

# Familia, familias y derecho de la familia (\*)

Por ENCARNA ROCA TRIAS

Catedrática de Derecho civil de la Universidad de Barcelona

**SUMARIO:** 1. Planteamiento. 2. ¿A qué tipo de familia se refieren las disposiciones constitucionales? 3. Las discusiones sobre los futuros artículos 32 y 39 en el Congreso y en el Senado. 4. Familia, familias y derecho de familia. 5. El Estado y la familia. 6. La familia ¿grupo autónomo? 7. ¿Existe una limitación constitucional del tipo de familia a proteger? 8. Modelo legal y autonomía.

La STS de 30 mayo 1984, frente a una reclamación formulada por una comunidad religiosa por discriminación en la no extensión de las prestaciones por fallecimiento a los miembros de la mencionada comunidad, declaraba que esta cuestión debía responderse negativamente, puesto que «la vida religiosa, es creadora de vínculos distintos de los que determinan la familia, que no pueden con éstos confundirse ni reputarse equivalentes en el plano jurídico y social». El TS en esta sentencia nos dice lo que no es la familia, pero ninguna norma nos define lo que es. Este trabajo intenta aportar algunas ideas y ofrece un campo de investigación que se corresponda con la realidad actual.

1. *Planteamiento.* Los artículos 32 y 39 CE contienen normas relacionadas con el concepto constitucional de familia: El principio constitucional de la igualdad, contenido en el artículo 14 CE y el artículo 39, al establecer un sistema de protección social a la familia. Ambas disposiciones configuran un sistema basado en principios constitucionales que hace que hoy deba iniciarse cualquier estudio sobre el tema teniendo en cuenta estas directrices.

Ello permite afirmar, con premisa indiscutible, que la protección a la familia, entendida en el sentido constitucional, resulta una nece-

---

\* Este trabajo ha sido realizado con una ayuda de la CICYT otorgada al grupo que dirige la autora.

sidad del Estado social de derecho, porque la estructuración de la familia responde siempre a la obligación de afrontar unas necesidades de tipo asistencial, que se cumplen en su interior y que de otro modo, debería asumir el Estado (1). Quizá en este sentido, podría afirmarse que el artículo 39 CE es uno de los exponentes de la teoría de los intereses difusos (2). Pero de lo que no cabe duda es de que el sistema establecido en la Constitución es mixto, en el sentido que las finalidades se cumplen por el Estado (sistemas de seguridad social, por ejemplo) y por los particulares (alimentos entre parientes y pensiones en casos de separación/divorcio). Ante estas importantes cuestiones, hay que afirmar que el Derecho de familia ya no es un sistema que afecta exclusivamente a intereses particulares, sino que tiene un fuerte contenido público, con aspectos que se refieren tanto a la imperatividad de las normas que regulan los procesos relacionados con cuestiones de Derecho de familia (3), como a la asistencia social de todo tipo que debe prestar la Administración pública a la familia, como, finalmente, a los sistemas de fiscalidad. Todo ello hace que debamos ocuparnos de las importantes consecuencias que la regulación en base a principios constitucionales provoca en el Derecho de familia.

2. *¿A qué tipo de familia se refieren las disposiciones constitucionales?* Es esta una vieja polémica (4). Para empezar, no parece ocioso plantear la cuestión utilizando una idea repetida en general: La Constitución

---

(1) HATTENAUER, H., *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Trad. de G. Hernández. Col. Ariel Derecho Barcelona, 1987, pp. 131-132.

(2) P. E. BESSONE, Comentario a los artículos 30-31 de la Const. II, en BESSONE, MONTUSCHI, VINCENZI, CASSESE, MURA, *Comentario della Costituzione a una di G. Branca*. Rapporti etico-sociali. Roma Bologna, 1976, pp. 86 y ss.

(3) En este sentido es necesario citar la STC 120/84, de 10 de diciembre, en la que se afirma que en el proceso matrimonial «se dan elementos no dispositivos, sino de *ius cogens*, precisamente por derivar y ser un instrumento al servicio del derecho de familia». En el mismo sentido, el auto del propio TC, de 28 de enero de 1987, donde se cita la Sentencia 129/84. Todas estas resoluciones se pronunciaron en casos de divorcio. Además, la STS de 15 de marzo de 1989 (*Poder judicial*, n.º 14, p. 314), declara que «el sentido iusprivatista del derecho de familia ha evolucionado en los últimos años hasta el punto de romper los estrechos moldes en que se encontraba enmarcado para pasar a integrarse en el *ius cogens* y en el ámbito del derecho público». Sólo desde esta perspectiva es posible la intervención del Ministerio Fiscal. Véase en este sentido, ROCA TRIAS en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*. Editorial Tecnos. Madrid, 1984, T. I, pp. 543 y ss. y PEREDA, J. *La ejecución de las sentencias matrimoniales*. PPU. Barcelona, 1989, pp. 28 y ss.

(4) Sobre este tema ver, entre otros, y con diferentes planteamientos doctrinales, DIEZ PICAZO, «Familia y derecho», en *Familia y derecho*. Civitas. Madrid, 1984, pp. 37-40; ESPIN CANOVAS, *Familia no matrimonial*, Ponencia presentada al Congreso Hispano-Americano de Derecho de familia. Cáceres, 1987. Publicado en *Tapia*, 1988, *in totum*; ESTRADA ALONSO, *Los uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español*. Civitas, Madrid, 1986, pp. 106 y ss; FOSAR BENLLOCH, *La Constitución española de 1978 y la unión libre*. R.J.C. n.º 4, 1982, pp. 919 y ss.; LACRUZ BERDEJO, *Derecho de familia en Elementos de Derecho civil*, IV. Barcelona, 1989, vol. 2, 3.ª ed., p. 11. PANTALEÓN, *¿Derechos sucesorios del compañero o compañera en la Compilación del Derecho civil en Cataluña?* Tossa de Mar, 1984, pp. 156 y ss.

protege una familia histórica, en un momento concreto (5), lo que no significa que se excluya, a este nivel, la posibilidad o incluso la necesidad de proteger a familias formadas de otra forma o con caracteres distintos a las que existen en un momento histórico determinado. Seguramente tiene razón DIEZ PICAZO (6) cuando liga el problema al que se viene denominando *concepto prejurídico de familia* y que, por tanto, los constituyentes hablaban de una familia concreta a la que el Estado debía ofrecer, por una parte, un sistema de regulación mínimo (el art. 32 CE) y, por otra parte, una protección especial (el art. 39 CE). Si es cierto que la configuración de la familia resulta de utilidad al Estado, en un sistema de *welfare state*, resultará también congruentemente cierto que el Estado tiene razones para controlar las formas de constitución de las familias, única forma que tiene para saber cuándo existe un núcleo familiar digno de la protección que las disposiciones constitucionales establecen (7). Esta es ya una vieja cuestión, ejemplos de la cual se nos ofrecen ya en el Derecho romano (8).

Puestas así las cosas, no resulta ocioso preguntarse acerca de diversas cuestiones que deben influir necesariamente en el concepto que debamos utilizar más adelante: la primera, se refiere a la determinación del tipo de familia que tuvieron presente los constituyentes en las discusiones de los que serían los definitivos artículos 32 y 39 CE. En segundo lugar, una de las cuestiones más importantes a mi parecer y que resulta de la regulación constitucional es la de saber si, independientemente que se tuvieran o no en cuenta estructuras familiares que podríamos llamar *atípicas*, pueden éstas gozar de la protección del artículo 39 CE. Es necesario, por tanto, hacer un repaso de las discusiones que dieron lugar a los artículos que ahora me ocupan.

3. *Las discusiones sobre los futuros artículos 32 y 39 en el Congreso y en el Senado.* En el Anteproyecto de Constitución (9), aparecía un artículo 27, en el que se decía: «1. *A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen el derecho a contraer matrimonio y a crear y mantener en igualdad de derechos relaciones estables de fami-*

---

(5) Esta no es una afirmación que deba referirse exclusivamente a la Constitución española. Véase en el mismo sentido, HATTENHAUER, *Conceptos*, cit. cap VIII in totum, donde se explica la evolución del matrimonio y su ligamen con la familia.

(6) DIEZ PICAZO, *Familia*, cit. p. 21.

(7) ROCA TRIAS, *Constitució i família*, R.J.C. 1984, pp. 300-302.

(8) Así, por ejemplo, la condición de no contraer matrimonio fue considerada válida en Derecho romano hasta que las leyes demográficas de Augusto se propusieron como finalidad favorecer el matrimonio y la procreación. Dicha condición fue considerada contraria a los objetivos augusteos y, por tanto, ilícita. Ver sobre este punto BIONDI, *Sucesión testamentaria y donación*. Trad. de M. Fairén. Bosch, casa editorial. Barcelona, 1960, p. 568.

(9) Publicado en el B.O.C.E. de 5 de enero de 1978, n.º 44.

lia. 2. *El Derecho civil regulará las formas del matrimonio, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución, y sus efectos*». En el capítulo III, *Principios rectores y derechos económicos y sociales*, se insertaba el artículo 34, que encabezaba el capítulo, como lo haría en el texto definitivo el artículo 39, donde se decía que «1. *Los poderes públicos aseguran la protección económica, jurídica y social de la familia, en particular, por medio de prestaciones sociales, de disposiciones fiscales y de cualquier otra medida adecuada. 2. La madre y los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, gozarán de la protección oficial del Estado y de todos los poderes públicos. 3. Los padres tienen para con los hijos habidos fuera del matrimonio los mismos derechos que respecto de los nacidos fuera de él, sin perjuicio del respeto a la institución familiar*». En estas disposiciones se observaban diversas cuestiones; algunas de ellas aparecerían en las discusiones que se produjeron en torno a estos dos textos y otras no fueron tratadas. Me refiero a la distinción que se produce entre el tratamiento del matrimonio y el de la familia; el artículo 27, más tarde 32, parece que se limitaba a establecer una regulación del matrimonio en dos bloques: el constitucional, que requería la igualdad entre ambos cónyuges, y el civil, reservándolo a una ley ordinaria, que desarrollaría esta igualdad y establecería la regulación completa del matrimonio. Pero el artículo 34 (más tarde, 39 CE), contenía una declaración de protección de la familia, sin mencionar el carácter matrimonial o natural de la misma, a diferencia de lo que ocurre en el artículo 29 de la Constitución italiana (10). ¿Partían o no los constituyentes de un preconcepto de la familia? ¿Se referían a un concepto jurídico ya existente, que adaptaban a las circunstancias constitucionales, o bien este concepto era exclusivamente social? No me parece ocioso recordar aquí que los años finales de la década de los 70 fueron los de más alta conflictividad familiar, como consecuencia de la imposibilidad de disolución del matrimonio por divorcio (11).

Las enmiendas que se presentaron a este texto tuvieron un contenido variado. Hay que remarcar que la propuesta del artículo 27 fue objeto de mayores discusiones que la contenida en el artículo 34. Por ello, me centraré en la primera por ser, además, muy ilustrativa del pensamiento de los constituyentes. Por ejemplo, Licinio de la Fuente se oponía a la redacción que se propuso del artículo 27 por encontrar

---

(10) El artículo 29 de la Constitución italiana ha dado lugar a una abundante literatura, con toda clase de interpretaciones. Seguramente, quien ofrece una mejor panorámica de todas las cuestiones planteadas en torno a este artículo es BESSONE, *Rapporti etico-sociali en Commentario della Costituzione a cura di G. Branca. Artículo 29-34*. Bologna-Roma, 1982, comentario al artículo 29 *in totum*.

(11) Ver las estadísticas que publica la *Memoria que el Consejo General del Poder Judicial eleva a las Cortes Generales*. Madrid, 1990. Anexo II, pp. 718 y ss.

que se prestaba a confusión y que podría entenderse que amparaba las puras relaciones permanentes entre el hombre y la mujer (12). En un sentido parecido, se pronunciaba la enmienda de García Garrido (UCD), para quien el artículo definitivo debería contener una declaración parecida a la del artículo 29 de la CIIt (13). En el otro extremo se colocaba la enmienda presentada por Minoría catalana, para quienes debían contemplarse en igualdad de condiciones tanto las relaciones nacidas de matrimonio, como las que fueran consecuencia de «relaciones estables de familia» (14). La verdad es que esta cuestión no produjo las mayores discusiones en el seno de la ponencia, donde los problemas importantes se plantearon en torno a la constitucionalidad o no de la disolución del matrimonio por divorcio (15) y aceptando la idea fundamental de las enmiendas de Licinio de la Fuente y de García Garrido, la ponencia propugnó la siguiente redacción del

---

(12) Se trata de la enmienda 35 donde se propone lo siguiente: «La redacción parece amparar por igual al matrimonio y las puras relaciones permanentes entre hombre y mujer», por lo que se proponía la siguiente redacción; «1. A partir de la edad núbil el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio. 2. El hombre y la mujer tienen igualdad de derechos en las relaciones familiares.» En el mismo sentido López Rodó (AP, enmienda 691), proponía suprimir el segundo párrafo de la redacción del artículo 27 en el Anteproyecto y redactar el mencionado artículo en la siguiente forma: «A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen el derecho a contraer matrimonio bajo el principio de equiparación y a crear y mantener mediante el mismo una familia estable».

(13) GARCÍA GARRIDO (UCD), proponía en la enmienda 756, el siguiente texto: «1. La familia es la *célula natural* (sub. mío) y fundamental de la sociedad. Se funda en el matrimonio monogámico y debe ser tutelada y protegida por la sociedad y por el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a mantener relaciones estables de familia. El derecho civil regulará la forma y efectos del matrimonio». En el mismo sentido formulaba la enmienda 736 el Sr. Orti Bordás (UCD), que proponía lo siguiente: «1. A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio en igualdad jurídica. 2. Se reconocen los derechos de la familia como institución natural basada en el matrimonio. 3. El matrimonio y la familia gozarán de especial protección por parte del Estado».

(14) El texto de la enmienda 125, del grupo Minoría catalana, era el siguiente; «1. A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tiene el derecho a contraer matrimonio y a crear y mantener, en igualdad de derechos, relaciones estables de familia y a decidir libremente los hijos que desean tener. 2. El matrimonio puede disolverse por mutuo disenso y a petición de cualquiera de los cónyuges, si concurre justa causa, en la forma y condiciones que se establezcan por la ley de Divorcio. 3. Con el fin de conseguir una maternidad y una paternidad responsables, los poderes públicos promoverán, a través de la seguridad social, la realización de programas de planificación familiar».

(15) El informe de la ponencia constitucional aparece publicado en el B.O.C. número 82, de 17 de abril de 1978; aceptando la idea fundamental de las enmiendas 35 y 736 (AP y UCD), se propone la siguiente redacción para el ahora artículo 31: «a partir de la edad núbil el hombre y la mujer en plena igualdad de derechos y deberes podrán contraer matrimonio para crear una relación estable de familia». Las discusiones en las ponencias se refirieron al problema de la constitucionalidad del divorcio; así puede comprobarse en las intervenciones de López Rodó (B.O.C. 25 de mayo de 1978, n.º 72, sesión 11, p. 1152) y Licinio de la Fuente (p. 1160).

artículo 27, que apareció en el proyecto como 31: «1. *A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer en plena igualdad de derechos y deberes, podrán contraer matrimonio para crear una relación estable de familia*». Algo había cambiado, pero poco; se trataba, en definitiva, de consagrar sólo la igualdad de los cónyuges, partiendo de la base de que el matrimonio era la forma más idónea y habitual para la creación de una familia. Pero debe resaltarse aquí el hecho de que no se recogió la propuesta de García Garrido, de definir la familia en una forma parecida a la del artículo 29 CIIt y, por tanto, quedaba en el aire cuál debía ser el concepto constitucional de familia.

Esta redacción aparecía modificada en el dictamen de la Comisión de asuntos constitucionales y libertades públicas, sobre el Ante-proyecto de Constitución (16), cuyo artículo 30 decía, que «1. *A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer, en plena igualdad de derechos y deberes, podrán contraer matrimonio*. 2. *La ley regulará las formas del matrimonio, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos*». Este fue el definitivo texto aprobado por las Cortes y enviado al Senado para la discusión constitucional (17).

Las enmiendas propuestas en el Senado llevaron a la eliminación de la referencia a la edad núbil, pero no modificaron sustancialmente la propuesta de las Cortes. El Grupo Progresista y Socialista independientes propuso una enmienda en la que se proponía la desaparición del concepto antes aludido, porque «lo que importa llevar al texto constitucional es que el matrimonio se funda en el libre consentimiento de los cónyuges y en la plena igualdad de derechos y deberes entre ellos» (18). Pero, a la vez, se produjeron algunas intervenciones que intentarían reconducir, de nuevo, el concepto de familia a la idea de elemento natural de la sociedad; así, Alfonso Ossorio, del Grupo Independiente, presentó una enmienda al artículo 30 en la que se proponía el siguiente texto: «1. *La familia es el elemento fundamental de la sociedad. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer, a partir de la edad núbil, a contraer matrimonio y fundar una familia en igualdad de derechos y deberes*» (19); el segundo párrafo no sufría otras modificaciones que las de aludir directamente a la separación y al divorcio civil, cosa que no hacía la propuesta de las Cortes.

(16) B.O.C., 1 de julio de 1978, n.º 121.

(17) B.O.C., 27 de julio de 1978, n.º 135.

(18) En el Senado, la enmienda planteada por el grupo «Progresistas y Socialistas independientes» (n.º 25) decía: «1. El matrimonio se funda en el libre consentimiento de los cónyuges y en la plena igualdad de derechos y deberes entre ellos. 2. La Ley regulará la forma del matrimonio, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos».

(19) Enmienda 389. Estaba basada, según su mantenedor, en la Declaración universal de Derechos humanos y el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos, en los que se configura la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad.

La discusión en el Senado volvió a reproducir en parte la habida en las Cortes, haciéndose hincapié, en algunas intervenciones, en la necesidad de que existiera una declaración que proclamase «la enorme importancia de subrayar que el núcleo de la *institución matrimonial, como célula o fermento de la familia*, radicaba en el libre consentimiento de los cónyuges» (20) o bien dando por sentado que la familia se constituye por matrimonio (21), de forma que el senador Sr. Calatayud Maldonado acabaría proponiendo una enmienda a título personal, en la que se pedía que se redactara el artículo 30 del modo siguiente: «*la Ley establecerá los requisitos que han de concurrir en el matrimonio para ser reconocido por el Estado*» (22); aunque se pretendiese con ello incluir «cualquier matrimonio, incluso el *consensual*», en realidad sólo se intentaba identificar familia con matrimonio.

El texto propuesto en el dictamen de la Comisión constitucional del Senado (23), acabó modificando el número del artículo, que sería ya definitivamente el 32 y refiriéndolo, también definitivamente, al derecho a contraer matrimonio y a las condiciones para contraerlo. No faltaron los intentos, en la discusión en el pleno del Senado, de reconducir de nuevo el concepto a la declaración de la familia como elemento natural de la sociedad (24). Sin embargo, la mayoría impuso el texto actualmente vigente. Los sostenedores de la teoría aludida quizá olvidaron que el lugar apropiado para formular esta declaración hubiera sido el artículo 39 CE y no el 32. Pero lo cierto es que la discusión sobre el que sería el definitivo artículo 39 CE pasó sin pena ni gloria.

De lo expuesto hasta aquí podría llegarse a una primera conclusión: parece que en las discusiones parlamentarias del Ante-Proyecto de Constitución se desligó la familia del matrimonio y lo único que finalmente recogió el texto del artículo 32 CE fue el llamado *ius conubii*, las condiciones para su ejercicio y los efectos del matrimonio. (Así, STC 184/1990, de 15 de noviembre. F.J. 3). Pero parece claro que se rechazó el proyecto de identificar *familia* con *matrimonio*. En definitiva, se utilizó un concepto abierto y plural, adaptable a los presupuestos culturales que la sociedad española tenga en cada momento histórico. Creo, por tanto, que puede decirse que no existe actualmente un concepto jurídico de la familia, sino que la ley (a partir de la Constitución) se limita a recoger un concepto social, liga-

---

(20) Se trata de la intervención del senador Villar Arregui en la discusión del proyecto de la comisión del Senado. B.O.C. de 29 de agosto de 1978, n.º 45, p. 2003.

(21) Intervención del senador Sr. Vicente Domínguez, en la misma sesión citada en la nota anterior, p. 2004.

(22) Intervención del senador Sr. Calatayud Maldonado en la misma sesión citada en las dos notas anteriores, p. 2011.

(23) Publicado en el B.O.C. n.º 157, de 6 de octubre de 1978.

(24) Así el senador Sr. Ossorio en la sesión de 28 de septiembre de 1978.

do a la cultura existente. Esta cuestión es de suma importancia, porque a este nivel del estudio, evidentemente aún se trata de una hipótesis a demostrar.

4. *Familia, familias y Derecho de familia.* Es evidente, sin embargo, que en las discusiones parlamentarias planeaba un concepto prejurídico de familia, que se identificaba con la llamada *familia nuclear* (25), de tipo liberal, es decir, aquélla en que ambos cónyuges ejercen una profesión (26). Este es el tipo que parece estar en la mente de todos los legisladores cuando afrontan cualquier legislación sobre la familia. Y sin embargo, no parece que sea éste el único modelo posible, no sólo a nivel teórico, sino en la realidad. No estará de más que echemos una ojeada al panorama social existente.

Señala FLAQUER (27), que según datos del censo de 1981, último disponible en 1989, el 60 % de la población vivía en hogares nucleares; se entiende a estos efectos por *hogar nuclear* el formado por una pareja heterosexual casada con hijos menores; el 84 % de la población residía en hogares con hijos, lo que denotaba algún tipo de familia; el 3 % de la población vivía sola y las personas que vivían en un hogar sin núcleo no superaba el 2 %. El propio FLAQUER señala que es muy posible que en los siguientes censos se revele el dato del aumento de los hogares de personas solas que en Francia alcanza el 10 %. Ello va ligado al descenso de la tasa de nupcialidad (28). El aumento de personas que viven solas en Cataluña es notable; según ALEMANY (29), existen 165.693 hogares de personas solas, de los que 128.029 corresponden a la ciudad de Barcelona. Ello significa el 2,76 % aproximadamente de la población de Cataluña, si bien el 77 % de este tipo de hogares corresponde a la ciudad Barcelona.

Junto a este tipo de hogares se encuentran las llamadas *familias monopaterales*, es decir, aquéllas formadas por un padre o una madre solos con sus hijos menores o incapaces aun de proveer su susten-

---

(25) Esta concreción al núcleo compuesto por una pareja heterosexual y sus descendientes resulta un lugar común en cualquier estudio de derecho de familia. Véase, a título de ejemplo, la opinión de Pietro BARCELLONA en la voz *Flamiglia* (*dir. civ.*) en *Enciclopedia del diritto*. Giuffrè. Milano, 1967, T. XVI, p. 781. Para el derecho español, ver por todos, LACRUZ en *Derecho de familia, cit.*, pp. 11 y ss.

(26) En este sentido, HATTENHAUER, *Conceptos*, cit., 148 y ss. En un sentido parecido para un tipo distinto de sociedad puede consultarse PUIG SALELLAS, *El dret de família a Catalunya i la realitat social*, R.J.C. 1990.

(27) FLAQUER, *¿Hogares sin familia o familias sin hogar?*, ponencia presentada al curso *Crisis de la familia tradicional: la familia de hecho*. Cursos de Pedralbes, organizados por la Universidad de Barcelona y la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo, julio de 1989. «Papers». Revista de Sociología. En prensa.

(28) Utilizó las citas que FLAQUER hace de trabajos de Lamo de Espinosa y Salustiano del Campo y que se refieren a datos relativos a U.S.A. entre los años 1970 y 1980.

(29) ALEMANY, Joaquina, *Evolució de la família a Catalunya*, en el curso citado en la nota 27. Inédita.



to. Las causas de formación de este tipo de familias son de diverso tipo, pero los sociólogos coinciden en identificarlos en los siguientes grupos:

- a) por fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, generalmente el marido, quedando la esposa viuda con hijos;
- b) por haberse producido la separación o el divorcio de la pareja;
- c) por formarse de inicio hogares monoparentales, normalmente, de madres solteras que deciden vivir solas con sus hijos;
- d) los casos de padre o madres que conviven con sus hijos, ya mayores de edad.

Hay que tener en cuenta, además, que según la memoria de los Tribunales correspondiente a 1989, el número de separaciones fue de 34.692, con un aumento del 38,5 % sobre 1985 y que los divorcios aumentaron el 26,09 % en relación a las cifras de 1985 (30). Así no resulta extraña la cifra de 600.000 hogares monoparentales que proporciona FLAQUER para 1981, lo que representa casi un 6 % de los hogares españoles en 1981 (suponemos que esta cifra habrá aumentado después de la posibilidad de disolución del matrimonio por divorcio). El 83 % de este tipo de hogares está encabezado por mujeres solas. (31).

Junto a estos tipos de hogares más o menos asumidos culturalmente como familias *normales*, se encuentran las situaciones de hecho. Siguiendo también a FLAQUER (32), quien cita en este punto a Salustiano del Campo (33), hay que afirmar que se tienen pocos datos

---

(30) Véase la *Memoria* citada en la nota 11, pp. 728 y 729 del Consejo general del Poder judicial, 1989. Los datos relativos a Cataluña pueden consultarse en el *Anuari estadístic de Catalunya*. Institut d' Estadística de Catalunya. Generalitat de Catalunya. El último publicado corresponde a 1989 y ofrece los datos siguientes, provenientes de la Audiencia Territorial de Barcelona: en 1987, se habían presentado en la mencionada Audiencia 13.694 casos relativos a derecho de familia en general, frente a 74.006 que era el total en España; ello significa que en Cataluña se produce el 18,5 % de los casos en este ámbito. De ellos, 2.774 se refirieron a separación por acuerdo mutuo; 3.149, a separación por causa legal; 2.236, a divorcios por mutuo acuerdo y 2.532, a divorcios sin acuerdo. Estos datos se refieren a 1987.

(31) Datos tomados de FLAQUER, contribución citada en la nota 27. Según Joaquima ALEMANY (intervención citada en la nota 29), el número de hogares monoparentales en Cataluña era de 165.693, aunque no cita en qué año está tomada la estadística. De estos hogares, 128.029 corresponden a la ciudad de Barcelona. La autora atribuye esta situación al elevado número de personas jóvenes que trabajan fuera de la residencia familiar y al de solteros y divorciados que viven solos. Pero añade que «la causa principal es l'increment de l'esperança de vida; moltes de les persones que viuen soles tienen més de 65 anys. Aquesta situació fa que s'agreguin els problemes sanitaris i socials...».

(32) Los datos son de FLAQUER, trabajo citado en la nota 27. ALEMANY tampoco aporta datos relativos a Cataluña.

(33) CAMPO, Salustiano del, «*Familia*» en Salustiano del Taurus. Madrid, 1984, vol. 2, p. 16. Véase también el trabajo de ALABART, CABRE, DOMINGO, FABRÉ y STOLCKE. *La cohabitación en España: Un estudio de Madrid y Barcelona*, CIS, estudios y encuestas, mayo de 1988.

sobre el número de personas que se encuentran en esta situación. Los datos referidos a 1980 ofrecen unas cifras muy bajas: el 0,37 % de la población mayor de 18 años. De las cifras que ofrece, el propio FLAQUER (34) concluye que «en España la cohabitación es aún un fenómeno minoritario» y tiene tres razones básicas: la primera se funda en criterios económicos, sociales o legales que impiden o hacen difícil que los convivientes contraigan matrimonio; la segunda, se basa en criterios ideológicos y la tercera, en la convivencia que no excluye la posibilidad de contraer matrimonio en un futuro».

En términos sociológicos, FLAQUER llega a la conclusión de que la evolución de las formas de la familia que se está produciendo en la sociedad se debe a la profundización de la privatización, de forma que «se está pasando del matrimonio-comunidad al matrimonio-asociación». «En este modelo, más individualista, —forma contemporánea del matrimonio de razón— las diferencias entre la situación de hecho y la de derecho tienden a perder sentido, los términos legítimo e ilegítimo desaparecen del vocabulario y el matrimonio se convierte en un contrato realmente privado, cuya vigencia está sujeta a la voluntad unilateral de las partes. Por otra parte, si bien en el matrimonio-fusión el divorcio comporta sentimientos de culpa y de fracaso para los cónyuges y coloca a los hijos en una situación de intermediarios obligados del resentimiento de sus padres, en el matrimonio-asociación el divorcio deja de ser una episodio dramático y traumatizante por cuanto la inversión afectiva fue mucho menor» (35).

Otro de los tipos de familia existentes pero aún incontrolados es el formado por parejas del mismo sexo. No existen aún datos en España fiables sobre este tipo de uniones. En Dinamarca, en 1989 y a propuesta del Partido Socialista Popular, se aprobó una ley que permite el matrimonio de homosexuales, y cuya razón es que el matrimonio es una forma legal que permite a dos personas compartir su vida, independientemente de su sexo; existen, sin embargo, algunas excepciones para las personas que deciden casarse: en estos casos no les está permitida la adopción y el derecho puede ser sólo ejercitado por ciudadanos daneses (36). En USA el derecho a contraer matrimonio ha sido denegado reiteradamente a los homosexuales (37), si bien existe una importante corriente de pensamiento jurídico que considera

---

(34) FLAQUER, Trabajo citado en la nota 27; toma la tipología del trabajo de ALABART y otros, *cit.* en nota anterior.

(35) En este sentido FLAQUER coincide con HATTENHAUER. Ver *Conceptos*, cap. VIII *in totum*.

(36) STRANGE, Ebba. Lecture in Barcelona. Curso citado en la nota 27. Inédita.

(37) Sobre este tema existen dos importantes contribuciones de la HARVARD LAW REVIEW. Se trata del trabajo *The Constitution and the Family*, vol. 96, núm. 6, 1980, pp. 1283 y ss. y el titulado *Sexual orientations and the Law*, vol. 102, mayo de 1989, núm 7, *in totum*. Interesan especialmente las opiniones de las pp. 1605 y ss.

que debería legalizarse el matrimonio de parejas del mismo sexo y que existen razones constitucionales, basadas en el derecho a la intimidad y a la igualdad de los ciudadanos, que permiten afirmar que este derecho debe serles reconocido (38). Mientras esta equiparación no se produzca, estos autores consideran que debe reconocerse a las parejas homosexuales la misma protección que a las demás en lo que se refiere a prestaciones de seguridad social, derecho a la vivienda, adopción y reclamaciones por indemnizaciones por daños. Si ello no se reconoce, se producen otros tipos de soluciones, como la adopción de un miembro de la pareja por el otro y otras que proporcionan una inseguridad jurídica no recomendable (39).

Concluyendo, pues, esta parte, hay que decir que nos encontramos con un modelo en plena evolución. No existe **la familia** sino familias, formadas de acuerdo con modelos distintos y que no todas tienen traducción en el mundo jurídico, ya que el derecho sólo contempla, por ahora, la familia formada a través del matrimonio. Es evidente que si tenemos en cuenta la realidad anteriormente descrita (ante la que no cabe cerrar los ojos, porque es una realidad) resulta absolutamente cierta la afirmación de que la familia no es un producto natural, sino cultural (40) y que las diversas culturas (incluyendo aquí también los aspectos económicos), llevan a la creación de un modelo no uniforme, de forma que en una sociedad concreta, en un momento histórico concreto, están presentes diversos tipos de familias y esto es una verdad incontestable. Otra cuestión distinta es si el derecho debe estar en disposición de ofrecer una respuesta a todos y cada uno de estos modelos. Y si esta respuesta debe o no ser uniforme o debe ajustarse a las necesidades y demandas de cada uno de los grupos (41). Estas cuestiones son las que trataré de analizar en los siguientes apartados de este trabajo.

---

(38) Los argumentos que se ofrecen en la H.L.R. pp. 1606 y ss sobre la constitucionalidad del reconocimiento del derecho de los homosexuales a contraer matrimonio son, en resumen, que lo que el matrimonio no es a nivel constitucional es un sistema para la procreación (p. 1608) y que el Estado no puede obligar a los que contraen matrimonio a tener hijos; el derecho a contraer matrimonio derivaría del derecho a la intimidad de que gozan todos los ciudadanos independientemente de su sexo (página 1606) y además es un sistema que proporciona estabilidad social (p. 1607). Así se llega a la conclusión de que incluso si la sociedad americana se niega a cambiar sus actitudes frente a la relación homosexual, el estado debería interpretar las normas de modo que se eliminara su impacto negativo para las parejas de este tipo, especialmente en los temas de pensiones de seguridad social, vivienda, adopción de niños y reclamaciones por daños y perjuicios (pp. 1628-29).

(39) *Sexual orientations, cit.*, p. 1626.

(40) Así, Díez PICAZO, *Familia, cit.*, p. 25.

(41) Díez PICAZO se refiere al tema de la presencia de las normas jurídicas en el ámbito familiar en *Familia, cit.*, pp. 32 y ss. Sobre este tema ver también BARCELONA, *Famiglia, cit.*, 787 y ss., y PIEPOLO en LIPARI, *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*. Laterza. Bari, 1976, pp. 166 y ss.

5. *El Estado y la familia.* Puestas así las cosas y teniendo en cuenta la afirmación según la cual en la actualidad existe un sistema mixto, en el que se combina la asistencia pública y la privada, tal como ya se ha dicho anteriormente, habrá que preguntarse cuál es el sentido de la regulación estatal.

El Estado regula los diversos aspectos de trascendencia pública de una familia en base a las normas de lo que se ha llamado *derecho de familia*. Este es, por tanto, el conjunto de normas, generalmente imperativas, que traducen a la legislación ordinaria, los principios constitucionales que afectan a la familia como tal (42). Si el Estado viene obligado constitucionalmente a «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas» (art. 9.2 CE) y los «poderes públicos» debe asegurar «la protección social, económica y jurídica de la familia» (art. 39.1 CE), resulta evidente que estos poderes públicos (Estado y aquellos que tengan competencias para ello), tienen la obligación de establecer un bloque de normas que regulen los aspectos a que se refieren los artículos 32.2 y 39 CE.

---

(42) Los autores españoles han formulado definiciones diversas de lo que deba entenderse por Derecho de familia, aunque la precisión no sea la característica general. Una definición que podríamos denominar clásica y referida al sistema vigente en la época en que el libro se escribió es la de LACRUZ en *El matrimonio y su economía*. Librería Bosch. Barcelona, 1963, p. 8. El autor después de decir que el legislador se fija en los vínculos que constituyen el grupo familiar y los disciplina, «dando entonces a este grupo natural superestructura jurídica» «y como la comunidad familiar no tiene su raíz en el matrimonio, y la unión conyugal como resultado los hijos, la constitución de la conyugalidad y la paternidad, y las relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges y entre padres e hijos, constituyen el núcleo del Derecho de familia propiamente dicho». Derecho de familia será aquel «que regula las situaciones de cónyuge y pariente en cuanto tales». Años más tarde el propio autor (*Derecho de familia, cit. 15*) describirá los elementos que integran las relaciones de familia de una forma más amplia diciendo que son «la unión permanente entre hombre y mujer reconocida en esa calidad y con plenas consecuencias para el derecho (matrimonio); en cierta y limitada medida, el concubinato; los efectos de la generación (filiación), resultante o no del matrimonio y el concubinato; el vínculo artificial equivalente a la filiación (adopción); finalmente, las cuestiones económicas que tales situaciones plantean». Un discípulo del profesor Lacruz, DELGADO, utilizará una definición autonomista de las normas del derecho de familia al enjuiciar la técnica legislativa utilizada en la reforma del Código civil en 1981, en base a cláusulas generales y entenderá que el Derecho constitucional de familia no tiene un carácter autoritario y que el legislador no puede imponer un modelo de sexualidad, matrimonio y relaciones paterno-filiales. (DELGADO en LACRUZ, SANCHO, LUNA, DELGADO, RIVERO, *El nuevo régimen de la familia*. Civitas. Madrid, 1982, I, p. 167). Finalmente, DIEZ PICAZO y GULLON entienden que el Derecho no regula la totalidad de las relaciones de familia y que «son constitutivas del Derecho de familia las normas de organización de las relaciones familiares básicas y las que resuelven los conflictos de intereses que dentro de esas relaciones se pueden plantear». (*Sistema de Derecho civil*. T. IV. 4.<sup>a</sup> ed. Madrid, 1988, p. 34). Resulta muy interesante el estudio que realiza ROPPO de la progresiva asimilación entre matrimonio y familia y del decantamiento que se produce a favor de las relaciones matrimoniales y de la familia nuclear. Ver *Il giudice nel conflitto coniugale*. Il Mulino, Bologna, 1981, pp. 63-74, especialmente p. 74.

Ahora bien, hay que dejar bien claro diversas cuestiones básicas:

1.º La familia no es un grupo estatal; ello significa que la familia no forma parte de la organización del Estado (43), aunque éste tenga un evidente interés en controlarla.

2.º La familia no tiene en sí misma un valor legal, ni tan solo a nivel constitucional, superior ni distinto del que se atribuye a los individuos que forman parte de ella.

3.º Al utilizar la Constitución un concepto abierto y no primar en ningún momento a la familia matrimonial, debe afirmarse que la protección ofrecida en el artículo 39 CE no puede limitarse a las familias constituidas a partir del matrimonio.

4.º Los criterios básicos a partir de los que los poderes públicos deben regular las cuestiones referidas a la familia, con las normas de derecho de familia están contenidos en la Constitución, básicamente en los artículos 10, 14, 32 y 39.

Las cuestiones enunciadas en los apartados 2, 3 y 4 son de tal naturaleza, que merecen ser estudiados con mayor detenimiento, ya que, en definitiva, constituyen el núcleo de este trabajo.

6. *La familia, ¿grupo autónomo?* Se ha dicho ya que la familia no es grupo especial, ni tiene personalidad; la idea contraria había presidido argumentaciones jurídicas en otro tiempo (44), pero puede decirse que hoy se encuentra absolutamente superada.

La negación de la autonomía del grupo familiar, como independiente de sus miembros se basa en diversos argumentos. A) El artículo 9.2 CE se refiere a la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra; en principio, esta norma podría dar a entender que nos encontramos ante un grupo especialmente tratado por el hecho de que sirve de marco para la integración del individuo en la sociedad. Y ello es así sólo a los efectos de lo que dispone el artículo 39 CE, pero no para reconocerle una personalidad independiente. Esta argumentación aparece en la STC 45/89 que trató los problemas de la constitucionalidad de la declaración de renta conjunta de los cónyuges (45). En el FJ 7, el Tribunal Constitucional,

(43) PIEPOLO en Lipari *cit.* 193.

(44) Pueden consultarse las críticas a esta postura en LACRUZ. *El matrimonio*, *cit.* 9-10 por lo que se refiere al Derecho español y en BARCELLONA. *Voz Famiglia*, *cit.* 783, por lo que se refiere al derecho italiano.

(45) STC 45/89, de 20 de febrero. B.O.E. n.º 52 suplemento, de 2 de marzo de 1989. Ponente Rubio Llorente. Solucionaba la cuestión de inconstitucionalidad 1837/88, sobre determinados preceptos de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, de normas reguladoras del impuesto sobre la renta de las personas físicas. La Corte Constitucional italiana había solucionado de forma parecida al TC español el mismo problema de la acumulación de réditos de los cónyuges en la sentencia 179, de 1976; se llegaba a la conclusión que «perché la disciplina dell'IRPEF risulti conforme alle disposizioni ed ai principi dell'art. 53 Cost. e in armonia con la riforma del diritto di famiglia occorre ribadire l'esigenza che i principi della personalità e della progressività dell'im-

frente al argumento de que la distinción entre sujetos integrado o no en una unidad familiar es la base del sistema contenido en la ley 44/1978, afirma lo siguiente: «el argumento tiene interés como testimonio de la pervivencia de una concepción del impuesto sobre la renta que no se adecua en absoluto a la realidad jurídica presente. En el fondo de esta comparación entre familias parece estar latente la idea de que el sujeto pasivo del impuesto no es el individuo, sino la familia, o, dicho de otro modo, que se trata de un **impuesto de grupo**; sólo a partir de esta idea puede aceptarse como pertinente la comparación entre distintas familias para apreciar la existencia de desigualdades. Esta idea es... históricamente correcta (46)... No cuadra con los propios presupuestos de los que arranca la Ley 44/1978, para la cual, como antes destacábamos, *el único sujeto pasivo posible de un impuesto sobre la renta de las personas físicas es la persona misma*, el individuo (una proclamación formal que encubre una realidad bien distinta), ni con las exigencias que se derivan de nuestra Constitución. No sólo con las que derivan de los principios de igualdad y capacidad económica, referibles sólo a las personas físicas o jurídicas, sino también con los que se deducen del concepto de familia y matrimonio que alienta en los artículos 39 y 32 y que *es incompatible con una concepción de grupo* en la que sólo es *sui iuris* la cabeza y *alieni iuris* todo el resto de sus integrantes, siquiera sea únicamente a efectos fiscales». En consecuencia, el Tribunal Constitucional dirá que «la sujeción conjunta al impuesto de los miembros de la unidad familiar no puede transformar el impuesto sobre las personas físicas en un impuesto de grupo porque esta transformación *infringe el derecho fundamental de cada uno de sus miembros*, como sujetos pasivos del impuesto a contribuir, de acuerdo con sus propia capacidad económica».

Por ello debe afirmarse que los poderes públicos asumen la protección del grupo familiar porque dentro del grupo se cumplen unas necesidades sociales evidentes; pero esta protección no se realiza al grupo familiar en cuanto tal, sino en tanto que permite que los respectivos individuos obtengan la satisfacción de sus intereses individuales.

B) La anterior afirmación liga con una cuestión más importante:

---

posta siano esattamente applicati, che la soggettività passiva dell'imposta sia riconosciuta ad ogni persona fisica con riguardo alla sua capacità contributiva...». Puede consultarse en GRASSI. *La sentenza c.d. «cumulo dei redditi» (ovvero la Corte costituzionale tra opinione pubblica e Parlamento)*. Giurisprudenza costituzionale, 1977, I, pp. 368 y ss.

(46) La STC 45/89 cita como legislación histórica en el FJ7 la regulación del Impuesto General sobre la Renta de las Personas Físicas, (texto refundido aprobado por Decreto 3.358/1967); en esta legislación, «todas las rentas de la familia se acumulaban en la persona que tuviera la administración legal de la sociedad conyugal (art. 14), esto es, generalmente el marido, en tanto que no había deducción alguna por razón de matrimonio, sino **por esposa** (art. 36)».

determinar cuál es la finalidad de la familia en un moderno estado social y democrático de derecho. Dejando de lado aquellas corrientes del pensamiento que identifican familia con matrimonio y que, en consecuencia, consideran que existe una especie de interés supraindividual que protege a la familia por encima de sus miembros (47), creo que resulta consecuencia evidente de lo anteriormente dicho que la Constitución no coloca nunca al grupo familiar en una posición de poder frente a sus componentes. Por esta razón, se proclama la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges (art. 32.1 CE); la no discriminación por razón de filiación (arts. 14 y 39.2 CE); el derecho a ser alimentado por el progenitor, con independencia de la clase de filiación (art. 39.3 CE), etc. Ello significa que en aquellos casos en que pueda producirse un conflicto entre el interés familiar y el interés de alguno de los miembros del grupo prevalece este último, siempre que no esté basado en el puro capricho del individuo reclamante: se trata, en definitiva, del ejercicio de aquellos derechos protegidos constitucionalmente, que son los únicos que pueden prevalecer. Si los intereses en juego no tienen categoría constitucional, debe primar entonces el interés de la familia, ya que en el sistema de que estoy hablando, la familia se estructura de forma instrumental, para facilitar el ejercicio de los derechos fundamentales y la promoción de los principios que aparecen en el artículo 10 CE. Por ello se afirmará que en este sistema, el matrimonio y la familia reciben protección en tanto que aseguran al individuo en el grupo familiar el armónico desarrollo de la personalidad y la garantía de los derechos y deberes que le son inherentes (48).

C) ¿Qué significado tiene entonces, el llamado *interés familiar*? Lo anteriormente dicho puede llevar a formular una pregunta al lector: si lo que se protege es el derecho fundamental de los individuos que forman parte de la familia, entonces ¿qué significado tiene hablar de interés familiar? ¿No resultan contradictorias ambas expresiones? Pienso que esta última pregunta debe ser contestada de forma negativa. La cláusula del interés familiar es una de aquellas cláusulas generales insertas en la última reforma del Código civil (49). Se trata

---

(47) LACRUZ-SANCHO, IV, pp. 49 y ss.; DE LOS MÓZOS, *Persona y comunidad familiar en el derecho español en AAVV Persona e comunità familiare. Atti del convegno di Salerno*. 5-7 de noviembre de 1982, a cura di P. Stanzione. Salerno, 1985. Sobre el concepto de interés de la familia, ver p. 58.

(48) En este sentido, AUTORINO STANZIONE, *Sui rapporti familiari nel vigente ordinamento spagnolo in comparazione con el diritto italiano*. Pubblicazioni della Scuola di Perfezionamento in Diritto civile dell'Università di Camerino, 1984, pp. 41 y ss.; BESSONE, *Commentario cit.* 64; PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984, pp. 557-58; STANZIONE, *Principis constitucionals i dret de familia en l'experiencia espanyola a Canvi social i Dret civil a Catalunya*. Fundació Caixa de Pensions. Barcelona, 1985, p. 96.

(49) DELGADO, *El nuevo régimen cit.* 16-17.

de un sistema diseñado para proteger los intereses generales en el sentido antes dicho, frente a decisiones arbitrarias de alguno de los miembros del grupo. En este sentido, encontramos en la legislación sobre familia, normas positivas que desarrollan el principio de protección contraponiendo el interés familiar al interés individual: el artículo 70 Cc contiene un ejemplo de lo que digo (aunque se trate de una norma de difícil aplicación en la práctica); efectivamente, cuando los cónyuges no estén de acuerdo acerca del lugar en que deben fijar su domicilio, el artículo 70 Cc establece que «resolverá el Juez, teniendo en cuenta el *interés de la familia*». Otras normas responden a la misma finalidad; así, el artículo 165 Cc obliga al hijo sometido a la patria potestad que tiene bienes propios, a contribuir a los gastos que su manutención origina; el artículo 1.318 Cc obliga a los cónyuges a contribuir al sostenimiento de las cargas familiares y permite al Juez tomar las medidas que estime necesarias para asegurar el cumplimiento de este deber, etc. Al mismo principio responden las disposiciones contenidas en los artículos 92, 93 y 94 Cc en reguladoras de los problemas de contribución a los gastos que se originan en las situaciones de separación y divorcio. Pero el interés familiar no impide en ningún caso la disolución del matrimonio por divorcio, puesto que aquí, lo que prima es la protección de los derechos fundamentales de los miembros de una pareja, que pueden sufrir un grave quebranto de mantenerse la situación matrimonial.

La manifestación de que los intereses fundamentales de los individuos del grupo prima sobre la estructura de la familia tradicional se encuentra en determinadas disposiciones que admiten el ejercicio directo de derechos fundamentales, a pesar de que el titular se encuentre sometido a patria potestad o tutela. Así, el artículo 162.2, 1.º Cc exceptúa de la representación de los padres que ejerzan la patria potestad, «los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo»; aplicando esta disposición, el artículo 3.1 LO 1/82, de 5 de mayo establece que el consentimiento que autorice una intromisión en el ámbito de la intimidad de menores e incapaces, «deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten». Finalmente, el artículo 267 Cc establece que la representación del tutor se extiende a todos los actos, excepto «aquellos actos que (el menor o incapaz) pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la Ley, o de la sentencia de incapacitación» (50). En este sentido, podría admitirse el derecho

---

(50) Sobre el tema planteado en el texto puede consultarse, entre otros, GETE-ALONSO, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*. Civitas. Madrid, 1985, pp. 43 y ss; GÓMEZ LAPLAZA, en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*. Tecnos. Madrid, 1986, p. 493; MONTES PENADES, en *Comenta-*



del menor de edad de recibir la educación religiosa que considerara conveniente, ya que cuando el artículo 27.3 CE establece que «los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones», lo que se garantiza es la libertad de los particulares frente al Estado, en virtud de la libertad religiosa proclamada en el artículo 16 CE, pero no se está permitiendo al padre imponer una formación religiosa a los hijos, puesto que permitirlo supondría también un atentado contra la misma libertad proclamada en el artículo 16 CE (51).

Otro aspecto de la misma cuestión aparece en la regulación del matrimonio. Ya se ha dicho antes que un teórico interés familiar no puede obligar a los cónyuges a una convivencia forzada y que, por tanto, son libres de pedir la separación y el divorcio cuando se encuentren en algunas de las circunstancias en que la ley permite hacerlo. Si se examina la regulación del matrimonio, veremos de todos modos, que los derechos fundamentales pueden configurarse de forma distinta si el titular de los mismos está casado: en efecto, el derecho a fijar libremente la propia residencia, admitido en el artículo 19 CE, sufre una limitación cuando se trata de la fijación por ambos cónyuges de su residencia conjunta ya que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 68 Cc, están obligados a vivir juntos. En este caso, si bien no se elimina de forma absoluta la posibilidad de tener domicilios separados, se establece una presunción de coresidencia, porque se entiende que la cohabitación es beneficiosa para la familia creada, en virtud de la protección ofrecida en la propia Constitución.

La conclusión será, pues, la proclamación de la no autonomía del grupo familiar frente a los intereses de sus miembros, de forma que la familia debe ser configurada como un *instrumento* para conseguir las finalidades de promoción previstas en el artículo 10 CE. El interés familiar responde a estos criterios y nunca a la protección de algo supraindividual que se imponga a los derechos de cada uno de

---

rios a las reformas del Derecho de familia cit., T. II, p. 1086. SANCHO REBULLIDA en Lacruz, *Elementos cit.*, pp. 751 y ss. y TORTORICI PASTOR, *Minore età e handicaps psicofisici nel Diritto civile costituzionale spagnolo e italiano*. Tesis doctoral. Facultad de Derecho UB, 1988. Inédita.

(51) El tema es verdaderamente complejo, porque en el artículo 6.1, c) LODE se establece que los alumnos tienen el *derecho básico* «a que respete su libertad de conciencia, así como sus convicciones religiosas y morales de acuerdo con la Constitución», aunque en el artículo 4, c) se reconoce el derecho de los padres y tutores a que «sus hijos o pupilos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones». Creo que la interpretación que corresponde es la que se elige en el texto, puesto que si se permitiera la elección al padre en franca confrontación con la opinión del hijo, cuyas condiciones de madurez permitan ejercer el derecho fundamental a la libertad religiosa por sí mismo, ello produciría una situación de franca confrontación con el artículo 16 CE.

los miembros. En este sentido resulta absolutamente justificada la imperatividad de las normas reguladoras de la familia.

7. *¿Existe una limitación constitucional del tipo de familia a proteger?* En el punto 3.º del apartado 5 de este trabajo decía que no existe un tipo de familia estandarizado constitucionalmente. Con ello pretendía referirme a dos cuestiones siempre tratadas por la doctrina: la primera, que a pesar de que en general se califica a la familia actual como nuclear, es decir, formada por una pareja casada y sus descendientes (52), que constituye una unidad de consumo, ello no significa que la Constitución tome este modelo, como ya se ha tenido ocasión de comprobar. La segunda, que una cosa es el modelo social presente en el momento de redactar las normas constitucionales y otra distinta, que el Estado opte por utilizar las amplias posibilidades constitucionales. Dicho esto, parece oportuno fijar las cuestiones a tratar en este apartado. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 39.1 CE, los poderes públicos deben proteger a la familia; pero ¿qué tipo de familia? Entramos aquí en una discusión interminable por partir de criterios puramente ideológicos: habrá quien entienda que las normas constitucionales sólo pueden referirse a las familias constituidas teniendo como base el matrimonio (53); habrá quien entienda que deben protegerse las familias con independencia de la forma en que hayan estado constituidas (54); habrá, en fin, quien opine que la protección actual se ofrece sólo a las familias constituidas a partir del matrimonio, con independencia de que el Estado puede extenderla (o deba hacerlo) a otros tipos de familias (55). Creo que esta última afirmación es la más coherente con el sistema establecido constitucionalmente y que esta es la postura que parece deducirse de la STC 184/1990, de 15 de noviembre, F.J.4 al tratar de la posibilidad que se regule el derecho a pensión del conviviente no matrimonial. Voy a tratar de justificar las razones de esta postura.

A) Una de las primeras cuestiones que deben plantearse es el *alcance de la autonomía privada en la constitución de tipos de familia sin forma o con formas no reconocidas*. Antes ya he tenido ocasión de afirmar que las normas de derecho de familia son, por regla general, de carácter imperativo, como ha puesto de relieve la STC 120/84 en la que el Tribunal Constitucional afirmaba que en el proceso ma-

(52) Sobre este punto, puede consultarse la bibliografía citada en la nota 25.

(53) Como sostiene, por ejemplo, DE LOS MOZOS, *Persona y comunidad familiar*, cit., 54 y ss. Y LACRUZ-SANCHO en *Elementos cit.*, 580. LACRUZ en su trabajo *convivencia «more uxorio»: Estipulaciones y presunciones*, publicado en *Centenario del Código civil (1889-1898)*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1990. T. I, pp. 1061 y ss., seguía entendiendo que el legislador debe tener en cuenta el favor constitucional de que goza el matrimonio, aunque admitía lo que resulta evidente y es que las uniones extramatrimoniales son legales (ver pp. 1062-1063).

(54) Así, CERDA, *La situación cit.*, 635; ESTRADA ALONSO, *Las uniones extramatrimoniales*, cit., 102; PANTALEON, *¿Derechos sucesorios? cit.*, 180.

(55) DIEZ PICAZO, *Familia*, cit. 40.

trimonial, «se dan elementos no dispositivos, sino de *ius cogens*, precisamente por derivar y ser un instrumento al servicio del derecho de familia» (56).

Esta imperatividad rige también en las formas de constitución de la familia en el sentido de que la normativa aplicable en cada caso dependerá de la forma de constitución. Se ha dicho antes que el Estado tiene interés en conocer los grupos constituidos como familia a fin y efecto de poder controlar los sujetos de la protección que debe ofrecer, de acuerdo con el artículo 39 CE. Si decimos, sin embargo que no existe un modelo jurídico de familia, sino que el Derecho se limita a aceptar aquél o aquéllos que le vienen dados culturalmente por los hábitos de una concreta sociedad (57), deberíamos concluir que en cualquier caso debería resultar indiferente la forma de constitución de la familia y que cualquiera que fuera ésta, debería gozar de la protección de los poderes públicos. Esta es una cuestión tratada por diversas resoluciones del Tribunal Constitucional, que creo interesante traer a colación.

La cuestión se planteó a partir de los autos de inadmisión a trámite de recurso de amparo basados en la lesión del principio de igualdad. El primero de ellos fue el 156/87, que resolvía la pretensión de interponer un recurso de amparo frente a la sentencia de 15 de julio de 1986, de la Sala 5.<sup>a</sup> del TS, que denegaba una pensión de viudedad a una mujer que había convivido durante 47 años con un coronel del ejército, que había fallecido estando pendiente una sentencia de nulidad canónica en relación al matrimonio contraído por el mencionado coronel. Se alegaba lesión del artículo 14 CE, porque limitar la pensión de viudedad a los casos de uniones matrimoniales «supone una discriminación para las uniones extramatrimoniales, la cual (la discriminación, se entiende), se encuentra vedada por el artículo 14 CE al prohibir cualquier discriminación basada en una circunstancia social». La Sala 1.<sup>a</sup> del TC rechazó admitir a trámite el

---

(56) En contra de la opinión sobre el papel preponderante de la autonomía de la voluntad en el derecho de familia después de la reforma de 1981. Ver, en este sentido, DELGADO, en *El nuevo derecho*, cit., 16; Díez PICAZO, *La figura del convenio regulador en el marco del negocio jurídico familiar y de los principios constitucionales del derecho de familia* en *Familia y derecho* cit., 87 y ss y LÓPEZ BERNIOL, *Concepto, naturaleza y contenido del convenio regulador de las relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales* en *Convenios reguladores de las crisis matrimoniales*. DIF. Pamplona, 1984, p. 47.

(57) Esta parece ser hoy una opinión común entre los autores españoles, si bien desde puntos de vista distintos. Así Díez PICAZO en *Familia*, 25, afirma que «la familia no es una institución natural sino que es un producto evidentemente cultural». En cambio, DE LOS MOZOS, *Persona*, cit., 53, y refiriéndose a «la conciencia social española», afirma que «parece evidente que la familia aparece como una *institución natural*, anterior al Estado y al Derecho...». Y LACRUZ, aun partiendo de su rechazo por las uniones libres, decide estudiarlas porque la realidad social de nuestro país aconseja incluirlas en los estudios sobre derecho de familia. (*Elementos*, cit., 7).

mencionado recurso, con los siguientes razonamientos: «el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes, siendo posible, por ello, que el legislador dentro de su amplísima libertad de decisión, deduzca razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida, y ello también respecto a las pensiones de viudedad...»; se añadía que «la libertad de opción entre el estado civil de casado o el de soltero es uno de los derechos fundamentales más íntimamente vinculados al libre desarrollo de la personalidad, considerado por la Constitución fundamento del orden público y de la paz social (art. 10.1 CE). Este derecho o libertad fundamental es un derecho en sí mismo considerado, reconocido por el artículo 32.1 CE tanto en sentido positivo como negativo, de tal modo que el Estado no puede imponer un determinado estado civil. En cuanto derecho fundamental autónomo, no necesita ser subsumido en ningún otro derecho fundamental, en particular en el derecho a la libertad ideológica, con el que sólo muestra delimitados puntos de contacto. Pero aún admitiendo esta subsunción de la «libertad negativa» al matrimonio en el artículo 16.1 CE a efectos de su amparo constitucional, parece claro que nada tiene que ver este derecho con la percepción de una pensión de viudedad o dicho de otro modo, *el contenido del derecho a no contraer matrimonio no incluye el derecho a un sistema estatal de previsión social que cubra el riesgo del fallecimiento de una de las partes integrantes de las uniones de hecho*».

En el auto 788/87, al misma Sala 1.<sup>a</sup> decidía un supuesto semejante, en este caso, por reclamación de una pensión de viudedad del régimen de la Seguridad Social. La Sala se remitía a los argumentos del auto 156/87, ya citado y, en consecuencia, no admitió a trámite el recurso.

En la STC 260/88 (58), se admitió el recurso y, en consecuencia, se anuló la sentencia de una resolución del Consejo Supremo de Justicia Militar, que denegaba una pensión de viudedad a una mujer que vivía maritalmente con un militar, separado legalmente de su esposa y que habiendo iniciado los trámites para obtener el divorcio, falleció antes de que hubiera sido dictada la sentencia. La interesada entendió aplicable la disposición adicional de la Ley 30/81, de modificación del Código civil y, al no serle reconocido este derecho, interpuso recurso de amparo, alegando desigualdad en la aplicación de la Ley. El TC consideró que «la imposibilidad por impedimento legal de contraer nuevas nupcias (es) lo que constituye la base de la protección dispensada por el legislador a través de la norma en cuestión» y por ello, «es evidente que cuando el fallecimiento ocurre antes de entrar en vigor la Ley de Reforma, la inexistencia del divorcio determina la imposibilidad de contraer nuevo matrimonio, por lo que, una

---

(58) STC 260/1988, de 22 de diciembre. Ponente, Gloria Begué. B.O.E. de 23 de enero de 1989.

vez acreditada la convivencia, ha de apreciarse la existencia del referido impedimento legal», cosa que no sucede cuando el fallecimiento se produce después de haber entrado en vigor la normativa de 1981, que permite el divorcio. Ahora bien, «no puede ignorarse que la transformación de la unión de hecho en vínculo matrimonial requiere unos trámites procedimentales que se prolongan en el tiempo, hasta la obtención de la resolución judicial del divorcio necesario para la celebración del matrimonio». En consecuencia, «con independencia de la fecha de fallecimiento y cumplidos los restantes requisitos establecidos en la norma, la igualdad de los supuestos de hecho —en los que la persistencia de la unión extramatrimonial tiene una causa: la imposibilidad de celebrar un nuevo matrimonio— exige un tratamiento legal que anude a ellos las mismas consecuencias jurídicas, con el fin de dar cumplimiento al derecho consagrado en el artículo 14 CE. O dicho de otro modo, una interpretación de la norma controvertida acorde con el derecho a la igualdad reconocido en el referido precepto constitucional exige la inclusión en el ámbito de aplicación de la misma de supuestos como el ahora examinado.»

Recientemente, la STC 184/1990, de 15 de noviembre, ha confirmado la anterior doctrina, en un supuesto de reclamación de pensión de viudedad por una mujer que no había contraído nunca matrimonio con el difunto. El TC deja de lado el análisis de la cuestión relacionada con el hecho de si el artículo 39 CE debe alcanzar no a las parejas de hecho, aunque considera que «no serán necesariamente incompatibles con el artículo 39.1 CE aquellas medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio...». Dejando de lado esta cuestión y citando algunas de las resoluciones aludidas ya en este trabajo, en el F.J. 3, el TC argumenta del siguiente modo: «Es claro que en la Constitución española de 1976 el matrimonio y la convivencia matrimonial *no son realidades equivalentes* (sub. mío). El matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1), cuyo régimen jurídico corresponde a la Ley por mandato constitucional. Nada de ello ocurre con la unión de hecho *more uxorio*, que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento. El vínculo matrimonial genera *ope legis* en la mujer y el marido una pluralidad de derechos y deberes que no se produce de modo jurídicamente necesario en el hombre y la mujer que mantienen una unidad de convivencia estable no basada en el matrimonio. En consecuencia, siendo el derecho a contraer matrimonio un derecho constitucional, cabe concluir que el legislador puede en principio establecer diferencias de t́acito entre la unión matrimonial y la puramente fáctica y que, en concreto, la diferencia de trato en la pensión de viudedad entre los cónyuges y quienes convivan de hecho sin que nada les impida con-

traer matrimonio no es arbitraria o carente de fundamento... Además... la propia coherencia con la decisión libremente adoptada en la unión de hecho de excluir la relación matrimonial y los derechos y deberes que de la misma dimanar, abundan en la consideración de que no pueda entenderse caprichoso o irrazonable que el legislador no incluya a los unidos por vía de hecho una pensión como la de viudedad que ha sido prevista en función de la existencia de un vínculo matrimonial entre causante y beneficiario».

A pesar de ello, se añade que «es cierto también que el legislador podría extender a las uniones de hecho, al menos en determinadas condiciones, los beneficios de la pensión de viudedad. Extensión que en modo alguno resulta vedada por el artículo 14 ni encontraría obstáculos en los artículos 32, 39... La opción de requerir la existencia de previo vínculo matrimonial para tener derecho a la pensión de supervivencia no es la única constitucionalmente posible y «el hecho de que en la actualidad no lo haya hecho así no lesiona en sí mismo el artículo 14 CE ni tampoco en su conexión con el artículo 38.1 del propio texto constitucional» (58 bis).

De todo lo dicho hasta aquí, se deduce que para el Tribunal Constitucional una cosa es que la protección deba proporcionarse de forma igual para las familias y otra que para constituir una familia que goce de los derechos actualmente reconocidos en el ordenamiento jurídico sea necesario utilizar la forma de constitución prevista legalmente, es decir, el matrimonio (59). De donde se deduce que en el actual sistema, el matrimonio es una forma necesaria para gozar de la protección acordada (60) y, en consecuencia, que no existe autonomía para la constitución de un vínculo que goce de protección. Seguramente, sin embargo, los poderes públicos no cumplen el deber constitucional del artículo 39 CE al adoptar esta solución. Sin embargo,

---

(58 bis) STC 184/1990, de 15 de noviembre. Ponente, Leguina «B.O.E.» 3 diciembre 1990. Véanse los votos particulares de Gimeno Sendra y López Guerra.

(59) En este sentido, DIEZ PICAZO, *Familia*, 29 y también LACRUZ, *Convivencia «more uxorio»* cit., 1.062.

(60) En un sentido parecido al que se expone en el texto, se pronunció la sentencia de la Corte Costituzionale italiana, de 18-26 de mayo de 1989, n.º 310. *Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana* 31 de mayo de 1989. Ponente L. Mengoni. En ella se pedía la inconstitucionalidad de los artículos 565, 582 y 540 del Cit, por entender que al llamar como sucesor intestado al cónyuge y excluir al conviviente *more uxorio*, se atentaba al principio de igualdad. En esta sentencia, reconociendo la dignidad de las relaciones de convivencia no basada en el matrimonio, se declaraba que el reconocimiento de la convivencia de este tipo como título de vocación legítima «contrasterebbe con le ragioni di diritto successorio» y porque las consecuencias que provocaría entre los convivientes «Non solo l'obbligazione alimentare, ma anche qualcosa di simile all'obbligo di fedeltà», contradirían abiertamente «alla stessa natura della convivenza, che è un rapporto di fatto per definizione rifuggente da qualificazioni giuridiche di diritti e obblighi reciproci». Por otra parte, se entiende que el derecho a suceder no es uno de los fundamentales del hombre y que el legislador tiene posibilidades de configurarlo como crea más conveniente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 Constit.

esta situación no puede predicarse de todos los elementos de lo que podríamos denominar *familia* en sentido amplio, puesto que la necesidad de matrimonio no se requiere cuando se trata de proteger la filiación. Por tanto, la distinción entre matrimonio y familia es muy importante, porque pueden existir relaciones de familia, reguladas por el derecho, sin matrimonio (61). Entonces los criterios de protección no son únicamente la familia, sino los intereses más dignos de esa protección, es decir, los intereses más débiles.

B) *¿Cuál es el estatus de una familia constituida en forma no típica?* Como ya he dicho al iniciar este apartado, en esta cuestión intervienen ideologías diversas que hacen que el intérprete se incline por una u otra postura, seguramente en razón de su propia ideología y no a través de argumentos formales. Existen autores que se inclinan por considerar ilícita la relación constituida en forma no matrimonial (62) y otros que entienden que la libertad de los individuos implica la no sujeción a las formas y, por tanto, reconocen que la familia puede constituirse con la simple voluntad de los interesados en base a que la relación de pareja, fundamental al parecer para la constitución de una familia, aparecerá bien constituida sea cual sea la forma por la que se opte (63). Ello podría enlazar con un argumento interesante: si se considera que el matrimonio es un contrato y que todas las relaciones derivadas del mismo tienen naturaleza contractual, se puede admitir la posibilidad de que no tenga forma, porque tampoco ésta se exige para la validez y eficacia del contrato (64). Aplicaríamos entonces el mismo argumento que da lugar a la disposición del artículo 1.278 Cc. De todas maneras estas consideraciones son, a mi modo de ver, excesivamente radicales. En la actualidad es necesario distinguir entre dos tipos de relaciones que se producen en el seno de una familia y no me refiero al concepto amplio, sino a las relaciones que están presentes en el artículo 39 CE. En cualquier tipo de familia aparecen dos sistemas de relaciones, en las que la diferencia de tratamiento legal es evidente y está justificada por lo que después diré: las que podríamos denominar *verticales o jerárquicas*, es decir, aquellas que se producen entre los progenitores y los hijos y entre éstos

---

(61) ROPPO, *Il giudice* cit., 68.

(62) Véase el resumen de ESTRADA ALONSO sobre las distintas doctrinas que consideran ilícitos los pactos de constitución de una familia de hecho en *Las uniones extramatrimoniales* cit., cap. IV, *in totum*.

(63) Entre los autores que admiten directamente la eficacia de la unión libre se pueden citar CERDA GIMENO, *La situación* cit., 635 y FOSAR BENLLOC, *La Constitución española*, cit. 932 y ss.

(64) HATTENHAUER, *Conceptos*, cit. 137, alude a la teoría contractual sobre el matrimonio que constituyó una reacción contra su configuración como sacramento en el Concilio de Trento. Esta teoría se inicia por Hobbes y se consagra por Christian Wolff. HATTENHAUER añade (p. 138) que «al despojar el racionalismo y la Ilustración el matrimonio de todo ropaje religioso remitiéndolo exclusivamente a la voluntad de los cónyuges contratantes, opusieron la teoría contractual a la teoría sacramental».

y los parientes de sus padres: en este caso, la autonomía de la voluntad en la configuración de la relación no existe. Por esta razón, el artículo 39 CE establece unas obligaciones fijas e inamovibles que más tarde ser recogerán en las disposiciones del Código civil y más concretamente, en los artículos 92.1 y 154 Cc, básicamente. En este tipo de relaciones, las diversas normas que las configuran prescinden de que exista o no matrimonio y el ordenamiento jurídico establece normas sobre filiación y parentesco con independencia del origen matrimonial o no de la relación. Un buen ejemplo de ello lo proporciona el artículo 155 Cc.

Junto a este tipo de relaciones, podríamos incluir las *horizontales o igualitarias*, es decir, las que afectan a la pareja, como ocurre en el régimen económico matrimonial; aquí ya no nos encontramos ante un sistema rígido, porque no tienen como finalidad la protección de intereses sin representación (el caso claro de los párrafos 2, 3 y 4 del artículo 39 CE), sino que afecta a personas mayores de edad que toman una determinación, la de no contraer matrimonio. En este punto, la normativa a aplicar será la que deriva de la forma constitutiva de la unión. En coherencia con este planteamiento es por lo que se ha afirmado en el párrafo anterior que solamente el matrimonio produce los efectos que la ley atribuye al mismo y que, en este sentido y sólo en éste, la forma es constitutiva. Por ello se afirma que en las legislaciones que admiten el divorcio, la constitución de una familia sin utilizar el recurso al matrimonio responde a una elección de los interesados que el ordenamiento jurídico debe respetar (65) y, por tanto, los poderes públicos deberían acordar una forma de protección, en virtud de la obligación que aparece en el artículo 39.1 CE, pero lo que no puede ocurrir es que se exija la plena equiparación con las parejas matrimoniales, puesto que someterlas a la misma normativa que a las matrimoniales significaría una imposición ideológica que vulneraría los derechos de los propios interesados.

Por tanto, hay que concluir sobre este tema que los dos aspectos de la familia, la filiación y las relaciones de pareja, están sometidos a regulaciones distintas o con distintas finalidades: en materia de filiación rige el principio absoluto de la igualdad (art. 14 CE) y de protección del interés más débil y en materia de pareja, rige un principio de libertad, con regulaciones diversas. Como dice ROPPO, el problema de las uniones libres es el de la relación entre la disciplina y efectos del matrimonio legal y la disciplina y efectos de la convivencia no legalizada (66). Por mi parte, añadiría que si se pretende que el Tribunal Constitucional equipare ambas situaciones, nos hallaría-

(65) ROPPO, *Il giudice*, cit. 254 y ss. En este mismo sentido puede consultarse **Harv L. R.** cit., 1980, 1.289 y ss. En el mismo sentido y recogiendo quizá estas interpretaciones, la sentencia del Tribunal constitucional italiano, citada en la nota 60 y la del TC citado en la nota 58 bis.

(66) ROPPO, *Il giudice* cit. 205.



mos ante un supuesto de discriminación, porque se trata de supuestos distintos (67). Por tanto, el estatus de cada tipo de familia, a este nivel, debe responder a la forma de su constitución, aunque, repito, los poderes públicos deben ofrecer un régimen a la formada sin matrimonio, porque como ya se ha señalado, responde a un tipo de familia culturalmente asumido en nuestra sociedad.

No se puede argumentar en este tema diciendo que una conclusión de este tipo vulnera la libertad ideológica de los individuos y que se propugna una intervención del poder público en las formas de constitución de las familias que resulta intolerable en el actual sistema. Creo que precisamente, la única forma de salvaguardar esta libertad es regular las cosas distintas de formas distintas (68). Otra cosa distinta es que la situación de hecho produzca efectos perjudiciales para quienes optan por ella, como que ocasionara la pérdida de un derecho adquirido o de una expectativa o que se incurriera en supuestos de ilicitud. Esto sería intolerable (69).

C) *¿Atribuye el derecho algunos efectos a las situaciones de hecho?* Me voy a limitar en este apartado a tratar los problemas relacionados con parejas de hecho y no trataré el tema de la filiación, por tener una regulación muy concreta, ya conocida y poco proclive a disquisiciones (70).

a) *Disposiciones legales que aluden a la convivencia no matrimonial.* En el Código civil y después de la reforma de 1981, se alude a situaciones de convivencia de hecho, atribuyéndole una u otra relevancia jurídica: en el caso del artículo 101.1 Cc se establece que el derecho a pensión compensatoria se pierde por «vivir maritalmente (el acreedor, se entiende), con otra persona» y en el artículo 156.5 Cc se establecen normas para distribuir el ejercicio de la patria potestad en los casos en que «los padres viven separados», lo que significa, sólo las separaciones de hecho, sino que también incluye los casos de progenitores no casados que no vivan juntos. En el primer caso,

---

(67) El TC ha señalado que «no es contraria el artículo 14 CE la existencia de regímenes jurídicos distintos...» (STC 56/1988, de 24 de marzo, véanse también las SSTC 170/1988, de 29 de septiembre y 33/1989, de 13 de febrero, entre otras sobre la misma cuestión).

(68) En este sentido se manifestó PANTALEON en al conferencia pronunciada en el curso citado en la nota 27. Inédita. Véase asimismo la ya citada STC 184/1990, F.J. 3.

(69) ROPPO, *Il giudice cit.* 227 y ss.

(70) Sólo porque me parece muy significativa, creo oportuno citar aquí la consulta de 2 de abril de 1987, n.º 2/87 (Fiscalía general del Estado), publicada en el Boletín Informativo del Ministerio de Justicia. En ella se trata el tema de si en los procedimientos que se siguen para liquidar situaciones familiares de hecho, debe intervenir el Ministerio Fiscal si se encuentran afectadas situaciones relativas a patria potestad. La respuesta es afirmativa, porque se entiende que esta intervención no tiene como base la preexistencia de un matrimonio, sino la existencia de hijos menores de edad y esta intervención está prevista en todos los procesos relativos al estado civil en las personas.

no se puede considerár que exista una contradicción con lo que antes he dicho sobre la necesidad de no tratar a las parejas de hecho de forma peor que a las constituidas con matrimonio, porque la consecuencia de la pérdida de la pensión es la misma para el acreedor que contrae nuevo matrimonio.

La disposición adicional 3.<sup>a</sup> de la Ley 21/87, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código civil en materia de adopción establece que «las referencias de esta Ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor, serán también aplicables al *hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal*». Esta disposición, muy criticada por el lugar en que se inserta —una disposición adicional— (71), introduce la posibilidad de adopción por parejas no casada, excluyendo en todo caso, las parejas homosexuales.

La Ley 35/88, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida permite que se utilicen tanto por parejas casadas como no casadas, en la línea de las recomendaciones europeas sobre la materia. Así se deduce de lo dispuesto en los artículos 6 y 8.2 de la mencionada ley (72).

Además, el artículo 11 CP asimila la convivencia no matrimonial a la matrimonial a los efectos de agravar la responsabilidad por el delito, cuando el agraviado «es persona a quien se halle ligado, de forma permanente o por análoga relación de efectividad». Por su parte, el artículo 18 CP exime de responsabilidad penal al encubridor que lo sea «de persona a quien se hallen ligados por análoga relación de afectividad».

El artículo 391 LOPJ establece que no podrán pertenecer simultáneamente a una misma Sala, «los magistrados que estuvieren unidos por *vínculo matrimonial o situación de hecho equivalente*».

En el Derecho civil catalán, con una larga tradición por lo que respecta a reconocer efectos a las situaciones de hecho (73), se equipara la convivencia matrimonial al matrimonio en los artículos 25 CDC, por lo que respecta a la pérdida del *any de plor*; 152.2 CDC,

(71) Ver, entre otros, FELIU, *Comentarios a la Ley de adopción*. Tecnos. Madrid, 1989, páginas 128 y ss.

(72) Opción fuertemente criticada por PANTALEON en *Contra la Ley de técnicas de reproducción asistida. Jueces para la democracia*, n.º 5, diciembre de 1988, p. 23. Los precedentes de esta norma se pueden encontrar en el *Informe de la Comisión especial de estudio de la fecundación «in vitro» y la inseminación artificial humanas*. Congreso de los Diputados, 1987, 42 y recomendaciones 100-103, y en el Rapport de la reunión del Grupo de trabajo del Comité de expertos del Consejo de Europa sobre el progreso de las ciencias bio-médicas (CAHBI), 1987.

(73) Se habían admitido ciertos efectos de la separación de hecho en la pérdida de la cuarta marital. Ver FAUS ESTEVE *La vida licenciosa del cónyuge viudo y sus consecuencias*, A.A.M.N. (1959), pp. 387 y ss.

en relación a la pérdida de la cuarta viudal y 11.4 de la ley 9/78, de 25 de mayo, de sucesión intestada, de la Generalitat de Catalunya (74).

Finalmente, un supuesto «espectacular» de reconocimiento de efectos de convivencia de hecho se produce en la disposición adicional 10.2.<sup>a</sup> de la Ley 30/81, de 7 de julio, por la que se introduce el divorcio como forma de disolución del matrimonio. En esta disposición se dice textualmente que «quienes no hubieran podido contraer matrimonio por impedírselo la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tal acaecido el fallecimiento de uno de ellos con anterioridad a la vigencia de esta Ley, el otro tendrá derecho a los beneficios a que se hace referencia en el apartado primero (Seguridad Social) de esta disposición y a la pensión correspondiente...». Recuérdese que la discusión sobre la aplicación de esta norma dio lugar a los autos del TC ya estudiados y a las SSTC 260/88 y 184/90, también aludidas (75).

De todo lo anterior se deduce que no es cierto que los poderes públicos desconozcan absolutamente la situación de la convivencia de hecho; en la mayoría de los casos, además, asimilándolos a los casados. Por tanto, las discusiones sobre la falta de protección deben colocarse en otros ámbitos, concretamente, el reconocimiento de derechos sucesorios recíprocos y de las prestaciones de la seguridad social.

b) *Resoluciones jurisprudenciales.* Los Tribunales han tenido ocasión de pronunciarse sobre aspectos concretos de las relaciones de hecho, que intentaré sistematizar.

— *La cuestión de régimen económico matrimonial.* La sentencia paradigmática es la de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 21 de abril de 1986 (76). En ella se estudiaba la licitud de un convenio que se afirmaba existía entre los dos convivientes, en virtud del que acordaban someter sus relaciones patrimoniales, al régimen de gananciales. Probada la existencia del convenio, la Audiencia acabó afirmando que «el contrato objeto de la litis no sólo es lícito, sino ciertamente encomiable, dado que la finalidad del mismo no es otra que la voluntaria ordenación de los medios económicos al cumplimiento de los sagrados e ineludibles deberes que la institución familiar impone y cuyo reconocimiento, respeto y protección ha de informar la práctica judicial», añadiendo que este acuerdo, «no sólo obliga a las partes que en él intervinieron, sino también a quienes son sus herederos universales». Pero no es ésta la única sentencia de las Audiencias

---

(74) Ver PUIG FERRIOL-ROCA TRIAS, *Institucions del Dret civil de Catalunya*. 2.<sup>a</sup> ed. Barcelona, 1988, p. 692.

(75) Véase el comentario de DESDENTADO BONETE y TEJERINA ALONSO en *Comentarios a las reformas cit.*, II, 2.088 y ss.

(76) Se cita el comentario de PANTALEON en *Poder Judicial, La autorregulación de la unión libre* (n.º 4, 1986, pp. 119 y ss).

territoriales o provinciales en las que se trata el tema; la sentencia de la Sala 1.<sup>a</sup> de la Audiencia Territorial de Valencia, de 3 de junio de 1987, resolvía un supuesto de dos personas que habían vivido juntas, sin contraer matrimonio, desde 1942 a 1985 y al cesar la convivencia, la mujer demandaba la mitad de los depósitos bancarios de ambos, por entender que eran el fruto de los ahorros, conseguidos durante este tiempo con el trabajo en común. La Audiencia entiende que, apareciendo probado que la unión en cuestión constituía una convivencia de hecho, declaraba que «El Derecho no puede desentenderse de uniones como la habida entre las partes, que en modo alguno pueden compararse a uniones circunstanciales u ocasionales... *Ciertamente, el Código civil no regula los efectos de uniones como la examinada, pero ello no impide dar trascendencia y reconocer las consecuencias propias a la unión mantenida por los litigantes que sean acordes con la naturaleza de la misma*». Consecuencia de esto, utiliza el razonamiento analógico y aplica las normas de «un supuesto de hecho semejante, el matrimonio» y añade que «comoquiera que las partes no pactaron nada sobre el régimen de bienes que iban adquiriendo en el curso de la convivencia, ha de concluirse que debe aplicarse el régimen de la sociedad de gananciales». Otro supuesto importante en el planteamiento de estas cuestiones es la sentencia de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca, de 1 de junio de 1987. En esta sentencia se admite directamente la necesidad de reconocer «derechos de índole patrimonial a la parte que al extinguirse aquella (convivencia *more uxorio*), resulte más desfavorecida si, apreciando caso por caso la realidad de la relación mantenida entre los convivientes, el modo en que organizó la vida en común, las aportaciones verificadas por cada cual para su sostenimiento, el reparto de cargas y la distribución de los beneficios obtenidos, se infiere la existencia de un convenio implícito de asociación y mutua ayuda con prestación recíproca de bienes y servicios de cara al logro del mismo fin de vivir en pareja». Sin embargo, la Audiencia rechaza la demanda por considerar que para que este efecto se produzca, «es necesario que la comunidad de vida sea pública y notoria, por comportarse los convivientes en las relaciones sociales y frente al exterior como marido y mujer, creando la apariencia de verdadero matrimonio» y como estas circunstancias no se habían producido, negaba el derecho a reclamar los bienes que se reclamaban (77).

La Audiencia Territorial de Barcelona ha negado la posibilidad de tratar la liquidación de estas situaciones por analogía con las re-

---

(77) La sentencia de 1 de junio de 1987, de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca está publicada en la **RGD**, 1988, I, p. 635. La de 3 de junio de 1987, de la Sala primera de la Audiencia Territorial de Valencia, en la propia **RGD**, 1987, p. 5131. Véase el comentario sobre las sentencias de Córdoba y Valencia en **LACRUZ**. **La convivencia «more uxorio»** cit. 1.065. Véanse los otros supuestos allí estudiados.

glas de la sociedad universal de ganancias en dos recientes sentencias. La de la Sala 3.<sup>a</sup>, de 21 de noviembre de 1988 declaraba que «no cabe equiparar la relación matrimonial de los convivientes con una comunidad conyugal de forma que sea susceptible de tratamiento unitario las relaciones jurídicas diversas que se generan, puesto que de la comunidad de vida que se crea, de la parcial confusión de los respectivos patrimonios, de la unidad de administración de los recursos precisos para atender los gastos comunes, del ejercicio por parte de la mujer de la llamada potestad doméstica y de su colaboración temporal en la empresa del varón, no resulta la existencia de la *affectio societatis* esencial del contrato de sociedad y que posibilite una liquidación global. En consecuencia, *los conflictos de carácter patrimonial que puedan surgir en pareja no casada habrán de resolverse conforme a las reglas aplicables a la relación jurídica conflictiva*». La sentencia de la sección 1.<sup>a</sup> de la Audiencia de Barcelona, de 15 febrero de 1989, resolvía la cuestión de la misma forma: se trataba también de un supuesto de convivencia no matrimonial, en el que la mujer demandaba al varón pidiéndole la mitad de lo adquirido constante la convivencia, por entender que se había constituido entre ellos una sociedad universal de ganancias; la Audiencia negó la pretensión de la actora, por entender que «la estructura jurídica societaria no puede deducirse, a falta de pacto expreso y de modo general, en las uniones de hecho extramatrimoniales» y añadía que «cuestión distinta y no planteada hubiera sido una petición articulada sobre los posibles daños y perjuicios sufridos por la convivencia mantenida, como lucro cesante, o la consideración a su favor de una obligación natural que ampliase su pretensión», cuestión no planteada y, por tanto, no resuelta por la Audiencia, por el principio de congruencia (78).

En todas estas sentencias existe un interesante dato en común: la no cuestión acerca de la licitud de los convenios en situaciones de convivencia extramatrimonial (79). A mi modo de ver, este dato resulta incluso más importante que el del reconocimiento de los derechos económicos, puesto que es el presupuesto para llegar a este resultado (80). Ello significa la toma de conciencia de la asunción de esta forma dentro de la cultura jurídica familiar de la sociedad española.

— *Las indemnizaciones por causa de muerte*. La jurisprudencia civil no se ha ocupado en general de este supuesto. La más importan-

---

(78) La sentencia de la A.T. Barcelona de 21 de noviembre de 1988 puede consultarse en **RGD**, 1989, p. 1480. La de 15 de febrero de 1989, en **RJC**, sección jurisprudencia, n.º 3, 1989, pp. 610-611.

(79) Así lo pone de relieve PANTALEON, *La autorregulación*, p. 158. También LA-CRUZ en *La convivencia «more uxorio»* cit. 1.063.

(80) Así PANTALEON, *¿Derechos sucesorios...?* cit. 158.

te sentencia fue pronunciada por la Sala 2.<sup>a</sup> del TS en 19 mayo de 1969 (81), que denegaba la indemnización por daños y perjuicios consecuencia de un accidente a la esposa y la reconocía a una mujer de la que tenía dos hijas. PANTALEON cita la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 12 de enero de 1976, que concedía la indemnización por causa de muerte al compañero de la víctima y no a su marido, alegando que teniendo en cuenta que los tribunales no juzgan conductas morales, sino que se limitan a determinar si existen o no daños y perjuicios y «estos perjuicios no pueden tener base en relaciones familiares legales, sino que por el contrario lo pueden y deben ser en relaciones de afección, de sentimiento, de cariño, de convivencia, etc... Sostener otro criterio nos llevaría al absurdo de privar de un derecho (indemnización) a quien verdaderamente siente la muerte de un ser querido ya que este amor y perjuicio puede nacer no sólo de relaciones matrimoniales lícitas, sino también ilícitas, por ello, el matrimonio de la víctima con otro hombre no puede ni debe honrar el derecho a ser indemnizado...». Se trata, sin embargo, de resoluciones esporádicas y no puede decirse que exista una doctrina uniforme sobre esta cuestión.

— *Normativa de seguridad social en las prestaciones por causa de muerte.* La jurisprudencia laboral (82) ha reiterado la negativa a admitir la posibilidad de que un miembro no casado de una pareja tuviera derecho a reclamar ningún tipo de prestaciones de la seguridad social, sea ésta del tipo que sea (83). Algunas de estas sentencias han dado pie a resoluciones del TC que se han comentado.

— *Subgración en el derecho arrendaticio.* Esta es una cuestión

---

(81) Sobre el reconocimiento del derecho a indemnización al compañero o compañera del fallecido en un accidente, véase, además del citado PANTALEON, ESPIN CANOVAS, *Ponencia en Congreso Hispano-Americano*, cit. 30 y ss. Se plantea la necesidad de indemnizar por ruptura de la convivencia no matrimonial LACRUZ en *Elementos*, página 23. De todas formas, no es este el tema que me ocupa en el texto.

(82) Véanse las sentencias citadas por PANTALEON en *¿Derechos sucesorios...?*, páginas 166-167 y la crítica que de algunos planteamientos de las mismas realiza en p. 167. De todos modos, MERINO (*Las uniones libres y su perspectiva actual [las parejas no casadas]* *La Ley*, n.º 1916, marzo de 1988, 3) cita la resolución de la Secretaría general de la Seguridad Social, de 29 de diciembre de 1984, en la que se acuerda «dispensar, con carácter excepcional, la asistencia sanitaria a aquél, que sin ser conyuge, vive maritalmente con el titular del derecho, así como a los hijos de aquél si conviven con ambos».

(83) La mayoría de las sentencias del Tribunal Central de Trabajo (TCT) sobre el problema de la pensión de viudedad se refieren al supuesto planteado por la disposición adicional 10 de la Ley 30/1981, de 7 de julio. Sin embargo, en otros casos en los que no se cumplían los requisitos exigidos en la mencionada disposición adicional para que pudiera aplicarse, se ha negado la posibilidad de que el conviviente tuviese derecho a reclamar la pensión. Véanse, por ejemplo, las sentencias de 1 de septiembre de 1986 (Sala 4.ª TCT); 5. de octubre de 1987 (Sala 6.ª TCT) y 19 de abril de 1988 (Sala 4.ª TCT). Sobre este tema, puede consultarse VALLADARES, *El derecho a la pensión de viudedad del compañero no matrimonial.* *La Ley*, 1986, T. 1, pp. 559 y ss.

que pone en Italia sobre el tapete el problema de la convivencia *more uxorio* (84). Existe una tendencia a no incluir la familia de hecho en el contrato arrendaticio y subrogar al conviviente en los derechos del arrendatario, partiendo de unas primeras consideraciones de la Corte costituzionale italiana en las que se ponía de relieve la imposibilidad de igualar la familia fundada en el matrimonio y la familia de hecho (85); sin embargo, la sentencia de la Corte Costituzionale italiana, de 7 de abril de 1988 declaró la inconstitucionalidad de las disposiciones que impedían al conviviente poder subrogarse en el contrato de arrendamiento, entendiendo que el artículo 6 de la ley de 27 de julio de 1978 pretendía tutelar «*non la famiglia nucleare, né quella parentale, ma la convivenza di un aggregato esteso fino a comprenderevi strani*» (86). De aquí se deduciría la ilicitud de excluir a un conviviente (87).

En España la cuestión no resulta clara. PANTALEON (88) cita la STS de 13 octubre 1960, en la que se resolvió la situación siguiente: el arrendatario estaba casado y separado legalmente de su esposa; convivía con otra mujer y había arrendado un piso en el que vivía con su compañera y una hija de ambos. El arrendador interpuso una demanda pidiendo que se resolviera el arrendamiento y alegaba la causa 8.ª del artículo 114 LAU. El TS casó la sentencia de la Audiencia y admitió la improcedencia de la causa alegada, diciendo que «no puede calificarse de inmoral la actividad del inquilino en el interior

---

(84) Para conocer el estado de la cuestión, ver MANASSE, Cristina, *Famiglia di fatto e contratto di locazione. Quadrimestre*, T. I, 1989, pp. 181 y ss. *in totum*.

(85) MANASSE, *La famiglia*, cit. 187. ROPPO en *La convivenza more uxorio dinanzi alla Corte Costituzionale en Democrazia e diritto*, 1980, pp. 922 y ss. había criticado duramente la anterior postura de la propia Corte constitucional italiana en que se había negado declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones que reconocen derecho a la subrogación en el arrendamiento al convivente *more uxorio*.

(86) Puede consultarse en *Il Foro italiano*, 1988, pp. 2515 y ss. De todas formas deben advertirse que el fundamento último de la decisión de la sentencia citada en el texto no es la igualdad entre familia de hecho y familia matrimonial, sino la protección del derecho a una vivienda digna.

(87) En Francia, el artículo 16 de la Ley 85-526, de 22 de junio de 1982, relativa a los derechos y obligaciones de los arrendatarios y arrendadores (conocida como «Loi Quilliot»), establece lo siguiente: «En cas d'abandon du domicile par le locataire, le contrat de location continue, sans préjudice de l'application des dispositions de l'article 1.751 Code civil, au profit de ses ascendants, de ses descendants, *du concubin notoire* ou des personnes à charge qui vivaient effectivement avec lui depuis au moins a un à la date de l'abandon de domicile». La misma norma se aplica en el supuesto de muerte del arrendatario. Véase BOITUZAT, *La Loi «Quilliot» du 22 juin 1982 relative aux droits et obligations des locataires et des bailleurs*. París, 1982, p. 76. Uno de los problemas que se ponen de relieve en el trabajo *Sexual orientation and the Law* cit. en nota 37 es la discriminación que sufren las parejas no casadas en el tema de obtención de beneficios para adquisición de viviendas. Ver Harv. L. Rew, 1989, pp. 1612 y ss.

(88) PANTALEON, *¿Derechos sucesorios?*, p. 160. Ver también ESPIN, *Ponencia*, cit. 30. y LACRUZ, *Elementos*, 21

de la vivienda desde 1956, contraída a vivir con toda la corrección que imponen las normas de cortesía y de convivencia o vida en comunidad, con su hija y la madre de ésta, **su familia como realmente lo es**, aunque sólo lo sea por naturaleza y no por la ley, y menos de inmoral de modo notorio, lo mismo si para emplear este objetivo se atiende a los efectos, como si se tiene en consideración sus causas, ya que nadie puede conocer la vida íntima de la familia y ésta no se puede estimar que sea contraria a ninguna norma moral aceptada por todos o por una mayoría dominante...». Evidentemente no nos encontramos ante una sentencia que declare el derecho de convivente de hecho a la subrogación, pero en una formulación que podríamos llamar negativa, admite ciertos efectos positivos de esta convivencia: la de no significar una causa de deshaucio.

Mayor interés a estos efectos tiene la sentencia de la Audiencia de Barcelona, de 17 mayo 1989 (89). En ella se reproduce la sentencia del Tribunal de instancia, que admitió la posibilidad de que la conviviente, D.<sup>a</sup> Teresa, se subrogara en el derecho arrendaticio del inquilino difunto y dice que «a este respecto, preciso es señalar que una interpretación de los requisitos del artículo 58 LAU en favor de una consideración más acorde con la realidad social de nuestro tiempo, atendiendo a una interpretación más justa y moderna del requisito del matrimonio con base al artículo 3 Cc lleva a este Tribunal a la misma solución que la adoptada por el Juzgador de Instancia, en línea con la jurisprudencia laboral que viene reconociendo el estatus cuasi matrimonial como fuente del derecho a pensión (90) y de otros preceptos de nuestro Ordenamiento, que son claro reflejo normativo de la convivencia extramatrimonial (cita los arts. 11 y 18 CP, 101 Cc dispo. ad 10 Ley 30/81), sin que a lo dicho sea óbice la falta de modificación del citado artículo 58 LAU por el legislador, toda vez que la inactividad de éste **en ninguna manera ha de llevar a una interpretación que pudiera resultar inconstitucional**, pues no hay que olvidar que el artículo 5.3 LOPJ obliga a acomodar la norma al ordenamiento constitucional, tras cuya promulgación no cabe duda que la concepción jurídico-política de la familia cambió profundamente de forma que **ya no puede sostenerse que el matrimonio sea la única**

---

(89) Puede consultarse en R.J.C., 1989, IV (Sección jurisprudencia), p. 861. En el fundamento III se aplica la doctrina de los propios actos cuando dice que el propio arrendador tuvo a la conviviente como subrogada «desde que percibió de la misma la renta de la vivienda correspondiente a los meses siguientes al fallecimiento del inquilino». En cambio, existe otra sentencia de la Sala 6.<sup>a</sup> de la Audiencia de Barcelona, de 6 de julio de 1989 (verla en la misma revista y tomo citados antes, p. 883), en la que se niega el derecho de subrogación a una persona, casada con arreglo a la legislación islámica con el arrendatario y cuyo matrimonio carecía, por tanto, de efectos civiles.

(90) Aunque como se ha visto en la nota 83, lo que dice el texto de la sentencia no es exacto.



**base de la vida familiar».** Los argumentos de esta sentencia son discutibles, ya que el nuevo concepto de familia no es un derecho fundamental, protegido con el recurso de amparo y como ya se ha visto, la jurisprudencia laboral no mantiene la línea aludida en la sentencia. Pero debe admitirse que de acuerdo con el artículo 53.3 CE, los Tribunales deben actuar de forma que en sus decisiones se consiga el «reconocimiento, el respeto y la protección de los derechos reconocidos en el capítulo III», encabezado, como se sabe, por el artículo 39 que establece una clara protección a la familia. La decisión del Tribunal implica incluir como **cónyuge**, en una interpretación adecuada desde el punto de vista constitucional, a un conviviente no casado, sustituyendo en parte la tarea legislativa. No sé hasta qué punto puede compartirse la solución ofrecida en esta sentencia.

De lo anterior se deduce que los problemas planteados en este tipo de convivencia tienden a ser resueltos aplicando analógicamente normas de derecho matrimonial. Una importante conclusión que se deriva del examen de las sentencias leídas es que no se argumenta ahora ya en los Tribunales sobre la licitud o no de este tipo de uniones y de los posibles acuerdos que puedan existir entre los interesados para regular sus consecuencias, especialmente patrimoniales. Seguramente esta actitud deriva de una reflexión sobre lo que antes he afirmado acerca de los distintos modelos culturales de familia, a los que debe atenderse por no estar excluidos constitucionalmente. Los razonamientos que llevan a esta conclusión seguramente son distintos, pero es indiscutible que hoy se asume esta realidad, se ofrece a estas parejas un tratamiento «familiar», si bien no el mismo que a las formadas por matrimonio y se pone de relieve la falta de regulación de estas situaciones. Este es en todo caso, un problema que atañe al legislador y no al juez.

De todos modos, debe advertirse que en todos estos casos transcritos se trataba de parejas formadas por personas de sexo distinto (91); seguramente aún no existe una cultura social tan arraigada que permita, en nuestro país, admitir la categoría familiar de las uniones homosexuales, a las que deberá prestarse la protección que prevé el artículo 39 CE cuando se alcance este consenso.

De lo dicho hasta aquí se deduce que no hay un modelo constitucional de familia, único acreedor de la protección del artículo 39 CE. No existe la familia, sino familias, lo que nos lleva a un sistema de modelos plurales, determinados previamente por la consideración que el grupo social tenga en cada momento de lo que deba considerarse como familia (92).

---

(91) A pesar de algunos casos planteados ante los tribunales, como el denominado «caso Reina» en el que un homosexual reclamó la indemnización que correspondía en virtud del convenio colectivo a su compañero, fallecido de SIDA.

(92) Ver BESSONE, *Commentario*, p. 26.

Una conclusión de este tipo podría resultar descorazonadora. No creo que sea así. Los principios de pluralismo y respecto a la persona presentes en nuestra Constitución llevan a esta soluciones. Y no se diga que ello es contradictorio con las soluciones que los Tribunales (desde el Constitucional, hasta los de Instancia) han arbitrado para situaciones de hecho. Una cosa es que la Constitución permita establecer una regulación para solucionar los problemas planteados por familias cuyo núcleo (la pareja) no parte del matrimonio y otro muy distinto que con la actual regulación, puedan exigirse que se aplique la normativa prevista para las familias matrimoniales.

8. *Modelo legal y autonomía.* Se ha afirmado de forma reiterada en este trabajo que no existe un modelo legal necesario para que el Estado reconozca protección y que ello depende de la concepción social en cada caso concreto. Por tanto nos hallamos ante una situación en la que no debe confundirse matrimonio con familia, ya que es opinión generalmente compartida en el artículo 39 CE no exige la celebración del matrimonio para que sea efectiva la protección exigida en la mencionada disposición (93). Por tanto, el artículo 39 CE es una norma dirigida a cualquier tipo de familia, aunque no sea directamente aplicable por no ser un derecho fundamental.

Ahora bien, a este argumento se le puede añadir otro que resulta muy fácil y que está de acuerdo con determinados tipos de ideologías: si ello es así, la exigencia del matrimonio por parte del Estado para el reconocimiento de determinados derechos a personas que forman una familia resulta abusivo, porque se trata de una intervención del poder público que lesionaría el derecho fundamental a la libertad ideológica y de cualquier tipo. Y este argumento se utilizó en el recurso que dio lugar al ATC 156/87, ya citado. Dejando para otra ocasión el estudio de la jurisprudencia del TC que determina que el Estado puede establecer las condiciones para el ejercicio de los derechos, hay que decir que este argumento es totalmente falso: la intervención de los poderes públicos, asegurando «la protección social, económica y jurídica de la familia», tal como establece el artículo 39.1 CE está justificada si se relaciona con el papel que se reconoce a esta misma familia en un sistema de preponderancia de los derechos fundamentales de los individuos. **Los poderes públicos deben intervenir para controlar que la actividad de los miembros de la familia no produzca una lesión de los derechos fundamentales de alguno de ellos.** Este es el papel que se les atribuye en el artículo 53.3 CE. Además, es

---

(93) Así, por ejemplo y entre otros, STANZIONE, en *Principis constitucionals*, cit. 97 y ss. donde afirma que, al contrario de lo que ocurre en el sistema italiano, «en la Constitución española no parece que existan obstáculos legales para el reconocimiento de una pluralidad de comunidades familiares».

el sistema que se deriva de la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares (94).

En esta línea se justifica la intervención del Juez: de acuerdo con el artículo 53.3 CE «el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo III informará... la actuación judicial». Pero en la legislación vigente esta intervención protectora va más allá. ¿Cuál es la razón por la que en las leyes de reforma del Código civil se concede un papel relevante a la actuación judicial? Creo que la respuesta es sencilla: esta intervención se justifica **en todo caso** para garantizar a los particulares el pleno disfrute de sus derechos fundamentales y para evitar lo que en palabras vulgares, podríamos identificar como la posibilidad de que el pez grande se coma al chico. En todo caso, se trata de la presencia de normas jurídicas en la actuación normal de los miembros del grupo que no por pertenecer al mismo, dejan de ser titulares de sus derechos fundamentales o ven alterado su ejercicio en términos sustanciales. En el momento en que esta cuestión viene estudiada en estos términos, se justifica la creciente intervención de los poderes públicos en zonas hasta ahora reservadas a la teórica autonomía de los particulares.

Si se parte de la igualdad de los miembros del grupo, y esta igualdad está configurada como derecho fundamental en el artículo 14 CE (del que el artículo 32 CE es sólo una proyección en el ámbito del matrimonio), los poderes públicos deben garantizar que esta igualdad sea real y efectiva. En consecuencia, se asegura al particular la protección consiguiente si se coloca dentro del sistema previsto para ello. En el caso contrario, resulta muy difícil exigir esta protección, que sólo se podrá reconocer en cuanto la ausencia de protección puede lesionar algún derecho de los componentes de la pareja. Este fue el caso de la declaración de inconstitucionalidad de la ley italiana de arrendamientos urbanos, porque con la discriminación entre matrimonios y familias no matrimoniales se estaba impidiendo el disfrute del derecho a la vivienda.

Precisamente una de las características más llamativas de la legislación sobre derecho de familia producida después de la entrada en vigor de la Constitución es la exigencia de la intervención de los poderes públicos en situaciones límite de la convivencia familiar o bien para garantizar la tutela de determinados derechos. El Código prevé la intervención judicial en estos casos:

- a) *Control de la efectividad del ejercicio de los derechos funda-*

---

(94) El TC ha venido manteniendo una doctrina clara sobre la aplicación entre particulares de los derechos fundamentales. Véanse las SSTC 19/85, 13 de febrero; 47/85, 27 de marzo; 6/88, 21 de enero; 166/88, 26 de septiembre; 177/88, 10 octubre; 241/88, 19 de diciembre y 108/89, 8 de junio, entre otras. STANZIONE plantea también en los términos mantenidos en el texto, la intervención del Estado en la regulación de las relaciones familiares, Ver *Principis constitucionals*, cits. 91 y 96.

*mentales de los miembros de la familia.* Ello ocurre en el artículo 48 Cc al reconocer el Juez la posibilidad de dispensa del impedimento de edad a partir de los 14 años y de los otros impedimentos. Se trata de garantizar el ejercicio del *ius connubii* de forma objetiva y para evitar la arbitrariedad o los conflictos de intereses entre los titulares de la patria potestad y el interesado, se atribuye al Juez la competencia para autorizar el matrimonio de un menor de edad. A la misma finalidad responde la competencia reconocida al Juez, de aprobar el convenio regulador de los efectos de la separación o el divorcio, en los casos en que el procedimiento se realice a través de lo dispuesto en el artículo 81.1 Cc. El Juez puede negarse a homologar el convenio, cuando los acuerdos adoptados por los cónyuges sean «dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de ellos».

b) *En la constitución, por los particulares, de un estado que afecta a la condición de la persona.* Así, el Juez que interviene en todo el **proceso del matrimonio**, desde el inicio del expediente matrimonial, hasta la celebración del mismo. Por ello la promesa de matrimonio no produce ningún efecto, de acuerdo con lo que dispone el artículo 42 Cc (95) ya que en definitiva, se trata de un negocio privado que por afectar a la condición de la persona, carece de efectos. Las mismas características tiene la intervención del Juez en la separación y el divorcio (arts. 83 y 89 Cc); en la emancipación (arts. 317 y 320 Cc); en la adopción (art. 176 Cc); en la incapacitación (art. 199 Cc) y en la ausencia (art. 181 Cc). En todos estos casos, la voluntad es de los interesados, pero el proceso y la situación definitiva depende de una decisión del Juez.

c) *Intervención para evitar perjuicios a quienes no pueden prestar consentimiento (menores e incapacitados).* El Juez interviene en aquellos casos en que pueden quedar afectadas personas que no pueden por sí mismas, intervenir en procesos que afectan a su condición; así, en la decisión para determinar cuál va a ser la situación de los hijos cuyos padres se separan o divorcian (art. 92). La audiencia de los menores en este tipo de procesos ha sido considerada esencial por la STS de 14 de mayo de 1987 (95), de forma que la vulneración de este derecho puede dar lugar a la indefensión. En esta misma línea se encuentra la necesidad de la intervención del Juez en los reconocimientos de menores o incapacitados (art. 124 Cc); en las medidas a tomar en los procesos de impugnación de la filiación (art. 128 Cc); en los casos de irregular ejercicio de la patria potestad (art. 167 Cc) o de conflicto de intereses (art. 163.3 Cc). Finalmente, en el ejercicio de la tutela (arts. 259 Cc).

También obedece a las mismas razones la intervención del Minis-

---

(95) Ver SÁNCHEZ PRIETO, *La audiencia del menor en las causas matrimoniales en La Ley*, 1988, 1, pp. 960 y ss.

terio Fiscal en los procesos sobre el estado civil de las personas. Como puede comprobarse, el Ministerio Fiscal interviene en los procesos de separación y divorcio; en los procesos sobre patria potestad, en los casos de adopción y acogimiento, para controlar especialmente este segundo aspecto de la situación de menores desamparados (art. 174 Cc) y en la promoción de los procesos de incapacitación (art. 203 Cc).

Por las razones anteriores creo que está mal planteada la discusión entre los términos autonomía-intervención del poder público. No se trata de que la intervención del Juez o de cualquier otro funcionario impida el ejercicio de la autonomía, sino que lo que impiden o pretenden impedir es la arbitrariedad y la desigualdad. Como dice ROPPO (96), nada autoriza a afirmar que la autonomía y la intervención pública estén colocados en planos diferentes. Al contrario, lo que debe afirmarse es que los diversos valores que pueden encontrar su instrumento de actuación en algún tipo de intervención pública en la familia tienen la misma dignidad. Añade este autor que la Constitución tutela valores como la igualdad entre los cónyuges y la protección de los menores desamparados para cuya realización se exigen intervenciones públicas perfectamente legitimadas para esta finalidad. Junto a estos valores se encuentran otros igualmente protegidos, que exigen que los poderes públicos se abstengan de interferir en la dinámica interna de las relaciones familiares y tales hipótesis corresponden a momentos de autonomía familiar igualmente legítimos en el plano constitucional.

Resulta evidente que este trabajo es una primera aproximación a un concepto constitucional del derecho de familia. Quedan cuestiones tan importantes como el tratamiento de las relaciones entre cónyuges y si los problemas surgidos de otros tipos de convivencia deben contar con soluciones semejantes. Me parece, sin embargo, que estas cuestiones merecen un estudio independiente y que intentar realizarlo aquí, excedería con mucho lo que parece prudente en un estudio de estas características.

---

(96) ROPPO, *Il giudice*, p. 285.

