

MATRIMONIO, GÉNERO Y FAMILIA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: TRASCENDIENDO LA FAMILIA NUCLEAR

BLANCA RODRÍGUEZ RUIZ (*)

I. INTRODUCCIÓN.—II. IGUALDAD, ARTÍCULO 32 CE Y MATRIMONIO: 1. *Entre la igualdad, la no discriminación y la impronta patriarcal del matrimonio.* 2. *Constitución y matrimonios del mismo sexo: entre el derecho fundamental y la garantía de instituto: a) Uniones estables del mismo sexo y el derecho fundamental al matrimonio.* b) *Las uniones estables del mismo sexo y el contenido esencial del matrimonio.*—III. FAMILIA NO MATRIMONIAL ¿A LA SOMBRA DEL MATRIMONIO?: 1. *El Tribunal Constitucional y el alcance del artículo 39.1 CE.* 2. *Tribunal Supremo, familia y principios generales del Derecho.* 3. *El artículo 39.1 CE y su desarrollo normativo.*—IV. REFLEXIONES FINALES.—BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los fenómenos socio-jurídicos característicos de nuestro tiempo es la evolución de la familia como modelo de organización social, y la correspondiente evolución de su regulación jurídica. Hablar de familia es, ciertamente, hablar de evolución. La familia es una de las figuras sociológica y jurídicamente más versátiles e idiosincráticas de la historia de la humanidad. Qué relaciones interpersonales se entienden constituyen una familia, socialmente y/o a efectos jurídicos, y cuáles son esos efectos jurídicos, son cuestiones sujetas a los vaivenes de las necesidades de organización social de comunidades concretas, y de los valores en que esas necesidades se traducen (1). Lo característico de estos tiempos de inicios del nuevo

(*) Este artículo ha sido escrito en el marco del Proyecto de Investigación Mujer2009-PI-114.

(1) La literatura en torno a este tema es inmensa. *Vid.* por todos BOSWELL (1980, 1995); GIES y GIES (1989); YALOM (2001); COONTZ (2005).

siglo no es, pues, que se haya producido una evolución en lo que entendemos por familia, sino el sentido de dicha evolución. Lo característico es, en concreto, que con ella se pone en cuestión del modelo moderno clásico de familia.

La modernidad trajo consigo la familia nuclear, concebida como la unión matrimonial de dos personas de sexo distinto unidas por lazos de amor romántico (2), y eventualmente su descendencia común. Vinculado a la creación del espacio doméstico como un espacio íntimo distinto y separado de la esfera pública, este modelo de familia constituye la gran piedra de toque de la construcción del género en el Estado moderno. La construcción del Estado como forma de organización política característica de la modernidad suele identificarse con la creación de la esfera de la sociedad civil, entendida como el conjunto despolitizado de la población, y de la esfera del poder político, en quien la sociedad civil delega la dirección política del Estado, así como con la introducción de una clara línea divisoria entre ambas. Menos atención suele prestarse a la creación por el Estado moderno de la esfera de lo íntimo y a su separación de lo público, entendido éste en un sentido amplio que abarca tanto lo político como lo social. Informado por los ideales burgueses de libertad e igualdad, erigidos, en un salto lógico, en sus parámetros normativos, el terreno público se concibió como aquel en el que se desenvuelve la ciudadanía activa, identificada con la satisfacción de esos parámetros. Lo íntimo, por su parte, se concibió como condición de existencia de lo público. Ello responde a la toma de conciencia de que la puesta pública en escena de los ideales burgueses de libertad, o independencia, e igualdad depende en la práctica del disfrute de una esfera desprovista de toda dimensión social o política, una esfera donde el individuo pueda cultivar, desarrollar y expresar su verdadera identidad, como presupuesto emocional y psicológico de su participación libre e igual. La familia nuclear se concibió como dicha esfera.

Presupuesto emocional y psicológico de lo público, la familia nuclear es también su soporte funcional. Modelo ideal y analítico de corte burgués más que realidad social (3), la familia nuclear surge como una estructura social funcionalmente autosuficiente, organizada en torno a la división de las tareas pertinentes a la producción, de un lado, y a la reproducción (cultural y física), de otro (4). Dentro de ella, se atribuyó a los varones la labor de ganar el sustento familiar, ese salario

(2) Sobre el amor romántico como vertebrador de las relaciones entre los sexos e instrumento de regulación social, política y jurídica dentro del Estado, *vid.* PULCINI (1990), JÓNASDÓTTIR (1993), LUHMANN (1994), SIEGEL (1996).

(3) COONTZ (1992). Entre nosotros, *vid.* VALPUESTA FERNÁNDEZ (2010).

(4) Sobre este tema, *vid.* el estudio histórico de GRAY (2000).

familiar de cuño moderno (5), y de representar a la familia en el espacio público conforme a los ideales de igualdad e independencia, mientras a las mujeres se nos encargó la tarea de gestionar en privado la dependencia de todos los miembros de nuestra familia (6). Sin duda condicionado por las exigencias del modelo de producción capitalista, consolidado con la revolución industrial, este reparto de tareas se tradujo en la identificación de lo público con los varones, conceptualizados a la sazón como ciudadanos activos, quedando las mujeres adscritas a la esfera de lo doméstico (7) como gestoras de dependencias propias y ajenas, y como generadoras de una intimidad cuyo disfrute habría de corresponder a los varones (8). El ideal de amor romántico vino a consolidar este modelo, convirtiendo la pertenencia a lo íntimo en nuestro destino natural, haciendo de las mujeres cómplices indispensables en la construcción del género (9). Las mujeres quedábamos así conceptualizadas como ciudadanas pasivas, y nuestra ciudadanía reducida a la labor de crear las condiciones para la participación de los varones en la esfera pública, como «soporte invisible del “yo” ... a través del sentimiento amoroso» (10).

Ya en otro lugar he destacado el papel de lo íntimo en el modelo de organización política introducido por el Estado y la importancia estructural de concebir a las mujeres como creadoras de intimidad. Y ya en otro lugar me he detenido a deconstruir el mito moderno de la independencia, definido en masculino, y el mito paralelo de la dependencia de las mujeres (11), como mitos que informan la construcción moderna de los géneros, articulada en la familia nuclear y consolidada en sendos modelos de ciudadanía sobre la base de un pacto social-sexual (12), de ese pacto de fraternidad que complementa e imbuje contenido a los ideales revolucionarios de libertad (independencia) e igualdad (13). No pretende este artículo volver a insistir en estas ideas. Partiendo del

(5) Para una crítica de la figura del salario familiar desde una perspectiva de género, *vid.* FRASER (1996).

(6) Sobre este tema, *vid.* RODRÍGUEZ RUIZ (2010).

(7) Así se encarga de teorizarlo J. J. Rousseau, teórico, por excelencia, de la democracia moderna [*vid.* ROUSSEAU (2003ed.): 411 y sigs.]. Y así lo asumen todos los teóricos contractualistas y liberales [*vid.* COBO (1995)], incluido J. S. Mill, defensor de la igualdad entre mujeres y varones [*vid.* MILL y MILL (ed. 1970): 75 y sigs.]. Sobre cómo el liberalismo asume la noción romántica de intimidad como una esfera distinta y separada de la pública o social que identifica con la familia, *vid.* KYMLICKA (2002): 394 y sigs. Para un mayor desarrollo de estas ideas, *vid.* RODRÍGUEZ RUIZ y RUBIO MARÍN (2007): 142 y sigs.

(8) Sobre ese tema, *vid.* MURILLO (1996).

(9) Así también VALPUESTA FERNÁNDEZ (2010).

(10) RUBIO CASTRO (1997): 87; AMORÓS (2000): 152.

(11) RODRÍGUEZ RUIZ (2001, 2006).

(12) PATEMAN (1988).

(13) LANDES (1998): pág. 158.

papel de la familia nuclear como *locus* en el que se articulan los roles de género dentro del Estado, su objetivo es más bien analizar la evolución de este modelo de familia en nuestro país en los últimos treinta años, desde una perspectiva tanto de género como jurídico-constitucional. El objetivo es, más concretamente, analizar el potencial transformador de la familia y, con ella, de los parámetros de organización social que encierra nuestra Constitución.

En la base de la evolución de nuestra comprensión jurídica de la familia se encuentra la Constitución de 1978. Al prohibir expresamente la discriminación intergrupal por razón de sexo (art. 14) (14), y al imponer a los poderes públicos la obligación de atajarla, promoviendo condiciones para la igualdad efectiva de personas y grupos sociales, y removiendo obstáculos, incluidos jurídicos, que la dificulten o la impidan (art. 9.2), la Constitución obliga a los poderes públicos a redefinir la familia de acuerdo con parámetros que no sitúen a las mujeres bajo el dominio, jurídico y/o social, de los varones. Esta obligación aparece expresamente corroborada en el artículo 32 CE, que garantiza la plena igualdad jurídica entre hombres (varones) y mujeres en el ámbito del matrimonio. El artículo 32 CE sitúa así al matrimonio expresamente bajo el manto del principio de igualdad, con un matiz importante respecto del artículo 14 CE: mientras éste permite diferencias de trato, siempre que estén suficientemente justificadas, el artículo 32 CE impone la *plena* igualdad jurídica entre mujeres y varones en el ámbito matrimonial. A estos preceptos se suma el artículo 39.1 CE, que impone a los poderes públicos la obligación de tutelar la familia más allá del matrimonio y más allá de la filiación, asumiendo, pues, que la familia no termina en el primero ni en la segunda, que puede incluir relaciones voluntarias entre personas adultas desarrolladas al margen de la institución matrimonial y que, posiblemente, no participen de la lógica de ésta.

Pues bien, el objetivo de este artículo es analizar, desde una perspectiva de género, el potencial transformador de la aplicación al matrimonio del principio de igualdad contenido en el artículo 32 CE (II), y de la obligación de los poderes públicos de proteger a la familia al margen de su origen, matrimonial o no, prevista en el artículo 39.1 CE (III), ambos en conjunción con los artículos 9.2 y 14 CE. En uno y otro contexto asistiremos a las reacciones de nuestro ordenamiento jurídico ante ese potencial transformador, a las tensiones entre el horizonte constitucional de superación de los patrones de género que informan la familia nuclear moderna y las inercias de género que siguen impregnando nuestro ordenamiento. Concluiré con unas breves reflexiones finales (IV).

(14) Sobre la discriminación como fenómeno intergrupal, *vid.* BARRÈRE UNZUETA (2008): 45.

II. IGUALDAD, ARTÍCULO 32 CE Y MATRIMONIO

1. *Entre la igualdad, la no discriminación y la impronta patriarcal del matrimonio*

Los artículos 9.2, 14 y sobre todo 32 CE obligan a redefinir las relaciones conyugales heredadas del ordenamiento pre-constitucional y, con ellas, el modelo clásico de familia nuclear. Los tres están en la base de las profundas reformas operadas en este terreno en casi todos los sectores del ordenamiento jurídico (15), reformas que incluyen medidas tanto de introducción de la igualdad formal como de acción afirmativa, y cuyo objetivo es redefinir las relaciones familiares para eliminar, con mejor o peor fortuna (16), la subordinación estructural de las mujeres, posibilitando nuestro (tardío) acceso a la ciudadanía activa en igualdad de condiciones con los varones (17).

Y, sin embargo, la afirmación del principio de igualdad en el ámbito matrimonial no llega a cuestionar las bases estructurales de la división de roles de género que definen la familia nuclear clásica. Pensemos, por ejemplo, que el permiso de paternidad intransferible, introducido por la *LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* (LOIEMH-Disposición Adicional Undécima, apartado 11), tiene actualmente una duración de trece días, frente a las seis semanas de baja maternal intransferible concedidas a la madre después del parto (art. 48.4 del Estatuto de los Trabajadores). Ciertamente, la LOIEMH obliga al Gobierno a ampliar de forma gradual y progresiva dicho permiso de paternidad, pero sólo hasta establecerlo en cuatro semanas dentro de los seis años siguientes a su entrada en vigor (Disposición Transitoria Novena). Es más, aunque la *Ley 9/2009, de 6 de octubre*, operó dicha modesta ampliación, previendo su entrada en vigor el 1 de enero de 2011, la *Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011* ha pospuesto su entrada en

(15) La bibliografía es, naturalmente, amplísima. *Vid.*, por todos, HERRERA MORENO (1999), VIVAS TESÓN (2010), RODRÍGUEZ ESCANCIANO (2008), CUBERO TRUYO y JIMÉNEZ NAVAS (2010).

(16) Para una crítica de las políticas de acción afirmativa a favor de las mujeres en el Derecho penal, como forjadoras de un «paternalismo punitivo» del Estado, *vid.* LAURENZO (2008), MAQUEDA (2008). *Vid.* asimismo RODRÍGUEZ ESCANCIANO (2004) en el ámbito del Derecho laboral; CUBERO TRUYO y JIMÉNEZ NAVAS (2010) en el Derecho financiero; VALPUESTA FERNÁNDEZ (pendiente de publicación) y VIVAS TESÓN (2010) en el civil. Para una revisión crítica más amplia de la legislación en materia de género aprobada por el Parlamento central durante la última década, *vid.* RODRÍGUEZ RUIZ (2010): 106 y sigs.

(17) Sobre este tema, *vid.* RODRÍGUEZ RUIZ (2010): 91 y sigs.

vigor hasta el 1 de enero de 2012 (Disposición Final Decimoquinta). Pensemos también que, pese a las medidas fiscales de acción afirmativa que nuestro ordenamiento prevé para promover la actividad laboral y profesional de las mujeres, en general, y de las madres, en particular, nuestro modelo fiscal sigue contemplando la posibilidad de la tributación conjunta del IRPF. La cual responde a la división de tareas característica del modelo clásico de familia nuclear, en el que el cabeza de familia, lo que sociológicamente equivale a decir el varón, es el encargado de ganar el sustento familiar (18). O pensemos que pese a la amplia equiparación en derechos de los cónyuges, y de madres y padres, operada por el derecho civil, éste se resiste a abandonar algunos pilares simbólicos del patriarcado. Se sigue así recurriendo al «buen padre de familia» como canon de diligencia media, utilizando la expresión «patria potestad», y dando prioridad al apellido del padre sobre el de la madre en caso de desacuerdo entre ambos sobre el orden de los mismos (art. 109 CC, tras su reforma por la Ley 40/1999, de 5 de noviembre, y art. 194 del Reglamento del Registro Civil), en flagrante contradicción con los artículos 14 y 32 CE (19).

Pese a las medidas destinadas a introducir la igualdad entre mujeres y varones en el ámbito del matrimonio, nuestra legislación sigue, pues, asumiendo los parámetros estructurales de género que informan la familia nuclear moderna, perpetuando en el imaginario social y en el jurídico la simbología del varón como cabeza de familia y de la mujer como ser fundamentalmente doméstico, contribuyendo a retroalimentar prejuicios de género y propiciando que éstos sigan impregnando nuestro ordenamiento, notablemente a través de la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados (20). Resulta así elocuente que la obligación de los cónyuges de compartir las responsabilidades domésticas y de cuidado de dependientes a su cargo (art. 68 CC) se introdujera en el ordenamiento en un momento en que la desaparición de las causas de divorcio convertía su incumplimiento en jurídicamente irrelevante (Ley 15/2005, de 8 de julio) (21). Elocuente es también la resistencia a abandonar la preferencia del apellido paterno a favor de algún criterio neutro de determinación del orden

(18) Para una crítica de la aparente esquizofrenia de nuestra legislación fiscal en esta materia, *vid.* CUBERO TRUYO y JIMÉNEZ NAVAS (2010).

(19) Sobre estas cuestiones, *vid.* VIVAS TESÓN (2010): 99, VALPUESTA FERNÁNDEZ (pendiente de publicación): 23-27.

(20) Es enorme la importancia de los códigos simbólicos que rigen las relaciones entre los sexos. Prueba de ello es la polémica suscitada por una cuestión aparentemente tan banal como la preferencia del varón en el orden sucesorio a los títulos nobiliarios (*vid.* STC 126/1997, de 3 de julio; Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios).

(21) Sobre este tema, *vid.* VALPUESTA FERNÁNDEZ (pendiente de publicación): 26.

de apellidos en caso de desacuerdo entre madre y padre (22) —o entre madres y padres en caso de parejas del mismo sexo. Y elocuente es, en fin, que la preferencia del apellido paterno se haya mantenido incluso en el contexto de los matrimonios del mismo sexo, regulados por la Ley 13/2005, de 1 de julio. En efecto, el artículo 68 CC es el único en que dicha ley no sustituyó las palabras «madre» y «padre» por la palabra «progenitor». Lo cual ha dado lugar a una curiosa práctica: en las inscripciones de bebés por parte de una pareja de mujeres, al amparo de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (art. 7, modificado por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas), se da preferencia al apellido de la madre no gestante, identificándose a ésta con el varón, en una inercia que, de forma más o menos consciente, reproduce en las parejas del mismo sexo los roles de género que rigen las de sexo distinto (23).

Desde una perspectiva de género, es ésta una práctica llamativa. Y lo es porque con ella se puede llegar a subvertir el efecto que la inclusión de las parejas de hecho en la institución matrimonial puede tener de cara a la deconstrucción del género, que no es otro que el de cuestionar, o al menos *des-esencializar*, los fundamentos de la familia nuclear moderna clásica. En efecto, permitir a las parejas del mismo sexo el acceso a la institución matrimonial equivale a permitir la formación de unidades familiares matrimoniales cuya dinámica relacional se desenvuelve al margen de la construcción moderna del género, y de modelo alguno de distribución de roles, permitiendo a cada pareja desarrollar sus propias dinámicas relacionales y de organización interna. Y es que aunque la legalización de los matrimonios del mismo sexo no inmuniza a los de sexo distinto frente a la asignación de roles de género, sí cuestiona dichos roles, o cuanto menos les priva de su prerrogativa como modelo de organización social. Todo ello desde dentro de la propia institución matrimonial, mediante la equiparación del estatus jurídico y social de las parejas del mismo sexo al de los matrimonios de sexo distinto, tanto más cuanto mayor es su equiparación en derechos. La *Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*, vino a operar esta equiparación.

(22) Prueba de ello es la polémica suscitada por la propuesta en este sentido contenida en el Proyecto de Ley del Registro Civil (121/000090), aprobado en Consejo de Ministros en julio de 2010 (http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A_090-01.PDF). Sobre este tema, *vid.* VIVAS TESÓN (2011).

(23) VIVAS TESÓN (2011).

2. Constitución y matrimonios del mismo sexo: entre el derecho fundamental y la garantía de instituto

La Ley 13/2005 convirtió a España en el tercer país europeo en regular los matrimonios del mismo sexo, después de los Países Bajos (Ley de 21 de diciembre de 2000) y Bélgica (Ley de 13 de febrero de 2003), y seguido hasta el momento (24) por Suecia (Ley de 1 de mayo de 2009), Noruega (Ley de 1 de enero de 2009), Portugal (Ley N.º 9/2010, de 31 de mayo) e Islandia (Ley de 11 de junio de 2010) (25).

Elocuente del potencial de transformación social de la Ley 13/2005 es la polémica que circundó su aprobación y entrada en vigor (26). Aprobada tras una conflictiva tramitación parlamentaria (27), que obligó al Congreso de los

(24) Otros países están ya tramitando la regulación de matrimonios del mismo sexo, como Eslovenia (en *Blažic and Kern v. Slovenia*, de 2 de julio de 2009, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional que las uniones estables del mismo sexo no disfrutasen de los mismos derechos que las parejas casadas de sexo distinto), Luxemburgo (<http://www.elplural.com/macrovista/detail.php?id=48576>) o Finlandia (http://www.yle.fi/uutiset/news/2010/07/gender-neutral_marriage_law_possible_by_2012_18040).

(25) Hasta el momento, el matrimonio del mismo sexo también ha sido regulado en Canadá (*Civil Marriage Act*, de 20 de junio de 2005); Sud África (Ley No. 17 de 2006, de 29 de noviembre); México Distrito Federal (Ley de 29 de diciembre de 2009); Argentina (Ley de 21 de julio de 2010), y, dentro de los Estados Unidos, en Massachusetts, Connecticut, Iowa, Vermont, New Hampshire y Washington D.C. En algunos de estos estados la regulación de los matrimonios del mismo sexo tiene su origen en una decisión judicial (decisión de la Corte Suprema de Massachusetts de 4 de marzo de 2003 en *Hillary Goodridge & others vs. Department of Public Health & another*; decisión de la Corte Suprema de Connecticut de 8 de octubre de 2008 en *Elizabeth Kerrigan et al. v. Commissioner of Public Health et al.*; decisión de la Corte Suprema de Iowa de 3 de abril de 2009, en *Katherine Varnum et al. vs. Timothy J. Brien*). En otros es obra del legislador. El primero fue Vermont (Ley aprobada en 7 de abril de 2009 y en vigor desde el 1 de septiembre de 2009; Vermont fue también el primer estado en regular las uniones civiles del mismo sexo, en julio de 2000, tras la decisión de 20 de diciembre de 1999 de su Corte Suprema en *Baker v. Vermont*, que obligaba al legislador a reconocer a estas uniones los mismos derechos que a las parejas casadas), seguido de New Hampshire (Ley de 3 de junio de 2009, entrada en vigor el 1 de enero de 2010, que reemplaza a la ley de mayo de 2007 que regulaba de las uniones de hecho del mismo sexo, permitiendo la conversión de éstas en matrimonio), y Washington D.C. (Ley de 2 de marzo de 2010).

(26) Para un repaso de la bibliografía en torno a dicha reforma legislativa, *vid.* por todos VIVAS TESÓN (2008): 25-40. Iniciativas semejantes han sido también polémicas en otros países. Las posiciones están especialmente polarizadas en los Estados Unidos de América, donde la *Defence of Marriage Act*, aprobada por el legislador federal en 1996, trató de restringir el matrimonio a las parejas de sexo distinto, y donde 31 estados han bloqueado en referéndum la legalización de los matrimonios del mismo sexo (<http://www.dailymail.co.uk/news/worldnews/article-1225210/Gay-marriage-rejected-31-U-S-states-vote-Maine-gives-legislation-thumbs-down.html>).

(27) *Vid.* VIVAS TESÓN (2008): 32-36.

Diputados a superar el veto del Senado, la constitucionalidad de la Ley 13/2005 fue cuestionada tras su entrada en vigor por jueces encargados de Registros Civiles. Otros apelaron al derecho a la objeción de conciencia para negarse a inscribir estos matrimonios. El Tribunal Constitucional inadmitió las cuestiones de inconstitucionalidad, recordando que los jueces encargados del registro no actúan como órganos jurisdiccionales, sino dentro de una estructura administrativa funcionalmente dependiente del Ministerio de Justicia, por lo que no están facultados para promover cuestiones de inconstitucionalidad de acuerdo con los artículos 163 CE y 35 LOTC (AATC 505/2005 y 508/2005, de 13 de diciembre). Por su parte, el Consejo General del Poder Judicial negó que jueces y magistrados puedan sustraerse al ejercicio de sus funciones legalmente establecidas, confirmando su sometimiento al imperio de la Ley (art. 117.1 CE) (28). Cincuenta diputados del Partido Popular presentaron, en fin, recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 13/2005, que en el momento de escribir estas líneas sigue pendiente de resolución.

Este recurso de inconstitucionalidad cuestiona en bloque la constitucionalidad de la Ley 13/2005. Y ello no porque dude de la constitucionalidad de equiparar en derechos a las parejas estables del mismo sexo y a las parejas casadas de sexo distinto. En materia de derechos, sólo se cuestiona la conformidad del derecho de las primeras a adoptar conjuntamente con el artículo 39 CE. Lo que se cuestiona en bloque es la inclusión de las parejas del mismo sexo en la institución matrimonial, al considerar que el artículo 32 CE y los tratados internacionales en materia de derechos ratificados por España reservan el matrimonio a las parejas de sexo distinto. Estas dos son, sin duda, las cuestiones más polémicas también en Derecho comparado. Así, aunque la regulación del matrimonio del mismo sexo suele incluir el derecho a adoptar (29), este derecho suele también suscitar polémicas. En Bélgica sólo se reconoció por ley en abril de 2006, tres años después de la regulación de los matrimonios del mismo sexo; en México DF fue excluido por el legislador, pero reconocido por la Corte Supre-

(28) Acuerdo del Pleno de 22 de noviembre de 2006, núm. 92.

(29) Es el caso, además de España, de los Países Bajos, Suecia, Noruega, Islandia y Argentina. Sud África (2002), Suecia (2002) e Islandia (2006) lo habían reconocido ya al regular las uniones estables de parejas del mismo sexo. En nuestro país, reconocen ese derecho las leyes autonómicas que, con terminología diversa, regulan las uniones estables de parejas en Cataluña (Ley 10/1998, de 15 de julio, modificada por Ley 3/2005, de 8 de abril); Navarra (Ley Foral 6/2000, de 3 de julio); País Vasco (Ley 2/2003, de 7 de marzo), y Cantabria (Ley 1/2005, de 16 de mayo). La ley navarra fue objeto de recurso de inconstitucionalidad (núm. 5297/2000) presentado por diputados del Partido Popular y aún pendiente de resolución. Por su parte, el Gobierno central presentó recurso de inconstitucionalidad contra la Ley vasca 2/2003, retirado en la siguiente legislatura por acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de octubre de 2004.

ma el 16 de agosto de 2010; en Portugal la ley de matrimonios del mismo sexo no reconoce a las parejas del mismo sexo el derecho a adoptar conjuntamente; y los estados que regulan las uniones del mismo sexo en los Estados Unidos adoptan soluciones diversas. Y mientras cada vez más ordenamientos regulan los matrimonios del mismo sexo, aumentan también los que ofrecen protección jurídica a las uniones estables del mismo sexo desde fuera de la institución matrimonial, con una equiparación más o menos completa en derechos (30). Al igual que en España, en Bélgica y Portugal se ha cuestionado la constitucionalidad de la apertura del matrimonio a las parejas del mismo sexo (31).

Ante esta situación, el análisis de la conformidad constitucional de la Ley 13/2005 debe anteponerse a toda consideración ideológica sobre el derecho de las parejas del mismo sexo a adoptar y sobre su inclusión en la institución matrimonial. No siempre será fácil, con todo, sustraer dicho análisis a ese tipo de consideraciones. Así, la oposición a que las parejas del mismo sexo adopten se basa en el prejuicio de que crecer con una pareja de madres o padres puede dañar el bienestar de niñas y niños, cuando los estudios en la materia apuntan a que es más bien la presión social e institucional sobre sus madres o padres la que puede menoscabar dicho bienestar (32). En última instancia, esta oposición es expresión más o menos explícita del temor a la disolución de los roles de género que sustentan el modelo moderno clásico de familia nuclear (33). Ese

(30) El primer país en regular las parejas estables del mismo sexo, previa inscripción en un registro, fue Dinamarca (Ley de parejas estables registradas de 7 de junio de 1989). Le siguieron, en Europa, Francia (Ley 99-944, de 15 de noviembre de 1999, relativa al Pacto Civil de Solidaridad conocido como PACS —*Pacte Civil de Solidarité*); Alemania (Ley de parejas estables registradas, de 16 de febrero de 2001 —*Eingetragene Lebenspartnerschaft*); Finlandia (Ley de 28 de septiembre de 2001); Croacia (Ley de 14 de julio de 2003, que no prevé la inscripción registral); Reino Unido (Ley de uniones civiles estables de 18 de noviembre de 2004 —*Civil Partnership Act 2004*); Luxemburgo (Ley de 9 de julio de 2004); Andorra (Ley 4/2005, de 21 de febrero); Suiza (Ley de parejas estables registradas, ratificada en referéndum el 5 de junio de 2005 y en vigor desde el 1 de enero de 2007); Eslovenia (Ley de 22 de junio de 2005); República Checa (Ley de 15 de marzo de 2006); Hungría (Ley de 20 de abril de 2009); Austria (Ley 135/2009, de 30 de diciembre —*Eingetragene Partnerschaft-Gesetz*); Irlanda (Ley de 19 de julio de 2010 —*Civil Partnership and Certain Rights and Obligations of Cohabitants Act 2010*).

(31) *Vid.* las decisiones de 13 de febrero de 2003 de la Corte de Arbitraje de Bélgica, y de 8 de abril de 2010 del Tribunal Constitucional portugués, ambas admitiendo la constitucionalidad de dicha apertura.

(32) Los estudios son numerosos. Entre los clásicos, *vid.* TASKER y GOLOMBOK (1997): esp. 18 y sigs. Para una reciente revisión de las conclusiones y de la bibliografía en la materia, *vid.* FERNÁNDEZ y VADAGNEL (2010).

(33) *Vid.* explícitamente en este sentido el estudio del Estudio del CGPJ sobre la Reforma del Código Civil en Materia de Matrimonio entre Personas del Mismo Sexo, de 26 de enero de 2005: 30 y sigs.

mismo temor se encuentra detrás del rechazo a la inclusión de las parejas del mismo sexo dentro de la institución matrimonial. En nuestro ordenamiento, la conformidad de su inclusión con el artículo 32 CE debe analizarse a un doble nivel: el relativo a su conformidad con el derecho al matrimonio contenido en este precepto constitucional (a), y el que gira en torno a la noción de contenido esencial del matrimonio como garantía de instituto (b).

a) *Uniones estables del mismo sexo y el derecho fundamental al matrimonio*

El artículo 32.1 CE afirma que «hombre y mujer podrán contraer matrimonio con plena igualdad jurídica». Siguiendo los criterios de interpretación utilizados en Derecho, resulta forzada una lectura de esta frase que avale la inconstitucionalidad de los matrimonios del mismo sexo (34). Así, en una interpretación *literal*, y salvo que forcemos una lectura que convierta la conjunción «y» en sinónima de la preposición «con», o que reescribamos la frase para añadir la modulación adverbial «entre sí» tras la palabra matrimonio, esa frase no identifica literalmente el matrimonio con la unión de dos personas de sexo distinto. Si algún sentido tiene aquí la mención expresa de hombre y mujer (frente a expresiones como «todos», «las personas», «los españoles», o «los ciudadanos»), no es constitucionalizar el carácter heterosexual del matrimonio, sino equiparar expresamente en derechos a mujeres y varones en el contexto matrimonial, imponiendo su plena igualdad jurídica. Ello es así al margen de que las desigualdades jurídicas entre varones y mujeres en el contexto matrimonial que el artículo 32.1 CE viene a superar se hayan fraguado en el seno del matrimonio entendido como una unión de dos personas de sexo distinto, y de que sea en este tipo de uniones donde el artículo 32 CE despliegue, pues, toda su virtualidad. Y es así incluso al margen de que, con toda probabilidad, estas uniones fueran las únicas presentes en la mente del Constituyente de 1978 (35).

En efecto, complementando la lectura literal del artículo 32 CE con una interpretación *histórica*, parece poco controvertido que este artículo no pretendía reconocer a las uniones estables del mismo sexo el derecho al matrimonio. Nada indica, con todo, que pretendiera negárselo. Más bien la posible inclusión de las uniones estables del mismo sexo en la institución matrimonial no forma-

(34) *Vid.* con todo el Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de la Ley 13/2005 (Ref. 2628/2004, de 16 de diciembre) y el Estudio del CGPJ sobre dicho Anteproyecto, cit.: 21 y sigs.; en el mismo sentido, REY MARTÍNEZ (2005): 139 y sigs.

(35) A conclusión contraria llega el CGPJ en su Estudio, cit.: 21 y sigs.

ba parte del imaginario jurídico de nuestro Constituyente, ni para admitirla ni para excluirla. Como no parece haber formado parte de su imaginario social que la orientación sexual pudiera ser motivo sospechoso de discriminación intergrupal, motivo que, efectivamente, no aparece expresamente mencionado en el artículo 14 CE. El artículo 32 CE responde así a las circunstancias sociales del momento de su aprobación, y lo hace concentrándose, no en el carácter necesariamente heterosexual del matrimonio, que ni afirma ni cuestiona, sino en la situación de desigualdad jurídica entre varones y mujeres en el contexto matrimonial, con el fin de atajarla. Su objetivo, en una interpretación *teleológica*, es imponer la plena igualdad jurídica de varones y mujeres en el contexto matrimonial, no cristalizar el matrimonio como la unión de dos personas de sexo distinto.

Pero es que, además, una interpretación *sistemática* del artículo 32 CE en conjunción con los artículos 9.2 y 14 CE sugiere que el primero no sólo deja abierta la posibilidad de que el legislador opere dicha ampliación, sino que reconoce a las parejas del mismo sexo el derecho fundamental a contraer matrimonio en igualdad de condiciones que las parejas de sexo distinto. Dicho de otro modo, en la medida en que el artículo 32 CE no excluye del matrimonio a las parejas del mismo sexo, su lectura sistemática con los artículos 9.2 y 14 CE obligaría a incluirlas en él. Así parece desprenderse de la prohibición constitucional de discriminación intergrupal (art. 14 CE), especialmente en la medida en que la orientación sexual se suma a la lista de motivos sospechosos de discriminación mencionados en el artículo 14 (STC 41/2006, de 13 de febrero de 2006, FJ 3). Y así parece desprenderse de la obligación de los poderes públicos de eliminar obstáculos, incluidos los normativos, que impidan la igualdad efectiva de los individuos y de los grupos en que se integran (art. 9.2 CE). Ello es así si asumimos que, más allá de evitar diferencias formales de trato (36), dicha obligación de los poderes públicos abarca también las fuentes de discriminación indirecta (37), y si admitimos la obviedad de que excluir del matrimonio a las parejas del mismo sexo repercute en la desigualdad estructural de las personas de orientación homosexual frente a las heterosexuales —no por casualidad a los matrimonios del mismo sexo se les conoce popularmente como matrimonios homosexuales—.

(36) El CGPJ se acoge a esta lectura meramente formal al afirmar que «cuando el ordenamiento niega el matrimonio a dos personas del mismo sexo no hay, propiamente, discriminación puesto que un homosexual puede casarse del mismo modo y en las mismas condiciones en las que puede hacerlo un heterosexual: es decir, con una mujer (si es varón) o con un varón (si es mujer)» (*vid.* su Estudio, cit.: 19).

(37) *Vid.* por todas SSTC 145/1991, de 1 de julio, y 147/1995, de 10 de noviembre. *Vid.* también el artículo 6 de la LO 3/2007, de 22 de marzo.

En esta línea se pronunció, en noviembre de 2003, la Corte Superior de Justicia de Massachusetts. Tras afirmar que el matrimonio es una institución de crucial relevancia social, esta Corte consideró que excluir de ellas a las parejas del mismo sexo equivale a crear ciudadanos de segunda categoría, por lo que, salvo que esté suficientemente justificada, dicha exclusión vulnera los principios constitucionales de dignidad e igualdad de todos los individuos (caso *Hillary Goodridge & others vs. Department of Public Health & another*) (38). En un sentido similar se han pronunciado las Cortes Supremas de Hawaii, Iowa, Connecticut y California (39). Y en la misma línea se pronunciaron en Canadá las Cortes Supremas de diversas circunscripciones (40). Elaboradas en contextos jurídicos donde no existe un derecho fundamental al matrimonio (41), estas conclusiones son perfectamente trasladables a un contexto donde dicho derecho se reconoce, sí, pero sin que la Constitución predetermine el carácter heterosexual del matrimonio.

No lo entendió así, con todo, nuestro Tribunal Constitucional en 1994, cuando inadmitió un recurso de amparo presentado por un varón contra la denegación por la Seguridad Social de una pensión de viudedad tras el fallecimiento de su compañero sentimental, con quien convivía. Frente a la alegación del recurrente de que la exclusión de las parejas del mismo sexo de la institución matrimonial por el Código Civil, y de la consiguiente posibilidad de acceder a una pensión de viudedad, es contraria al artículo 14 CE, el Tribunal Constitucional

(38) La Corte concedió seis meses al legislador estatal para operar la conformidad de la ley a la Constitución de Massachusetts, y en mayo de 2004, el legislador de Massachusetts aprobó la ampliación legislativa del matrimonio a las parejas del mismo sexo.

(39) *Vid. supra* nota 25. *Vid.* también las decisiones de las Cortes Supremas de Hawaii (*Baehr v. Miike*, de 5 de mayo de 1993), y California (*In re Marriage*, de 15 de mayo de 2008). El 3 de noviembre de 1998, con todo, Hawaii aprobó una reforma constitucional reconociendo al legislador la posibilidad de reservar el matrimonio a las parejas de sexo distinto. También la Constitución del Estado de California fue reformada, previa consulta popular, esta vez para consagrar en ella el carácter heterosexual del matrimonio (*Proposition 8*, de 4 noviembre de 2008).

(40) *Halpern et al. v. Canada*, 95 C.R.R. (2d) 1 (Ontario Superior Court, 12 de julio de 2002); *Hendricks v. Quebec* [2002] R.J.Q. 2506 (Quebec Superior Court, 6 de septiembre de 2002); *Dunbar & Edge v. Yukon (Government of) & Canada (A.G.)*, 2004 YKSC 54 (Yukon Territorial Supreme Court, 14 de julio de 2004); sentencia de 16 de septiembre de 2004, Manitoba Court of Queen's Bench; *Boutilier v. Canada (A.G.) and Nova Scotia (A.G.)* (Nova Scotia Supreme Court, 24 de septiembre de 2004). A ellas se suma *Barbeau v. British Columbia* 2003 BCCA 251 (Court of Appeal for British Columbia, 1 de mayo de 2003), y decisiones de tribunales de primera instancia de Saskatchewan (5 de noviembre de 2004); Newfoundland y Labrador (21 de diciembre de 2004) y New Brunswick (junio de 2005). En Northwest Territories, un recurso presentado el 20 de mayo de 2005 terminó con la legalización del matrimonio del mismo sexo a nivel federal.

(41) *Vid.* en este sentido el Consejo de Estado (Ref. 2628/2004).

afirmó «la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial», previsto entonces en nuestro Código Civil (ATC 22/1994, de 11 de julio, FJ 2). No sabemos si hoy, tras quince años de evolución social y jurídica, nuestro Tribunal Constitucional suscribiría aún esta lectura. Sea esto como fuere, lo cierto es que su pronunciamiento en el ATC 222/2994 admitió la constitucionalidad de la definición legal del matrimonio como institución heterosexuada, pero no excluyó la posibilidad de su ampliación por ley a las parejas del mismo sexo (42).

En este último sentido se ha pronunciado también la Corte Constitucional italiana (43). En abril de 2010 esta Corte fue llamada a resolver sendas cuestiones de inconstitucionalidad, planteadas por el Tribunal de Venecia y por la Corte de apelación de Trento, cuestionando la constitucionalidad de las normas de Derecho civil que impiden el acceso al matrimonio a las parejas del mismo sexo. Las cuestiones argumentaban que el artículo 29 de la Constitución Italiana (en adelante, CI), equivalente al artículo 32 CE, no excluye a las parejas del mismo sexo, y pedían una interpretación sistemática del mismo a la luz de otros preceptos constitucionales. Apelaban, en concreto, a la inviolabilidad de los derechos de las personas, como individuos y en el seno de formaciones sociales (art. 2 CI), a los principios constitucionales de dignidad e igualdad, y a la obligación de los poderes públicos de remover los obstáculos que impidan su disfrute, la participación libre de todas las personas en la organización social del país o el libre desarrollo de su personalidad (art. 3 CI). La Corte rechazó ambas cuestiones. Ciertamente, afirmó, el artículo 29 CI no excluye expresamente del matrimonio a las parejas del mismo sexo. Sin embargo, el derecho al matrimonio que la Constitución reconoce es reflejo de la institución matrimonial en la forma en que ésta existía en el momento de elaboración de la Constitución, una institución que el Código Civil italiano limitaba, entonces como ahora, a las parejas de sexo distinto. Dicho de otro modo, y según la Corte Constitucional, el artículo 29 CI consagra un derecho constitucional al matrimonio que se atiene a los contornos de la institución matrimonial tal y como ésta aparece regulada en el Código Civil. La Corte entiende, con todo, que el silencio de la Constitución en torno a los matrimonios del mismo sexo contiene una autorización implícita al legislador para que amplíe el ámbito de la institución matrimonial reconociendo a las parejas del mismo sexo el derecho a ingresar en ella. Ni vedada ni obligada por la Constitución, la inclusión de éstas en el matrimonio queda, pues, a la discreción del legislador. Es a éste a quien corresponde definir los contornos

(42) No lo entiende así el Consejo de Estado (Ref. 2628/2004).

(43) Decisión 138/2010, de 23 de marzo.

de la institución matrimonial, limitándose la Constitución a otorgar rango constitucional a dicha definición, pasando, pues, la Constitución a ser interpretada, en esta materia, a la luz de las decisiones del legislador.

Con este razonamiento, la Corte Constitucional italiana erige a la legislación civil en parámetro de interpretación de la Constitución, convirtiendo el matrimonio del mismo sexo, no es un derecho constitucional, sino en una opción legislativa, salvando así la constitucionalidad de dicha opción si llegara a materializarse. El razonamiento que excluye que las parejas del mismo sexo sean titulares del derecho fundamental al matrimonio, reivindicable como tal frente al legislador, excluye así también que su eventual inclusión en la institución matrimonial por el legislador pueda ser calificada de inconstitucional. Es interesante que la interpretación de la Constitución a la luz de la legislación haya tenido lugar en un contexto en que están en juego las señas de identidad del matrimonio, su contenido esencial como institución de Derecho privado. Y lo es porque la noción de contenido esencial se elaboró para garantizar que, como norma jurídica suprema, la Constitución no quedase a disposición del legislador. Esta cuestión nos introduce ya en el segundo nivel de análisis de la constitucionalidad de la Ley española 13/2005, el que gira en torno a la noción de contenido esencial de la institución matrimonial.

b) *Las uniones estables del mismo sexo y el contenido esencial del matrimonio*

En el fondo de las posiciones que defienden la inconstitucionalidad de la Ley 3/2005 se encuentra el argumento de que con ella se vulnera el contenido esencial del derecho al matrimonio, reservado por definición, se alega, a las parejas de sexo distinto (44). El argumento es interesante. Como sabemos, el concepto de contenido esencial (45) se consagró en el marco de la Constitución de Weimar con el fin de garantizar la vinculación del legislador a los derechos fundamentales. Ante la inexistencia de mecanismos de Derecho positivo que articulasen dicha vinculación, se entendió implícita en la Constitución la obligación del legislador de respetar los derechos fundamentales en la medida en que con ellos se constitucionalizaban instituciones clásicas alemanas de Derecho público o pri-

(44) *Vid.* Decisión del Consejo de Estado, Ref. 2628/2004; Estudio del CGPJ, cit.: 28; 38 y sigs.

(45) *Vid.* OSSENBÜHL (1976), SCHNEIDER (1983), HÄBERLE (1983), HERBET (1985), STELZER (1991).

vado (respectivamente, garantías institucionales y de instituto —*Institutionsgarantien* e *Institutsgarantien*—). En concreto, se entendía que sobre el legislador pesaba la prohibición implícita de eliminar o restringir el contenido esencial de dichas instituciones, constitucionalizadas como derechos fundamentales.

Como categoría dogmática, la función del contenido esencial de los derechos fundamentales era, pues, garantizar el sometimiento del legislador a la Constitución en materia de derechos fundamentales. Más concretamente, su función era impedir que el legislador pudiera eliminar o restringir el contenido de las garantías institucionales o de instituto hasta el punto de desfigurarlas. No era su función, en definitiva, impedir al legislador ampliar el ámbito conceptual de dichas garantías. Sería, pues, la restricción del ámbito del derecho al matrimonio, no su ampliación, lo que podría llegar a atentar contra su contenido esencial. Todo ello al margen de los límites que otros preceptos constitucionales, muy notablemente el principio de igualdad contenido en los artículos 9.2, 14 y 32 CE, pudieran llegar a imponer a dicha ampliación, impidiendo, por ejemplo, y en su caso, la regulación de matrimonios polígamos. Parece claro que la inclusión en el matrimonio de las parejas del mismo sexo no restringe la protección que la institución otorga a las parejas de sexo distinto —salvo que entendamos como tal la pérdida del privilegio social y jurídico anejo a su monopolio de la institución matrimonial—, ni atenta contra ningún otro precepto constitucional. A esta conclusión llegó también el Tribunal Constitucional portugués en su Sentencia de 8 de abril de 2010, al afirmar la constitucionalidad de la ley portuguesa que reconoce los matrimonios del mismo sexo (FJ 19). Este Tribunal descartó asimismo que la regulación de los matrimonios del mismo sexo vulnerase la obligación de interpretar los derechos fundamentales a la luz de los tratados internacionales, recogida en el artículo 16.2 de la Constitución portuguesa, equivalente al artículo 10.2 CE. Y lo hizo razonando que también aquí nos encontramos ante una obligación de mínimos, que no impide interpretar la Constitución en términos que amplíen la tutela de los derechos que se derivan de los parámetros internacionales (FJ 20). Este razonamiento se encuentra detrás del reconocimiento del derecho al matrimonio en el artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y en el artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ambos con remisión expresa a la legislación estatal en la materia. En relación con el primero, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que, efectivamente, el artículo 12 CEDH impone una obligación de mínimos, más allá de la cual los Estados gozan de un amplio margen de apreciación para la regulación del matrimonio, incluida la posibilidad de reconocer a las parejas del mismo sexo el derecho a contraerlo (*vid. Schalk y Kopf c. Austria*, Sentencia de 24 de junio de 2010, firme desde el

22 de noviembre, esp. §§ 49, 58, 61, 105). Por su parte, en sus Explicaciones relativas al artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el Presidente de la Convención aclara que éste «ni prohíbe ni impone el que se conceda estatuto matrimonial a la unión de personas del mismo sexo», asumiendo así la diversidad de regímenes jurídicos que en materia matrimonial rigen en cada Estado.

Al igual que el contenido esencial del matrimonio, en fin, los tratados internacionales impiden la restricción del contenido del matrimonio más allá de un mínimo, pero no su ampliación. Pretender erigir a uno o a otros en obstáculos para dicha ampliación no se compadece con el objetivo que ambos persiguen como parámetros interpretativos de los derechos, a saber, protegerlos frente a regulaciones o interpretaciones excesivamente restrictivas de su contenido. Lo que se pretende con el recurso a los tratados internacionales, pero sobre todo al contenido esencial del matrimonio, como obstáculo a la legalización de los matrimonios del mismo sexo es más bien *esencializar* el modelo moderno clásico de familia nuclear, blindándolo frente a cualquier posibilidad de transformación, y elevándolo así a parámetro incuestionable de organización social.

Contra la posibilidad de esencializar el carácter heterosexual del matrimonio se pronunció la Corte Suprema de Canadá el 9 de diciembre de 2004 en *Reference re Same-Sex Marriage*. Ante el incremento de decisiones judiciales declarando la inconstitucionalidad de excluir a las parejas del mismo sexo de la institución matrimonial, en 2003 el Gobierno federal canadiense pidió a la Corte Suprema que se pronunciase sobre la constitucionalidad de regular por ley la ampliación del matrimonio a estas parejas. La Corte respondió afirmativamente, subrayando que la petrificación de conceptos jurídicos se opone a los principios de apertura y adaptación a la evolución de la realidad social que rigen la interpretación constitucional en Canadá (46). En el caso del matrimonio heterosexual, esa petrificación tiene implicaciones perniciosas desde una perspectiva de género. Equivale a identificar el matrimonio con el modelo de familia que estructura la construcción moderna del género como patrón de organización social que sustenta la construcción del Estado. Equivale a afirmar que el matrimonio no puede ser sino el matrimonio moderno clásico —a la tautología de constatar que no podemos abandonarlo sin adentrarnos en un modelo distinto de organización social. Lo cual, en este razonamiento, requeriría que ese modelo estuviese explícitamente previsto en la Constitución —siempre, claro está, que

(46) [2004] 3 S.C.R. 698, 2004 SCC 79. Tras esta decisión, la *Civil Marriage Act* de 20 de julio de 2005 pasó a definir el matrimonio como la unión de dos personas, sin referencia al sexo de los contrayentes.

no se quiera imbuir a la esencialización del matrimonio de una dimensión suprajurídica, informada por la «naturaleza de las cosas» (47), que vincule incluso al constituyente, condicionando la interpretación de la Constitución y limitando sus posibilidades de reforma (48).

Lo paradójico de este razonamiento es que nuestra Constitución encierra ya otro modelo de organización social, un modelo basado en la igualdad de género, dentro y fuera del matrimonio, así como en la promoción activa de la igualdad de todos los grupos sociales en todos los sectores de la vida política, económica, social y cultural. Ese modelo se encuentra expresamente anclado en los artículos 9.2, 14 y 32 CE. Ni una interpretación sistemática de estos tres artículos, ni el recurso al contenido esencial del matrimonio permite identificar el matrimonio recogido en el artículo 32 CE con la pareja heterosexual. Antes bien, nuestra Constitución permite e incluso requiere la desesencialización de la familia nuclear moderna como parte de su proyecto de creación de un marco jurídico que ponga a fin a la discriminación intergrupala de las mujeres.

III. FAMILIA NO MATRIMONIAL ¿A LA SOMBRA DEL MATRIMONIO?

A este proyecto se suma el artículo 39.1 CE. La Constitución Española desvincula matrimonio y familia. Rompiendo con nuestra tradición constitucional (49), y con la mayoría de las Constituciones de nuestro entorno (50) y de los documentos internacionales en materia de derechos ratificados por España (51), nuestra Constitución no conecta el derecho al matrimonio con el objetivo de, o con el derecho a, fundar una familia. Antes bien, en lo que parece haber sido

(47) Así se expresa el Estudio del CGPJ, cit. pág. 40, citando nada menos que a Karl Larenz, uno de los más influyentes juristas teóricos del nacional-socialismo, promotor de un diseño orgánico, institucional y comunitarista del derecho de corte antiigualitario y autoritario. *Vid.* LA TORRE (2008).

(48) *Vid.* el Estudio del CGPJ, cit. págs. 40 y sigs. BOSWELL (1995) ilustra ampliamente el contenido culturalmente contingente del matrimonio desde el punto de vista social, jurídico y también religioso, incluso dentro de la tradición cristiana, e incluso, también aquí, respecto al sexo de los contrayentes.

(49) Artículo 43.1 de la Constitución de 1931.

(50) Especialmente elocuentes son las Constituciones de Irlanda (art. 41) y de Italia (art. 29), pero véanse también las de otros países de la Unión Europea.

(51) *Vid.* artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

una decisión consciente del constituyente (52), el artículo 32 CE reconoce el derecho a contraer matrimonio sin referencia alguna a la familia, que es objeto de protección en el artículo 39 CE, en concreto, y en lo que aquí interesa, en el artículo 39.1 CE. Éste, por su parte, obliga a los poderes públicos a proteger la familia al margen de toda referencia al matrimonio y desde la lógica de los principios rectores de la política social y económica, sin reconocer, pues, un derecho fundamental a ver efectivamente materializada esa protección, y sin reconocer derecho fundamental alguno a formar una familia al margen del matrimonio.

La desvinculación entre familia y matrimonio plantea dos cuestiones. La primera es qué situaciones, más allá del matrimonio, constituyen una familia a efectos constitucionales y son como tales merecedoras de la tutela de los poderes públicos. La segunda es si, y hasta qué punto, el artículo 14 CE permite convertir al vínculo matrimonial en base legítima para diferenciar entre distintos modelos de familia —si, en qué medida, y con base en qué argumentos— la Constitución permite otorgar un trato jurídico más favorable a las familias constituidas con base en el matrimonio. Ambas cuestiones han sido abordadas en nuestro país tanto a nivel jurisprudencial como legislativo, a nivel central y autonómico y, más recientemente, estatutario. Todo ello desde perspectivas distintas —desde las perspectivas que presiden, respectivamente, el orden jurisdiccional y el de creación normativa. Concretamente, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo las han abordado en el espíritu de hacer valer, respectivamente, los derechos fundamentales y los principios generales del Derecho en la resolución de cada caso, deteniéndose a analizar sus circunstancias concretas e intentando identificar la lógica que lo preside, para llegar a la solución más acorde con esa lógica en un «discurso de adecuación» (53), típicamente jurisprudencial, y sobre la base de lo que se ha llamado «pragmatismo de principios» (*principled pragmatism*) (54).

Si recurrir al pragmatismo de principios forma parte de la actividad jurisdiccional, lo propio de la actividad legislativa es regular una materia en bloque.

(52) El texto definitivo rechazó tanto el texto del Anteproyecto del entonces artículo 27 («el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio y a crear y mantener, en igualdad de derechos, relaciones estables de familia») como el propuesto por el informe de la Ponencia («el hombre y la mujer, en plena igualdad de derechos y deberes, podrán contraer matrimonio para crear una relación estable de familia»). *Vid.* GAVIDIA SÁNCHEZ (2001): 16 y sigs.

(53) Sobre la búsqueda tanto de la adecuación a las circunstancias del caso concreto como de la coherencia del ordenamiento jurídico en la aplicación del Derecho, *vid.* GÜNTHER (1988): esp. 177 y sigs.

(54) WEEKS (2001): 109.

El legislador puede también, con todo, acogerse al primero, atendiendo a las específicas necesidades de regulación de una nueva situación en contextos diversos. Puede así, en el terreno que nos ocupa, regular los derechos de familias no matrimoniales en sectores concretos, atendiendo a la presencia social de diversas formas de familia, a sus necesidades de tutela en cada uno de esos sectores y a la lógica interna del sector. Como veremos, el legislador estatal y los legisladores autonómicos difieren en las estrategias seguidas al abordar esta materia.

1. *El Tribunal Constitucional y el alcance del artículo 39.1 CE*

La cuestión del alcance del artículo 39.1 CE llegó al Tribunal Constitucional de la mano de parejas no casadas que reclamaban la misma protección dispensada a las parejas casadas, con base en el artículo 14 CE en combinación con el artículo 39.1 CE. Durante una década, este Tribunal se resistió a desvincular la familia y la obligación de protegerla de la tutela del matrimonio. Argumentaba, en concreto, que aunque familia y matrimonio son objeto de reconocimiento constitucional en preceptos distintos, la familia en sentido estricto es aquella formada por una pareja casada y su descendencia (ATC 308/1985, de 8 de mayo). Especificaba, en coherencia con lo anterior, que matrimonio y convivencia no son situaciones comparables, que podían, por tanto, ser objeto de tratamiento jurídico diferenciado (AATC 156/1987, de 11 de febrero; 788/1987, de 24 de junio).

Pronto, sin embargo, el Tribunal Constitucional tuvo que asumir que ambos están efectivamente desvinculados en la Constitución (*vid.* SSTC 45/1989, de 20 de febrero; 184/1990, de 19 de noviembre; 77/1991, de 11 de abril). Lo hizo, inicialmente, con reticencias. Así, tras conceder que la noción constitucional de familia *puede*, ciertamente, ir más allá de la familia matrimonial, el Tribunal empezó a precisar que proteger a las familias basadas en el matrimonio es el objetivo principal del artículo 39.1 CE, interpretado a la luz de los tratados internacionales suscritos por España; que ni el artículo 39 CE ni el artículo 14 CE obliga a dar el mismo tratamiento al matrimonio y a otros tipos de familia; y que, en todo caso, las diferencias entre uno y otras tienen el respaldo del artículo 32 CE. Después de todo, argumentaba, este artículo reconoce un derecho fundamental a contraer matrimonio, mientras que no existe derecho fundamental alguno a formar otros tipos de uniones familiares. Lo cual obliga al legislador a preservar la institución matrimonial y le permite, a modo de incentivo, ser generoso con los derechos de los cónyuges. Recor-

daba igualmente el Tribunal que la opción por el matrimonio se complementa con la de permanecer fuera de él, que quienes han optado libremente por la convivencia no matrimonial han elegido verse privados de los beneficios del matrimonio. El límite es que esa privación no restrinja de una forma o con un alcance irrazonable la dimensión negativa del derecho al matrimonio, el derecho a no contraerlo.

La STC 222/1992, del 11 de diciembre, introduce un punto de inflexión en la jurisprudencia constitucional en la materia. En ella el Tribunal Constitucional resuelve una cuestión de inconstitucionalidad contra el artículo 58.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que tras la muerte del titular del contrato de arrendamiento sólo permitía la subrogación en el mismo del cónyuge superviviente, no de la persona con quien el primero hubiese convivido *more uxorio*. Asumiendo lo que hasta entonces había sido una posición minoritaria, expresada en algunos votos particulares (55), el Tribunal abordó por primera vez la doble tarea de esbozar un concepto constitucional de familia y de establecer criterios para determinar el ámbito de las obligaciones de los poderes públicos para con las familias no matrimoniales. Para ello se acogió a una noción tan amplia como flexible, apuntando que la familia es siempre «un marco de solidaridades y de dependencias» (FJ 4 —énfasis mío—), conectándolo con la *convivencia* con base en esos parámetros. Exactamente qué relaciones convivenciales lo son de dependencia y solidaridad, y constituyen, por tanto, una familia a efectos constitucionales, es algo que el Tribunal no entró entonces y no ha entrado aún a especificar. Antes bien, se limitó a establecer la obligación constitucional de los poderes públicos en un Estado social de Derecho de atender a «la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen» (FJ 5). La STC 222/1992 estableció, en definitiva, la obligación constitucional de los poderes públicos de reconocer y tutelar como familia modelos de convivencia que cuenten con cierta presencia social, y muestren manifiestas necesidades de tutela.

La amplitud de esta definición de familia es notable. En ella encajan, ante todo, las parejas no casadas que conviven en una relación afectiva análoga a la conyugal, las parejas o uniones de hecho, de sexo distinto o del mismo sexo. Es éste, efectivamente, un modelo de familia de creciente presencia social, como consecuencia de factores económicos (resistencia a, o imposibilidad de, asumir los costes asociados a la ceremonia matrimonial), por razones estratégicas (resistencia a asumir las obligaciones inherentes a la institución matrimonial),

(55) Vid. los votos particulares de los Magistrados Gimeno Sendra y López Guerra a la STC 184/1990.

como fase prenupcial, o bien, y esto es lo interesante, como una opción ideológica. De entre las parejas de hecho de larga duración, estas últimas parecen ser mayoría en nuestro país. Se constata, en efecto, que en España las parejas de hecho suelen estar ideológicamente posicionadas a la izquierda del espectro político, con la mitad de ellas activamente en contra del matrimonio. Lo cual aparece corroborado por su nivel generalmente medio/alto de ingresos (56). Estar ideológicamente en contra del matrimonio implica, en buena medida, rechazar los roles de género inherentes a la lógica matrimonial, presumiblemente para asumir una lógica relacional más igualitaria. La obligación constitucional de los poderes públicos de proteger a las parejas de hecho es así la obligación de proteger una opción convivencial que en buena medida aspira a sustraerse a la construcción clásica del género.

Pero lo interesante de la lectura del concepto constitucional de familia que hace el Tribunal Constitucional es que permite incluir en él otros modelos de convivencia. En él encajan, por ejemplo, las parejas de amigos/os, hermanas/os, u otros parientes cuya relación, sin ser para-conyugal, se encuentra presidida por los principios de solidaridad y dependencia recíproca (afectiva, financiera, asistencial). Y en él encajan relaciones convivenciales, para-conyugales o no, de más de dos personas, en la medida en que estén presididas por esos mismos principios. Lo cual aleja aún más el ámbito del artículo 39.1 CE del modelo de familia matrimonial protegido por el artículo 32 CE. Son, con todo, las parejas que conviven *more uxorio* las que han promovido que el Tribunal Constitucional analice hasta qué punto, con base en los artículos 14, 9.2, 32 y 39.1 CE, los poderes públicos tienen la obligación de equiparar en derechos a las parejas casadas y a las que conviven sin estarlo. En la práctica, pues, las decisiones del Tribunal Constitucional en materia de tutela de la familia han versado sobre la igualdad de derechos entre las parejas casadas y las parejas de hecho.

Esto es lo que hace al concepto de familia. La STC 222/1992 introdujo además criterios para decidir qué tratos de favor al matrimonio frente a otros modelos de familia son conformes a la Constitución. Según esta STC, lo son ante todo los que encuentran su justificación en un elemento intrínseco a la institución matrimonial. Los demás deben justificarse en términos de razonabilidad. Lo cual nos obliga a preguntarnos qué tratos de favor encuentran su justificación en la propia institución matrimonial, y cuáles pueden considerarse razonables más allá de dichos rasgos. Lo característico del matrimonio, lo que lo distingue de la convivencia *more uxorio*, es que el primero se basa en la formalización por parte de los cónyuges de un compromiso de solidaridad y de atender recíproca-

(56) TOBÍO (2001): 71.

mente a su dependencia. Este compromiso, que se expresa ante una autoridad pública y que sólo puede ser disuelto por el poder judicial, está en el origen de toda una serie de derechos. Lo que ahora debemos preguntarnos es hasta qué punto estos derechos encuentran su razón de ser en la formalidad de la expresión del compromiso matrimonial, o más bien derivan de la existencia de este compromiso, comoquiera que éste se exprese. Lo cual equivale a cuestionarnos la relevancia jurídica del matrimonio como institución respecto de la familia como hecho sociológico, conminándonos a centrar en esta última la atención del derecho, a reducir la dosis de ficción jurídica de éste y a promover su acercamiento a la realidad social (57).

El Tribunal Constitucional no nos ha proporcionado pautas generales de actuación o de razonamiento en este tema. Antes bien se ha limitado a resolver cada caso concreto. Así, en la STC 222/1992 afirmó que la subrogación en el contrato de alquiler no guarda relación con ningún elemento intrínseco de la institución matrimonial. Su objetivo es más bien tutelar el hogar familiar y a quienes convivían en él como familia antes del fallecimiento (o del abandono del hogar) del titular del contrato. Lo relevante es, pues, la convivencia familiar, no el matrimonio (*vid.* también las SSTC 155/1998, de 13 de julio; 47/1993, de 8 de febrero) (58). El Tribunal, por otro lado, no ha considerado inconstitucional la vinculación al matrimonio de las pensiones de viudedad, como beneficio intrínsecamente (conceptualmente) ligado a la institución matrimonial (STC 66/1994, de 25 de abril; ATC 222/1994, de 11 de julio (59). Lo cual, ciertamente, peca de nominatismo (en el mundo anglosajón estas personas se llaman «de supervivencia» —*survivor's pensions*—), pero no impide que el legislador haga dicho beneficio extensivo a las parejas de hecho (60).

El Tribunal Constitucional, en definitiva, nos ha proporcionado una aproximación a la definición del concepto constitucional de familia cuya apertura ofrece protección constitucional a una diversidad de modelos de convivencia. Si, y hasta qué punto, debe otorgarse esa protección deberá determinarse en cada caso

(57) RODRÍGUEZ RUIZ (2006).

(58) Desde su reforma de 1994, la Ley de Arrendamientos Urbanos reconoce el derecho a la subrogación arrendaticia a quienes conviven en relación de afectividad análoga a la conyugal.

(59) Hay, con todo, excepciones, como los casos en que no era posible contraer matrimonio (porque uno de los convivientes estaba casado sin que existiera el divorcio), o en que hacerlo habría violado la libertad ideológica de uno de los contrayentes, en una época en que el matrimonio civil requería una declaración de apostasía (STC 180/2001, de 17 de septiembre).

(60) *Vid.* Ley 40/2007, de 4 diciembre, de Medidas de Seguridad Social, y la Ley 26/2009, de 23 diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2010, ambas de reforma del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio).

concreto con base en un juicio de adecuación, en procesos de aplicación del ordenamiento jurídico inspirados en el pragmatismo de principios. De este modo, y sobre la base del artículo 39.1 CE, el Tribunal Constitucional obliga a los poderes públicos a mantener una actitud receptiva hacia las posibles necesidades de tutela que puedan mostrar diversos modelos de convivencia con presencia social. Lo cual, como antes apuntaba, reduce la posición de privilegio social y jurídico del matrimonio y, con él, de los patrones de género que lo sustentan.

2. *Tribunal Supremo, familia y principios generales del Derecho*

Tampoco el Tribunal Supremo nos ha proporcionado un criterio general para discernir qué familia no matrimonial merece protección jurídica, qué protección jurídica y en qué situaciones. Sí ha especificado, al igual que el Tribunal Constitucional, que las uniones de hecho no son jurídicamente equiparables al matrimonio, si bien asumiendo la necesidad de dar respuesta jurídica a las situaciones que puedan producirse durante su convivencia y en el momento de su disolución. Y lo ha hecho, al igual que el Tribunal Constitucional, recurriendo al pragmatismo de principios, atendiendo a la lógica interna de la relación concreta y de la situación para la que se solicita tutela, e intentando identificar el principio jurídico que mejor se adecue a la segunda en el marco de la primera. Así, en el contexto concreto de la disolución de parejas de hecho en vida de sus integrantes, la Sala Primera del Tribunal Supremo ha desarrollado una jurisprudencia según la cual la parte que, tras la disolución de la pareja, quede en situación económicamente desfavorable debe recibir de la otra parte una compensación económica. Para ello

«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» (Resolución 611/2005, de 12 de septiembre de 2005, Fundamento de Derecho Segundo).

El Tribunal Supremo ha recurrido así a principios generales del Derecho, aplicando en cada caso los que mejor responden a la lógica de la situación concreta en el marco del orden jurídico vigente, sin llegar a cuestionar la constitucionalidad de éste. En los últimos años, con todo, el Tribunal Supremo se está escorando hacia una interpretación restrictiva de estos principios. Esto es así en lo que implican de aplicación analógica del régimen matrimonial, entendiendo

que éste ha sido conscientemente rechazado por las parejas de hecho, incluidas las del mismo sexo, que ya tienen acceso al mismo. Y es también así en lo que implican de ir más allá de lo previsto en las leyes que regulan las relaciones *more uxorio* (vid. SSTs 299/2008, de 8 de mayo; 1040/2008, de 30 de octubre; 80/2009, de 11 de mayo). Las cuales, como veremos, han contribuido notablemente a formalizar la situación jurídica de estas relaciones.

3. *El artículo 39.1 CE y su desarrollo normativo*

En línea con su protagonismo en la jurisprudencia constitucional sobre la aplicación del artículo 39.1 CE, la situación y los derechos de las parejas de hecho han concentrado los esfuerzos del legislador estatal y de los legisladores autonómicos por hacer efectivas sus obligaciones para con las familias no matrimoniales. Así, siguiendo la estela del Tribunal Constitucional, el legislador estatal ha tendido a equiparar la situación jurídica de las parejas de hecho a la de las parejas casadas. Y lo ha hecho, no mediante la aprobación de una ley estatal de parejas de hecho, sino a través de legislación sectorial, y en una multiplicidad de terrenos (61). De este modo, el legislador estatal ha querido responder a la realidad efectiva de un modo de convivencia con creciente presencia social, las parejas de hecho, sin regular su estatus jurídico en términos genéricos, atendiendo más bien a sus efectivas necesidades de tutela tal y como éstas se manifiestan en contextos concretos.

Ante la falta de una ley estatal de parejas de hecho, trece Comunidades Autónomas han regulado su situación jurídica dentro del marco de sus competencias (62). Esta regulación incluye, de forma tácita o explícita, a las parejas

(61) Vid. Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (art. 12.4); Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos (art. 21); Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (su art. 5.3 se refiere, sin embargo, a personas vinculadas al paciente «por razones familiares o de hecho»); Ley 21/1987, de 11 de noviembre, sobre adopción (Disposición Adicional Tercera); Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida (arts. 8.2 y 9.3); Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (art. 17.4); Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas de Seguridad Social; Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado (vid. nota 60 *supra*).

(62) Ley 10/1998, de 15 de julio, de Cataluña; Ley 6/1999, de 26 de marzo, de Aragón; Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, de Navarra; Ley 1/2001, de 6 de abril, de Valencia; Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de las Islas Baleares; Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de la CA de Madrid; Ley 4/2002, de 23 de mayo, del Principado de Asturias; Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Andalucía;

del mismo sexo y de sexo distinto. Comunidades Autónomas con derechos civiles, forales o especiales, en concreto Cataluña, Aragón, Navarra, el País Vasco y Galicia (63), han regulado materias recogidas en su legislación civil especial (art. 149.1.8 CE), como los efectos económicos y sobre los hijos comunes de la disolución de la pareja por fallecimiento de una de las partes o por voluntad de al menos una de ellas. Cataluña, Navarra y el País Vasco reconocen por ley el derecho tanto de parejas de hecho del mismo sexo como de distinto sexo a adoptar conjuntamente (64). Las demás CCAA enmarcan sus leyes de parejas de hecho en sus competencias en materia asistencial o de servicios sociales (art. 148.1.20 CE), regulando sus requisitos constitutivos, reconociendo a sus integrantes libertad para pactar los efectos económicos de su relación, incluida la posibilidad de una compensación económica en caso de disolución de la pareja (65), y regulando los derechos que les asisten frente a la administración autonómica, incluyendo, en el caso de Andalucía, Extremadura y Asturias, el derecho de acogimiento de menores.

Estas leyes autonómicas regulan así en bloque, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, la situación jurídica de las parejas de hecho. Las cuales dejan, de este modo, de ser parejas de hecho para convertirse en parejas convivientes en derecho, en parejas sometidas a un régimen jurídico que difiere del matrimonial, pero con el que existen paralelismos notables. Así, en lo que hace a sus respectivos requisitos constitutivos, la constitución legal de una pareja aún conocida como «de hecho» se suele hacer depender de su inscripción en un registro administrativo habilitado al efecto (66), en claro paralelismo con la inscripción del matrimonio en el Registro Civil como requisito para su pleno reconocimiento (art. 61 CC) (67). Encontramos también paralelismos en los im-

Ley 5/2003, de 6 de marzo, de Canarias; Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Extremadura; Ley 2/2003, de 7 de marzo, del País Vasco; Ley 1/2005, de 16 de mayo, de parejas de hecho de la CA de Cantabria; Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia.

(63) Es cuestión debatida si Valencia tiene Derecho foral propio. Lo cierto es, en todo caso, que la ley de parejas de hecho en esta Comunidad Autónoma es tan escueta como en aquellas que carecen de Derecho foral.

(64) *Vid.* nota 29 *supra*.

(65) Las Leyes de las Islas Baleares (art. 9.2), Extremadura (art. 7) y Cantabria (art. 9) prevén dicha compensación si la convivencia ha supuesto una situación de desigualdad patrimonial entre ambos convivientes que implique un enriquecimiento injusto de uno de ellos a costa de quien, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente.

(66) Las excepciones son las Leyes de Cataluña, Navarra, Asturias y Canarias, que otorgan a dicho registro efectos probatorios, no constitutivos.

(67) Al margen queda la polémica en torno a los efectos de esta inscripción (STC 199/2004, de 19 de noviembre).

pedimentos a la constitución legal de parejas «de hecho» previstos en las leyes autonómicas citadas, que reproducen más o menos fielmente los previstos en los artículos 46 y 47 CC. Encontramos paralelismos, en fin, en el contenido de estas leyes autonómicas, cuya aspiración parece ser asimilar, en mayor o menor medida, y dentro del ámbito de sus respectivas competencias, a las parejas «de hecho» con las casadas, situando jurídicamente a las primeras a la sombra de las segundas. De este modo, la legislación autonómica sobre parejas de hecho se convierte en fuente tanto de reconocimiento de derechos como de regulación tendencialmente asimiladora al matrimonio. Una asimilación que puede contribuir a reproducir en el ámbito de estas parejas los patrones de género que impregnan la institución matrimonial. Ello es tanto más así cuanto, en contra de la apertura introducida por la jurisprudencia constitucional, la asimilación de las parejas legalmente reconocidas como «de hecho» a las casadas se traduce en la exclusión de tutela pública de otras formas convivenciales con presencia social y manifiestas necesidades de tutela, que también descansan en la lógica de la solidaridad y la (inter)dependencia, pero que no encajan en la definición legal de pareja «de hecho», posiblemente porque su lógica relacional sea ajena a la matrimonial.

A estas leyes se han venido a superponer los Estatutos de Autonomía reformados desde 2006 (Estatutos de Autonomía de Valencia, Cataluña, Islas Baleares, Andalucía, Aragón y Castilla y León) (68). Con la única excepción del catalán, estos Estatutos asumen la idiosincrasia versátil y flexible del concepto de familia, al recoger la obligación de los poderes públicos de protegerla en sus distintas modalidades, más allá del matrimonio y, esto es lo interesante, más allá también de la convivencia para-matrimonial. La mayoría menciona así la protección o la defensa integral de la familia, sea como derecho o como principio rector, pero en todo caso como una obligación de los poderes públicos distinta, y presumiblemente más amplia, de la de garantizar los derechos de «las situaciones de unión legalizadas», de «las parejas estables», de «toda forma de convivencia reconocida por el ordenamiento jurídico», o de «las diversas modalidades de familia existentes según la legislación civil» y de las «parejas no casadas inscritas en el registro» [art. 10.3 del Estatuto de Autonomía de Valencia; art. 16.3 del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares; art. 17 del

(68) Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana; LO 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña; LO 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears; LO 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía. LO 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón. LO 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León.

Estatuto de Autonomía para Andalucía; art. 24.b) del Estatuto de Autonomía de Aragón]. Por su parte, el Estatuto de Autonomía de Castilla y León reconoce entre sus principios rectores la obligación de los poderes públicos de proteger «las distintas modalidades de familia, garantizándose la igualdad de trato entre las mismas» (art. 16.13), sin incluir referencia alguna a las parejas de hecho que, por lo demás, no son objeto de regulación específica en esta Comunidad Autónoma.

La excepción es, como antes apuntaba, el Estatuto de Autonomía de Cataluña, cuyo artículo 42 recoge entre sus principios rectores la obligación de los poderes públicos de garantizar la protección jurídica, económica y social de aquellas «modalidades de familia previstas en las leyes» (énfasis mío), dejando fuera de su ámbito a cualquier modalidad de convivencia no regulada por el legislador. Debe señalarse, con todo, que la Ley catalana de uniones estables de pareja (Ley 10/1998, de 15 de julio) es de las más flexibles en lo que concierne a los requisitos constitutivos de estas parejas, al menos de las de sexo distinto, a quienes sólo exige acreditar un período de convivencia ininterrumpido de dos años (69). Además, la Ley catalana 19/1998, de 28 de diciembre, ofrece protección jurídica a relaciones convivenciales de dos o más personas con voluntad de permanencia y de ayuda mutua, ancladas, pues, en los principios de solidaridad y dependencia (70).

Los demás Estatutos de Autonomía de reciente reforma son, como hemos visto, más incluyentes. Ello es especialmente importante en la medida en que se trata de Comunidades Autónomas donde la legislación se limita a ofrecer protección a las parejas legalmente constituidas como «de hecho», situándolas jurídicamente a la sombra del matrimonio. El reto aquí consiste en evitar que las obligaciones estatutarias de los poderes públicos de tutelar a la familia se acaben identificando con sus obligaciones respecto de estas parejas. No cabe descartar, en efecto, que éstas acaben asumiendo el protagonismo en el marco de las obligaciones de los poderes públicos autonómicos para con las familias, convirtiéndose en objeto preferente o incluso único de protección también en Comunidades Autónomas donde, en línea de principio, estas obligaciones tienen un alcance más amplio.

(69) Mientras las parejas del mismo sexo deben manifestar su voluntad de acogerse a esta Ley mediante escritura pública otorgada conjuntamente, las de sexo distinto pueden otorgar escritura pública o acreditar un período de convivencia ininterrumpido de dos años mediante cualquier medio de prueba, que para obtener beneficios frente a la Administración pública debe ser el acta notarial (arts. 1, 2, 9, 10, 19 y 21 de la Ley).

(70) *Vid.* en Navarra la Ley Foral 34/2002, de 10 de diciembre, de acogimiento familiar de personas mayores.

Este riesgo es especialmente aparente en el artículo 17 del Estatuto de Autonomía para Andalucía (en adelante, EAAAnd). Comienza este artículo garantizando la protección social, jurídica y económica de la familia, sin mayores especificaciones. En su segunda frase, sin embargo, el artículo 17.1 EAAAnd reserva el acceso a ayudas públicas a «las diversas modalidades de familia existentes *según la legislación civil*» (énfasis mío). Y aunque esta referencia a la legislación civil no tiene por qué limitar el alcance de la protección social, jurídica y económica que se garantiza en la primera frase de ese artículo, lo cierto es que las ayudas públicas son un canal fundamental de asistencia a las familias, y que éste aparece reservado a las formas de familia contempladas en la legislación civil, lo que equivale a decir, más allá de la filiación, a las uniones matrimoniales y a las parejas «de hecho» debidamente constituidas en derecho. Pero es que, además, estas últimas («las parejas no casadas inscritas en el registro») son el único modelo familiar al que se refiere el artículo 17.2 EAAAnd, que opera una equiparación total entre sus derechos y los de las parejas casadas en el ámbito de competencias de nuestra Comunidad Autónoma. El protagonismo de las parejas «de hecho» en el artículo 17 EAAAnd es, pues, tal que bien podría llegar a absorber todo su contenido, provocando que incluso la primera frase del artículo 17.1 EAAAnd acabe siendo interpretada a la luz del resto del artículo.

No es posible, pues, descartar que la protección estatutaria de la familia se acabe identificando con la que el ordenamiento ya otorga a las parejas «de hecho», dejando fuera de su alcance otros modelos convivenciales basados en la lógica de la solidaridad y de la (inter)dependencia que puedan tener presencia y manifiestas necesidades de tutela en nuestra sociedad. Asumir la obligación de proteger también a éstos requerirá de nuestros poderes públicos apertura, creatividad y sensibilidad. Requerirá, muy concretamente, que elaboren criterios tan flexibles como fiables para determinar si, donde no existe matrimonio ni pareja «de hecho» legalmente constituida, nos encontramos efectivamente ante una familia, trátase de dos personas o de más. En efecto, la prohibición de los matrimonios polígamos no resuelve la cuestión de si situaciones convivenciales de más de dos personas, vinculadas o no por lazos para-conyugales, constituyen una familia a la luz de la jurisprudencia constitucional sobre el artículo 39.1 CE. Que así sea dependerá de que esta jurisprudencia constitucional despliegue su virtualidad más allá del ámbito de las parejas para-matrimoniales. La noción de familia como marco de solidaridades y dependencias encierra una invitación a atender a la lógica interna de cada relación convivencial, sobre la base de un pragmatismo de principios que nos permita alejarnos de fórmulas estereotipa-

das, y trascender fronteras de instituciones jurídicas en las que tiene lugar la construcción del género.

IV. REFLEXIONES FINALES

Desde una perspectiva de género debe darse la bienvenida a toda evolución que cuestione la prevalencia social y jurídica del modelo moderno de familia nuclear, y de la división de trabajo por sexos que la estructura. Debe, pues, celebrarse la evolución de nuestro ordenamiento jurídico, de la mano de los artículos 9.2, 14 y, sobre todo, 32 CE, hacia la desaparición de la discriminación intergrupala de las mujeres como cónyuges y como madres. Y, sin embargo, parece haber no poca resistencia a asumir con todas sus consecuencias el potencial transformador de este marco constitucional. Lo mismo cabe decir del potencial transformador del artículo 39.1 CE, de su apertura a proteger formas no matrimoniales de familia. Podemos, en efecto, caer en una cierta dosis de inercia socio-jurídica al articular la protección de nuevos modelos familiares, inercia que puede hacernos caer en la trampa de ofrecerles protección como reflejo de la familia nuclear, trasladándoles la simbología y las presunciones que informan los roles de género dentro de ésta. El reto consiste, pues, no sólo en expandir el concepto de familia, sino en mantener también el potencial transformador de nuevos modelos familiares, evitando que éstos acaben siendo situados a la sombra del matrimonio y engullidos por la lógica de éste (71). Consiste así en tomar conciencia de que nuestro marco constitucional abre el camino hacia el final de la familia nuclear moderna clásica y de las relaciones de género que la sustentan, como modelo estructurante de nuestra sociedad.

De lo que se trata, en definitiva, es de asumir con coherencia el compromiso constitucional con la no discriminación. El modelo de organización social y jurídica más coherente con este compromiso sería aquel que asumiese como punto de referencia, no a un modelo concreto de familia, sino a la persona y a sus necesidades específicas de tutela en el marco de sus diversos contextos relacionales. En este sentido apunta el proyecto de sustituir el tradicional libro de familia por registro individual, una ficha personal única en la que se contenga el historial civil de cada persona, identificable mediante un Código Personal de

(71) Sobre la influencia del modelo matrimonial en la definición de políticas de tutela de la familia, *vid.* DUBLER (2003). *Vid.* también RODRÍGUEZ RUIZ (2006).

Ciudadanía (CPC) (72). Convertir a la persona en el punto de referencia del derecho permite a éste atender a nuestras necesidades específicas en el espíritu del pragmatismo de principios, contemplándonos desde una lógica relacional (73), sí, pero sin ceder el protagonismo a las instituciones jurídicas en que nuestras relaciones se encuadran. Situarnos en su centro de atención obliga al Derecho a asumir nuestra naturaleza relacional, pero para elevarnos por encima de nuestras relaciones; a asumir la versatilidad de nuestros contextos relacionales, pero para responder a nuestras necesidades en cada uno de ellos; le obliga, en definitiva, a renunciar a visiones organicistas de la sociedad para elevar a las personas, en nuestra complejidad relacional, por encima de las instituciones jurídicas.

BIBLIOGRAFÍA

- AMORÓS, Celia (2000): *Tiempo de feminismo. Sobre feminismo, proyecto ilustrado y postmodernidad*, Madrid, Ed. Cátedra.
- BARRÈRE UNZUETA, Ángeles (2008): «Ius feminismo y derecho antidiscriminatorio: Hacia la igualdad por la discriminación», en MESTRE I MESTRE, Ruth M. (coord.): *Mujeres derechos y ciudadanías*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, págs. 45-71.
- BOSWELL, John (1980): *Christianity, Social Tolerance and Homosexuality. Gay People in Western Europe from the Beginning of the Christian Era to the Fourteenth Century*, Chicago and London, University of Chicago Press.
- (1995): *Same-Sex Unions in Pre-Modern Europe*, New York, Vintage Books.
- COBO, Rosa (1995): *Fundamentos del patriarcado moderno. Jean Jacques Rousseau*, Madrid, Cátedra, col. Feminismos.
- COONTZ, Stephanie (1992): *The Way We Never Were. American Families and the Nostalgia Trap*, New York, Basic Books.
- (2005): *Marriage, a History. How Love Conquered Marriage*, London, Penguin Books.
- CUBERO TRUYO, Antonio, y JIMÉNEZ NAVAS, María del Mar (2010): «El tratamiento de la mujer en el IRPF. Medidas de discriminación positiva y medidas que favorecen la prolongación del rol tradicional», *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación*, núm. 322, págs. 69-96.
- DUBLER, Ariela R. (2003): «In the Shadow of Marriage: Single Women and the Legal Construction of the Family and the State», *Yale Law Journal* (May 2003), págs. 1641-1715.

(72) Proyecto de Ley del Registro Civil (121/000090), aprobado en Consejo de Ministros en julio de 2010. Sobre este tema, *vid.* VIVAS TESÓN (2011).

(73) RODRÍGUEZ RUIZ (2010).

- FERNÁNDEZ, Graciela E., y VADAGNEL, Rubén (2010): *Parentalidad homosexual*, en http://www.terapiafamiliar.org.ar/archivos/parentalidad_homosexual.pdf.
- FRASER, Nancy (1996): «After the Family Wage», en *Justice Interruptus. Critical Reflections on the Post-socialist Condition*, Routledge, págs. 41-66.
- GIES, Frances & Joseph (1989): *Marriage and the Family in the Middle Ages*, New York, Perennial Library (Harper & Row Publishers).
- GRAY, Marion W. (2000): *Productive Men, Reproductive Women. The Agrarian Household and the Emergence of Separate Spheres during the German Enlightenment*, New York-Oxford, Berghahn Books.
- GÜNTHER, Klauss (1988): *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag.
- HÄBERLE, Peter (1983): *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, Heidelberg, C.F. Müller.
- HERBET, Georg (1985): «Der Wesengehalt der Grundrechte», *EuGRZ*, pág. 321.
- HERRERA MORENO, Myriam (1999): *Mujer e igualdad: la norma y su aplicación. Tomo II: Aspectos penales, procesales y penitenciarios*, Sevilla, Instituto Andaluz de la Mujer.
- JÓNASDÓTTIR, Anna (1993): *El poder del amor. ¿Le importa el sexo a la democracia?*, Madrid, Cátedra.
- LA TORRE, Massimo (2008): *La lucha contra el derecho subjetivo. Karl Larenz y la teoría nacionalsocialista del Derecho*, Dykinson.
- LANDES, Joan B. (1998): *Women and the Public Sphere in the Age of the French Revolution*, Ithaca and London, Cornell University Press.
- LAURENZO, Patricia (2008): «La violencia de género en el Derecho penal: un ejemplo de paternalismo punitivo», en LAURENZO, Patricia; MAQUEDA, María Luisa, y RUBIO, Ana (coord.): *Género, violencia y derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 329-361.
- LUHMANN, Niklas (1994): *Liebe als Passion. Zur Codierung von Intimität*, Frankfurt am Main, Suhrkamp.
- MAQUEDA, M.^a Luisa (2008): «¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico», en LAURENZO, Patricia; MAQUEDA, María Luisa, y RUBIO, Ana (coord.): *Género, violencia y derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 363-408.
- MILL, John Stuart, y MILL, Harriet Taylor (ed. 1970): *Essays on Sex Equality*, A. ROSSI (ed.), Chicago, University of Chicago Press.
- OSSENBÜHL, Fritz (1976): «Die Interpretation der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», *NJW*, pág. 2100.
- PATEMAN, Carole (1988): *The Sexual Contract*, Oxford, Polity Press.
- PULCINI, Elena (1990): *Amour Passion e Amore Coniugale. Rousseau e l'origine de un conflitto moderno*, Venezia, Marsilio Editori.
- REY MARTÍNEZ, Fernando (2005): «Homosexualidad y Constitución», *REDC*, núm. 73, págs. 111-156.

- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana (2004): *La protección jurídico-laboral de la mujer: Luces y sombras*, Cedecs.
- (2008): *La familia en el ámbito jurídico-laboral. Situación y protección*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca (2001): «Familia e igualdad entre los sexos en el Estado constitucional: Una mirada crítica al caso alemán», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 4, págs. 311-340.
- (2006): «The Logic of Rights vs. The Logic of Representation: The Case of Cohabitation in Spain», *FIU Law Review*, vol. 1, págs. 89-105.
- (2010): «Hacia un Estado post-patriarcal. Feminismo y ciudadanía», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 149, págs. 87-122.
- RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca, y RUBIO MARÍN, Ruth (2007): «De la paridad, la igualdad y la representación en el Estado democrático», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 81, págs. 115-159.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques (2003 ed.): *Emilio*, Madrid, Biblioteca EDAF.
- RUBIO CASTRO, Ana (1997): *Feminismo y ciudadanía*, Sevilla-Málaga, Instituto Andaluz de la Mujer.
- SCHNEIDER, Ludwig (1983): *Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechte nach Art. 19 Abs. 2 GG*, Berlin, Dunkler & Humboldt.
- SIEGEL, Reva (1996): «“The Rule of Love”: Wife Beating as Prerogative and Privacy», *Yale Law Journal*, núm. 106, págs. 2117-2207.
- STELZER, Manfred (1991): *Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, Wien-New York, Springer-Verlag.
- TASKER, Fiona L., y GOLOMBOK, Susan (1997): *Growing Up in a Lesbian Family. Effects on Child Development*, New York, The Guilford Press.
- TOBÍO, Constanza (2001): «Marriage, Cohabitation and the Residential Independence of Young People in Spain», *15 Int'l J.L. Pol'y & Fam*, pág. 68.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (2010): «El impulso de las mujeres en la transformación del Derecho de Familia», en GARCÍA RUBIO, M. Paz, y VALPUESTA, Rosario (dirs.): *El levantamiento del velo: las mujeres en el Derecho privado*, Valencia, Tirant lo Blanc, págs. 365-405 (pendiente de publicación).
- (pendiente de publicación): «El derecho de familia desde una perspectiva de género». Ponencia presentada en el Congreso «Iguales y diferentes en el Derecho privado», organizado por la UAB, del 10 al 11 de diciembre de 2009.
- VIVAS TESÓN, Inmaculada (2008): «España: Tres años de matrimonio homosexual», en LEAL ADORNA, Mar, y LEÓN BENÍTEZ, María Reyes (2008): *La Enseñanza Interdisciplinar del Derecho Matrimonial*, Sevilla, Mergablum, págs. 25-40.
- (2010): «De la discriminación a la tutela de la mujer en el Derecho civil: panorámica y notas críticas a la luz de las políticas y acciones positivas de la Ley Orgánica 3/2007», en *Discriminación por edad y sexo (Retos pendientes del Estado social)*, Carlos LASARTE y María CRESPO (dirs.), Fernanda MORETÓN (coord.), Madrid, Colex, págs. 77-108.

- (2011): «Las transformaciones del Derecho de Familia Español desde una perspectiva de género: la esperada y anunciada reforma de los apellidos», *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Argentina, Editorial La Ley (en prensa).
- WEEKS, Jeffrey, et al. (2001): *Same Sex Intimacies: Families of Choice and other Life Experiments*, London-New York, Routledge.
- KYMLICKA, Will (2002): *Contemporary Political Philosophy*, 2.^a ed., Oxford University Press.
- YALOM, Marilyn (2001): *A History of the Wife*, U.K., Routledge.

RESUMEN

La concepción social y jurídica de la familia en nuestro país está evolucionando en un sentido que pone en cuestión las premisas de género sobre las que se asienta la familia nuclear moderna. Dicha evolución tiene como trasfondo la constitucionalización del principio de igualdad y de la obligación de los poderes públicos de perseguirla activamente, así como la desvinculación de la protección constitucional de familia y matrimonio. Aunque en principio nuestros operadores jurídicos asumen este marco constitucional, no siempre hacen valer con coherencia su potencial transformador de la familia y de las relaciones entre los sexos dentro de ella. Este artículo defiende la importancia de asumir dicho potencial frente a las inercias que perpetúan la construcción moderna del género.

PALABRAS CLAVE: matrimonio; género; familia; parejas de hecho; discriminación.

ABSTRACT

The evolution of the social and legal conception of the family in Spain questions the gender assumptions that sustain the modern nuclear family. Its constitutional background is made up of the principle of equality and non-discrimination, public power's duty to pursue equality through affirmative action measures, and the separation of the constitutional protection of family and marriage. Although Spanish legal actors appear to respect this constitutional framework, its potential to transform gender relations is not always fully assumed. This paper claims the importance of embracing this potential against the inertia of modern gendered assumptions.

KEY WORDS: marriage; gender; family; cohabitation; discrimination.