

La nueva familia y el nuevo derecho de familia español

Isaac Tena Piazuelo*

Resumen. Si hay un sector del Ordenamiento jurídico español, una rama del Derecho, que ha dado muestras de extraordinaria vitalidad en las últimas décadas, y especialmente en el último lustro, ése es el Derecho de Familia. Un Derecho que, en buena medida, es de nueva factura pues rompe abruptamente con principios ideológicos fuertemente arraigados en épocas precedentes.

Palabras clave: sociedad española, nuevas familias, nuevo Derecho de Familia, derecho al matrimonio, matrimonio, uniones de hecho, matrimonio homosexual.

Abstract. The area of the spanish legal System wich has shown a great vitalty over the last decades and especially over the last five years is the Family Right. This is a recent Right wich destroys absolutely the traditional ideas.

Keywords: spanish society, new families, a new Family Law, right to marry, marriage, unmarried couple, homosexual marriage.

1. Introducción

En muy pocos años el Derecho de familia español ha evolucionado más (no digo *mejor*) que los países de su entorno, lo que le ha conferido una inopinada notoriedad en el ámbito jurídico internacional. Es cierto que el Derecho siempre comporta una novedad, o como afirmaba Tácito: *omnia quae nunc vetustissima creduntur, nova fuere* (todas las cosas que hoy consideramos muy viejas, en un tiempo fueron nuevas), lo cierto es que, en algunos aspectos, el Derecho español de familia, más que evolucionar, se ha revolucionado. Y los juristas somos conscientes de que nuestras instituciones están en el escaparate de la globalización, y nuestras reformas en ocasiones dan motivo a la admiración, pero también —por qué no decirlo— a la perplejidad. En algunos casos, esas reformas últimas han situado nuestro De-

recho en el reducido grupo de países que admiten como modalidad de matrimonio el que contraen dos personas del mismo sexo, o de los que regulan un régimen de divorcio que no por casualidad ha sido denominado “divorcio *express*”, o de los países en que se ha introducido una modalidad de guarda sobre los hijos de la pareja separada o divorciada que tiene carácter *compartido*. Sin prejuzgarlo por mi parte, hay que suponer en el legislador el talento y el tino, la responsabilidad, suficiente para que sus reformas acompañen a la realidad social, y no la precedan. Aunque tal vez, *trahit semper sua voluptas*, esto sea mucho suponer. Sea como fuere hay factores para considerar de manera objetiva que el modelo de familia español, mejor dicho, los modelos familiares han cambiado en la sociedad española, sobre todo a partir de la apertura democrática de finales de los años setenta.

* Profesor Titular Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza. Correo: itena@unizar.es
Recibido: julio 28 de 2011. Aprobado: agosto 20 de 2011

II. La familia y el Derecho de familia antes de la Constitución de 1978

Suele definirse la familia como una institución natural y social que el derecho no crea sino que simplemente se limita a contemplar y regular, de modo que la familia no surge *a posteriori* de una regulación jurídica. Siguiendo esta línea jurídica pueden darse dos conceptos de familia, puesto que puede entenderse en sentido estricto, o en sentido exclusivo o extenso. El primero es equivalente a familia nuclear, formado por el núcleo de padres e hijos. En sentido amplio se habla de la familia-linaje, que comprende a todas las personas ligadas entre sí por un vínculo de parentesco cuando la ley extrae de este vínculo alguna consecuencia jurídica. Correlativamente a la noción de familia, consideramos el Derecho de familia como aquel sector del ordenamiento jurídico que trata de tutelar los intereses de la familia y de sus miembros. Es un conjunto de normas jurídicas de naturaleza discutida que, si bien tradicionalmente se ha considerado como Derecho Privado, y derecho Civil específicamente, también se ha adscrito al Derecho Público; es clásica la tesis de CICU al considerar que las normas del Derecho de Familia son normas de Derecho Público, basándose en dos criterios: en la familia hay un interés propio de la institución familiar y superior al de sus miembros y, además, concurren una serie de voluntades convergentes a la satisfacción de ese interés superior. Mayoritariamente la doctrina científica española ha rechazado tal planteamiento, es decir, que las normas del Derecho familiar pertenezcan al ámbito público porque la familia no es un ente revestido de *imperium*, o de soberanía, es decir, de potestad derivada del Estado. Todo ello sin perjuicio de reconocer que aquél tiene proximidades con el Derecho Público y caracteres genuinos.

En cuanto a la caracterización del Derecho de familia, solamente de manera relativa, es

decir con relación a determinado modelo de relaciones familiares, se puede afirmar cuáles son sus rasgos. Aun, con esa reserva, la doctrina suele destacar el contenido ético del Derecho de familia, ya que sus normas —como corresponde a una institución natural y social— proceden más del campo de la ética que del campo del derecho positivo, y además este fondo ético predomina sobre el jurídico, de ahí que existan preceptos sin sanción y obligaciones incoercibles. Es un Derecho en que predominan las relaciones personales sobre las patrimoniales. En él se constata la primacía del interés social, o supraindividual, sobre el de los individuos que componen el grupo familiar; y muchos derechos que éstos tienen persiguen, al mismo tiempo, la satisfacción o cumplimiento de un deber (por ello se habla, más que de *derechos*, de las *funciones* de los padres respecto de los hijos o entre la pareja). Las funciones o derechos de familia son recíprocos generalmente, inalienables, e irrenunciables. Las normas del Derecho familiar son de orden público, imperativas o inderogables por la autonomía privada.

III. El marco jurídico español y sus reformas.

Las circunstancias socio-políticas al término de la guerra civil, en 1939, provocaron que nuestro Derecho de familia evolucionase muy poco hasta la década de los cincuenta del pasado siglo. Correlativamente, las reformas se precipitaron en los años setenta, sobre todo a partir de la Constitución de 1978. Sin ánimo de exhaustividad, es preciso referir una serie de hitos recientes. En 1972 suprime la limitación, que aparecía en el Código civil, de la capacidad de la mujer menor de 25 años para abandonar el hogar paterno; hasta ese momento, sucedía que la mujer menor de 25 años dejaba de estar sometida a la potestad del padre, para pasar a estar sometida a la potestad del marido si contraía matrimonio. En 1975 se produce la

equiparación legal de los cónyuges, suprimiéndose la “autoridad marital”; el matrimonio ya no restringe la capacidad de obrar de los cónyuges, y para que el marido pueda representar procesalmente a su esposa ésta le ha de conceder voluntariamente tal poder de representación. Por Ley de 2 de Mayo de 1978 se despenalizó el adulterio y el amancebamiento (la supresión de estas figuras tiene consecuencias a efectos civiles sucesorios). El Decreto Ley de 16 de Noviembre de 1978, anticipándose a la Constitución promulgada el mes siguiente, establece la mayoría de edad a los 18 años. Ya tras la Constitución vigente de 1978, la Ley de 13 de mayo de 1981 equipara a los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, iguala al marido y la mujer en el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos, y en su posición en cuanto al régimen económico conyugal. La Ley de 7 de Julio de 1981, admite el matrimonio civil con total libertad, es decir, deja de ser subsidiario del matrimonio canónico, desaparece la supeditación a la prueba de acatolicidad de los contrayentes; igualmente, se admiten las formas de celebración de determinados matrimonios acatólicos. Y se reintroduce el divorcio vincular que había sido proscrito en 1939, al derogarse la Ley divorcio de 1 de marzo de 1932. La Ley de 1 de Julio de 2005 reconoce el matrimonio homosexual, equiparándolo plenamente al heterosexual. La Ley de 8 de Julio de 2005 modifica el régimen del divorcio, dando lugar a lo que mediáticamente se conoce como “divorcio exprés”; e introduce una nueva modalidad de guarda sobre los hijos, denominada “custodia compartida”.

En este amplio repertorio de hechos trascendentales para configurar el actual Derecho de familia, solamente puedo referirme a alguno de los más recientes. Pero antes, es preciso insistir en una idea (algo que en ocasiones pasa desapercibido para el jurista demasiado ocupado en taxonomizar, en tipificar la convivencia humana dentro de

las categorías del Derecho): por sentido común (aunque, según se dice, sea el menos común de los sentidos) todos entendemos que el concepto de *familia* viene definido por una relación paterno-filial (natural o por adopción), de tal modo que si falta descendencia no podemos hablar con propiedad de familia, aunque en el lenguaje común se utilice esa expresión para designar a las parejas sin hijos, o incluso las denominadas “familias unipersonales” u hogares integrados por una sola persona. Ello no obstante lo que importa desde el punto de vista del ordenamiento jurídico, no es tanto el concepto objetivo de familia, sino *qué debe entenderse jurídicamente* por tal (así, *vgr.*, no cabe duda de que el Tribunal Constitucional español considera “familia” al matrimonio, aún sin descendencia).

IV. Familia, familias, matrimonio y pareja en la realidad social española

La definición de familia tiene un contenido relativo, hace referencia a una época y a un lugar, desde el momento en que resulta obvio que ese concepto jurídico y social, ese modelo de convivencia, no puede ser idéntico al preponderante en la sociedad española de otra época. Como ya adelantara hace algunos años cierto insigne jurista hemos asistido al alumbramiento de la “familia postmoderna”. Se trata de una familia *reducida* en sus miembros (así una de las mayores preocupaciones de los dirigentes europeos es la inversión de la *pirámide de población*), *desustanciada* (por la atenuación de los principios institucionales que tradicionalmente organizaban el grupo familiar) y *deslegalizada* (por la reducción del formalismo histórico, y la revalorización de la autonomía individual), compuesta “por una pareja inestable y unos hijos en abierta rebelión” (Lacruz, 1982, p. 727).

La sociedad española puede parangonarse con la de su entorno europeo en lo que toca

a los modelos familiares y su evolución, suelen presentar coincidencias, aunque lo que resulte distinto sea la velocidad de esa evolución o la penetración real de determinados modos de comportamiento (vgr. las parejas de hecho, como fenómeno de convivencia, constituyen todavía un porcentaje muy poco significativo si se compara con el que corresponde al de parejas matrimoniales; aunque no sea fácil proporcionar cifras, la unión no matrimonial puede suponer un 13% sobre el total de parejas, mientras que aquel porcentaje alcanza entre el veinticinco y treinta por ciento en algunos países europeos: Suecia, Francia, Estonia). No solamente ha aparecido un nuevo entramado del grupo familiar, sino que tampoco puede hablarse de un modelo familiar universal o único. En España, como en toda Europa, se ha implantado un cierto “pluralismo familiar”, una diversidad de modos de convivencia en familia: familias matrimoniales-no matrimoniales, heterosexuales-homosexuales, íntegras-divididas, reconstituidas o ensambladas, monoparentales, etc. ¿Qué ha acontecido en la sociedad y en el ordenamiento jurídico españoles, para que se hayan producido cambios de importancia en la conformación de la familia? Vale la pena destacar algunos aspectos especialmente trascendentes.

Sin duda, una de las circunstancias más llamativas que, tras la Constitución de 1978, ha afectado a la moderna configuración de

la pareja y de la familia, es la extensión, y la socialización del fenómeno de las crisis matrimoniales: la realidad del divorcio, que fue reintroducido en nuestro país en 1981¹. En muy pocos años las rupturas matrimoniales han pasado a ser un elemento significativo de la realidad en la sociedad española. Según datos del Instituto Nacional de Estadística referidos a 2009 (publicados en 2010) en España, el índice de rupturas matrimoniales (incluyendo, nulidad, separación y divorcio) representa un 60,33% respecto del total de matrimonios celebrados. En la actualidad, en términos estadísticos, más de la mitad de los matrimonios españoles se divorcian (exactamente, un 55,90% respecto del total de matrimonio celebrados)². Téngase en cuenta que estas alarmantes cifras no computan la ruptura de las parejas no casadas; y no se olvide que el índice de nupcialidad ha caído un 10,8% comparando 2009 con 2008. En ese contexto social, el mes de julio de 2005, se originó legalmente un nuevo sistema de gestión de las crisis conyugales. Caracterizado por los plazos brevísimos para poder solicitar y obtener el divorcio (tres meses después de haber contraído matrimonio, por regla general, e incluso menos en algunos casos), y también por la supresión de la separación conyugal (que era un trámite, por lo general, previo a la solicitud del divorcio³). De algún modo se ha producido el reconocimiento de una suerte de derecho individual de cada cónyuge a obtener la se-

¹ Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Correlativamente, no había divorcio desde que desapareció en 1939, al derogarse la Ley republicana de Divorcio de 1932. Y el sistema legal de gestión de las crisis conyugales pasaba por el reconocimiento de la separación legal, ya que no se atribuían especiales efectos a la separación puramente fáctica.

² Curiosamente, hay un factor novedoso, aún de carácter coyuntural, que está contribuyendo a disminuir el número de rupturas: la crisis económica ha producido una rebaja estadística de más de un 10%. Y también ha producido un incremento del 0,7% respecto del porcentaje precedente de divorcios consensuados o de mutuo acuerdo.

³ Es decir, desde los años ochenta el sistema legal de gestión de las rupturas conyugales estaba constituido por la separación y el divorcio y, además, la separación venía ocupando un carácter accesorio o instrumental del divorcio vincular, en la práctica, pues era aquella una situación provisional tendente a preparar otra definitiva cual el divorcio. Actualmente (datos 2009, INE) el divorcio representa un 92,7% de las disoluciones matrimoniales, la separación 7,2%, las nulidades 0,1%.

paración o el divorcio, incluso contra la oposición de su consorte, que rememora lo que históricamente se ha denominado “repudio”.

Al mismo tiempo que se desenfrena el fracaso familiar se ha incrementado la preocupación institucional hacia las consecuencias de las crisis matrimoniales y familiares⁴, a los poderes públicos les interesa lograr una más efectiva protección de los derechos de los miembros de las familias rotas, pues ello redundará en la estabilidad y la paz social.

Además de la propia inestabilidad del modelo matrimonial, hay que tener en cuenta la consideración que reciben las nuevas formas de convivencia en pareja, no matrimonial, las uniones de hecho. Obviamente el fenómeno no resulta novedoso. Sí lo es, en cambio, la admisión de su licitud y la regulación de derecho por las leyes. Aunque no deja de resultar un tanto sorprendente, lo cierto es que, en ausencia de una ley general que regule en todo el Estado las parejas de hecho, en este momento quince Comunidades Autónomas tienen legislación específica sobre parejas estables no casadas⁵. Aunque el fenómeno de las uniones de hecho no agote

la estadística, casi un 32% de los niños españoles nacen fuera del matrimonio⁶.

Desde luego, en la evolución de las relaciones familiares no puede pasarse por alto algo que tiene una trascendencia especial, no solamente por lo que supone de justicia hacia a la condición de la mujer en la sociedad y en el Derecho español: la nueva consideración igualitaria que reciben los miembros del grupo familiar. No solamente se ha consagrado a partir de la Constitución la igualdad jurídica del hombre y de la mujer⁷ solteros, y de la esposa y el marido, sino que además se ha incorporado efectivamente a nuestro ordenamiento jurídico el principio del interés superior del niño⁸.

Con respecto a los nuevos paradigmas de comportamiento social debe considerarse la trascendencia enorme que ha supuesto, en tantos ámbitos de la economía, y también de la familia, la definitiva incorporación de la mujer al mundo laboral. Este fenómeno, por sí solo, hubiera sido suficiente para trastocar la tradicional distribución de papeles (“roles”, se utiliza en la “ideología de género” tan presente), en que era fundamental que la mujer se dedicase en exclusiva al cuidado

⁴ Entre otras medidas dicha atención está llevando a que en mi país también se esté legislando la denominada *mediación familiar*: una docena de las diecisiete Comunidades Autónomas ya cuentan con una Ley propia en la materia, en espera de que el Gobierno elabore la anunciada (en la propia Ley 15/2005, de 8 de julio, *por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio*) Ley general sobre mediación familiar. Es la propia Unión Europea la que explicita aquella preocupación, en una Recomendación de 21 de enero de 1989 sobre mediación familiar. La importancia de la misma es fundamental en el desarrollo que, también en mi país, está teniendo esa modalidad de mediación; así puede constatarse a partir de las exposiciones de motivos de las leyes de ámbito autonómico que se ocupan en este momento de la mediación familiar, ya que suelen tomar pie en aquella Recomendación.

⁵ A las leyes específicas habría que añadir previsiones normativas de otro alcance.

⁶ El Anuario Estadístico de España (2008) publica que el porcentaje de los nacimientos fuera del matrimonio se eleva al 31,68%. Con todo, esto significa que todavía el resto son matrimoniales, sobre todo de matrimonio civil. Contrástese con los países de nuestro entorno en el mismo 2008: Francia 52,56%, Inglaterra 45,42%, Alemania 32,7%, Italia 17,70%.

⁷ El penúltimo tramo de esa progresión puede encontrarse, en la Ley de Igualdad: Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Su artículo primero justifica la Ley para “hacer efectivo el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer en cualesquiera ámbitos de la vida...”.

⁸ Un buen compendio de las consecuencias de tal principio puede encontrarse en la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

del hogar y a la atención de los miembros de la familia. Aunque hoy en día pudiera creerse que también aquél es uno de los cometidos que, por razones de género⁹, ha de desempeñar la fémina, lo realmente novedoso es que ahora ya no resulta una ocupación exclusiva, sino que la mujer *debe* compaginar su trabajo fuera del hogar con las tareas que los tópicos sociales le encomendaban. Por otra parte, ese trabajo profesional de la mujer no solamente le ha reportado posibilidades de emancipación real, de que antes carecía en buena medida, sino que le ocasiona iguales dificultades que al varón a la hora de dedicar a los hijos un tiempo que ya no se les puede dispensar de manera casi exclusiva. Y, como consecuencia de todo ello, el varón debe implicarse realmente en la gestión del hogar y en el cuidado de los hijos no únicamente de manera intencional, sino material o efectivamente¹⁰.

No solamente se han incorporado nuevos valores a los estereotipos femenino y masculino, sino que se reivindican de otra manera los derechos que los fundamentan. Incluso, en ocasiones, se ataca con igual saña el mismo derecho que tiene el otro progenitor a relacionarse con sus hijos, tratando de excluirlo absolutamente: en tal sentido se identifica el llamado “síndrome de alienación parental” (SAP, o PAS en terminología anglosajona).

En la actualidad se han producido cambios en la caracterización de las relaciones

padres-hijos, en el seno del grupo familiar, cambios en la estructura interna de la familia. Al efecto deben ponderarse, al menos, los siguientes factores: la atenuación, asimismo progresiva, del principio de autoridad paterna (entendida tradicionalmente como potestad de varón) y se han introducido pautas de discusión y negociación en todos los niveles de las relaciones familiares, lo que supone reconocer a todos los miembros del grupo familiar una legitimidad de interlocución; las familias españolas han cambiado en lo que respecta a su dimensión nuclear pues se trata de familias reducidas, en cuanto al número de sus miembros (el índice de natalidad —aunque en los últimos años ha experimentado un ligero repunte, gracias a la emigración fundamentalmente— sigue siendo considerado como “crítico”¹¹).

Un factor muy relacionado con el déficit de natalidad es que la familia española se concierta a partir de una edad más avanzada de los progenitores (en el contexto de la Unión Europea la mujer española es la que más tarde comienza a tener hijos, en términos estadísticos, a los 29,29 años; si referimos la estadística a Colombia hay una diferencia de casi diez años para la primera concepción); la familia española es cada vez más *internacional*, debido a la importancia del fenómeno de la emigración (en 2010, 12,2% de la población), y al incremento de las adopciones internacionales (España ha sido, tras EEUU el país que mayor número de adopciones internacionales realiza), y los matri-

⁹ Además de las razones derivadas de la inercia histórica. Aunque los criterios de adscripción de cometidos y tareas, basados en una apropiación del género, cada día son más relativos. Tal vez, en consideración del estado de la ciencia, la última frontera que separa lo que es propio de la mujer y lo que permite la condición del hombre, como seres complementariamente sexuados, tiene que ver con la gestación y el alumbramiento de su prole.

¹⁰ Es más, con frecuencia son los propios varones quienes reclaman tales competencias, como presupuesto para reivindicar custodia compartida sobre los hijos, cuando se produce una ruptura de pareja.

¹¹ España cuenta con la natalidad más baja de Europa y una de las más bajas del mundo. La tasa de natalidad en España está por los suelos: 9,2 por cada 1.000 habitantes. Si la tasa de reposición generacional está en 2,1 hijos por mujer en la actualidad, estamos en 1,1. Es decir, si no se produce un repunte, cabría deducir que España es un país en extinción.

monios mixtos (2009, en el 21,3% de los matrimonios al menos uno de los cónyuges era extranjero, y en el 21,1% ninguno de los contrayentes era español). Otra característica de la familia o de la sociedad española, es la reciente caída del índice de nupcialidad: en 2009, se celebraron 175.952 matrimonios, el 10,8% menos que en el año anterior. Desde 2009 el número de bodas civiles supera al total de las que pueden concertarse en forma religiosa. Por otra parte, la Ley de identidad sexual, con la que se pretende facilitar la concordancia registral del sexo querido o percibido por los transexuales (en situaciones de *disforia de género*), establece que podrá prevalecer sobre la dotación sexual de nacimiento, que es fundamentalmente la que se había tenido en cuenta hasta ahora¹².

En el relato de novedades sustanciales para la conformación vigente de la familia y el matrimonio, no ha de olvidarse la supresión del requisito de la diferenciación sexual entre los contrayentes del matrimonio civil. Lo primero es consecuencia de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio; dicha Ley entró en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE de fecha 2 de julio (*cf.* D. Final 2^a)¹³. Esta novedad, por su importancia, merece un tratamiento autónomo, al que luego dedicaré unos minutos.

V. El modelo constitucional de familia: el artículo 39 de la Constitución española de 1978

Deben tomarse en cuenta, para la cuestión que estudio, varios artículos de los que obviamente no puedo hacer una relación exhaustiva. Entre ellos el art. 32 CE, ha originado una enorme polémica sobre todo al hilo de la Ley 13/2005, que introdujo el matrimonio homosexual en nuestro Ordenamiento. La cuestión es que, literalmente, el citado art. 32 CE dice que “1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”. Como ven se trata de “hombre” y “mujer”, no se refiere a hombre-hombre, o mujer-mujer. Lo que entre otras razones, ha determinado que se formulase un recurso de inconstitucionalidad, todavía pendiente de resolución por el Tribunal Constitucional

También, es fundamental el artículo 39 CE (que debe contemplarse en relación con otros preceptos constitucionales que tienen que ver con los derechos de los ciudadanos en general: *vgr.* art. 10 CE —libre desarrollo de la personalidad—, art.14 CE —igualdad de los ciudadanos ante la ley—, o el art. 32 CE —relativo al matrimonio y a la igualdad de derechos de los cónyuges—), cuyo ámbito directo son las relaciones paterno-filiales. Sin embargo, aunque parezca contradictorio con esa importancia, dicho artículo resulta

¹² La Ley de Identidad de Género, permitirá a las personas transexuales cambiar su nombre y su sexo en el Registro Civil, siempre y cuando un médico o psicólogo clínico colegiado acredite la “disforia” de género. Una vez tengan esta acreditación, un cambio registral mediante un procedimiento gubernativo y no judicial, otorgará a la persona afectada la nueva identidad. Téngase en cuenta, en estas cuestiones, la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

¹³ Aunque ahora no me ocupe del fenómeno, la verdad es que el desarrollo de la adopción en mi país tiene características específicas. Entre otras razones, la falta de niños abandonados, y el descenso en los niveles de natalidad, han provocado (sin excluir, tal vez, la influencia de algunas modas) la gran importancia adquirida por la adopción internacional. Lo que, unido a la propia inmigración (en torno al 10% del número total de habitantes), propicia que paseando por cualquier calle española pueda contemplarse un inigualable mosaico de razas.

sumamente genérico. Artículo 39 CE: "1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos". Si esperábamos una definición más taxativa y clara de cuál es la garantía constitucional de las funciones parentales, sin duda el precepto resulta decepcionante. Pero, no debemos olvidar que, como expresa la rúbrica del Capítulo (*"De los principios rectores de la política social y económica"*) en que se inserta el artículo 39 CE, se trata simplemente de enunciar principios cuyo desarrollo ulterior compete a los poderes públicos (y cuya infracción solamente puede ser alegada ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que desarrollen aquellos principios). Dicho de otro modo, *la protección de la familia no es un derecho subjetivo*, el art. 39 CE no define *derechos fundamentales*, protegidos por el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, y con las propias garantías constitucionales de los derechos de esa naturaleza. Si acaso una cuestión a resolver a partir del propio tenor literal del art. 39 CE es ¿a qué familia se está refiriendo?, ¿a qué tipo de familia se asegura la protección social, económica y jurídica a que alude el apartado primero de dicho artículo? En realidad, la pregunta es legítima, pues la

Constitución no define la familia, ni en consecuencia parece preferir ningún modelo de familia en particular (ese silencio de la Constitución tampoco significa que la consideración constitucional de la familia, y la protección que de ello se deriva sean menores solamente por eso). Aunque no han faltado en la doctrina científica los partidarios de referir aquella protección a la *familia matrimonial*, hoy en día la mayoría de los autores, con fundamento en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, no dudan que aquella limitación no es jurídicamente posible, pues, en la realidad social española y con arreglo a su ordenamiento jurídico, existen otros modelos de convivencia (no matrimoniales) igualmente lícitos y admitidos. De tal modo que el criterio para saber a qué realidad familiar ordena la Constitución proteger, no es el que resulta positivamente de la inclusión en el art. 39 CE, sino el de la improcedencia de una discriminación que no resultase jurídicamente admisible con arreglo al art. 14 de la propia Constitución¹⁴. En realidad con esta solución, se resuelve un problema para acabar originando otro: ¿cuándo es jurídicamente admisible un tratamiento desigual de las realidades familiares? ¿La familia matrimonial puede resultar mejor tratada que otras formas posibles de convivencia no matrimonial? No parece que sea así, pero al mismo tiempo creo que tampoco debe haber problema para entender que la protección de la familia matrimonial debe priorizarse. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (contenida en sentencias ya anteriores, como las del 5 noviembre 1990, 14 febrero 1991 y 28 febrero 1994, etc.) afirma que matrimonio y convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes y el legislador puede establecer diferencias de tratamiento entre las mismas.

¹⁴ En la Sentencia del Tribunal Constitucional 184/1990 se refiere que la Constitución no ha identificado la familia que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio; pues, como corresponde a una sociedad plural, junto a la familia matrimonial existen otras. De tal modo que no se puede interpretar el art. 39.-1 CE en términos restrictivos.

Sin embargo, se dan diversas soluciones a la hora de responder la siguiente pregunta: ¿la familia a la que se refiere la Constitución, y a la que deben proteger los poderes públicos, es también la constituida con una unión homosexual? La cuestión es sin duda compleja, aunque buena parte de los autores han dado una respuesta negativa e incluso ha habido, en la misma línea, frecuentes pronunciamientos jurisprudenciales. No obstante, tanto los argumentos de la doctrina científica, como los jurisprudenciales, decaen en el momento mismo en que (pese a los inconvenientes que luego comentaré) el Parlamento español aprobó el matrimonio homosexual (mediante la *Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*), en igualdad de condición que el matrimonio heterosexual. Por más que, como ya he dicho, haya un recurso de inconstitucionalidad planteado en contra de dicha Ley.

VI. El matrimonio de pareja homosexual

Ésta es probablemente la cuestión actual más polémica dentro del Derecho civil de familia, desde que en 1981 se reintrodujera el divorcio en el ordenamiento jurídico de mi país. Tal vez no resulte excesiva la valoración de que, en parte, con ella se persiguen finalidades exclusivamente políticas y aún de motivación electoral. Creo que es justo afirmar que esa Ley tiene un cierto desarraigo respecto de las convicciones sociales, de la realidad social, o a nivel de “la calle”, pues la convivencia homosexual es socialmente poco significativa (aunque, igualmente es cierto, ha habido una relativa contestación social, traducida en algunas movilizaciones y manifestaciones de sentido opuesto); el buen sentido debe precisar que esa nueva

clase de matrimonio está llamado a tener una muy escasa aplicación práctica, en la propia medida de la escasa presencia de parejas homosexuales¹⁵. Cabe dudar de que tal novedad legal fuese necesaria en realidad pues, en honor a la verdad, aquella polémica ha sido sobre todo jurídica, en cuanto al *matrimonio* homosexual en sí mismo. Y por ello mismo no se entiende muy bien qué se ha pretendido con el invento, pues la defensa de los legítimos derechos de las parejas de orientación homosexual podía haberse conseguido igualmente mediante otras soluciones, sin trastocar o experimentar con una institución tan trascendente históricamente y en la actualidad como el matrimonio heterosexual.

España ha sido, sin duda, precursora en el reconocimiento del matrimonio homosexual. No son muchos los países europeos que hayan sometido sus ordenamientos jurídicos a una reforma tan *audaz*: aunque se reconozca en algunos países la unión homosexual, y en algunos casos la posibilidad de contraer matrimonio, no es tan fácil encontrar en nuestro contexto europeo una equiparación absoluta con el matrimonio heterosexual, como se ha hecho en España mediante una remisión en bloque al estatuto del matrimonio heterosexual. Y he aquí, precisamente, parte del problema que ha determinado que altos órganos jurídicos consultivos hayan tomado igualmente posición en contra del matrimonio homosexual. En la doctrina, el tema ha hecho correr ríos de tinta, tanto antes como después de la promulgación de la *Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*, por la que se introdujo aquella especialidad dentro del régimen del matrimonio¹⁶. Desde

¹⁵ Como botón de muestra, cabe tener en cuenta algunos datos. Según la estadística INE (publicada 2010) referida a 2008, los matrimonios heterosexuales (194.022) representan un 98,38% respecto del total de uniones matrimoniales. Los matrimonios entre hombres (2.051, notoriamente en número superior al de mujeres) y entre mujeres (1.143) representan en conjunto el 1,6% respecto del total de matrimonios.

el punto de vista técnico, lo que hace la Ley 13/2005 para lograr el *injerto* de una nueva modalidad de matrimonio dentro de la categoría histórica tradicional de matrimonio heterosexual, es modificar aquellas expresiones del Código civil que, en relación con el matrimonio, literalmente empleaban las expresiones hombre-mujer, padre-madre¹⁷, es decir las referencias de género. Me gustaría reseñar los inconvenientes fundamentales que se han achacado a la Ley 13/2005 que, en síntesis, tienen que ver con varios aspectos críticos. El primero, la posible quiebra del concepto institucional del matrimonio, con la eventual injusticia que puede resultar al equipararse, en derechos y deberes, dos realidades diferenciables (matrimonio heterosexual/matrimonio homosexual)¹⁸. En segundo lugar, otro problema es la adopción conjunta por una pareja homosexual, cuando están en juego los intereses de los niños (determinadas encuestas arrojan que la sociedad española —al menos el universo que constituye la base numérica de la consulta—, aunque no se opone al matrimonio de los homosexuales, resulta sumamente reticente al ser interrogada sobre las posibilidades de adopción de menores). Además sucede que, efectivamente hay en este momento en España, a consecuencia de los movimientos migratorios, otras culturas que

acaban teniendo una presencia significativa en la sociedad, y en las que se admiten o toleran prácticas que no resultan conformes con el Derecho y la conciencia social mayoritaria de mi país¹⁹. Tal vez por ello señala el Dictamen del Consejo General del Poder Judicial (sobre el proyecto de ley relativo al matrimonio entre personas del mismo sexo, 26 de enero de 2005) en su última conclusión: “Fundar la reforma en bases movedizas como la conciencia o la demanda social o un mal entendido sentido de la dignidad de la persona o de búsqueda de la igualdad, dejan a nuestro ordenamiento sin resortes ni bases jurídicas para rechazar modelos matrimoniales ajenos a nuestra cultura jurídica que con entera facilidad acabarían por imponerse (vgr. matrimonio poligámico)”.

En parecidos términos, poniendo en tela de juicio la conformidad de la Ley 13/2005 con la Constitución española, se pronunció el Consejo de Estado en su Dictamen “sobre el proyecto de ley relativo al matrimonio entre personas del mismo sexo”, de fecha 15 de diciembre de 2004. En reiteradas ocasiones afirma el Consejo de Estado (en concordancia con la doctrina del Tribunal Constitucional, y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) que solamente la pareja heterosexual, el hombre y la mujer,

¹⁶ No me ocupo ahora del matrimonio de los transexuales, de las personas que padecen “disforia de género”, disgusto de género. Además de la actual tramitación parlamentaria de una iniciativa legislativa que pretende facilitar el cambio de la constancia registral del sexo morfológico, conviene tener en cuenta que en el ordenamiento jurídico español se ha producido mitigación del rigor con que se excluía o limitaba a los transexuales la posibilidad de contraer matrimonio.

¹⁷ Vgr. Antes de su reforma, el art. 44 del Código civil decía: “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código”. Lo que hizo la Ley 13/2005 es añadir un segundo párrafo que dispone: “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”. Otro ejemplo: el art. 66 CC dispone actualmente que “Los cónyuges son iguales en derechos y deberes”; antes de su reforma: “El marido y la mujer son iguales en derechos y deberes”.

¹⁸ Entiéndase que en modo alguno cabe negar la posibilidad de que la pareja homosexual tenga un marco jurídico regulador, tanto en el ámbito personal, como en el patrimonial. Lo que se discute más bien es si ese envoltorio jurídico ha de ser necesariamente el del matrimonio tradicional, cuando hubiera sido tal vez suficiente regular con alguna especialidad, si fuera preciso- un “contrato o pacto de convivencia”.

¹⁹Vgr. la poligamia: el colectivo de la emigración procedente de Marruecos es, en este momento, el más numeroso. Qué decir de la horrenda práctica de la mutilación genital femenina que, aunque se persigue penalmente por el Derecho español, algunos colectivos inmigrantes africanos intentan conservar.

tiene reconocido constitucionalmente el Derecho a contraer matrimonio en el art. 32 CE²⁰, lo que no impide al legislador que al margen de la Constitución pueda extender los derechos y deberes del matrimonio a las parejas homosexuales.

Permítanme concluir recurriendo a la cita de Zygmunt Bauman, en su memorable *Vida líquida* (2006, p. 52), quien refiere mejor que yo lo que sin duda podría explicar una cierta perplejidad de los juristas españoles, en este momento, sobre la naturaleza de los modelos familiares vigentes: "...en el actual discurso de la identidad converge la búsqueda de dos valores distintos, la libertad y la se-

guridad, sumamente codiciados por resultar indispensables para una vida digna y feliz. Esas dos líneas de búsqueda son muy poco proclives a coordinarse entre sí y cada una de ellas tiende a llevarnos a un punto en que la otra corre el riesgo de verse lentificada, detenida o, incluso, revertida".

Referencias

- Bauman, Zigmunt (2006). *Vida Líquida*. Barcelona: Paidós.
- Lacruz Berdejo (1982). Un nuevo contractualismo en el derecho familiar. En: *Revista La Ley*.

²⁰ Artículo 32 CE: "1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos".