

La protección constitucional de la familia

Rosario Valpuesta Fernández*

La autora enfatiza la necesidad de dotar de ductilidad al Derecho frente a los cambios sociales, refiriéndose particularmente a la familia y sus transformaciones como institución jurídica y como construcción social y cultural.

Reflexiona sobre el carácter hegemónico de la familia nuclear burguesa en el derecho, planteando el desafío de que éste responda a la realidad social que muestra diversas formas de familia que no calzan en el modelo dominante.

Analiza al matrimonio como el paradigma de la relación de pareja, incluso en la aspiración de aquellos que quieren dotar a su unión de efectos jurídicos, como es el caso de las parejas de homosexuales que se quieren vincular en los mismos términos, o las uniones de hecho, sean éstas heterosexuales u homosexuales, demostrando que, el reconocimiento de otros modelos de familia y la respuesta que se dé a estas demandas, pueden alterar la posición que el matrimonio tiene en la Constitución, y en la garantía institucional que en la misma se consagra.

FORO

LA LLAMADA FAMILIA TRADICIONAL

Desde hace ya algún tiempo se ha convertido en un lugar común, para los estudiosos de la familia, el señalar las transformaciones que se están produciendo en la misma, que se ven como síntomas de un desmoronamiento de una institución que es cada vez más inestable, en la medida que está siendo desbordada por la actitud individualista de sus miembros, que con sus comportamientos en el seno de la misma y al exterior han alterado las relaciones entre los sexos y también entre las generaciones, modificando los esquemas tradicionales de la convivencia familiar, al mismo tiempo que emergen en la sociedad otras realidades que se reconocen como familia.¹

* Catedrática de Derecho civil, Universidad Pablo de Olavide, España.

1. Unos cambios que ya fueron señalados por R. König, *La familia en nuestro tiempo* (Alemania 1974), Madrid, 1981, pp. 53 y ss. La percepción social que en España se tiene de las transformaciones familiares se ha puesto de manifiesto en la encuesta del Centro de Investigaciones Sociológicas, realizada en diciembre de 2000, para

La percepción de estos cambios provoca en algunos añoranzas y nostalgia de unos tiempos que definitivamente han pasado, y en otros, inquietud y desasosiego por un futuro que ven incierto.² Puede parecer que las nociones se trastocan, los papeles se alteran, las relaciones cambian en un torbellino de transformaciones que como un vendaval azota a la familia tradicional.

Resulta, sin embargo, que ese modelo de familia contemporánea, no es más que una construcción social que se consolida en un momento determinado: la familia nuclear burguesa en torno a la que se elabora todo un imaginario que acaba por englobar a la familia en sí. Esta familia, que se consolidó a principios del siglo XIX, representaba en su momento la modernidad de la revolución industrial frente a la actividad agrícola, de lo urbano frente a lo rural y, sobre todo, reflejaba el comportamiento de una determinada clase social, la burguesa, que proyectó en el mundo familiar sus concepciones a través de códigos éticos y sociales.³ Con una nítida separación del

conocer la opinión pública sobre la evolución social registrada en España en los últimos 25 años: el 86,2% de los ciudadanos opinaba que se habían producido muchos cambios en el matrimonio y la vida familiar, G. Pastor Ramos, *La familia en España. Sociología de un cambio*, Salamanca, 2000, p. 47. En el plano jurídico estos cambios han sido resaltados por casi todos los autores que estudian la familia, con carácter más general, M. Alonso Pérez, “La familia entre el pasado y la modernidad”, *Actualidad Civil*, No. 1, 5 al 11 de enero de 1998, pp. 1 y ss; E. Roca, “Globalización y Derecho de familia: Los trazos comunes del Derecho de familia en Europa”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. El Derecho y la familia*, Granada, 2002, pp. 27 y ss. Desde la sociología jurídica, afirma Carbonnier, que la familia, como todas las instituciones del Derecho, se transforma en el curso de los tiempos, tanto en sus funciones como en su estructura, y continúa transformándose, *Flexible Droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e édition, París, 2001, p. 278. Y desde la sociología son expresivas las palabras de L. Flaquer cuando afirma: “Las metamorfosis de las formas de convivencia no es más que un reflejo de las profundas transformaciones de los cimientos sobre los que se asienta nuestra sociedad. Se trata de mutaciones de gran calado que afectan la misma naturaleza del orden social. Las alteraciones del universo familiar representan variaciones registradas al tiempo que presagian y estimulan nuevas mudanzas”, “El ocaso del patriarcado”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, El Derecho y la familia*, cit. p. 9.

2. Una posición crítica a estos cambios en la familia se pueden entrever en las palabras de G. Pastor Ramos cuando afirma: “La familia hoy ya no constituye aquella estructura prominente en la sociedad: a otras instituciones políticas, comerciales, de consumo, industria y empresa, los poderes públicos conceden mayor importancia e, incluso, entre ellos hay más convencidos de que la sociedad podría ya funcionar perfectamente sin el fundamento familiar”, *La familia en España. Sociología de un cambio*, cit. p. 46.
3. La noción de respetabilidad se modela en contraposición al desorden que caracterizaba, a juicio de la clase burguesa, a la familia obrera; así se identificaba a la familia conyugal con legitimidad de la descendencia que otorga el matrimonio, con la estabilidad del mismo, con la educación y cuidado de los hijos bajo la dirección de los padres, con la preservación de la privacidad del hogar y con la corrección formal de los comportamientos, sobre todo de las esposas. Como afirma L. Guttormsson, “La respetabilidad requería que se exhibiera lo que se tenía (por ejemplo, el domingo las mejores ropas y los mejores muebles), así como mantener un ritual y un comportamiento (la comida en familia, ir a la Iglesia, el paseo dominical). La mujer casada que no realizaba un trabajo remunerado personificaba su respetabilidad con su competencia doméstica. Se sentía orgullosa de la casa y de la familia y adquiría autoestima demostrando que era capaz de llevar la economía de la familia, cuidar debidamente de sus hijos y cerciorarse de que asistían regularmente a clase. Aun así, cuanto más pobre era la familia, tanto era mayor el esfuerzo que la madre tenía que hacer para alcanzar la respetabilidad”, “Las relaciones paternofiliales”, en David I. Kertzer y Marzio Barbagli (compiladores), *La vida familiar desde la Revolución france-*

espacio público y del espacio privado, reservado este último a la familia, se aisló a ésta en el ámbito de lo doméstico con un claro reparto de los roles, entre el marido y la mujer,⁴ entre las generaciones, y entre los hijos y las hijas, en un mundo de relaciones de desigualdad y sumisión. Un modelo que se fue extendiendo a todas las capas sociales, como nos revela Mary Jo Maynes: “Una vez que quedaron establecidos los nuevos conceptos de domesticidad en la clase media ilustrada, se llevaron a cabo esfuerzos (siempre impugnados) para verlos reflejados y difundidos a través de proyectos filantrópicos laicos y religiosos, escuelas públicas y privadas o al servicio doméstico; tanto como mediante la literatura, las artes y, cada vez más, la cultura del consumo”.⁵

Esta identificación de la familia con el modelo expuesto provoca que cualquier cambio o transformación en la misma se tienda a ver como una situación de crisis. Sin embargo, esta sensación no es más que producto del desconocimiento de la realidad compleja y diversa que siempre ha sido la familia; y refleja una visión unidimensional de la misma, al concretarla en una determinada experiencia histórica, de factura reciente, que fue recogida en los *códigos civiles decimonónicos*; nos referimos a la familia conyugal burguesa.⁶

Por todo ello estamos con Gerges Duby⁷ cuando afirma:

Todo indica que, en las sociedades occidentales, bajo los insistentes resquicios de las apariencias rituales, el cambio que a todos nos sorprende ya hace tiempo que se ha iniciado. Si en los últimos años algunos de estos factores han precipitado su ritmo –tales como los descubrimientos científicos y técnicas, que bruscamente permiten a la humanidad ser capaz de ser señora de su destino biológico, llegando incluso a alterar las formas de procreación–, la mayor parte de esos factores ya estaban presentes antes del comienzo del siglo XX. Por tanto, hay que bucear en un pasado lejano.

sa hasta la Primera Guerra Mundial (1789-1913), *Historia de la familia europea*, vol. 2 (2002), Barcelona, 2003, p. 398.

4. Como afirma Gody, “La segunda mitad del siglo XIX conoció la gradual expansión del rechazo a las “esposas trabajadoras”, un sentimiento que, presente en la aristocracia, fue adoptado por la alta burguesía a comienzos del siglo XVIII y más tarde por los elementos más altos de la clase trabajadora, *La familia europea*, Barcelona 2001, p. 165.
5. “Culturas e imágenes de la vida familiar correcta”, *La vida familiar desde la Revolución Francesa hasta la Primera Guerra Mundial (1789-1913)*, *Historia de la familia europea* cit. p. 301. En la misma obra, L. Guttormsson, indica que a medida que fue avanzando el siglo XX “los conceptos de respetabilidad” de la clase burguesa fueron modelados en mayor medida por la ideología doméstica, “Las relaciones paterno-filiales”, cit., p. 398.
6. Una exposición acerca de la relatividad histórica de la familia en Rosario Valpuesta, “Otras miradas sobre la familia: las familias y sus funciones”, *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, t. II, Murcia, 2005, pp. 4915 y ss.
7. Prólogo a Burguière, Klapisch-Zuber, Segalen, Zonaben (editores) *Historia da familia. Tempos medievais: ocidente, oriente*, (Francia 1986), Lisboa, 1997, p. 6.

A lo que se debe añadir las consideraciones de Martine Segalen⁸ cuando expresa:

El desarrollo de los estudios históricos sobre la familia no ha dejado nunca de demostrar...el hecho de que la familia es una institución en continuo cambio, un conjunto de procesos. Cada época conoce sus formas familiares; sociedad y familia son productos de fuerzas sociales, económicas y culturales comunes, sin que una sea el resultado de otra. El conocimiento del pasado de la familia es indispensable para el conocimiento de su presente, siendo uno y otro indisoluble. Para ello, es necesario un análisis más crítico, una reflexión más consciente y un distanciamiento emocional, que si se pretende que se desarrolle de manera espontánea puede tardar largos años en lograrse, dado el freno que pone al progreso el sistema familiar dominante.⁹

LA FAMILIA JURÍDICA

Cuando hablamos de la familia jurídica nos queremos referir a la familia que ha sido asumida por el Derecho para darle cobertura legal, entendiendo a éste como la expresión de una decisión política de ordenar el conjunto de relaciones que se dan en una concreta sociedad. Y como toda decisión política implica necesariamente una selección del conjunto de relaciones sociales que deben tener cabida en el ordenamiento jurídico: son aquellas que interesan para el diseño del modelo que se pretende, que para el caso de la familia, se traduce en identificar el tipo o tipos de organizaciones familiares que deben ser objeto de protección y regulación. A partir de ahí se incide en la misma imponiendo reglas, regulando comportamientos, estableciendo el momento de su nacimiento para el mundo jurídico, y también su extinción. Y lo hace con una técnica que le es propia, elaborando nociones o categorías e instituciones que absorben a esa realidad social hasta convertirla en una realidad jurídica. Así, parece claro que la familia jurídica responde a relaciones sociales de familia, pero no todas las relaciones familiares que se establecen entre las personas tienen relevancia jurídica, pues puede ocurrir, y de hecho ha ocurrido a lo largo de la historia, que el diseño normativo de la familia responda únicamente a un concreto modelo, el que existe en el grupo dominante, en el plano político, cultural o económico, y su imposición depende del tipo de participación política que rija en cada tiempo y sociedad. En esta línea, nos podemos encontrar con modelos o con comportamientos familiares que coexisten en el seno de una concreta sociedad, que no tienen su adecuado reflejo en el Derecho.¹⁰ Ello nos ubica en un terreno ciertamente resbaladizo, aquel en el que

8. *Sociología da familia*, (París 1996) Lisboa, 1999, p. 10.

9. A. Gimeno, *La familia: el desafío de la diversidad*, Barcelona, 1999, pp. 14-15.

10. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 7 de noviembre de 2002, denegó la pensión de viudedad en un supuesto de matrimonio gitano, al estimar que la celebración por sus propios ritos, y no por las dis-

se desenvuelve la relación que tan bien describiera Carbonnier entre el Derecho y el no Derecho, en el que la familia tiene sin duda un lugar reservado;¹¹ y sobre el que también se manifiesta el historiador Gerges Duby, cuando afirma:

No hay que olvidar que cualquier prescripción de la ley o de la moral constituye uno de los elementos de una construcción ideológica creada para justificar determinadas acciones y, en alguna medida, enmascararlas; que tras esta marca bajo la que se resguarda la buena conciencia, cualquier norma es más o menos transgredida y que entre la teoría y la práctica existe un margen cuya amplitud el historiador, al igual que el sociólogo, pero con mayor malestar que él debe dedicarse a calibrar.¹²

Desde nuestra posición como juristas debemos abordar el estudio de la familia actual con la atenta mirada a lo que pasa a nuestro alrededor, a fin de aportar soluciones a los problemas que se plantean. Pero ello, no se puede afrontar desde lo que podríamos considerar un cierto determinismo sociológico, es decir, que partiendo de la idea cierta del carácter prejurídico de la familia, se impongan, sin más, tanto al legislador como a los juristas estos nuevos comportamientos de naturaleza familiar, pues lo mismo significaría renunciar al papel conformador que sobre la realidad tiene el ordenamiento, y muy significativamente la Constitución, y a la tarea que deben desempeñar los juristas en la búsqueda de soluciones conforme a los principios, las nociones y la técnica que corresponden a esta actividad científica. Desde esta perspectiva se debe analizar la respuesta del Derecho a las demandas sociales.

Como hemos dicho, una vez que se selecciona el modelo jurídico o los modelos jurídicos de familia, se regula su constitución, también se establecen los criterios que

posiciones del Código civil, carecía de relevancia jurídica; esta decisión judicial nos enfrenta a una realidad más amplia, nos referimos a la opacidad jurídica del modelo familiar de esta etnia, que difiere en cuanto a su extensión y composición del tipo dominante. Por su parte, los sociólogos nos dan cuenta de la diversidad de las estructuras familiares de la sociedad española, así como de los diferentes tipos de organización familiar existentes; así, Alberdi, Flaquer e Iglesias de Ussel, que ponen de manifiesto igualmente la posibilidad de que una persona atraviese por diferentes situaciones familiares, *Parejas y matrimonios: Aptitudes, comportamientos y experiencias*, Madrid, 1994, p. 291. Por su parte, historiadores como Mikalerena Peña resaltan la variedad de la organización familiar en España, “Las transformaciones en la geografía de las formas familiares en España entre 1860 y 1981”, en R. Rowland e I. Blanes, *La demografía y la historia de la familia. Historia de la familia. Una nueva perspectiva sobre la sociedad europea*, Murcia, 1997, pp. 291 y ss.; en la misma obra, A. Valero señala como uno de los rasgos más relevante de la reciente evolución de la familia española su universalización a través de diferentes estructuras familiares, “Evolución del sistema matrimonial español”, pp. 295 y ss.

11. *Flexible Droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, cit., pp. 28 y ss.

12. “El matrimonio en la sociedad de la Alta Edad Media”, *El amor en la Edad Media y otros ensayos*, Madrid 1990, p. 15. En el mismo sentido, R. König, cuando afirma que “En la realidad la familia y el matrimonio no han sido ‘instituidos’ jamás, sino que han existido siempre. Pero eran necesarias medidas especiales del legislador para elevarlos a la conciencia desde el rango de la costumbre seguida de un modo más o menos inconsciente, dotándolos así de un perfil cultural mucho más manifiesto, que ha encontrado su última expresión provisional en los sistemas jurídicos modernos”, *La familia de nuestro tiempo*, cit., pp. 6-7.

van a regir las relaciones entre los distintos miembros, así como las soluciones que se aportan a los conflictos que puedan surgir entre ellos, o a los medios de asistencia con los que se quiere que cuente la familia o las familias; y todas estas reglas se imponen al conjunto de la sociedad, con toda la fuerza coactiva que tienen las normas.

En este sentido, se puede hablar en el plano jurídico con relativa facilidad de un modelo o de modelos de familia, que son los que tiene en cuenta el conjunto normativo que regula las relaciones familiares. Incluso, se puede establecer con cierta linealidad una evolución coherente de la familia, como ha ocurrido cuando se ha afirmado la transformación de la familia extensa a la familia nuclear, que se produce con la entrada en vigor de los Códigos civiles en toda Europa.¹³ Sin embargo, si nos acercamos a los estudios históricos de la familia, podemos comprobar la multiplicidad de modelos y comportamientos familiares que han coexistido a lo largo de la historia, sobre los que no se puede trazar una línea evolutiva, entendida ésta como una sucesión coherente de tipos familiares que se sustituyen sucesivamente en una suerte de cadena histórica.¹⁴

-
13. En este sentido son muy significativas las palabras de A. Burgière: “Hace todavía una veintena de años un historiador que se ocupase de la familia a partir del siglo XVI nos habría hecho asistir al lento ascenso en Europa de la familia nuclear moderna, bajo el efecto de las transformaciones económicas y de la acción ‘modernizadora’ de los estados. La idea del tránsito de la familia tradicional, caracterizada por grupos domésticos extensos y complejos, a la familia nuclear actual, en la que el grupo de residencia se limita a la célula conyugal, a un tiempo unidad de producción biológica y de reproducción social, era una idea común a la mayor parte de las teorías sociológicas”. François Lebrun y André Burgière, “Las mil y una familias en Europa”, *Historia de la familia 2. El impacto de la modernidad*, Madrid, 1988, p. 27.
 14. En efecto, el importante desarrollo que los estudios históricos sobre la familia ha tenido, a partir de los años ochenta, han demostrado la inconsistencia de muchas de las afirmaciones que sobre la evolución y tipos de familia se han mantenido, y nos han puesto de manifiesto la relatividad histórica de esta realidad social que se ha tenido una y mil manifestaciones, conformadas a impulsos de las condiciones económicas, culturales, y políticas existentes en cada tiempo histórico. La teoría evolucionista de la familia partía de una inicial promiscuidad sexual, a la que le seguía el matrimonio en grupo, la poliandria, la poligamia y, finalmente, la monogamia; al respecto, afirma Ralph Linton, que “Todo lo que se diga sobre el origen y la evolución de los tipos de familias ha de considerarse como pura suposición. Algunas de estas suposiciones parecen más probables que otras, pero ninguna puede ser científicamente demostrada”, “La historia natural de la familia”, en Fomm, Horkheimer, Parsons (editores), *La familia*, Barcelona, 2a. ed. 1972, p. 5. Respecto a Europa, se mantenía que la familia, a partir del siglo XVI, se había deslizado del modelo extenso hacia el tipo de familia nuclear que hoy conocemos, mantenida por la demografía. Esta tesis evolucionista fue superada por una línea de investigación, iniciada por el grupo de Cambridge, que vino a demostrar la coexistencia de diferentes formas de organización familiar en Europa, así como la presencia de la familia nuclear en la Edad Media, incompatible con los postulados evolucionistas. El mayor exponente de la teoría evolucionista ha sido Le Play *L'organisation de la famille selon le vrai modèle signalé par l'histoire de toutes les races et de tous les temps*, Paris-Tours, 1875. En contra de tal corriente, Laslett, *Household and Family in Past Time*, Cambridge, 1972, pp. 23 y ss.; en la misma obra Jack Goody, “The evolution of the family”, pp. 103 y ss. Ralph Linton, “Historia natural de la familia”, cit. p. 6; F. Lebrun, “Las mil y una familias de Europa”, *Historia de la familia 2. El impacto de la modernidad* cit. pp. 27 y ss. Desde la antropología, Claude Lévi-Strauss, “La familia”, *Polémica sobre el origen de la familia*, cit. pp. 7 y ss. En relación al parentesco, Robin Fox argumenta así mismo que uno de los errores de los primeros evolucionistas fue que las

Hasta hace poco, la disciplina jurídica de la familia ha correspondido casi en exclusiva al Derecho de Familia, cuyas normas estaban ubicadas en su totalidad en los Códigos civiles, salvo el caso de España, en el que determinadas Compilaciones forales también contaban con disposiciones referidas a la familia, y que han dado lugar a los Derechos civiles autonómicos.¹⁵ Todas ellas tienen como finalidad organizar las relaciones entre los miembros, imponiendo derechos y obligaciones. Sin embargo, esta normativa específica de la familia ha sido desbordada por otras disposiciones que la contemplan o la tienen en cuenta para reconocerle efectos jurídicos, que no necesariamente se refieren a las relaciones que se dan en el seno de la familia. Se podría decir que preferentemente no tienen esta finalidad, sino la de reconocerle a sus miembros unos derechos en relación a determinados bienes o beneficios; normas más propias del Estado social, que utiliza a la familia para canalizar el conjunto de prestaciones dirigidas a sus ciudadanos. Así, nos encontramos con normas específicamente familiares, que son las que regulan las relaciones jurídicas entre sus miembros, su constitución y su extinción, nos referimos por ejemplo, al matrimonio, a los derechos y deberes de los cónyuges, a sus crisis o sus efectos, a la filiación o a la patria potestad; y junto a ellas coexisten un conjunto de disposiciones referidas a las prestaciones de la seguridad social, a la conciliación de la vida familiar y laboral, a los beneficios para las familias numerosas, y muchas más; normas, estas últimas, que parten de la realidad familiar para conceder una serie de beneficios sociales. Las primeras integran lo que conocemos como Derecho de familia y las otras se insertan en su disciplina correspondiente, de la seguridad social, laboral o administrativa. Estas últimas han adquirido tal importancia con el desarrollo del Estado social, que en la actualidad no podemos contemplar la realidad jurídica de la familia sin tenerlas en cuenta.¹⁶

formas de filiación, matrilineal o patrilínea, se excluían mutuamente, *Sistemas de parentesco y matrimonio* (1967), Madrid, 1972, p. 122.

Todo dicho tiene mucho que ver con las funciones que ha desempeñado la familia a lo largo de la historia, Una exposición acerca de la relatividad de la familia en Rosario Valpuesta, "Otras miradas sobre la familia: las familias y sus funciones", cit. pp. 4915 y ss.

15. La opción más significativa es la elaboración del *Codi de Família* por la Comunidad Autónoma de Cataluña, aunque se puede afirmar que casi todas las CC.AA. cuentan con una normativa referida a las familias, si bien solo sea en el ejercicio de sus competencias en la realización de políticas públicas de protección.
16. Lo dicho se pone especialmente de manifiesto en el tratamiento de las familias monoparentales, que son aquellas formadas por un adulto que vive solo con uno o más hijos a su cargo. Su delimitación responde a criterios sociales más que jurídicos, pues en dicha categoría se incluyen una serie de supuestos muy diferentes desde el punto de vista normativo como: a) fallecimiento en un matrimonio con hijos pequeños; b) ruptura de la pareja con hijos menores por conflicto entre sus miembros, quedando los hijos en la custodia de uno de los padres; c) madre soltera con uno o más hijos nacidos fuera del matrimonio, entre otros. Cada uno tiene una respuesta específica en Derecho de familia, sin embargo su identificación se hace en atención a las necesidades específicas que plantean debido a su empobrecimiento y feminización, de ahí que las respuestas que a elaborar deban situarse preferentemente en el ámbito de la atención social, Rosario Valpuesta, "Las familias monoparentales: Una

EL PUNTO DE ENCUENTRO DE LA FAMILIA Y EL DERECHO: LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA

PLANTEAMIENTO GENERAL

El punto de encuentro entre familia y Derecho, que en la formación de los estados liberales se radicó en los Códigos civiles, hay que buscarlo en la actualidad en los distintos textos constitucionales.¹⁷ La asunción de la familia por las constituciones supone, sin duda, una manifestación de la importancia que la misma tiene para el modelo de sociedad que se quiere, y responde a la necesidad de imponer los criterios que deben regir las relaciones entre sus miembros. Se trata pues de reconocer una realidad preexistente como es la familia, y modelarla jurídicamente de acuerdo a los principios que informan la organización política y social en el plano constitucional.

La Constitución española se refiere específicamente a la familia en el art. 39, para imponer a los poderes públicos su protección social, económica y jurídica;¹⁸ por su parte, en el art. 32 se alude al matrimonio.¹⁹ Esta doble mención a la familia tiene muy distinto alcance, pues mientras el primero de los preceptos citados la trata directamente, el segundo, por el contrario, solo lo hace de forma indirecta, ya que en pu-

perspectiva sobre el Derecho de familia”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, 2003, pp. 4997 y ss.

17. La mención a la familia aparece en la primera constitución social europea que, como es sabido, es la Constitución de Weimar, en su art. 119: “El matrimonio, en tanto que fundamento de la vida familiar y del mantenimiento y crecimiento de la nación, está bajo la protección especial de la Constitución. Se basa en la igualdad jurídica de ambos sexos. Incumbe al Estado y a los municipios velar por la pureza, salud y mejora de la familia. Las familias numerosas tienen derecho a asistencia social compensatoria. La maternidad tiene derecho a la protección y asistencia del Estado”.
18. “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran igualmente la protección integral de los hijos iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos, dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.”
19. “1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.”

La familia también está presente en otros arts. de la Constitución: art. 14, cuando veda cualquier discriminación por razón del nacimiento; el art. 18.1, cuando garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar, y el apartado 4 del mismo referido a su protección frente al uso de la informática; el art. 27.3 y 7, acerca del derecho de los padres sobre la educación religiosa y moral de los hijos, así como su derecho a participar en el control y gestión de los centros educativos sostenidos con fondos públicos; art. 35.1, referido al salario familiar; y art. 50, en el que se mencionan las obligaciones familiares respecto de las personas mayores.

ridad jurídica en el mismo lo que se regula es el *ius connubi*, si bien su ejercicio, como es obvio, funda relaciones familiares, aunque solo sea entre los cónyuges. Esta doble sede normativa en el plano constitucional supone de entrada, como ha sido reiteradamente reconocido, que el matrimonio ha perdido el monopolio en la configuración jurídica de la familia,²⁰ pero también implica que el estudio de la disciplina constitucional de la familia debe comenzar necesariamente con el art. 39 CE, que es el que la contempla en toda su extensión, aunque en su desarrollo posterior no se puede prescindir de la posición en que el art. 32 CE coloca al matrimonio en la Constitución.

LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA

Como se ha visto, el tratamiento constitucional de la familia se hace en clave de protección, una protección que hay que entenderla en una doble vertiente: al interior de la misma, regulando los derechos y obligaciones de sus miembros, su nacimiento, crisis y extinción, y al exterior, estableciendo mecanismos e instrumentos que tienden a satisfacer sus necesidades, y que se insertan en las políticas públicas del Estado social. Esta doble dimensión se corresponde con los dos ámbitos jurídicos antes señalados: el que se identifica con el Derecho de familia y el que se ubica en las otras ramas del Derecho que regulan prestaciones y beneficios familiares.

En este sentido, se debe afirmar que la protección de la familia requiere en primer lugar su reconocimiento como realidad social con trascendencia jurídica, es decir, que se regule su constitución, sus efectos jurídicos, las causas de disolución o extinción, pues así se expresa el art. 39 CE cuando impone a los poderes públicos su protección jurídica. Además, como especifica la misma norma, se ha de atender a sus necesidades mediante su protección social y económica.

En este trabajo abordaremos el primero de los aspectos señalados, el del reconocimiento jurídico de las distintos tipos de familia, y lo haremos desde la perspectiva

20. Por todas, la STC 222/1992, de 11 de noviembre: "Nuestra Constitución no ha identificado la familia a que manda proteger a la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no solo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (arts. 32 y 39), sino también, junto a ello, por el mismo sentido amparador o tutivo con el que la Norma fundamental considera siempre a la familia y, en especial, en el repetido art. 39, protección que responde a imperativos ligados al carácter social de nuestro Estado (art. 1.1. y 9.2) y la atención por consiguiente de la realidad efectiva de modos de convivencia que en la realidad se expresen"; a ello se le denomina "estrategia de normalización familiar" por J.L. Serrano, "La familia como asunto de Estado, el matrimonio como derecho del ciudadano", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. El Derecho y la familia*, cit. p. 52. Sobre el alcance que tuvo el cambio constitucional respecto a la familia, E. Roca, "Familia, familias y derecho de familia", *ADC* 1990, pp. 1055 y ss.

constitucional, en el sentido de dilucidar si el legislador debe asumir los diversos modelos de familia que se conforman socialmente, y cuales deben ser las claves de su regulación.

La asunción jurídica de la familia supone que desde el Derecho se asume la regulación del tipo de familia del que se trate especificando su nacimiento para el mundo del Derecho, disciplinando las relaciones entre los miembros, su extinción y efectos, de tal manera que los intereses personales que se dilucidan en las relaciones de familia, cuya defensa interesa sobremanera a sus miembros, son protegidos por el ordenamiento. Claro está, que el alcance del régimen jurídico depende de la realidad familiar de la que se esté hablando, debiéndose diferenciar entre las relaciones de pareja, o las que se dan entre padres e hijos,²¹ o entre parientes, y dentro de cada una también se debe tener en cuenta la diferente naturaleza de las situaciones que la integran, pues no todas deben ser objeto del mismo tratamiento jurídico.

La primacía de los derechos fundamentales

En todo caso la regulación de la familia o de los tipos de familias que jurídicamente se quieran proteger se ha de hacer desde la perspectiva de los derechos fundamentales,²² pues es una exigencia de las constituciones democráticas que se asientan en el reconocimiento del ciudadano como artífice de la construcción política. Es consustancial al Estado democrático el que las personas con sus derechos sean los auténticos artífices de las relaciones sociales, sin que puedan existir instancias intermedias entre éstas y los poderes públicos que limiten su capacidad de actuación, a no ser que su participación en tales instancias se fundamente en una decisión libre que ha de permanecer en todo momento. Con el advenimiento de las Constituciones normativas²³ se produce un cambio que podemos sintetizar en la democratización de la familia, pues a este espacio de relación, que hasta entonces se concebía como un ámbito *exento*, llegan los derechos fundamentales, que sí tienen una nítida dimensión personal o individual y terminan por imponerse al modelo imperante, a través de un

21. No se puede obviar una mención a la incidencia de la Constitución dogmática en las relaciones paternofiliares y la protección del menor: F. Rivero Hernández, "La filiación en el umbral del siglo XXI", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. El Derecho y la familia*, cit. pp. 99 y ss.

22. E. Roca, *Familia y cambio social* (De la "casa" a la persona), Madrid 1999.

23. Con este términos hacemos referencia a las Constituciones que contienen garantía de eficacia frente a los poderes públicos, incluido el poder legislativo; sustancialmente, tales garantías son el recurso de inconstitucionalidad frente a las leyes que vulneran los preceptos constitucionales y el recurso de amparo ante la violación de los derechos fundamentales, aunque hay otros, que veremos más adelante, como el contenido esencial de tales derechos o la garantía institucional. Como es sabido, fue la Ley Fundamental de Bonn, de 1949, la que consagra estas garantías en el art. 19, unas conquistas que se consolidan en las constituciones que se elaboran a partir de la Segunda Guerra Mundial.

progresivo proceso de constitucionalización de la misma, en el que se va adaptando a las exigencias de la Magna Carta la normativa entonces en vigor.²⁴

Desde esta perspectiva no se puede defender una noción de familia de corte institucional²⁵ que se imponga a sus miembros como un ente que debe ser protegido por encima de los derechos de las personas que lo integran. Tampoco una concepción de la misma que defienda su pertenencia al Derecho natural por encima del Derecho positivo,²⁶ pues ello supondría reconocer que por encima de la Constitución existen realidades que trascienden los valores en ella consagrados, unos valores que se expresan a través de los derechos fundamentales, señaladamente la igualdad y la libertad, pero también la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad. De lo anterior se deduce que no existen unos intereses de la familia, entendida ésta como organización de la que cabe predicar unos fines o unos objetivos desligados de sus miembros, pues son precisamente los intereses legítimos de estos lo que se deben atender a la hora de abordar su régimen jurídico.²⁷ De ahí que se hable de una “privatización del Derecho

24. Al margen de la experiencia inglesa, que tiene sus propias claves, fue a partir de las Constituciones que se elaboran tras la segunda confrontación bélica, cuando se aprueban los principales textos normativos que se aplican a las relaciones de familia las exigencias de igualdad y libertad que se recogían en los textos fundamentales; reformas que fueron impulsadas en gran medida por los Tribunales Constitucionales en cumplimiento de las garantías consagradas en dichos textos. Desde que en 1957 se aprobó en Alemania la primera ley de igualdad de los cónyuges, la familia jurídica sufrió un proceso de transformación sin precedentes y que aún no ha culminado, debido a los cambios sociales y a nuevos desarrollos de los derechos fundamentales.

25. Sin entrar a analizar en este momento los argumentos de los defensores de esta tesis, que tiene en Cicu su máximo exponente (*vid.* nota 28), sí debemos apuntar la influencia que su teoría tuvo en el Régimen fascista de Italia, sirviendo de sustento a una legislación interventora en la familia al servicio de los principios totalitarios del Régimen. En la actualidad no se puede mantener esta dimensión del Derecho de familia por ser incompatible con el Estado democrático.

26. Santoro Passarelli refleja sus convicciones católicas en la defensa de los intereses superiores de la familia, al afirmar: en el matrimonio, fundamento de la familia, están en juego los intereses superiores del grupo; están en juego los intereses de la sociedad en general, que es sociedad de familias y no de individuos, donde el matrimonio permanece y permanecerá como *seminario reipublicae* “Matrimonio e famiglia” (1956), *Saggi di diritto civile*, t. I, Napoli, 1961, p. 394. En parecidos términos Francesco Ferrara cuando afirma que el instituto del matrimonio y de la familia tienen su fundamento en la naturaleza, la religión y en la costumbre, y el Derecho se ocupa de ellos solo en su aspecto externo, para seguridad jurídica, *Diritto delle persone e di famiglia*, Napoli, 1941, cit. p. 183. Esta concepción que ha tenido mucho arraigo en Europa por influencia de la Iglesia Católica, ha sido superada por una visión laica del hecho familiar, más en consonancia con los valores que se recogen en el texto constitucional, y que se sustancia en el conjunto de los derechos en él reconocidos.

27. En este sentido E. Roca, cuando afirma que no existe una autonomía del grupo familiar frente a los intereses de sus miembros. La familia debe ser considerada como un *instrumento* para conseguir las finalidades previstas en el programa constitucional del art. 10 CE, referido a la dignidad y libre desarrollo de la personalidad, junto a los demás derechos fundamentales. El concepto de *interés familiar* responde a estos criterios y nunca a la protección de algo supraindividual que se imponga a los derechos de cada uno de los individuos del grupo familiar, *Familia y cambio social (de la “casa” a la persona)*, cit. p. 80. Por su parte, Massimo Bianca afirma al respecto que el reconocimiento de que los intereses que se realizan en la familia son intereses esenciales de la persona, marca los límites de interferencia del Estado, el cual no puede en nombre de presuntos intereses públicos alterar o impedir el libre desarrollo de la libertad humana en el ámbito de la familia, *Diritto civile*, 2, Milano, 2001, p. 15.

man el compromiso contraído, siguiendo unidos en contra de su voluntad, sino que se materialice en el conjunto de efectos de la crisis, destinados a atender las necesidades de los ex cónyuges o ex convivientes y, en su caso, de los hijos comunes.³³

Los intereses generales respecto a los hijos menores de edad tienen otra dimensión, pues se centran en la protección de unas personas que carecen de la plena capacidad de obrar y de los recursos necesarios para atender sus necesidades. De ahí que la patria potestad se conciba como una función que tienen encomendada los padres, cuyo ejercicio se debe realizar en atención a los intereses de los hijos.³⁴ Ahora bien, no se puede olvidar que los menores son personas desde el momento de su nacimiento y gozan de todos los derechos fundamentales que como tales le pertenecen, unos derechos que deben ser respetados por sus progenitores,³⁵ por lo que cuando esto no ocurre corresponde a los poderes públicos intervenir para garantizar su protección.³⁶

Los diferentes modelos familiares

La cuestión que nos planteamos a continuación es la de identificar cuáles son esas realidades familiares que puede o debe asumir el Derecho, y cómo se justifica en términos jurídicos su tratamiento.

-
33. Es en este aspecto en el que está incidiendo la legislación actual sobre la crisis conyugal, aunque su solución no recae exclusivamente sobre los cónyuges, pues se están arbitrando otros tipos de medidas a fin de garantizar la efectiva atención de las necesidades. Un ejemplo de lo dicho está en la previsión que se hace en la Ley 15/2005, de 18 de julio que modifica el CC en materia de separación y divorcio, de crear un Fondo de Garantía de Pensiones que se haga cargo de los alimentos a los hijos en caso de incumplimiento de los padres. Sin embargo, el caso expuesto es una muestra muy limitada de una línea de actuación más amplia, dirigida a la atención por parte de los poderes públicos de las necesidades de los miembros de la familia tras la crisis.
 34. Se ha de resaltar el cambio que se ha operado en la regulación de la patria potestad por influencia de las Constituciones normativas y los instrumentos internacionales de protección de la infancia, y que podemos sintetizar en el tránsito de considerar al niño objeto de las facultades de los padres a ser sujeto de una relación jurídica que tiene que respetar su condición de persona titular de todos sus derechos. Al respecto afirma E. Roca: los intereses fundamentales del individuo priman sobre la estructura de la familia tradicional y se integran en determinadas disposiciones que admiten el ejercicio directo de los derechos fundamentales, a pesar de que su titular se encuentre sometido a la patria potestad o la tutela, *Familia y cambio social (de la "casa" a la persona)*, cit. p. 79.
 35. Está cada vez más extendida la tesis de que el ejercicio de los derechos fundamentales corresponde al menor de acuerdo con su capacidad natural de entender y querer, de tal modo que se puede hablar de una progresiva capacitación de acuerdo a su grado de madurez; por otro lado, se afirma que los actos de ejercicio de los mismos no entran en la representación de los padres, a no ser que una ley lo disponga expresamente, pues son los jueces y los fiscales los encargados de su defensa en este ámbito. El art. 162 CC exceptúa de la patria potestad "Los actos relativos a los derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí solo".
 36. El hecho de que el niño esté integrado en una estructura de familia y los padres tengan la obligación y el derecho de atenderlo y cuidarlo no debe implicar en ningún caso desprotección de los poderes públicos, pues no se puede olvidar que el niño es un ciudadano y como tal merece la atención del Estado.

Al respecto, se debe tener en cuenta que a la Constitución no le corresponde fijar todas las familias que deben ser objeto de protección, sino la de establecer el marco jurídico en el que el legislador se ha de desenvolver para la determinación jurídica de los tipos familiares y sus consecuencias jurídicas,³⁷ teniendo en cuenta en todo caso el papel que desempeña el Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la Magna carta. A este último tampoco le corresponde definir la familia o las familias constitucionales, sino la de medir la adecuación de la opción legislativa que en cada caso se tome a las exigencias de la Constitución.³⁸

En línea de principios se puede afirmar que corresponde al legislador en cada momento delimitar los modelos de familia que tienen amparo jurídico, de acuerdo al marco constitucionalmente delimitado. Depende de su sensibilidad respecto de determinadas realidades, o de su orientación ideológica la respuesta que dé a las exigencias que se presentan en la sociedad.

Y en cierta medida esto es lo que se desprende de una primera lectura del art. 39 CE, pues dicha norma carece de eficacia directa,³⁹ es decir, no obliga a los poderes públicos al reconocimiento jurídico de todos los tipos de relaciones de familia que se puedan dar en la sociedad. Ello significa que no se puede reclamar ante la jurisdicción ordinaria que se regule un determinado tipo familiar, como las uniones de hecho o el matrimonio de homosexuales. Se ha de estar pues a la ley que lo desarrolle, y ello depende de la iniciativa del legislador y de su compromiso con las reivindicaciones de los ciudadanos. Se puede decir que no existe un derecho constitucionalmente reconocido para exigir el reconocimiento jurídico de una realidad familiar –salvo el caso del matrimonio y en los términos que veremos–.

Sin embargo, el planteamiento no es tan simple, pues en la familia interfieren otros derechos y principios constitucionales especialmente protegidos y que gozan de

37. Ma. R. Valpuesta: “La familia constituye un dato prejurídico que toma el legislador para reconocerle efectos jurídicos, con lo que su formación corresponde esencialmente a la dinámica social de acuerdo a su propio ritmo de evolución, que en ningún caso puede actuar de espaldas a los valores constitucionales; sin que lo dicho permita entender que cualquier práctica de relaciones *pseudofamiliares* más o menos extendida deba obtener el rango de *familia*, pues para ello se requiere que responda a una convicción social, y se integre en el engranaje propio de las relaciones familiares, con cierta “organicidad”, “La institucionalización jurídica de la pareja de hecho”, M.P. Sánchez González (coord.), *Las uniones de hecho*, Cádiz, 1995, p. 53.

38. Como pone de manifiesto Ma. Ángeles Martín Vida, el TC español no define la familia ni en términos generales ni en términos constitucionales, “El concepto constitucional de familia a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. El Derecho y la familia*, 3a. época, num. 4, 2001, p. 408.

39. Dicho artículo se ubica en los principios rectores de la política social y económica, y el art. 53.3 CE dispone al respecto, “El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo III informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Solo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

eficacia directa, como el principio de igualdad, el derecho al libre desarrollo de la personalidad,⁴⁰ o el de la libertad ideológica,⁴¹ por poner algunos ejemplos, que activan la protección que el art. 39 le dispensa a las familias.⁴² Todos ellos llevan a que la limitada eficacia inicialmente prevista en la Carta Magna para el precepto mencionado adquiere una dimensión diferente por la interferencia de estos otros derechos, hasta el punto de que se pueda exigir el reconocimiento de determinadas realidades familiares cuando su desconocimiento afecte a estos derechos fundamentales. En consecuencia, estos principios y derechos habrán de ponderarse cuando se elabore la respuesta que desde la perspectiva constitucional se deba dar a la demanda de nuevos modelos de familia.

En esta exposición nos ceñiremos a algunos supuestos, concretamente al matrimonio, a las uniones de hecho, a la exigencia del régimen del matrimonio por las parejas de homosexuales, así como a la transexualidad.⁴³

-
40. Como afirma J. Gavidia, “El derecho fundamental a vivir y comportarse de acuerdo a las propias convicciones sin dañar injustamente a los demás (arts. 10.1 y 16.1) nos proporciona el marco último o la clave de bóveda del sistema jurídico en torno a las diversas formas de proyectar la propia vida: en solitario, con otras personas en situación de mera convivencia –esto es, sin que pueda hablarse de una comunidad de vida–, con otra u otras personas formando una unión libre, o contrayendo matrimonio con una persona de diferente sexo”, *La unión libre (el marco constitucional y la situación del conviviente supérstite)*, Valencia, 1995, p. 75.
41. Este derecho ha sido alegado ante el TC, junto al principio de igualdad, para pedir en amparo la equiparación de la pareja de hecho al matrimonio, a fin de que se reconozca al conviviente supérstite el derecho a la pensión de viudedad. El TC no ha otorgado el amparo cuando se ha alegado como justificación de la convivencia *more uxorio* la ideología anarquista de uno de los convivientes, contraria a la formalización de la pareja, STC 66/1994, de 28 de febrero. Sin embargo, se ha admitido como fundamento constitucional la libertad religiosa del art. 16.1 CE en los supuestos en los que el matrimonio se regía por la disciplina del CC anterior a la publicación de la CE que, como es sabido, establecía un sistema de clases de matrimonios, con preferencia del canónico. En este sentido la STC 180/2001, de 17 de septiembre: “lo que pugna frontalmente con el mencionado art. 16.1 en una de sus manifestaciones, concretamente, con el derecho derivado de ella de no declarar sobre la propia ideología, religión o creencias”.
42. Sin embargo, no se puede afirmar que el art. 39 carezca de relevancia al efecto de fundamentar un recurso de inconstitucionalidad, como afirma la conocida STC 45/1989, de 20 de febrero: “la naturaleza de los principios rectores de la política social y económica...hace improbable que una norma legal cualquiera pueda ser considerada inconstitucional por omisión, esto es, por no atender aisladamente considerada el mandato a los poderes públicos y en especial al legislador, en el que cada uno de esos principios por lo general se concreta. No cabe excluir que la relación de algunos de estos principios y los derechos fundamentales (señaladamente el de igualdad) haga posible un examen de este género ni, sobre todo, que el principio rector sea utilizado como criterio para resolver sobre la constitucionalidad de una acción positiva del legislador, cuando ésta se plasma en una norma de notable incidencia sobre la entidad constitucional protegida”.
43. Existen otras realidades familiares de las que debemos al menos dejar constancia, como las familias monoparentales o las familias recompuestas o complejas, que plantean una problemática diferente desde la perspectiva constitucional. También emergen otras realidades como la de las parejas que no conviven pero que mantienen una relación sentimental estable al estilo de lo que los norteamericanos llaman LAT (*living apart together*). Cuestión distinta a la planteada es la de los cambios en los comportamientos y las aptitudes familiares y su reflejo en ordenamiento jurídico, pues en este caso no se trata de nuevos modelos familiares, sino de la adaptación de los existentes a una nueva realidad. Se está pensando, por ejemplo, en lo que ha de suponer para el régimen de la pareja y el ejercicio de la paternidad y maternidad la incorporación de la mujer al trabajo. En otro plano se ha

El matrimonio

El primer modelo de familia que requiere la protección por parte del legislador es, sin duda, el matrimonio, al que se refiere el art. 32 CE. Se dice que tal precepto contiene un reconocimiento del derecho subjetivo a contraer matrimonio y una garantía institucional del tipo jurídico. Que existe un derecho subjetivo constitucionalmente reconocido a contraer matrimonio no hay duda, pues el texto del mencionado artículo lo reconoce expresamente cuando afirma que “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”, otra cosa es la garantía institucional del matrimonio.

A) EL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO

Para su determinación se ha de recurrir en primer lugar al significado que en el plano constitucional tiene el derecho a contraer matrimonio que reconoce, como hemos afirmado, el art. 32 CE. Su desarrollo por el legislador ordinario está afectado por las garantías que establece el art. 53 CE que consisten en una reserva de ley⁴⁴ y en el respeto a su contenido esencial.⁴⁵

Ello supone que solo por ley se puede regular el ejercicio de este derecho y que, en todo caso, su disciplina ha de respetar un contenido esencial de la figura, que no puede traspasar el legislador. Con lo mismo se garantiza el derecho constitucionalmente reconocido a fin de que no pueda ser vulnerado en el futuro mediante una regulación que termine por aniquilarlo. En consecuencia, el margen de actuación que los poderes públicos tienen conferido, respecto al tratamiento jurídico del derecho a contraer matrimonio, tiene un límite infranqueable: el contenido esencial de tal derecho. Todo lo que aquí digamos respecto al matrimonio y régimen jurídico ha de tener en cuenta ese núcleo inviolable del derecho constitucionalmente reconocido. La cuestión por dilucidar es la delimitación de ese contenido esencial que lo hace invulnerable a las disposiciones ordinarias.

de dejar constancia de la permanencia de los hijos hasta una edad avanzada en el hogar familiar. Y también se debe reflejar en la trascendencia de las innovaciones científicas en los comportamientos familiares, por poner algunos ejemplos.

44. Sobre el tema respecto de la propiedad, A. López y López *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Madrid, 1998, pp. 93 y ss.

45. El art. 32 CE está ubicado dentro de los derechos y deberes de los ciudadanos, que no gozan de las mismas garantías que los derechos fundamentales y libertades públicas, pues su vulneración no puede fundamentar un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional; sin embargo sí son objeto de una especial protección, concretamente la que dispone el art. 53.2 CE: “Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse tales derechos y libertades...”

Ahora bien, el contenido esencial de ese derecho requiere un paso anterior, que identifiquemos la noción de matrimonio, pues solo a partir de ahí es posible concretar el conjunto de facultades y obligaciones que constituyen el núcleo garantizado constitucionalmente. Como certeramente se ha dicho, el contenido esencial “presupone un concepto tipo, que *no* suministra, *sino requiere*”,⁴⁶ por lo que se ha de proceder previamente a su identificación. Es decir, que para hablar de ese núcleo esencial debemos concretar la figura jurídica sobre la que queremos actuar, en este caso el matrimonio, e identificar su significado para el legislador constitucional. Como ha manifestado el Tribunal Constitucional español, se debe tener en cuenta el presupuesto “conceptualmente previo al momento legislativo, que resulta de las ideas generalizadas o convicciones generalmente admitidas por los juristas, jueces y, en general, los especialistas en Derecho”. Se habla igualmente del *rostro histórico* de la figura en cuestión como criterio de aproximación a su contenido.

A partir de ahí, el contenido esencial al que hace referencia el art. 53 CE, se identifica, según la jurisprudencia constitucional, con “aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo”. Se hace referencia pues a ese contenido mínimo esencial que nos permite identificar al derecho de que se trate, más allá del cual se desdibuja su significado. Para su identificación, el Tribunal Constitucional español aporta un criterio complementario: atender a “aquella parte del contenido de los derechos que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos”.⁴⁷

Y en esta línea, podemos identificar el contenido esencial del derecho a contraer matrimonio con la expresión libre de un consentimiento para establecer una relación de pareja y para decidir sobre su ruptura, en la que se reconozca como facultades mínimas la de la exclusividad y la atención entre los cónyuges, con absoluto respeto a los derechos fundamentales, señaladamente el de igualdad; pero sobre todo, el matrimonio implica una formalización en el plano jurídico de la opción de pareja, sometida al control del Estado en lo que respecta a su constitución y a su crisis.

En este marco, el legislador tiene un cierto margen de maniobra para configurar el matrimonio. Así puede responder a la exigencia de libertad, en su celebración, requiriendo una determinada edad,⁴⁸ puede modelar los impedimentos matrimonia-

46. A. López y López, *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, cit. p. 44.

47. Y continúa: “se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”, STC 11/1981, de 8 de abril.

48. Este sentido es más respetuosa, con el texto constitucional la exigencia de una cierta madurez, que se concreta

les,⁴⁹ puede exigir determinados trámites para su celebración,⁵⁰ puede legitimar a una u otra autoridad para la celebración,⁵¹ incluso, puede imponer la celebración civil del mismo;⁵² en cuanto a sus efectos, puede disponer un régimen jurídico mínimo de relación de pareja, que contemple su exclusividad y cierta comunicación en lo que respecta a la atención y el cuidado, o puede establecer unas relaciones más intensas entre los cónyuges, siempre con el límite de los derechos fundamentales de uno y otro;⁵³ y en lo que respecta al tratamiento de la crisis, puede optar por soluciones muy diferentes, que respondan en distinto grado a la opción individual de romper la relación.⁵⁴

En este sentido se puede afirmar que el régimen jurídico, que se establece en la legislación ordinaria, supone la expresión más acabada del equilibrio de los intereses

en nuestro Derecho en la emancipación, art. 46 CC, por lo que la dispensa judicial a partir de los 14 años debe ser administrada con rigor, para evitar que contraiga matrimonio quien no tiene la suficiente madurez para ejercer el derecho con libertad. De otro lado, no sería constitucional una prohibición que afectara de forma absoluta a los deficientes mentales por el simple hecho de serlo, E. Roca, *Familia y cambio social*, cit. p. 38. En la misma línea de respeto al ejercicio del derecho a contraer matrimonio se han de regular los vicios del consentimiento.

49. Los impedimentos matrimoniales suponen una limitación al derecho a contraer matrimonio por lo que tienen que justificarse en una razón suficiente.
50. El expediente matrimonial que se regula en el art. 56 CC tiene su sentido en el control por parte de los poderes públicos de las exigencias respecto a la capacidad de los contrayentes, y representa una de las formas posibles de llevar a cabo esta comprobación.
51. Del art. 32 CE se deriva la exigencia de una forma solemne para la celebración del matrimonio, que tiene su sentido en el control que el Estado ejerce para la formalización de la convivencia conforme al régimen del matrimonio, con el fin de comprobar la expresión libre del consentimiento matrimonial.
52. Como es sabido, el sistema matrimonial español permite la celebración del matrimonio con la forma de determinadas confesiones religiosas que cumplan los requisitos de estar inscritas en el Registro de Confesiones religiosas y haber celebrado el correspondiente convenio con el Estado español (art. 59 CC).
53. Los derechos y deberes a los que se refieren los arts. 67 y 68 CC son expresión lógica del proyecto de vida en común que implica el matrimonio. Art. 67: "Los cónyuges debe respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en el interés de la familia", dicho interés se ha identificado con el de los cónyuges o de los hijos, en su caso. Art. 68: "Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y cuidado y atención de los ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo". Este último inciso ha sido introducido por Ley 15/2005, de 8 de julio, que modificó el CC en materia de separación y divorcio, y responde a la idea de profundizar en la igualdad de los cónyuges en tareas que aún todavía está asumiendo la mujer.
54. De hecho todos los sistemas contienen un dispositivo, aunque sea mínimo, de fondo o de procedimiento, que tiende a frenar o encauzar la propensión individual al divorcio, Carbonnier, *Flexible Droit*, cit., p. 260. La Ley 15/2005, de 8 de julio, que modificó el CC en materia de separación y divorcio, sustituyendo una regulación que tenía importantes deficiencias en cuanto a la conceptualización de las figuras a las que puede abocar la crisis, así como en el tratamiento de las causas que legitiman a los cónyuges para resolverla. Tras la reforma, el divorcio, que se convierte en la pieza clave de la solución a la crisis, y se puede pedir, transcurrido tres meses desde el matrimonio, por un solo cónyuge, conjuntamente o de uno con el consentimiento del otro, sin que en ningún caso se tenga que expresar la causa de la ruptura, (art. 86).

de los cónyuges que cada sociedad ha alcanzado en un momento dado, lo que no quiere decir que responda a las aspiraciones reales de la colectividad.

B) GARANTÍA INSTITUCIONAL DEL MATRIMONIO

Por garantía institucional hay que entender la exigencia de que esta figura jurídica tenga una adecuada presencia en el conjunto normativo que se identifica con el Derecho de familia, en el sentido de que necesariamente ha de existir como una opción real que ha de brindar el Derecho, hasta el punto de ser inconstitucional una disposición normativa que borrara al matrimonio del ordenamiento.⁵⁵ Ello implica que se ha de abordar su regulación en el plano jurídico y garantizar su vigencia efectiva dentro de los diferentes modelos de familias que se reconozcan por el ordenamiento.⁵⁶ Esta garantía, que se entiende con cierta facilidad cuando se aplica a la propiedad⁵⁷ o a la libertad de comercio,⁵⁸ por estar ligadas a la economía de mercado por la que opta la Constitución, también tiene su sentido respecto al matrimonio. En el matrimonio se está identificando un tipo de organización familiar que responde a una continuidad histórica de unas relaciones de pareja que han merecido la consideración social de familia, pero sobre todo supone que se ejerce por parte del Estado un control sobre el comportamiento de las personas en un espacio de relaciones, tradicionalmente dominado por la desigualdad y el sometimiento: con ello se asegura que

55. Como es sabido la noción de garantía institucional se elabora por algunos juristas alemanes para la Constitución de Weimar de 1919. Dicho texto carecía de eficacia directa pues aún no se había consagrado en el plano constitucional los instrumentos jurídicos que aseguraran el cumplimiento por el legislador ordinario de los preceptos de la Carta magna –estos llegarán con la Ley Fundamental de Bonn–. Ante su falta de eficacia, y con la finalidad de vincular a los poderes constituidos con los logros alcanzados en la Constitución, se elaboró la garantía institucional de determinadas figuras que se consideraban claves para el mantenimiento del modelo de sociedad que se pretendía. Con ello se aseguraba su efectiva presencia en el orden jurídico que se elaborara con posterioridad. Sobre la elaboración doctrinal de la garantía institucional en la doctrina alemana y su recepción en Derecho español se puede encontrar una buena exposición en A. Jiménez Blanco, “Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución”, *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, t. II. *De los derechos y deberes fundamentales*, 2a. parte, pp. 635 y ss.; sobre el tema, L. Parejo Alonso, *Garantía institucional y Autonomías locales*, Madrid, 1981, p. 12; J.M. Baño, “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española”, *REDC*, No. 24, 1988, pp. 155 y ss.; P. Cruz, *Formación y evolución de los derechos fundamentales*, XII Jornadas de Estudio de la Dirección general del Servicio Jurídico del Estado, Madrid 1988; A.M. López y López, “Martin Wolf y el concepto de garantía institucional”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez Picazo*, t. III, pp. 4005 y ss.

56. En este sentido la STC 184/1990, de 15 de noviembre, al afirmar que “El matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre y la mujer a contraerlo es un derecho constitucional cuyo régimen jurídico corresponde a la Ley por mandato constitucional”. Por su parte, J.M. Ruiz Rico entiende que el art. 32 está redactado en términos básicamente de reconocimiento de un derecho individual a la celebración del matrimonio, “Regulación de las parejas estables por los parlamentos de las Comunidades Autónomas. Aspectos generales”, *Tribuna Parlamentaria*, No. 7, Baleares 1003, p. 188.

57. STC 37/87, de 26 de marzo.

58. STC 83/1984, de 24 de julio.

también a los espacios privados construidos socialmente llegan los derechos fundamentales. De ahí que en las declaraciones constitucionales se haga especial mención a la igualdad y a la libertad como paradigmas que deben presidir la regulación de su contenido.⁵⁹ Para el caso de España implica también que el Estado reclama para sí la competencia en la regulación del matrimonio, que sale de la esfera canónica para ser exclusivamente civil. Se puede afirmar que el matrimonio que se consagra es el que corresponde a un Estado laico y democrático.⁶⁰ Dicho esto, se debe concretar a continuación el contenido de la institución que garantiza la Norma Fundamental.

Parece que lo que se protege desde el ángulo de esa garantía es el *núcleo básico* del concepto de matrimonio, en el que se asienta ese contenido esencial, es decir, la institución constitucionalmente garantizada no es más que la dimensión “institucional” del conjunto de facultades o posibilidades de actuación que constituyen el contenido esencial del derecho a contraer matrimonio. Su determinación, siguiendo la línea marcada para el contenido esencial, se ha de hacer “en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar”.⁶¹ En consecuencia, podemos entender que la garantía institucional alcanza la conceptualización del contenido esencial garantizado por el art. 53 C.E.⁶²

Y, a tal fin es necesario que se encuentre “un método que permita la delimitación técnica de la imagen en cuestión”;⁶³ y éste ha de partir de una noción previa del matrimonio sobre la cual incidir para delimitar ese núcleo básico que se identifica con el contenido esencial, y que constituye la institución constitucionalmente garantizada. Su contenido tiene, en consecuencia, un ámbito más reducido que la noción jurídica dominante en la cual se mira, siendo así que ambos actúan como círculos concéntricos de una misma realidad que tiene distinta trascendencia en el plano constitucional. Al Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la Norma Funda-

59. Nos parece que responde a un visión excesivamente reducida del papel del Estado en el matrimonio la afirmación de J.L. Serrano cuando dice: “El ordenamiento jurídico no tiene nada que añadir ni sobre el matrimonio ni sobre el mismo: es solamente un instrumento emanado del único poder legítimo (el del pueblo, art. 1.3) que tiene como finalidad entre otras, garantizar coactivamente que en el interior de la zona exenta que dibuja el art. 32 no haya poder (coacción, abuso, desigualdad...), sino únicamente intimidad individual y/o familiar; en el mismo apartado afirma que “la pequeña discriminación, la pequeña tortura, la coacción breve y las secuencias de micropoder quedan *exentas*”, “La familia como asunto de Estado, el matrimonio como derecho del ciudadano”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. El Derecho y la familia*, cit. p. 54.

60. Como se ha dicho, esta opinión ha sido mantenida por el TC cuando se ha alegado como justificación de la convivencia *more uxorio* la ideología anarquista de uno de los convivientes, contraria a la formalización de la pareja, STC 66/1994, de 28 de febrero.

61. SSTC 32/1981, de 28 de julio; 26/1987, de 27 de febrero.

62. Por el contrario J. Gavidia Sánchez aborda el estudio del art. 32 en clave interpretativa de la realidad normativa, “Uniones homosexuales y concepto constitucional de matrimonio”, *REDC*, año 21, No. 61, 2001, pp. 11 y ss.

63. L. Parejo, *Garantía institucional y Autonomías locales*, cit. p. 44.

mental, le corresponde delimitar el alcance del contenido esencial, y al legislador ordinario atender las demandas sociales en el marco constitucional. Sin embargo, en esta tensión entre la jurisprudencia constitucional y la acción del legislativo se debe tener presente, como se ha dicho, que también corresponde a este último ir adaptando las estructuras constitucionales a las nuevas realidades sociales.

Desde esta perspectiva, para determinar la noción de matrimonio se puede recurrir a la concepción social dominante de lo típico institucional, que no se ha de entender como definitiva, sino histórica, sujeta, por tanto, a los cambios inducidos por la evolución en el tiempo;⁶⁴ y parece claro que la concepción dominante acerca del matrimonio es la de la unión heterosexual entre un hombre y una mujer, con carácter exclusivo y con vocación de permanencia, que tiene como finalidad la atención y la asistencia mutua, otra cosa es la dimensión institucional de la figura constitucionalmente garantizada, que tiene un contenido más esencial al expuesto, y que no puede traspasar el legislador. Y su lesión puede venir, y esto es lo que veremos a continuación, del reconocimiento de otras realidades sociales que pueden afectar al matrimonio.

Del conjunto normativo referido a la familia, se desprende una clara preferencia por la familia conyugal⁶⁵ que, si bien ha perdido su posición monopolista de la noción jurídica de familia, sigue desempeñando un papel nuclear. De ahí que el matrimonio se convierta también en el paradigma de la relación de pareja, en la aspiración de aquellos que quieren dotar a su unión de efectos jurídicos, bien iguales al matrimonio, caso de las parejas de homosexuales que se quieren vincular en los mismos términos, o las uniones de hecho, sean éstas heterosexuales u homosexuales, que solo demandan algunos. Y ello nos lleva a que el reconocimiento de otros modelos de familia o, más señaladamente, la respuesta que se dé a estas demandas, pueden alterar la posición que el matrimonio tiene en la Constitución, y la garantía institucional que en la misma se consagra.

La problemática que plantean una y otra situación es muy diferente, tanto en el plano personal como jurídico, por lo que serán objeto de tratamiento separado.

64. Se debe tener en cuenta que el tratamiento de la garantía institucional se hace desde la autonomía local, que como dice el autor, es una institución de creación jurídica, por lo que tiene sentido que para su identificación se tenga en cuenta también la regulación jurídica, L. Parejo, *Garantía institucional y Autonomías locales*, cit. pp. 45 y 46.

65. El número de matrimonios en España va en aumento, pues ha pasado de representar en el año 1994 un 5,10 por mil a un 5,42 en el año 2000; respecto a este último año, de los países de la Unión Europea solo aventajan a España: Dinamarca, 7,19; Portugal, 6,23; y Holanda, 5,53. También ha crecido el porcentaje de matrimonios civiles respecto al total de los matrimonios católicos, que representaban un 22,70 en 1994 y han llegado a ser un 24,15 en 2000: Movimiento Natural de Población y Área de Análisis y Previsiones Demográficas (población), Instituto Nacional de estadística.

El matrimonio de los homosexuales

Desde hace ya algún tiempo el colectivo de homosexuales está reclamando el reconocimiento jurídico de su opción de pareja. Las respuestas que se han dado, en aquellos países que han atendido su demanda, difieren en la configuración jurídica de este tipo de relación, y así se le ha considerado como una relación especial⁶⁶ o se ha reconocido su derecho a contraer matrimonio en los mismos términos que las parejas heterosexuales, como ha ocurrido en España con la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio.⁶⁷ Por la misma se adaptó la redacción del Código de esta figura jurídica a la nueva realidad, equiparando plenamente el matrimonio entre homosexuales y heterosexuales.⁶⁸ En la actualidad se está tramitando un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por los representantes parlamentarios del Partido Popular que aún no se ha resuelto. Por esta razón, parece aconsejable que nos detengamos a analizar la adecuación de la solución legal a nuestra Magna Carta.

Y para ello, lo primero que se ha de tener en cuenta es saber si nos encontramos ante una realidad que socialmente se identifica como familia, es decir, si existe una percepción social de que estas parejas y la relación que mantienen constituyen un tipo de familia, pues solo a partir de ahí podemos considerar la pertinencia que jurídicamente pueda ser considerada como una realidad social que deba ser protegida como familia. Al respecto, se puede afirmar que la liberalización de las costumbres así como la tolerancia social hacia opciones de libertad personal –no se puede obviar en este punto la importancia que los valores y principios constitucionales han tenido en la inducción de estos comportamientos–, hacen que nos encontremos ante una situación que ha pasado en los últimos tiempos de ser tolerada por la sociedad a representar una opción posible en el marco de las relaciones de familia;⁶⁹ cosa distinta es que se mantenga una discrepancia acerca del nivel de reconocimiento jurídico.

66. En esta órbita se insertan las normativas de Francia o Alemania, por poner algunos ejemplos.

67. Dice en su EM: “la sociedad evoluciona en el modo de conformar y reconocer los diversos modelos de convivencia, y que, por ello el legislador puede, incluso debe, actuar en consecuencia y evitar toda quiebra entre el Derecho y los valores de la sociedad cuyas relaciones ha de regular. En este sentido no cabe duda que la realidad social española de nuestro tiempo deviene mucho más rica, plural y dinámica que la sociedad en que surge el Código Civil de 1889”.

Los colectivos de homosexuales inicialmente (1996) reclamaban una ley de parejas de hecho, y fue a comienzos de este siglo cuando empezaron a demandar el matrimonio.

68. Así el art. 42 CC: “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o diferente sexo”.

69. Este cambio ha sido puesto de manifiesto por las diferentes disciplinas que estudian este tipo de comportamiento y su repercusión social, nos referimos a la sociología, la psicología social o la antropología. Refleja este *comportamiento* P.A. Talavera Fernández, *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, cit., pp. 36 y ss.

Una vez apreciada esta realidad, debemos abordar la constitucionalidad de la solución legal. De entrada se debe considerar que la opción de dos homosexuales de constituir una pareja estable se enraíza en el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad⁷⁰ y en la protección que en el art. 39 se le dispensa a la familia, lo que lleva a que esta realidad social debe ser objeto de un tratamiento jurídico. El principio de igualdad parece exigir también que se le dispense un reconocimiento como modelo de relación familiar instalado en la sociedad, pues siendo un tipo de familia socialmente reconocido, no se ven razones que la excluyan del ordenamiento jurídico. Ahora bien, la cuestión que se plantea a continuación estriba en dilucidar si la respuesta debe ser el del matrimonio u otra diferente. Claro está que en este punto se debe diferenciar entre la opción de pareja, que responde a una formalización de una comunidad de vida con vocación de permanencia e intención de asumir un estatuto jurídico, que se asemeja al matrimonio, y la simple intención de tener una convivencia de hecho, pues en el primer caso lo que se pide es el régimen matrimonial y en el segundo su tratamiento como convivencia *more uxorio*.

Respecto del matrimonio nos enfrentamos con el art. 32 CE, y la cuestión es si la garantía institucional, que en el mismo se establece, se ve afectada con la extensión de la figura a las parejas del mismo sexo.

La posición del T.C. es rotunda en este sentido, al declarar “la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial como prevé nuestro Código civil”,⁷¹ pero el problema, desde nuestro punto de vista, no consiste tanto en apreciar la constitucionalidad de la heterosexualidad del matrimonio, cuanto la inconstitucionalidad de la posible homosexualidad del mismo, pues no se discute que la pareja de diferente sexo pueda contraer matrimonio, sino lo que está es cuestión es si la heterosexualidad es intrínseca a la disciplina constitucional del matrimonio.

Ahora bien, entendemos que la cuestión planteada no se debe abordar desde el punto de vista del *ius connubi* como derecho subjetivo,⁷² en el sentido de que es-

Una encuesta del Centro de Investigaciones Sociológicas, de junio de 2004, sobre la pregunta de si las parejas de homosexuales tienen derecho a contraer matrimonio: 66,2% sí, 26,5% no, 6,7, no sabe, 0,6, no contesta. La posibilidad de adopción solo la apoyaban un 48%.

70. Este ha sido el fundamento constitucional para el reconocimiento de las parejas homosexuales, *vid.* N. Pérez Cánovas, “La crisis del Estado heterosexual: del derecho a la vida privada al derecho a la vida familiar de las parejas homosexuales”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. El Derecho y la familia*, cit. pp. 63 y ss.; *Homosexualidad. Homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español*, Granada 1996, p. 124.

71. ATC 222/1994.

72. Esta es la línea argumental de N. Pérez Cánovas, que llega a afirmar que “el matrimonio configurado en la Constitución es un derecho subjetivo que se les reconoce indistintamente para que lo ejerciten en su propio interés, en lo que cada uno considere que mejor desarrolla la personalidad, a los hombres y mujeres sin limitación a los

tamos ante un derecho constitucionalmente protegido del que deben gozar todos los ciudadanos, pues el planteamiento es más complejo, como hemos señalado con anterioridad. Nos enfrentamos ante un derecho inserto en la garantía institucional del matrimonio, es decir, ante un derecho a optar al matrimonio dentro de los límites del contenido esencial de dicha garantía, por lo que procede analizar si el reconocimiento del matrimonio a los homosexuales lesiona dicha garantía. Al efecto debemos retomar lo dicho anteriormente, a fin de comprobar si el requisito de la heterosexualidad integra ese núcleo inviolable del matrimonio que protege la Constitución.

Hay que partir, por ello, de la conceptualización del matrimonio para determinar su contenido esencial.

En una primera aproximación puede parecer evidente que en el concepto dominante de matrimonio no cabe en ningún caso la opción homosexual.⁷³ Pero si profundizamos algo más en la noción social e histórica del matrimonio, acaso se puedan extraer otras consecuencias. En efecto, se tiene la impresión de que cuando se habla de matrimonio se tiene muy claro a lo que se quiere aludir: una impresión que se asienta en la idea de su permanencia a lo largo de la historia, de la que se puede extraer sin dificultad unos rasgos específicos, que permiten identificarlo sin más.⁷⁴ Sin embargo, a poco que profundicemos en la institución y lo que ha sido su trayectoria, podemos comprobar que son muchas las transformaciones que esta figura ha padecido como para poder hablar de un modelo.⁷⁵

A tal efecto se debe tener presente que no estamos ante una categoría trascendente, sino ante una construcción social que se ha ido modelando con el paso del tiem-

que han de conformar ese matrimonio”, *Homosexualidad. Homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español*, cit. p. 125.

73. Y éste era el pensamiento del legislador al tiempo de la redacción de la Constitución, que rechazó la enmienda No. 465 presentada por el senador Xirinachs y Damians, en la que se expresaba que “toda persona tiene derecho al desarrollo de su afectividad, a contraer matrimonio, a crear relaciones estables de familia, en plena igualdad de derechos y deberes...”. En la misma línea, la mayoría de los civilistas entiende que la referencia constitucional al matrimonio exige la heterosexualidad de los cónyuges, con argumentos que van desde la interpretación literal del precepto, la histórica y la sistemática, sobre el tema: M. Alonso Pérez, “La familia entre el pasado y la modernidad. Reflexiones a la luz del Derecho civil”, cit. pp. 25 y ss.
74. Y éste parece ser uno de los argumentos del Auto del Registro civil de Madrid, de 5 de noviembre de 2003, cuando afirma que “se trata tradicionalmente de una institución en la que la diferenciación de sexo es esencial, lo que podemos constatar históricamente de muy numerosas formas”.
75. E. Roca: “La familia que hemos dado en llamar *tradicional* no es más que una de sus posibles formas de organización y proviene solo de principios del siglo XIX, que fue cuando se plasmó en el Código francés de 1804. Por tanto, si queremos que la ley se adapte a cada una de las posibles formas familiares presentes en la actual sociedad, no tenemos más remedio que usar un sistema de legislación que tenga una base distinta de la que hasta ahora se ha utilizado: en vez de buscar regulaciones pormenorizadas de todas y cada una de las instituciones familiares, hay que encontrar una base distinta”, “Globalización y Derecho de familia. Los trazos comunes del Derecho de familia en Europa”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. El Derecho y la familia*, cit. p. 41.

po, por lo que la referencia que al matrimonio se haga ha de tener en cuenta esta relatividad histórica. Así, si partimos de la noción jurídica que del mismo existía cuando se aprobó la Constitución, nos encontramos con que la disciplina matrimonial entonces vigente como criterio de aproximación a su concepto no nos sirve, pues precisamente hubo que reformarla como consecuencia de la entrada en vigor del texto fundamental. Si nos atenemos, por el contrario, a la práctica social y jurídica de lo que ha sido el matrimonio, desde el punto de vista de su evolución, podemos extraer algunas conclusiones. El matrimonio ha dejado tras de sí el control de los padres que mediante su consentimiento lo encauzaban en las estrategias de alianzas familiares, para configurarse como una opción libre de los contrayentes. El matrimonio tampoco se identifica plenamente con una concepción religiosa del mismo, señaladamente la de la Iglesia Católica, tanto a nivel de comportamientos sociales como a nivel jurídico, pues esto último sería incompatible con un modelo laico de Estado. El matrimonio ha dejado de ser fuente exclusiva de procreación, consecuencia del imperativo constitucional de la igualdad de los hijos, plenamente asumido por la sociedad, pero sobre todo el matrimonio se ha desvinculado de su función reproductiva, que ha dejado de ser una de sus finalidades en el plano jurídico y también en los comportamientos sociales,⁷⁶ de tal modo que resulta difícil en la actualidad considerar esta función como una de sus notas distintivas, pues cada vez más los hijos son el resultado de una opción voluntaria de los padres e, incluso, de la madre o el padre en solitario, y no una consecuencia necesaria de la relación de pareja.⁷⁷

El matrimonio ha dejado, igualmente, de ser indisoluble y camina hacia una mayor presencia de la opción personal de la libertad en el tratamiento de la crisis conyugal.⁷⁸ El matrimonio que conocemos ha dado al traste con las relaciones de desigualdad entre los cónyuges del modelo burgués, consecuencia del principio de igual-

76. En los comportamientos sociales está claro que la procreación no es un fin necesario del matrimonio. En España, la tasa de fecundidad se sitúa en el año 2002 en un 1,3% siendo necesario para asegurar el reemplazo generacional un 2,1%, *La sociedad española tras 25 años de Constitución* del INE, Madrid 2003, p. 43. Sobre el tema, Pastor Ramos, Gerardo, *La familia en España. Sociología de un cambio*, cit., pp. 63 y ss. En todo caso se debe tener en cuenta que los hijos nacidos dentro del matrimonio representan en el año 2001 el 80,3%, aunque va en aumento el número de hijos nacidos fuera del matrimonio que ha pasado de un 3,9% en 1980 a un 19,7% en el año 2001, *La sociedad española tras 25 años de Constitución*, cit., p. 44.

En el plano jurídico el matrimonio no tiene una función procreativa, pues la decisión de no tener hijos o la imposibilidad de ser padres no es causa para la nulidad del mismo, solo podría tener una incidencia muy limitada a través del error en las cualidades personales, que por su entidad hubieran sido determinantes en la decisión de contraer matrimonio. No ocurre así en el Derecho canónico para el que la procreación es un fin del matrimonio.

77. En este sentido, M.O. Sánchez Martínez, "Constitución y parejas de hecho: El matrimonio y pluralidad de estructuras familiares", *REDC*, año 20, 2000, p. 64. Sobre las nuevas orientaciones respecto a la filiación, F. Rivero Hernández, "La filiación en el umbral del siglo XXI", cit. pp. 112 y ss.

78. Recuérdese la última reforma del CC por Ley 15/2005, de 8 de julio que modifica sustancialmente el tratamiento de la crisis conyugal al introducir una disciplina del divorcio ligada a la libertad de los cónyuges.

dad consagrado en las Constituciones, por el impulso, sin duda, de los movimientos feministas, que ha arrasado con figuras jurídicas muy enraizadas en el comportamiento matrimonial, como la necesidad de autorización marital para la actuación de la mujer en defensa de sus intereses y para la participación en el ámbito de lo público, o la exclusividad del padre en lo que respecta a la titularidad y ejercicio de la patria potestad;⁷⁹ consecuencia y causa de este cambio ha sido sin duda la incorporación de la mujer a la actividad laboral o profesional, que ha alterado sensiblemente los esquemas de relación entre la pareja.⁸⁰ También las relaciones entre los cónyuges se han transformado como consecuencia de la penetración de los derechos fundamentales al interior del matrimonio.

Y cada uno de estos cambios que ha padecido la institución matrimonial se ha visto en su tiempo como una crisis insalvable de la institución. Se puede decir que lo que se ha salvado a lo largo de este proceso de transformación está en contra precisamente de ese rostro histórico.

Pero no debemos dejar de señalar las posibilidades que sugieren lo que entendemos que es el gran cambio que se ha producido en el matrimonio: el de la primacía de los derechos fundamentales sobre los intereses del mismo, que coloca a esta figura en la órbita de la libertad personal de los contrayentes, y en la de la libertad de la sociedad en su conjunto para configurar modelos de familia. Y en esta lógica de comportamiento se puede afirmar que la evolución del matrimonio no ha culminado, pues es posible que asistamos a otros procesos de transformación que aún no podemos adelantar.

Como resultado de todo lo anterior, nos podemos preguntar qué es lo que queda de su rostro histórico: *el ser el modelo básico de organización familiar que responde a un proyecto de vida en común entre un hombre y una mujer con pretensiones de*

79. La transformación que supuso para el modelo de familia conyugal la aplicación del principio de igualdad de los sexos se puede constatar en las numerosas reformas que en España se tuvieron que hacer en el Derecho de familia tras la publicación de la Constitución, pero, quizás, lo importante de la aplicación de este principio a las relaciones conyugales está en que introduce una lógica diferente entre los esposos, cuyas últimas consecuencias están aún por ver. Una exposición acerca de la relación del principio de igualdad de los sexos y su incidencia en la garantía institucional de la familia, en B. Rodríguez Ruiz "Familia e igualdad entre los sexos: una mirada crítica al caso alemán", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. El Derecho y la familia*, cit. pp. 311 y ss. Una interesante reflexión desde la sociología en Flaquer, "El ocaso del patriarcado", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. El Derecho y la familia*, cit. pp. 10 y ss.

80. El aumento ha sido muy sensible si comparamos los datos de 1978, 28% de mujeres activas, con los de 2003, 42,3%, siendo el de los hombres el de 67%, y una de las causas de este cambio ha sido la incorporación de la mujer casada al mundo del trabajo, cuya tasa se duplica en estos años, *La sociedad española tras 25 años de participación*, cit. pp. 126 y ss. En esta línea resulta ilustrativo de estos cambios de comportamientos cómo se valora en la actualidad el compartir las tareas domésticas para el éxito del matrimonio: 18-20 años, un 85,3%; 25-34 años, un 87,1%; 35-44 años, un 82,20%; 45-54 años 72,8% y 55-64 años, un 68,8%, en M.J. Campo Ladero, *Relaciones interpersonales: Valores y Aptitudes de los españoles en el nuevo milenio*, cit. p. 52.

permanencia, aunque disoluble, y que establece relaciones de solidaridad y exclusividad entre los cónyuges, cuyo control institucional se hace juridificando la “entrada” en el mismo y también “la salida”, que son los dos momentos de control por parte del Estado de la disciplina del matrimonio.

Desde esta perspectiva se puede legítimamente entender que su última transformación es la pérdida de la exigencia de la heterosexualidad,⁸¹ y que en todo caso esa nota no constituye el contenido esencial que está garantizado frente al legislador y, por consiguiente, no integra el núcleo básico de la figura que se preserva mediante la garantía institucional. En efecto, como hemos dicho anteriormente, la garantía institucionalmente protegida tiene un contenido más reducido que la noción del mismo que hemos barajado. Y para aproximarnos a ese núcleo inviolable para el legislador hemos de seguir los criterios que nos aporta el Tribunal Constitucional: determinar aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito, y atender a “aquella parte del contenido de los derechos que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos”.

Al respecto, se debe considerar que el requisito de la heterosexualidad corresponde a una evolución de la figura del matrimonio, acompañada por el rechazo a la homosexualidad y asentada en una función procreativa. Solo cuando se ha superado la intolerancia a este tipo de relaciones, tanto a nivel jurídico como social, se ha podido visualizar esta realidad. Estamos, en consecuencia, ante una situación nueva de la que carecemos de precedentes que puedan iluminar una solución; una situación, sin embargo, que puede reproducir en su seno el mismo tipo de relaciones que las que surgen al interior del matrimonio heterosexual, es decir, establecer un proyecto de vida en común, con intención de permanencia, que establece relaciones de solidaridad y exclusividad en la pareja, sin que deba tener una finalidad reproductiva. Dicho esto, parece que el reconocimiento del matrimonio de homosexuales no vulnera el contenido esencial del matrimonio, en cuanto la exigencia de la heterosexualidad no es indispensable para reproducir en su seno el mismo tipo de relaciones que las que se establecen al interior del matrimonio heterosexual, pues la finalidad procreativa ha dejado de ser una nota distintiva del contenido garantizado constitucionalmente.

81. Se ha afirmado que seguir insistiendo en la heterosexualidad del matrimonio significa desconocer las transformaciones experimentadas en la sociedad española a impulsos del sistema axiológico que promueve la Norma Suprema, N. Pérez Cánovas, “La crisis del Estado heterosexual: del derecho a la vida privada y a la vida familiar de las parejas homosexuales”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. El Derecho y la familia*, cit. p. 66.

Además, una vez admitido su derecho al reconocimiento jurídico de la opción de constituir una familia, idear o defender una regulación para las parejas de homosexuales que quieren formalizar su proyecto de vida, distinta a la disciplina matrimonial, encontraría la dificultad real de identificar las diferencias respecto del matrimonio, como no fuera la de dar una menor protección a los intereses de los homosexuales,⁸² y ello sería difícilmente justificable en el plano constitucional.

Parejas de hecho

Cuando nos referimos a las parejas de hecho que están proliferando en la sociedad europea, como una opción legítima de convivencia familiar, hacemos alusión a supuestos en los que convivientes no quieren contraer matrimonio por una decisión personal de ambos, que responde al deseo cierto de mantenerse al margen de su disciplina jurídica, así como de escapar al control que supone su celebración y su disolución. Hay pues en esta decisión una cierta rebeldía frente al matrimonio que no quieren contraer.⁸³

Respecto a estas parejas de hecho,⁸⁴ es decir, aquellas que se han decidido por un tipo de convivencia semejante al matrimonio, pero sin llegar a contraerlo, hay que señalar la contradicción aparente que supone el negarse a asumir el estatuto matrimonial —con lo que ello significa de someterse a los requisitos y forma de celebración, así como contraer un conjunto de obligaciones y derechos respectivos, y padecer también el control jurídico cuando llega la crisis—, y querer por otro lado *beneficiarse* de algunas de sus consecuencias cuando entienden lesionados sus intereses.⁸⁵ Una

82. Hipótesis que plantea J. Gavidia Sánchez, “Uniones homosexuales y el concepto constitucional del matrimonio”, cit. p. 54. Por su parte, E. Roca señala como líneas generales de la regulación: la estabilización de las parejas de homosexuales, que se contemple la unión estable de forma directa, y se le dote de un estatus adecuado a sus propias circunstancias, *Familia y cambio social*, cit. pp. 125 y ss. Se podría plantear, como diferencia para tener en cuenta, la posibilidad de adoptar, pero el tratamiento de esta cuestión se debe hacer desde el interés de los menores en contar con los mejores padres posibles. En todo caso se debe tener en cuenta que las reformas que se han producido en esta materia, así como en el acogimiento, van en la línea de admitir otras realidades familiares diferentes de la pareja conyugal.

83. Este caso es muy diferente de los supuestos en los que la no celebración del matrimonio obedece a prácticas culturales que cuentan con otros ritos o normas para regular la relación de pareja, pues en estos supuestos realmente nos enfrentamos ante matrimonios anormales, ya que existe una voluntad de constituir la unión como si fuera matrimonio. En España esta situación se da en la etnia gitana. En algunos países latinoamericanos existen también este tipo de comportamientos; de ahí que muchas constituciones hayan igualado la unión de hecho al matrimonio, como ocurre con la Constitución de Ecuador, art. 38.

84. Se contemplan en este supuesto las uniones heterosexuales y el hipotético caso de las uniones homosexuales que, contando con una opción específica matrimonial o similar, optaran por este tipo de convivencia.

85. De los supuestos concretos que integran la realidad compleja de las uniones extramatrimoniales hay que señalar aquel en el que los convivientes no puede contraer matrimonio por estar uno o ambos aún casados, aunque esta situación por su carácter transitorio no llega a desvirtuar el planteamiento general que se hace respecto a estas

contradicción que resulta aún más inexplicable si se tiene en cuenta que el matrimonio vigente, como hemos dicho, es laico y democrático, y que en todo caso es la mejor expresión del equilibrio de intereses de la pareja que se ha llegado a alcanzar en nuestro ordenamiento, a pesar de las quiebras señaladas. De ahí precisamente que se reclame la aplicación analógica de algunas de sus normas.

La gran variedad de causas que pueden propiciar o inducir a una conducta de este tipo quizás nos ofrezca explicaciones congruentes,⁸⁶ pero no creemos que sea éste el terreno en el que nos debamos ubicar, sino en el jurídico, para encontrar las claves del sistema que permitan elaborar una respuesta, alejados de todo prejuicio, acerca de estas parejas. En este sentido no se puede desconocer que se está ante una demanda real que se asienta en un comportamiento que tozudamente se impone en la sociedad, y es apreciado por ésta como una opción legítima de relación que es considerada como familia. Además, tampoco se puede olvidar que la libertad de opción entre el estado civil de casado o el de soltero es uno de los derechos fundamentales más íntimamente vinculado al libre desarrollo de la personalidad, considerado por la Constitución como fundamento del orden político y de la paz social,⁸⁷ de ahí que por la doctrina se haya formulado el derecho a no contraer matrimonio.⁸⁸

Dicho esto, nos encontramos con que el art. 39 CE asegura en su segundo párrafo la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación, lo que significa que el mencionado precepto tiene presente esta realidad familiar de la pareja de hecho. Así mismo, el Tribunal Constitucional, en una jurisprudencia constante,⁸⁹ ha mantenido que en el plano constitucional se reconocen deter-

uniones. En algunas ocasiones el TC ha entrado a analizar las causas por las que no se ha contraído matrimonio para apreciar si resultan constitucionalmente admisibles, y así cuando ha comprobado, por ejemplo, la falta de libertad por no existir entonces divorcio ha declarado el amparo a base del principio de igualdad (STC 155/1998, de 13 de julio).

86. Ma. J. Campo Ladero refleja como cada vez es mayor el número de personas que consideran que el matrimonio está pasado de moda, que ha aumentado de un 20,8% en 1987 a un 23,6% en el 2002, siendo mayor el porcentaje de jóvenes que mantiene esta opinión hasta llegar a un 41,7%. Una opinión que está relacionada con las creencias religiosas, la satisfacción con la vida familiar y la posición ideológica de las personas, *Relaciones interpersonales: Valores y Aptitudes de los españoles en el nuevo milenio*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 2003, p. 49. Resulta de interés el estudio sobre aptitudes y comportamientos en relación a la cohabitación y al matrimonio realizado sobre datos de 1990 por Alberdi, Flaquer e Iglesias de Ussel, en *Parejas y matrimonios: aptitudes y comportamientos*, cit. pp. 39 y ss.

87. STC 156/1987, de 11 de febrero.

88. En este sentido P.A. Talavera Fernández, *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, Granada 2001, pp. 136 y ss.; C. de Amunátegui Rodríguez, *Uniones de hecho. Una visión después de la publicación de las Leyes sobre parejas estables*, Valencia 2002, pp. 38 y ss. Por su parte la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la Igualdad Jurídica de las Parejas Estables de Navarra, en su EM se manifiesta por la existencia de este derecho. Respecto a ello, el T.C. afirma que en el derecho a contraer matrimonio constitucionalmente reconocido no entraña el deber u obligación de contraerlo, STC 47/1993, de 8 de febrero.

89. Por todas, la STC 222/1992, de 11 de diciembre: "Nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que

minados tipos de familia, es decir, que es posible el reconocimiento de otros modelos de convivencia familiar que no sean el matrimonio.

Por ello, es posible desde el punto de vista constitucional la asunción de este comportamiento de pareja con un régimen jurídico propio. El problema está en el alcance de esta regulación y la repercusión que en sus efectos pueda tener la previsión constitucional acerca del matrimonio. En este sentido, es conocida la jurisprudencia del Tribunal Constitucional cuando manifiesta que “el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes, siendo posible, por ello, que el legislador, dentro de su amplísima libertad de decisión, deduzca razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida”.⁹⁰

Sin embargo, la complejidad que reviste la cuestión requiere que se diferencien dos tipos de consecuencias jurídicas: aquellas que se refieren a las relaciones de pareja, y que son propias de lo que conocemos como Derecho de familia, y aquellas otras que tienen por finalidad proporcionar a la familia el disfrute de determinados bienes o beneficios, más propias del Estado social, y que pueden ser de diversa índole: laboral, seguridad social, sanidad, etc.

Respecto a las primeras consecuencias, las que corresponden a la disciplina familiar, la relación entre el matrimonio y la convivencia *more uxorio* no se puede explicar exclusivamente desde el principio de igualdad, en el sentido de pretender su equiparación en el plano de los derechos y deberes, que surgen para los miembros de la pareja, pues está claro que hablamos de situaciones diferentes por una opción personal de sus protagonistas: los que integran la pareja de hecho que han rechazado contraer matrimonio. Dicho esto, la clave para solucionar el problema que abordamos está en dilucidar si el reconocimiento jurídico de esta relación de pareja vulnera la garantía institucional del matrimonio que contiene el art. 32 CE. En efecto, como hemos dicho, la mencionada garantía supone la necesaria presencia del matrimonio en el ordenamiento jurídico, pero también que éste tenga una vigencia efectiva dentro de los diferentes modelos de familia que se regulen en el plano normativo. Y bien pu-

manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no solo por la regulación bien diferenciada de una y otra (arts. 32 y 39), sino también, junto a ello, por el mismo sentido amparador y tuitivo con el que la Norma fundamental considera siempre a la familia y, en especial, en el repetido art. 39, protección que corresponde a imperativos ligados al carácter “social” de nuestro Estado (arts. 1.1. y 9.2) y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen”. C. de Amunátegui Rodríguez afirma con acierto que la normativa que regula las relaciones de estas parejas debe ser considerada como perteneciente al Derecho de familia, *Uniones de hecho. Una visión después de la publicación de las Leyes sobre parejas estables*, cit. p. 25.

90. Esta afirmación constituye una línea jurisprudencial consolidada en el T.C. respecto de la pensión de viudedad así como del subsidio de desempleo por responsabilidades familiares previsto en el art. 13 L 31/1984, de 2 de agosto; por todas, STC 184/1990, de 15 de noviembre.

diera ser que se llegara a consagrar su obsolescencia mediante la regulación de figuras sustitutorias que la vacíen de contenido, como ocurriría si se regularan las parejas de hecho como un calco del matrimonio, con exclusión del acto de celebración y el control judicial respecto a su disolución, pues se puede llegar a la misma finalidad, la de conseguir la protección que el ordenamiento consagra al matrimonio, sin necesidad de llegar a contraerlo. Este quedaría únicamente como una opción válida para aquellos que quieran celebrar el rito de contraerlo, pero sin ninguna diferencia con la unión de hecho en lo que respecta a sus efectos.⁹¹

Por ello, tiene sentido que se establezcan regímenes diferentes, el del matrimonio ligado a un estatuto jurídico de unas relaciones que se han sometido al control del Estado, y el de las parejas de hecho, más cerca de la idea de desregulación, acorde con la informalidad que la preside. En todo caso, la asunción por el Derecho de esta realidad debe respetar los principios constitucionales que han de actuar como límites al comportamiento de la pareja en sus relaciones internas. Además, también se puede exigir un mínimo de certeza acerca de su existencia.⁹² En España las parejas de hecho no han sido objeto de regulación por una norma estatal, ha sido la jurisprudencia la que ha aportado las soluciones a los problemas que se han ido planteando.⁹³ Por el contrario las Comunidades Autónomas, que tienen competencia en Derecho civil, cuentan con una normativa específica de esta realidad familiar.⁹⁴

Por ello, la cuestión que queda por dilucidar es si estas uniones deben ser necesariamente asumidas por el legislador ordinario o, por el contrario, quedan a su iniciativa.

91. Distinto sería el caso en el que la Norma Fundamental reconociera a la pareja de hecho los mismos efectos que al matrimonio, como ocurre en la Constitución de Ecuador, art. 38.

92. Este es el criterio que sigue el TC, entendiendo que la presunción de convivencia que se deriva del matrimonio no se aplica a tales uniones, STC 173/1993, de 18 de enero que deniega el amparo al no haberse demostrado la convivencia con la arrendataria. Las disposiciones autonómicas que regulan las uniones de hecho requieren la concurrencia de una serie de requisitos que den certeza a la relación, así se exige un tiempo de convivencia, la existencia de hijos comunes, la formalización en escritura pública o la inscripción en un Registro, C de Amunátegui Rodríguez, *Uniones de hecho. Una visión después de la publicación de las Leyes sobre parejas de hecho*, cit. pp. 67 y ss.

93. Sobre el tema, Ma. R. Valpuesta Fernández, “La institucionalización de las parejas de hecho”, “La institucionalización jurídica de la pareja de hecho”, cit. pp. 47 y ss.; C. de Amunátegui Rodríguez, *Uniones de hecho; una nueva visión después de la publicación de las leyes de parejas estables*, Valencia 2002; también, P. Munar Bernat, “Principios inspiradores de las distintas regulaciones autonómicas de las uniones estables de pareja”, *Tribuna Parlamentaria* 7, Baleares 2003, pp. 253 y ss.

94. Cataluña, Ley/10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de parejas, que regula tanto las parejas heterosexuales como homosexuales. Aragón, Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas, que acoge tanto a las parejas heterosexuales como a las homosexuales. Navarra, Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, se refiere a todas las que cumplan los requisitos, con independencia de la orientación sexual.

Al respecto afirma el Tribunal Supremo que: “La Constitución española no contempla directamente la unión de hecho, pero sus normas le pueden afectar directa o indirectamente: así, el art. 9.2 impide su discriminación en aras a los principios de libertad e igualdad; el art. 10.1 le hace aplicable el principio de dignidad de la persona y el art. 14 al proclamar el principio de igualdad evita un trato discriminatorio; más específicamente, el art. 39 proclama la protección de la familia y ésta no solo es la fundada en el matrimonio, sino también la que se basa en la convivencia *more uxorio*”.⁹⁵ Vemos, pues, cómo la decisión judicial se asienta en derechos fundamentales cuya aplicación lleva al reconocimiento de esta realidad social como una realidad jurídica con efectos propios. En consecuencia, podemos argumentar que nos encontramos ante un tipo de organización familiar que, por imperativo de los preceptos constitucionales, antes referidos, debe tener una respuesta del ordenamiento jurídico, diferente a la del matrimonio, pero adecuada al concreto conflicto de intereses que en la misma se puede presentar. Ello explica que ante la ausencia de una previsión legal, se elaboren soluciones a los concretos problemas que se suscitan, con los instrumentos jurídicos que conforman el sistema de fuentes y la aplicación del Derecho. En esta línea es de resaltar la identificación de un principio general de protección del conviviente perjudicado, que se argumenta igualmente con disposiciones constitucionales como el art. 39, el 14 o el 10, reiteradamente citado.⁹⁶ En consecuencia, se debe afirmar que el legislador no puede desconocer la trascendencia jurídica de las uniones de hecho, pues el ordenamiento ya las ha asumido conforme al sistema de fuentes imperante y a los valores constitucionales.

En lo que respecta a los demás derechos que se pueden derivar tanto del matrimonio como de la relación de pareja, y que no corresponden estrictamente a la disciplina familiar, el principio de igualdad debe presidir el tratamiento que se le depare a uno y otro. En efecto, cuando lo que se dilucida en ese plano no es la formalización de la convivencia, sino el disfrute de los derechos sociales, parece que el criterio que

95. A pesar de que no existe una regulación a nivel de Estado de las parejas de hecho, se cuenta con una línea jurisprudencial que le reconoce determinados efectos, esencialmente cuando se ha producido la ruptura de la convivencia; como expresión de toda esa jurisprudencia se puede citar la STS 5/2003, de 15 de enero, en la que se afirma la existencia de un principio general de protección al conviviente perjudicado, que deriva de las normas constitucionales, arts. 10, 14 y 39, y normas de Derecho privado, art. 96 CC, art. 16.1 LAU, de la jurisprudencia del TC y del TS. Una exposición de la jurisprudencia del T.S. sobre la aplicación del enriquecimiento injusto a las consecuencias de la crisis de la pareja, I. Cordero Cutillas, “Comentario a la STS de 17 de enero de 2003: Disolución por voluntad unilateral de la convivencia *more uxorio*”, AC, No. 30, 21 al 37 de julio de 2003, pp. 831 y ss.

96. Así, la STC 156/1987 afirma que, “La libertad de opción entre el estado civil de casado o de soltero es uno de los derechos fundamentales más íntimamente vinculado al libre desarrollo de la personalidad, considerado por la Constitución fundamento del orden público y de la paz social (art. 10.1). Este derecho o libertad fundamental es un derecho en sí mismo considerado, reconocido en la Constitución en su art. 32.1, tanto en sentido positivo como negativo, de tal modo que el Estado no puede imponer un determinado estado civil”.

debe presidir su atribución es el de apreciar la concurrencia de las circunstancias que se han tenido en cuenta por el legislador en cada caso. Argumento que se refuerza en la idea que impulsa al Estado social de extender a todos los beneficios, atención y prestaciones que desarrollan los poderes públicos; así se desprende del art. 1.1. y 9. 2 CE.

Además, se debe considerar que el sistema de protección que se diseña en el texto constitucional responde a un modelo mixto, en el que participan el Estado y las familias, al asumir estas últimas un conjunto de obligaciones dirigidas a la atención y mantenimiento de sus miembros, siendo en estos ámbitos de la relación la intervención del Estado subsidiaria. Desde este punto de vista puede parecer contradictorio, y poco justificable desde la perspectiva constitucional, que por un lado se asuma una realidad familiar para que cumpla funciones de asistencia a sus miembros, y de otro lado se le niegue el disfrute de derechos sociales dirigidos a la familia.⁹⁷

Por todas las razones expuestas no se puede compartir la línea mantenida por el T.C. de negar al conviviente supérstite la pensión de viudedad, pues se recurre a la peculiaridad constitucional del matrimonio para justificar una discriminación sobre el disfrute de un bien que no se enraíza en la formalización de la convivencia, sino en el daño que puede producir la muerte de uno de los miembros de la pareja que convive, y este daño considerado por el legislador también se produce en la pareja que no está casada. Y entendemos que esta decisión no se puede asentar en el argumento de que “el legislador dispone de un amplio margen de libertad en la configuración del sistema de la Seguridad Social y en la apreciación de las circunstancias socioeconómicas de cada momento a la hora de administrar recursos limitados para atender a un gran número de necesidades sociales”.⁹⁸ Además, como hemos podido comprobar a lo largo de estas páginas, los principios rectores de la política social y económica están sujetos a los derechos y valores constitucionales, entre ellos, por lo que aquí interesa, el de igualdad, que se vería seriamente afectado si se le dispensa un distinto

97. En este sentido se debe tener en cuenta que la pareja de hecho se contempla por el legislador como un ámbito adecuado para la protección de los niños, tanto en lo que se refiere a la adopción como a los distintos acogimientos.

98. STC 184/1990, de 15 de noviembre, en la que se justifica el diferente trato dispensado al matrimonio respecto de las parejas de hecho en relación a la pensión de viudedad: “La pensión de viudedad no tiene por estricta finalidad atender a la situación de necesidad o de dependencia económica (como antes ocurría en el caso del viudo), asegurando un mínimo de rentas, sino más bien compensar frente a un daño, cual es la falta o aminoración de unos ingresos de los que participaba el cónyuge supérstite y, en general, afrontar las repercusiones económicas causadas por la actualización de una contingencia (la muerte de uno de los cónyuges), otorgando al efecto una pensión que depende y es proporcional en su cuantía a la base reguladora correspondiente al causante, siendo irrelevante que el fallecimiento cree o no un estado de necesidad”. Una justificación de la posición del TC en L. Blanco Pérez-Rubio, *Las parejas no casadas y la pensión de viudedad*, Madrid 1992. Navarra, Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, se refiere a todas las que cumplan los requisitos, con independencia de la orientación sexual.

tratamiento al matrimonio o a la convivencia de hecho, en el disfrute de un derecho, como es la pensión de viudedad, cuando ambas presentan la misma necesidad. Por estas razones se debe estar con la otra línea jurisprudencial que se ha desarrollado al hilo de la inconstitucionalidad del antiguo art. 58 LAU⁹⁹ contenida, entre otras, en la STC 222/1992, de 11 de diciembre, cuando expresa que “la familia es para la Constitución, objeto de protección en sí misma y que la norma que así lo quiere no puede ser por ello, reducida a un mero expediente para la indirecta protección del matrimonio”.¹⁰⁰

La identidad sexual y el Derecho a contraer matrimonio

Una vez que la jurisprudencia española ha reconocido el derecho de los transexuales a que su sexo jurídico coincida con su verdadera identidad sexual, y tal realidad se pueda reflejar en el Registro civil, mediante un cambio de sexo, se plantea la posibilidad de que puedan contraer matrimonio conforme a su situación actual.¹⁰¹

La cuestión ha quedado resuelta de forma muy clara por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 31 de enero de 2001, que ha afirmado al respecto: “no hay realmente obstáculos legales que impidan al transexual contraer matrimonio con persona perteneciente en realidad a otro sexo, aunque coinciden los sexos biológicos invariables de ambos contrayentes. Desde el momento que una sentencia judicial firme ha ordenado sin limitaciones el cambio de sexo, hay que estimar que este cambio se ha producido a todos los efectos. Si el principio constitucional de desarrollo de la personalidad del art. 10-1 de la Constitución justifica, tras

99. En este artículo se regulaba la subrogación arrendaticia por muerte del arrendatario, que se concedía únicamente al cónyuge viudo. Tras ser declarado inconstitucional por no contemplar al conviviente supérstite, la regulación de la nueva ley de este derecho de subrogación lo extiende al conviviente que haya tenido con el arrendatario una relación de afectividad análoga a la del matrimonio, con independencia de su orientación sexual.

100. Se sigue en este caso el criterio de la necesidad, “siendo evidente que el legislador puede diferenciar entre unas y otras (unidades familiares) en atención, por ejemplo, a criterios de necesidad relativa o a otros que resulten igualmente racionales”; en la misma línea la STC 47/1993, de 18 de febrero.

101. La cuestión surgió por las solicitudes planteadas ante el Registro civil por algunos transexuales para que se cambiara la referencia a su sexo. Estas fueron atendidas en algunos casos, pero en otros la decisión fue recurrida judicialmente hasta llegar al Tribunal Supremo, que se pronunció a su favor en la Sentencia de 2 de julio de 1987, en la que accedió al cambio del sexo en el Registro, si bien le negaba el derecho a contraer matrimonio, por entender que se estaba, en ese caso, ante una ficción de mujer. Este primer pronunciamiento se fue consolidando en sentencias posteriores que han fijado los requisitos para proceder al cambio que se pretende: informe psicológico acerca de la identificación sexual del reclamante, tratamiento hormonal a fin de que se tenga la apariencia del sexo que se pretende, e intervención quirúrgica para que los órganos genitales coincidan con la nueva identidad. Este último requisito no se ha exigido en el caso resuelto por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valladolid, de 13 de diciembre de 2004. En la actualidad está en preparación un proyecto de ley para el reconocimiento de la identidad sexual, en el que no se va a requerir este último requisito.

el síndrome transexual, la correspondiente operación quirúrgica y el tratamiento médico oportuno, el cambio de sexo judicialmente declarado, sería dejar las cosas a medio camino, creando una situación ambigua al modo del reconocimiento de un tercer sexo, si no se entendiera que ese cambio de sexo habría de ser efectivo en todos los ámbitos”. Con esta resolución se ha superado la debilidad del argumento del T.S, que tras reconocer la trascendencia jurídica del cambio de sexo, afirmaba, aunque fuera como *obiter dicta*, que en todo caso se estaba ante una ficción de mujer. Se resuelve, así pues, el problema planteado por el colectivo de transexuales y se hace con fundamento de nuevo en el precepto constitucional que reconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que se ha convertido en el motor jurídico de los cambios sociales, en lo que respecta a las opciones de familia. Al legislador ordinario no le queda más que abordar el reconocimiento legal de una realidad que es jurídica,¹⁰² siendo así que en la actualidad se está elaborando un proyecto de ley que aún está en fase de borrador.¹⁰³

102. Por todos, C. Gómez Laplaza, “Transexualidad”, *Aranzadi Civil*, No. 1, 2004, (<http://www.westlaw.es/westlaw/publicaciones.htm>).

103. Según las noticias que se difunden desde el Ministerio de Justicia, parece que en este texto se va a suprimir la exigencia de la intervención quirúrgica sobre los órganos genitales, como viene exigiendo la jurisprudencia.