, que al igual que la anterior podrían esgrimirse por los concubinos por cuanto pueden sufrir un daño con la muerte de su pareja, y el problema de la certidumbre se orilla en cuanto medie una prueba bien hecha.

Entiendo que la razón de ser de la pensión de viudedad establecida por la legislación de seguridad social se halla en la conveniencia de dotar a la viuda de unos recursos económicos mínimos. ¿Por qué a la viuda y no a la concubina? Porque se quiere proteger a la familia legítima, a la surgida por matrimonio, que además es la hipótesis normal o querida como normal por nuestra sociedad y probablemente sea cierto que al establecerlo así, se haya tenido en cuenta la razón antes indicada, la posibilidad inmensa de fraude a la maltrecha economía de la seguridad social si pudiesen tener derecho a pensión las llamadas «parejas de hecho». Aunque vuelvo a repetir que este argumento

Fundación Speiro

es peligroso, y por tanto desechable. ¿Obedecerán a este peligroso argumento los «Registros» creados ya en algunos ayuntamientos para que las personas que viven amancebadas se inscriban en ellos preconstituyendo prueba de esa convivencia?

Pero ya independientemente de la razón de ser de la pensión de viudedad, la «ratio decidendi» de las sentencias del Tribunal Constitucional que adoptan la postura antes indicada es la de que el matrimonio es una institución garantizada por la Constitución mientras que la pareja de hecho no lo es, por lo que consecuentemente, el legislador puede tomar en cuenta esta diferencia constitucional para establecer distinciones entre ambos supuestos y, concretamente, en relación con la pensión de viudedad. Y tales distinciones en sentido favorable para los matrimonios no son contrarias ni al artículo 39.1CE, ni al artículo 14 CE (18).

Desde otro punto de vista, el Tribunal Constitucional, en sentencia de 26 de abril de 1994, entiende que la pensión de viudedad no se extingue por la convivencia «more uxorio» con otra persona. Considera inaplicable al caso el artículo 101, que en su párrafo primero y para los casos de separación o divorcio, dispone que «el derecho a la pensión se extingue por cese de la causa que la motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona».

Ahora bien, recordemos que la Disposición Adicional 10.ª de la Ley 30/1981 de 7 de julio por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil, y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y de hecho ordena que «con carácter provisional en tanto se dé una regulación definitiva en la correspondiente legislación en materia de pensiones y Seguridad Social, regirán las siguientes normas: ... 2.ª Quienes no hubieran podido contraer matrimonio, por impedírselo la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran

(18) Así lo entiende el magistrado ALVARO RODRÍGUEZ BEREIJO, en su voto particular a la sentencia núm. 222/1992 de 14 de diciembre en tema de subrogación por muerte del arrendatario. A mayor abundamiento añade igualmente las razones de certidumbre y seguridad jurídica.

Fundación Speiro

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 1.º de esta disposición y a la pensión correspondiente conforme a lo que se establece en el apartado siguiente. 3.ª El derecho a la pensión de viudedad y demás derechos pasivos o prestaciones por razón de fallecimiento corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo y en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o divorcio ...».

Pues bien la sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de marzo de 1992, en recurso de amparo número 1759/1989, parece admitir la procedencia de esta pensión extraordinaria, mas no la de la pensión ordinaria para las parejas de hecho, y aun aquella si concurren las circunstancias de la DA 10.ª de la Ley 30/1981. Dice en su fundamento jurídico 4:

«Como ya dijimos en la STC 117/1985, han de considerarse supuestos plenamente distintos y diferenciados el de la pensión ordinaria de Seguridad Social que exige como condición para su concesión la existencia de un vínculo matrimonial entre el causante y la persona solicitante y beneficiaria, y el de la pensión extraordinaria prevista en la DA 10.ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio, en favor del conviviente more uxorio que no hubiera podido contraer matrimonio antes del fallecimiento del causante por impedírselo la legislación hasta entonces vigente basada en la indisolubilidad del vínculo matrimonial.

»En relación con la pensión ordinaria, la exigencia del vínculo matrimonial a efectos de la obtención del derecho a la pensión de viudedad no resulta incompatible con el derecho a la igualdad del artículo 14 CE, siendo por tanto constitucional esa exigencia según ha declarado la Sentencia del Pleno de este Tribunal 184/1990. Por ello, si la alegación de discriminación contenida en la demanda se entendiese referida a esta exigencia del vínculo matrimonial para la pensión de viudedad ordinaria, la demanda habría de ser rechazada, por los argumentos indicados en dicha Sentencia, en la misma línea que las SSTC 29, 30, 31, 35, 38 y

Fundación Speiro

77/1991, y ello sin perjuicio de que en relación con la situación personal de necesidad que expone la recurrente pudiera tener abierto el acceso a una pensión de carácter no contributivo».

Después la sentencia hace unas consideraciones respecto a la pensión extraordinaria de la DA 10.ª de la Ley 30/1981, para terminar desestimando el recurso de amparo en atención a que en este caso concreto no reúne la recurrente los requisitos exigibles conforme a la mencionada DA 10.ª.

Es de notar que el artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo número 1/1994, de 20 de junio de 1994, se sigue refiriendo al *cónyuge*. Dice así:

«1. Tendrá derecho a la pensión de viudedad con carácter vitalicio, salvo que se produzca alguno de los casos de extinción que reglamentariamente se establezcan, el cónyuge superviviente cuando, al fallecimiento de su cónyuge, éste, si al fallecer se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta, hubiera completado el período de cotización que reglamentariamente se determine. Si la causa de su muerte fuese un accidente, sea o no de trabajo, o una enfermedad profesional, no se exigirá ningún período previo de cotización.

»2. En los supuestos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien sea o haya sido *cónyuge legítimo* y en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio.

»3. Los derechos derivados del apartado anterior quedarán sin efecto en los supuestos del artículo 101 del Código civil».

Subrogación en el arriendo por muerte del arrendatario.

Otro tema ha preocupado también en esta distinción que estamos examinando: el derecho a la subrogación por muerte del arrendatario en la vivienda que éste ocupaba. ¿Tendrán derecho a ella los concubinos?

Fundación Speiro

El artículo 58.1, de la Ley de Arrendamientos Urbanos reconoce este derecho sólo al cónyuge pero no al concubino. El problema se ha planteado también ante el Tribunal Constitucional, alegando que el reconocimiento de este derecho tan sólo al cónyuge viudo, pero no a quien conviviese con él en unión de hecho, viola los artículos 14 y 39 de la Constitución. Y, pese a la postura seguida en numerosas sentencias antes citadas, para los supuestos de pensiones de viudedad, ahora en cambio, para los supuestos de subrogación en el arrendamiento, por causa de muerte del arrendatario, la limitación de este derecho al cónyuge se considera inconstitucional, por la sentencia 222/92 de 11 de diciembre, de la que fue ponente el magistrado Vicente Gimeno Sendra. Salvaron su voto en contra del criterio de la sentencia los magistrados Alvaro Rodríguez Bereijo y José Gabaldón López, que ponen de relieve el distinto criterio adoptado por esta sentencia en relación con el seguido con las pensiones de viudedad; que el matrimonio y la unión de hecho no son realidades equivalentes; que el matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución y el derecho a contraer matrimonio es un derecho constitucional (art. 32) cuyo régimen jurídico corresponde a la Ley por mandato constitucional. Rodríguez Bereijo subraya que la sentencia no expresa el por qué del cambio de orientación en relación con el seguido para las pensiones de viudedad, y destaca el riesgo de caer en el puro decisionismo o justicia del cadí, haciendo justicia material a golpe de sentencia, del principio de igualdad del artículo 14 en relación con el principio rector del artículo 39.1, de la protección social, económica y jurídica de la familia. Gabaldón subraya que la constitución en su artículo 32 considera al matrimonio como procedimiento de formación de la familia.

Pues bien, la sentencia de 11 de diciembre de 1992 parte de la base de que el artículo 39 CE no se circunscribe a la familia matrimonial, deduciéndolo del carácter social de nuestro Estado (arts. 1.1 y 9.2 CE) con la consiguiente atención a la realidad social, y del propio artículo 39.2 y 3 CE. Y que el artículo 14 CE impone que esas diferencias que el legislador establezca entre

Fundación Speiro

unos y otros tipos de familia (matrimonial y no matrimonial) no sean discriminatorias.

Vemos cómo, desde la postura anterior de que es el matrimonio la institución protegida por la Constitución, pero no la unión de hecho, se quiere ahora que tanto la familia nacida de la institución protegida (matrimonio) como de la que no lo está (unión de hecho), merezcan igual protección.

Entiende la sentencia que la vida en común es la situación protegida por la LAU mediante la subrogación, que aquí aparece al servicio, por lo tanto, de la posible permanencia en la vivienda que fue común. En la medida en que aquella permanencia en la vivienda se constituye en objeto de la protección legal es preciso determinar si la diferenciación que la propia norma establece entre convivencia matrimonial y extramatrimonial se atempera al principio constitucional de igualdad.

El Tribunal estima que no, que no se atempera a ese principio constitucional. La distinción según ella carece de un fin aceptable porque el derecho de subrogación no configura el régimen jurídico propio del matrimonio, ni tampoco se puede justificar por la finalidad de estimular el matrimonio frente a las uniones estables, ya que la radicalidad de las medidas supondría coartar o dificultar irrazonablemente la autonomía de la voluntad del hombre y de la mujer que deciden convivir *more uxorio*.

La distinción, además, según la sentencia, entra en contradicción con otros fines constitucionales porque la mayor certeza jurídica (de la convivencia en el matrimonio frente a la convivencia extramatrimonial) no puede justificar contrariar los imperativos de la igualdad (art. 14 CE) cuando se trata de conseguir un objetivo constitucional, como es la protección de la familia (art. 39.1 CE), objetivo que en el caso de la subrogación prevista en el artículo 58.1 de la LAU contribuye al «derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada» que la Constitución reconoce a todos los españoles (art. 47 CE).

Sin embargo, en el propio artículo 58.3 LAU, se concede a la viuda el mismo derecho de subrogación en los supuestos de arrendamiento de despacho profesional sin exigir la convivencia.

Fundación Speiro

Por otro lado incluso en el artículo 58.1, se concede el derecho de subrogación en favor del cónyuge sin exigirle plazo de convivencia. «Bastará la mera convivencia, sin exigencia en el plazo de antelación». No creo sea la convivencia lo que se protege sino la familia matrimonial, y en definitiva el matrimonio. Si el bien protegido por el artículo 58.1 LAU fuera la convivencia, podríamos decir con RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (19) que el artículo 14 CE debería dar lugar a una extensión de la subrogación a todas las personas que conviven en la vivienda alquilada y no sólo a las enumeradas en el mencionado precepto, al menos a todos los familiares (art. 39 CE), también a los parientes de la pareja de hecho del arrendatario.

El mismo criterio de la sentencia 222/1992, sigue la sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de enero de 1993, en recurso de amparo 199/1989, en la que estima parcialmente el amparo solicitado también en otro supuesto de subrogación *mortis causa* por quien convivía *more uxorio* con la titular inquilina. Lo estima parcialmente por cuanto si bien declara la inconstitucionalidad del artículo 58.1 LAU, y en consecuencia la nulidad de las sentencias dictadas por el Juzgado de Distrito y por la Audiencia, no accede a la petición del recurrente de que se reconozca su derecho a subrogarse como inquilino en la vivienda litigiosa, ya que para ello es necesario haber convivido de modo marital y estable con el arrendatario fallecido, convivencia que si bien es presumible en el matrimonio necesita de prueba al margen de él, y en el presente caso no se acreditó tal convivencia.

E igualmente en la sentencia de 9 de marzo de 1992, en recurso de amparo número 1759/1989, si bien no reconoce el derecho a subrogarse como inquilino en el uso de la vivienda litigiosa, pues para acogerse al beneficio de la subrogación *mortis causa* que regula el artículo 58.1 LAU, es necesario haber convivido de modo marital y estable con el arrendatario fallecido,

(19) «Las parejas de hecho», en *Aranzadi Civil*, núm. 1, septiembre 1992, pág. 26.

Fundación Speiro

convivencia que si bien es presumible en el matrimonio (arts. 69 y 102.1 Cód. civ.) necesita de prueba al margen de él.

En los fundamentos jurídicos de dichas sentencias ciertamente se pone de relieve que la convivencia con el inquilino fallecido, si bien es presumible en el matrimonio (arts. 69 y 102.1 del Cód. civ.), en el caso de unión de hecho es necesario que sea probada.

En Sentencia de 8 de febrero de 1993, en recurso de amparo número 2730/1990, el Tribunal Constitucional concede el amparo solicitado en otro supuesto de subrogación *mortis causa* por quien convivía *more uxorio* con el arrendatario fallecido.

El cambio de criterio del Tribunal Constitucional ante estas dos situaciones, pensión de viudedad y subrogación *mortis causa* en el arrendamiento, es realmente sorprendente.

BERCOVITZ (20) critica igualmente esta diferente postura del Tribunal Constitucional. Entiende este autor que nuestra sociedad, al igual que otras muchas, ha optado por considerar preferible que las personas de distinto sexo se unan establemente, y precisamente para propiciar esas uniones estables ha elegido nuestra sociedad la institución del matrimonio, y así ha quedado recogido en el artículo 32 de nuestra Constitución.

Por ello, cree que no parece que sea discriminatorio entender que *como regla general* quien no se acoja a la institución matrimonial queda excluido del sistema de protección previsto para el matrimonio, sin que ello suponga atentado alguno al libre desarrollo de la personalidad de quienes realicen semejante opción; sobre todo si se tiene en cuenta que, de acuerdo con nuestra Constitución, el legislador español ha previsto un sistema matrimonial, respetuoso con la libertad individual e igualdad de los cónyuges. Y añade: «Entender que las uniones estables de hecho son jurídicamente equiparables al matrimonio, fuera del marco esencial del sistema matrimonial y de los derechos y deberes de los cónyuges, y concretamente en relación con los derechos y ventajas que el Ordenamiento reconoce al matrimonio

(20) *Ob. cit.*, págs. 25 y sigs.

Fundación Speiro

en los diversos campos de la realidad social, supone ir en contra de esa decisión de nuestra sociedad, expresamente reconocida por nuestra Constitución, sobre la función social del matrimonio como institución encaminada a propiciar y proteger las uniones estables heterosexuales; consecuentemente, supone socavar esa opción social y constitucional favorable a propiciar el emparejamiento estable de los ciudadanos adultos de distinto sexo».

Opina BERCOVITZ (21) que de las sentencias del Tribunal Constitucional no resulta la razón por la cual, partiendo de la misma argumentación —antes expuesta— en ambos casos, en uno se concluye a favor de la constitucionalidad del actual artículo 160 de la Ley de Seguridad Social, mientras que en el otro se considera inconstitucional al actual artículo 58.1 de la LAU. La pensión de viudedad trata de indemnizar por un daño. La subrogación arrendaticia trata de proteger la convivencia en la vivienda alquilada. Se trata de dos figuras distintas ciertamente. Pero no parece que la segunda pueda ser considerada más relevante que la primera, de manera que mientras que ésta constituya una discriminación arbitraria, la primera responda a una distinción razonable.

Hoy el tema se halla resuelto, ya por Ley, en el sentido favorable no ya a la unión concubinaria sino añadiendo además la unión de homosexuales. En efecto, la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, Ley 29 de 24 de noviembre de 1994, en su artículo 16.1.b), dispone:

«Artículo 16. Muerte del arrendatario.

1. En caso de muerte del arrendatario, podrán subrogarse en el contrato:

a) El cónyuge del arrendatario que al tiempo del fallecimiento conviviera con él.

b) La persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, du-

(21) *Ob. cit.*, pág. 26.

Fundación Speiro

rante, al menos, los dos años anteriores al tiempo del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia».

Siguen *después de los concubinos y de los homosexuales,* los descendientes, los ascendientes, los hermanos, y parientes hasta el tercer grado colateral, minusválidos, todos ellos por ese orden y con ciertos requisitos.

La convivencia debe ser habitual, *precisamente en la vivienda arrendada,* y durante al menos dos años anteriores al tiempo de su fallecimiento, «salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia». Esta posibilidad de descendencia en común, que, tal como se expresa la norma parece predicarla también para la pareja homosexual, desafiando las leyes de la naturaleza, deja vía libre a la interpretación de que, caso de que se permitiera a la pareja homosexual la adopción, se considerara a tales hijos adoptivos como «descendencia común».

No basta la mera convivencia. Debe probarse (ap. 9). Y la prueba parece que debe comprender todos los requisitos que permiten alegar la condición de beneficiario. Es decir, que debe probar no sólo la convivencia, sino la convivencia de modo permanente en el domicilio del arrendatario durante al menos dos años anteriores a la defunción de éste, o probar la mera convivencia y el tener, en este caso, descendencia común. Pero además debe probar la convivencia «en análoga relación de afectividad a la de cónyuge», prueba que si para los concubinos puede ser más fácil, no lo será tanto para la pareja homosexual.

Penetrar en el orden de los afectos no es que sea fácil, es casi imposible, «ad internum non iudicat pretor». Pero puede atenderse a la exteriorización de esta afectividad, es decir, a la prueba de los suficientes y mínimos detalles de la convivencia de los que se pueda deducir tal clase de afectividad, extremos estos en los que sin un mínimo de prudencia podría llegarse a lo grotesco. Por todo lo cual en la práctica se tenderá a valorar en este aspecto las manifestaciones del/la interesado/a. Y en todo

Fundación Speiro

caso, obligará al homosexual que quiera beneficiarse de la norma, a «correr el velo» de su intimidad. Probablemente se piense en la presunción de tal afectividad como producida mágicamente por la inscripción en uno de esos registros que se han apresurado ya a crear algunos alcaldes.

Me permito preguntar, ¿merece mejor trato el «conviviente» homosexual (con afectividad análoga a la de cónyuge) que el amigo conviviente en vínculo de pura amistad y alejado de trato sexual, es decir, sin afectividad análoga a la de cónyuge?

¿Por qué dos amigos o dos amigas, que viven en un mismo piso del que sólo uno de ellos es arrendatario, si el afecto que se profesan es el puro de la amistad, quedan privados del beneficio legal, mientras que si ejercen un afecto homosexual van a tener tal beneficio?

El caso es que el criterio del artículo 16 lo sigue también el artículo 12 a propósito del supuesto que contempla en que el arrendatario no renovase el contrato, o desistiese de él, o abandonare la vivienda, sin consentimiento del cónyuge o «conviviente». Podrá entonces continuar el arrendamiento en beneficio del cónyuge o «la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al desistimiento o abandono (del arrendatario), salvo que hubieran tenido descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia».

También puede verse la aplicación de la norma del artículo 12 en las Disposiciones transitorias primera (para los arrendamientos de vivienda celebrados a partir del 9 de mayo de 1985) y segunda (para los arrendamientos de vivienda anteriores a 9 de mayo de 1985), y la aplicación de norma análoga a la del artículo 16 en la Disposición transitoria segunda. Véase también artículo 24.

En cambio para los arrendamientos de locales para uso distinto a vivienda, no se contiene norma alguna igual o análoga a las expuestas ni en el texto que aplicar a las futuras situaciones, ni en la Disposición transitoria tercera, relativa a tales arrenda-

Fundación Speiro

mientos anteriores a 9 de mayo de 1985, ni en la Disposición transitoria primera en el apartado dos, relativo a tales arrendamientos posteriores a 9 de mayo de 1985.

Régimen económico de la unión concubinaria.

También se ha pretendido en más de una ocasión la aplicación a los concubinos del régimen económico de gananciales establecido por el Código civil para los cónyuges a falta de capitulaciones matrimoniales, o al menos un régimen de comunidad. El problema se ha planteado, bien con ocasión de la ruptura de la convivencia, bien con ocasión del fallecimiento de uno de los concubinos. En ambos casos la cuestión ha llegado al Tribunal Supremo, aunque no al Constitucional.

En la Sentencia de 18 de mayo de 1992, cree que puede entenderse existente una sociedad irregular de carácter mercantil ya que por consecuencia del esfuerzo mutuo en actividades comerciales coincidentes e integradas en un hacer conjunto dentro del operar comercial se generó un patrimonio comunal, sin que vea obstáculo alguno en el hecho de que tales bienes figuren a nombre de uno de los miembros de la pareja por tratarse de una titularidad fiduciaria. Al cesar en la vida común cree posible exigir la división de los bienes comunes.

Admite el pacto para la regulación de esta materia. Si no lo hay estima que no es posible aplicar por analogía, como régimen supletorio, ni el de gananciales ni el de separación ni ningún otro.

En Sentencia de 27 de mayo de 1994 entiende igualmente que las uniones de hecho quedan fuera de la normativa del régimen económico matrimonial, con el que no tienen analogía. Las posibles consecuencias económicas derivadas de las mismas al tiempo de su ruptura pueden en algún caso asemejarse a las sociedades, cuando se acredite la «affectio societatis», que no puede inferirse solo de la convivencia *more uxorio,* porque en éstas cabe también aceptar la plena independencia económica de quienes la

Fundación Speiro

practican. Reconoce la sentencia que no se da identidad de razón en las uniones de hecho entre hombre y mujer con una institución como la matrimonial, de la que, además, no quieren participar. Que sea un hecho social innegable no comporta que haya que extender los efectos de la institución del matrimonio en virtud del artículo 3.º del Código civil que hace referencia a la realidad social del tiempo en que las leyes han de ser aplicadas, pues no se trata de interpretar una ley, que es el campo reservado al expresado artículo. Admite el pacto: tales situaciones sociales, según esta sentencia, pueden arbitrar, en cambio, fórmulas económicas por la vía de pactos societarios o de otros de carácter contractual, y hasta pueden permitir alguna clase de acción de reclamación de cantidades si se dieren los requisitos de la prestación de servicios, la gestión de negocios o el enriquecimiento sin causa.

En otra sentencia de 11 de octubre de 1994, en un caso en que se rompe la convivencia, se plantea la cuestión acerca de la propiedad privativa o común de una finca adquirida cuando vivían juntos. En este caso el Tribunal Supremo sostiene que es común, pero apoyándose para tal afirmación en que «el tribunal *a quo*, en el fundamento tercero de su resolución, deja claramente establecido que la finca de autos no fue adquirida por el recurrente para su exclusiva propiedad, sino más bien para la comunidad que formaba parte de convivencia; el juzgador deduce esta afirmación del examen pormenorizado de la prueba obrante en autos, la cual es analizada y valorada separada y conjuntamente, llegando a la conclusión que finalmente establece en la parte dispositiva». Considera que este proceso valorativo no es susceptible de modificación casacional ante las circunstancias concretas del caso. Y ante la pretensión del recurrente de que caso de no prosperar su tesis sobre la exclusiva propiedad suya de la finca, se considerasen aplicables por analogía los preceptos legales de la sociedad de gananciales, pero en ningún caso los de comunidad de bienes, dice la sentencia:

«El segundo argumento que se esgrime con carácter subsidiario del anterior, es necesario ponerlo en relación con la reite-

Fundación Speiro

rada doctrina de esta Sala en orden al régimen jurídico de las llamadas uniones de hecho o "more uxorio". La jurisprudencia es pacífica al venir declarando la imposible aplicación a estas uniones de las normas reguladoras de la sociedad de gananciales; pues aun reconociendo sin limitación alguna el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, y la posibilidad de constituir mediante estas uniones libres o de hecho una familia, perfectamente protegibles por la ley, no por eso cabe equipararlas como equivalentes a las uniones matrimoniales, por lo que no pueden ser aplicadas a las primeras las normas reguladoras de esta última institución (sentencias de 21 de octubre y 11 de diciembre de 1992, 18 de febrero y 22 de julio de 1993 y sentencia del T. C. de 19 de noviembre de 1990).

»La doctrina jurisprudencial —añade— ha tenido, por tanto, que acudir en estos casos a los pactos expresos o tácitos existentes entre los interesados, que patenticen la voluntad de los convivientes en constituir un condominio o una sociedad particular o universal; y estos pactos expresos o la "facta concludentia" deben evidenciar que fue la voluntad de ambos la que determinó el hacer comunes determinados bienes adquiridos durante la vigencia de la unión. Esta evidencia es la que se declara en la sentencia recurrida, y como cuestión de hecho no revisable en este recurso, es necesario mantenerla, reafirmando la existencia de un verdadero condominio, o comunidad de bienes entre los litigantes, referido a la finca objeto de litigio».

En Sentencia de 21 de octubre de 1992 se trataba del fallecimiento de uno de los concubinos. Después de reconocer que unión de hecho y unión matrimonial no son situaciones equivalentes, por lo que no puede aplicarse a aquélla la regulación de ésta, ya que los que en tal forma se unieron pudiendo haberse casado lo hicieron precisamente (en la generalidad de los casos) para quedar excluídos de la disciplina matrimonial y no sometidas a la misma, por lo que no cabe aplicar un régimen económico matrimonial automáticamente a las parejas de hecho, sin embargo, termina admitiendo que atendidas las circunstancias de cada caso concreto puede predicarse la aplicablidad de algún determi-

Fundación Speiro

nado régimen económico siempre que quede patentizado por pacto expreso o tácito (deducido éste de sus hechos concluyentes e inequívocos) que la voluntad de los convivientes fue someterse al mismo.

En sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1992 trata de un caso de ruptura de la «convivencia extramatrimonial» (así la califica la sentencia), tras la cual, que había durado 8 años, ella demandó a su antiguo concubino, alegando que había una sociedad universal de ganancias. La sentencia niega que pudiera haber una sociedad universal de ganancias por cuanto: *a)* dicha sociedad, cuyo carácter contractual ha de afirmarse —si bien se halle matizado por su naturaleza asociativa derivada de su propia finalidad—, requiere el consentimiento de los contratantes, el cual ha de ser claro e inequívoco, y, en cierta manera, se identifica con el tradicional requisito de la «affectio societatis» que, en puridad, tiene significación teleológica; *b)* la existencia de este consentimiento no es una inferencia necesaria de la situación de «unión extramatrimonial» que, aun siendo susceptible de generar algunos derechos de contenido patrimonial entre quienes la integran, no siempre ha de estimarse concurrente, ya que puede, sin duda, suceder que, en las uniones que dan lugar a la convivencia *more uxorio,* prefieran, quienes las forman, mantener su independencia económica, supuesto, por otra parte, más conforme con la elusión de la formalidad matrimonial; *c)* las actividades de ambas partes se desenvolvieron en ámbitos perfectamente diferenciados, sin que se haya probado acuerdo alguno para que las respectivas adquisiciones se atribuyeran a ambos; y *d)* consecuentemente, ha de concluirse que no existió la sociedad universal de ganancias, por ausencia del requisito esencial del consentimiento —art. 126.1, Cód. civ.—.

Pero también esta sentencia admite que procede en este caso concreto una indemnización a la actora por el enriquecimiento sin causa experimentado por el otro miembro de la unión de hecho. Y argumenta: en cuanto al *primer requisito para poder apreciar el enriquecimiento sin causa (un aumento de patrimonio del enriquecido),* señala que dicho incremento se debió en el caso

Fundación Speiro

y fundamentalmente, a la propia actividad del demandado, pero la colaboración de la actora hubo de ser determinante, al menos en parte, de la consecución de aquél y, por ello, ha de afirmarse que concurre dicha exigencia; en cuanto al *segundo requisito (emprobrecimiento de la actora),* considera la sentencia que también existe, y deriva de la no retribución por el trabajo implicado en el cuidado de las relaciones sociales del demandado y en la atención doméstica del mismo, y entiende que hay correlación entre la prestación de los cuidados y trabajos aportados por la actora y el beneficio reportado al demandado; en cuanto al *tercer requisito (falta de causa que justifique el enriquecimiento),* considera que también concurre porque el ordenamiento jurídico no determina que la convivencia extramatrimonial constituya a quienes optan por ella en la obligación de prestarse determinadas atenciones —en sus relaciones profesionales o sociales, vida doméstica, etc.— en la forma en que está probado vino realizando la actora; y por último en cuanto al *cuarto requisito (inexistencia de precepto legal que excluya la aplicación del principio)* consisidera que también concurre por cuanto es evidente que no existe precepto legal que excluya, para este caso, la consecuencia indemnizatoria adecuada al enriquecimiento sin causa. En consecuencia, procede reconocer el derecho a la solicitada indemnización.

Como puede verse, por un medio u otro, a través de un procedimiento o de otro, se van equiparando en algunos aspectos las consecuencias del concubinato a las del matrimonio.

Y llegamos a la última parte de la conferencia. Hace diecinueve años escribió TRABUCCHI (22) un comentario a una decisión judicial en la que equiparaba a la concubina con la mujer casada, a efectos de no tener obligación de declarar en los juicios que se siguiesen contra su «compañera». El comentario lo titulaba «La vuelta al año cero: el matrimonio como fuente de disparidad».

En él repasaba una serie de medidas legislativas y judiciales que sintetizándolas y aplicándolas a nuestro ordenamiento, podríamos traducirlas así:

(22) En *Rivista di Diritto Civile,* año 1975, II, págs. 488 y sigs.

Fundación Speiro

Si se reconoce a los concubinos los mismos derechos que a los cónyuges, y si los hijos ilegítimos (hoy llamados genéricamente hijos extramatrimoniales) tienen los mismos derechos que los legítimos. Si los cónyuges pueden disolver el vínculo, al igual que los concubinos pueden poner fin a su unión de hecho. ¿Qué diferencia hay entre el matrimonio y la unión concubinaria?

En especial llama la atención acerca de las decisiones judiciales (nosotros ya hemos visto unas cuantas de nuestros tribunales) y pone la flecha en la diana, al indicar que «sobre todo la *incomprensión del sistema* —porque sólo de esta se puede hablar a propósito de ciertas decisiones— tiene su origen en no considerar que las instituciones jurídicas fundamentales, y sobre todo las del derecho de familia, *no crean sólo derechos* (para los cuales tomados aisladamente sería inicuo negar a un ciudadano lo que la ley prevé para otro), *sino que constituyen un complejo unitario de derechos y obligaciones que en conjunto se justifican y se regulan en un sistema que exige comprensión y respeto*».

Se pregunta después «hasta qué punto se puede ir adelante por un camino que está equivocado en el punto de partida. Si el legislador, y el mismo constituyente, ha querido seguir un cierto concepto de adhesión a la familia legítima, pero ahora se quiere extender la *ratio* de sus particulares normas para aplicarlas a situaciones de hecho que se caracterizan precisamente por la falta de legitimidad de su fundamento, ¿por qué razón se debería parar antes de una total equiparación? ¿Quién podrá impedir que razones sociales o evidentes motivos humanos no puedan llevar la extensión de la norma hasta abolir el sentido, si no de su contenido específico, al menos de la institución para la cual se había dictado tal norma? Deroguemos el matrimonio, o extendamos a las correspondientes situaciones de uniones no legitimadas las consecuencias patrimoniales en el ámbito de la asistencia y del derecho sucesorio. La extensión de estos límites y de las obligaciones que en consecuencia se derivan, corresponden mejor a un concepto de igualdad de tratamiento que prescinda de la existencia de institutos que crean status caracterizantes y por consiguiente fuente de diferenciación».

Fundación Speiro

Y termina: «Pero cuando todo se haya destruido, cuando volvamos al año cero de las construcciones jurídicas, entonces se comprenderá su sentido y su necesidad. Si destruimos instituciones como el matrimonio, aunque sea invocando un genérico y de por sí —si se entiende rectamente— apreciable criterio de equidad y de igualdad ... se llegará al año cero; y entonces, en la claridad, se podrá abrigar la esperanza en un retorno: se deberá reconstruir según razones de seguridad y de respeto el compromiso moral que, ciertamente, la conciencia del pueblo invocaría, si, finalmente, la democracia estuviese más ligada a una correspondiente información de los ciudadanos sobre el significado del derecho y de sus valores que ello implica».

Hasta aquí TRABUCCHI. Por mi parte prefiero hablar más que de «año cero», de «hora cero», y preguntar también:

¿Hemos regresado en España a la hora cero del matrimonio, esa hora en la historia de la humanidad en que la sociedad tuvo que *reconocer,* afianzar y fortalecer una unión perpetua entre el varón y la mujer, que es el matrimonio, institución natural y primaria, anterior a la misma sociedad y al mismo Estado?

¿Tendremos que volver a explicar el por qué de esta institución sacramental?

Creo que estamos regresando a pasos agigantados a ese punto de partida. Estamos a un paso de esa hora cero, que se alcanzará de lleno si llega a ser realidad el proyecto de Ley aparecido en el Boletín Oficial de las Cortes españolas sobre «protección social, económica y jurídica de la pareja», presentada por el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya (23).

En este Proyecto se parte de un concepto de familia amplísimo, en el que cabe incluso la pareja de homosexuales que viven juntos. El artículo 39 de la Constitución ordena la protección a la familia. Aunque el artículo 32 proclama que el hombre y la

(23) *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados.* V Legislatura. Serie B: Proposiciones de ley, 12 de septiembre de 1994, núm. 82-1.

Fundación Speiro

mujer tienen derecho a contraer matrimonio, y que la ley regulará todos los aspectos del matrimonio que se citan en dicho artículo, entienden los autores del proyecto, yendo ahora más allá de las peligrosas afirmaciones de algunas sentencias, que el artículo 32 de la Constitución supone también el derecho a no contraer matrimonio, y que la protección a la familia debe entenderse sin concreción a un determinado tipo de familia, no sólo a la surgida del matrimonio, sino que acomodándose a la realidad de la sociedad en este momento histórico, y con respeto de las recomendaciones europeas, que cita, de no discriminación a los homosexuales y a las lesbianas, y dado que todos los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho a un trato igual con independencia de su orientación sexual, deben suprimirse todas las disposiciones jurídicas que criminalicen o discriminen las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, y en consecuencia proponen un articulado de la ley, en la que, ya en su artículo primero dice:

«Protección a la familia.—Todas las familias tienen la misma protección social, económica y jurídica, así tengan su origen en la filiación, en el matrimonio o en la unión de dos personas que convivan por análoga relación de afectividad, con independencia de su orientación sexual».

Después, en los diversos artículos se modifican los correlativos preceptos del Código civil, de las leyes fiscales, de la Ley General de la Seguridad Social y hasta el Estatuto de los Trabajadores, de modo que en ellos comprendan no sólo a los cónyuges, no sólo a los concubinos, sino también a los homosexuales y lesbianas.

Hasta ahora nos preocupábamos de la comparación matrimonio y concubinato. Ahora, además, por la unión entre personas del mismo sexo que quedarán equiparadas a las anteriores uniones. Ya no va a haber necesidad de interpretar si tienen o no pensión de viudedad, expresamente se les reconocen. Ya no va a haber necesidad de alegar semejanzas ni igualdades para pedir legítimas o derechos de sucesión intestada: expresamente se les reconocen. Incluso en las normas fiscales. Incluso en el Estatuto de los Trabajadores, el artículo 37.3.a), que concede a los traba-

Fundación Speiro

jadores el derecho a ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, en caso de matrimonio, y ahora queda redactado así:

«*a)* Quince días naturales en caso de matrimonio o de acreditación de seis meses de convivencia análoga, con independencia de la orientación sexual». Y ya sabemos que quiere decir eso de la «orientación sexual».

Se olvida el proyecto de reformar los preceptos sobre capitulaciones matrimoniales y régimen económico. Pero no importa. El artículo segundo, bajo la rúbrica «principio de no discriminación», ya dice: «Nadie puede ser discriminado por razón del origen o las características del grupo familiar del que forme parte. Se entiende nula, y sin efecto, cualquier norma legal o convencional que vulnere o contradiga este principio». De modo que con este precepto ya puede uno imaginarse la interpretación que se dará a las normas que, según el proyecto, quedan en pie.

Cierto que sólo es un Proyecto, de momento, y es de esperar que los muchos defectos que tiene y las complicaciones que va a originar, muevan a los diputados y senadores a rechazarlo. En otro caso ¿tengo razón cuando afirmo que llegamos a la hora cero del matrimonio?

Pero hay más: un borrador de anteproyecto de Ley, del Ministerio de Asuntos Sociales sobre «derechos del menor», en su título II, artículo 15, sustituye la expresión de «patria potestad» por la de «función parental». En Francia se reformó el pasado año esta matetia y se sustituyó la expresión «puissance paternelle» por la de «autorité parentale». En el vecino país se ha sido más respetuoso con esta función que en definitiva no es que esté atribuida por el Estado, sino que emana naturalmente de una institución familiar que es anterior al nacimiento mismo del Estado. Se sustituye en Francia la expresión «potestad paterna» por la de autoridad parental, pero en francés, «parentale», en singular, se refiere a lo que concierne *conjuntamente* a padre y madre. En España la idea de «potestad» parece que debe sonar a algo tiránico en la mente de los autores del borrador, se elimina de la denominación y se sustituye por la ambigua de «función parental», teniendo en cuenta que la palabra parental lo mismo

Fundación Speiro

puede significar lo concerniente a padre y madre conjuntamente que lo concerniente a los parientes.

Por otro lado, en el artículo 18 («Deberes de los hijos») dispone que «los menores, además de los deberes establecidos en el artículo 155 del Código civil en relación con sus padres, deben respetar y obedecer a las personas con quienes tengan relaciones análogas a las paterno-materno-filiales, y contribuirán siempre con su esfuerzo personal y en la medida de su desarrollo al desenvolvimiento de la vida familiar».

La expresión «relaciones análogas a las paterno-materno-filiales» es tan ambigua que me temo pueda permitir interpretaciones que perjudiquen a la formación del menor.

Y termino, ahora sí, con unas breves consideraciones.

La primera es triste: debemos reconocer que antes que la degradación de las leyes, se ha producido y se está produciendo una desgradación moral cada vez mayor de la vida individual y de la vida social española.

La segunda es más alentadora: junto a ese triste panorama, creo poder afirmar también que quedan en España fuertes núcleos de población moralmente sanos. Y en esos núcleos familiares se encuentra la esperanza. De ellos asoma una luz que terminará por iluminar a toda la sociedad. Es tan evidente que hasta los chinos (actuales) lo reconocen.

LEE KWAN (24) con referencia a la historia de China dice: «a través de toda esa turbulencia, la familia, la gran familia, el clan, ha proporcionado una tabla de salvación para el individuo. Las civilizciones se han hundido, las dinastías han sido barridas por hordas conquistadoras, pero esta tabla de salvación permite a la civilización seguir adelante y pasar a la siguiente fase».

«Aquí —sigue diciendo— nadie cree realmente que el gobierno pueda responder en todas las circunstancias ... pero la familia y la forma en que las relaciones humanas están estructuradas aumentan las posibilidades de salvación de sus miembros».

(24) Citado por ADRIÁN CELAYA «La actual coyuntura del Derecho vasco», conferencia pronunciada en Bayona el 3 de septiembre de 1994, cita que amablemente me ha facilitado JUAN VALLET, a quien se lo agradezco.

Fundación Speiro

Así pues, yo quiero también transmitir un mensaje de esperanza.

Fortalezcámonos en nuestras respectivas familias. Y después salgamos al exterior de ellas para reconquistar espiritualmente la sociedad, y volver a tener leyes justas.

Entre tanto, tal vez inyecte de optimismo el pensar que en tema familiar el Derecho no lo es todo. Mejor aun, que la familia que vive en Cristo y para Cristo, no piensa en el Derecho de familia. Que la necesidad del Derecho de familia se siente fundamentalmente cuando la familia «no existe», o está herida de muerte. Que por muy buenas que fueren las leyes sobre la familia, recordemos que, como dice Su Santidad Juan Pablo II, «sólo con la aceptación del Evangelio se realiza de manera plena toda esperanza puesta legítimamente en el matrimonio y en la familia» (25).

Hagamos, que vuelva a considerarse a la familia como el santuario de la vida, como ámbito donde la vida, don de Dios, pueda ser acogida y protegida de manera adecuada contra los múltiples ataques a que está expuesta, y pueda desarrollarse según las exigencias de un auténtico crecimiento humano. Proclamemos como dice Su Santidad el Papa, que contra la llamada cultura de la muerte, la familia constituye la sede de la cultura de la vida (26).

Hagamos que la familia española sea una auténtica «comunidad» fruto de la «comunión» entre los cónyuges, surgida de la alianza del matrimonio, que abre a los esposos a una perenne comunión de amor y de vida, y que se completa plenamente y de manera específica al engendrar los hijos (27) y educarlos en el amor a Dios y al prójimo.

Sólo así evitaremos el regreso a la hora cero del matrimonio, o sólo así saldremos nuevamente de la hora cero. Sólo así caminaremos en el sendero del auténtico progreso, el que conduce al Reino de Dios.

(25) «Exhortación Apostólica Familiaris Consortio», 3 de Su Santidad Juan Pablo II.

(26) *Centesimus annus*, 39b.

(27) «Carta Apostólica a las Familias», de Su Santidad Juan Pablo II, con motivo del Año internacional de la Familia, ap. 7.

Fundación Speiro