

# A CADA UNO SU FAMILIA, A CADA FAMILIA SU DERECHO (APROXIMACIÓN FUNCIONAL A LAS NUEVAS FORMAS DE FAMILIA Y ELOGIO DE LA DIVERSIDAD)

Carlos Martínez de Aguirre

Catedrático de Derecho Civil  
Universidad de Zaragoza

Sumario: 1. Introducción. 2. ¿Qué nuevas formas de familia? 3. Familia y Derecho (sobre bancos y carteles). 4. ¿Por qué un Derecho sobre la familia y para un Derecho sobre la familia? 5. Modelos familiares y funcionalidad social: Sociología y Derecho. 6. La respuesta jurídica: diagnóstico sobre el Derecho español. 6. A modo de conclusiones: para una revitalización del Derecho de familia.

## 1. INTRODUCCIÓN

*Nuevas formas (nuevos modelos) de familia.*  
Sin perjuicio de lo que inmediatamente diré acerca de la “novedad” de tales formas o modelos, la expresión, tal y como es habitualmente empleada, transmite casi inconscientemente la idea de formas o modelos familiares alternativos a otro modelo de familia muy habitualmente calificado como tradicional (lo que a su vez incluye una cierta connotación negativa: tradicional como equivalente en buena medida a anticuado, obsoleto...). Connotaciones aparte (y, en efecto, conviene apartarlas para no acabar debatiendo sobre impresiones o juicios previos), el tema merece atención y reflexión. Las páginas que siguen pretenden contribuir a esa reflexión, y aportar datos y argumentos que puedan ser útiles al respecto. Pero antes de continuar, me parece oportuno hacer algunas precisiones.

1) Una primera, que asume el carácter de presupuesto metodológico: parto de la idea de

que en esta materia (como en general en todo el Derecho de Familia y de la Persona) es posible, útil y necesario aplicar las mismas técnicas que se emplean habitualmente en cualquier otra de las ramas del Derecho civil. Si se me permite la autocita parcial: “hay una difusa pero cierta impresión de que en este ámbito ... existen lo que podríamos llamar materias o ámbitos exentos de la discusión técnica, por su fuerte carga ideológica: como si no fuera posible debatir fructíferamente sobre tales materias o en dichos ámbitos, porque al final lo único que quedaría es la opinión personal, justificada en prejuicios (en su sentido etimológico de juicios previos) extrajurídicos. Lo único que cabría, entonces, es ser “partidario” o no serlo: no habría opción al análisis técnico-jurídico, ni un posible terreno común en el que discutir. Todo argumento se explicaría por ese juicio previo ajeno al Derecho.... Sobre bases tan débiles la discusión jurídica no sería, en efecto, posible. Lejos de nosotros negar que esa carga ideológica existe: sería negar la evidencia.

Pero junto a ello, estamos convencidos de que es posible realizar un análisis técnico-jurídico de esta cuestión, como de todas las relativas al Derecho de Familia, empleando a tal fin las técnicas e instrumentos intelectuales usados habitualmente por los juristas en el Derecho civil, o en el Derecho en general. .... Desechar las conclusiones de dicho trabajo mediante el recurso al simple expediente de decir que quien las ha obtenido es o no es “partidario” de aquello que se discute, es una actitud intelectualmente paupérrima, que muchas veces (afortunadamente no todas) intenta ocultar la pobreza argumental bajo la capa de la ideología” (Martínez de Aguirre-De Pablo, p. 13).

En este mismo planteamiento, llama la atención cómo se prescinde en este campo de formas de interpretar las normas y de argumentar pacíficamente admitidas en otros campos del Derecho (y muy destacadamente en el patrimonial). Así, por ejemplo, a nadie se le ocurriría defender que una donación de inmuebles es válida si no cumple la forma legalmente prevista (por ejemplo, si se hace verbalmente), por mucho que pueda constar la voluntad de donar de quien la realiza; o que un empresario individual puede limitar su responsabilidad patrimonial si no constituye una sociedad de responsabilidad limitada de socio único, cumpliendo a tal efecto con los requisitos legales, por mucho que conste su voluntad de no comprometer en la empresa más que el patrimonio que ha destinado a ella, o su deseo de que el resto de sus bienes no queden afectos a sus deudas empresariales, y por mucho que desarrolle una actividad idéntica a la del empresario que sí constituyó una sociedad de responsabilidad limitada de socio único. Sin embargo, cuando llegamos al matrimonio (negocio jurídico sujeto legalmente a forma solemne), parece que no hay problema en aplicar muchas de las reglas previstas para dicha institución a dos personas que viven juntas sin haberse casado (es decir, sin haber cumplido con la forma que es requisito legal para que se produzcan los efectos del matrimonio), pudiendo haberlo hecho, o incluso para afirmar más radicalmente la equiparación entre tales

situaciones de convivencia y el matrimonio. Los ejemplos podrían multiplicarse.

Por lo demás, este planteamiento incluye la utilidad del recurso a ciencias auxiliares (no en sí mismas, sino para el Derecho y a estos efectos), como la sociología, la antropología, etc.

2) El análisis que intento realizar no quiere encerrarse en los datos derivados de un determinado ordenamiento positivo (en nuestro caso, el español), pero tampoco pretende ser completamente atemporal. Lo primero (que es quizá lo que debe ser mejor explicado), porque el actual Derecho positivo español es fruto de una opción del legislador —básicamente, el de 2005—, y representa por tanto una de las formas de aproximarse al fenómeno: limitar análisis y argumentación a lo que se puede extraer de él y de sus reglas legales empobrecería la reflexión y predispondría las conclusiones. Así, por ejemplo, tomar como única referencia, o como referencia básica, que es el matrimonio el modelo que resulta de nuestro Código civil (unión entre dos personas, sexualmente indiferenciada y libremente resoluble por voluntad de uno cualquiera de los cónyuges) supone limitarse a argumentar en torno a uno de los modelos posibles, que ni siquiera es el más practicado ni histórica, ni sociológica, ni cultural, ni etnológicamente.

Si de lo que se trata es de pensar acerca de cuál es la respuesta jurídica más adecuada a las nuevas formas de familia, no parece que sea suficiente contentarse con exponer cuál es la que da un determinado ordenamiento positivo: habrá que ver si es o no adecuada a las realidades que intenta regular, si es socialmente funcional, si es técnicamente correcta... Para todo ello se precisa un cierto distanciamiento de los datos normativos, que es lo que permite someterlos a crítica, hacer una valoración de conjunto, y formular en su caso propuestas de modificación más allá de las mejoras de mera técnica jurídica. Lo cual quiere decir, a su vez, que el análisis no puede prescindir de los datos que deriven del Derecho positivo, que es en último extremo el que resulta enjuiciado.

3) Mi análisis pretende versar sobre los modelos como tales: no, por tanto, sobre una u otra situación concreta. Argumentar en términos de modelo quiere decir, a estos efectos, tomar en consideración la mayor o menor eficacia o funcionalidad del modelo como tal, y su mayor o menor proclividad como tal modelo a manifestaciones patológicas. Desde esta perspectiva, los datos estadísticos pueden ser especialmente útiles, en la medida en que ponen de relieve las características de cada modelo como tal, tanto estructural como funcionalmente. Quizá un ejemplo sencillo me ayude a explicarme: como marca de automóviles, es de mayor prestigio y calidad Mercedes que, pongamos por ejemplo, SEAT o Hyundai, lo que quiere decir que como regla un Mercedes es mejor coche que un SEAT; pero si un Mercedes presenta un defecto de fabricación que afecta a su rendimiento, *ese* Mercedes puede ser considerado peor que un SEAT que funciona adecuadamente; lo que no es correcto es concluir a partir de ese caso concreto, ni que SEAT es mejor que Mercedes, ni tampoco que SEAT es igual que Mercedes.

4) Solo la falta de perspectiva histórica permite calificar los modelos alternativos como radicalmente nuevos. En esta materia, las combinaciones posibles son limitadas: homosexualidad y heterosexualidad, uno y una, uno (o una) con varios (o varias), varios con varios, todos con todos (o cualquiera con cualquiera); lo mismo ocurre en cuanto a la organización: patriarcado, matriarcado, comunas, familias nucleares, extensas, etc. Todas esas combinaciones han sido no solo imaginadas, sino conocidas y practicadas históricamente. De entre estas posibilidades, el modelo formado por un hombre y una mujer comprometidos establemente (es decir, el matrimonio y la familia de fundación matrimonial) aparecen como realidades dotadas de una inusual capacidad de resistencia y recuperación: han sobrevivido, incluso se han visto depurados de muchos elementos contingentes, a lo largo de los siglos. Esta permanencia histórica del modelo matrimonial más clásico es la que explica que sea cuestionado recurrentemente: solo una reali-

dad con tal capacidad de supervivencia puede verse puesta en cuestión con similar regularidad. Lo que habría que explicar más bien es el constante fracaso histórico de los experimentos intentados en relación con la sexualidad, la familia y el matrimonio; fracaso que posibilita el recurrente redescubrimiento, también en el campo de las ideas, del matrimonio y la familia como estructura necesaria de la sociedad. Pero quizás nuestro sino sea olvidar la historia, y quedar así condenados a repetirla.

## 2. ¿QUÉ NUEVAS FORMAS DE FAMILIA?

Hablar de nuevas formas de familia, o de modelos alternativos de familia, presupone la referencia a un modelo tradicional, clásico, “no nuevo”, en definitiva, frente al que esas otras formas o modelos representan una novedad o un cambio. La referencia inicial puede ser, pues, ese modelo previo frente al que aparecen las formas nuevas o alternativas de familia. Convencionalmente, y a efectos de este análisis, cabe caracterizar ese modelo previo con las siguientes notas: 1) es un modelo fundado en el matrimonio (modelo jurídicamente comprometido, caracterizado por la existencia de un vínculo jurídico entre los cónyuges); 2) es un modelo caracterizado por la estabilidad institucional que deriva de la indisolubilidad o la disolubilidad limitada (solo por las causas legalmente establecidas, si bien con mayor o menor amplitud, en función de la evolución del modelo); 3) es un modelo formado por un hombre y una mujer (heterosexual y monógamo, por tanto), y vinculado a la procreación.

En relación con estas notas, los modelos alternativos o novedosos se caracterizarían: 1) frente al modelo matrimonial, por la irrupción de modelos no matrimoniales (parejas de hecho), basados en la afectividad y la convivencia; 2) frente al modelo jurídicamente comprometido, institucionalmente estable, por la aparición de modelos no comprometidos jurídicamente e institucionalmente inestables

(parejas de hecho, divorcio por voluntad unilateral de uno de los cónyuges sin necesidad de alegar causa alguna); 3) frente al modelo heterosexual, el modelo sexualmente neutro, que incluye tanto las parejas heterosexuales como las homosexuales, y que queda desligado casi por completo de cualquier relación con la procreación. Se mantiene sin embargo, al menos por ahora, la unidad (solo dos personas, de uno u otro sexo).

Las nuevas formas de familia han surgido inicialmente como modelos alternativos sociológicamente: junto al modelo matrimonial, han aparecido situaciones de convivencia entre un hombre y una mujer no casados entre sí, caracterizadas por presencia de una relación de afectividad plasmada en la mutua disponibilidad sexual de los convivientes; también han aparecido, con incidencia sociológica muy inferior pero impacto mediático e ideológico desproporcionado con su relevancia social, situaciones de convivencia entre personas del mismo sexo caracterizadas igualmente por la existencia de una relación de afectividad plasmada en la mutua disponibilidad sexual.

Al fenómeno social ha seguido la respuesta jurídica. Inicialmente, tales modelos se han presentado, también desde el punto de vista del Derecho, como alternativos al matrimonio (en el que seguirían estando presentes de forma significativa y caracterizadora esos rasgos a que más arriba me he referido), de manera que estaríamos hablando de la tensión entre el modelo jurídico matrimonial (heterosexual, jurídicamente comprometido e institucionalmente estable) y el modelo jurídico no matrimonial (heterosexual u homosexual, jurídicamente descomprometido, institucionalmente inestable): a esta forma de aproximarse legalmente a los nuevos modelos de familia responden, por ejemplo, las leyes de parejas de hecho promulgadas en muchas de nuestras Comunidades Autónomas, en las que las nuevas formas de familia se acogen a un modelo legal no matrimonial, descomprometido, institucionalmente inestable y sexualmente neutro. Pero en una fase posterior ha sido el propio matrimonio civil el que ha visto cómo iban desapare-

ciendo algunos de los rasgos que lo caracterizaban, de manera que esos modelos sociológicos alternativos han llegado a formar parte de las posibilidades que ofrece legalmente la forma matrimonial civil, que ha pasado a ser (con toda claridad en nuestro Derecho a partir de las reformas de julio de 2005) de matrimonio sexualmente indiferente (admisión de la posibilidad de que dos personas del mismo sexo puedan rellenar la forma matrimonial civil) e institucionalmente inestable (admisión del divorcio por voluntad unilateral e injustificada de uno solo de los cónyuges), lo que se traduce en un compromiso jurídicamente muy débil, que prácticamente ha dejado de ser tal.

Esta evolución, que ha propiciado la apertura de la forma matrimonial a fin de que quepan en ella buena parte de los modelos alternativos, se ha producido también en algunos de los (pocos) países que han admitido la posibilidad de que dos personas del mismo sexo contraigan matrimonio civil (por ejemplo, en Holanda y Bélgica). Otros países, sin embargo, han preferido establecer diferentes cauces institucionales para algunas de las posibilidades que ese matrimonio indiferenciado ofrece: es lo que han hecho, por ejemplo, Alemania (*Lebenspartnerschaftsgesetz*, de 16 de febrero de 2001) o Inglaterra (*Civil Partnership Act*, de 18 de noviembre de 2004) en relación con el régimen jurídico de las uniones homosexuales, creando una figura *ad hoc*, distinta del matrimonio, para tales uniones. El modelo no debe ser desechado.

En todo caso, la opción asumida por el legislador estatal español tiene algunas consecuencias que no cabe eludir. En efecto, cuando se abre a las parejas del mismo sexo la posibilidad de contraer matrimonio, y acceder así al estatuto jurídico de las personas casadas, ya no cabe afirmar que es preciso dotar a las uniones de hecho, sobre todo homosexuales, de un régimen legal, porque si no quedarían extramuros del Derecho. De otro lado, la nota de la libre disolubilidad por voluntad de uno solo de los convivientes y sin necesidad de alegar ni probar causa alguna, que es característica de las uniones no matrimoniales, ha sido asumida

para el matrimonio por la ley 15/2005, con la única diferencia de la necesidad de un acto formal (judicial) de disolución. Si lo anterior es así, ¿qué sentido tiene establecer un estatuto especial, semejante pero no idéntico al matrimonial, para quienes no han querido casarse, pudiendo hacerlo? La situación actual, en las Comunidades Autónomas que han legislado sobre parejas de hecho, es que coinciden casi por completo quienes no pueden casarse con quienes no pueden legalmente formar pareja de hecho con efectos jurídicos. Parece, entonces, razonable entender que quienes quieren obtener un determinado estatuto jurídico para su unión, lo hagan mediante el recurso al instrumento previsto a tal fin por el Derecho con carácter general, que es el matrimonio; y que quienes no quieran casarse, carezcan (por elección propia) de ese estatuto, al que ellos mismos no quieren someterse al no casarse, pero carezca también de cualquier otro semejante. La promulgación de las leyes 13/2005 y 15/2005 priva así de sentido, en términos generales, a las leyes autonómicas sobre parejas de hecho, aunque no les afecte formalmente. Este planteamiento ya ha sido parcialmente asumido por la STS. de 12 de septiembre de 2005.

En las páginas que siguen, el análisis va a centrarse en las nuevas formas de familia tal y como aquí han quedado caracterizadas. Pero quiero advertir, antes de seguir, que esta opción deja fuera de este trabajo algunos modelos familiares que han ido adquiriendo importancia sociológica, en muchos casos como consecuencia de la mutaciones producidas por los modelos alternativos de que hasta ahora he venido hablando: es decir, como consecuencia de la mayor inestabilidad institucional (y sociológica) de las relaciones familiares. Me refiero básicamente:

1) A las *familias monoparentales*, que son aquellas en las que un solo progenitor convive con sus hijos. Ello puede ser debido a diferentes causas (fallecimiento de uno de los progenitores, desconocimiento de uno de los progenitores, rupturas matrimoniales o, más en general, de la convivencia entre los progenitores, pro-

genitores que no han convivido nunca, etc.), lo que hace que las familias monoparentales, aun teniendo puntos en común, presenten problemáticas jurídicas y sociales bien distintas. Sociológicamente, parece que su aumento es tributario, entre nosotros como entre otros países de nuestro entorno, al aumento de las rupturas familiares.

2) A las *familias reconstruidas*, o *reconstituidas*, (*step families*), que son las derivadas de una segunda unión, sea o no matrimonial, tras la disolución de una unidad familiar previa (por fallecimiento, divorcio o mera ruptura de hecho), lo que puede concurrir, además, con relaciones familiares procedentes de la eventual unión anterior. En este caso la complejidad de relaciones, desde el punto de vista social, pero también jurídico, aumenta considerablemente.

Del mismo modo, va a quedar fuera del análisis lo relativo a modelos familiares que no están (por el momento) en discusión, aunque la historia los conoce, y están presentes actualmente en un número suficientemente significativo de países: me refiero básicamente a la poligamia (sobre todo como poliginia). Me centraré en los modelos formados por una pareja: otra cosa extendería excesivamente el análisis y podría hacerlo insuficiente por superficial.

### 3. FAMILIA Y DERECHO (SOBRE BANCOS Y CARTELES)

Las respuestas jurídicas a las nuevas formas de familia, que acabo de esbozar tan esquemáticamente, tienen como presupuesto la neutralidad del Derecho respecto a las formas de familia. El planteamiento podría ser como sigue: nuestra sociedad no conoce un único modelo familiar (que cabría identificar con la familia de fundación matrimonial, tal y como ha sido caracterizada más arriba), sino una multiplicidad de modelos, que resultan de las diferentes concepciones existentes sobre la sexualidad y las relaciones afectivas y convivenciales, así

como de las distintas formas que tienen los ciudadanos de organizar esas mismas relaciones. En ejercicio de su libertad, los ciudadanos pueden organizar su vida afectiva y de convivencia como prefieran, dentro de unos límites crecientemente amplios, de forma que al Derecho solo le quedaría reconocer y regular igualmente todas estas situaciones. Estaríamos por tanto ante modelos (matrimonial o no matrimonial, heterosexual u homosexual) equivalentes y en términos generales intercambiables. A partir de ahí, lo que procedería sería dar un tratamiento equivalente a los diferentes modelos de familia: si son socialmente equivalentes, parece que han de ser jurídicamente equivalentes, lo que se consigue sujetándolos a un régimen semejante, cuando no idéntico. Otra cosa sería discriminación.

El resultado de este planteamiento ha sido una modificación del Derecho de familia, pero no en sus aspectos más periféricos o meramente técnicos, sino en sus líneas maestras. Un primer problema es, sin embargo, que el resultado de esta transformación adolece de notables faltas de coherencia interna, que impiden de forma creciente que pueda hablarse del Derecho de Familia como un verdadero sistema. Ello obedece a lo que Arechederra ha llamado, gráficamente, la “pérdida de vigor teleológico” del matrimonio legal, pero también, más en general, del tratamiento jurídico de la familia. La sociedad, y el Derecho, parecen carecer en muchos casos de una idea clara de cuál es la función de la familia (para qué sirve), y por tanto de cómo ha de ser regulada. La ausencia de un conjunto de ideas y valores definidos respecto a las relaciones de carácter familiar ha hecho que esas modificaciones no tengan un sentido claro, y que las reformas hayan sido, muchas veces, incoherentes, contradictorias entre sí, y en ocasiones de escasa funcionalidad social. Como ha dicho Glendon, en su mayor parte las recientes transformaciones experimentadas por el Derecho de Familia no parecen obedecer a la existencia de un conjunto coherente de objetivos, sino que cada país parece haber perseguido más bien un cierto número de finalidades diferentes y aun con-

tradictorias en sus leyes o programas relativos al matrimonio; vistos individualmente (sigue diciendo la autora), los desarrollos legales así producidos parecen tener un carácter casual, y casi fortuito.

Ahora bien, ¿es adecuada esta respuesta que han dado tantos ordenamientos (entre los que se cuenta el nuestro? Aún más, ¿podemos en realidad responder a esa pregunta? ¿disponemos de criterios que nos permitan hacer un juicio como ese? Contestar adecuadamente a ambos interrogantes exige a su vez que nos preguntemos acerca del fundamento y sentido del Derecho de Familia: ¿por qué un Derecho sobre la familia? ¿para qué un Derecho sobre la familia?

Para aclarar mi pensamiento puede ser oportuno discurrir algo sobre bancos y carteles. Imaginemos un banco, sobre el cual hay un cartel que reza “*Prohibido sentarse*”; a partir de ahí, podemos preguntarnos qué es lo que hay que hacer: dejar al cartel sobre el banco, quitar el cartel y dejar el banco, quitar el cartel y el banco, o incluso poner un cartel semejante en todos los bancos. Para dar una respuesta correcta lo que hay que saber es por qué y para qué está ese cartel sobre el banco: si lo pusieron cuando se pintó el banco para que nadie se manchara al sentarse, lo razonable es quitar el cartel una vez seca la pintura; si se puso porque el banco está en mal estado y para evitar accidentes a quienes se sentaran, o se repara el banco (y se quita el cartel), o quitamos banco y cartel; si se puso porque es un banco de valor histórico-artístico y para conservarlo en buen estado, entonces hay que mantener cartel y banco (y poner un cartel idéntico en todos los bancos que tengan el mismo valor).

Como he apuntado, algo parecido pasa con el Derecho de Familia, y más en concreto con la relación entre los diferentes modelos de familia. ¿Qué es lo que debemos hacer? ¿Hay que extender a todos las reglas del matrimonio? ¿Hay que suprimir el matrimonio, bien directamente, bien cambiando su contenido y su regulación hasta hacerlo irreconocible? ¿O más bien habrá que mantener una regulación espe-



cífica para cada una de esas formas (o incluso no regular específicamente alguna de ellas?

Tal es la aproximación que voy a intentar en las páginas que siguen.

#### 4. ¿POR QUÉ UN DERECHO SOBRE LA FAMILIA? ¿PARA QUÉ UN DERECHO SOBRE LA FAMILIA?

A) Una primera respuesta, que remite a los rasgos característicos de las nuevas formas de familia, podría ser la que hace gravitar el Derecho sobre la familia, en el punto que ahora nos ocupa, en torno a las situaciones de convivencia y de afectividad: el Derecho se ocupa de la familia porque es una relación de afectividad, o porque es una situación de convivencia, o sobre todo por ambas a la vez (porque es una relación de afectividad que se ha traducido en una situación de convivencia). Bastaría, pues, con que dos personas se quisieran y vivieran juntas: en este planteamiento quedarían efectivamente igualadas las parejas homosexuales y las heterosexuales, y sería también indiferente que estuvieran casadas o no: lo fundamental (convivencia y relación de afectividad) estaría igualmente presente en todos los modelos familiares, y por tanto lo razonable sería tratarlas de manera semejante.

Sin embargo, el planteamiento no resulta (a mí, por lo menos) convincente. De hecho, ni en el tratamiento clásico de la familia, ni tampoco (y muy significativamente) en los más modernos, son suficientes la convivencia o la afectividad, o ambas simultáneamente. Así resulta con toda claridad del sistema de impedimentos matrimoniales, que impide casarse a quienes incurren en alguno de ellos, y deja extramuros del Derecho su relación, aunque se quieran y vivan juntos; pero lo llamativo es, en realidad, que esta misma forma de hacer las cosas desde el punto de vista jurídico, es la adoptada cuando se ha decidido regular legalmente las uniones de hecho: una de las primeras reglas (y basta ver las leyes autonómicas

aprobadas entre nosotros, pero se podría acudir también a leyes o jurisprudencia de otros países) es la que establece los impedimentos “no matrimoniales”, es decir, la que fija qué personas van a quedar fuera de este nuevo régimen, por mucho que se quieran y vivan juntos. Cuando, por ejemplo, una ley dice que dos personas que ya están casadas pero no entre sí, no pueden constituir pareja estable, no está diciendo que no puedan vivir juntos y quererse; lo que está diciendo es que ni han bastado ni bastan esa convivencia y esa afectividad para fundamentar la regulación jurídica de la familia; dicho con otras palabras, que la familia no es solo convivencia y afectividad.

Desde otro punto de vista, si esos (convivencia y afectividad) fueran efectivamente el fundamento y razón de ser del Derecho de familia, lo que no estaría claro es qué es lo que hace que el Derecho deba preocuparse (y con la intensidad, continuidad y universalidad con la que lo habría hecho) de las situaciones de convivencia y afectividad: qué es lo que hay en esas situaciones que impulsa a la sociedad y al Derecho a ocuparse de ellas. El problema es que hay muchísimas situaciones de convivencia, de afectividad, o de convivencia más afectividad que nunca han atraído la atención del Derecho, salvo quizá a efectos periféricos (es decir, no para regular la situación o la relación en sí, sino para atribuirle algunas consecuencias jurídicas accidentales: por ejemplo, como causa de abstención o recusación); esto demostraría que del hecho de que dos personas vivan juntas, o que se quieran, o que vivan juntas y se quieran no parece suficiente por sí solo para justificar una regulación jurídica tan densa como puede llegar a ser el Derecho de Familia.

El lector atento se habrá dado cuenta de que en el análisis precedente falta uno de los elementos que han servido para caracterizar las formas nuevas de familia: la mutua disponibilidad sexual. ¿Puede ser el elemento clave? ¿Cabría afirmar que el Derecho se ocupa de la familia porque se trata de una relación de convivencia y afectividad en la que concurre la mutua disponibilidad sexual? Antes de res-

ponder, hay que hacer una advertencia: en realidad, al hablar de una relación de afectividad lo que se está haciendo es referirse pudorosamente a la mutua disponibilidad sexual; cuando las leyes hablan de “relación de afectividad análoga a la conyugal” a lo que quiere referirse básicamente es a que esa relación de afectividad incorpore un contenido sexual, que es lo que la diferenciaría de otras relaciones de mera afectividad, pero sin esa dimensión sexual; por eso más arriba he hablado de relación de afectividad plasmada en la mutua disponibilidad sexual. La introducción del elemento sexual en el análisis, sin embargo, introduce un factor cualitativamente diferente, que nos remite a un modelo argumental diferente, el cual a su vez enlaza con el que se desarrolla a continuación. Si la respuesta a la pregunta formulada al comienzo de este párrafo fuera afirmativa (el Derecho se ocupa de la familia porque se trata de una relación de convivencia y afectividad en la que concurre la mutua disponibilidad sexual), habría que preguntarse inmediatamente acerca de porqué a la sociedad y al Derecho le interesan (ahora a estos efectos, y no a otros, como pueden ser los relacionados con los delitos contra la libertad sexual de las personas) las relaciones sexuales. La respuesta, que enlaza con cuanto expondré inmediatamente, es: por sus consecuencias naturales, que son los hijos.

**B)** La respuesta clásica a la pregunta de por qué el Derecho se ocupa de la familia, no por clásica es menos cierta. La familia es un grupo humano de interés social primario, debido a sus funciones en relación con la sociedad. Desde el punto de vista social, la familia está ligada a la subsistencia de la sociedad, en cuanto posibilita el nacimiento de nuevos ciudadanos, y ofrece un marco adecuado para su desarrollo integral como personas y su integración armónica en el cuerpo social. Estas son las llamadas funciones estratégicas de la familia. La familia resulta ser una estructura de humanización y socialización barata, eficaz, al alcance de prácticamente cualquier ciudadano y por ello mismo masiva.

Estas funciones esenciales de la familia son las que justifican la especial atención que la sociedad le dedica; atención que se traduce, primordialmente, en la existencia de una específica regulación jurídica. De ahí también su consideración como grupo de interés social; pero no de interés social secundario o accesorio, sino primario o radical, en cuanto que es en último término la misma supervivencia de la sociedad la que resulta concernida. Desde esta misma perspectiva, queda también claro que la familia es una institución de interés social en la medida en que, a través de los hijos, posibilita la existencia y socialización de nuevos ciudadanos.

Para aclarar más este punto, hay que aludir, primeramente, a las raíces biológicas y antropológicas de matrimonio y familia. El primero, y más evidente, de los fundamentos aludidos, es el carácter sexuado del ser humano, que solo lo es en cuanto hombre o mujer; dicho con otras palabras, los individuos de la especie humana aparecen determinados necesariamente por el sexo al que pertenecen; lo cual no es producto de la voluntad del hombre, ni tampoco es fruto del medio social o la historia, como si fueran la evolución cultural, o una eventual decisión consciente de la humanidad, las que hubieran elegido este sistema de reproducción, o hubieran hecho de unos seres «varones» y de otros «hembras». En este punto, por lo demás, el ser humano no es especialmente original: lo mismo ocurre en miles de especies animales, respecto a las que sería muy complicado justificar que es la evolución cultural o un prejuicio heterosexista los que les han conducido a diferenciar entre machos y hembras, y reproducirse sexualmente. En este plano la distinción es natural (Viladrich).

Dando ya un paso más adelante, es claro que esa diferenciación sexual se dirige objetivamente, también por su propia naturaleza, a la procreación (reproducción) de la especie humana (como ocurre en todas las especies sexualmente diferenciadas). Sin embargo, desde esta mera perspectiva, cabría pensar que la familia, aun siendo la estructura reproductiva y asistencial más universal, barata y eficaz, no es



estrictamente necesaria: se podrían mencionar otras formas naturales o artificiales (al hilo éstas de los avances en materia de reproducción asistida), en que la sociedad puede organizar tanto la reproducción como la asistencia material que permita la supervivencia biológica de sus nuevos miembros. Cosa distinta es que tales otras formas sean capaces de realizar tales funciones de forma tan barata, masiva, eficaz y permanente como la familia. En este planteamiento, cobra especial importancia el papel de la familia en el proceso de socialización del ser humano.

A partir de aquí, es claro que la importancia social de las uniones heterosexuales es muy superior a la de las homosexuales: aquéllas importan a la sociedad más que éstas, porque de aquéllas nacen ciudadanos, y de estas no. Baste pensar, por ejemplo, que si la estructura de relaciones sexuales en una sociedad fuera la inversa que la actual (es decir, al 99 por ciento homosexual, y el 1 por ciento restante heterosexual), esa sociedad duraría una generación. Desde este punto de vista, cabe afirmar que el carácter minoritario es condición de posibilidad de las relaciones homosexuales: solo si la estructura de relaciones de una sociedad es mayoritariamente heterosexual habrá nuevos ciudadanos que puedan optar por mantener relaciones homosexuales.

Un segundo dato a continuación, que deriva de las necesidades de subsistencia, desarrollo y (en suma) “personalización” del recién nacido, como consecuencia no solo de su desvalimiento físico, sino también de su naturaleza de ser dotado de inteligencia y voluntad, que precisa una específica y cuidadosísima educación de ambas, en un ambiente adecuado. El proceso de maduración integral de la persona humana es el de mayor complejidad y dificultad entre las especies animales, y va mucho más allá de los aspectos puramente biológicos: comprende también el desarrollo de sus potencialidades intelectuales, volitivas y afectivas, en una estrechísima interacción con el propio desarrollo biológico. La familia tiene como misión (nueva función estratégica) proporcionar el marco adecuado en que tal proceso de humanización

o socialización pueda desarrollarse. Es a esto a lo que König ha dado la gráfica denominación del “segundo nacimiento”. Si la aparición de nuevos ciudadanos está directamente relacionada con la heterosexualidad, el proceso de humanización y socialización de los seres nacidos como consecuencia de las relaciones habidas entre dos personas de diferente sexo se relaciona con la estabilidad del núcleo familiar, estabilidad que es la que puede garantizar, en términos de modelo, que el proceso se va a desarrollar más adecuadamente.

La importancia de la estabilidad puede apoyarse también en lo que podríamos denominar el reverso de la moneda. A este respecto, conviene recordar brevemente que si es socialmente bueno que las familias duren, que se rompan no es indiferente, y que la sociedad y el Derecho faciliten la ruptura tampoco es indiferente. Son numerosos, y suficientemente conocidos, los estudios realizados que demuestran que las crisis familiares (separación, divorcio, ruptura de parejas de hecho) tiene efectos perjudiciales no deseados, principalmente para los hijos, pero también para los cónyuges, y para la sociedad entera (pueden verse, por ejemplo, Bradford *et al.*, Alvare *et al.*, y los allí citados). Esas consecuencias perjudiciales provocan, además de los costes personales, costes económicos importantes, en términos de asistencia social o sanitaria. Desde este punto de vista, la mayor estabilidad sociológica es un bien social, y los instrumentos jurídicos dirigidos a facilitarla ayudan a la familia a desarrollar adecuadamente sus funciones estratégicas.

Así pues, las funciones estratégicas de la familia, que son la razón por la que la sociedad y el Derecho, se ocupan de ella, aparecen vinculadas a la heterosexualidad y a la estabilidad: el modelo heterosexual estable es el que aparece como mejor dotado para cumplir las funciones estratégicas de la familia, y por tanto, se presenta como el que mejor responde a las razones por las que el Derecho se interesa por ella y la regula.

Podemos dar todavía un paso más. Las funciones estratégicas de la familia son, por su carácter natural (en cuanto derivadas de la pro-

pia naturaleza del ser humano) y permanente, las que permiten afirmar el carácter natural y permanente de la familia, como realidad no creada sino recibida por el Derecho. En palabras de Lacruz (p. 2), “el Derecho, frente al hecho ‘familia’ (en su más amplio sentido) es un *posterius*: el legislador no la crea, limitándose a tenerla en cuenta al disciplinar las otras facetas de la vida humana, y a regular sus diversos aspectos”.

Con estas afirmaciones, naturalmente, no se quiere decir que la familia haya sido y sea siempre igual en cualquier cultura o momento histórico; o que su contenido venga por completo determinado por la realidad natural que le sirve de base. Pero esto no quiere decir que la familia haya sido siempre idéntica a lo largo de los siglos. Si, al decir de D’Agostino, la “familiaridad” (*familiaritá*) es una estructura esencial de cualquier sociedad, es también cierto que en sus manifestaciones concretas matrimonio y familia aparecen fuertemente determinados por condicionantes culturales, sociales, económicos, políticos, religiosos y aun jurídicos. En relación con la familia y el matrimonio, ni todo es permanente, ni todo es contingente. Como señala König (p. 23), “es preciso admitir que mientras el matrimonio y la familia existen siempre o se regeneran espontáneamente, ciertos cambios en la forma de la familia son inevitables”. En cuya base está lo que d’Agostino ha llamado la “libertad de forma” que caracteriza a la familia, entendida como capacidad de crear una casi infinita variedad de expresiones culturales.

A partir de cuanto antecede, cabe hacer ya una afirmación que entiendo particularmente importante, sobre todo puesta en relación con algunos de los planteamientos más difundidos actualmente respecto al matrimonio y la familia: el matrimonio no interesa a la sociedad —al Derecho— en cuanto relación de carácter afectivo o sentimental. No se está cuestionando aquí en qué medida una relación homosexual (por ejemplo), puede ser para quien la protagoniza tan importante como una relación heterosexual para quienes a su vez la desarrollan. Pero esto tiene una relevancia jurídica

limitada, en cuanto no sirve para justificar, por sí solo, un tratamiento jurídico idéntico: a nadie se le ocurre, por ejemplo, que porque dos personas se quieran, efectivamente, como padre e hijo, deban ser tratados jurídicamente como padre e hijo. El mero hecho de querer y tratar a otra persona como un hijo no constituye por sí solo un mecanismo de determinación de la filiación; todo lo más, a lo que conduce es a afirmar la posesión del estado de hijo y en su caso, a través de ella, a facilitar la atribución formal de la filiación. Para que entre dos personas que no son biológicamente padre e hijo medie un vínculo jurídico de filiación es preciso un acto formal, que es la adopción. En sentido inverso, para constituir una relación de filiación artificial, desligada por completo de los lazos biológicos (la filiación adoptiva), no se exige que previamente medie una relación afectiva y de trato semejante a la paterfamilial, sino simplemente que los adoptantes sean idóneos, y que la adopción sea en interés del adoptando (art. 176.1 Cc.): la adopción se constituye, normalmente, no porque entre dos personas existe una relación previa semejante a la que se supone debe existir entre un padre y su hijo, sino en todo caso para que esa relación llegue a existir.

En conclusión, el reconocimiento jurídico del matrimonio y la familia no obedece al propósito de dar relevancia en Derecho a un deseo psicológico de los particulares (que existe, pero no es jurídicamente lo esencial), sino que tiene por finalidad regular y proteger una estructura antropológica objetiva (D’Agostino).

A la luz de cuanto antecede, se puede concluir sin problemas que el Derecho de familia difícilmente puede ser neutral en su modo de regular la familia: el fundamento de su intervención viene determinado directa y objetivamente por las funciones estratégicas de la familia. Y su fundamento determina su sentido: es la propia razón de su intervención sobre la familia, en sus aspectos más radicales (no en otros ligados a circunstancias económicas, culturales, sociales, etc.) la que determina el sentido de dicha intervención. Sobre estas bases, la absoluta neutralidad del Derecho entre for-

mas funcionalmente diferentes —y, por tanto, de distinta eficacia social— de organizar jurídicamente las relaciones familiares no parece razonable, porque desaparecería entonces la razón de ser de la propia actuación del Derecho sobre la familia. Sería contraria al propio fundamento de su intervención.

Por lo demás, cuando el Derecho positivo decide asumir una postura “neutral”, y dar el mismo trato a todos los modelos familiares, en realidad lo que está haciendo es optar por una determinada visión de qué es lo que debe hacer el derecho en relación con el matrimonio y la familia. La neutralidad no pasa de ser una falacia. En este sentido, la afirmación según la cual el Derecho de Familia puede ser completamente neutral ha sido calificada por Glendon como ilusoria.

## 5. MODELOS FAMILIARES Y FUNCIONALIDAD SOCIAL: SOCIOLOGÍA Y DERECHO

Sobre estas bases, se puede afirmar inicialmente la mayor funcionalidad social de los modelos heterosexuales frente a los homosexuales, y dentro de los heterosexuales de los más estables frente a los menos estables; y se puede también concluir que unos y otros modelos no son socialmente indiferentes, ni tampoco equivalentes. Cabe, sin embargo seguir comprobando en qué medida los distintos modelos de familia sirven para obtener las finalidades estratégicas que tienen socialmente asignadas. En relación con ello, cabe hacer una doble aproximación, sociológica (A) y jurídica (B).

A) Desde el punto de vista sociológico, hay algunos datos relevantes, útiles para valorar los diferentes modelos de familia desde el punto de vista funcional, que es el que aquí hemos adoptado. Así, las uniones no matrimoniales, en comparación con el matrimonio:

1) Son menos numerosas: en nuestro país, de acuerdo con los datos del censo de 2001, el número de matrimonios es de 8,9 millones (aproximadamente el 94%), mientras

que habría un total de 563.723 parejas de hecho (aproximadamente el 6%), de las cuales 10.474 serían homosexuales (aproximadamente el 0,11 %). Sin embargo, este dato es en sí mismo poco relevante a efectos de nuestro análisis, ya que la cuestión no es si un modelo es más usado que otro (lo que podría ser puramente inercial), sino si un modelo es socialmente equivalente a otro, desde la perspectiva funcional.

2) Son poco estables: Morgan señala que la probabilidad de ruptura de las uniones de hecho es cuatro veces mayor que la de los matrimonios; similarmente, Benson (Aceprensa, servicio de 2 de marzo de 2005) concluye su estudio, referido a la situación en Gran Bretaña, afirmando que las parejas de hecho tienen una probabilidad cinco veces mayor de romperse que las parejas casadas, conclusiones similares a las obtenidas en otros estudios. No cabe duda de la mayor estabilidad sociológica del matrimonio frente a las uniones no matrimoniales, que se presentan como mucho más inestables.

La cuestión es todavía más clara en relación con las uniones entre personas del mismo sexo, que son muchísimo más inestables que los matrimonios: así, en España, la primera encuesta nacional sobre hábitos sexuales del colectivo gay, publicada en 2002, y patrocinada por la Federación Estatal de Lesbianas y Gays, señala, entre sus conclusiones más relevantes, que un varón homosexual tiene relaciones con 39 personas distintas, como media, a lo largo de su vida; que el 58 % de las parejas de gays españoles lleva más de un año de relación, pero que solo el 27 % lleva más de cinco años, y que únicamente el 20 % vive en pareja (Diario *El Mundo*, 27 de junio de 2002). En el mismo sentido, investigaciones desarrolladas en Suecia y Noruega muestran que el riesgo de ruptura es significativamente mayor en las parejas homosexuales registradas (cuyos efectos en los ordenamientos sueco y noruego son los mismos que los del matrimonio) que en los matrimonios: la probabilidad de ruptura en parejas de gays es un 35% más alta que la de los matrimonios, y en las de lesbianas es el

triple (Anderson, Noack, Seierstad y Weedon-Fekjaer). Por su parte, en los Estados Unidos, mientras que más del 65% de los matrimonios alcanzan una duración de diez años, solo el 15 % de las uniones homosexuales llegan a superar los once años de duración (Dailey 2005). Este altísimo grado de inestabilidad puede ser especialmente relevante, por ejemplo, a efectos de decidir acerca de la adopción conjunta por parejas homosexuales, y permite también explicar la resistencia a institucionalizar su relación, ya sea como pareja de hecho, ya como matrimonio, como demuestra, por ejemplo, el escaso número de matrimonios celebrados entre personas del mismo sexo desde que se promulgó la ley 13/2005 (lo que a su vez permite aventurar que la discriminación y las injusticias que esta ley vendría a poner fin, o no existían en realidad, o no eran tan agudamente sentidas por los afectados como se decía, sobre todo si se repara en que quienes estarían aquejados por ellas han decidido no hacer uso del instrumento que la ley les ofrece para evitarlas).

3) Son menos fecundas: según el censo de 2001, el 60'7 por ciento de las parejas de hecho no tienen hijos, mientras que el número de matrimonios sin hijos es de aproximadamente al 30 por ciento; en cuanto al número de hijos, mientras que el 35 por ciento de las parejas de hecho con hijos (que constituyen el 11 por ciento de las parejas de hecho) tienen dos o más, tratándose de matrimonios el 60 por ciento de los matrimonios con hijos (que constituyen el 41 por ciento de los matrimonios) tienen dos o más. Sociológicamente, pues, son más fecundos los matrimonios que las parejas de hecho.

No necesita especial demostración sociológica la afirmación de que las uniones entre personas del mismo sexo son menos fecundas que las formadas por personas de diferente sexo. Las uniones homosexuales son uniones que, estructuralmente (no, por tanto, coyuntural o patológicamente) no pueden dar lugar al nacimiento de nuevos ciudadanos; su relevancia social es, por ello, mucho más limitada. Dicho brevemente, los nuevos ciudadanos que asegu-

ran la continuidad social proceden de uniones entre personas de distinto sexo, no de uniones homosexuales: la trascendencia social de uno y otro fenómeno es, pues, bien distinta, y el interés de la sociedad en uno u otro tipo de uniones es también diferente. Con todo, quiero aclarar una cosa: me refiero ahora a que del hecho de que dos varones o dos mujeres mantengan relaciones sexuales entre sí, **y solo de él**, no se deriva el nacimiento de nuevos seres humanos; del hecho de que varón y mujer mantengan relaciones sexuales entre sí, **y solo de él**, puede derivarse (y en muchos casos se deriva) el nacimiento de nuevos seres humanos. Es la propia estructura y funcionalidad de la unión sexual entre personas de diferente sexo la que produce esos efectos, sin necesidad de intervención de terceros.

Así pues, cabe concluir que desde la perspectiva funcional, y de acuerdo con los datos sociológicos de que disponemos, el matrimonio entre hombre y mujer resulta ser el modelo familiar de mayor funcionalidad, es decir, que mejor cumple las funciones estratégicas que tiene asignada la familia: es más fecundo y es más estable (y no solo en esos aspectos: un breve resumen de las ventajas funcionales del matrimonio en Bradford *et al.*, y más por extenso en Alvarez *et al.*). El modelo que peor cumple tales finalidades es el homosexual, que no es en sí mismo fecundo, y está caracterizado por un altísimo grado de inestabilidad. A las uniones de hecho heterosexuales les correspondería una posición intermedia, por ser menos fecundas y estables que el matrimonio, pero apreciablemente más que las uniones homosexuales.

**B)** Vayamos ahora con la aproximación jurídica a este mismo fenómeno, deteniéndonos fundamentalmente en las diferencias entre el matrimonio y las parejas de hecho (diferencia difuminada en el derecho positivo español tras las últimas reformas), que justamente afectan a la estabilidad institucional o jurídica de las respectivas figuras.

Para hacer frente a la cuestión planteada, hay que preguntarse si existen diferencias jurídicamente relevantes entre el matrimonio y las

uniones no matrimoniales, y en su caso, cuáles son esas diferencias. Es verdad que tanto en el matrimonio como en la unión de hecho es fácil identificar la presencia de una voluntad de los cónyuges o de los convivientes dirigida a fundar su existencia. Pero en la mayor parte de las uniones no matrimoniales (más aún en nuestro Derecho, tras la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo), es componente esencial de la voluntad en que se basan la exclusión expresa y explícita del matrimonio, entendido como compromiso jurídico. Se puede decir, con D'Agostino, que los convivientes quieren su relación como jurídicamente descomprometida del mismo modo y con la misma intensidad que los cónyuges quieren su relación como conyugal (como jurídicamente comprometida). Cosa distinta es que, tras la reforma del divorcio operada en nuestro país, el compromiso derivado del matrimonio civil sea tan liviano que la diferencia pase a ser casi irrelevante, por aproximación del régimen del matrimonio civil a la libre disolubilidad, que es característica de las uniones de hecho.

Desde el punto de vista jurídico, la presencia o no de un compromiso también jurídico marca una diferencia fundamental: el compromiso afecta al futuro, vincula la conducta de quien se compromete para de ahí en adelante: eso es lo que ocurre con cualquier contrato, y es lo que ocurre también con el matrimonio, en el que los cónyuges se comprometen (vinculan su conducta futura) a vivir juntos, amarse, guardarse fidelidad, socorrerse, etc. Nada de eso hay en las uniones de hecho, en las que la voluntad no incluye la vida futura como comprometida, sino únicamente la pasada —en cuanto fue actual—, la actual, y la futura, solo como previsión o deseo.

De cuanto antecede deriva una notable diferencia. La voluntad conyugal, en cuanto se dirige a la asunción de un compromiso de futuro, es suficiente para fundar la relación jurídica conyugal y familiar, hasta su extinción. La voluntad de los convivientes carece de dicha fuerza: la subsistencia actual de la unión depende en cada momento de la subsistencia actual de la voluntad de convivir. Lo visto

hasta ahora permite afrontar la cuestión de la estabilidad, desde el punto de vista jurídico o institucional. La estabilidad institucional (jurídica) del matrimonio procede del compromiso; la inestabilidad de las parejas de hecho, de la falta de compromiso; la subsistencia actual de la unión depende en cada momento de la subsistencia actual de la voluntad de los convivientes. Hay en las uniones de hecho, mientras duran, un *animus* actual de permanencia, que se proyecta hacia el futuro no a través del compromiso jurídicamente asumido (como en el caso del matrimonio), sino como mero pronóstico de comportamiento (cabe pensar que seguirá durando porque ha durado hasta ahora). Puede pensarse que esa mayor estabilidad institucional o jurídica no supone mayor estabilidad real, pero lo cierto es que el modelo institucionalmente más estable (el matrimonio) resulta ser también el modelo sociológicamente más estable.

Lo anterior se manifiesta en la existencia o no de un vínculo jurídico entre los cónyuges o los convivientes. La voluntad matrimonial se dirige precisamente al establecimiento del vínculo conyugal. El matrimonio consiste en la asunción expresa y explícita de un compromiso de futuro que abarca tendencialmente la vida entera. Frente a ello, la esencia de las uniones no matrimoniales es precisamente que no comprometen a los convivientes respecto al futuro, de manera que cualquiera de ellos puede abandonar la convivencia sin necesidad de formalidad alguna. El compromiso matrimonial asumido por los cónyuges es reconocido por la organización social a través del vínculo jurídico que se instaura entre ellos, y a él se liga la atribución del *status* matrimonial, precisamente porque la previsión vinculante de comportamiento futuro en que consiste lo consiente. De ese compromiso, y de ese vínculo derivan todas las obligaciones y derechos de los cónyuges. Por el contrario, la libre disolubilidad de la relación, por voluntad de uno cualquiera de los convivientes y sin necesidad de cumplir formalidad alguna, es uno de los rasgos que caracteriza jurídicamente a las uniones de hecho (que por esta razón son denominadas también “uniones libres”).

Las diferencias que acaban de reseñarse pierden peso tras una reforma del divorcio como la recientemente aprobada en España, que hace desaparecer prácticamente el compromiso, y el vínculo, en el matrimonio civil: la diferencia que queda, entonces, es simplemente la necesidad de que el vínculo matrimonial sea judicialmente disuelto, cosa que no es precisa en las uniones de hecho porque en ellas no existe vínculo que disolver. De ahí que quepa afirmar que la introducción del divorcio sin causa, por la sola voluntad de uno de los cónyuges, aproxima notabilísimamente el matrimonio a las uniones de hecho.

C) Así pues, recapitulando: a) desde el punto de vista sociológico, el matrimonio integrado por un hombre y una mujer es el modelo que mejor cumple las funciones estratégicas que la familia: es significativamente más fecundo y estable que las uniones de hecho heterosexuales, y todavía más si nos referimos a los modelos homosexuales, ya sean éstos de unión de hecho, o de unión de hecho juridificada, o incluso de matrimonio, como ocurre entre nosotros; b) desde el punto de vista jurídico, también el matrimonio, y más cuanto más firme sea el vínculo jurídico que genera (es decir, cuanto más exigentes sean las causas de divorcio), es institucionalmente más estable que las uniones de hecho, hayan sido juridificadas o no.

Una conclusión se impone, por tanto: no parece coherente con el sentido y el fundamento de la intervención del Derecho sobre la familia dar el mismo tratamiento, o un tratamiento muy semejante, a modelos familiares que han revelado ser de tan diferente funcionalidad social y jurídica. Si el fundamento y el sentido del Derecho de Familia es permitir que la familia desarrolle óptimamente sus funciones estratégicas (nacimiento, humanización y socialización de nuevos ciudadanos), lógicamente los modelos familiares que han demostrado jurídica y sociológicamente más aptitud para desarrollarlas deben ser preferidos e incentivados. Lo cual enlaza, en nuestro Ordenamiento, con la garantía institucional del matrimonio contenida en el art. 32 de la Constitución, ga-

rantía institucional que quiere decir, al menos, que el matrimonio, como institución garantizada constitucionalmente (art. 32 CE.), goza de la protección reforzada del art. 53.1 CE, y que, aunque también están amparadas por el art. 39 CE. las familias de origen no matrimonial (entre otras, Ss. TC. 222/1992, 47/1993, 74/1997), ello no debe forzosamente suponer paridad de trato en todos los órdenes entre las uniones no matrimoniales y el matrimonio, que puede ser tratado más favorablemente que aquéllas (Ss. TC. 184/1990, 74/1997).

## 6. LA RESPUESTA JURÍDICA: DIAGNÓSTICO SOBRE EL DERECHO ESPAÑOL

A) Frente a las conclusiones más arriba expuestas, lo cierto es el camino que han tomado muchos Ordenamientos de nuestro entorno, y por lo que a nosotros afecta singularmente el español, es el del progresivo acercamiento entre el matrimonio y las uniones de hecho, desde el punto de vista jurídico fenómeno que ha provocado que las diferencias entre ambas figuras, al menos en lo que respecta al Derecho positivo, sean cada vez menos significativas.

Así, por un lado, ha tenido lugar un proceso de juridificación de las uniones no matrimoniales, que han pasado de no estar contempladas por el Derecho (es más, de ser intencionalmente ignoradas), a tener a través de diversas vías un régimen propio, más o menos cercano al matrimonial: claramente, en cuanto a los hijos, puesto que la equiparación entre la filiación matrimonial y la no matrimonial hace que su situación sea prácticamente la misma en uno y otro caso (aunque esto no es peculiar de las parejas de hecho, sino que se extiende a todos los casos de filiación extramatrimonial, convivan o no los padres); pero también en cuanto a la configuración de la unión y sus requisitos, a las relaciones entre los convivientes, o a las consecuencias de la ruptura.

Con cuanto queda dicho concurre un fenómeno paralelo de desjuridificación del ma-



rimonio civil, en el que destacan: 1) por un lado, la pérdida de importancia de los impedimentos matrimoniales, hasta el punto de que, como ya se ha dicho, en muchas leyes autonómicas sobre uniones de hecho, acaban coincidiendo el listado de quienes no pueden casarse y el de quienes no pueden constituir una unión de hecho a efectos legales; en este punto destaca especialmente la admisión del matrimonio civil entre personas del mismo sexo, lo que hace desaparecer una de las diferencias más relevantes entre las parejas de hecho (que podían ser heterosexuales u homosexuales) y el matrimonio (esencialmente heterosexual); 2) por otro lado, la progresiva ampliación del divorcio, hasta llegar al divorcio por voluntad unilateral de uno de los cónyuges, lo que acerca el matrimonio a una de las características más señaladas de las uniones de hecho, que es la libre disolubilidad. Tras este doble fenómeno, las diferencias jurídicas entre el matrimonio civil y las uniones no matrimoniales han quedado, en la práctica, muy difuminadas.

Desde otro punto de vista, la juridificación de las uniones de hecho, al menos tal y como ha sido llevada a cabo en nuestro país (y me refiero aquí básicamente a las leyes de parejas de hecho de las Comunidades Autónomas), ha prescindido de una de las principales dificultades que presenta el establecimiento de un régimen legal específico para las situaciones de unión de hecho, que es, precisamente, el carácter fáctico de la relación que se trata de regular. El olvido de este dato, y la tendencia a tratar las uniones de hecho como realidades estrictamente jurídicas hace que muchas veces las soluciones que se ofrecen sean técnicamente insatisfactorias, por no decir abiertamente absurdas, y conduzcan a callejones sin salida, o escasamente practicables. Atender a las peculiaridades que derivan de su carácter fáctico es condición necesaria para afrontar jurídicamente el tratamiento de las uniones de hecho con alguna garantía de éxito. A la inversa perder de vista este planteamiento conduce a soluciones legales muy poco prácticas, que adolecen, además, de un formalismo exacerbado, hasta el punto de que en algunas legislaciones

autonómicas sobre uniones no matrimoniales el hecho desaparece, y queda solo el Derecho (por ejemplo, cuando cabe constituir legalmente una pareja de hecho mediante escritura pública, sin necesidad de que hayan convivido antes, ni de que convivan después, como ocurre entre otras en la Ley aragonesa 6/1999: cfr. arts. 3.1 y 6.1.d).

Algo parecido ocurre con los requisitos legales para constituir una unión de hecho, cuya aplicación acaba plasmándose en la existencia de uniones de hecho relevantes jurídicamente (“juridificables”), por un lado, y por otro uniones de hecho que, aun existiendo, y presentando los mismos problemas jurídicos que las anteriores, quedan al margen del Derecho por no reunir los requisitos fijados, o por la presencia de algún impedimento (“uniones no juridificables”). Es decir, que habría uniones de hecho de Derecho, y uniones de hecho solo de hecho (o uniones de mero hecho). Esta es una consecuencia inevitable del proceso de juridificación de las uniones no matrimoniales, que necesariamente deja de lado algunas (pocas o muchas) situaciones de convivencia de hecho que, por la razón que sea, no se consideran merecedoras de protección.

**B)** Como ya se ha recordado más arriba, en el Derecho español la forma de hacer frente a los nuevos modelos de familia ha variado: mientras las Comunidades Autónomas han optado por promulgar leyes de parejas de hecho (entre otras razones por carecer constitucionalmente de competencia para regular los aspectos personales del matrimonio), en el Derecho común español no existe una regulación legal de conjunto de las uniones de hecho, pero sí hay un apreciable número de reglas legales y decisiones judiciales relativas a las uniones no matrimoniales. Para el Derecho común, con repercusiones importantes en los autonómicos, el paso más importante desde el punto de vista de este proceso de aproximación entre matrimonio y uniones de hecho ha sido dado por las leyes 13/2005 y 15/2005, que han convertido el matrimonio civil en algo parecido a una unión de hecho cuya constitución y disolución están sujetas a un cierto control formal.

En efecto, como hemos visto, el matrimonio civil español ha asumido mediante esas leyes buena parte de los rasgos que caracterizan a las uniones de hecho.

C) Con fundamento en el análisis realizado con la brevedad que consienten estas páginas, no es aventurado concluir que la opción implícitamente asumida por el legislador común español es la de acercar el tratamiento del matrimonio, que es el modelo familiar más funcional desde el punto de vista jurídico y social, al de los modelos familiares menos funcionales, lo que no tiene demasiado sentido ni común ni jurídico. Al irse difuminando los rasgos que caracterizaban (también jurídicamente) el matrimonio civil, éste se ha ido convirtiendo progresivamente en una institución inespecífica (una mera “unión de dos personas independientes”).

En esta perspectiva, ¿qué queda del matrimonio? Cada vez más, solo un nombre y una forma (i.e., unas formalidades). Una cáscara vacía, y una inercia legal. El problema es, como se ha indicado más arriba de la mano de Archederra, el de la pérdida del vigor teleológico de la regulación del matrimonio y la familia. En efecto, a la vista de nuestra legislación, no es fácil saber para qué sirve, institucionalmente, el matrimonio, cuál es su finalidad, y cuál la razón por la que el Derecho lo regula con tanta atención y prolijidad, en sus aspectos personales y patrimoniales. Pero entonces tampoco somos capaces de saber por qué hay que regular las nuevas formas de familia, ni cuál es el contenido razonable de dicha regulación. La sociedad, y el Derecho, parecen carecer en muchos casos de una idea clara de cuál es la función de la familia (para qué sirve), y por tanto de cómo ha de ser regulada: no sabemos por qué hay un cartel encima del banco que dice “prohibido sentarse”, y por tanto no sabemos qué hacer ni con el cartel ni con el banco. De ahí que se haya hablado de un Derecho que duda sobre sí mismo, y cuyos fundamentos, sobre todo en relación con las reformas más recientes, son inciertos (Dekeuwer-Defossez).

## 7. A MODO DE CONCLUSIONES: PARA UNA REVITALIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA

Como ha podido apreciarse, la situación en Derecho español en relación con las nuevas formas de familia es la de que prácticamente todas, en sus rasgos fundamentales, pueden cobijarse bajo el amplio amparo que les ofrece un matrimonio civil que ha quedado convertido en poco más que una etiqueta. El coste es, en mi opinión, excesivo.

¿Qué es lo que cabe hacer? ¿Cómo puede afrontarse esta cuestión? Creo que la respuesta pasa por recobrar la perspectiva, y proceder a un replanteamiento global del Derecho de Familia.

El punto de partida podría ser la idea de la diversidad: cuando estamos hablando de modelos de familia estamos hablando de modelos diferentes entre sí, y por tanto no intercambiables, ni social ni jurídicamente. La diversidad estructural y funcional habría de traducirse en diversidad jurídica, determinando en primer lugar qué modelos precisan de una específica regulación (puede que no todos: solo aquéllos que tengan una mínima funcionalidad social), y diseñando después un cauce propio para cada uno de tales modelos, que se adecue a sus rasgos característicos y sea proporcionado con su funcionalidad social. Y, sobre todo, conviene recuperar decididamente el modelo matrimonial: si buena parte del problema es la falta de vigor teleológico del matrimonio legal, de desdibujamiento de los fines de la institución matrimonial, de lo que se trataría es de buscar las vías que permitan recuperar ese vigor teleológico y, a partir de él, el sentido y contenido jurídicos del matrimonio.

En este sentido, cabe hacer algunas propuestas:

1. En primer lugar, reservar el término matrimonio para las uniones entre personas de distinto sexo (ese es el sentido propio de la palabra: art. 3.1 Cc.), de manera que las uniones homosexuales, en caso de entenderse que pre-

cisaban de una específica regulación jurídica (cosa que debería ser objeto de consideración y debate específicos), tuvieran un cauce institucional propio, diferente del matrimonio, y adaptado a sus características estructurales y funcionales. Es lo que han hecho, como hemos visto, Alemania (*Lebenspartnerschaftsgesetz*) o Inglaterra (*Civil Partnership Act*). Así se evitaría la homogeneización legal de dos realidades diferentes, pero también que, por lo menos a determinados efectos jurídicos (de régimen positivo), hubiera que distinguir entre los matrimonios contraídos por personas del mismo sexo, y los contraídos por personas de diferente sexo, como ocurre ahora (y pienso, destacadamente, en la presunción de paternidad del marido: nuevamente los hijos aparecen como claves en el tratamiento jurídico).

2. Reservado el matrimonio para las uniones heterosexuales, sería también razonable no solo permitir, sino también potenciar la opción voluntaria por un tipo de matrimonio caracterizado jurídicamente por una mayor estabilidad, al ejemplo de lo que se ha hecho en los Estados Unidos, país en el que varios Estados han introducido el llamado “matrimonio-alianza” (*covenant marriage*), caracterizado por el compromiso que asumen los cónyuges de esforzarse por resolver sus posibles diferencias o crisis sin recurrir al divorcio, y paralelamente por una fuerte limitación de las causas legales de divorcio, como una posibilidad que se ofrece a la libre elección de los cónyuges; esta decisión de política legislativa se acerca en su planteamiento teórico a las diversas propuestas de matrimonio opcional (disoluble o indisoluble), que se han producido en nuestra cultura jurídica en los últimos decenios.

Habría, entonces, un matrimonio “débil”, siempre heterosexual, y caracterizado por la fácil accesibilidad al divorcio, junto a un matrimonio “fuerte”, caracterizado por la limitada disolubilidad, o incluso la indisolubilidad, entre los cuales podrían elegir libremente los cónyuges, sin que a nadie se le imponga ningún modelo.

3. La existencia tanto de un cauce específico para las uniones homosexuales, como del

modelo matrimonial “débil”, cercano en sus planteamientos a las características de la unión de hecho, conduciría a no establecer una regulación específica para este fenómeno. En efecto, ¿qué sentido tiene establecer otro estatuto, semejante pero no idéntico al matrimonial, para quienes no han querido casarse, pudiendo hacerlo? Parece más razonable entender que quienes quieran obtener un determinado estatuto jurídico para su unión, lo hagan mediante el recurso al instrumento previsto a tal fin por el Derecho con carácter general, que es el matrimonio civil; y que quienes no quieran casarse, carezcan (por elección propia) de ese estatuto, al que ellos mismos no quieren someterse al no casarse, o de cualquier otro semejante.

En todos estos casos, se trata de sustituir un cauce único, caracterizado por una llamativa falta de contenido propio más allá de la forma matrimonial, por varios cauces distintos, con contenidos diferentes, que se adapten a la diferente funcionalidad de cada uno de los modelos de familia, y a sus características propias, y que a la vez permitan que cada ciudadano pueda encontrar el que más se adecue a sus preferencias, y simultáneamente respete su libertad de elección.

En cuanto a los efectos vinculados a cada uno de estos cauces institucionales, lo razonable sería hacerlos depender de su mayor o menor funcionalidad social, pero también de sus características y peculiaridades. En este sentido, parece que debe haber una relación entre la solidez funcional, social y jurídica de la figura de que se trate, y los efectos legales que se hacen derivar de ella. Solo un modelo familiar jurídica y sociológicamente fuerte es apto para soportar un denso conjunto de efectos, que van desde el nacimiento de un régimen económico peculiar (que impone sus reglas también a los terceros que se relacionan patrimonialmente con él, lo que le da una proyección pública más que notable), hasta la nacionalidad o los permisos de residencia, pasando por los derechos sucesorios del supérstite, o por la pensión de viudedad. En cambio, para modelos más débiles o inestables muchos de tales efectos pueden llegar a ser desproporcionados.

De este modo se conseguiría hacer compatible la atención a la diferente funcionalidad social y consistencia jurídica de cada uno de los modelos, con la libertad de los ciudadanos

para elegir el cauce que tengan por conveniente. La diversidad jurídica sería una traducción de la diversidad social, y en cuanto tal, digna de elogio.

## NOTA BIBLIOGRÁFICA

Sobre estas cuestiones la bibliografía es casi inabarcable. Por eso, indicaré preferentemente aquella que me ha resultado especialmente útil para formar mi pensamiento o para contrastarlo: en todos ellos se pueden encontrar nuevas referencias para el lector interesado.

Buena parte de los planteamientos expuestos en este trabajo pueden encontrarse, con mayor detalle argumental, en Martínez de Aguirre Aldaz, C.: *Diagnóstico sobre el Derecho de Familia*, Pamplona, 1996; "Acuerdos entre convivientes *more uxorio*", *Revista de Derecho Privado* 2001, pp. 841 y ss.; y "Perspectivas sobre el 'matrimonio' entre personas del mismo sexo", en Martínez de Aguirre, C. y De Pablo Contreras, P.: *Constitución, derecho al matrimonio y uniones entre personas del mismo sexo*, Madrid, Rialp, 2007, pp. 17 y ss.

Entre nosotros, sigue siendo fundamental la consulta de Viladrich, P.J.: *La agonía del matrimonio legal*, 4ª ed., Pamplona, EUNSA, 2001; también la de Navarro Valls, R. *Matrimonio y Derecho*, Madrid, Tecnos, 1995; una panorámica de conjunto, y actualizada, de la situación en el Derecho Comparado en dos trabajos de García Cantero, G. (sin duda uno de los familiaristas más importantes de los últimos decenios): "¿Qué familia para el siglo XXI?", en *Convergence of legal systems in the 21<sup>st</sup> century (General Reports delivered at the XVI<sup>th</sup> International Congress of Comparative Law*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp.301 y ss.; y *¿Unidad o pluralidad de modelos matrimoniales?*, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 2003); una revisión reciente, la que realiza Cardenal Fernández, J.: *Reformas en el Derecho de Familia*, Murcia, UCAM, 2004.

Sobre el matrimonio y el Derecho de familia fuera de nuestras fronteras, muy brevemente, debe ser subrayado el trabajo de Glendon, M.A.: *The Transformation of Family Law*, Chicago, The University of Chicago Press, 1989, sin duda uno de los análisis transversales más importantes de los últimos decenios. Contiene sugerencias interesantes, Dekeuwer-Defosse, F.: "Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1995 (2), pp. 249 y ss.; así como Meulders-Klein, M.T.: *La personne, la famille, et le Droit. Trois décennies de mutations en Occident*, Bruxelles, 1999. Tuvo importancia en su momento Furguie: *Liberté e famiglia*, Milano, Giuffré, 1979, en cuyos planteamientos pueden encontrarse muchas de las claves que explican la evolución posterior del Derecho de Familia. Entre la manualística francesa, quiero destacar por sus planteamientos y por las perspectivas que aporta, Malaurie, Ph., y Fulchiron, H.: *La famille*, Paris, Defrenois, 2004.

Para planteamientos alternativos, cabe citar entre nosotros la temprana (y profética) aportación de Clavería Gosálbez, H.: "Hacia una nueva concepción del matrimonio", *La ley* 1983-2, pp. 1289 y ss.; de gran repercusión, Díez-Picazo, L.: *Familia y Derecho*, Madrid, Civitas, 1984; más tarde, los dos importantes trabajos de Roca Trías, E.: "Familia, familias y Derecho de Familia", *Anuario de Derecho civil* XLIII-IV, pp. 1055 y ss., y *Familia y Cambio Social (de la "casa a la persona")*, Madrid, Civitas, 1999; y Valpuesta Fernández, R., "Otras miradas sobre la familia. Las familias y sus funciones", en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, t. II, Murcia, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Universidad de Murcia, 2004, pp. 4915 y ss.

Merecen una mención especial los planteamientos que sobre matrimonio y familia se hacen recientemente en USA. Una perspectiva funcional, en un sentido similar al aquí asumido, con profusión de datos y referencias, en Alvare, H. *et al: Marriage and the Public Good. Ten Principles*, Princeton, The Whitherspoon Institute, 2006; y más brevemente, Bradford *et al.: Why marriage matters*, 2ª ed., New Cork, Institut for American Values, 2005. Desde diferentes perspectivas, contienen aportaciones relevantes, entre los más recientes, Brinig, M.: *From Contract to Covenant (Beyond the Law and Economics of the Family)*, Cambridge, Massachussets, London, Harvard University Press, 2000; Hawkins, A., Wardle, L.D. y Coolidge, D.O. (eds.): *Revitalizing the Institution of Marriage for the Twenty-First Century*, Westport, Connecticut, London, Praeger, 2002; y George, R. y Elsthain, J.B. (eds.): *The Meaning of Marriage (Family, State, Market and Morals)*, Dallas, Spence Publishing Company, 2006.

La bibliografía sobre uniones no matrimoniales, producida sobre todo en los últimos veinte años, es también extensísima. Entre las obras generales, cabe destacar, como una de las primeras que hizo un estudio global sobre la figura, Gallego Domínguez: *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 1995; también debe ser subrayado el conjunto de trabajos de Gavidia Sánchez, J.V.: *La unión libre (el marco constitucional y la situación del conviviente supérstite)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995; "La libertad de elección entre matrimonio y unión libre", *Derecho Privado y Constitución* 12 (1998), pp. 69 y ss.; "La diferencia de trato constitucionalmente ilegítima entre el matrimonio y la unión libre; en especial, la doctrina del TC sobre la inadmisibilidad de la causa que impidió

contraer matrimonio a los convivientes”, *Aranzadi Civil*, 2002-I, pp. 2237 y ss., y “Analogía entre el matrimonio y la unión libre en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y principio de libre ruptura de las uniones no matrimoniales”, *Aranzadi Civil* 2002-I, pp. 2355 y ss.; Llebaría Samper, S.: *Hacia la familia no matrimonial*, Barcelona, Cedesc, 1997; Mesa Marrero, C.: *Las uniones de hecho*, 2ª ed., Pamplona, Aranzadi, 2001. Pero de uniones de hecho tratan también muchas de las obras citadas con anterioridad. Sobre las leyes autonómicas de parejas de hecho, puede verse un planteamiento general en Amunátegui Rodríguez, C.: *Uniones de hecho. Una nueva visión después de la publicación de las leyes sobre parejas estables*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

En cuanto a las citas recogidas en el texto del trabajo, no reflejadas en la bibliografía anterior, las referencias son las siguientes: D’Agostino: *Linee di una filosofia della famiglia*, Milano, Giuffrè, 1991; Anderson, Noack, Seierstad y Weedon-Fekjaer, “Divorce-risk Patterns in Same-Sex ‘marriages’ in Norway and Sweden”, disponible en <http://paa2004.princeton.edu/abstractViewer.asp?submissionId=40208>; Arechederra Aranzadi, L.: *El consentimiento matrimonial*, Pamplona, EUNSA, 1989; Dailey, T.J. en, *Comparing the lifestyles of homosexual couples to married couples* (Marzo 2005), disponible en <http://www.frc.org/get.cfm?i=IS04C02>; König, “Sociological introduction”, en el cap. 1 (“Introduction”) del vol. IV (“Persons and Family”) de la *International Encyclopedia of Comparative Law* (Tübingen-The Hague-Paris, J.C.B. Mohr -Paul Siebeck-/Mouton, 1974); Lacruz Berdejo, J.L. en Lacruz *et al.*, *Elementos de Derecho civil IV. Familia*, 2ª ed., revisada y puesta al día por Rams Albesa, J., Madrid, Dykinson, 2005 (pero la opinión citada está presente desde las primeras ediciones); Morgan, P. *Marriage-Lite. The Rise of Cohabitation an its Consequences*, London, Institute for the Study of Civil Society, 2000.

El título se inspira directamente en un trabajo del siempre agudo Carbonnier, J.: “À chacun sa famille, à chacun son droit”, en *Essai sur les lois*, 2ª ed., Paris, Defrénois, 1995, pp. 181 y ss.