

HACIA UN NUEVO CONCEPTO DE MATRIMONIO Y FAMILIA

I. INTRODUCCIÓN

Desde la pasada década de los setenta, se viene operando un cambio de todo aquello que tenga relación con el matrimonio y la familia. Se alega como raíz de tal transformación la existencia de un proceso evolutivo que nos arrastra hacia «los tiempos nuevos». Con la disculpa de una evolución social se pretende ocultar las líneas básicas de determinadas instituciones de honda raigambre en el conjunto social. De esta forma, al amparo de la supuesta evolución social, que sin duda existe, se perfila una transformación conceptual y personal que, inconscientemente, o a propio intento, hace que se tambaleen determinadas instituciones sociales, base y fundamento de toda sociedad.

Tradicionalmente el matrimonio ha sido concebido como la unión entre un hombre y una mujer, pero tal concepto se rompe tan pronto se admite la existencia de una serie de «matrimonios» entre homosexuales o se da carta de naturaleza a determinadas uniones heterosexuales. De esta manera el matrimonio tradicional ha quedado o se pretende que quede obsoleto; aparecen así una serie de uniones apócrifas paramatrimoniales o cuasimatrimoniales que exigen la concesión de unos derechos exactamente iguales a los que tiene el matrimonio convencional. Como puede suponerse, al resultar alterado el concepto de matrimonio surge una diferencia conceptual en cuanto a la familia se refiere. Toda esta situación, creemos, que produce una erosión del matrimonio tradicional.

Desde el punto de vista sociológico la propia familia se autodestruye, pasando de la familia amplia en la que tenían cabida los abuelos, etc., a la familia nuclear o reducida, en la que sólo tienen espacio los padres y sus descendientes menores de edad.

Las nuevas ideas o los nuevos tiempos han propiciado unos horarios laborales en la mujer incompatibles con su función de madre y esposa lo que trae consigo, unidos a otra serie de problemas de la vida cotidiana, una difi-

cultad o una negativa a la procreación¹. Las autoridades están alarmadas ante el creciente número de abortos entre adolescentes², al mismo tiempo que se sabe que las relaciones sexuales se inician cada vez a edades más tempranas³.

El ejercicio de la libertad, llevado a sus últimas consecuencias propicia el desarraigo familiar y con ello se crean problemas como los del «botellón», la droga, o unas tempranas relaciones sexuales⁴⁻⁵.

A todo cuanto antecede hay que añadir el hecho de que a día de hoy el desarraigo familiar es palpable por cuanto se forman nuevas familias de hecho o de derecho procedentes de familias ya desgajadas como consecuencia de una anterior separación o divorcio, o, en su caso, nulidad canónica, donde cada cónyuge aporta uno o varios hijos a la nueva familia así constituida.

Éste es el panorama familiar que existe en España, lo que evidencia la transformación que en los últimos años ha sufrido la familia, por lo que nos parece que no puede hablarse de evolución más que en el sentido de la exacerbada libertad de los hijos, tendencia a la negativa a la procreación, exceso de consumismo, espíritu acomodaticio, etc. En este momento de la reflexión debemos preguntarnos si los «nuevos tiempos» han aportado una mejora en las relaciones entre los esposos y entre éstos y los hijos; si las personas son más amables y condescendientes; si los individuos perseveran de día en día acerca de unos valores consustanciales con el ser humano y en concreto en cuanto se relaciona con el matrimonio; y, en suma, si se ha producido una proliferación de nuevos valores que hagan más felices a las personas y consecuentemente al conjunto social.

Todo ello evidencia, no que el matrimonio, bien sea civil o canónico, esté en crisis, sino, creemos entender, que lo que realmente está en un período agónico es la propia filosofía personal y social, lo que yo opino de mí mismo y del propio conjunto social, que se traduce en un degradación de los valores personales y sociales sin que el individuo, y consecuentemente la sociedad, sean capaces de reaccionar y mostrar su «yo» más íntimo y señalar de forma rebelde una franca oposición a determinadas influencias perniciosas que, utilizando el disfraz de determinada progresía, enturbian ciertas ideas básicas y no pocos conceptos considerados hasta la fecha como ele-

1 J. A. Souto Paz, *Derecho eclesiástico del Estado*, Ed. Pons, 1995, p. 376. Se estima que la familia española tiene como media 1,20 hijos, lejos, por tanto, del mínimo 2,1 por pareja que garantiza el relevo generacional. Juan Fernández, «Familias numerosas», en *Blanco y Negro*, 3 de febrero de 2002, p. 30; «Mujer Semanal», en *ABC*, 4 a 10 de mayo 2002, p. 7; P. J. Viladrich, *La familia*, Decreto 40 «ONG's», p. 23.

2 Diario *ABC*, 18 de enero de 2002, p. 36.

3 Diario *ABC*, 18 de enero de 2002, p. 36.

4-5 Diario *ABC*, 18 de enero 2002, p. 36.

mentales. El número de parejas rotas en nuestros días es una manifestación de la crisis de la persona, que se encuentra perdida de sí misma, desorientada y a la merced del hedonismo, el consumismo, la permisibilidad y el relativismo. La influencia de la moda, la pérdida del sentido religioso de la vida y la progresiva disminución de la presión social ante una posible separación dan como resultado esta nueva epidemia, esa afectividad de usar y tirar que se maneja como si se tratara de un bricolage divertido y jugueteón⁶.

Una cosa es aportar a una determinada filosofía vital una serie de ideas y conceptos nuevos que han de variar con el paso del tiempo, y otra muy distinta intentar volver, como si se tratara de un calcetín, y remover una serie de principios que desde cualquier punto de vista parecen inmutables. Una cosa es aportar ideas que adornen tales principios, y otra, muy distinta, pretender destruir esos pilares.

Estamos, pues, en presencia de una evolución de la idea de matrimonio que necesariamente ha de influir en la idea de familia, al revés, familia y matrimonio se atraen como dos polos magnéticos que constantemente se unen, pero que en no pocas ocasiones se repelen como consecuencia de la mezcolanza de factores culturales, avances técnicos, cambios sociales, replanteamientos estructurales, causas económicas, etc. Tales «nuevos tiempos» han traído como resultado una distinta visión del concepto matrimonio propiciada por una diferente ideología personal, lo que ha llevado a la realización de unas uniones, creemos que no puede hablarse de matrimonios, unas veces de carácter heterosexual y otras decididamente homosexuales.

Consideramos que el matrimonio es una institución eminentemente heterosexual⁷, en la que no es factible la admisión de matrimonios homosexuales. Pero esto no quiere decir que el homosexual no pueda exigir al legislador la creación de una figura jurídica que tomando como base la institución matrimonial se acople a las necesidades de los homosexuales y contemple las uniones de dichas personas⁸. Tal solución parece la más idónea

6 E. Rojas, «¿Quién eres?», en *Temas de Hoy*, 2001, p. 67.

7 J. M.^a Díaz Moreno, «Experimento de alto riesgo», *La aventura de la Historia*, n. 32, junio 2001, p. 90; R. Navarro Valls, «Derecho y uniones de hecho», en Revista *Calibán*, n. 218, enero 2002, p. 20. El propio profesor Navarro Valls recoge el hecho, en la misma revista, que en los EE.UU. la Cámara de Representantes aprobó una Ley por 342 votos contra 67, que el presidente Clinton suscribió, en cuya Sección Tercera se decía: «Para determinar el sentido de cualquier norma, regulación o interpretación de los distintos Departamentos administrativos y Agencias de los Estados Unidos, el término matrimonio significa la unión legal entre un hombre y una mujer como marido y esposa, y el término cónyuge se refiere a una persona del sexo contrario que es marido y esposa».

8 J. Cerdá Gimeno, «Un retorno, a mi pesar, a un olvidado tema (De nuevo sobre parejas no casadas)», *Rev. Derecho Privado*, febrero 2001, p. 990; J. R. de Verda Beamonte, «Principio de libre desarrollo de la personalidad y *ius connubii*», *Rev. Derecho Privado*, octubre 1998, p. 721.

y es la que propone el TC cuando, a pesar de las afirmación de la heterosexualidad matrimonial, «... no excluye que el legislador puede establecer un sistema de equiparación por el que los convivientes homosexuales puedan llegar a beneficiarse de los plenos derechos de matrimonio tal y como propugna el Parlamento Europeo»⁹.

Desde otras posturas ideológicas se apela a determinados condicionamiento morales en el sentido de que mientras determinados juristas no hacen referencia a ciertos aspectos éticos, morales o jurídicos, cuando aluden al matrimonio tradicional, no persiguen las mismas exigencias cuando contemplan el matrimonio homosexual¹⁰. Hacer tal afirmación supone tanto como desconocer que tanto el Código civil como la propia Iglesia Católica ha velado desde siempre por los valores éticos y morales del matrimonio. Por lo que respecta al Código civil cuando hace referencia al mutuo auxilio o a la convivencia, no está más que resaltando tales valores; en relación con la Iglesia Católica, basta ojear las Encíclicas *Gaudium et Spes* o *Casti Connubii* para comprobarlo.

II. MATRIMONIO Y CONSTITUCIÓN

El texto constitucional hace referencia al matrimonio y la familia en los artículos 31-1 y 39¹¹, de manera que considera el matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer, es decir, reitera de manera inconfundible la heterosexualidad matrimonial. Tal articulado ha sido interpretado de forma que, a nuestro modo de ver, no corresponde a la realidad, porque parte de la doctrina mantiene que no prohíbe de manera taxativa y expresa la posibilidad del matrimonio homosexual, a lo que habría que argumentar que tampoco admite tal tipo de matrimonio expresamente. La Constitución debe ser interpretada de acuerdo con los convenios internacionales, que avalan, como hacen la mayoría de los países de nuestro entorno cultural, la dimensión heterosexual del matrimonio¹².

9 Auto del TC 222/1994. No debe olvidarse que el día 8 de enero de 2001 la Dirección General de los Registros y del Notariado admitió el matrimonio entre homosexuales.

10 P. A. Talavera Fernández, «La institucionalización jurídica de las uniones homosexuales en España», Diario *La Ley*, n. 5.315, de 24 de mayo de 2001, p. 1.

11 Art. 32.1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.

Art. 39. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

12 P. A. Talavera Fernández, «La institucionalización jurídica de las uniones homosexuales en España», Diario *La Ley*, n. 5.315, de 24 de mayo de 2001, p. 5.

Los primeros ataques a la línea de flotación de la institución matrimonial vienen de la mano de determinadas parejas heterosexuales, que prefieren una unión utópica y sin papeles que facilite la separación en el instante que lo desee uno de ellos, así como del desmedido interés de los homosexuales y transexuales, que se erigen en portadores de un derecho a matrimoniarse; pero como tanto la Constitución como los Códigos civil y canónico parten de la base de la consideración del matrimonio como heterosexual, tienden a exigir la modificación constitucional que les permita la celebración matrimonial, forzando para ello una interpretación del articulado con el premeditado propósito de legalizar tales pseudomatrimonios.

La doctrina viene sustentando la tesis de que el matrimonio es una institución típicamente heterosexual¹³, en la que no era factible la admisión de matrimonio homosexuales. Pero, como ya hemos dicho, cabe la posibilidad de que el legislador disponga de mecanismos idóneos para dar carta de naturaleza a las uniones homosexuales, y crear una figura jurídica que resuelva más necesidades afectivas de tales personas¹⁴. Tal solución parece la más idónea y es la que propone el TC cuando, a pesar de su afirmación en la heterosexualidad matrimonial, se decanta por un sistema de equiparación entre el matrimonio y determinadas uniones no matrimoniales¹⁵.

La exigencia se basaba, y así fue reconocido en varias sentencias, en la interpretación de los artículos 10 y 14 de la CE. Si bien creemos que tal interpretación no deja de ser forzada. El artículo 14 hace referencia a la posible discriminación por causa, en este supuesto del sexo, pero nos parece que la discriminación a la que se refiere el artículo está en función del establecimiento entre el hombre y la mujer de una igualdad física, biológica, intelectual, sociológica, etc. A pesar de lo dicho, creemos que posiblemente tales uniones serían encajables dentro de la interpretación de la frase «... cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Y otro tanto cabría pensar cuando la norma menciona el «libre desarrollo de la persona» al que se alude en el citado artículo 10. Pero una cosa es el derecho a unirse y otra muy distinta que tal unión tenga la consideración de matrimonio, tal como sociológica y jurídicamente se viene entendiendo.

13 J. M. Díaz Moreno, «Experimento de alto riesgo», en *La Aventura de la Historia*, n. 32, junio 2001, p. 90.

14 J. Cerdá Gimeno, «Un retorno, a mi pesar, a un olvidado tema (De nuevo sobre parejas no casadas)», en *Rev. Derecho Privado*, febrero 2001, p. 990; J. R. de Verda y Beamonte, «Principio de libre desarrollo de la personalidad y ius connubii», en *Rev. Derecho Privado*, octubre 1998, p. 721.

15 Auto del TC 222/1994. No debe olvidarse que el 8 de enero de 2001 la Dirección General de los Registros y del Notariado admitió el matrimonio de los homosexuales.

Un segundo problema, según se mire, porque de él arrancó la problemática que hizo tambalearse a la idea de matrimonio, fue la situación que plantearon las llamadas parejas de hecho. La pareja de hecho consiste, como es sabido, en una simple unión heterosexual, cuyos miembros se niegan a contraerlo, bien porque existe alguna traba jurídica que imposibilite contraer matrimonio, bien en forma canónica, bien por vía civil o, sencillamente, porque no desean someterse a las exigencias formales que plantean el matrimonio canónico o el civil. Ante tal circunstancia, dos personas de distinto sexo deciden unirse y convivir juntos como si fueran marido y mujer. Evidentemente, en estos supuestos no existe un matrimonio como tal; sin embargo, estamos ante una convivencia *more uxorio*, cuya relación produce, querámoslo o no, unas determinadas y lógicas consecuencias jurídicas; y resulta curioso comprobar como quienes no desean someterse a los presupuestos que requiere el matrimonio, posteriormente exijan unas consecuencias jurídicas propias y características del mismo¹⁶. No vamos a entrar en las repercusiones civiles, jurídicas o sociológicas que tales uniones plantean y que han sido ya estudiadas por no pocos autores; pero sí ha de destacarse el hecho de que dichas uniones aparecen formadas, por lo general, por un hombre y una mujer con o sin hijos en común, aunque pueden aportarse a la unión descendientes de otras uniones anteriores, matrimoniales o no. La realidad es que no pueden o no desean matrimoniar y, por tanto, «pasan» de disponer de documentos que les acrediten como tal matrimonio, a pesar de que con el tiempo tengan entre sí descendencia, con lo cual se está creando una familia espúrea sin documento alguno que así lo demuestre.

Destaca Cervilla Garzón que los homosexuales no tienen libertad para optar entre el matrimonio y la unión libre, a diferencia de las uniones heterosexuales, las cuales tienen posibilidad de contraer matrimonio¹⁷. No tiene en cuenta la autora que el matrimonio exige un carácter eminentemente heterosexual y, por tanto, cabe la posibilidad de que el varón y la hembra puedan matrimoniar, supuesto básico éste que no concurre en el supuesto de los homosexuales; precisamente ahí es donde reside la diferencia de la capacidad para contraer matrimonio, y el porqué unos pueden contraerlo y otros no. Ésta es la razón por la que no puede hablarse de falta de libertad en unos casos y en otros no; otra cosa distinta es que a los homosexuales se les reconozca una unión paramatrimonial.

16 R. Navarro Valls, «Derecho y uniones de hecho», cit., p. 20; M.^a D. Cervilla Garzón, «Transexualidad, cambio de sexo y derecho a contraer matrimonio», en Diario *La Ley*, n. 5.295, p. 3; J. A. Souto Paz, *Derecho eclesiástico del Estado*, Ed. Pons, 1995, p. 378.

17 M.^a D. Cervilla Garzón, «Transexualidad, cambio de sexo y derecho a contraer matrimonio», en Diario *La Ley*, n. 5.295, 25 de abril de 2001, p. 2.

Lo curioso es que tanto las uniones entre heterosexuales como las homosexuales reclaman para sí, *a posteriori*, unos derechos idénticos a los que pudieran tener los miembros de una familia matrimonial, cuando, precisamente, no desearon someterse a las obligaciones inherentes a todo matrimonio. Por este camino las legislaciones autonómicas están concediendo a tales uniones una serie de derechos que son típicos y propios de uniones matrimoniales. Por ejemplo, derechos de subrogación arrendaticia en caso de fallecimiento de uno de los miembros de la unión que fuera arrendatario; derechos de carácter sucesorio, muy semejantes a los que tiene un cónyuge sobre los bienes del otro, o incluso derechos fiscales, como puede ser la declaración conjunta a las respectivas haciendas territoriales, etc., así como la posibilidad de adoptar en los casos de unión heterosexual, aunque ya se vislumbra la posibilidad de adopción también en los casos de uniones homosexuales, ya sean masculinas o femeninas. Pese a todo, hay que advertir que el Tribunal de Estrasburgo, en sentencia de 26 de febrero de 2002, negó a un homosexual el derecho a adoptar. Hay que advertir que recientemente el Parlamento sueco ha admitido la adopción de menores de cualquier nacionalidad por parte de homosexuales.

Pero una cosa es la asimilación al matrimonio, con lo que estamos de acuerdo, y otra muy distinta resulta de la posibilidad de matrimoniar tanto a las parejas de hecho como a los homosexuales, ya que en tales casos se desdibujaría la idea de matrimonio. Creemos que con un ejemplo práctico se daría claridad a la situación. En la autoliquidación de sucesiones de la Comunidad de Madrid, modelo núm. 650 (Sucesiones), se destaca una nota en la que se lee lo siguiente: «A partir de 2001 se asimilarán a cónyuges los miembros de las uniones de hecho que hayan tenido convivencia estable de parejas durante, al menos, los dos años anteriores a la muerte del causante, y cuya unión se haya inscrito en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid, al menos dos años antes de la muerte del causante». Tal declaración, con la que mostramos nuestro asentimiento, distingue entre cónyuges (personas unidas por vínculos matrimoniales) y uniones de hecho o no matrimoniales (personas del mismo o de distinto sexo que convivían dos años antes de producirse el óbito) y cuyos derechos sucesorios se asimilan a los matrimoniales, siempre que cumplan determinados requisitos como es la inscripción en el Registro. Lo que evidencia la lógica distinción tan sólo a efectos de matrimonio, a los cónyuges, de otras uniones que no son matrimoniales¹⁸.

18 La Ley 11/01, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid, mantiene en el preámbulo:

Creemos entender que el expresado artículo 32 del texto constitucional hace tan sólo referencia al derecho a contraer matrimonio, y lógicamente a no contraerlo; pero al aludir a la «regulación de las formas de matrimonio» consideramos que lo que pretende es establecer un trato de igualdad entre el matrimonio civil y el celebrado en forma religiosa. De todo el artículo no puede extraerse el resultado de que se admite otra «forma» de matrimonio. El hecho de que la sociedad exija que se amplíen los derechos a otras uniones no puede ser considerada como «otra forma» de matrimoniar. Se trata, como en otras tantas ocasiones, del clásico problema de límites; es decir, si el concepto de matrimonio básico puede extenderse como tal matrimonio a otras uniones que hasta el momento carecen de trato matrimonial.

El artículo 39 de la CE no puede servir de base para identificar matrimonio y otro tipo de uniones utiliza el término «asimismo» para indicar que pueden coexistir diversos tipos de familia y posiblemente como consecuencia de ello, de uniones; unas matrimoniales, cuya protección social, económica y jurídica se conforma en el apartado 1.º, y otra integrada por otro tipo de uniones que protege a los hijos y a las madres, cualesquiera que sea su filiación. Hay que advertir que la consideración de una posible existencia de dos clases de familia responde a una interpretación amplia de la mencionada norma, porque realizando una interpretación estricta se llegaría a la conclusión de que se protege a la familia matrimonial y a las familias monoparentales, así resulta de la frase «... la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y a sus madres...». De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3 del Cc no parece que deba darse otra interpretación¹⁹.

La jurisprudencia del TC viene a avalar dicha interpretación cuando mantiene:

«no es discutible que tal concepto incluya sin duda la familia que se origina en el matrimonio que es todo caso, la que especialmente toman en consideración tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos ... como los Tratados sobre Derechos Fundamentales suscritos por España,

«El matrimonio y las uniones de hecho, por tratarse de instituciones distintas, obedecen a opciones y planteamientos personales que requieren el respeto a la diferencia tanto en el plano social como en el jurídico».

«El derecho, por su parte, debe ajustarse a las nuevas realidades sociales. La presente Ley trata de dar una adecuada solución a la realidad sociológica del incremento en el número de uniones entre personas, difícilmente encuadrables en las categorías jurídicas existentes.»

19 V. M. Garrido de Palma, «Matrimonio y familia, ¿crisis institucional?», en *ADEE*, XII (1996) 282.

como el Convenio de Roma... el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Y el Pacto Internacional de Derechos Civiles Económicos, Sociales y Culturales...»²⁰. Que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son, a todos los efectos, realidades equivalentes, según ya dejó dicho este Tribunal en sentencia 184/1990, así como en las sentencias 29, 30, 331, 35, 38 y 77 de 1991; sentencia TC 29/92²¹. Sin embargo, el propio Tribunal Constitucional, en una sentencia del año 1993, parece cambiar de dirección cuando, creemos, identifica a unas familias con otras, cuando afirma: «Por ello se ha estimado que no cabe derivar del propio artículo 39, 1 CE una diferenciación necesaria entre familias matrimoniales y no matrimoniales»²².

Por ello, consideramos que no es correcta la afirmación de que a tales parejas (homosexuales y transexuales) se les impide contraer matrimonio, o sustentar que son sujetos que no tiene libertad para optar entre matrimonio y unión libre²³. Lo que ocurre es que habría que deslindar la cuestión de los límites a la que antes hicimos referencia.

Ha de advertirse que en caso de matrimonios civiles o canónicos se les somete a una reglamentación que tiene la categoría de *ius cogens*, a la que necesariamente ha de atenerse, como puede ser, por ejemplo, el régimen económico; la forma de contraer, la declaración del consentimiento, la aparición de las figuras de nulidad y divorcio, etc.; sin embargo, en los supuestos de uniones de hecho, se les faculta para que puedan establecer los pactos que tengan por conveniente, siempre que no transgredan los límites que impone la moral, el orden público o los derechos de terceros.

Creemos que en estos casos, sobre todo en cuanto se refiere a las uniones heterosexuales, por lo general concluyen transcurrido algún tiempo, ya porque rompan los pactos que ellos mismos han establecido, o porque uno de los miembros de la unión, o los dos, han resuelto sus respectivos problemas derivados de un matrimonio anterior, o como consecuencia de que la unión no era realmente tal, sino que lo que verdaderamente se pretendía era un matrimonio «a prueba» (si nos va bien, nos casamos, y si no, cada uno sigue su camino).

A la vista está que también, como consecuencia de este tipo de uniones, se está atentando contra el matrimonio tradicional, por cuanto cree-

20 STC 45/1989, de 20 de febrero. FJ 4.

21 STC 222/1992, de 11 de diciembre. FJ 3; C. Martínez de Aguirre, «Acuerdos entre convivientes *more uxorio*», en *Rev. Derecho Privado*, nov. 2001, p. 841.

22 STC 47/1993, de 8 de diciembre, FJ 2.

23 M.^a D. Cervilla Garzón, «Transexualidad, cambio de sexo y derecho a contraer matrimonio», en Diario *La Ley*, n. 5.295, p. 3.

mos que cuando menos algunos de los beneficios que se otorgan a este tipo de matrimonio pueden ir en detrimento de los matrimonios convencionales²⁴.

III. MATRIMONIO Y DERECHO CIVIL

Cuando estábamos redactando este trabajo, fue publicada la Ley sobre Parejas Estables aprobada por el Parlamento de las Islas Baleares²⁵. En la Exposición de Motivos de dicha norma, al igual que ocurre en otras leyes autonómicas que tratan idénticos temas, se hace alusión al contenido del artículo 32 de la CE, en el que se establece el derecho a no contraerlo; y alude inmediatamente después que «tradicionalmente, la forma de manifestar esta unión estable ha sido el matrimonio, pero actualmente se presentan otras fórmulas familiares, en constante aumento y cada vez más aceptadas por la sociedad»; después se hace una serie de consideraciones en orden a situaciones de tipo administrativo, jurídico o fiscal en los que al menos, de momento, no vamos a entrar; en primer lugar, porque ello sería profundizar en el articulado de dicha norma, que será, sin duda, objeto de estudio en otros trabajos, ya que excede de cuanto nos hemos propuesto en éste.

Otra de las observaciones con la que estamos plenamente de acuerdo reside en la distinción entre la unión estable denominada matrimonio, que, aunque no se diga, es eminentemente heterosexual, conforme a lo dispuesto en el citado artículo 32 de la CE, que ha de diferenciarse, conceptualmente hablando, de la unión entre otras personas que ya no son considerados como matrimoniales, pero que gozan de una serie de protección o beneficios comparables a los que ostenta el matrimonio. La postura nos parece correcta, puesto que hemos de partir de la base de que tales uniones merecen de protección, pero pensamos, según vimos con anterioridad, si tal protección o una excesiva protección de este tipo de uniones no va o no puede ir en detrimento del matrimonio constituido con arreglo al referido artículo 32 de la Constitución Española, así como la legislación civil correspondiente. Ha de tenerse en cuenta que en el caso de uniones heterosexuales, se trata de personas que pudieron matrimoniarse, puesto que, al menos en principio, nada impedía que así lo hicieran; y en el supuesto de

24 J. Díaz, «La familia rechaza agravios comparativos», en *Alfa y Omega*, 7 de marzo de 2002, p. 12.

25 Ley 18/2001, de 12 de diciembre. *BOE* de 16 de enero de 2002. Ver también la Ley 11/01, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid. Ver igualmente Ley 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas de Hecho de la CA del Principado de Asturias. *BOE* de 4 de julio de 2002.

uniones homosexuales, creemos que la protección, que sin duda merecen, ha de ser aplicando otra normativa, o creando una nueva figura jurídica, paralela, si se quiere, a la del matrimonio; pero lo que no parece muy propio es aplicar a tales uniones exactamente la misma normativa que a las uniones matrimoniales²⁶.

Lo cierto es que, como ya hemos advertido, desde hace algunos años se viene detectando la presencia de unas uniones paramatrimoniales a las que se pretende dar la consideración jurídica y social de matrimonio²⁷, ya sea esta unión de carácter homosexual o heterosexual; con ello se están minimizando y socavando los valores del matrimonio tradicional y, al mismo tiempo, se da carta de naturaleza a unas uniones que pueden tener rasgos jurídicos semejantes al matrimonio, pero que en modo alguno reúnen los caracteres básicos del mismo. Por ejemplo, para conseguir esta diferencia se soslaya la idea de amor conyugal, se intenta hacer desaparecer la imagen de la mutua fidelidad, o se difumina y enmascara el concepto de estabilidad; la descendencia queda relegada a un segundo término, etc. Es cierto que los tiempos cambian y que necesariamente las normas han de acomodarse a los cambios sociales, pero ello no quiere decir que tal acomodación deba llevarse a cabo mediante la destrucción de los pilares básicos en los que tradicionalmente se asienta el matrimonio, sino a través de la creación de una nueva figura jurídica que, siguiendo la pautas del Derecho matrimonial, contemple las relaciones jurídicas que puedan nacer de unas uniones no matrimoniales, así como las posibles nuevas o semejantes figuras jurídicas que se deriven de tales uniones²⁸. El concepto de reproducción se afirma que ha quedado obsoleto²⁹. De esta forma se quiere reducir el matrimonio a la consideración de unión social basada en la convivencia cuya ruptura se deja a la voluntad de las partes, sin otro fundamento ni otra proyección.

26 P. A. Talavera Fernández, «La institucionalización jurídica...», cit., p. 5: «Es claro que en la Constitución Española de 1978 el matrimonio y la convivencia extramatrimonial son realidades equivalentes. El matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre y la mujer de contraerlo es un derecho constitucional 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. ... En consecuencia, siendo el derecho a contraer matrimonio un derecho constitucional, cabe concluir que el legislador puede, en principio, establecer diferencias entre la unión matrimonial y la puramente fáctica...». STC 184/1990, de 15 de noviembre.

27 R. Navarro Valls, *Matrimonio y Derecho. Discurso de entrada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 1944, p. 89 y ss.

28 Por ejemplo, la Iglesia Católica, en el canon 1055, se limitó a matizar cuanto se refiere a la procreación, haciendo referencia, además, al bien de los cónyuges.

29 Hite Shere, «La transformación de sexo», en *El País semanal*, n. 1.324, 2 diciembre 2001, p. 76.

De otro lado, se pretende comparar el matrimonio con la unión no matrimonial por la vía de la posibilidad de existencia o no de descendencia, comparando el matrimonio sin hijos con las uniones homosexuales, porque la falta de descendencia, afirman, no es causa suficiente para negar la existencia de una matrimonio. La comparación no deja de ser curiosa porque, en el caso del matrimonio convencional, es posible que la mujer no pueda concebir por un defecto o malformación de sus órganos reproductores, ello sin tener en cuenta que la esterilidad puede ser imputable a un defecto constitucional de los órganos reproductores del esposo. Una cosa es que no quepa la posibilidad de reproducción como consecuencia de malformaciones congénitas, y otra cosa distinta resulta de las uniones homosexuales, las cuales no pueden tener descendencia por carecer de sexos morfológicamente contrarios, y otro tanto cabría decir en el supuesto de los transexuales, los cuales tienen un sexo construido artificialmente y por ello sin posibilidad generativa. Ha de convenirse que la generación es la consecuencia lógica del vínculo matrimonial, pero no es el matrimonio mismo; el matrimonio seguirá existiendo haya o no descendencia; el planteamiento físico y psicológico es distinto al de las uniones homosexuales; por el camino de la identificación del matrimonio con la procreación podría llegarse a la incongruencia de que tan pronto la mujer llegase a la edad no fértil, el vínculo matrimonial podría romperse por la simple voluntad de uno de los cónyuges³⁰. Por otro lado, quienes sustentan la tesis de la descendencia no han caído en la cuenta que, como consecuencia de la aplicación a las mujeres de modernas técnicas, tales como la generación *in vitro* u otras semejantes, la infertilidad femenina ha quedado reducida a la mínima expresión; y aún en tales casos, las mujeres fueron fértiles porque ya, *a priori*, existía una predisposición física capaz de posibilitar tales embarazos.

Dejando aparte cuanto se refiere a reconducir la supuesta discriminación, no falta quien pretende reducir la distinción entre el matrimonio heterosexual y cualesquiera tipo de uniones, a una simple diferenciación entre quienes pueden tener hijos comunes y quienes no, dejando, por tanto, reducido el matrimonio a un simple compromiso de vida en común³¹. En tales casos, se admite una idea de matrimonio, minimizada, referida a la pareja exclusivamente, así como a las consecuencias jurídicas inherentes a la misma, por lo que, en mera hipótesis, habría que hacer desaparecer del Cc cuanto se refiere a alimentos, patria potestad, derecho sucesorio, etc.

30 El Tribunal Supremo norteamericano, en el caso *Bowers v. Hardwick*, mantuvo que no se ha demostrado ninguna conexión entre la familia, el matrimonio y la procreación, por un lado, y la actividad homosexual, por otro.

31 J. V. Gadivía Sánchez, «Matrimonio y uniones libres...», cit., p. 5.

Pero resulta un tanto sorprendente que, por un lado, se afirme que el matrimonio queda reducido a la comunidad de vida de la pareja, desgañándolo de todo cuanto a descendencia se refiere, y, por otro lado, el punto más conflictivo de las uniones de hecho, sobre todo las homosexuales, sea el que se refiere a la posibilidad de adopción; en suma, a la creación de una familia, a la vista de la imposibilidad de tener hijos propios por razones evidentes³².

Lo que sí se puede exigir en el caso de uniones homosexuales es que, en atención a lo dispuesto en los artículos 14.1 y 32.1 de la CE y los artículos 46 y 47 del Cc, en virtud del derecho al desarrollo de la personalidad, no se limite o impida su unión con otra persona por aplicación del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución³³. Ahora bien, si desde el punto de vista cultural, social y jurídico solamente puede hablarse de matrimonio con carácter heterosexual, parece lógico, como hemos visto, exigir al legislador la creación de una estructura jurídica que contemple las uniones de tales personas, en calidad de respuesta, precisamente, al ejercicio del derecho de igualdad.

Lo cierto es que se observa que mientras en el sistema europeo se pretende seguir la tendencia a la equiparación entre el matrimonio tradicional, y los «matrimonios» entre homosexuales, en el Derecho americano se está volviendo al matrimonio institucional, destacando en él las notas de heterosexualidad y estabilidad, reservando el término matrimonio para designar la unión legal entre un hombre y una mujer, como marido y esposa, y reservando el término cónyuge a personas casadas de sexo contrario³⁴.

Lo que parece evidente es que existen diferencias visibles entre el matrimonio convencional y las uniones no matrimoniales, lo que propicia la alegación de la existencia de una discriminación en contra de tales uniones. Quienes mantienen esta tesis no advierten que la supuesta discriminación no está en función del sexo exclusivamente, sino que, además, es la lógica consecuencia de la presencia de factores extramatrimoniales. Si el matrimonio es una institución referida a uniones para personas del sexo contrario que cumplen determinados requisitos físicos, psíquicos y legales, no se puede aplicar la misma normativa para personas del mismo sexo, o para

32 Hay que advertir que, recientemente, el Tribunal de Estrasburgo negó a un homosexual el derecho a adoptar. Sentencia de 26 de febrero de 2002.

33 J. R. de Verda Beamonte, «El principio al desarrollo de la personalidad...», cit., p. 725.

34 R. Navarro Valls, *El matrimonio institucional en dos recientes leyes...*, cit., p. 765. Este mismo autor nos recuerda las palabras del ex presidente Clinton recogidas en la nota n. 9, Revista *Calibán*, cit., p. 21.

quienes no cumplen determinados requisitos, o a aquellas otras cuyo sexo ha sido modificado artificialmente. Lo cierto es que, en todo caso, la discriminación vendría de la mano tan pronto existiera una negativa por parte del legislador de aplicar una normativa idónea que propiciara las uniones de tales grupos. La realidad, no obstante, es que tanto la doctrina como la jurisprudencia se inclinan por establecer una equiparación casi absoluta en base al principio constitucional relativa a libre desarrollo de la personalidad contenido en el artículo 10.1 de la CE, así como cuanto se refiere a la dignidad de la persona³⁵. Es posible que tales colectivos se sientan discriminados por razón de sexo³⁶ o por cualesquiera otra circunstancia personal o social; pero creemos que tal supuesta discriminación carece de base, porque el *estatus* jurídico del matrimonio no puede extenderse a otros planteamientos de hecho, por muy semejantes al matrimonio que éstos sean; luego, porque la exigencia de pedir al legislador que regule las relaciones jurídicas que exigen tales colectivos no tiene visos de discriminación alguna; antes al contrario, la entrada en vigor de una norma de tales características debe contener una línea de actuación en cuanto se refiere a los derechos y deberes de los convivientes distinta a la normativa matrimonial, aunque paralela a ella. Si el matrimonio es una institución típicamente heterosexual, lo lógico sería crear una institución tangencial que contemplase de forma específica la problemática que plantean tales colectivos³⁷. La pretendida discriminación no es tal, siempre se ha considerado el matrimonio como unión entre hombre y mujer; así lo reconoce el TS en sentencia de 25 de febrero de 1993, en tanto que las uniones homosexuales y heterosexuales obedecen a planteamientos físicos, psíquicos y personales totalmente dispares al matrimonio convencional; pero sobre todo, en el supuesto de las uniones homosexuales, no pueden ser consideradas como minorías en sentido jurídico, pues no puede encuadrarse la supuesta discriminación dentro de los casos enumerados dentro del artículo 14 de la Convención de Roma, ni tampoco son encajables dentro de las minorías étnicas o lingüísticas descritas en el artículo 27 del Pacto Internacional relativo a los derechos civiles y políticos de la ONU; otra cosa es que la discriminación venga de la mano del rechazo a tales grupos por motivos laborales, o como resultado de la exigencia de determinadas cualidades personales o por cualesquiera otra causa³⁸.

35 M.ª D. Cervilla Garzón, «Transexualidad...», cit., p. 2.

36 Art. 14 CE.

37 «La diferencia de tratamiento entre unión heterosexual y la homosexual obedece a motivos razonables y fundados». *Vid.* nota 292, p. 102; R. Navarro Valls, *Matrimonio y Derecho*.

38 R. Navarro Valls, «El matrimonio institucional en dos recientes leyes estadounidenses», en *Rev. Derecho Privado*, noviembre 1998, p. 765. La STS de 7 de octubre de 1988 afirma: «El artículo 14 CF prescribe, con caracteres de generalidad, que los hombres y las mujeres han de ser igualmente trata-

Por otro lado, como hemos visto, las uniones de hecho se rigen por pactos libremente convenidos entre ellos³⁹; nos preguntamos qué ocurriría en el supuesto de transgresión o incumplimiento de todos o parte de tales pactos de forma unilateral por parte de ambos o de uno de los convivientes, y consecuentemente qué medidas serían utilizables con carácter supletorio. No debe pasar por alto que, por aplicación del artículo 1255 del Cc, cualquier clase de estipulación resulta válida salvo que sea contraria a la moral, el orden público o en perjuicio de tercero, por lo que a la vista de la inimaginable multiplicidad de los pactos y la variabilidad de los mismos hace que si los convivientes pueden pactar cuanto quieran, con la excepción del contenido de la norma anteriormente citada, la inseguridad jurídica es patente; lo que es incompatible con todo contrato, sobre todo en el caso de las uniones homosexuales, en las que las relaciones son menos duraderas, más efímeras, lo que hace más que dudosa la estabilidad de los pactos⁴⁰. Además, habrá que tener en cuenta aquello sobre lo que se puede pactar, los límites de las estipulaciones y la consideración jurídica de tal convenio; en este sentido, los pactos, por lo general, o regulan las relaciones personales entre los contratantes, entre éstos y los hijos, u ordenan las relaciones de convivencia, o contienen aspectos de carácter patrimonial; sea como fuere, el hecho es que tal contrato no merece la consideración de capitulación matrimonial, ya que no hay publicidad de los acuerdos, ni tiene acceso a los Registros civil o mercantil, como ocurriría en los supuestos de las capitulaciones matrimoniales. A la vista de ello, los contratantes podrán establecer relaciones de convivencia, socorro entre ambos, mutua ayuda, respeto mutuo, fidelidad, etc., es decir, plasmar en el contrato el contenido de los artículos 66 a 68 del Cc. Desde el ángulo patrimonial, los convivientes podrán establecer los pactos que tengan por conveniente, con las limitaciones antes señaladas; de esta manera podrían acordar compensación por desequilibrio económico, indemnizaciones por perjuicios, alimentos, etc.; igualmente podrán pactar un régimen de ganancias a través de un «contrato de ganancias» que,

dos por el Derecho en cuanto aquello que es esencialmente igual a unos y a otros, esto es respecto a los derechos fundamentales, que son el corolario de la dignidad humana; pero no empece para que en casos concretos hayan de valorarse las diferencias que naturalmente existen cuando rebasan aquel estricto contenido, pues la discriminación se produce como consecuencia de una distinción perjudicial como base de hechos que deben ser irrelevantes desde el punto de vista socio-jurídico. En el mismo sentido, *vid.* STC de 1 de julio 1991.

39 *Vid.*, por ejemplo, el artículo 4 de la Ley sobre Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid, de 19 de diciembre de 2002, en la que se describe la regulación de los pactos de convivencia. Ver también artículo 4 de la Ley sobre Parejas de Hecho de la Comunidad de Asturias.

40 C. Martínez de Aguirre, «Acuerdos entre convivientes *more uxorio*», en *Rev. Derecho Privado*, noviembre 2001, pp. 845 y 849.

desde luego, no reúne las características ni la consideración de la sociedad de gananciales⁴¹. El problema que se puede plantear es el carácter efímero de tales pactos, puesto que no debe olvidarse que la falta de estabilidad es incompatible con todo contrato, lo que produce, como hemos dicho, una inseguridad jurídica. En el momento de euforia actual respecto de las uniones no matrimoniales no existen o desconocemos datos estadísticos sobre la duración media de tales uniones y, consiguientemente, sobre la efectividad y duración de tales pactos. Lo que sí sabemos es que de doce millones de uniones estables existentes en España, 11.850.000 son matrimoniales; lo que refleja la importancia de la institución matrimonial en nuestro país⁴².

Pensamos dónde puede cifrarse el límite de dichas cláusulas contractuales y qué es lo que pueda ocurrir en el supuesto, más que probable, de no existencia de los tantas veces repetidos convenios. Lo que parece indudable es que los pactos no pueden ir más allá del contenido expresamente admitido en el Cc, y por lo que respecta a la falta de pacto, también aquí deberá ser de aplicación cuanto contiene el expresado Código para cada caso concreto y figura jurídica determinada, pero sin que sea de aplicación el régimen matrimonial común, el cual solamente es de aplicación cuando existe vínculo matrimonial. En este sentido, Lacruz Berdejo advierte que en Cataluña y en Aragón existe un régimen económico aplicable a las parejas de hecho en defecto de pacto, si bien advierte que no todas las estipulaciones tienen carácter dispositivo, puesto que algunas de ellas tienen carácter imperativo, lo que refuerza el carácter de régimen que debe ser atribuido a dicha regla⁴³.

A la vista de cuanto antecede, da la impresión de que el concepto de matrimonio, tal como era concebido hasta hace pocos años, se ha difuminado y tiende, si no a desaparecer, cuando menos a propiciar una serie de uniones paralelas que tienden a distorsionar el antiguo concepto de matrimonio. Mantiene el profesor Navarro Valls⁴⁴ que la generalización del divorcio hasta llegar a su admisión por la voluntad de los cónyuges aproxima cada vez más el matrimonio a las uniones no matrimoniales, lo cual es evidentemente cierto, pero con el matiz de que son precisamente los convivientes quienes, de una forma u otra, se aproximan a la idea de matrimonio, porque en el fondo lo que realmente desean es matrimoniarse.

41 C. Martínez de Aguirre, «Acuerdos entre convivientes...», cit., pp. 857 a 867.

42 R. Navarro Valls, «El retorno del matrimonio», en Diario *El Mundo*, 4 de diciembre de 1998.

43 Lacruz Berdejo, *Elementos de Derecho civil*, IV, 4.^a ed., Bosch, 1997, p. 409.

44 R. Navarro Valls, *Matrimonio y Derecho*, cit., p. 83.

No falta quienes, desde determinados sectores, abogan por calificar de matrimoniales tales uniones⁴⁵. La realidad es que por mucho que se quiera forzar la situación, esas uniones ni pueden ni deben calificarse de matrimoniales. El matrimonio reúne ciertas características, entre las que destacamos: la heterosexualidad, el carácter fáctico de la relación, el contenido sexual, así como la exclusividad, la estabilidad y la notoriedad públicas. Es cierto que se está pretendiendo una aproximación de tales uniones al matrimonio, pero es evidente que, a pesar de existir ciertas afinidades, no cabe duda que se producen diferencias visibles⁴⁶. Las uniones no matrimoniales están más cerca del concubinato que del matrimonio; lo que ocurre es que nuestra sociedad habla mediante eufemismos, con el premeditado propósito de disfrazar ciertas verdades con la intención de ocultar determinados intereses⁴⁷.

Para que el matrimonio nazca, tanto dese el punto de vista civil como desde la perspectiva canónica, hace falta partir de la base de la existencia del consentimiento⁴⁸. Como es sabido, en todo contrato es necesario determinar el consentimiento el objeto y la causa, así como la forma⁴⁹; pues bien, se pretende calificar de matrimonio a unas uniones bien sean heterosexuales u homosexuales que ni han prestado el consentimiento para que tal figura jurídica nazca, ni el tal consentimiento, caso de existir, ha sido recogido por la persona idónea, llámese juez, alcalde o testigo cualificado. De otro lado, no pocos sectores pretenden crear el consentimiento de forma artificial y *contra legem*, dando a la mera convivencia una fuerza creativa idéntica a consentimiento matrimonial, que evidentemente no tiene, porque además, para evitar el sometimiento a la norma y soslayar la unión como matrimonial, en modo alguno debe bastar la simple manifestación de tal convivencia, reflejada en la inscripción en el Registro correspondiente. El consentimiento, tanto en su vertiente civil como desde la perspectiva canónica, consiste en una declaración de voluntad clara y

45 J. V. Gadivia Sánchez, «Matrimonio y uniones libres; el matrimonio homosexual (consideraciones de política legislativa)», en *Diario La Ley*, n. 5.431, 3 diciembre 2001.

46 C. Martínez de Aguirre, «Uniones no matrimoniales y Derecho», en *ADEE*, XII (1996) 314 y ss.

47 «Concubinato»: Estado de un hombre y una mujer no casados que conviven maritalmente. *Enciclopedia Larousse*, voz «Concubinato»; C. Martínez de Aguirre, «Uniones no matrimoniales y Derecho», en *ADEE*, XII (1996) 314.

48 D. Llamazares, *El sistema matrimonial español (Matrimonio Civil, Matrimonio Canónico, Matrimonio de Hecho)*. Serv. Publicaciones Facultad de Derecho Univ. Complutense, 1995, p. 294.

Ver artículo 41 C.c y canon 1057, entre otros. «Como se ha dicho en la STC 222/92, en relación con el derecho a contraer matrimonio reconocido en el artículo 32.1 de la CE, no es éste un derecho de ejercicio individual, pues no hay matrimonio sin consentimiento mutuo...». STC 47/1993, de 8 de febrero.

49 D. Llamazares, *El sistema matrimonial español*, cit., p. 256.

expresa⁵⁰ de ambos esposos tendente a manifestar el deseo de matrimoniar, pero además, la norma señala que tal manifestación de voluntad ha de emitirse dentro de determinada forma; forma que tampoco puede ser alterada de manera unilateral y caprichosa⁵¹.

Es palpable que en el período constitutivo existen serias diferencias que distinguen e independizan el matrimonio y las uniones de hecho, independientemente del matiz sexual.

Pudiera, tal vez, admitirse la aplicación a la uniones de hecho, de la normativa matrimonial civil, por vía analógica con el fin de dar carta de naturaleza matrimonial a tales uniones; sin embargo, no parece que éste sea el camino, pues faltan una serie de presupuestos de hecho que impiden tal aplicación. No creo, pues, idónea la aplicación de la analogía para en el supuesto de que la norma específica para tales uniones, o el contenido de los pactos correspondientes, contuvieran alguna laguna⁵², puesto que a pesar de la indudable semejanza de la figura jurídica con las uniones pseudom matrimoniales, para estas uniones existe una legislación específica, lo que ya, de entrada, impide la aplicación de la analogía. Cabe la aplicación analógica siempre que no exista norma aplicable a un caso concreto, cuando entre el caso regulado y el no previsto existan caracteres comunes que determinan la disciplina del caso previsto; por ello la identidad de casos no parece que dé lugar a la aplicación analógica sino la semejanza entre los distintos supuestos que viene determinada por la *ratio dicendi* entre los casos previstos y los nuevos⁵³. Por su parte, la jurisprudencia ha venido exigiendo los siguientes requisitos para que pueda hablarse de analogía:

- A) Que la norma no contemple un supuesto específico, pero sí otro semejante;
- B) que entre ambos se aprecie identidad de razón; y
- C) que no se trate de leyes penales, ni sancionadoras con pérdida de derechos⁵⁴.

50 C. Martínez de Aguirre, «Uniones no matrimoniales y Derecho», en *ADEE*, XII (1996) 327; D'Agostino, *Linee di una filosofia della familia*, p. 138.

51 D. Llamazares, *El sistema matrimonial español*, cit., p. 295. Los Códigos civil y canónico recogen la forma de celebración del matrimonio en los artículos 49 a 60 Cc, así como artículos 59 y 60, celebración en forma religiosa. Igualmente ver los cánones 1108 y siguientes.

52 J. V. Gadivia Sánchez, «Matrimonio y uniones libres; el matrimonio homosexual (Consideraciones de política legislativa)», en *Diario La Ley*, n. 543, 3 de diciembre de 2001, p. 3.

53 E. Roca Trias, *Comentarios o Códigos civil y compilaciones forales*, t. 1, vol. 1, Edersa, 1992, pp. 600 y 603; Figa Faura, *La analogía. Ciclo de conferencias sobre el nuevo título preliminares de Cc*, Barcelona 1975, p. 51. M. Albaladejo mantiene que es posible la aplicación analógica no sólo en los casos de semejanza sino también en los supuestos de igualdad. *Derecho civil*, t. 1, vol. I, 1991, p. 120; C. Martínez de Aguirre, *Uniones...*, cit., p. 351.

54 SSTS 6-6-93, FJ 5; 11-5-95, FJ 2; y 17-11-75, FJ 1.

Por contra, sí estimamos de aplicación lo dispuesto en el artículo 4.3 del Cc⁵⁵. Por ello sería utilizable como Derecho supletorio cuanto dispone el Código civil, o el foral en su caso, siempre que exista una laguna legal o deban ser aplicadas determinadas figuras jurídicas contenidas en dicho Código. Sin embargo, la utilización de la norma supletoria no parece que pueda hacerse desde la perspectiva específica relativa al Derecho matrimonial, sino con la vista puesta en aspectos jurídicos específicos y concretos, como puede ser el derecho a alimentos, adopción, tutela, derechos patrimoniales, etc.; por tanto, en aquellas Comunidades donde rija una legislación que contemple tales uniones deberá regirse, como materia supletoria por el Derecho civil común o foral, en su caso, pero dejando aparte el contenido específico de tales uniones cuyos derechos están contemplados en una especial normativa. La jurisprudencia viene reiterando la inaplicabilidad de la analogía de las normas reguladoras de las crisis matrimoniales a las uniones extramatrimoniales⁵⁶.

A pesar de lo expuesto en el párrafo anterior, parece que el propio TS comienza a abrir el camino a la interpretación analógica, cuando menos en los supuestos en los que procede la aplicación del enriquecimiento injusto, según se estudia en la sentencia de 27 de marzo de 2001⁵⁷. Por su indudable interés, recogemos parte del contenido del Fundamento Jurídico Sexto:

«... A diferencia del Derecho tradicional anterior a la Codificación, el Derecho civil actual se desentendió de la unión familiar de hecho, por lo que la jurisprudencia ha tenido que aplicar los principios generales a los casos concretos para evitar que una de las partes sufra perjuicios injustos. No obstante, a la luz de los principios constitucionales (arts. 9.2, 10-1, 14 y 39), se ha abierto la necesidad de su regulación, concretada ya en las leyes de algunas Comunidades Autónomas. En general, esta situación de anomía se manifiesta, muy especialmente, al considerar los efectos económicos derivados de una ruptura de la convivencia, al modo matrimonial, que sucede por la voluntad unilateral de uno de los convivientes en su proyección concreta a la justificación jurídica, en su caso de la posible indemnización que quepa atribuir por tal razón al conviviente más desfavorecido como conse-

55 El artículo 4.3 del Cc mantiene: «Las disposiciones de este código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes».

56 A. López Azcona, «La ruptura de las parejas de hecho», en *Cuadernos de Aranzadi Civil*, n. 12 (2002) 38. SSTS 10 de marzo 1998: FJ 3; 16 diciembre 1996: FJ 4; 11 diciembre 1992: FJ 3; 18 mayo 1992. En el mismo sentido, las sentencias de las Audiencias Provinciales de Palencia: 15 de noviembre de 1999; de Huesca, de 12 de noviembre de 1998; de Madrid, 22 de marzo de 1995; de Guipúzcoa, 25 octubre 1993. C. Martínez de Aguirre, «Acuerdos entre convivientes...», cit., p. 861.

57 Ver, en este mismo sentido, sentencia TS, de 5 de julio de 2001.

cuencia de la ruptura. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de diciembre de 1992, aceptó como fundamento de la indemnización el principio de Derecho que veda el enriquecimiento injusto sin causa en perjuicio de otro...». Posteriormente, la sentencia del TS, de 20 de octubre de 1994, recuerda que esta Sala ha tenido buen cuidado en admitir que en las uniones de hecho «la protección social u jurídica de la familia a la que se refiere el artículo 39.1 de la Constitución no permite aplicar las normas matrimoniales ni los preceptos de la sociedad de gananciales a las uniones de hecho, como se ha reiterado por esta Sala ... aunque esta Sala ha tenido buen cuidado en admitir que las uniones de hecho, máxime las de larga duración, pueden ser en ocasiones objeto de alguna reclamación, bien por la aportación de algún patrimonio o con apoyo en un enriquecimiento injusto, o en algún otro precepto aplicable por analogía...».

En el Fundamento Séptimo, puede leerse:

«Como consecuencia de ello, no serán aplicables a esas uniones normas específicamente establecidas para la regulación de las primeras (se refiere la sentencia a las uniones matrimoniales). El juego de la analogía radica a en la similitud entre el supuesto que ante el órgano judicial se presenta carente de regulación legal y aquel que se pretende aplicar la norma en cuestión por razón de semejanza o 'identidad de razón'. Después de admitir la existencia de lagunas legales, se afirma: 'que se trata de una situación de trascendencia jurídica derivada de una situación de hecho no regulada por ley, ni desde luego por la costumbre. Con lo que es preciso acudir a los principios generales del Derecho, última fuente formal del sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico como dispone el artículo 1.1 del Cc y matiza el apartado 4 del mismo artículo. Y el principio general ha sido ya apuntado y no es otro que el de protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho; principio que se deriva de las normas constitucionales (art. 10, art. 14, art. 39) y de las normas de Derecho privado como el Código civil, Ley de Arrendamientos Urbanos, etc.».

De todo cuanto antecede se desprende que, como hemos venido repitiendo, no es utilizable, en los casos de uniones paramatrimoniales, la legislación específica que la norma señala para las uniones matrimoniales; sin embargo, sí será de aplicación cuanto se refiere el Cc en lo relativo, por ejemplo, a alimentos, enriquecimiento injusto, daños y perjuicios, y sobre todo cuando se refiere al contenido del artículo 97 del Cc, etc. Al mismo tiempo, la jurisprudencia comentada viene a reconocer, aunque no lo diga, al menos de forma expresa, la diferenciación entre el matrimonio y las unio-

nes pseudo matrimoniales o de hecho; mientras las primeras gozan de una regulación específica, las segundas no pasan más que a tener la consideración de una realidad social a la que es necesario proteger, pero tal protección ha de buscarse en los principios generales del Derecho, y no desde es la específica normativa que contempla el derecho matrimonial⁵⁸.

Si hiciéramos una clasificación de tales uniones pseudom matrimoniales, podría llegarse a la siguiente conclusión:

— Uniones heterosexuales que carecen de impedimentos para contraer matrimonio.

— Uniones heterosexuales que no pueden acceder al matrimonio por no haberse disuelto el matrimonio anterior.

— Uniones homosexuales masculinas o femeninas.

— Uniones matrimoniales en las que uno de los cónyuges es transexual y cuyo matrimonio se ha celebrado al amparo de lo dispuesto en la Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de enero de 2001 (en este supuesto, desde luego, no encaja dentro de los que hemos denominado como pseudom matrimonios).

Por otro lado, desde un plano estrictamente jurídico-legislativo no se expresa qué es y en qué consiste el contrato de tales pseudom matrimonios, ni lo que les identifican y distinguen del matrimonio propiamente dicho, ni cuáles sean las obligaciones de ambos contratantes, ni cuál sea, en su caso, el derecho supletorio a aplicar, ni cuales pueden ser las causas del incumplimiento y las consecuencias correspondientes.

Las causas que motivan tales uniones son de la índole más variada: rechazo al matrimonio por razones religiosas o políticas; uniones no matrimoniales llevadas a cabo para obtener beneficios de carácter económico o jurídico; los llamados matrimonios a prueba; rechazo del matrimonio por razones de educación o prejuicios sociales, etc.⁵⁹.

Pero ha de advertirse que los pactos en los que se regula el régimen económico pueden adoptar diversas formas:

58 La sentencia del TS, de 19 de marzo de 1998, mantiene que «La convivencia *more uxorio*, entendida como una relación a semejanza de la matrimonial sin haber recibido sanción legal, no está regulada legalmente, ni tampoco prohibida en Derecho: es ajurídica, carece de normativa legal, pero produce o puede producir una serie de efectos que tienen trascendencia jurídica y deben ser resueltos con arreglo al sistema de fuentes del Derecho. La idea no es tanto el pensar en un complejo órgano normativo —hoy por hoy existente— sino evitar que la relación de hecho pueda producir un perjuicio no tolerable en derecho en una de las partes, es decir, la protección a la persona que quede perjudicada por una situación de hecho con trascendencia jurídica».

59 C. Martínez de Aguirre, «Uniones...», cit., p. 324.

- El simple otorgamiento de poderes recíprocos.
- La constitución de una sociedad mercantil de responsabilidad limitada.
- La de una sociedad civil en cualesquiera de las modalidades.
- La de una comunidad de bienes con o sin modalización de reglas.
- La de una simple sociedad civil.

Suele suceder en realidad que los convivientes no formalicen ningún pacto, por lo que cabe la posibilidad de que se formalice una «sociedad de hecho» en base a lo dispuesto en los artículos 1667 y 1669 del Cc.

Hemos realizado la clasificación de mayor a menor, es decir, el grupo más representativo: son las uniones heterosexuales, las cuales simplemente no desean someterse a las reglas matrimoniales, y se acogen, si es que lo hacen, a la normativa sobre parejas estables. De entrada, tal normativa no deja de ser sorprendente, que pueda autodefinirse como «parejas estables» cuando de una manera unilateral y caprichosa pueden poner fin a tal estabilidad, con la sola obligación de dejar sin efecto la declaración formal que hayan firmado»⁶⁰, lo que quiere decir que la supuesta estabilidad está en función del deseo de uno de los convivientes. Seguramente sea éste uno de los puntos básicos que distingue el matrimonio de las uniones pseudo matrimoniales. Tanto el matrimonio civil como el canónico, éste con mayor entidad aún, están basados en la idea de estabilidad, permanencia y continuidad: el establecimiento de conceptos tales como la igualdad de derechos, respeto, ayuda mutua o la convivencia, así lo demuestran⁶¹. Mas ¿hasta qué punto es admisible la estabilidad de tales uniones cuando el pacto supuestamente matrimonial puede resolverse a voluntad de una de las partes? Otra acepción del término estabilidad hace referencia a la conformación y desenvolvimiento espiritual y material del matrimonio y la familia, que no es otra cosa que la plasmación material de las ideas de fidelidad, ayuda que mutuamente se han de dar y aceptar los cónyuges a los que anteriormente hemos hecho referencia. En la normativa sobre uniones estables no podemos encontrar ni una sola línea que haga referencia a tales

60 El artículo 8 de la Ley sobre parejas estables de las Islas Baleares determina que se extingue el matrimonio por las siguientes causas: Mutuo acuerdo; voluntad de uno de los miembros; cese efectivo de convivencia; matrimonio de uno de sus miembros; muerte. (Resulta palpable que si uno de los miembros puede contraer matrimonio, es porque no existe un matrimonio anterior sin disolver, por lo que la unión de hecho nunca puede considerarse como matrimonial). La reciente Ley sobre parejas de Hecho de la Comunidad de Madrid, ya citada, establece, para que se extinga la unión, unas causas semejantes en el artículo 6 y artículo 4 de la Ley sobre Parejas de Hecho de la Comunidad de Asturias.

61 *Vid.* artículo 66 a 69 del Cc y canon 1055, por ejemplo.

aspectos esenciales para la convivencia matrimonial en la que se sustenta la idea de matrimonio. Pero aún hay más: la exigencia del cumplimiento de determinados requisitos, en cuanto a la separación y el divorcio se refiere, no es, a nuestro modo de ver, entre otras cosas, más que un límite jurídico al que se condiciona tanto la separación como el divorcio e impide que, como consecuencia de la voluntad unilateral de uno de los cónyuges, o de ambos, se dé fin al matrimonio, con lo cual, dígase lo que se quiera, es una forma más de protegerlo. De aceptarse un «matrimonio a voluntad» se quebraría el mismo concepto de matrimonio al atentar contra uno de los pilares básicos del mismo⁶². Un claro ejemplo de cuanto decimos se debe a la advertencia realizada por el fiscal general del Estado Español, en la que hacía hincapié en el peligro que corría la institución matrimonial respecto a los «matrimonios de complacencia», es decir, de matrimonios celebrados entre una española y un extranjero o viceversa, rechazando la voluntad de la unión, sino con el premeditado propósito de obtener determinados documentos que evitasen la expulsión del territorio español.

Quienes conviven juntos, generalmente, no tienen voluntad de matrimoniar; expresamente rechazan el matrimonio, tal y como nosotros lo entendemos, en el supuesto de que no existan obstáculos que lo impidan; el desprecio a matrimoniar es evidente, y en el caso de que existan limitaciones a contraer, lo que están haciendo es aceptar un pacto de convivencia, que desde luego comporta unas consecuencias jurídicas y personales ineludibles, pero lógicamente diferentes a las que se desprenden del matrimonio y, por tanto, fuera y a espaldas del mismo; la postura real y psicológica es distinta en uno y otro caso. Pero lo curioso es que después de renunciar voluntariamente, sobre todo en el supuesto que no exista impedimento alguno, después de haber manifestado su deseo voluntario de no matrimoniar, exigen se les concedan los mismos beneficios arrendaticios, civiles, fiscales y hasta laborales que quienes han pasado por el yugo matrimonial. Creemos que en el fondo existe una postura psicológica tendente a matrimoniar, lo que ocurre es que al mismo tiempo rechazan el matrimonio, unas veces por hastío, dejadez o por seguir la moda; otras como realización del ejercicio de una libertad no siempre bien entendida y llevada a sus últimas consecuencias, pero siempre con el pensamiento puesto en la facilidad en llevar a cabo el rompimiento en el supuesto de que «las cosas no vaya a su gusto».

Como colofón a todo ello, ha de hacerse referencia al momento de la disolución matrimonial, donde existen claras diferencias entre las uniones

62 R. Navarro Valls, *Matrimonio y Derecho*, cit., p. 83.

de hecho y los matrimonios propiamente dichos⁶³. En tanto que las parejas que han contraído matrimonio han de apelar a la nulidad⁶⁴, a la separación⁶⁵, al divorcio⁶⁶, o a la nulidad canónica, así como seguir los trámites contenidos en los artículos 770 y siguientes de la nueva LEC, sin embargo, en el caso de la ruptura de la convivencia de las uniones no matrimoniales se deja al libre albedrío de las partes, sin someterse a regla procesal alguna tanto cuanto se refiere al cumplimiento de lo libremente pactado cuanto a las consecuencias relativas a alimentos, guarda y custodia de los hijos, cuestiones de índole económica, etc. Pero, como hemos apuntado con anterioridad, resultará a veces muy dudoso que los convivientes hayan atendido a tales extremos, aun en la hipótesis de haber suscrito el convenio. En tales supuestos, ¿sería aplicable la normativa matrimonial? La respuesta lógica, negativa, parece que se impone. En primer lugar, que, como hemos venido manteniendo, no parece que sea aplicable la analogía, y luego, porque no parecen equiparables una y otras uniones, ni mediar en estas últimas el consentimiento imprescindible para dar nacimiento a una relación matrimonial; por ello no resulta aceptable que sean aplicables unas normas a las que no se han querido someter los convivientes. Parece que lo lógico sería, en los casos de rompimiento de la convivencia, la aplicación independiente al articulado específico para cada figura jurídica, es decir, en el supuesto de reclamación de alimentos, por ejemplo, habría que aplicar el articulado correspondiente del Código civil⁶⁷, y lo mismo, por ejemplo, de cuestiones relativas a la filiación, donde sería de aplicación la normativa particular al efecto⁶⁸, etc.

Desde otra perspectiva, resulta indudable que en el terreno afectivo y sexual pueden darse, y seguramente de hecho se dan, los mismos componentes en las uniones de hecho que respecto a los cónyuges unidos en matrimonio, pero ya hemos visto cómo dentro de la idea de matrimonio se producen otros factores diferentes a los que se señalan para las simples uniones.

IV. MATRIMONIO Y DERECHO CANÓNICO

Como hemos visto, la Constitución española no contempla las uniones de hecho, y sólo admite el matrimonio entre dos personas de sexos opues-

63 D. Llamazares, «El sistema matrimonial español...», cit., p. 295.

64 Art. 73 Cc.

65 Art. 82 Cc.

66 Art. 86 Cc.

67 Art. 142 y ss. Cc.

68 Art. 127 y ss. Cc.

tos; en un estudio, aun breve, del Código civil, puede observarse que, aun partiendo de la base de un matrimonio esencialmente heterosexual, no contempla situaciones como la procreación, ni exige determinados condicionantes para contraerlo, etc., aunque tales aspectos se desprenden del contexto del propio Código; por otro lado, admite la separación y el divorcio con arreglo a lo dispuesto en los artículos 82 y 86.

Sin embargo, para el Código de Derecho Canónico, el matrimonio no sólo consiste en la unión de un hombre y una mujer, sino que se le añade el cumplimiento de unos fines concretos: bien de los cónyuges, procreación y educación de los hijos, etc. La tradición jurídico-canónica aceptó las clásicas definiciones que del matrimonio hacían Modestino o Justiniano. La Encíclica *Castii Connubii* recoge la definición de Modestino y entiende el matrimonio como «la unión de un hombre y una mujer en una comunidad de vida plena, con la consiguiente participación y comunicación de los bienes comunes». Por su parte el canon 1055 vuelve a calificar el matrimonio como un consorcio constituido entre varón y mujer... con unos fines a los que hemos hecho referencia ⁶⁹.

El matrimonio es, pues, para el Derecho canónico una unión entre un hombre y una mujer, es decir, unión eminentemente heterosexual y monógama. El matrimonio lo constituyen seres diferenciados sexualmente; surge de una atracción física que poco a poco se eleva a una atracción espiritual. Mediante el matrimonio se realiza el mutuo complemento habida cuenta que el matrimonio está abierto tanto a la paternidad como a la maternidad en cuanto término natural a los que tiende la virilidad y la feminidad. A todo

69 «Matrimonio es la unión entre dos personas de sexo distinto con intención de ser marido y mujer... basado en la convivencia conyugal y en la *affectio maritalis*». Juan Iglesias, *Derecho romano*, Ariel, 1953. Hay que hacer notar que en este instante la jurisprudencia civil se muestra vacilante porque existen juzgados que exigen los supuestos del artículo 82 Cc, en tanto que otros juzgados de Sevilla y Cataluña, para los que les basta la mera alegación de la *affectio maritalis* para conceder la separación solicitada. S. Algaba Ros, «La falta de *affectio maritalis* como causa de separación matrimonial y función creativa de la jurisprudencia», en Diario *La Ley*, n. 5.505, de 12 de marzo de 2002; A. Bernárdez Cantón, *Derecho matrimonial canónico*, Tecnos 1994, p. 23; M. López Alarcón - R. Navarro Valls, *Curso de Derecho matrimonial canónico y concordado*, Tecnos, 1987, p. 54; R. Navarro Valls, *Matrimonio y Derecho. Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 1994, p. 89; J. Fornés, *Derecho matrimonial canónico*, Tecnos 1990, p. 15; J. Hervada, *Cuatro lecciones de Derecho natural*, Eunsa, 1989, p. 147; SER Mario F. Pompedda, «Il difetto della discrezione di giudizio», en *Curso de Derecho matrimonial canónico para profesionales*, Univ. Pontificia de Salamanca, 1999, p. 61; Angelo Scola, *Il misterio nunziale Uomo Donn. Univ. Pontificia Lateranense*, Ediciones Encuentro, 2001, pp. 54, 63 y 282; J. J. García Failde, *La nulidad matrimonial, boy*, Bosch, 1999, p. 14; L. H. Clavería Gosálvez, «Lo que sí es y lo que no es el matrimonio», en *ADEE*, XII (1996) 253; V. M. Garrido de Palma, «Matrimonio y familia, ¿crisis institucional?», en *ADEE*, XII (1996) 253; C. Martínez Aguirre, «Uniones no matrimoniales y Derecho», en *ADEE*, XII (1996) 352; R. Navarro Valls, «Matrimonio y libertad religiosa», en *ADEE*, XII (1996) 362 y ss.

cuanto se ha dicho hay que añadir el hecho que el consorcio aludido lo es para toda la vida ⁷⁰.

De todo ello se deduce que el matrimonio canónico no admitiría en modo alguno ni las uniones de hecho heterosexuales, ni las uniones homosexuales o en las que uno de los convivientes sea un transexual.

Para el Derecho canónico el matrimonio es la consecuencia de la naturaleza humana del individuo, cuyo núcleo está constituido por determinadas capacidades físicas y psíquicas de las personas, incluido el consentimiento de los contrayentes. El matrimonio es, pues, la consecuencia de la naturaleza humana fundada en la dignidad, tanto del hombre como de la mujer, sustentada por una serie de factores invariables inherentes a la propia condición de persona, como tal persona, unido a otros elementos variables y mensurables, como pueden ser la religión, la educación, la cultura, la familia o ciertos valores sociales. Pero tal unión matrimonial no solamente reside en la unión de dos vidas o dos personas, sino que se transforma, por el hecho de contraer, en una unidad jurídica tendente a realizar determinados fines ⁷¹. Pero además el matrimonio cumple con una función social, pues como consecuencia de la unión, hombre y mujer, además de la complementariedad y mutuo auxilio, al estar ordenado a la procreación, cumple con el continuismo humano y la perpetuación de la especie, con la evidente incidencia en el conjunto social.

Al llegar a este punto se nos puede decir que en las uniones heterosexuales se puede advertir idéntica proyección social que la que se desprende o puede realizarse entre personas unidas en matrimonio, lo cual evidentemente es cierto, pero no debe pasar por alto el hecho de que mientras en el matrimonio canónico y en el civil se rigen por unas normas inderogables, y que en la separación o el divorcio civil o en el supuesto de la nulidad canónica se rigen por una regulación fija y estable, lo que redundaría en la estabilidad matrimonial; en el supuesto de las uniones de hecho heterosexuales, rige el principio de autonomía de la voluntad, lo que hace que la estabilidad matrimonial sea más que dudosa. De hecho, el índice de rompimiento de la convivencia resulta muy elevado.

70 J. J. García Faílde, *La nulidad matrimonial, boy*, Bosch, 1994, p. 169. Decididamente la Iglesia Católica. El Santo Padre rechaza de plano las uniones entre dos hombres o dos mujeres, según advertimos, «porque no pueden constituir una verdadera familia». Alocución durante el Ángelus del domingo 20 de febrero de 1994. En el mismo sentido se manifestó, en 24 de junio de 1994, la Conferencia Episcopal Española. Postura ésta que ratificó en el Discurso al Tribunal de la Rota Romana el día 28 de enero de 2002, en la que se opuso decididamente «a todas las medidas legales y administrativas que introduzcan el divorcio o equiparen el matrimonio a las uniones de hecho, incluso las homosexuales... que en todo caso debe ir acompañada de una actitud positiva mediante actos jurídicos que mejoren el reconocimiento social del verdadero matrimonio...».

71 J. J. García Faílde, *La nulidad matrimonial, boy*, Bosch, 1999, p. 16.

Otra cosa destacable en el matrimonio canónico es la gran importancia que se da las relaciones sexuales tendentes a la procreación. Mientras en el matrimonio civil se hace referencia esencialmente al momento de contraer, y al instante de la disolución, en el matrimonio canónico se pone en juego una serie de factores que inciden en la proyección futura de ese matrimonio, como puede ser la educación de los hijos, el adecuado establecimiento de relaciones interpersonales, etc. Puede alegarse que el Código civil también hace referencia a los hijos, a los alimentos, a la educación, etc.; lo que ocurre, y aquí reside la diferencia, es que en la jurisdicción civil, cuanto se refiere a los hijos, por ejemplo, aparece como un añadido al hecho de contraer, en tanto que en la jurisdicción canónica todo cuanto se refiere a la descendencia es considerada como algo consustancial con el propio matrimonio, algo indesligable de él, hasta el punto que no puede hablarse de matrimonio sin hacer referencia a la descendencia, si bien, como se ha dicho, ésta es la lógica consecuencia de aquél⁷².

A diferencia del matrimonio civil, que como sabemos admite la separación y el divorcio, el matrimonio canónico representa una tendencia natural al *consortio totius vitae*, que presupone tanto como un espíritu de colaboración callada y perpetua que comprende, en calidad de fin, la totalidad de la vida matrimonial. A la vista de todo ello surge para el Derecho canónico el rechazo a las uniones de hecho, aun las de carácter heterosexual, donde la unión, que no el matrimonio, puede resolverse a voluntad de uno de los convivientes.

No basta la contemplación civil de la convivencia y el auxilio mutuo; desde el ángulo canónico la idea de la proyección sexual en la descendencia; el concepto del bien de los cónyuges, que abarca mucho más que el mutuo auxilio; el adecuado establecimiento de relaciones interpersonales, o la exigencia de una amplia gama de matices en la idea fidelidad conyugal que sobrepasa con mucho el concepto de fidelidad civil, dan una somera idea de ello⁷³.

Desde el punto de vista canónico, parece evidente el rechazo a las uniones entre homosexuales por estar física y psicológicamente impedidos para cumplir ciertas obligaciones típicas del matrimonio y más concretamente resultan incapacitados para establecer relaciones interpersonales tal y como las entiende la jurisprudencia y doctrina canónicas⁷⁴. Dicho con otras palabras, el matrimonio canónico está basado en una serie de requisitos físi-

72 L. H. Clavería Gosálvez, «Lo que sí es...», cit., p. 269.

73 L. H. Clavería Gosálvez, «Lo que sí es y lo que no es el matrimonio», en ADEE, XII (1996) 269.

74 C. Martínez de Aguirre, «Uniones no matrimoniales y Derecho...», cit., p. 356.

cos y psíquicos exigidos por la Iglesia Católica como pueden ser la heretosexualidad, el compromiso de descendencia, o la unión para toda la vida, elementos básicos para configurar el consentimiento matrimonial, a lo que hay que unir unos fines preestablecidos; por ello resulta palpable que desde la perspectiva canónica no sean comprendidas unas uniones que están en franca oposición con los presupuestos básicos sobre los que se sostiene tal matrimonio⁷⁵. Para el Derecho canónico el matrimonio solamente puede contraerse a través del consentimiento y posterior unión de los sexos masculino y femenino siempre que la unión sexual se realice de «modo humano», es decir poniendo en contacto los órganos reproductores del hombre y la mujer. El aspecto sexual del matrimonio puede cumplirse en el supuesto de uniones heterosexuales, no así respecto a las uniones homosexuales; el primero de los casos falta el consentimiento, y en el segundo, además de faltar el consentimiento, la relación sexual no se realiza de «modo humano». Ya hemos visto cómo la voluntad de los convivientes no es la de formalizar un matrimonio, al menos desde el ángulo canónico, y creemos que lo mismo ocurre en el caso de matrimonio civil, porque, entre otras cosas, tal voluntad está viciada porque lo que realmente se quiere es una unión convivencial, y ello en el supuesto de uniones heterosexuales, y porque tal querencia está dañada por un carácter estructural que configura el matrimonio, como es la heterosexualidad⁷⁶.

Por otro lado, en la legislación supraestatal, la homosexualidad no puede ser considerada como una enfermedad psíquica, por lo que, consecuentemente, el homosexual no puede ser tratado como a un enfermo; sin embargo, parece ser que la homosexualidad comporta una variación cualitativa de la estructura psicosexual de la personalidad determinada por ciertos elementos educacionales que concurrieron en la elaboración de dicha personalidad; en todos estos casos, el individuo no ha tenido posibilidad de elegir, sino que se ha visto obligado a aceptar⁷⁷. Para los autores Vera Urba-

75 El consentimiento no puede ser suplido por ninguna potestad humana. El consentimiento consiste en la voluntad de constituir el matrimonio. El pacto matrimonial está ordenado al bien de los cónyuges y a la procreación y educación de la prole. SER Mario F. Pompedda, «Il defeto della discrezione di giudizio», en *Curso de Derecho matrimonial...*, XIV (1998) 61.

76 C. Martínez Aguirre, «Uniones no matrimoniales y Derecho...», cit., p. 356; B. Montoya Triviño, *Psicopatología de la relación conyugal*, p. 170. «Es preciso tener en cuenta que los trastornos de la personalidad no son enfermedades en el sentido clásico del término. El desajuste de la personalidad se produce al margen de cualquier trastorno psicológico y no como consecuencia de una enfermedad mental»; E. Rojas, «¿Quién eres?», en *Temas de hoy*, 2001, pp. 107 y 110; F. Vera Urbano - J. Requena Maldonado, «Homosexualidad y consentimiento en el matrimonio», en *Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales*, XIV (1996) 326.

77 B. Montoya Triviño, *Psicopatología de la relación conyugal...*, cit., p. 170; Vidal - Alarcón, *Psiquiatría*, p. 422.

no y Requena Maldonado existe en el homosexual una base anatómica, un desequilibrio hormonal, unos determinados factores psicológicos y de desarrollo en función de la personalidad manifestación de inmadurez⁷⁸. A la vista de tales declaraciones se observa una disociación entre el legislador europeo, que trata a tales individuos como personas físicas y psicológicamente normales, y la realidad diaria.

Continuando en esta línea, tendríamos que determinar si las uniones entre homosexuales masculinos o femeninos reúne las características propias de un matrimonio canónico. Resulta palpable que la respuesta que se impone es la negativa. Solamente vamos a aludir a unas pocas razones que avalan tal postura: Falta de consentimiento; falta de habilidad para realizar el acto sexual, que no se ejecuta de «modo humano»; imposibilidad de que el acto sexual sea realizado tendente a la procreación, posibles alteraciones de la personalidad en los supuestos de homosexualidad, etc.

Mirando las cosas desde otro ángulo, y en referencia concreta al consentimiento matrimonial «manifestado por personas jurídicamente hábiles», se hace una clara remisión a la consciente voluntad, lo que impide que el consentimiento pueda ser emitido por personas con una capacidad mental alterada o disminuida. Mas hay que advertir que el *Codex* no alude en ningún momento a personas «físicamente hábiles», si bien tal habilidad aparece ínsita en distintos cánones, tal y como se contempla en el caso de la impotencia⁷⁹ o en la descripción de las causas psíquicas capaces de anular el matrimonio⁸⁰. Todo cuanto antecede indica que el Código exige una habilidad para contraer tanto psíquica como física, tanto cuanto se refiere al matrimonio *in fieri* como al *in factó esse*⁸¹.

Al llegar este instante tendríamos que preguntarnos si el acto sexual realizado por un homosexual reúne o no lo requisitos exigidos por el *Codex*.

78 F. Vera Urbano - J. Requena Maldonado, «Homosexualidad y consentimiento en el matrimonio», en *Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales*, XIV (1988) 170. La STS, de 2 de julio de 1989, admite tal diferencia cuando mantiene en el FJ 3.º: «Ni que decir tiene que muchas de estas desviaciones tiene una decisiva influencia sobre la psique del sujeto que las padece, produciendo en el mismo un sexo psíquico distinto del que por razón de su biología molecular le correspondía». En unas recientes Jornadas organizadas por el Consejo de la Juventud de España se determinó, por cuanto a los homosexuales se refiere, después de aludir al fracaso escolar y el bajo rendimiento, se han realizado estudios «que hablan de desequilibrios emocionales y psicológicos, de sintomatologías somáticas, de conductas autodestructivas, complejos de inferioridad, ansiedad, depresiones, etc.». Según el Consejo para la Protección de la Juventud Gay y Lesbianas de Nueva York, el 5 % de los jóvenes homosexuales sufren depresiones a causa del rechazo social, y un 30 % busca la solución en las drogas.

79 Canon 1084

80 Canon 1095, 2 y 3.

81 J. J. García Faílde, *La nulidad matrimonial, boy*, Bosch, 1999, p. 20.

Por lo que respecta a la habilidad física, en primer lugar habría que poner en el candelero el tema de la consumación del matrimonio, y al mismo tiempo pensar si las relaciones sexuales pueden ser entendidas como realizadas de «modo humano». Desde el punto de vista civil, a través de las distintas legislaciones de las Comunidades Autónomas parece que no entran a dilucidar acerca de la existencia o no de tales relaciones, por lo que cabe pensar en la bondad de la mismas. Pero hemos de advertir que en el matrimonio canónico el acto sexual tiene una serie de matices que superan con mucho el mero acto simplemente como tal acto. Ya de entrada tendíamos que preguntarnos si tal acto es realizado de modo humano o no, y la respuesta que se impone ha de ser necesariamente negativa; por otro lado, a dicho acto le falta el requisito de la heterosexualidad. Para el Derecho canónico, el acto sexual es un acto esencialmente generativo, que sublima y eleva el aspecto meramente carnal del mismo, como medio de enaltecimiento y dignificación de la persona; pero al mismo tiempo se trata de una búsqueda del sentido unitivo entre los esposos, al que se le da una proyección trascendente. De todo cuanto antecede, se infiere que para el Derecho canónico el homosexual es incapaz de dar y transmitir un derecho encaminado a la procreación, toda vez que es necesaria una potencia ordenada y digna de una realidad humana; por ello, el *Codex* prohíbe contraer matrimonio, y evidentemente prestar consentimiento a quien le es imposible mantener una relación de modo humano, así como la capacidad de establecer unas adecuadas y correctas relaciones interpersonales entre los cónyuges.

La opinión generalizada entiende que la homosexualidad es irreversible, como lo es la heterosexualidad, al mismo tiempo que mantienen que el matrimonio no es el remedio curativo de la homosexualidad. La homosexualidad fue considerada en ocasiones como casos de impotencia *coeundi* de carácter psíquico; en otras ocasiones, como una amencia *circa rem uxoriam*; otras veces, como un defecto de discreción de juicio. Sin embargo, en la jurisprudencia actual se inclina en calificar la nulidad matrimonial causada por la homosexualidad, o bien como una *incapacitas asumendi*, o bien por la imposibilidad del homosexual para cumplir las exigencias de la fidelidad conyugal, ya que lo normal es que la homosexualidad vaya acompañada de una alteración de la personalidad sobre todo cuando se trata de homosexuales pertenecientes a los grupos seis y cinco de la escala de Kinsey⁸².

«La homosexualidad supone un desorden mental en estos términos esenciales: deseo de adquirir o incrementar las conductas heterosexuales que explícitamente no desea y que son causa de sufrimiento. De manera

82 J. J. García Faílde, *La nulidad matrimonial*, boy, Bosch, 1994, p. 20.

adicional pueden aparecer síntomas de culpa, vergüenza, ansiedad y depresión»⁸³. Es posible que ciertas formas graves de homosexualidad llevan consigo una insanable y definitiva corrupción del instinto sexual recto; constituyen, sin duda, una incapacidad para transmitir y aceptar derechos y deberes heterosexuales cuales son los del matrimonio, que deben ser ejercitados de acuerdo a la naturaleza humana.

Para Montoya Triviño la homosexualidad no es más que una variación cualitativa de la estructura psicosexual de la personalidad⁸⁴.

En el momento actual, la tendencia general es que el homosexual responde a determinados estímulos de carácter fisiológico exactamente igual que el heterosexual. Para la mayor parte de los Auditores de la Rota, se trata de una tendencia que puede darse incluso en personas perfectamente equilibradas, si bien se mantiene la postura de que la mayoría de los pacientes que se entregan a prácticas homosexuales padecen de esquizofrenia, paranoia o neurosis maníaco-depresivas; por tal razón, la homosexualidad es objeto de investigación psicopatológica como resultado de una alteración de la personalidad, y sobre todo se están estudiando las implicaciones sociales, éticas, etc., que en estos casos pueden influir en el matrimonio⁸⁵. De este modo la jurisprudencia canónica llega a la conclusión de que la homosexualidad *per se* no es causa de nulidad, salvo que no fuera acompañada de otros motivos que por su propio peso hagan nulo el matrimonio; lo que ocurre es que, por lo general, va unida a alteraciones de la personalidad⁸⁶. Lo lógico es que la homosexualidad vaya acompañada de una impotencia psíquica o física, lo que conduciría, o bien a que no se consume el matrimonio, o exista una simulación total, o se excluya el *bonum prolis* o el *bonum fidei*, o exista un defecto del consentimiento; sin embargo, en el momento actual se reconducen los casos de homosexualidad, como se ha advertido con anterioridad, a los supuestos contemplados en el canon 1095, 3: incapacidad para asumir las cargas esenciales del matrimonio por causas de naturaleza psíquica⁸⁷.

Como sabemos, el matrimonio canónico comporta una comunidad de vida y amor⁸⁸. Es posible que en los casos de las uniones de hecho tanto

83 Vidal - Alarcón, *Psiquiatría*, Ed. Panamericana, 1986⁵, p. 422.

84 Vidal - Alarcón, *Psiquiatría*, Ed. Panamericana, 1986⁵, p. 422, 1 de junio de 1995; sentencia c. Boccafolo, de 1 de abril de 1998; sentencia c. De Filippi, de 6 de marzo de 1998; B. Montoya Triviño, *Psicopatología...*, cit., p. 17.

85 A. Arza Arteaga, «Los trastornos de la esfera psicosexual», en *Curso de derecho matrimonial...*, X (1992) 205 ss.; F. Masselis, *Argomenti di medicina pastorale*, 1981, p. 195.

86 F. Aznar Gil, «El *consortium totius vitae*», en *Curso...*, VII (1986) 310.

87 F. Aznar Gil, «El *consortium totius vitae*», en *Curso...*, VII (1986) 316.

88 P. J. Viladrich, *Agonía del matrimonio legal...* (ver t. XII, pp. 134 y ss.). En el mismo sentido, Lo Castro, *L'idea di matrimonio e i rapporti interordinamentali*, p. 75 y ss.

homosexuales como heterosexuales puedan establecerse relaciones que comporten una comunidad de vida y amor semejante a las matrimoniales, pero resulta evidente que con matices distintos: En el matrimonio, la comunidad de vida y amor es consustancial con el matrimonio mismo, se trata de un compromiso obligatorio que se contrae incluso en el instante en que se presta el consentimiento. En tanto que no ocurre lo mismo en los supuestos de las uniones de hecho, en las cuales no existe compromiso alguno; si acaso, se trata de un compromiso de carácter privado y, por tanto, fuera de todo contenido obligacional; en unos casos, por falta de heterosexualidad; en otros, porque el supuesto vínculo no pasaría de tener un basamento meramente afectivo; falta de habilidad o voluntariedad de contraer matrimonio en otros; en las uniones de hecho, al no ser exigibles los presupuestos de fidelidad y perpetuidad, la supuesta comunidad de vida y amor puede extinguirse a voluntad de las partes, lo que decididamente contradice el espíritu del matrimonio canónico; si la unión puede romperse «a voluntad», no existe fuerza vinculante que perpetúe esa voluntad de comunidad de vida y amor; por último, la postura psicológica y obligacional es totalmente distinta para quien es consciente de la perpetuabilidad matrimonial de quien sabe que la unión, aunque durase toda la vida, es meramente temporal.

Como colofón, debe llegarse a la conclusión de que el matrimonio civil y el canónico marchan por caminos distintos aunque paralelos. Mientras que en la jurisdicción civil los requisitos para matrimoniar pueden calificarse de meramente administrativos, de control o simplemente de carácter registral, el matrimonio canónico necesita además de unos instrumentos meramente administrativos de control, o registrales, o de cualesquiera otro tipo; cumplir unos objetos y unos fines. El matrimonio es para la Iglesia una comunidad de vida completa entre un hombre y una mujer, comprendiendo dentro de tal comunidad una actividad sexual plena, fecunda y exclusiva mediante la cual surge una entrega en el campo afectivo psíquico y corporal tanto cuanto al hombre como a la mujer, que se traduce en un derecho exclusivo y perpetuo sobre los actos conyugales, de suyo aptos para la generación⁸⁹. Precisamente ahí radica la distinción entre una y otra forma de matrimonio y sus consecuencias posteriores; éstas son las razones por las que si bien ni la Constitución ni el propio Código civil admiten otro matrimonio que no sea el heterosexual, se buscan fórmulas para lograr, en el orden civil, dar protección jurídica a unas uniones que carecen de entidad suficiente para poder calificarlas de matrimoniales, lo que no obsta para que la Circular de

89 A. Arza Arteaga, *Los trastornos en la esfera psicosexual...*, cit., p. 213; L. Míguelez, *Comentarios al Código de Derecho Canónico*, II, n. 284, BAC; M. F. Pompedda, *Il canone 1095 del nuovo Codice IC*, n. 54 (1987) 535 y ss.

la Dirección General de los Registros y del Notariado, de fecha 8 de enero de 2001, admita tales uniones que llega a calificarlas de «matrimonio».

En un principio podría hacerse referencia al estudio de que, como en no pocas ocasiones, se trata de una problema de límites; sin embargo, no creemos que la diferenciación vaya por ese camino. Cuanto se refiere a los límites, entraría en juego cuando se vislumbrase la existencia de una fricción entre el matrimonio y la unión homosexual o heterosexual; pero creemos que tal roce ni existe ni puede existir. No se trata de determinar cómo y hasta dónde es exigible el matrimonio, a quienes va dirigido, y hasta dónde es o no utilizable, así como tampoco a qué personas afecta la unión cuasimatrimonial. Lo que se impone es conocer, o intentarlo al menos, qué analogías y diferencias pueden existir entre uno y otro. Por este camino creemos que en la unión matrimonial y las uniones no matrimoniales existen diferencias abismales: existen diferencias en cuanto se refiere a la heterosexualidad; desigualdad, en cuanto al consentimiento; divergencia, en lo que alude a la procreación; distinción, en cuanto a la manera de disolver el matrimonio y la unión pseudo matrimonial; diversidad, en orden a la legislación específica que regula unos y otros, etc. Luego ya no se trata de figuras jurídicas semejantes entre las que se produce o se puede producir un roce siquiera tangencial. Mas bien creemos que se trata de dos figuras jurídicas distintas; una, programada específicamente para dar forma jurídica a uniones heterosexuales, con una proyección en cuanto a la protección de la familia se refiere, y otra, destinada a regular una relación jurídica entre personas homosexuales, o individuos heterosexuales que por distintos motivos no pueden o no quieren contraer matrimonio. Es evidente, al menos así nos lo parece, que entre el matrimonio y la unión de determinadas parejas pueden existir ciertas afinidades; lo que ocurre es que las diferencias son de tal índole que hace imposible cuanto se refiere a límites.

V. MATRIMONIO Y NUEVO CONCEPTO DE FAMILIA

Desde hace veinte o treinta años, se ha podido observar en nuestro entorno cultural, y su lógica repercusión en España, de la existencia de un proceso no sólo desacralizador y progresivo del matrimonio, sino además se vislumbra un deseo del individuo de no someterse a normativa alguna, unas veces como consecuencia de un espíritu de rebeldía, otras como alegación de una interpretación de la idea de libertad llevada a sus últimas consecuencias; otras, como resultado de una animosidad acomodaticia; y otras, en fin, como reacción decididamente contraria a las leyes civiles o religiosas, cualesquiera fuere la ideología o la forma de ésta. Ello ha traído como resulta-

do, entre otras cosas, la cuasi institucionalización de las uniones de hecho, para concluir con la permisividad de las uniones entre homosexuales o aquellas en las que interviene un transexual ⁹⁰.

La uniones de hecho heterosexuales u homosexuales son una realidad que no admite dudas. A ello hay que añadir el hecho de que las relaciones sexuales se inician a edades cada vez más tempranas; a lo que debe unirse el hecho de la proliferación de escenas eróticas en prensa, televisión o internet, debiendo incluirse la facilidad con que se consiguen productos físicos o químicos que impiden el embarazo, etc., hemos de llegar a la conclusión que estamos inmersos en una sociedad fuertemente sexualizada, con la repercusión personal familiar y social que ello conlleva ⁹¹.

La invasión de la mujer en el campo laboral ha hecho que aquellas tengan que compaginar las tareas laborales con la atención al esposo y los hijos, y que las mujeres más jóvenes se planteen la imposibilidad de la procreación ante una larga y agotadora jornada laboral, ya que no todas las mujeres tienen padres dispuestos a la atención de los nietos, supliendo así la labor que implica la maternidad, o carecen de un instinto de maternidad suficientemente desarrollado que les impide realizar tal sacrificio.

De otro lado, se viene produciendo en Europa una tendencia bifronte con respecto a la homosexualidad; por una parte, se elimina la homosexualidad de la lista de enfermedades y, al mismo tiempo, se pretende equiparar las uniones homo y heterosexuales al matrimonio convencional. Es cierto que con el tiempo las ideas sobre las cosas tienden a la transformación, y a ello han contribuido determinados condicionantes sociales y conceptuales ⁹² motivadas por la evolución de los razonamientos y la conformación de las ideas, distintos, por otra parte, en el espacio y en el tiempo ⁹³. De esta forma han aparecido, junto al modelo clásico de familia matrimonial, unos tipos de familia distintas a la tradicional, consecuencia de unas uniones extrañas para una mente acostumbrada al perfil típico del matrimonio ⁹⁴. No deja de ser curioso que los miembros de este tipo de uniones exigen que se les reconozca el derecho a matrimoniarse, y, consecuentemente, se les concedan todos y cada uno de los derechos inherentes al matrimonio convencional. Si en este instante se nos preguntase cuáles son los aspectos personales y sociales que conforman

90 Ivan C. Iban, *Introducción al Derecho Español*, Nomos verlagsgesellschaft, p. 178.

91 R. Navarro Valls, *Matrimonio y Derecho...*, cit., p. 178.

92 J. Cerdá Gimeno, *Un retorno, a mi pesar...*, cit., p. 103.

93 J. Cerdá Gimeno, *Un retorno, a mi pesar...*, cit., p. 106.

94 J. V. Gadivia Sánchez, «Matrimonio y uniones libres...», cit., p. 3; D. Llamazares, *El sistema matrimonial español...*, cit., p. 294.

tales uniones, la realidad es que se nos plantearía un problema de muy difícil solución.

Para nosotros existen una pluralidad de actitudes conceptuales lideradas por una desmesurada idea del ejercicio de la libertad entendida como una actitud exenta de límites, propiciada, al menos en nuestro país, por políticos de toda laya; ello conduce, querámoslo o no, a una destrucción o, cuando menos, a una debilitación del principio de autoridad. Alegando una libertad sin limitaciones, se llega fácilmente a unas uniones «sin papeles», a uniones heterosexuales más o menos estables o uniones homosexuales que tienen la aspiración de convertirse en matrimoniales, y a la pretensión que jurídicamente se les reconozca como unión matrimonial quienes pudieron matricular y no lo hicieron.

Desde la perspectiva civil las uniones de hecho gozan en su mayoría, en España, de una legislación comunitaria, cuya normativa no parece aplicable al matrimonio, sobre todo en cuanto se refiere a uniones homosexuales o en las que interviene un transexual. Está suficientemente demostrado que las figuras paterna y materna son esenciales en el desarrollo físico y psicológico de los hijos. La estabilidad conyugal facilita el desarrollo de la personalidad de los mismos⁹⁵; el cariño de los esposos favorece el desenvolvimiento convivencial del menor⁹⁶, los roles que desempeñan el padre y la madre son esenciales para el desenvolvimiento y maduración posteriores de los hijos que en concreto redundan en el equilibrio de la familia. La educación, la formación física y espiritual, así como la maduración y educación de los hijos se consigue a través de la convivencia diaria en el seno de la familia, en la que los padres sirven de ejemplo y norte a los hijos, y no con las veleidades esporádicas de las visitas cada quince días, períodos vacacionales o compartiendo la vida con otros menores provenientes de otros matrimonios, con la rémora, además, de la creación artificial de unas figuras paterna o materna que sustituye al verdadero progenitor. Pero al mismo tiempo el menor necesita del cariño y comprensión de los padres naturales, que no pueden ser sustituidos con el afecto más o menos interesado o disimulado de terceras personas. Para Sánchez de la Torre, el concepto de familia debe remitirse a la compuesta por los cónyuges y los hijos; es decir, la resultante de un matrimonio previo⁹⁷.

Consideramos, por otro lado, que la legislación civil y autonómica no da a los hijos la importancia que debiera. Es verdad que se ocupa de ellos a

95 *Vid.* artículo 10 de la CE.

96 Nota de la Comisión Permanente de la Conferencia Episcopal Española, de 24 de junio de 1994.

97 Sánchez de la Torre, «Concepto jurídico de familia», en *Anales Real Acad. Jurisprudencia y Legislación*, 2001, pp. 219 y 223.

través de una serie funciones de carácter material, económico, etc., pero se despreocupa de cuanto se refiere a la formación intelectual y moral de la descendencia. El legislador que contempla la separación la nulidad o el divorcio parece desconectarse de la idea de familia; los hijos creemos que pasan, en tales casos, a un segundo plano; es verdad que se intenta proteger al menor mediante la manida frase «interés más necesitado de protección», que comprende esencialmente aspectos materiales que necesitan los menores: medios económicos, vivienda, etc.; pero no se incide acerca del trauma que supone para los hijos la desmembración familiar y los factores psicológicos que repercuten en los mismos cuando surge la ruptura matrimonial; muchos de los menores se convierten en arma arrojada contra el otro cónyuge, y en no pocas ocasiones son los propios menores los que se encargan de tiranizar a los padres con el fin de obtener no pocos beneficios económicos, unas veces, o simplemente que les concedan sus caprichos, otras. Por lo general, es en los supuestos de disgregación familiar en donde surgen situaciones como las del fracaso escolar, la predelinuencia, la droga o el alcohol, etc.; a ello hay que añadir otros incentivos de tipo sociológico, tales como la incitación al consumismo, el fácil acceso a la violencia o a la pornografía propiciada por muchos medios de comunicación, las relaciones sexuales iniciadas casi en la pubertad, etc., todo ello da idea de los peligros que acechan a la familia actual. A lo que hay que añadir la falta de incentivos morales y éticos que no se proporcionan a los menores, por lo que puede llegarse a la conclusión que la familia es una institución vulnerable, y que por este camino resulta también muy debilitada la sociedad en general; al haber hecho desaparecer conceptos tales como bien común, ayuda al prójimo o satisfacción por la obtención la meta conseguida a pesar del esfuerzo realizado, el sentido del honor personal, etc.; es decir, una serie de valores, en fin, que conforman la personalidad del individuo y determinan, configuran y facilitan la convivencia social.

Ya advertimos que en las normativas comunitarias reguladoras de las uniones de hecho lo que esencialmente contemplan son las relaciones entre los convivientes y no se amplían a las comunicaciones paterofiliales, de donde se desprende que en esos casos, o estamos ante una familia reducida a la mínima expresión, en la que los hijos no parecen tener cabida⁹⁸, o en caso contrario, lo que parece más lógico, es que las relaciones paternofiliales sean reguladas por el Derecho civil como derecho supletorio. Pero el hecho de no tomar en consideración cuanto se refiere a la descendencia

98 Ver, por ejemplo, la Ley de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid, de 19 de diciembre de 2001 (*BOCM* de 3 de enero de 2002. Ver también Ley 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables de la CA del Principado de Asturias, *BOE*, 2 de julio de 2002.

resulta un tanto sorprendente, porque además, sobre todo en los casos de uniones entre homosexuales, lo primero que se intenta es que sea admitido proceder a la adopción.

Vistas las cosas desde otra perspectiva, habría que pensar si los derechos matrimoniales llevados a las uniones de hecho, así como la existencia de tales derechos llevadas a sus últimas consecuencias, no limitaría, de una forma u otra, los derechos del matrimonio como base de la familia⁹⁹, así como el reconocimiento de la persona y la búsqueda de su plena perfección¹⁰⁰.

Desde el Vaticano se reclama una especial protección por parte de los poderes públicos, debiendo exigirse a los Estados la defensa de la *sovranità della famiglia* en cuanto ésta constituye el núcleo fundamental del tejido social¹⁰¹. Por ello se impone defender la institución familiar por ser la esencia de la nación. Desde distintos ángulos, la Iglesia viene observando que se ha separado la procreación de la idea matrimonio. El divorcio crece de una manera alarmante. La familia aparece en no pocas ocasiones disgregada en la que los hijos marchan del domicilio paterno a edades muy tempranas, y si no abandonan la vivienda conyugal es por causa de intereses económicos o de capricho y comodidad; por ello la Iglesia exige protección tanto moral como ética y económica y sobre todo se pide que cesen las agresiones a las que constantemente se ve sometida la familia. No debe olvidarse que la protección de los derechos de la familia implica la protección de los derechos del hombre y, por tanto, la familia es el lugar por excelencia para el reconocimiento de los derechos de la persona y la búsqueda de su propia dignidad. La Declaración Universal reconoce la innata dignidad de todos los miembros de la familia, así como la igualdad jurídica y moral y la inalienabilidad de tales derechos¹⁰².

Desde el punto de vista jurisprudencial civil, como hemos visto, se viene observando una tendencia a establecer una equivalencia ente el matrimonio propiamente dicho y las uniones no matrimoniales, o cuando menos procurar la aplicación de ciertas medidas típicas del matrimonio a tales uniones pseudom matrimoniales. «El matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son a todos los efectos 'realidades equivalentes' pero observando que aquella no equivalencia entre matrimonio y convivencia de hecho no se

99 J. Díaz, «La familia rechaza agravios comparativos...», cit., p. 12.

100 *Pontificio Consiglio per la Famiglia e diritti umani*, Libreria Editrice Vaticana, 1999, pp. 10 y ss.

101 *Pontificio Consiglio...*, cit., p. 37.

102 *Pontificio Consiglio...*, cit., pp. 12, 13, 16, 19 y 35 y 38; F. Ruscello, *I rapporti personali fra coniugi*; Giufré Editore, Milano 2000, pp. 127 y ss.; 166 y ss.; 285 y ss.; 411 y ss.

deduce necesariamente que toda medida tenga como únicos destinatarios a los cónyuges, con exclusión de quienes conviven establemente en unión de hecho...»¹⁰³. Por ello se ha estimado que no cabe derivar del artículo 31.1 de la CE «una diferenciación necesaria entre familias matrimoniales y no matrimoniales...»¹⁰⁴.

Sin embargo, la realidad es muy distinta: se está pretendiendo llevar al matrimonio a un terreno totalmente anómalo, entre otras cosas mediante la transformación del concepto matrimonio y familia; las relaciones sexuales de los esposos ya no son entendidas en sus aspectos unitivo y procreador, sino como medio de satisfacción personal, más parecida a una sociedad civil, todo ello sin tener en cuenta las relaciones interpersonales, que son entendidas desde una perspectiva cuasi societaria.

La desacralización del matrimonio ha traído como consecuencia la proliferación de los matrimonios civiles, en los que el concepto de amor conyugal, sacrificio mutuo, fidelidad, o han desaparecido o cuando menos ha sido difuminado o se desea ocultar; se crea de esta manera un «matrimonio» ausente de formalismo, y como consecuencia de ello carente de trascendencia. Estamos así en presencia de un matrimonio *light*, que intenta parecerse al sacramental pero que carece del sentimiento espiritual que anima al matrimonio canónico¹⁰⁵ y sin el carácter formal que exige la jurisdicción civil; sin embargo, y esto resulta paradójico, en no pocas ocasiones se ha escuchado en los medios de comunicación afirmar a X «que se iba a casar por la Iglesia», dando con ello a entender, al menos así nos lo parece, que se pretende dar al matrimonio canónico los visos de seriedad, formalismo e indisolubili-

103 S TC 222/1992, de 11 de diciembre. FJ 3.

104 STC 47/1993, de 8 de febrero. FJ 2. Ambas sentencias contradicen, al menos en parte, el contenido de la STC, n. 184/1990, de 15 de noviembre (FJ 2 y 3), cuando mantenía que «... en la Constitución española el matrimonio y la convivencia matrimonial no son realidades equivalentes. El matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución... el legislador, puede, en principio, establecer diferencias entre la unión matrimonial y la puramente fáctica... es claro que dicho precepto (se refiere al art. 39 CE) no establece ni postula una paridad de trato en todos los aspectos y en todos los órdenes de las uniones matrimoniales y las no matrimoniales...». Sin embargo, después de hacer tales consideraciones, concluye, afirmando que: «Por ello se ha estimado que no cabe derivar del propio artículo 39.1 una diferenciación necesaria entre familias matrimoniales y no matrimoniales».

A nuestro modo de ver, si en la mencionada sentencia se equipara la familia matrimonial con la no matrimonial por «imperativos ligados al carácter social» (FJ 2), necesariamente hemos de preguntarnos cuándo pueden ser aplicables y cuándo no, a las uniones no matrimoniales, idénticas normativas y beneficios y protección que la legislación vigente concede a las familias matrimoniales, pues de lo contrario se corre el peligro de conceder las mismas ventajas sociales, económicas, etc., a uniones pseudomatrimoniales, que decidida y conscientemente rechazaron la unión matrimonial y su consideración social; no parece lógico que se otorgue idéntica protección a unas y a otras uniones. Se hace imprescindible exigir al legislador una normativa idónea a fin de que, con la vista puesta en el matrimonio, regule las uniones extramatrimoniales y sus condicionantes jurídicos y sociales.

105 R. Navarro Valls, *Matrimonio y Derecho*, cit., pp. 104 a 114.

dad que la Iglesia procura; características de las que carecen las uniones paramatrimoniales, incluso cuando éstas sean de carácter heterosexual.

Como ya hemos visto, se pretende identificar las uniones de hecho con el matrimonio, sobre todo en cuanto se refiere a las uniones homosexuales, y ya sabemos cómo desde el punto de vista civil es factible realizar tal aproximación, sin que ni desde el ángulo de la Constitución Española, ni desde la perspectiva del Código civil, no parece que sean admisibles los matrimonios entre homosexuales. Tampoco parece que se haga referencia a la homosexualidad ni en la Convención de Roma, ni en la Declaración de los Derechos del Hombre, ni en la Convención Europea de 19 de marzo de 1985¹⁰⁶. Por último, ha de llegarse a la conclusión de que ni la doctrina ni la jurisprudencia canónicas parece que sea admisible las uniones de personas que se ven imposibilitadas a cumplir determinados presupuestos básicos típicos del matrimonio canónico.

Pero la tan pretendida absoluta equiparación comenzó a dar ciertas muestras de debilidad cuando el propio Tribunal de Derechos Humanos entendió, en los casos Rees y Cossey, que no existe violación del artículo 8 del Convenio de Roma, porque el artículo 12 hace referencia a matrimonios heterosexuales. Como hemos visto con anterioridad, el texto constitucional español hace referencia en el artículo 32.1 a que «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica», lo que evidencia que el matrimonio tiene un carácter eminentemente heterosexual; sólo puede celebrarse entre personas de sexo contrario, sin que quepa una interpretación extraña del artículo 14 de la CE para sustentar la alegación de una supuesta discriminación por razón de sexo; pues una cosa es el mantenimiento de un trato diferente a personas de sexos distintos y otra cosa muy distinta es dar un trato diverso a personas de tendencia sexual dispar. El matrimonio siempre se ha reconocido como la unión entre un hombre y una mujer. Hay que admitir, sin embargo, que los países del norte de Europa (Dinamarca o Noruega) o Canadá quieren desconocer las enormes diferencias entre el matrimonio propiamente dicho y las uniones entre homosexuales. Aun teniendo en cuenta la similitud de los aspectos sexuales o amorosos de los cónyuges y los unidos por vía homosexual, una de las grandes diferencias reside en el hecho de que en el caso del matrimonio la sexualidad está abierta a la generación, en tanto que en la versión civil como en la canónica, en el supuesto de los homosexuales, carece de tal proyección¹⁰⁷.

Pese a todo, se sigue reconociendo el matrimonio como la unión de un hombre y una mujer, como sucede, por ejemplo, en Francia, donde se

106 R. Navarro Valls, *Matrimonio y Derecho*, cit., p. 107.

107 R. Navarro Valls, *Matrimonio y Derecho*, cit., p. 113.

distingue claramente el «concubinage» homosexual del heterosexual. En los EE.UU., en los casos Griswold v. Conneticut; Eisentadt v. Baird y Roe V. Wade ¹⁰⁸, entre otros, se viene manteniendo que «no se ha demostrado ninguna conexión entre la familia, el matrimonio y la procreación, por un lado, y la actividad homosexual, por otro».

Desde otro ángulo, ni en la Convención de Roma de 1950, ni en la Convención Europea de 19 de marzo de 1985 se han adoptado ningún acuerdo en torno a la homosexualidad, ni tampoco se han incluido los motivos de discriminación prohibidos en el artículo 14 de la Convención de Roma.

Al mismo tiempo, y como consecuencia de la radical separación entre Iglesia y Estado, se observa que se viene produciendo un proceso secularizador del matrimonio, puesto de día en día de manifiesto por el número de celebraciones de matrimonios civiles. En este sentido, el matrimonio civil pierde su naturaleza trascendente, lo que lleva consigo la infravaloración de su dimensión sobrenatural, así como la pérdida de su sentido de unión de Cristo con la Iglesia ¹⁰⁹. Pero al mismo tiempo este proceso de secularización incide sobre lo que tradicionalmente se ha venido entendiendo como familia cristiana, así como las relaciones personales de cada uno de sus miembros ¹¹⁰. Éste puede ser uno de los motivos, no el único, del actual desarraigo familiar, de los deseos de independencia de los jóvenes, de la problemática que plantea la droga, la promiscuidad y el alcohol, a lo que hay que añadir el hecho, más que contrastado, de contraer matrimonio civil con el premeditado propósito de «divorciarme en el caso de que el matrimonio vaya mal»; con tal idea puede suponerse que se pretende hacer desaparecer el principio de insolubilidad, característica esencial del matrimonio canónico ¹¹¹. Todo ello sin tener en cuenta el hecho de que en no pocas ocasiones los trámites procesales civiles de separación y divorcio superan los exigidos por la nulidad canónica. Mas contraer matrimonio con una mentalidad divorcista nos parece una postura decididamente egoísta. El hecho de pensar en la separación o el divorcio «si el matrimonio va mal», o simplemente «rompo la unión cuando quiero», hace referencia tan sólo a los cónyuges, o si se quiere a uno de ellos; pero parece ser que la descendencia nada tiene que decir en estos casos, cuando es comúnmente sabido que, precisamente en estas ocasiones, son obviamente los hijos los más afectados.

108 R. Navarro Valls, *Matrimonio y Derecho*, cit., p. 101.

109 J. M. Iglesias Altuna, *Procesos matrimoniales canónicos*, Cívitas, 1991, p. 80; R. Navarro Valls, «Los Estados frente a la Iglesia», en ADEE, 1993, p. 85.

110 J. M. Iglesias Altuna, *Procesos matrimoniales...*, cit., p. 85.

111 R. Navarro Valls, *Matrimonio y Derecho*, cit., p. 112.

Puede observarse que frecuentemente se vienen realizando uniones heterosexuales de hecho que pueden calificarse de «matrimonios a prueba», en los que después de un tiempo de convivencia, en la que incluso ha habido descendencia, deciden contraer matrimonio, bien por vía civil, bien en forma canónica; en estos supuestos creemos que, salvo excepciones, se trata de imposiciones sociales, o simplemente por seguir la moda, salvo en los casos en los que existe la imposibilidad de contraer al no haberse disuelto un matrimonio anterior.

Si a todo ello añadimos otros factores de carácter sociológico, como pueden ser la masiva mentalización de las personas a través de los medios de comunicación, que airean —con el beneplácito de determinados individuos mediante pingües contraprestaciones económicas— todas las miserias e intimidades de su matrimonio, cabe pensar en el daño que se puede producir en la mente de no pocas personas faltas de un sano criterio, así como la repercusión en las relaciones interpersonales de no pocas familias. De esta manera se vuelve al concepto de matrimonio romano, donde, una vez desaparecida la *affectio maritalis*, se rompía el consentimiento continuado, facilitando con ello el divorcio por el mero transcurso del tiempo sin haber reanudado la convivencia ¹¹².

Si, como parece imparabile, ha de aceptarse una familia diferente de acuerdo con los nuevos tiempos, da la impresión de que, al menos en España, el proceso evolutivo no se traduce en una cohesión familiar tanto desde el punto de vista físico como espiritual; por contra, la disgregación familiar es ya un hecho que no parece que tenga solución; los padres ceden ante la autoridad de los hijos, los cuales reclaman derechos sin contraprestación obligatoria alguna; nada aportan al acervo familiar; cuanto ganan, gastan en aras de una independencia, etc. ¿Tienen la culpa de todo ello esos «nuevos tiempos»? ¿qué parte hay que adjudicar a la nueva concepción del matrimonio y la familia?, ¿cuánto hay que imputar a la sociedad y cuánto al legislador?, ¿tenemos la culpa todos o la culpa no es de nadie?

Sin embargo, a pesar de todo, si bien es verdad que los «nuevos tiempos» han modificado ciertos conceptos del matrimonio y de la familia, el hecho cierto es que los aspectos esenciales de uno y otra continúan susten-

112 *Vid.* artículo 86 Cc. R. Navarro Valls, *Matrimonio y Derecho*, cit., p. 113. El Tribunal de Estrasburgo negó el derecho a adoptar a un homosexual. Entendió el Tribunal que la negativa «parece objetiva y razonable», y «que, por tanto, no se puede alegar trato discriminatorio». El fallo judicial alude a la falta de consenso científico sobre las «consecuencias para los niños de ser educados por uno o más padres homosexuales». Sentencia del Tribunal de Estrasburgo de 26 de febrero de 2002. Sin embargo, parece ser que en Suecia se está estudiando la posibilidad de admitir la adopción por parte de convivientes homosexuales.

tándose en principios y sentimientos inmutables. En nuestro entorno cultural, concretamente en Italia, se considera la unidad familiar como proyección social, con unos intereses individuales como colectivos. El marido ha dejado de ser el «jefe de la familia», que ahora corresponde a ambos cónyuges, los cuales han de llegar a acuerdos expresos o tácitos en aspectos de tanta importancia como el domicilio familiar, cuestiones de índole laboral, y, sobre todo, cuanto se refiere a los hijos comunes. La familia debe contribuir a la iniciativa patrimonial atribuida a uno de los dos cónyuges, a la cual deben coadyuvar todos los miembros de la familia a los intereses familiares.

El cuidado, manutención y educación de los hijos sigue siendo un factor determinante de la familia (Cass., 7-7-1995 y 18-6-1990). Cada miembro de la familia responde a roles diversos, pero todos ellos deben actuar en beneficio de la comunidad. Cada individuo tiene derecho a la libertad religiosa y al ejercicio de tal libertad (Cass., 23-8-95). Ambos cónyuges vienen obligados a la asistencia moral y material en los casos de separación y divorcio, pero los hijos también vienen obligados a contribuir en función del «nivel de vida» de la familia (Trib. Min. Génova, 5-12-1978, y Tib. Min. Bologna, 26-10-1973).

La residencia habrá de fijarse de común acuerdo entre los dos cónyuges, pero teniendo en cuenta, además, los intereses de los hijos. La cohabitación es esencial para ambos esposos y para el desarrollo y atención de la familia, pero se impone la separación de los cónyuges cuando éstos, con su comportamiento, pueden causar un grave perjuicio para los hijos.

Ya hemos hablado de la obligación de los padres de prestar educación a los menores, pero aquellos deberán respetar la personalidad de los hijos, así como sus aficiones, predisposición y capacidad física e intelectual (Cass., 7-4-1997, y Cass., 21-11-96).

Rige el principio de libertad religiosa, por lo que se reconoce la salvaguarda de cualesquiera formación social o religiosa (Trib. Min. Emilia Romagna, 1978, y Trib. de Massa, 18-9-1996). Sin embargo, no puede ser aceptada una religión cuando se trata de un «credo notoriamente integrista e intransigente y sin arraigo en nuestro país» (Trib. Min. Venezia, 10-5-1990).

Por último, se exige respeto a las personalidades de los hijos teniendo en cuenta siempre los intereses superiores de éstos (Trib. Min. Ancona, 29-3-1996) ¹¹³.

113 F. Ruscello, *I rapporti personali fra conyugi*, cit. Sobre todo, pp. 127 y ss.; 166 y ss.; 285 y ss.; 411 y ss.

Resulta innegable que casi todos los países de nuestro entorno cultural dispone de una legislación proclive a la protección de la familia, si bien no tanto como debiera ¹¹⁴. Por otro lado, creemos que los ataques más furibundos no vienen desde el ángulo de una posible falta de protección legislativa, sino desde actuaciones sociológicas soterradas que minan lenta pero inexorablemente determinados conceptos, que precisamente son sobre los que se apoya todo el entramado matrimonial. La prensa, la televisión, determinados espectáculos, ciertas actitudes tolerantes con los jóvenes y con los que no lo son tanto, la permisibilidad de determinadas costumbres, así como el nacimiento de ciertas ideas y conceptos sustentados por una falsa actitud de cambio, o apoyados en un supuesto progreso innovador, etc., parecen hechas a propósito para ejercer esta labor de zapa respecto a una institución de tan tradicional arraigo como el matrimonio, sin que en el otro platillo de la balanza se compensen tales actitudes con valores e ideales que tiendan a equilibrarla, puesto que a no pocos sectores interesa alterar o destruir los presupuestos sustentadores de la familia como medio elemental y sencillo de atentar contra uno de los pilares básicos sobre los que se asienta una sociedad determinada ¹¹⁵.

Luis Álvarez Prieto

Universidad Complutense
Madrid

114 No debe olvidarse que desde hace pocos años se está volviendo a reconocer al matrimonio como fundamento básico de la sociedad. En el Reino Unido, Francia o Alemania se considera, en síntesis, que «el matrimonio es la mejor institución y modelo más estable para educar a los hijos». R. Navarro Valls, «El retorno del matrimonio...», cit., en Diario *El Mundo*, 4 de dic. de 1998.

115 E. Rojas, «¿Quién eres?», en *Temas de hoy*, 2001, p. 20.