

# LA FAMILIA Y SUS FORMAS

Encarna Roca Trías

Magistrada Sala 1ª Tribunal Supremo  
Catedrática de Derecho Civil  
Universidad de Barcelona

Sumario: 1. Los persistentes valores de la familia. 2. El matrimonio como derecho fundamental. 3. ¿Tan importante es el derecho para la familia? 4. Conclusiones

“El matrimonio, Jacopo, es un contrato absurdo y vejatorio tanto para el hombre como para la mujer”

*El arte del placer.* Goliarda Sapienza. P. 593

Los responsables de esta revista me han pedido que reflexione de nuevo sobre el significado del Derecho de familia. En un trabajo anterior intenté demostrar que el concepto de familia tradicional, ligado a “la casa”, había sido superado por el sistema constitucional que, al reconocer la efectividad de los derechos fundamentales en las relaciones familiares, desembo-caba en un individualismo, en el que el papel “tradicional” de la familia tendía a quedar relegado. A pesar del tiempo pasado entre aquella publicación de 1999, y la presente reflexión, las ideas que recogí hace ya unos diez años sobre un aspecto de las relaciones humanas que los legisladores han insistido e insisten en comprimir en un catálogo de normas de aplicación general, se han confirmado y se ha venido a demostrar que el derecho no siempre sirve para dibujar el panorama general regulador de este tipo de relaciones, sino que, al contrario, normalmente va a remolque de la realidad. En lo que hemos coincidido en llamar *derecho de familia*, confluyen un conjunto de cuestiones que tienen más que ver con las delicadas respuestas personales a problemas tan antiguos como el mundo, como son los relativos a la reproducción de la especie humana o la transmisión del patrimonio, al lado de los más sofisticados como la lucha por la obtención de la felicidad

personal, que los románticos identificaron, en parte, con el matrimonio por amor. Como es fácil comprender, estas cuestiones poco o nada tienen que ver con el derecho, que sólo puede limitarse a ofrecer limitadas soluciones a los conflictos que las relaciones humanas no dejan de crear por su propia naturaleza, soluciones que el ordenamiento jurídico adopta por pura necesidad de organización de las convivencias. Un ejemplo claro de lo que acabo de señalar lo encontramos en el insoluble problema de la violencia en el seno del grupo formado por diferentes personas de edades diferentes, que hemos venido en denominar familia, pero no es este el único ejemplo que nos viene a ofrecer la sociedad; de modo que hoy los problemas no se centran en lo que aparece regulado en los Códigos, sino que el Derecho de familia, si queremos seguir identificando esta regulación con una expresión que permite que los investigadores nos entendamos, es un campo de estudio abierto a disciplinas muy distintas: sociología y demografía, derecho laboral, seguridad y asistencia sociales, derecho penal, economía, etc. ¿Dónde queda el Derecho civil? La familia ofrece un campo pluridisciplinar en el que el derecho es sólo una parte muy pequeña de todo el conjunto de reglas dirigidas a organizar todas estas relaciones. Mi reflexión, por lo tan-

to, va a ser más general y no se va a limitar a este estrecho campo de normas contenidas en el Código civil.

## 1. LOS PERSISTENTES VALORES DE LA FAMILIA

Al parecer, las encuestas a nivel europeo, señalan que la familia sigue siendo una de las instituciones sociales más valoradas. Y es cierto que el grupo ha actuado y sigue actuando como amortiguador de algunos de los grandes problemas que afectan a la sociedad en general y a la española, en particular, sin dejar, a su vez, de presentar cada vez nuevos y más complejos inconvenientes. Los hijos siguen dependiendo de los padres hasta edades escandalosamente maduras, porque los padres actúan como prestadores baratos de unos servicios que la sociedad no ha organizado suficientemente bien: desde el cuidado de los niños para permitir que las madres puedan trabajar, hasta la prestación de la habitación en una sociedad de precios desquiciados. Por esto no resulta extraña la respuesta a las encuestas. Pero al mismo tiempo, esta valoración favorable no va acompañada de un respeto a los derechos más elementales por parte de aquellos que se benefician de la situación, porque es también un hecho que cuando los iniciales beneficiarios deben a su vez prestar sus servicios, la situación se torna muy distinta: desde los casos de violencia, que alcanzan tanto a esposas/compañeras como a padres/madres, hasta la reticencia al pago de alimentos complementarios de pensiones de viudedad o jubilación a veces muy bajas o incluso inexistentes.

1. *Las premisas para un estudio coherente de la familia y su derecho.* Sin embargo, no voy a entrar en el examen de las razones, muy complejas, de estas situaciones y de la incoherencia de la sociedad. Esto pertenece a otro campo de investigación. Debe partirse de la premisa generalmente aceptada: que la familia es una institución social. A ello voy a añadir otras dos características, que me van a servir de punto

de partida básico para las reflexiones que seguirán: i) la familia es una institución en constante evolución y ii) nos encontramos frente a un concepto no jurídico. Estos dos puntos han sido discutidos ya en otros lugares, por lo que no voy a insistir en ellos. Sí vale la pena remarcar que resulta significativo que la Constitución haya omitido definir la familia a la que manda proteger, en el texto básico del art. 39 CE. Medida prudente que permite la adaptación del texto a cualquiera de los modelos que puedan presentarse en una determinada sociedad, pero que deja al investigador jurídico un poco desilusionado. Sin embargo, los dos puntos aludidos podrían ser aceptados desde otras disciplinas, jurídicas y no jurídicas. Así:

a) Desde el punto de vista económico, es una verdad constada que la familia es el pilar donde se asienta una parte importante del bienestar social. No tanto porque cree riqueza, como había sucedido históricamente, sino porque, como ya he dicho antes, actualmente funciona como un claro *agente del bienestar social*. La familia suple hoy carencias que se producen en campos básicos, como la vivienda, la educación de sus miembros, la protección de la salud y la ayuda en el desarrollo físico de los menores y el auxilio en la vejez de los mayores, la falta o la insuficiencia de los salarios, la de las pensiones, etc. Estas funciones han cambiado el tradicional papel de la familia como creadora de riqueza, en un entramado en el que las uniones de sus miembros se concebían como un sistema de favorecimiento de las relaciones sociales propias de una sociedad precapitalista y preglobalizada; ciertamente, los servicios se han prestado siempre en el interior de las familias, pero las razones eran muy otras. Las actitudes del príncipe de Salina en *El Gatopardo* obedecen a un sistema de ligámenes en el que los miembros de la familia eran tratados y concebidos como instrumentos para mayor honor y gloria de la casa a la que pertenecían; lo mismo ocurría en el sistema familiar catalán, en el que *el hereu* no era otra cosa que un administrador cualificado para tirar adelante la hacienda, lo que permitía no sólo la subsistencia de los miembros del grupo familiar,

sino también su proyección económica. En estas condiciones, resulta lógico el sistema de legítimas, que constituyen el patrimonio de quienes trabajan, sin salario efectivo, para un sistema que debe protegerles y permitirles el crecimiento personal.

Actualmente, la familia cumple estas funciones sociales en un contexto muy distinto, aunque las razones son muy claras: la primera se encuentra en que el estado del bienestar, sobre todo en España, manifiesta carencias muy importantes, porque se encuentra escasamente desarrollado. Las leyes que se han ido aprobando y, más concretamente, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre relativa a la *Promoción de la Autonomía personal y la atención a las personas en situación de dependencia*, y la LO 1/2004, de 28 diciembre, de *Medidas de protección integral contra la Violencia de Género* y las normas que las desarrollan parten precisamente de la falta de independencia de la familia y por ello debe existir una interacción con las inversiones familiares que, en algunas ocasiones, son más capaces de proporcionar servicios adecuados a sus miembros y, generalmente, de mejor calidad. La idea de la familia como prestadora de servicios a sus miembros aparece claramente en relación al cuidado de niños y ancianos, en una sociedad carente de instituciones de calidad y en la cantidad adecuada a las necesidades personales y los presupuestos familiares..

La segunda razón se encuentra en el compromiso moral entre sus miembros, que algunas veces tiene una traducción legal, como ocurre con el derecho a los alimentos o las pensiones compensatorias post divorcio, pero que otras veces no deriva de ninguna obligación legal y que, es más, se cumple independientemente de que esta obligación exista o no. Se comprende así la metodología adoptada por Eekelaar ya en 1978, en su libro *Family Law and Social Policy*, para quien la finalidad actual de la familia es puramente funcional, es decir, que cumple una función importante en relación al cuidado de los hijos, de modo que, según este autor, la ideología de las sociedades occidentales en relación a esta institución se centra en la función de cuidar a las nuevas generaciones, de

modo que será el instrumento a través del cual se transmiten los valores, la cultura y las conquistas de una generación a otra.

Todo ello hace que sea cierto que la familia actúa de forma conjunta con el Estado en proporcionar bienestar a los miembros del grupo. Por ello dije ya en su día que el sistema actual puede calificarse como *sistema mixto*, en el sentido de que la familia constituye un sistema complementario de la actividad pública en lo que se refiere a la prestación de servicios, distribuyéndose las funciones entre las instituciones públicas y los particulares; no se trata de que el Estado y las administraciones públicas actúen sólo cuando los particulares obligados no lo hagan o lo hagan mal, sino que se produce una distribución de las distintas áreas de actividades, de modo que al Estado corresponde establecer el sistema que permita a los ciudadanos gozar de la plenitud de sus derechos fundamentales, mientras que a los particulares les atañe la prestación de determinados servicios asistenciales dentro del grupo familiar. Por ello aun hoy es absolutamente admisible la concepción funcional de la familia a que antes me he referido.

No hay definiciones legales de familia o, por lo menos, no las hay hasta el punto que limiten la libertad de decisión del legislador; pero si aceptamos esta funcionalidad podremos aceptar una definición tan sofisticada de *familia* como la que proporciona la Ley catalana 18/2003, de 4 de julio, *De suport a les famílies*, que en su artículo se ajusta a esta realidad que estoy describiendo. Esta disposición dice que la mencionada ley tiene como finalidad establecer las bases para la protección de la familia, entendida como eje vertebrador de las relaciones humanas y jurídicas entre sus miembros y como ámbito de transferencias compensatorias intergeneracionales e intrageneracionales. En definitiva, se le está atribuyendo el papel que he descrito antes, como sistema de cohesión social.

Todo ello lleva a considerar que si bien el sector público juega un papel preponderante en la prestación de los servicios sociales, no es el único, porque el actual estado de bienestar

es un conjunto de actuaciones, en las que las familias no juegan un papel menor.

b) Desde el punto de vista social, la familia ha ido evolucionando, sin que sea previsible un final estabilizado a corto plazo. La forma tradicional de la familia extensa ya no existe más que en determinadas sociedades, pero no en las occidentales. La vista de los parientes del ya citado Príncipe de Salina resulta hoy un anacronismo; del concepto amplio del Derecho romano, en el que *todos* los que conviven con el *paterfamilias* son *familiares*, hasta las actuales familias monoparentales, las formas familiares han ido creando una serie de formas convivenciales, que demuestran la riqueza de las relaciones sociales.

Sin embargo, está extendida la idea, no totalmente exacta por lo que se verá, que la única forma de familia es la que se consolida a mediados del siglo XIX y que aparece descrita a mediados del XX por los sociólogos americanos con el nombre de *familia nuclear*. El modelo consolidado en aquel momento en la literatura social y jurídica, de donde pasó a los textos legales, era el que entendía la familia como una unidad de convivencia formada por un hombre, el marido, que aporta los medios económicos para la subsistencia de los otros (*breadwinner*); de una mujer que se ocupa de administrarlos y de educar a los hijos y que cuida a los otros familiares que eventualmente convivan (*housekeeper*) y, finalmente, de un número variable de hijos comunes, a los que se pueden añadir otros familiares del marido o de la esposa. Este modelo es el que se conoce con el nombre de *familia nuclear* y es el utilizado como modelo en general. Lo que se llama *nuclearización* de las familias es debido a unas circunstancias muy claras: la desaparición de personas que no componen este núcleo, la decadencia de la familia extensa y la generalización del matrimonio como sistema organizativo de la convivencia. Como afirma Flaquer (2006), “la reducción de la complejidad de los hogares es consecuencia del proceso de nuclearización desencadenado por la industrialización” y consiste en “el encogimiento de las familias extensas que existían en muchas

zonas rurales donde predominaba la pequeña y la mediana propiedad y en la disminución del número de parientes o de sirvientes residentes en los hogares formados por el núcleo de una familia elemental”; si bien, como sigue diciendo dicho autor, en España el proceso es mucho más tardío; de manera que prácticamente coincide el auge de la nuclearización con la transición del “modelo sustentador masculino al régimen de familia con dobles ingresos”.

Como siempre ocurre, el modelo de la familia nuclear no es el único posible, porque a su lado conviven otros tipos, como las *familias monoparentales*, que hasta hace pocos años estaban formadas por mujeres viudas con sus hijos y que ahora lo integran mayoritariamente núcleos residuales al divorcio y *las familias extensas*, en las que el poder aparece concentrado en el titular de los medios económicos que permiten a los otros miembros del grupo subsistir económicamente, como fue la casa pairal catalana. O bien, las nuevas formas de familias en las que se generalizan estructuras que algunos cualifican como *patologías* en relación con el esquema tradicional: las familias constituidas sin matrimonio, las familias recompuestas y las familias monoparentales, que ahora tienen como origen el divorcio de los progenitores, que deciden o bien contraer nuevo matrimonio (familias recompuestas) o bien continuar la convivencia sin volverse a casar o bien cohabitan sin casarse; finalmente, los matrimonios que deciden no tener hijos. Estos modelos a los que me estoy refiriendo tienen como base la convivencia de personas de sexo diferente. Como dicen los sociólogos, el modelo de la familia nuclear aún constituye el arquetipo sobre el que se construye la regulación general del Derecho de familia; e incluso en las uniones entre las personas del mismo sexo, ésta es una realidad indiscutible. En definitiva, el modelo histórico de la familia nuclear ha substituido, con éxito, el otro modelo histórico de las familias extensas. Sin embargo, algunas normas jurídicas siguen partiendo del tipo *familia extensa*: sólo hay que recordar aquí las reglas del derecho de sucesiones que, sobre todo en la sucesión intestada, parte de

la familia extensa para determinar quiénes son los herederos a falta de voluntad declarada del causante, presumiendo, según algunos autores, que el afecto se extiende a lo largo de una serie de parientes que llega hasta los primos: conclusión, la mayoría de las veces, absolutamente alejada de la realidad: ¿quién puede tener afecto por personas a quienes muchas veces apenas conoce? Y, como afirman analistas económicos de la familia, existe una contradicción sustancial entre el mantenimiento de las formas sucesorias que reconocen un conjunto de derechos a familiares que se hallan fuera del núcleo, con el papel del Estado, como recaudador fiscal; lo que genera la gran discusión acerca de los impuestos sucesorios.

Normas penales y administrativas se encargarán de establecer también los criterios para determinar agravamientos del delito y de las penas, incompatibilidades, etc., sobre la base de unos parentescos más o menos lejanos, pero en cualquier caso, partiendo de un concepto de familia que no es, muchas veces, el que funciona realmente.

Los cambios sociológicos afectan a diversos factores: la dimensión de las propias familias, el incremento de los hogares unipersonales y de las familias monoparentales, la disolución de la convivencia básica a partir de los divorcios y la generalización de la cohabitación, es decir la convivencia sin matrimonio. Todo ello lleva a lo que los sociólogos calificaron como *pluralismo familiar* que, sin ser una novedad absoluta, sí que exige que se den respuestas, que luego van a tener que ser objeto de decisión a la hora de determinar las políticas familiares. Se demandan estas políticas, pero los mecanismos para determinar a sus destinatarios tropiezan siempre con la dificultad de fijar los límites. Dificultades que van a acrecentarse cuando, como en la actualidad, existe, además, un pluralismo cultural que hace que en una determinada sociedad convivan otras familias con problemas distintos a los hasta ahora explicados.

2. *La familia como objeto de reflexión o la llamada "crisis" de la familia.* A partir de las anteriores consideraciones, puede llegarse a una primera conclusión: *todas las formas a las que*

*he aludido tienen un punto de conexión que es el matrimonio, salvo los supuestos de las familias monoparentales. Porque incluso el caso de los hogares unipersonales están descritos de forma comparativa, como una situación de no-matrimonio.*

Desde el punto de vista histórico, el matrimonio es el elemento determinante para la identificación del núcleo familiar: *sólo el matrimonio podía ser tomado en cuenta como elemento identificador de la existencia de la familia, porque sólo a través suyo se podían obtener algunas seguridades: la legitimidad de los hijos y, por este medio, la transmisión de la riqueza.*

Un autor tan significativo como lo fue Juan Pedro de Fontanella, que publica su obra *De pactis nuptialibus seu capitulis matrimonialibus* en pleno siglo XVII, describe el derecho de familia catalán a partir del estudio del matrimonio, al que ligará también la filiación. A quienes todo ello no concernía, el matrimonio no ofrecía ningún incentivo, como diríamos ahora: no estaban interesados en absoluto en contraer matrimonio. Como dice la autora cuya cita encabeza este trabajo, al matrimonio se llega por necesidad. Por ejemplo, en Gran Bretaña se decía que la vida de familia sólo era relevante a los efectos de la aplicación de la *Poor Relief Act*, de 1601, es decir, cuando los individuos debían depender de las ayudas públicas; una modificación de esta ley en 1718 impuso al marido la obligación de prestar alimentos a su esposa y a los hijos que hubiera tenido con ella; si bien, como afirma Eekelaar (1984), no había forma de exigir esta obligación, salvo en el caso en que se hubieran de proveer ayudas públicas. Lo mismo se pone de relieve con relación a la política familiar francesa del siglo XIX, ya que, debido al aumento de los nacimientos fuera de matrimonio, se incentivó el matrimonio entre las clases trabajadoras. En resumen, desde el siglo XIX se va extendiendo el modelo de familia nuclear a las clases sociales populares.

Cuando la burguesía accede al poder, con la Revolución francesa, se produce una primera democratización del matrimonio. Se extienden los intereses que se pretende proteger, que ya no serán exclusivamente los de la transmisión

de la riqueza, sino los de la estructuración de la sociedad de forma ordenada y conforme a una nueva ideología: el matrimonio trae la paz social, porque permite alcanzar unos fines que el Estado solo es incapaz de obtener. De nuevo Flaquer (1999) nos dirá que, al producirse una fuerte erosión de los modelos campesinos que fueron sustituidos por la familia nuclear, “con la difusión de los modelos individualistas, también este modelo se ha ido introduciendo en los barrios obreros de las grandes concentraciones industriales donde predominaban formas no estrictamente nucleares basadas en la solidaridad entre parientes y el colectivismo de clase”; por ello, el sistema venía marcado por altas tasas de ilegitimidad y de abandono, que empiezan a declinar precisamente con la aceptación de este patrón, que tenía en la base el matrimonio y así “se cosecharían los frutos de la lucha por la respetabilidad burguesa contra la ilegitimidad en la medida en que ésta representaba una desviación de los patrones establecidos de familia y matrimonio”.

El ejemplo claro de lo que estoy diciendo lo tenemos en el Código civil francés. Es significativo que el discurso preliminar del *Code* exalte la función sagrada que el matrimonio está llamado a cumplir, ya que tiene como finalidad la perpetuación de la especie, y él solo fundamenta la legitimidad de los hijos; como afirma Catala (2004), en el siglo XIX no hay otra familia que la que se crea por la unión conyugal, teniendo en cuenta, además, la naturaleza imperativa de las leyes que lo regulaban de modo que, siempre según este autor, el conjunto formado por el matrimonio, la filiación, el nombre, la obligación alimenticia y la herencia forma un bloque coherente de disposiciones, en la mayor parte, imperativas.

Como consecuencia, el matrimonio se erige en el centro de la regulación del Derecho de familia, ahora sí incorporado a los Códigos, y generaliza tres elementos básicos en esta nueva ideología:

1º La necesidad de concurrencia de forma para la validez del matrimonio: sin forma no hay matrimonio y sin matrimonio, lo único que hay es el estigma social. En este sentido

son significativas las ya antiguas sentencias de la Sala 1ª relativas a la nulidad de actos de disposición gratuita efectuados en favor de compañeras, por tratarse de actos de carácter inmoral (así las sentencias de 8 marzo 1918, 2 abril 1941 y 16 octubre 1959).

2º El matrimonio va acompañado de una organización económica: el régimen de bienes, que tiene diversas finalidades, tales como estructurar las compensaciones por el incremento de los patrimonios familiares, en una sociedad en la que la mujer empieza a ser considerada claramente como *housekeeper* y establecer los patrimonios responsables frente a los acreedores, normalmente del marido. La nueva economía resultante del orden posterior a la Revolución, los negocios, las tiendas, las sociedades, no elimina la necesidad del matrimonio, sino que lo acrecienta y aparece así el modelo de la mujer buena administradora y ahorradora. El ejemplo de Barbarita, esposa de D. Baldomero Santa Cruz (*Fortunata y Jacinta*) es paradigmático: suerte tiene la casa de tener a Dª Barbarita, porque el ejemplo contrario lleva a la ruina de todos, como nos demuestra Madame Bovary.

3º La legitimidad de los hijos, el miedo a que los bienes que han costado tanto vayan a parar a quienes no son los herederos directos sigue teniendo en el matrimonio el sistema de fijar quién es padre.

De aquí que haya que llegar a una primera conclusión: los sistemas de los Códigos europeos del siglo XIX y que persisten aún a lo largo de las modificaciones del siglo XX, sigue identificando, de forma más o menos directa, a la familia con el matrimonio. El matrimonio es la vía para la constitución de una nueva familia y sólo se constituyen familias a partir del matrimonio de sus miembros fundadores.

## 2. EL MATRIMONIO COMO DERECHO FUNDAMENTAL

El sistema que se ha descrito hasta aquí tiene una consecuencia seguramente paradó-

jica en el momento actual: a pesar del digamos “desprestigio” del matrimonio, lo que se demuestra con la disminución del número de los que se contraen en toda la UE, se ha reconocido como derecho fundamental. Glendon (1989) pone de relieve que aunque la regulación matrimonial ha permanecido relativamente estable, se han producido muchos pequeños cambios que han llevado a una gran transición y que, aunque parezca paradójico, la misma evolución que representa una dejación del interés del estado en la formación del matrimonio, ha culminado en su reconocimiento como derecho fundamental.

1. *El derecho fundamental a contraer matrimonio.* El artículo 16 de la Carta de Derechos Fundamentales de la ONU, de 1948, establece el derecho a contraer matrimonio entre los que deben quedar protegidos, camino seguido por el Convenio europeo de Derechos Humanos de 1950, que en su artículo 12 reconoce este derecho, situación consolidada en el artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (2000), que establece que “se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia, según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”. La paradoja a que se refería Glendon en 1989 comienza ya a ser aceptada como cuestión general por parte de los investigadores europeos que se ocupan del Derecho de familia; así, MacGlynn (2006) señala diversas situaciones que se están produciendo en las sociedades occidentales: los niveles de matrimonio están bajando rápidamente en la UE, mientras aumentan los divorcios; las estadísticas de cohabitación aumentan a su vez, pero al mismo tiempo algunos estados han introducido el matrimonio para las parejas del mismo sexo; dicha autora añade que las contradicciones abundan porque, si bien la Convención europea de Derechos Humanos y la Carta de Derechos fundamentales de la UE reconocen el derecho a contraer matrimonio, la Corte de Justicia de la UE y el Tribunal Europeo de derechos humanos rehúsan definir las uniones de gays y de lesbianas como auténticas familias y defienden el matrimonio como un espacio reservado únicamente para

las parejas heterosexuales. Esta reflexión es absolutamente cierta y abunda en la paradoja de que el derecho a contraer matrimonio ha sido configurado como fundamental en el sistema europeo, mientras que no todos tienen acceso al ejercicio de este derecho.

Aunque todo ello ha llevado a una consecuencia de nuevo paradójica: cuanta mayor protección institucional ha recibido el matrimonio, más se ha acelerado su caída es decir, su consideración social. El hecho es que ahora los sociólogos se refieren a la desinstitucionalización del matrimonio como un hecho cierto y constatable, que se produce por medio de la baja del número de matrimonios y del aumento de la cohabitación (Flaquer, 1998) cuestión esta última que no significa que las personas estén dispuestas a no convivir, sino que buscan otros sistemas distintos. La hipertrofia del matrimonio como espectáculo, ha dado lugar a una simplificación de la prestación del consentimiento matrimonial. El éxito del matrimonio/derecho fundamental ha producido su propia caída.

2. *Las consecuencias de la construcción constitucional del matrimonio como derecho fundamental.* Cuando el derecho ordena una realidad y le atribuye, además, la categoría de derecho fundamental, debemos preguntarnos acerca de las consecuencias que ello comporta. Se ha visto ya que la opción de los legisladores internacionales y nacionales ha sido la de otorgar al derecho a contraer matrimonio la categoría de fundamental y ello comporta que un investigador de la familia deba formular una serie de preguntas, aunque la esperanza de que se vaya a obtener una respuesta correcta debe ser más bien ligera. La cuestión se centra en el contenido del propio derecho, que se considera que tiene dos vertientes: i) desde el punto de vista *positivo*, como el derecho a contraerlo “sin que a uno le impidan hacerlo más que en supuestos justificados” (Díez Picazo Jiménez, 2006), y ii), desde el punto de vista *negativo*, como derecho a no casarse si no se desea.

Si el matrimonio debe ser considerado como un derecho fundamental,

a) ¿Por qué están las personas constreñidas a contraerlo cuando se quieren establecer relaciones de pareja? Esta pregunta vendría a plantear la cuestión de si existe o no un derecho a no contraer matrimonio, entendido no como derecho a excluirlo, sino como derecho a acceder a las mismas prestaciones reconocidas a quienes lo han contraído. Ciertamente, nadie hoy va a afirmar que la libertad de las personas y su reconocimiento también como derecho fundamental, va a excluir que pueda nadie ser penalizado por no haber contraído matrimonio; ésta no es la cuestión. Pero cuando a nivel de discusión teórica se plantea el problema de si el artículo 32 CE contiene un derecho negativo a excluir el matrimonio, las opiniones están lejos de resultar unánimes.

En primer lugar, quienes sostienen que no existe un derecho negativo a excluir el matrimonio, pero con las mismas consecuencias que si los convivientes estuvieran casados, alegan que debe protegerse también la libertad de elección de quienes la han efectuado; no se quiere el matrimonio como institución y, por ello, se excluye la forma; la consecuencia es que no sólo se prescinde de la forma, sino que se desechan las consecuencias de su utilización; por tanto, los efectos del matrimonio. Y éste es también un derecho fundamental ejercido de acuerdo con el de libertad, por lo que va a tener razón, según esta opinión, el Tribunal Constitucional cuando ya desde 1990 ha dejado clara la diferencia entre las dos situaciones. Sin embargo, quienes sostienen que sí debería considerarse incluido en el artículo 32 CE el derecho negativo a no casarse, entienden que la exclusión de la forma no impide la existencia real y efectiva del consentimiento matrimonial y por ello deben protegerse las situaciones de hecho y atribuirles los mismos efectos que a los matrimonios, porque la falta de la forma no debe llevar a negar eficacia a la denominada unión de hecho. En definitiva, si existiera esta vertiente del derecho a contraer matrimonio, los poderes públicos vendrían obligados a “regular orgánicamente situaciones convivenciales alternativas al matrimonio, como presupuesto del ejercicio de este dere-

cho” (Talavera, 2001). Hay que reconocer que la doctrina de nuestros Tribunales no ha sido muy unánime; puede decirse que el Tribunal Constitucional, desde la sentencia 184/1990, de 15 de noviembre, ha venido a confirmar la diferencia de las dos situaciones, teniendo en cuenta que el matrimonio es una institución incorporada al sistema constitucional, mientras que las uniones de hecho no gozan de esta categoría; lo que, evidentemente, no las coloca fuera de la ley, sino únicamente al margen de la misma; así, como el artículo 32 CE incluye el derecho a no casarse, las parejas que optan por esta posibilidad no pueden exigir que se les dé un trato similar a las parejas casadas. Pero esta línea de solución del problema que se mantiene a partir de la STC 184/1990 quiebra en la STC 222/1992, cuando incorpora a las parejas de hecho en el supuesto de la subrogación en el arrendamiento pactada por el cónyuge que fallece, diciendo que

“Nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo 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 tuitivo 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 (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. El sentido de estas normas constitucionales no se concilia, por tanto, con la constricción del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura —en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales— esa modalidad de vida familiar. Existen otras junto a ella, como corresponde a una sociedad plural, y ello impide interpretar en tales términos restrictivos una norma como la que se contiene en el art. 39.1, cuyo alcance, por lo demás, ha de ser comprendido también a la luz de lo dispuesto en los aps. 2 y 3 del mismo artículo”.

El TS tampoco ha sido muy unánime, aunque hay que reconocer que sólo las cuestiones relacionadas con compensaciones económicas consecuencia de las crisis matrimoniales han sido objeto de las decisiones de la Sala 1ª. La sentencia de 21 octubre 1992 rechazó la aplicación por analogía del régimen económico matrimonial por falta de pacto expreso o tácito

to; estos pactos o los *facta concludentia* deben evidenciar de forma inequívoca la voluntad de poner en común todos o algunos de los bienes adquiridos constante la unión. Es sabido que la sentencia de 11 noviembre 1992 llevó al principio del enriquecimiento sin causa la reclamación de una de las partes en demanda de compensación por los incrementos experimentados por el otro conviviente durante la unión. La sentencia de 12 septiembre 2005 pretende crear una doctrina unitaria sobre este problema y, a tal efecto, empieza poniendo de relieve las técnicas utilizadas por el Tribunal Supremo para resolver esta cuestión que, después del análisis de diversas sentencias, se encuentra en la técnica del enriquecimiento injusto:

"En conclusión y como epitome, se puede decir que en el criterio jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo en materia de compensación económica no pactada en la ruptura de las parejas de hecho, se puede constatar que la técnica más utilizada es la de la doctrina del enriquecimiento injusto, seguida por la de protección del conviviente más perjudicado por la situación de hecho, más tarde la de la aplicación analógica del artículo 97 del Código Civil, y por la de la teoría de la responsabilidad civil extracontractual, y por último la de disolución de la sociedad civil irregular o comunidad de bienes".

Porque el Tribunal afirma expresa y rotundamente que

"sentado lo anterior, es preciso proclamar que la unión de hecho es una institución que no tiene nada que ver con el matrimonio [...], aunque las dos estén dentro del derecho de familia".

Es decir, que puede afirmarse rotundamente que el TS no equipara ambas situaciones, no les atribuye los mismos efectos, aunque y ello resulta importante, les reconoce la categoría jurídica de familias. La respuesta de nuestros tribunales a la pregunta que he formulado en este apartado parece más inclinada a la negación del denominado *derecho a no contraer matrimonio* con las características que he puesto de relieve, que a dar la razón a quienes consideran que sí existe. Por lo demás me parece que la pregunta es retórica...

Al mismo tiempo, hay que recordar que algunas resoluciones de la Corte europea de Justicia llevan a conclusiones muy parecidas.

En el caso *Netherlands v Reed* (Case 59/85), [1986] ECR 1283; [1987 2 CMLR 448), el Tribunal consideró que el término *esposola* no se extendía a los convivientes no casados, de modo que los convivientes al no ser esposos están excluidos de los derechos comunitarios atribuidos a los emigrantes, aunque posteriormente en los casos *Eyüp v Landesgeschäftsstelle* (Case C-65/98, [2000] ECR I-4747 122-59 y en el caso *Baumast and R. v Secretary of State for the Home Department* (Case C-413/99, [2002] ECR I-7091; [2002] 3 CMLR 23) la Corte ha mostrado un mayor respeto en relación con la protección de la vida familiar, tal como se ha explicitado en el artículo 9 de la Carta de Derechos fundamentales de la UE; de manera que las relaciones heterosexuales gozan de la protección acordada por el derecho al respeto a la vida familiar. Como puede comprobarse, la palabra que mejor define la actual situación es *desconcierto*.

b) La segunda pregunta se refiere a la justificación de limitar el acceso al derecho a contraer matrimonio sólo a personas de sexo diferente. ¿Por qué se limita el derecho al hombre y la mujer, el uno con el otro, y no se acepta que puedan contraerlo los hombres y las mujeres entre ellos? Este pregunta está hoy en el centro del debate internacional, dadas las distintas soluciones que se han producido en Europa y en América y que siguen distintos modelos: desde el de las uniones registradas, propio de los países escandinavos y que fue el sistema para abrir las soluciones, hasta el matrimonio propiamente dicho que se ha aceptado como tal en legislaciones de Holanda, Bélgica, España y Canadá. No voy a entrar a discutir el tema aquí, dadas las implicaciones de todo tipo que conlleva esta discusión. Sólo quiero recordar ahora que, si bien el auto del Tribunal Constitucional 222/1994 dijo que el matrimonio que protege la Constitución está basado en el principio heterosexual, no excluye que futuras decisiones de la Corte constitucional lleven a una conclusión distinta. A tal efecto, resulta interesante el planteamiento efectuado por Díez Picazo Jiménez (2006) quien interpreta el art. 32 CE desde dos puntos de vista dis-

tintos, con consecuencias específicas en cada caso: si dicha disposición “consagra un puro derecho subjetivo”, “habrá que concluir que el artículo 32 CE impide al legislador suprimir el matrimonio entre hombre y mujer”, pero que no le impide ampliarlo. Mientras que si el artículo 32 se interpreta como una garantía institucional, se sustraería la materia a la libre disponibilidad del legislador. Parece que la opción del legislador es la de considerar el matrimonio como un derecho subjetivo, lo que le ha permitido regularlo de la forma que lo ha hecho en la Ley 15/2005. No pienso que esta opción sea contraria a la regulación constitucional y, por tanto, me inclino por aceptar la primera de las interpretaciones propuestas por este autor, aunque una cosa es garantizar al hombre y a la mujer el derecho a contraer matrimonio y otra cosa distinta es ampliarlo a otros supuestos, lo que no prohíbe el artículo 32 CE ni los propios textos de Derechos humanos ligados con nuestro ordenamiento.

No habría, por tanto, una garantía institucional, sino sólo un derecho subjetivo, lo que permitiría admitir la constitucionalidad de la ley que admite el matrimonio de personas del mismo sexo, porque su protección institucional queda asegurada. Una interpretación de este tipo viene también confirmada por el artículo 9 de la Carta de Derechos Humanos de la UE que, a diferencia de lo que se establece en el artículo 12 del Convenio europeo, señala que *todos* tienen derecho a contraer matrimonio en igualdad de condiciones, lo que amplía indudablemente el ámbito de los legitimados para hacerlo.

c) La tercera pregunta tiene una más fácil respuesta: ¿por qué sólo deben estar protegidos los hijos que nazcan de uniones matrimoniales? La respuesta constitucional es clara: la protección debe alcanzar a los hijos con independencia de su filiación; ésta es una forma de fijar la relación paterno filial, pero no una forma de discriminación entre hijos nacidos dentro del matrimonio y de los nacidos de padres que no lo han contraído. Ninguna duda sobre esta cuestión. Ciertamente, a nivel europeo ha habido una creciente separación entre filiación y ma-

trimonio hasta el punto de que algunos autores entienden que la familia actual en vez de estar fundada en el matrimonio, está fundada en la filiación. McGlynn (2006) pone de relieve que históricamente el matrimonio formaba la base de la familia a la vista de las dificultades para determinar quién era el padre, de manera que se había convertido en el elemento clave para comprender lo que era el padre. Sin embargo, continúa diciendo esta autora, la realidad social de acuerdo muestra que cada vez existen más hijos nacidos fuera del matrimonio, cuyos padres a menudo conviven, con el incremento de divorcios y la consiguiente formalización de familias recompuestas; ello va a producir la necesidad de cambios en la aproximación entre matrimonio y filiación, de manera que ésta quede separada del primero. Y ello es lo que ocurre en nuestra Constitución, en la que la obligación del cuidado de los menores o de aquellas personas cuyas circunstancias impliquen una necesidad de protección, se separa del matrimonio y se basa en la filiación, por medio de la investigación de la paternidad.

De aquí que las preguntas que me hacía en este punto de mi reflexión tengan una respuesta bastante obvia: aunque el matrimonio siga siendo el modo más habitual de formar una familia, ni debe identificarse con la propia familia, ni sirve ya para las finalidades que históricamente se le atribuyeron. El matrimonio no puede tener la exclusividad para determinar los derechos y deberes de los convivientes, ni sirve ya para fijar las bases en la determinación de las relaciones paterno-filiales.

3. *Ventajas e inconvenientes del sistema basado en el matrimonio.* El derecho es tozudo y sigue manteniendo el matrimonio como elemento básico en la formación de la familia y ello aunque la identificación entre ambos elementos no pueda ya darse. Porque en el actual nivel de regulación y en relación con las actitudes sociales, no se puede centrar el tema sobre bases exclusivamente jurídicas, sino que hay que reflexionar sobre las ventajas e inconvenientes que comporta el cambio o el mantenimiento de la forma matrimonial en la base de las relaciones familiares.

Como ventajas, debe hablarse de las siguientes:

– La seguridad que proporciona el gozar de un sistema claro de reglas en las relaciones entre los que se casan, tanto durante la vigencia del matrimonio, como en relación a la disolución. Dejando de lado las causas del divorcio, lo que sí es cierto es que las reglas para la liquidación de la relación matrimonial ofrecen un plus de seguridad a partir de la identificación de quienes van a tener que asumir determinadas obligaciones consecuencia de la disolución. Y ello con independencia del cumplimiento de las mismas. Una situación de hecho produce más irresponsabilización, al no poder identificarse, por no existir, los derechos y deberes de quienes la forman. Los temas discutidos en las sentencias sobre liquidación de relaciones de hecho son, fundamentalmente, los económicos, en el sentido de que no se sabe si existen o no compensaciones, mientras que en las liquidaciones de las sociedades de gananciales lo que se va a discutir es si determinados bienes forman o no parte de la masa común a partir, pero sobre la base de la existencia del régimen. Los litigios no se evitan, pero...

– Los terceros que se relacionan con los cónyuges gozan también de una seguridad adicional respecto al sistema de responsabilidad por las deudas de los cónyuges, ya sean domésticas, ya sean generadas por cualquiera de los cónyuges en ejercicio de su profesión.

– La protección tiene lugar por medio de normas tuitivas. El derecho de familia ha sido concebido como un conjunto de normas imperativas para evitar que en situaciones de real desigualdad, uno de los cónyuges pueda prevalerse de su posición preponderante para ocasionar perjuicios al otro.

– Permite la identificación inmediata de las personas a las que se puede exigir el cumplimiento de los deberes para con los hijos.

Sin embargo, cualquier investigador consciente no dejará de poner de relieve los *inconvenientes* que presenta este esquema; y el mayor de todos ellos, por no decir quizá el único, se encuentra en la colisión con el derecho a la

libertad de casarse o no casarse. Dejo aparte la anterior discusión sobre si el derecho a no casarse forma parte del fundamental a contraer matrimonio. Creo que es una discusión en la que no resulta interesante seguir ahondando; en lo que sí quiero insistir ahora es en el problema no sólo teórico que se presenta con relación al derecho a no casarse y si debe éste ser protegido cuando los implicados en la decisión la toman por razones ideológicas (STC 66/1994, de 28 febrero<sup>1</sup>) o culturales (STC 69/2007, de 16 abril<sup>2</sup>). A esta problemática debo añadir la que se refiere a la posibilidad de organizar la relación matrimonial del modo más adecuado a las condiciones personales y sociales de quienes deciden contraerlo. No piense el lector que me refiero al régimen económico matrimonial, porque todos sabemos que los cónyuges tienen una cierta libertad en este campo. Me estoy refiriendo a la celebración de matrimonios a plazo, o bajo determinadas condiciones y a los matrimonios con más de una persona o con determinados parientes.

Respecto de las denominadas modalizaciones del matrimonio, contenidas en el art. 45.2 CC, que considera como no puestos “la condición, el término o el modo del consentimiento”, hay que reproducir aquí la teoría jurídica que entiende que estas modalizaciones serían contrarias al contenido matrimonial, ya que la institución del matrimonio, tal como aparece concebida en la legislación actual, no admite la autonomía de la voluntad en la determinación de este contenido. Ya Castro (1967) decía que aunque se admitieran los negocios de derecho de familia, “lo íntimo de estas relaciones hace que, esa su peculiar naturaleza, haga presumir que conductas que normalmente se induciría la existencia de un negocio jurídico, sean consideradas extrañas al ámbito de lo negocial”; ello hará que estas modalidades del matrimonio sean excluidas porque el matrimonio como negocio “excluye la predeterminación vinculante de un contenido contrario al genérico dispuesto por la ley y, asimismo, la de uno de los contenidos específicos, de los distintos modelos concretos que admite hoy el ordenamiento jurídico” (Salvador Coderch, 1984);

por ello, se excluye el pacto sobre condiciones, términos y modo: el matrimonio se debe aceptar tal como está diseñado legalmente. Sin embargo, tampoco se admitía el matrimonio con personas del mismo sexo y ya sea a través del reconocimiento del derecho a contraer matrimonio de las personas transexuales, ya sea por medio del reconocimiento del derecho a las del mismo sexo, éste ha cambiado. ¿Cuál es la razón jurídica que impediría pactar un matrimonio temporal y más cuando actualmente el divorcio no requiere causa? La rigidez de determinadas soluciones no impide que los ciudadanos tomen sus propias decisiones: ya que no pueden pactar un matrimonio temporal, se usa la convivencia de hecho para obtener resultados parecidos y así la convivencia es percibida en muchos casos como un matrimonio a prueba (Meil, 2007), o también como un sustitutivo del demasiado formal y comercializado matrimonio.

Si seguimos analizando los requisitos legales, llegamos a puntos cruciales de su estructura: el matrimonio entre determinados parientes está excluido en el Código civil (art.46 CC), por razones eminentemente sanitarias y culturales; sin embargo, como pone de relieve Glendon (1989), no debe confundirse el tabú del incesto con el matrimonio entre otros parientes, ya que, si bien los ordenamientos occidentales prohíben los celebrados entre los parientes de la línea recta y los hermanos, las prohibiciones se han reducido o incluso han desaparecido con relación a los otros parientes, como ocurrió en España en la reforma de 1981, que excluyó de la prohibición a los del cuarto grado. Ciertamente, añade Glendon, que una explicación genética resulta popular, pero demasiado fácil, porque en el fondo responden a otros criterios no exclusivamente sanitarios, como ocurría con la antigua prohibición que afectaba al tutor con relación al sometido a tutela, cuya finalidad era evitar la explotación del menor y que ha desaparecido en el momento en que el matrimonio sólo puede ser contraído válidamente por mayores de edad o menores, pero con dispensa judicial. Finalmente, el matrimonio con más de una persona sigue siendo un

tabú cultural sólo para aquellos sistemas matrimoniales que derivan de regulaciones ligadas con la fe cristiana, mientras que otras, como la secta Amish y los propios musulmanes admiten la poligamia, con las consecuencia que plantea en sociedades multiculturales, como están destinadas a serlo las occidentales. Algunos autores consideran que aquí se demuestra una de las grandes hipocresías del sistema, porque aunque la poligamia simultánea aparece excluida en los países occidentales, nada impide la poligamia sucesiva de los divorciados, que es práctica frecuente en los países ricos del mundo occidental (Glendon, 1989).

Estas reflexiones no deben entenderse en el sentido de que aquí se propugna una ordenación matrimonial en la que se eliminen estas reglas. La regulación del matrimonio es competencia del Estado que, según el art. 32.2 CE, debe fijar las condiciones para su validez y que, con toda seguridad, elegirá un contenido matrimonial que esté de acuerdo con las tradicionales reglas aceptadas socialmente desde hace muchos años. Hay que tener en cuenta que la mayoría de los países occidentales presentan un contenido muy homologable en lo que se refiere a la regulación de los matrimonios aunque, como pone de relieve Glendon, la referencia a las condiciones para contraerlo y el propio contenido ha sufrido también una evolución importante a lo largo de los últimos doscientos años. En definitiva, se pasa del matrimonio sacramento, al matrimonio-contrato y, como afirma Hattenhauer (1987), para Lutero el matrimonio era “un negocio mundano”, que hay que dejar a las autoridades temporales; evolución que culminaría con el Código civil francés, que siguió el carácter contractual del matrimonio y dejó la religión en el ámbito privado de la conciencia, de donde deriva, evidentemente, la introducción del divorcio como sistema de disolución.

Todas las explicaciones relacionadas con el concreto contenido del matrimonio y con el derecho a contraerlo están fundadas en reglas provenientes de una determinada tradición cultural que, como ocurre en todos los aspectos del derecho de familia, el ordenamiento

jurídico no ha hecho más que aceptar y consolidar como reglas generales; con lo que se desprenden de su origen, se hacen abstractas y aparecen como reglas inherentes a la propia institución. Sin embargo, no hay nada que decir en que existan, porque cualquier sistema jurídico debe optar por exigir unas condiciones determinadas para los que deciden contraer matrimonio, del mismo modo que las requiere para quienes quieren contratar u otorgar testamento. Lo que he querido remarcar es que estas condiciones no se fundan en un razonamiento jurídico, sino en prejuicios culturales o religiosos que llevarán a una u otra exigencia. Por tanto, no se pueden encontrar argumentos jurídicos absolutamente convincentes para justificar la decisión sobre cuál de las reglas es preferible a otra, porque en el fondo las que aquí se examinan se fundan no tanto en un preconcepto del matrimonio, sino en un preconcepto de familia, para la cual el matrimonio es un elemento indispensable. Y todo ello unido a la ingenuidad social de basar el matrimonio en un afecto que se pretende perdure para siempre.

### 3. ¿TAN IMPORTANTE ES EL DERECHO PARA LA FAMILIA?

Las anteriores reflexiones no han hecho más que poner sobre el papel la problemática en la que hoy se mueve el denominado derecho de familia: sometido a una determinada horma, la jurídica, ha pasado de ser un sistema pensado y ejecutado para unas finalidades sociales muy concretas, a carecer de límites y de finalidades, más allá de las propias de una valoración social cada día menos dispuesta a admitir que el matrimonio sirve para todo aquello para lo que hasta ahora ha servido, aunque hace ya algún tiempo que ha dejado de resultar útil para ello. La sociedad ha evolucionado y ofrece buenos espacios de especulación acerca de las instituciones familiares, más allá del propio matrimonio, aunque, en el fondo, todo ello no sea más que vino viejo en odres nuevos. Yo diría que en la actualidad el derecho de familia

presenta muchos campos de reflexión, aunque en esta parte del trabajo me limitaré a exponer algunos de ellos, a modo de reflexión sobre cuestiones básicas, sin ninguna intención de aportar soluciones, que no se encuentran en manos de nadie. Voy a reflexionar sobre los nuevos matrimonios, el papel de la autonomía de la voluntad en la fijación de las relaciones entre los cónyuges y el nuevo concepto de las relaciones paterno-filiales.

Todo ello, sin embargo, no debe ocultar algunas realidades sociales a las que no voy a referirme directamente, pero que seguramente deberían ser objeto algún día de una reflexión autónoma y más profunda. Me refiero a la convivencia de distintos modelos familiares consecuencia de la coexistencia de distintas culturas en un mismo espacio geográfico: qué ocurre con los matrimonios de personas menores de edad, válidos según una determinada religión, pero inválidos según el Código civil; qué ocurre con determinadas formas de disolución del matrimonio; qué ocurre con la capacidad para contraer determinados matrimonios, concretamente, entre personas del mismo sexo; qué ocurre con un sistema sucesorio obsoleto en el que los padres deben seguir invirtiendo en sus hijos, por medio de las legítimas, más allá de sus propias necesidades. Estas cuestiones están sobre la mesa y se requiere una reflexión generalizada y profunda que va más allá de hipócritas posturas basadas en unos criterios religiosos que deben permanecer en el fuero de la conciencia, pero no afectar a las decisiones de los poderes públicos. Pero de ello hablaré en las conclusiones de este trabajo. Vayamos ahora a examinar estos tres puntos, seguramente más adaptados a la mentalidad de los juristas a quienes va dirigido.

1. *Los nuevos matrimonios.* El matrimonio es hoy una institución frágil, porque está expuesto a una sobreexplotación cultural y comercial que hace que ofrezca unas expectativas que luego no cumple. Sin embargo, sigue siendo el oscuro objeto del deseo de todos, independientemente de las razones que cada uno de los colectivos implicados tiene para apetecer entrar en la institución matrimonial.

Al mismo tiempo, la fragilidad de las relaciones conlleva el establecimiento de sistemas de extinción del matrimonio, porque no se va a poder esperar la disolución por muerte de uno de los cónyuges, sino que es necesaria esta disolución en vida de los mismos para evitar, en la mayoría de los casos, males mayores. Para ello está el divorcio. Este apartado, pues, debe tratar estos dos aspectos.

a) *El acceso al matrimonio.* En el anterior apartado se ha reflexionado acerca de la cuestión relacionada con las limitaciones que el derecho fundamental a contraer matrimonio puede tener cuando se exige que los cónyuges sean de sexo diverso. Quiero ahora estudiar esta cuestión desde el punto de vista del nuevo concepto de matrimonio que deriva de determinados planteamientos. Y estos planteamientos tienen relación con varias cuestiones a las que antes me he referido: las opciones personales que, a pesar de reconocer que el matrimonio es una institución pasada de moda, acuden a él como la forma más segura para las inversiones, personales y de otro tipo, que se hacen en la pareja (Meil, 2007); o bien las opciones religiosas de los contrayentes, lo que repercute en la necesidad de que el Estado escoja o bien aceptar, dentro de los límites constitucionales, las formas religiosas (modelo español), o bien en el rechazo directo de estas formas, con el reconocimiento de un único matrimonio, el civil, que será el ajustado al derecho del Estado (modelo francés).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos había tomado algunas decisiones en relación con el derecho a contraer matrimonio, aunque la cuestión del acceso al matrimonio ha sido estudiada hasta ahora en el TEDH siempre en relación con personas transexuales. Efectivamente, el artículo 12 de la Convención europea de los Derechos del Hombre dice: “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen el derecho a casarse y fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”. La interpretación tradicional de la Corte Europea ha tenido que ver con casos en que la legislación de uno de los países firmantes de la mencionada Carta había impe-

dido el matrimonio de transexuales, entendido desde el punto de vista de aquella persona que, habiendo nacido como perteneciente a un determinado sexo, cambiaba para pasar a pertenecer a un sexo distinto como consecuencia de tratamientos médicos. Son conocidos los casos *Cossey v UK* (sentencia de 27 de septiembre de 1990), *Reess v UK* (sentencia de 17 de octubre de 1986) y *Sheffield & Horsham v UK* (sentencia de 30 de julio de 1998); en todos ellos se trataba de decidir sobre si se ajustaba o no al Convenio europeo el rechazo de las autoridades inglesas al reconocimiento de la nueva identidad sexual de personas transexuales operadas. Y en todos ellos, la Corte no consideró que la prohibición de matrimonio fuese contraria al mencionado artículo 12 de la Carta, porque para el ejercicio del derecho a contraer matrimonio, este artículo se remite a “las leyes nacionales”, por lo que los Estados firmantes del Convenio tienen plena competencia para definir quiénes van a estar legitimados para casarse y quiénes no.

Sin embargo, esta situación cambia en los dos casos decididos el 11 de julio de 2002; se trata de los casos *Goodwin v UK* y *I v UK*, en los que la Corte considera, por primera vez, distintos el derecho a casarse y el derecho a fundar una familia que aparecen juntos en el mismo artículo y que hasta el momento de dictarse las dos sentencias referidas, habían sido considerados uno en función del otro. Entre otros argumentos, la Corte considera que la incapacidad de una pareja para concebir un hijo no es en sí misma razón suficiente para privar a sus miembros del derecho a contraer matrimonio, y añade que la Corte no está convencida de que hoy pueda continuar admitiendo que los términos expresados en la Carta implican que el sexo deba ser determinado por criterios exclusivamente biológicos.

“98. Reexaminando la situación en 2002, la Corte observa que de acuerdo con el artículo 12 se encuentra garantizado el derecho fundamental del hombre y de la mujer de casarse y formar una familia. Sin embargo, el segundo aspecto no es una condición del primero y la incapacidad para concebir y educar un hijo no debería en sí mismo comportar la privación del derecho debido en la primera parte del artículo.

99. El ejercicio del derecho a casarse comporta consecuencias sociales, personales y jurídicas[...].

100. Ciertamente, la primera frase contempla expresamente el derecho de un hombre y una mujer a casarse. La Corte no está convencida que hoy pueda continuar admitiéndose que estos términos implican que el sexo debe ser determinado según criterios puramente biológicos”, como había declarado el juez Ormrod en el famoso caso inglés *Corbet v Corbett*.

El resumen de los razonamientos más importantes puede llevar a las siguientes conclusiones: i) debe separarse el derecho a casarse y el derecho a fundar una familia; ii) la imposibilidad de concebir dentro de la pareja no es un elemento determinante para declarar quién tiene o no derecho a contraer matrimonio; iii) aunque la regulación del matrimonio se deje a los derechos nacionales, las limitaciones que éstos establezcan no pueden reducir el derecho a un grado tal que afecte la propia sustancia del mismo. Sin embargo, debe ponerse de relieve que la Corte no había considerado nunca un obstáculo para la validez del matrimonio ni la edad de los contrayentes, ni que uno de los miembros de la pareja estuviera afectado por una esterilidad (Díez Picazo Jiménez, 2006). En definitiva, el caso *Goodwin* resulta relevante porque la Corte entiende que se han producido grandes cambios en la institución del matrimonio (*major changes*) desde la aprobación del Convenio y uno de ellos aparece en el artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, que ha cambiado la expresión “hombre y mujer” utilizada en el artículo 12 del Convenio para señalar las personas que tienen derecho a casarse, por una expresión general y neutra, cuando dice que este derecho “se garantiza”.

La declaración relativa a las competencias de los legisladores nacionales relativa a la regulación del matrimonio plantea algunas cuestiones, que la sentencia no soluciona: la primera se refiere a cómo debe determinarse el sexo si éste, aun cuando no sea un elemento determinante, sigue siendo básico en la regulación matrimonial en los países adheridos al Convenio de Europa. La segunda se refiere al significado que hay que dar a la expresión de que no se puede reducir el matrimonio de tal manera

que la propia sustancia del mismo venga afectada. Estas cuestiones no tienen respuesta, por ahora, en la jurisprudencia de la Corte europea. Porque, en definitiva en estas sentencias se sigue con la idea de que la sustancia del matrimonio requiere la presencia de un hombre y una mujer, ya que no hay que olvidar que estas decisiones se formulan en dos casos de transexualidad y si, de acuerdo con la Corte, los conceptos de hombre y mujer no son sólo biológicos, para dar mayor seguridad jurídica a los afectados, la Corte quizá hubiera debido ser más concreta. De todos modos, como ya he puntualizado antes, el artículo 9 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea formula la cuestión del sexo con relación al matrimonio de una forma mucho más abierta, al establecer que “se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”. En esta redacción han desaparecido los sujetos titulares del derecho a contraer matrimonio, aunque se mantiene la referencia a las leyes nacionales.

Una evolución semejante se puede observar en el derecho español. El TS en la STS de 19 abril 1991, había declarado que debía admitirse la reclamación de la recurrente relativa a la inscripción sobre cambio de sexo en el Registro civil, aunque ello no debía suponer una equiparación absoluta con el sexo femenino, especialmente en lo relativo al derecho a contraer matrimonio. La reciente ley 3/2007, de 15 marzo, *reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas*, aplicada ya en la STS de 17 septiembre 2007, no contiene ninguna regla relativa al matrimonio, por lo que debe considerarse en vigor la doctrina de la Resolución de la Dirección General de los Registros, de 31 enero 2001, que estimó el recurso de un transexual para que se pudiera inscribir su matrimonio con una persona de sexo igual al que constaba primariamente inscrito para el transexual que pretendía casarse, y ello a pesar de las sentencias del Tribunal Supremo, a las que he hecho mención.

La Ley de 2005, que modificó el CC en lo relativo al derecho a contraer matrimonio,

vino a resolver uno de los problemas sociales actuales: el de permitirlo entre personas del mismo sexo. Esta opción del legislador español no es, sin embargo, aceptada unánimemente por el colectivo homosexual, puesto que para algunos autores, la cuestión no se centra en el matrimonio en sí mismo, sino en el reconocimiento del derecho a contraerlo; se señala que desde el mismo momento en que el matrimonio existe, ha sido discriminatorio puesto que sólo ha sido permitido para las parejas heterosexuales.

Las soluciones relacionadas con el matrimonio pueden fundarse en los derechos a la intimidad personal y familiar, reconocidos en el art. 8 del Convenio europeo de Derechos Humanos, que es más adaptable que el art. 12 y permite abordar no sólo problemas relativos a las relaciones íntimas entre personas adultas, sino también las relativas a la naturaleza de las relaciones paterno-filiales, sean o no matrimoniales los hijos a quienes afectan. En España, el artículo clave para la solución de estos problemas es el 10 CE, que ha sido utilizado por el Tribunal Supremo en sus sentencias sobre constancia registral del cambio de sexo por transexuales operados y también en la justificación de la ley 3/2007.

b) *El divorcio*. El nuevo concepto del matrimonio tiene también un aspecto importante en el derecho a no continuar casado o el ejercicio de la libertad de disolver el matrimonio que no cumple las funciones que buscaban quienes lo han contraído.

En la Constitución española sólo se reconoce directamente el derecho a contraer matrimonio (art. 32), pero no existe ninguna referencia directa al derecho a su disolución por medio del divorcio. Sin embargo, el propio art. 32.2 CE se refiere a las formas de disolución, exigiendo que se regulen por ley. Se ha dicho que la Constitución española recoge el principio del Convenio europeo de Derechos Humanos, de acuerdo con el que el matrimonio aparece configurado como un derecho, no así el divorcio. Es cierto que el divorcio es un remedio que tiene su origen en la desaparición del consentimiento matrimonial, pero se justifica so-

bre los derechos fundamentales contenidos en los artículos 14 y 16 CE, así como el principio del libre desarrollo de la personalidad, del art. 10 CE, no en el de contraer matrimonio. Veámoslos por separado.

El primero es el derecho a *la libertad* establecido en el art. 17 CE; esta disposición debe completarse con el artículo 16 CE que garantiza “la libertad ideológica, religiosa y de culto” de las personas. El matrimonio no es una institución superior a sus miembros de modo que pueda imponerse incluso en el caso de que se produzcan situaciones insostenibles. La tutela del individuo no puede subordinarse a la de la familia creada con el matrimonio, porque el individuo es titular de derechos fundamentales como tal y no lo es la familia. El divorcio debe ser considerado como una forma de ejercicio del derecho a la libertad individual de los cónyuges. Así, por ejemplo, los autores italianos consideraron, con ocasión de la discusión de la constitucionalidad de la ley de divorcio de 1970, que no estaba justificado en modo alguno el sacrificio de la libertad de un cónyuge impuesto por la permanencia del vínculo matrimonial aun en casos de imposibilidad de convivencia (Bessone, 1995). El art. 14 CE establece la regla de *la igualdad*: “Todos los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Por tanto, admitida la igualdad, el derecho a no permanecer casado debe incluir todos los matrimonios, omisión hecha de cuál haya sido la forma utilizada para contraer el que se pretende disolver, porque este derecho no se refiere en particular al divorcio, sino que constituye la extensión a esta institución de la protección a las minorías religiosas. Imponer a unos ciudadanos unas reglas que mantienen el matrimonio sobre la base del principio de la indisolubilidad sería absolutamente discriminatorio para aquellos otros ciudadanos que no participan de estas creencias y “menos todavía, utilizar el aparato coactivo del estado para que las consecuencias de estas creencias queden implantadas” (Montés, 1984). De aquí que el

divorcio se aplique a todos los matrimonios, porque otra cosa sería tanto como admitir una discriminación por razón de religión: el régimen matrimonial es único una vez contraído el matrimonio y por ello, la disolución por divorcio afecta por igual a todos los matrimonios.

El principio del libre desarrollo de la personalidad, reconocido en el art. 10 CE, refuerza la base constitucional del divorcio. El art. 10 CE establece que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad [...] son fundamento del orden público y de la paz social”. Así, cuando desaparece el consentimiento que sostiene el matrimonio, el interés individual en la disolución prevalece sobre el interés de la pareja en el mantenimiento del matrimonio, porque éste ha dejado de tener razón. De acuerdo, por tanto, con el principio de libre desarrollo de la personalidad, lo que se garantiza constitucionalmente es que el interés legítimo de los individuos quede protegido frente a un inexistente interés del grupo. Ello ocurre con el del menor y con el de los individuos mayores de edad. Decir que la familia matrimonial debe ser protegida incluso contra los derechos fundamentales de sus miembros sería tanto como vulnerar el principio de libre desarrollo de la personalidad, que implica la protección de los derechos fundamentales de los individuos. Estas soluciones se han tenido en cuenta en la exclusión de las causas del divorcio en la reforma de 2005. El derecho español ha optado claramente por el sistema de divorcio-ruptura, sin exigir prueba de la concurrencia de causa alguna. España ha implantado de forma absoluta el denominado *non-fault divorce*, en el que el procedimiento de divorcio va dirigido a constatar que ha cesado el consentimiento matrimonial necesario para mantenerlo, sin entrar a estudiar las causas que lo hayan provocado. Así, el sistema resulta escrupuloso en la protección del derecho a la intimidad de los cónyuges.

La actual regulación consecuencia de la ley 15/2005, de 8 de julio consagra, por una parte, la libertad de no continuar casado y para

ello, por otra parte, construye el sistema de divorcio más abierto de los contenidos en los países europeos, en tanto que no exige la alegación de una causa para que deba procederse a dictar sentencia de divorcio, a petición de uno solo de los cónyuges cuando han transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio. Esta ausencia de causa consagra el concepto del divorcio como sistema para solucionar el *irretrievable breakdown* del matrimonio y se huye del divorcio sanción, que aún se mantenía en la causa 5ª del antiguo art. 86 CC. Aunque es cierto que se prevé una causa de divorcio cuando se ha producido un supuesto de violencia de género, ya que el art. 81.2 CC establece que “No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio”, disposición confirmada por el art. 57 de la LO 1/2004, de 28 diciembre sobre *Medidas de protección integral contra la violencia de género*.

Una decisión legislativa de este tipo tiene dos consecuencias muy importantes en relación al matrimonio: i) se asemeja notablemente a los sistemas unilaterales de divorcio, cuyo único control es la audiencia judicial de la otra parte, hablando claro, al repudio; ciertamente, facilita la solución de la crisis matrimonial, pero también permite un ejercicio caprichoso del divorcio y del propio matrimonio, y ii) se asemeja notablemente también a la disolución de la pareja de hecho, ya que quienes la han regulado, es decir las Comunidades autónomas, siempre han incluido como causa de disolución la voluntad unilateral de uno de los miembros de la misma.

La conclusión es que entre dos derechos fundamentales, el matrimonio y la libertad, el más fuerte se impone, lógicamente, lo que no significa en ningún momento una crítica al sistema, sino que únicamente quiero poner de relieve que en un régimen basado en los derechos fundamentales, las habituales concepciones de

determinadas instituciones se difumina, como tendré ocasión de explicar en las conclusiones a este trabajo. Y si el derecho a contraer matrimonio ha de ser considerado como fundamental, la preeminencia de otro derecho, también fundamental, el de la libertad de continuar o no casado, produce dos consecuencias importantísimas: la primera, la imposibilidad de crear un matrimonio sin divorcio, porque ello sería contrario al derecho a la libertad; y la segunda, la consiguiente desinstitucionalización del propio matrimonio, que no debe olvidarse es él mismo un derecho fundamental, con independencia de que esté o no protegido con el recurso de amparo. Y ciertamente, los españoles ejercen este derecho con cada vez mayor frecuencia; las estadísticas de los asuntos presentados en los juzgados en 2005, última publicada, es significativa: 72.848 divorcios, de los cuales 48.590 fueron consensuados y 24.258 fueron sin consentimiento, frente a 211.818 matrimonios en 2006. Cada uno saque sus consecuencias.

2. *La regulación de las relaciones entre los casados.* Una serie de pinturas titulada *Marriage à la Mode*, del pintor inglés Hogarth, muestra la importancia de los pactos en los matrimonios celebrados en la Inglaterra en el siglo XVIII; el sistema matrimonial catalán ha sido tributario de estos documentos hasta finales del siglo XIX. Hattenhauer (1987), sin embargo, señala que si bien existía en Francia la tendencia a elegir consorte dentro del mismo estamento social para dotar al matrimonio de una “configuración social y económica que asegurara su estabilidad”, ello empieza a declinar cuando desaparece el patrimonio burgués por causa de la inflación y empieza a crecer la creencia de que el patrimonio no debe ser únicamente material; por ello señala este autor que “se tendió a proporcionar a las hijas una formación profesional en lugar de dotarlas”, acabándose por aceptar “el quebranto sufrido por el prototipo burgués de matrimonio so pretexto de nuevas circunstancias económicas”. Y ello lleva, obviamente, a la caída de los pactos matrimoniales. Una evolución de la familia hacia un concepto más abierto podría llevar a la conclusión de

que los pactos matrimoniales han dejado de ser el eje vertebrador de las relaciones familiares, lo cual es absolutamente falso, porque existen nuevas necesidades y nuevas situaciones que afrontar y solucionar y los pactos constituyen un remedio eficiente. Un artículo publicado electrónicamente en 2003 ha mostrado que de los 599 capítulos matrimoniales otorgados en Cataluña en 1999, se ha pasado a los 3.764 del año 2002, con un aumento del 600%. Los autores del trabajo consideran que el porcentaje de los matrimonios catalanes que otorgan capítulos es de 12’12%, es decir, prácticamente, uno de cada diez matrimonios ejerce el derecho a la autorregulación de sus intereses y las razones se encuentran, precisamente, en el cambio de los patrimonios familiares, además de otras razones. La autonomía de los cónyuges parece estar de moda.

Esta realidad nos lleva a examinar el significado de estos documentos en relación con la autonomía de la voluntad en la fijación del contenido de las relaciones familiares. Si hasta un determinado momento de la historia se ha considerado que era mejor no dejar a los interesados las decisiones sobre cuestiones que pueden calificarse como “sensibles” —por ejemplo, las relativas a los hijos— a partir del momento en que el estado del bienestar deviene de costos incontrolablemente caros, la tendencia va a ser la contraria. Así lo evidencia Dewar (2000), para quien entre las razones existentes para limitar la autonomía de los interesados, se encuentra su elevado costo, especialmente en lo relativo al mantenimiento de hijos y madres con ingresos insuficientes. Es cierto que la autonomía puede costar cara.

El fundamento de la autonomía familiar es sin duda el reconocimiento de los derechos fundamentales de los sujetos implicados. Dejando aparte las cuestiones relacionadas con los hijos, que no pueden dejarse a esta autonomía porque corremos el riesgo de encarecer aun más el sistema, las decisiones de los implicados deben basarse en los derechos que cada uno ostenta. Es por ello que el artículo 90 C.c. obliga al juez a denegar la aprobación del convenio que se le presente en las situaciones de

separación y divorcio por consentimiento mutuo cuando sea gravemente perjudicial para los hijos (también en el artículo 777. 6 LECiv). ¿Excluiría esta obligación el problema que pone de relieve Dewar? Efectivamente, Dewar (2000) señala que existe una relación importante entre el contenido de los acuerdos entre los cónyuges y las normas legales que deberían aplicarse en defecto de acuerdo; para este autor, los acuerdos entre cónyuges tratan de evitar la aplicación de estas normas y, como siempre, negocian *in the shadow of the law* (en una afortunada expresión consagrada en 1979 en un artículo publicado por Mnookin y Kornhauser en *The Yale Law Journal*, no se pueden conseguir resultados muy esperanzadores; por lo que animar a los cónyuges a este tipo de negociación, aduciendo una pretendida protección de la autonomía de la voluntad, puede provocar desigualdades, con el consiguiente perjuicio a las partes. Es lo que se acaba llamando *reprivatización de la familia* (Dewar, 2000), o lo que Garrido (1999) llamará “notarialización” de la vida familiar. No puede deducirse de lo anterior que esté aquí propugnando que no puede existir autonomía en las relaciones familiares. Esta sería una conclusión perversa: la mayoría de las veces, la protección necesaria que comporta la intervención judicial no impide el ejercicio de la autonomía, sino sólo pretende evitar la arbitrariedad. Por ello la autonomía o lo que se ha venido en llamar *libertad civil*, en el ámbito familiar afectará básicamente a los mayores de edad y en sus relaciones patrimoniales. La cuestión de la autonomía de la voluntad radica en el peligro que comporta la desigual participación de los cónyuges o de los convivientes en el desarrollo de la vida en común. Esta tensión existe siempre en la discusión acerca del papel de la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares. Y resulta significativo que en las que implican la presencia de personas sin capacidad suficiente, como son los menores, está prácticamente excluida, ya que las funciones tuitivas son absolutamente necesarias en la regulación de la potestad de los padres o de la tutela. Y también por ello mismo tanto el Código civil (art. 1328 CC), como el Código catalán de Familia (art. 11

CF) ponen unos límites a esta libertad. Pero la tensión está siempre abierta, porque seguramente tiene poca razón de ser un sistema que limite la autonomía de la voluntad en la regulación del contenido de las relaciones íntimas. Eliminada en la determinación del contenido del matrimonio, aunque las razones no sean muy convincentes, queda reducida a las relaciones económicas y, salvo la protección de los derechos de los terceros, o la implicación en los de los menores de edad o incapaces o incluso, la necesidad de excluir pactos absurdos, como el caso contemplado en la sentencia de la Audiencia provincial de Barcelona, sección 12, de 6 abril 2006, que consideró que un pacto inespecífico por el que se establecía que el ex marido podría visitar al perro de la ex esposa “no implica derecho alguno susceptible de ser ejecutado”, por lo que “la aparente obligación es inexistente”, hay que partir siempre de la base de que las partes de los pactos matrimoniales son mayores de edad y tienen la misma capacidad de negociación. Por tanto, aceptado el sistema, lo que no resulta lógico es que se pongan límites a los pactos, porque ello no responde a ninguna razón. Sólo en los límites de los derechos fundamentales de cada uno de los intervinientes en el pacto pueden justificar determinadas restricciones. Porque, además, cuando se trata de proteger otros intereses ajenos a los de los cónyuges, ya la ley se ocupa de fijar la eficacia de tales pactos.

3. *Las relaciones paterno-filiales.* Desde antiguo, nuestra jurisprudencia ha atribuido a la patria potestad un sentido funcional (STS de 24 junio 1924), y ello tiene también su razón de ser en un esquema constitucional del derecho de familia, en el que debe repensarse esta institución como función que ejercen los padres, por mandato constitucional, para hacer efectiva la protección de los menores, sujetos pasivos de la patria potestad. El art. 39 CE, después de establecer el principio de la protección de la familia por parte de los poderes públicos, añade la regla de la protección de los hijos, “iguales éstos ante la ley con independencia de la filiación, [...]”. La ley posibilitará la investigación de la paternidad”. Esta regla

aparece en función del párrafo tercero del mismo art. 39 CE, que establece que “Los padres han de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante la minoría edad y en los demás casos en que legalmente proceda”. De aquí resulta normal que la legislación posterior a la Constitución haya resaltado el contenido funcional de la patria potestad y haya excluido absolutamente el aspecto, tan anglosajón, de la potestad como derecho de los padres; de manera que el concepto que aparece recogido en el Convenio de 1989 relativo al interés del menor y repetido en la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, no tenga un contenido exclusivamente público, porque su implementación es compartida entre los propios poderes públicos y los particulares, titulares de la función de la potestad, que actuarán como agentes para la consecución de las finalidades sociales determinadas en el art. 39.3 CE, procurando la efectividad de los derechos del menor. Y esta obligación es independiente de la relación que mantengan los padres entre sí, según la norma contenida de forma clara en el ya citado art. 39.2 CE y confirmada, entre muchas otras, en la STC 7/1994 que, al justificar la necesidad de la prueba biológica en una investigación de la paternidad, afirmaba que la obligación del padre demandado se fundaba en “el deber que impone la Constitución a todos los ciudadanos de velar por sus hijos menores, sean procreados dentro o fuera del matrimonio (art. 39.3 CE)”. Es innegable que el sistema normal de protección de los menores e incapaces se encuentra fundado en las relaciones familiares, por lo que deben establecerse unas bases ciertas y uniformes que permitan determinar quiénes van a estar obligados a ejercer las funciones que comporta la potestad y a ello responden las reglas de la filiación, que ya no están basadas en el matrimonio, sino en otros criterios, quizá más inciertos, pero seguramente más correctos. La protección está atribuida a quienes la ley considera *padres* como consecuencia de la aplicación de las reglas que fijan la filiación. En los modernos ordenamientos jurídicos, pues, los principios que rigen la atribución de la filiación y, con ella, la potestad,

se fundan en la coincidencia entre la verdad biológica y la verdad formal; y, si bien, nuestra Constitución no toma parte de forma explícita por uno de los dos sistemas de atribución aludidos; la regla que facilita la investigación de la paternidad permite entender que el principio de la verdad biológica resulta acogido en el texto fundamental. La funcionalidad de la investigación de la paternidad respecto de la relación paterno-filial se deduce de lo que se establece en el artículo 39 CE que, después de imponer a los padres la obligación de prestar asistencia de todo tipo a sus hijos, introduce la investigación de la paternidad, como así ha sido reconocido en diversas sentencias del Tribunal Constitucional a partir, sobre todo, de la 7/1994, que consideró preferente la protección del menor a la del derecho fundamental a la intimidad, alegado por el padre demandado, porque “la finalidad de la norma que permite las prácticas de las pruebas biológicas no es otra que la defensa en primer lugar de los intereses del hijo, tanto en el orden material como en el moral, y destaca como primario el derecho del hijo a que se declare su filiación biológica”. Así, el principio de que la verdad biológica rige la determinación de la paternidad y no el derivado de la verdad formal que comporta la existencia o no de matrimonio de los padres.

Ahora bien, un nuevo concepto de investigación de la paternidad se ha presentado por el Tribunal Constitucional, a partir de las cuestiones de inconstitucionalidad relativas a los arts. 133 y 136 CC; en estos dos casos el Tribunal Constitucional ha ampliado el campo de actuación de la regla relativa a la investigación, utilizándolo como argumento para reconocer la inconstitucionalidad de las disposiciones cuestionadas. La primera sentencia es la 138/2005, de 26 de mayo, relativa al art. 136.1 CC. El Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad del precepto, si bien no su nulidad, y entre los argumentos aducidos se encuentra precisamente el de la investigación de la paternidad, de modo que

[a] articular el régimen jurídico de las relaciones de filiación el legislador no puede obviar la presencia de concretos valores constitucionalmente relevantes [...].

Y al mismo tiempo, debe posibilitar la investigación de

la paternidad (art. 39.2), mandato del constituyente que guarda íntima conexión con la dignidad de la persona (art 10.1), tanto desde la perspectiva del derecho del hijo a conocer su identidad como desde la configuración de la paternidad como una proyección de la persona" (sub. mio).

Así, en el mandato constitucional de facilitar la investigación de la paternidad, se incluye también la impugnación de una paternidad meramente formal,

"[a]l cumplimiento del mandato de posibilitar la investigación de la paternidad responde la existencia misma de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial del art 136 CC".

De manera que no se respeta el derecho del acceso a la jurisdicción del padre que descubre que no lo es una vez han transcurrido los plazos establecidos por la ley para impugnar la paternidad derivada de la aplicación de la presunción que deriva del matrimonio con la madre y es por ello que el Tribunal Constitucional entienda que "[r]esulta incompatible con el mandato constitucional de posibilitar la investigación de la paternidad (art 39.2 CE) y, por extensión, con la dignidad de la persona (art 10.1 CE) [...]" (asimismo, la STC 156/2005, de 9 junio).

Estos mismos argumentos han sido utilizados en la impugnación del art. 133 CC, que no reconoce la acción de los padres no matrimoniales para reclamar la filiación a falta de la correspondiente posesión de estado. La STC 273/2005, de 27 de octubre, que afirma que

"[a]unque no pueda hablarse de un derecho de los progenitores sobre los hijos como correlato de la existencia de los deberes que les impone el art 39.2 CE, sin embargo, la investigación de la paternidad no puede quedar reducida a un derecho del hijo, con exclusión de toda iniciativa por parte de los progenitores, pues también a estos alcanza un interés en el conocimiento de la verdad biológica" (Sub. mio).

Y si bien considera el Tribunal Constitucional como normal que se pondere en la legislación el interés del hijo,

"[e]n tal ponderación, en relación con el supuesto que ha dado origen a la presente cuestión, el legislador ha ignorado por completo el eventual interés del progenitor en la declaración de la paternidad no matrimonial", de manera que "la opción del legislador cercena de raíz

al progenitor no matrimonial la posibilidad de acceder a la jurisdicción cuando falte la posesión de estado, *impidiéndole así instar la investigación de la paternidad*" (ver también la STC 52/2006, de 16 de febrero).

De este modo, la constitucionalización del sistema de filiación y la extensión del propio concepto de investigación de la paternidad lleva por una parte a la ampliación del círculo de los iniciales legitimados y, por otra parte, a la clara superación de las presunciones derivadas del matrimonio, como hecho determinante para fijar la filiación. A ello hay que añadir que el porcentaje de nacimientos fuera del matrimonio se ha incrementado de forma dramática en los últimos años. Esta norma no hace más que ajustarse a una realidad creciente, ya que de acuerdo con las estadísticas publicadas por el INE, en 2005 el porcentaje de los hijos nacidos fuera del matrimonio era de 26,6%, habiendo aumentado casi un dos por ciento en solo un año.

## 4. CONCLUSIONES

La sociedad occidental sigue construyendo las relaciones familiares sobre el matrimonio. A pesar de su fragilidad, demostrada por el alto número de divorcios, y la impresión generalizada de que se trata de una institución "pasada de moda", hasta ahora no se ha encontrado aún un modelo alternativo para la estructuración estable de relaciones familiares. Lo que no significa, en modo alguno, que sólo pueda existir *familia* dentro del matrimonio o de las relaciones de parentesco generadas por él. Sin embargo, si *la familia* goza de un alto prestigio social, el matrimonio se sitúa en el lado opuesto en las apreciaciones sociales.

La coexistencia de otros modelos culturales y el desplazamiento de los centros de atención en el derecho de familia lleva a lo que se ha denominado el *individualismo*, porque las prestaciones sociales no se acuerdan para un grupo, sino a personas en virtud de sus necesidades. Nos hallamos en una sociedad plural, porque formamos parte de una comunidad que pue-

de imponernos normas con valor imperativo y porque en esta misma comunidad coexisten diversos diseños familiares. Sin embargo, como he sugerido al principio, seguimos manteniendo un modelo familiar, la denominada familia nuclear fundada en el matrimonio, sobre la que se construyen todas las normas y que domina lo que algunos investigadores denominan “la ideología dominante”; de modo que otras formas de familia son miradas con desconfianza y producen automáticamente, el conocido discurso acerca de la crisis de la familia. Martha Fineman (1995) afirma que esta ideología dominante sirve para “domesticar” las nuevas vías de concebir las familias, reduciendo el impacto y el efecto de las ideas radicales, con la objeción añadida que esta tradicional ideología se transmite no tanto a través de las leyes o de las decisiones judiciales, sino a través de la propia política familiar, el sistema educativo, los medios de comunicación, etc. Algunos tipos de familias, como ocurre con las formadas por personas del mismo sexo, serán miradas con desconfianza por una parte de la sociedad, porque no responden al estereotipo de familia mayoritariamente transmitido.

A este nivel, querría introducir un elemento que se pone de relieve en las modernas tesis sobre derecho de familia: la idea sobre la que se denomina *familia negociada*, que coincide esencialmente con lo que desde la sociología se denomina *familia democrática*. Voy a detenerme brevemente en esta idea; en 1998, Flaquer indicaba que “la familia se está convirtiendo en una pequeña sociedad democrática en la que el dominio ancestral del varón está dando paso a una comunidad de iguales”; esta idea aparece también en otros autores, como Giddens (1998) cuando, frente a la familia tradicional, propugna una nueva basada en la democracia, lo que implica “igualdad, respeto mutuo, autonomía, toma de decisiones mediante la comunicación y ausencia de violencia” y así McGlynn (2006) señala que la familia moderna *ideal* se caracteriza por la igualdad y la democracia, los papeles de cada uno están negociados y las relaciones continúan sólo mientras los individuos que la forman sienten que

tienen algo a ganar con ello. Si ello es así, las normas jurídicas deberían estar concebidas no tanto en orden a fijar las formas por medio de las que se accede a constituir un grupo familiar, sino en orden a determinar cuáles son los papeles de cada uno de los miembros del grupo; algo así se ha conseguido ya en las reglas relativas a la determinación de la filiación, que hacen caso omiso de la existencia de una forma, matrimonial o no, en la concepción del hijo y que se fijan esencialmente en los efectos que el nacimiento va a producir. Pero además, es difícil encontrar la diferencia de roles entre las familias que se constituyen matrimonialmente y las que se deciden por una convivencia de hecho: socialmente no hay diferencias y sí sólo jurídicamente, de manera que en la coexistencia de formas diversas no hay cambios reales en relación con la familia. Debemos, por tanto, atrevernos a señalar cuáles van a ser las ventajas de la utilización de una forma legalmente aceptada. Para ello debo hablar sólo desde el punto de vista jurídico.

Como ya afirmé en 1999, la única finalidad de la intervención de los poderes públicos en el control familiar es asegurar el respeto y la eficiencia de los derechos fundamentales de los miembros del grupo. Es probable que para conseguir esta finalidad sea necesaria la determinación de una base estable que determine los derechos y los deberes de los distintos componentes del grupo familiar y ello es posible conseguirlo fácilmente con las relaciones paterno-filiales, que parten de un hecho físico, mientras que resulta más difícil en las relaciones entre convivientes, ya que este tipo de tratos quedan reducidos a la esfera más íntima de las personas y por ello es necesario un elemento externo, que ha sido tradicionalmente el matrimonio, con las distintas concepciones y funciones que ha venido cumpliendo. Aunque no es indispensable.

Entre los derechos fundamentales que deben ser protegidos se encuentra la libertad de los miembros del grupo y ello se traduce en dos consecuencias importantes en el derecho de familia: la protección de las decisiones sobre las relaciones entre los componentes del gru-

po, con el reconocimiento de los acuerdos tomados en virtud del ejercicio de la autonomía de la voluntad y la protección de la decisión de no continuar formando parte del grupo, es decir, de divorciarse si se trata de una unión matrimonial. Y ello con los únicos límites del respeto a los derechos fundamentales de los sujetos implicados. Esta delgada línea es la única que legitima a los poderes públicos a intervenir. Pero ello implica también que quien debe prestar la protección pueda legítimamente exigir la concurrencia de una forma para acordar determinadas prestaciones, las que no tienen que ver con un estado social básico, lo que legitima que sea constitucional negarse a reconocer determinadas pensiones a quienes no han contraído matrimonio. Sin embargo, este mínimo no puede olvidar que las sociedades actuales se enfrentan a un pluralismo, mucho más presente en Europa dada su estructura; Rawls (1987) sugería que nos encontrábamos ante un consenso “coincidente”, en el sentido de que nos permite entender cómo un régimen constitucional caracterizado por el hecho del pluralismo puede, a pesar de sus profundas

divisiones internas, obtener estabilidad y unidad social a través de un concepto razonable de la justicia; es un mecanismo para promover la libertad y la democracia, al mismo tiempo que se respetan las diferencias culturales, morales y políticas. Europa en este momento es una sociedad plural, en la que las cuestiones relacionadas con la regulación familiar sólo tienen dos opciones: o llegar a un acuerdo sobre la unificación de las instituciones, cosa siempre difícil, o bien, respetar las decisiones de los países miembros sobre la base del innegociable acatamiento de los derechos fundamentales.

Y si trasladamos este concepto de pluralismo a la familia, deberemos coincidir con Bainham (2000) en que esta misma idea rechaza la jerarquía de las formas familiares, así como la de los roles familiares. Por tanto estamos en un contexto en que las relaciones familiares siguen siendo un punto central en la organización social, superada la idea de la negativa del marxismo a la familia, pero que la pluralidad de la sociedad nos obliga a estructurar estas respuestas en torno a formas abiertas fundadas en el contrato.

## NOTA BIBLIOGRÁFICA

Este artículo carece de notas, por ser esa la norma de la Revista. Es obvio, sin embargo, que es tributario de lecturas continuadas de algunos clásicos en derecho y sociología de la familia, que no voy a repetir aquí, porque algunos están ya citados en mi libro *Familia y cambio social. De la “casa” a la persona*, publicado en 1999 y aludido también en este trabajo. A él me remito para mayor información del lector interesado en esta bibliografía que no ha dejado de tener actualidad, aunque ya venga referida a algunos años atrás.

Además, en este artículo se han utilizado dos grupos de obras, a las que ahora me referiré brevemente: las referidas a *sociología de la familia* y las puramente *jurídicas*, además de algunas filosóficas.

Entre las relativas a la *sociología de la familia* se encuentran las publicadas por el profesor Lluís Flaquer y más concretamente, *La estrella menguante del padre*, publica en Barcelona en 1999 y el trabajo “Familia y políticas públicas”, publicado en el Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad autónoma de Madrid, bajo el título *Derecho, sociedad y familia: cambio y continuidad*, dirigido por Antonio M. Morales y José M. Miquel en 2007, p. 229. También existen algunas referencias a otro libro del propio autor, *El destino de la familia*, Barcelona, 1998. Existen referencias en la conclusión a una obra resumen de otras ideas anteriormente expuestas por su autor en trabajos diversos; me refiero a la obra de Anthony Giddens, *La tercera vía. La renovación de la socialdemocracia*, traducida por Pedro Cifuentes y publicada por Editorial Taurus en 1999, aunque la obra fue publicada en su versión original inglesa en 1998. Aunque no se trata de un sociólogo, debo hacer una referencia asimismo al libro *Matrimonio, familia y economía*, del economista Francisco Cabrillo, publicado en 1996.

Algunas de las obras que se citan en el texto se encuentran a medio camino entre las obras jurídicas y las sociológicas. Así ocurre con los textos de Bainham, “Family Rights in the New Millenium”, *Current Legal Problems*, 2000, n.º 53, p. 471 y Fineman, *The Neutered Mother, the Sexual Family and other Twentieth Century Tragedies*, Londres 1995.

Los textos jurídicos extranjeros incluyen clásicos como la obra de John Eekelaar, *Family Law and Social Policy*, cuya segunda edición publicada en Londres en 1984 resulta un clásico de cita obligada en la concepción funcional de la familia y es el punto de partida de una escuela de gran prestigio e influencia en el mundo anglosajón. No menos prestigiosa es

la obra de la profesora de Harvard, Mary Ann Glendon, *The Transformation of Family Law. State, Law and Family in the United States and Western Europe*, publicada en Chicago en 1989. También debe tenerse en cuenta la obra de Clare McGlynn, *Families and the European Union*, publicada en Cambridge en 2006, un excelente estudio de la cuestión a la vista de las resoluciones de los Tribunales europeos, así como el trabajo de John Dewar, "Family Law ant its discontents". *International Journal of Law, Policy and the Family*.2000, 14, p. 59. Además del artículo de Pierre Catala "La metamorphose du Droit de la Famille" en *1804-2004 Le Code civil. Un passé, un présent un avenir*. Université Panteón-Assas (Paris II)- Dalloz, Paris, 2004, p. 341.

Es evidente que quien esto escribe conoce los grandes tratados de Derecho de familia españoles, pero la naturaleza de este trabajo ha hecho que deba alejarme de ellos; se cita, sin embargo el comentario del artículo 45 del Código civil, a cargo de Salvador Coderch en la obra colectiva *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, publicados en 1984 por Editorial Tecnos.

Hay que tener también en cuenta la obra de Luís M<sup>a</sup> Díez Picazo Jiménez, *Sistema de Derechos fundamentales*, cuya segunda edición ha sido publicada por Thomson-Civitas en 2006 y que es básica para el estudio de los derechos fundamentales en nuestro país, así como el trabajo de Gema Díez Picazo Jiménez en comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona titulado "Convenios reguladores y animales domésticos", publicado en *La Ley*, número 6645, del 6 de febrero de 2007. Por último, y aunque no se hayan citado todos los trabajos que allí se publican, se ha utilizado la obra colectiva contenida en el *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, que es la publicación más reciente en España sobre derecho de familia. La obra de Garrido Melero, *Derecho de familia*, Marcial Pons, Barcelona, 1999 y el trabajo colectivo de Lamarca, Artigot, Azagra y Farnós, "Separación de bienes y autonomía privada familiar en Cataluña: ¿Un modelo sujeto a cambio?". *Indret*. Working paper de Dret català nº 7, 2003.

Debo referirme a continuación, a dos obras a caballo entre la filosofía y el derecho. La primera es la del conocido filósofo inglés John Rawls, "The idea of Overlapping Consensus", publicada en el *Oxford Journal of Legal Studies*, nº 7, 1987, p. 1, y el libro de Pedro Talavera, *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, Editorial Comares, Granada, 2001.

Finalmente, la obra reciente de Gerardo Meil, "Actitudes y uso social de las uniones de hecho en España", publicado en el mencionado Anuario, p. 95.

## NOTAS

1. Aunque este artículo no tiene notas, esta sentencia merece una cierta explicación. Se trataba de una petición de pensión de viudedad por parte de una mujer que no había contraído matrimonio por razones ideológicas, al profesar su compañero una ideología anarquista, que ella compartía y que los hacía contrarios al vínculo matrimonial. El Tribunal Constitucional afirmó que, aunque esta decisión debía ser respetada, "no suple el incumplimiento objetivo de un requisito legítimamente impuesto por el legislador, el cual, aunque podría conceder pensiones de viudedad en favor de quienes hubieran formado parejas de hecho y convivido *more uxorio*, no lo ha considerado oportuno por el momento y ello, como tanto hemos repetido, no se ha considerado inconstitucional".

2. Por las mismas razones que en la anterior cita, la STC 69/2007 niega la pensión de viudedad a una mujer de etnia gitana que había contraído matrimonio según su propio rito; en este caso se alegaba la vulneración del derecho a la igualdad y a no ser discriminado por motivos de raza y condición social. La STC 69/2007 no acepta estas alegaciones porque "la exigencia legal de vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la pensión de viudedad y la interpretación efectuada en la resolución judicial impugnada de que sólo cabe apreciar dicho presupuesto en relación con las formas reconocidas de acceder al matrimonio y no respecto de otras formas de convivencia, incluyendo las uniones conforme a los usos y costumbre gitanos, en ningún caso supone tomar como elemento referencial circunstancias raciales o étnicas sino, [...] una circunstancia relacionada con la libre y voluntaria decisión de no acceder a la formalización del vínculo matrimonial conforme a las previsiones legales, las cuales no en su forma civil ni en las formas confesionales reconocidas legalmente están condicionadas a la pertenencia a una raza, con exclusión de las demás, no toman siquiera como presupuesto las tradiciones, usos y costumbre de una determinada etnia en detrimento de otras, por lo que tampoco concurre en ellas una forma encubierta de discriminación de la etnia gitana".

Fecha de recepción de originales: 30 de septiembre de 2007

Fecha de aceptación de originales: 25 de octubre de 2007