

Adopción, Parejas de hecho y Homosexualidad

JUAN LUIS SEVILLA BUJALANCE
Universidad de Córdoba

SUMARIO

1. Introducción

- A) Génesis Legislativa
- B) Fundamento de la nueva legislación

2. La disposición adicional tercera de la ley 21/87 de 11 de noviembre

- A) Ubicación sistemática
- B) Elemento material de la disposición adicional
 - B.1) Delimitación de la materia
 - B.2) Los vínculos jurídicos entre el menor adoptado por una pareja de hecho y su familia biológica
 - B.3) Incidencia de la normativa sobre la figura del Acogimiento Familiar
- C) Elemento subjetivo de la disposición adicional
 - C.1) Adopción y homosexualidad
 - C.2) Adopción y transexualidad
 - C.3) Características de los sujetos a que se refiere la Disposición Adicional
 - C.4) Causas de la formación de parejas de hecho

3. Conclusiones y Juicio Valorativo

1. INTRODUCCIÓN

Sin duda alguna, desde su introducción en la Legislación Española por medio de la Ley 21/87 de 11 de Noviembre, la posibilidad de adoptar a menores concedida a las denominadas parejas de hecho, ha sido una de las cuestiones que más polémica ha suscitado. Y no digamos ya si se trata de un tema en cierto modo relacionado con el anterior: la concesión de esta misma posibilidad a las parejas homosexuales. Esta no ha sido recogida por nuestra Ley, por lo que se erige actualmente en una de las reivindicaciones que con más fuerza reclaman los colectivos gays. Aún cuando se trata de cuestiones diferentes, veremos cómo están relacionadas. Pero comenzaremos por analizar la adopción de menores por parejas de hecho.

A) Génesis legislativa

Habrà que señalar que, inicialmente, en el original Proyecto de Ley que diera lugar a la postre a la normativa vigente, no se hacía mención alguna de esta cuestión. Sería posteriormente y mediante una enmienda presentada en el Congreso a iniciativa del Grupo Socialista, como se introdujo esta regulación en la Ley. Dicha enmienda y su correspondiente justificación decían:

(1) B.O.C.G. (Congreso) 13 de Marzo de 1987. Serie nº 22, pág. 29.

(2) B.O.E. 17 de Noviembre de 1987, pág. 34.162, "Disposición Adicional Tercera".

(3) B.O.C.G. (Senado). Sesión Plenaria. Miércoles 7 de Octubre de 1987. Pág. 1.754.

(4) Derecho Civil Español Común y Foral, Tomo I, Vol. I. Edit. Reus, Madrid 1962, pág. 62 ("La justificación del Derecho").

"A la Disposición Adicional Cuarta (nueva)

Tendrá la siguiente redacción:

Todas las referencias contenidas en la presente ley o a uno o a ambos cónyuges, se harán extensivas a quienes se hallen ligadas de forma permanente por análoga relación de afectividad.

Justificación

La no existencia de vínculo matrimonial no debe entorpecer la posibilidad de adoptar conjuntamente a personas que mantienen una relación afectiva estable y permanente, y por ende, susceptible de acoger en su seno convivencial, con las mismas garantías que una familia matrimonial, al adoptado que se trate.

Siendo como es el espíritu de esta reforma la primacía del interés del menor, este quedará sin duda potenciado, con esta nueva posibilidad, que por otro lado, equilibra la filiación adoptiva con la biológica en cuanto a su desconexión del vínculo matrimonial de los padres⁽¹⁾.

Tras su proposición a título de enmienda fue modificada en su redacción por la Ponencia del Congreso que le dio la redacción definitiva y es la que sigue:

Disposición Adicional Tercera:

"Las referencias de esta Ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal"⁽²⁾.

B) Fundamento de la nueva regulación

En el debate Parlamentario posteriormente sostenido por el partido en el Gobierno y la Oposición en la Cámara Alta, el Portavoz Socialista Sr. Galache Cortés, se expresaba, defendiendo la nueva regulación, en los siguientes términos:

"El Derecho es esencialmente dinámico, progresa. El Derecho Civil, que forma parte de nuestro Ordenamiento Jurídico, y concretamente el Derecho de familia, tiene que acomodarse a la realidad social y es tarea fundamental del Legislador esta acomodación, pero no solo eso, sino que debe sentir el pulso de la sociedad civil para conocerlo y para poder hacer derecho de aquello que existe en la vía de hecho"⁽³⁾.

Por nuestra parte, y sopesando las argumentaciones del miembro del Grupo Socialista tenemos que manifestar un claro desacuerdo para con ellas. Adelantaremos al respecto que aquí no se trata de una posición ante una materia concreta, sino que tenemos ante nosotros la base de una concepción del Derecho, concepción que juzgamos errónea. Y es que no son las mencionadas por el citado parlamentario las funciones que corresponden al Derecho. Consideramos por nuestra parte como fundamentación del Derecho la mayoritaria concepción clásica, secundada y expuesta magistralmente en nuestra Doctrina Civil, entre otros, por Castán Tobeñas⁽⁴⁾, quien sostiene como punto indiscutible la existencia del Derecho Natural como un Derecho objetivo y reconocible. En consecuencia no cabe dejar de fundar en él la obligatoriedad y validez del Derecho Positivo y, como el mismo Castán afirma, no hay términos posibles para hacer independientes estas dos grandes esferas jurídicas.

Ciertamente, el Derecho no se justifica como sostiene el citado parlamentario socialista, en la existencia de los fenómenos en la realidad, sino en su conformidad para con el Derecho Natural. Y su misión, evidentemente, no es sancionar como válidas las conductas que se dan en la vía de hecho. De ser así, por ejemplo, a una conducta tan extendida en la sociedad como es el tráfico de drogas habría que darles validez jurídica.

La misión a que está llamado el Derecho es, por el contrario, comprobar si la situación que se produce en la vía de

hecho, es decir, en la realidad social, puede ser aceptada o repudiada. Y para ello no es suficiente la constatación de su existencia, sino que el parámetro ha de ser la concordancia o no con la rectitud y la justicia. En este sentido no hay que olvidar que el Derecho Positivo, para ser realmente Derecho, ha de ser justo, y en consecuencia ha de beber en las fuentes del Derecho Natural y la recta razón. Y a continuación, es cuando el Legislador deberá regular, creando las oportunas disposiciones respecto a la materia que se trate, dándole forma jurídica, y estableciendo el mandato y la sanción para el caso de su transgresión.

Sentada esta base iusfilosófica que hace caer por su propio peso la tesis que fundamenta según el Portavoz Socialista la inserción de la nueva regulación, pasamos a continuación a analizar la norma en sí misma.

2. LA REGULACIÓN DE LA ADOPCIÓN POR PA-REJAS DE HECHO CON-FORME A LA DISPOSICIÓN ADICIONAL TER-CERA DE LA LEY 21/87

A) Ubicación sistemática

Una primera cuestión al respecto hace referencia a la ubicación sistemática y la forma del mandato legal, esto es, la Disposición Adicional en que queda enmarcada. Según Gil Martínez, habría sido más correcto incluirla en el artículo 175 del Código Civil. "Parece según indica el mismo autor- que el Legislador hubiera olvidado tal extremo y, apercibido, que la omisión la hubiera querido salvar una vez redactado el texto de la Ley (...)">⁵⁾.

A nuestro entender esta visión de la cuestión pierde su razón de ser desde el punto y hora en que la nueva normativa se introduce por vía de enmienda, y por tanto, al igual que ocurriera en otras muchas ocasiones, el Legislador, en lu-

gar de recurrir a las Disposiciones Adicionales, podría haber utilizado para insertar la norma mecanismos como añadir un párrafo "in fine" a un artículo existente o crear un nuevo artículo "bis" como ya hiciera en anteriores situaciones similares. Compartimos por tanto en este sentido la opinión de Vargas Cabrera⁽⁶⁾, que considera que la técnica legislativa es censurable por el uso de la disposición adicional que radia la norma del texto del Código Civil. La raíz de la actitud del Legislador parece apuntarla Valladares Rascón cuando afirma que se trata de "un encuadramiento vergonzante"⁽⁷⁾. Ciertamente, si tenemos en cuenta lo dicho hasta ahora y la dimensión ética del precepto, así como el impacto que en la sociedad pudiera tener, podemos concluir sin miedo a equivocarnos que el Legislador ha pretendido introducir una modificación de esa envergadura en el Ordenamiento "por la puerta de atrás", ya que las Disposiciones Adicionales no forman parte del texto del Código Civil, con lo que en cierto modo se amortigua el rechazo que en amplios sectores de la sociedad podría causar la norma.

Desde nuestro punto de vista, la ubicación correcta para este precepto es, evidentemente, el artículo 175-3,4^º del Código Civil, ya que sin duda alguna se trata de una excepción a lo dispuesto en dicho precepto.

B) El elemento material de la Disposición Adicional

B.1) Delimitación de la materia

Analizado el fundamento y encuadre sistemático de la norma, pasamos a continuación a estudiar su contenido conforme a su tenor literal. Este comienza por delimitar la materia de que se trata: "las referencias de la misma Ley 21/87 a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor".

Con ello, tal y como afirmamos más arriba, el Legislador no ha hecho sino introducir una "exceptio" al artículo

(5) GIL MARTINEZ "La reforma de la adopción" Dykinson Madrid 1988, pág. 70.

(6) VARGAS CABRERA, B. "La protección de menores en el ordenamiento jurídico" Comares, Granada 1994, pág. 197.

(7) VALLADARES RASCON, E. "Notas urgentes sobre la nueva Ley de Adopción" en "Poder Judicial" nº 9 Mayo de 1988, pág. 43.

175-3, 4º, ya que implícitamente confiere capacidad para adoptar simultáneamente a personas no vinculadas por matrimonio. Habrá que entender por tanto que a efectos de adopción el Legislador está equiparando el matrimonio con las parejas a que hace mención la Disposición Adicional en estudio. Dicha equiparación, según el propio tenor literal de la norma, se establece en lo referente a la capacidad para adoptar. Ahora bien, entendemos que el mutismo de la Ley respecto al contenido y las consecuencias de dicha adopción reconducen la materia a las normas generales que emanadas de otras leyes, regulan actualmente la adopción de un menor por pareja casada, así como las disposiciones al respecto de la Patria Potestad.

B.2) Los vínculos jurídicos entre el menor adoptado por una pareja de hecho y su familia biológica. El art. 178 del Código Civil

Una cuestión relacionada con todo lo anterior nos plantea alguna duda: se trata del caso de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia biológica, materia que viene regulada en el artículo 178 del mismo Código Civil. En él se establece que la adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior, pero por excepción subsistirán los vínculos jurídicos con la familia paterna o materna según el caso:

“2) Cuando solo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado y el adoptante sea persona de distinto sexo al de dicho progenitor, siempre que tal efecto hubiere sido solicitado por el adoptante, el adoptando mayor de doce años y el padre o madre cuyo vínculo haya de persistir.”

El precepto está orientado, evidentemente, a dos finalidades:

Una al ejercicio de la Patria Potestad conjunta por el padre o madre natural y por el adoptante, en caso de que así ocurriera, ya que de esta forma se

permite que tenga así una Patria Potestad conjunta y por dos progenitores, como ocurre en los casos de la paternidad biológica.

Segunda, a la posibilidad de una futura unión o matrimonio entre el padre o la madre biológica y el adoptante, posibilidad que queda implícitamente recogida al exigirse la diferencia de sexo.

Sin duda alguna, del tenor literal del precepto se desprende que se trata de una norma aplicable al caso de la adopción por una sola persona y no para el de la adopción por mas. Ahora bien, nuestra interrogante es la siguiente: sobre la base de la segunda orientación, hay que tener en cuenta que la pareja de hecho no deja de ser una unión “de facto” de dos personas cuyo Estado Civil es el de solteras. Por tanto ¿podría aplicarse a las personas componentes de la unión *more uxorio*” esta normativa?. Parece que la Disposición Adicional Tercera de la Ley 21/87 vino precisamente a darnos una respuesta negativa.

Ahora bien, supongamos una situación como la siguiente: un miembro de la unión de hecho que tiene adoptado a un menor, por estar soltero - y por ende sin vínculo ni ataduras respecto de la otra persona con la que convive - entra a formar un matrimonio con el progenitor biológico del menor adoptado. Nos encontraríamos con la absurda situación de que su progenitor adoptivo estaba casado con su progenitor biológico en un matrimonio legal e incluso podría ser religioso. Y así sucesivamente, por un lado, se produciría mantener los vínculos jurídicos (Ya vimos antes como permanecerían en vigor sólo en casos en que la adopción fuera por un sólo progenitor y con las condiciones que impone el Código Civil en el artículo 178) la Patria Potestad la ostentarían su padre adoptivo casado con su madre natural, y en lugar de esta, otra persona que simplemente estuvo unida “*more uxorio*” con su padre tiempo atrás. ¿No sería lo lógico, y máxime si pensamos en el beneficio del menor, que ostentaran dicha potestad en este caso el progenitor adoptivo y el biológico unidos en matrimonio?.

Sin embargo, a este respecto la normativa lo impide por cuanto la adopción viene definida como irrevocable conforme al tenor del artículo 180.1 del propio Código Civil.

Por otra parte, establecer como solución que al tiempo que un menor permanece en adopción por una pareja de hecho no se rompen sus vínculos jurídicos para con su familia biológica es una solución imposible en nuestro Ordenamiento, por cuanto tendrían que modificarse desde su raíz conceptual la familia y la estructura que le subyace, así como todo el sistema regulador de esta institución tanto en sus aspectos personales como patrimoniales.

Desde otro punto de vista podría tratar de solucionar la cuestión desnaturalizando la actual adopción y convirtiéndola en una institución revocable, al menos en el caso de las adopciones por parejas de hecho. Pero sin duda alguna, esta solución acarrearía graves inconvenientes, sobre todo en lo que se refiere a las repercusiones que sobre la persona del menor pudieran tener los cambios de los vínculos personales de carácter paterno-filial y fraternal principalmente. A ello, habría que añadir que estas repercusiones serían más graves aún si tenemos en cuenta que en la mayoría de los casos de menores que van a ser adoptados, presentan ya de por sí un cuadro psicológico afectado por esta circunstancia y otras que han incidido en su situación personal que les obliga a esta modificación de envergadura en su "status".

B.3) Incidencia de la nueva normativa sobre la figura del Acogimiento Familiar

Continuando con lo que es la materia y elemento objetivo de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 21/87 de 11 de Noviembre, cabría hacerse ahora una segunda cuestión: ¿qué incidencia tiene la citada Disposición sobre la figura del Acogimiento Familiar?

Según Méndez Pérez⁽⁸⁾, y en relación con la cuestión, dos son los argu-

mentos que hacen pensar en la capacidad de las parejas de hecho para que estas puedan tener menores en acogimiento familiar.

De una parte el principio comúnmente aceptado según el cual quien puede lo más puede lo menos. Y si la adopción, que conlleva incluso la modificación del estado de las personas, es posible realizarlo por las parejas "more uxorio" conforme a la Disposición Adicional en estudio, no habrá de existir inconveniente a que esas mismas parejas puedan acoger menores, ya que el acogimiento no produce ni rompe lazos parentales entre acogedores y acogidos.

Este argumento al que a priori no le falta fundamento, puede ser rebatido sin embargo si tenemos en cuenta que la Disposición Adicional Tercera hay que entenderla como previamente hemos señalado en el presente estudio, como una excepción al artículo 175-3.4º del Código Civil. Y por tratarse de una excepción, que entendemos ha de interpretarse con carácter restrictivo, extenderá su radio de acción exclusivamente a lo señalado en el precepto.

Un segundo argumento, algo más en línea con el que entendemos correcto, nos lo expone el mismo autor cuando pone de manifiesto que tanto la Legislación Española como la de la Generalidad de Cataluña permite el acogimiento a personas singulares adultas, es decir a aquellas personas que no han constituido un grupo familiar propio; y siendo ello así, no hay razón lógica que permita poner en peor condición a una persona adulta que convive establemente con otra, respecto de la persona adulta cuyo sistema de vida se desarrolla sin relación familiar o parafamiliar.

Desde nuestro punto de vista, no se trata ahora, como hace el autor, de poner en mejor o peor condición uno respecto de otro. La ratio iuris se encuentra en que el Código Civil establece como finalidad primordial de la figura del acogimiento la integración del menor en la vida de familia de los acoge-

(8) MENDEZ PEREZ, J. "El acogimiento de menores". Bosch. Barcelona 1991, págs. 86 y ss.

dores o acogedor. Por tanto lo único exigible es la vida de familia. Ahora bien, esa vida de familia puede ser ya una realidad o bien una posibilidad. Es decir que el menor quede acogido en una familia que ya se hallaba constituida o bien que se establezca la relación para con una persona que, aún cuando no haya conformado un núcleo familiar, sea a todas luces posible y beneficioso para el menor, de manera que con la formalización y entrega en acogimiento, se de paso ya a la exigida vida de familia. Si a ello añadimos que el Código no exige ni hace mención alguna del elemento subjetivo para el caso del acogimiento, ni de las condiciones que los sujetos de aquél han de reunir, habrá que entender en consecuencia que un núcleo de personas en el que el sustrato básico de su existencia sea una auténtica vida de familia, es perfecto sujeto legal para acoger en su seno a un menor.

Recapitulando, habrá que deducir que la Disposición Adicional Tercera de la Ley Orgánica 21/87 de 11 de Noviembre no ha supuesto una modificación en el régimen del acogimiento en sí mismo considerado, si bien es un precepto que refuerza el argumento que hemos sostenido según el cual, conforme a la letra del Código Civil, las uniones de hecho son aptas y están capacitadas para ser sujetos activos del acogimiento de menores.

C) Elemento subjetivo de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 21/87

Analizaremos a continuación el elemento subjetivo de la Disposición Adicional Tercera. Este elemento subjetivo, conforme la dicción de la norma, lo constituyen "el hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga y la conyugal".

C.1) Adopción y homosexualidad

La primera característica que salta a la vista es que se trata de una pareja integrada por un hombre y una mujer.

Con ello el Legislador ha puesto coto a la actual tendencia que pretende le sea concedida a las parejas de homosexuales la posibilidad de adoptar menores. Este, que constituye uno de los postulados que con más fuerza han reivindicado los colectivos gays y corrientes ideológicas afines desde algún tiempo, ha sido pues rechazado por el Legislador Español y es por ello que se encuentra actualmente en la cumbre de la polémica sostenida por aquellas asociaciones y colectivos.

El rechazo aludido ha sido además secundado por mayoritarios sectores de la doctrina, rechazado al que nos unimos en base a argumentaciones como las que siguen:

En primer lugar entendemos que conforme a la constitución biológica del ser humano, habrá de entender que es unión natural la que se produce entre hombre y mujer. Y si tenemos en cuenta que en el caso de la adopción uno de sus postulados fundamentales es que la institución jurídica ha de imitar en la medida de lo posible a la natural, no nos queda otro remedio que aceptar que solo la pareja formada por hombre y mujer debe considerarse capacitada para adoptar.

En segundo lugar, es importante recordar que las diferencias existentes en la conformación bio-psicológica de hombre y mujer, hacen que las funciones a ejercer por cada uno de ellos en la crianza y educación de los hijos sean también diferentes al tiempo que complementarias, por lo que para una completa formación del menor, lo ideal es que existan padre y madre.

En tercer lugar, una pareja integrada por homosexuales, en una gran parte de los casos se mantiene unida por un vínculo pasajero, ya que estas uniones tienen puesta su finalidad en la satisfacción de una inclinación biológica y, a veces afectiva, que de otro modo no podrían llegar a satisfacer ya que el matrimonio entre personas de un mismo sexo no está admitido en nuestro

Ordenamiento. A diferencia de aquellas, el matrimonio heterosexual abarca un campo mucho más amplio en lo que a metas y finalidades se refiere.

Por último, la homosexualidad supone un importante desequilibrio en la estructura de la persona, ya que a la constitución biológica no le sigue la conformación psico-afectiva correspondiente. Este desequilibrio da lugar sin duda alguna a una situación traumática y a la aparición de complejos que tienen reflejo en las múltiples facetas y actividades de la persona.

En base a todos estos argumentos, y al nocivo reflejo que sobre la persona del menor puedan tener las distintas circunstancias en ellos descritas, concluimos que no debe admitirse en nuestro Ordenamiento la adopción de menores por homosexuales.

C.2) Adopción y transexualidad

Sin embargo, tal y como expone Vargas Cabrera, con el texto de la Ley en la mano queda abierta la cuestión de la adopción de menores por transexualidad. No se pronunció el Legislador al respecto y la resolución ciertamente no es sencilla. En este caso la conformación psicológica, aparentemente, se corresponde con la biológica y por tanto parece que podría hablarse de hombre o mujer en todas sus dimensiones. La clave de la cuestión, aquí estaría en recordar que previamente a su actual estado en la persona del transexual ha habido una mutación en su aspecto físico. Y sobre esta base habría que interrogarse ¿la mutación ha sido parcial y externa o completa?. Los problemas de carácter psicológico existentes hasta dicha mutación (Véase los de carácter traumático, los desequilibrios emocionales y otros de naturaleza análoga que han podido tener, etc.) ¿han sido superados en su totalidad o quedan secuelas? Y por último, el cambio de personalidad ¿puede incidir de alguna forma en la psicología y la personalidad de quien se ha sometido a la mutación?.

De la respuesta a estas interrogantes, así como de la negativa influencia que todo ello pueda tener sobre la persona del menor dependerá la respuesta a la posibilidad de adoptar menores por transexuales. Por nuestra parte, y recordando aquí que la mayoría de los menores que se someten a adopción presentan ya de por sí problemas, no creemos que lo más adecuado sea entregarlos en adopción a personas que, debido a la situación en que han vivido y al cambio operado en su personalidad, son sin duda complejas. Con ello se expone al menor a una situación con cierta dosis de riesgo que, por el principio del beneficio del menor, debe evitarse en todo caso.

C.3) Características de los sujetos a que se refiere la Disposición Adicional

Entramos ahora a analizar la segunda parte de la definición del elemento subjetivo: "integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal".

El primer paso que da el Legislador aquí es delimitar qué tipo de parejas de hecho son a las que se refiere. Y es que las parejas de hecho, por su esencia misma, que es ser de hecho y no de derecho, no se rigen por ninguna regla sino que su común denominador y única norma es precisamente que no les une ningún vínculo jurídico. Dentro de la múltiple variedad que hay en esta categoría de las parejas "more uxorio" (Parejas que sólo cohabitan fines de semana, parejas que cohabitan largos periodos de tiempo, uniones en las que no se cumple espontáneamente con dichos deberes, etc.) el Legislador sólo concede capacidad para adoptar simultáneamente a un menor a aquellas parejas unidas de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal. Las notas características de estas parejas, descritas sucintamente⁽⁹⁾, podrían ser las siguientes:

Heterosexualidad: Ya hemos señalado como el Legislador ha exigido ex-

(9) Las características propias de dichas uniones "more uxorio" han sido reciente objeto de estudio por parte de la doctrina y la Jurisprudencia. De un modo más extendido a como lo hacemos aquí, las expone con claridad y precisión el Profesor GALLEGO DOMINGUEZ en el Capítulo Segundo ("Elementos constitutivos de la pareja de hecho") de la Parte Primera de la que fuera su Tesis Doctoral, publicada por la Editorial Civitas en 1996 Bajo el Título "Las uniones de hecho y sus efectos patrimoniales".

(10) Art. 16-1, b.

(11) A estos efectos, seguiremos la exposición del Profesor Gallego Domínguez ofrecida en su Op. cit. Parte Primera, Cap. I, Apdo. V, exposición en la que se recogen dichas causas con una nítida visión de la materia en estudio.

plícitamente que se trate de uniones de hombre y mujer, pero a ello hay que añadir que esta condición va necesariamente implícita en el hecho de que ha de ser análoga a la relación conyugal.

Singularidad: Al igual que en el caso del matrimonio y por ser una relación análoga sólo se podrá entender que la integren dos miembros.

Affectio o Voluntad: Como el propio tenor de la norma nos indica, se trata de una relación de afectividad. Puesto que la nota característica es que no existe vínculo jurídico alguno, la pervivencia de la pareja se asienta sobre el vínculo volitivo de la afectividad.

Capacidad de los sujetos: Estableciendo un paralelismo para con lo que es la unión conyugal que no ha de servir de parámetro a la hora de determinar las características de la pareja de hecho, entendemos que habrán de entenderse capaces a aquellos que hayan alcanzado la mayoría de edad y a los menores emancipados. En este mismo sentido opera el reglamento de alguno de los Registros Municipales de Uniones de Hecho, a los cuales solo tienen acceso para ser inscritas aquellas parejas que cumplan este requisito.

Desde un punto de vista objetivo las condiciones que creemos son exigibles son las siguientes:

Cohabitación: Se trata sin duda alguna de una de las características fundamentales que aseguran la existencia de la unión *more uxorio*. Los que la integran, por tanto, deben vivir bajo un mismo techo, en un mismo domicilio. Este es, además, no hay que olvidarlo, uno de los deberes inherentes al matrimonio (art. 68 del Código Civil).

Estabilidad: El único parámetro legal con que contamos en nuestro Derecho para objetivizar esta nota característica de las parejas de hecho es el transcurso del plazo de dos años, recogido en la L.A.U.⁽¹⁰⁾ como suficiente para que la persona que haya convivido en

análoga relación de afectividad a la del cónyuge, adquiera el derecho a subrogarse en el contrato de arrendamiento de la vivienda. Período de tiempo ciertamente corto a nuestro entender, pero indicativo de lo que entiende el Legislador por pareja de hecho estable.

Por otra parte, y aún cuando guardan relación, no hay que condicionar la estabilidad de la pareja, que también conlleva vocación de futuro a la duración inicial exigible para considerarla como tal. Pero la vocación de futuro, evidentemente, si que es un elemento imposible de demostrar desde un parámetro objetivo.

Deberes matrimoniales: Esta es una nota exigida implícitamente por el Legislador al exigir que la convivencia sea análoga a la relación conyugal. La diferencia es que en el caso del matrimonio ese cumplimiento viene obligado como consecuencia de los vínculos jurídicos establecidos entre la pareja, en tanto que en el caso de la unión "*more uxorio*" serán llevados a cabo de modo espontáneo.

C.4) Causas de la formación de las parejas de hecho

Hasta aquí una exposición de la fundamentación de la Disposición Adicional tercera, de la capacidad que en ella se otorga y de los sujetos a los que se concede. Un juicio valorativo de la materia debe sopesar además una cuestión clave: la raíz de la formación de la pareja de hecho. Las diferentes causas que puedan originar estas uniones son de diversa índole y trataremos de exponerlas brevemente a continuación⁽¹¹⁾, ya que sin duda alguna aportarán datos importantes en lo que se refiere a la cuestión que estamos tratando.

1) Motivos sociológicos

Motivos sociológicos "stricto sensu"

Desde un punto de vista sociológico nos encontramos con motivos como el subdesarrollo cultural existente en algunos países en relación con la dificultad

para contraer matrimonio conforme a las estructuras políticas existentes.

También desde este mismo prisma sociológico, la existencia de minorías religiosas o étnicas con normas y costumbres o ritos propios de celebración del matrimonio.

Asimismo y entre las causas de índole sociológica también, habría que señalar que aún existen grupos o ambientes en los que no se tolerarían matrimonios con personas que no se encuentren integradas en dichos grupos sociales.

Motivos religiosos

En esta misma órbita de las razones de naturaleza sociológica cabría incluir las de carácter religioso que pueden incidir en la materia desde dos puntos de vista diversos:

Por una parte cuando el Estado impone a la fuerza la celebración del matrimonio conforme a un rito concreto por ser este el de la religión estatal.

De otro cuando no se reconocen efectos jurídicos a los matrimonios celebrados conforme al rito de una determinada confesión religiosa.

Ambas circunstancias, sin duda alguna, potencian la existencia y aumento de uniones de hecho.

II) Motivos económicos

Desde un punto de vista económico las razones que pueden aducirse para que existan uniones de hecho son variadas, como las de naturaleza fiscal, la existencia de una pensión que no se desea perder, o la imposibilidad de afrontar gastos excepcionales como la celebración de la boda, etc. Como telón de fondo, y en relación íntima con los motivos de naturaleza sociológica, habría que señalar la existencia en los cinturones y barrios marginales de las grandes ciudades de importantes núcleos de población afectados por la problemática del desempleo

que les impide el sostenimiento de un matrimonio con todas sus consecuencias, encontrando en la unión de hecho un punto escape a su situación.

III) Motivos ideológicos

Con carácter ideológico puede anotarse la causa aducida por algunas corrientes de pensamiento que el matrimonio es una institución opresora que limita la libertad individual.

IV) Motivos de carácter legal

Las razones aducidas en este ámbito las constituyen la existencia de algún impedimento que no permite que se contraiga matrimonio.

V) Motivos de comportamiento y conciencia social

Por último, señalaremos que una de las más importantes causas de la existencia de uniones "more uxorio" en los países desarrollados, es la relajación ética que el consumismo conlleva aparejado, y en consecuencia la comodidad y el placer sin vínculos jurídicos que condicionen o aten a la persona.

3. CONCLUSIONES Y JUICIO VALORATIVO

La finalidad primordial del presente trabajo no es otra que ofrecer un juicio valorativo de la posibilidad de adoptar concedida a dichas parejas por la Disposición Adicional Tercera de la Ley 21/87 de 11 de Noviembre. Y como respuesta a ello ofrecemos las siguientes conclusiones:

A) Entregar en adopción un niño a unos padres que no han contraído matrimonio y se encuentran formando pareja de hecho por razones económicas, evidentemente sería un craso error, por cuanto si se encuentran imposibilitados para sustentarse como pareja, difícilmente podrán hacerse cargo de otra persona más en el seno de la familia.

(12) B.O.C.G. (Senado) 10 de Septiembre de 1987, n° 105 b, enmienda n° 84, pág. 46°.

(13) B.O.C.G. (Senado) Sesión Plenaria 7 de Octubre 1987, pág. 1.753.

B) Aducir que se forma parte de una unión "more uxorio" por razones religiosas en nuestro país hoy día no es suficiente argumento, ya que actualmente no existe coacción alguna para que se contraiga matrimonio por determinado rito. En sentido inverso, cualquier persona puede contraer matrimonio válido con efectos jurídicos con hacerlo conforme a la Legislación Civil. Sólo esporádicos casos de miembros del Islam encontrarían frustrada su posibilidad de tener más de un cónyuge al mismo tiempo.

Con todo ello concluimos que pudiendo contraerse matrimonio civil sin muchas dificultades sea cual fuere la religión que se profese, siempre será preferible entregar a un menor en adopción a alguien que a asumido la responsabilidad mediante un vínculo jurídico de formar una familia, y más si lo ha hecho también conforme al rito de su propia creencia religiosa.

Analizadas las razones culturales y sociológicas, nos indican que de por sí tampoco son suficientes para eludir el matrimonio, y en consecuencia les son aplicables a quienes las aducen para no casarse los mismos argumentos que acabamos de exponer respecto de la entrega de un menor en adopción.

C) En cuanto a quienes alegan que forman pareja de hecho ya que tienen alguno de los impedimentos del matrimonio, habría que recordar que hoy día el único de estos que existe con cierta fuerza es la persistencia de un vínculo matrimonial anterior que impide la celebración de un nuevo matrimonio. Con este dato, lo que queda claro es que la persona a que se entregaría al menor en adopción este caso no ofrece las garantías deseadas para que el menor se encuentre en un ambiente familiar estable y duradero, garantías que deben ser ofrecidas conforme al principio del beneficio del menor.

D) Por último y respecto al grupo de las personas que no se unen en matrimonio por los motivos ideológicos ale-

gados (El no deseo de atarse a un vínculo por considerarlo como una mordaza a la voluntad libre) como aquellos que no lo hacen como consecuencia del hedonismo y el consumismo, es evidente que no son las personas más adecuadas para asumir una responsabilidad de la envergadura de adoptar un menor.

Ya una enmienda presentada a la Disposición Adicional en el Senado que trató de suprimir esta regulación se fundamentaba en los siguientes argumentos:

"Por mucho que quiera equipararse al matrimonio "la pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga, si de lo que se trata es de buscar el bien del menor y de darle una vida familiar, no parece lo más acertado confiarlo a una pareja inestable y coyuntural, que rehusa todo vínculo jurídico demostrativo de su voluntad de permanencia."⁽¹²⁾

Y acertadamente a nuestro juicio se pronunciaba el Senador De los Mozos y De los Mozos en los debates parlamentarios del Senado cuando al respecto manifestaba que la pareja de hecho, más que análoga era "una situación anómala frente a la verdadera familia constituida por el matrimonio, bien sea contraído civilmente, bien en la forma religiosa que fuere".

Consideraba asimismo el citado parlamentario que el Ordenamiento debe apoyar en la medida de lo posible aquellas condiciones que sean el fundamento de la propia sociedad, y terminaba tilizando la regulación que quedó posterior y definitivamente aprobada como demagógica.⁽¹³⁾

Desde nuestro punto de vista personal, el fondo de la cuestión se encuentra simple y llanamente en que el Legislador otorga capacidad para adoptar, lo que supone establecer una relación irrevocable, a una comunidad sin cimentación fuerte y segura, tan frágil, que sólo depende de algo tan pasajero como la afectividad. Nada más. Por ello en-

tendemos que esta actitud por parte del Legislador es altamente arriesgada y en cierto modo negligente, ya que con esta política puede abocar la crianza, educación y formación de menores que precisamente tienen carencias materiales o afectivas y en muchos casos problemas psicológicos, a uniones que no ofrecen la estabilidad y seguridad necesarias al caso. La directriz a seguir debiera ser precisamente la contraria, esto es, establecer medidas tendentes a proteger y fortalecer la familia (la que se asienta cuando menos sobre vínculos jurídicos) tratando de evitar su fragmentación, y encargar a ella y solo a ella la altísima misión de adoptar menores.