

Edita: Instituto de Derecho Iberoamericano
Calle Luis García Berlanga, núm. 7, 1-15
46023 Valencia, España.

Correo Electrónico: info@idibe.com

Dirección web: www.idibe.com

Director General:

José Ramón de Verda y Beamonte

j.ramon.de-verda@uv.es

ISBN: 978-84-617-7610-8

ISSN: 2386-9224

© Derechos Reservados de los Autores

DIRECTOR

DR. DR. JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE CATEDRÁTICO DE
DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

SUBDIRECTORES

DR. JUAN ANTONIO TAMAYO CARMONA
PROFESOR TITULAR DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

DR. GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA PROFESOR
TITULAR DE DERECHO CIVIL, LUMSA, ITALIA

SECRETARÍA DE REDACCIÓN

D. PEDRO CHAPARRO MATAMOROS
BECARIO DE INVESTIGACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE VALENCIA,
ESPAÑA

D. LUIS DE LAS HERAS VIVES
ABOGADO, VICEPRESIDENTE DEL IDIBE

SECRETARÍA TÉCNICA

D. PABLO JOAQUÍN MARTÍNEZ CARLOS
ABOGADO, ADJUNTO 1º A LA PRESIDENCIA DEL IDIBE

COMITÉ CIENTÍFICO

DR. DR. SALVADOR CARRIÓN OLMOS
CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

DR. ANDREA FEDERICO
CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE SALERNO, ITALIA

DR. GIAMPAOLO FREZA CATEDRÁTICO DE DERECHO
PRIVADO, LUMSA, ITALIA

DR. PABLO GIRGADO PERANDONES
PROFESOR TITULAR DE DERECHO MERCANTIL, UNIVERSIDAD DE TARRAGONA, ESPAÑA

DRA. AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI
CATEDRÁTICA DE DERECHO DE FAMILIA, UNIVERSIDAD DE CUYO, ARGENTINA

D. CRISTIAN LEPIN MUÑOZ CATEDRÁTICO DE DERECHO
CIVIL, UNIVERSIDAD DE CHILE

D. FABRICIO MANTILLA ESPINOSA,
CATEDRÁTICO DE CONTRATOS CIVILES Y MERCANTILES, UNIVERSIDAD DEL ROSARIO, COLOMBIA

DRA. GRACIELA MEDINA
CATEDRÁTICA DE DERECHO DE FAMILIA Y DE SUCESIONES, UNIVERSIDAD DE
BUENOS AIRES, ARGENTINA

DR. LORENZO MEZZASOMA
CATEDRÁTICO DE DERECHO PRIVADO, UNIVERSIDAD DE PERUGIA, ITALIA

DRA. MARIEL F. MOLINA DE JUAN
ABOGADA. PROFESORA DE DOCTORADO EN DERECHO, UNIVERSIDAD DE CUYO, ARGENTINA

DR. ORLANDO PARADA VACA
CATEDRÁTICO DE DERECHO, UNIVERSIDAD AUTÓNOMA GABRIEL RENÉ MORENO,
BOLIVIA

DRA. MARÍA JOSÉ REYES LÓPEZ
CATEDRÁTICA DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

DRA. ADELA SERRA RODRÍGUEZ
CATEDRÁTICA ACREDITADA DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

DR. FRANCISCO TERNERA BARRIOS
CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DEL ROSARIO, COLOMBIA

DR. DAVID VARGAS ARAVENA
PROFESOR DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD CATÓLICA DE LA SANTÍSIMA
CONCEPCIÓN, CHILE

EL PRINCIPIO DEL LIBRE DESARROLLO DE LA
PERSONALIDAD EN RELACIÓN A LA PERSONA, EL
MATRIMONIO Y LA FAMILIA

THE PRINCIPLE OF FREE DEVELOPMENT OF
PERSONALITY IN RELATION TO THE PERSON,
MARRIAGE AND FAMILY

DR. MARTÍN ANSELMO ROCHA ESPÍNDOLA
Doctor en Derecho Civil
Universidad Europea de Madrid
mrochae@hotmail.com

RESUMEN: La familia es célula básica de la sociedad, por ello, cualquier reforma que en relación a ella se lleva a cabo en el ordenamiento jurídico debe ser reflexionada profundamente. En la última década, algunas de las principales modificaciones a nivel legislativo se han inspirado en el principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad, por este motivo es necesario comprender el sentido de la libertad a la que alude y como ella no puede entenderse únicamente en relación a dicha personalidad sino que sobre todo con respecto a su verdadero protagonista, la persona.

PALABRAS CLAVE: Familia; Libre desarrollo de la personalidad; Filosofía personalista; Derechos fundamentales; Matrimonio; Menores.

ABSTRACT: The family is basic cell of society, therefore, any reform which in relation to it is carried out in the legal system must be deeply considered or thought or reflected about. In the last decade, some of the main modifications at a legislative level have been inspired by the constitutional principle of free personality development, for this reason it is necessary to understand the sense of freedom to which it alludes to and since it can't be understood only in relation to such personality but especially regarding its real protagonist, the person.

KEY WORDS: Family; Free personality development; personalist philosophy; Fundamental Rights; Marriage; Children.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.....	1
LA FAMILIA.....	8
I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.....	8
II. LA FAMILIA COMO COMUNIDAD DE PERSONAS. ANÁLISIS DESDE SUS FUNCIONES.....	12
III. COMUNIDAD DE PERSONAS E INTERÉS FAMILIAR.....	177
IV. CONSIDERACIONES PARA LA CONCEPTUALIZACIÓN DEL TÉRMINO FAMILIA DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO.....	29
V. LA EUROPEIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA.....	35
LA PERSONA.....	41
I. QUIÉN ES LIBRE Y QUIÉN GOZA DE PERSONALIDAD: LA PERSONA.....	41
1. ¿Quién es la persona?.....	42
II. LA PERSONALIDAD Y SU LIBRE DESARROLLO.....	44
III. EL PRINCIPIO DEL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y SU FUNDAMENTO: LA DIGNIDAD Y LA LIBERTAD DE LA PERSONA.....	46
1. La dignidad de la persona, ámbito filosófico.....	48
2. La dignidad de la persona, en el ámbito jurídico.....	49
IV. DIGNIDAD Y LIBERTAD.....	544
1. Libertad y autodeterminación.....	544
2. La libertad, en términos jurídicos constitucionales.....	55
EL DERECHO DE FAMILIA Y EN ESPECIAL EL MATRIMONIO, EN RELACIÓN AL PRINCIPIO DEL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD.....	600
I. EL PRINCIPIO DEL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y EL DERECHO DE FAMILIA. ASPECTOS GENERALES.....	600
II. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y EL DERECHO DE FAMILIA.....	633
1. Antecedentes previos.....	63
2. La igualdad de las familias ante la Constitución, ¿Familia o modelos de familia?.....	68
3. ¿Qué ha entendido por familia el Tribunal Constitucional?.....	78
4. Situaciones de convivencia que se discuten si son familia o no.....	82
III. LA EVOLUCIÓN DE LA GARANTÍA INSTITUCIONAL DEL MATRIMONIO.....	85
IV. LA LEY 13/2005, QUE MODIFICA EL CÓDIGO CIVIL EN LO REFERENTE AL MATRIMONIO. EL MATRIMONIO HOMOSEXUAL Y EL FIN DE LA NECESARIA HETEROSEXUALIDAD PARA CONTRAER MATRIMONIO.....	97
V. LA REALIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA ADECUACIÓN DEL MATRIMONIO A LA REALIDAD SOCIAL DEL MOMENTO.....	1100
VI. EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD EN EL MENOR.....	1200
CONCLUSIONES.....	125
BIBLIOGRAFÍA DE REFERENCIA.....	131

INTRODUCCIÓN

España es rica en personajes entrañables para la literatura universal, entre ellos el Lazarillo de Tormes, Don Juan, el Mio Cid, y los que más, Don Quijote de La Mancha y Sancho Panza. Posiblemente el más célebre de todos es el Quijote universal, personaje que viene a ser un entramado de sabiduría popular y sentido común.

Para todo conocedor del Derecho, este es, en sentido estricto *ratio scripta*, sentido común, o por lo menos esto debiese reflejarse en los diversos preceptos que forman nuestra normativa. Pero ¿es realmente así?

En uno de los capítulos más famosos de la ya clásica obra, el caballero de la Triste figura le pide a su escudero, a la sazón Gobernador de la ínsula Barataria que gobierne y legisle con criterio, cito, por ello, los famosos versos que describen el dialogo: “sobre todo que se guarden y que se cumplan, que las pragmáticas que no se guardan, lo mismo que si no lo fueran”¹. Pues bien, esta cita me parece muy importante porque es de plena actualidad, por el panorama presentado en ciertos ámbitos del ordenamiento jurídico español, especialmente en el que nos interesa, el Derecho de Familia. Aunque reconozco, no es esa la hipótesis que se plantea como hilo conductor del presente trabajo, sin embargo es importante justamente porque ante la dispersión de leyes son los principios los que ejercen un papel unificador.

Existe un normativismo exagerado, con disparidad de criterio, lo que ha provocado la desconfiguración de ciertas instituciones que fueron creadas para determinadas situaciones y que ahora mismo regulan otras que exceden sus fronteras².

¹ CERVANTES Y SAAVEDRA, M. de “*Don Quijote de la Mancha*”, Centro Virtual Cervantes, Literatura, Clásicos/Hispanicos.

http://cvc.cervantes.es/literatura/clasicos/quijote/edicion/parte2/cap51/cap51_02.htm

² SORO, O. (Trad.): “Coloquio de las tergiversaciones en el Derecho de Familia”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, Pamplona, 2011, pp. 195 a 201. El citado autor sostiene que un interesante punto de vista lo constituye el enunciado por Lemouland, J. J, para quien en relación con la tergiversación de instituciones familiares para la consecución de fines civiles de carácter extra-patrimonial, definió el «détournement» como una transgresión del orden jurídico establecido sobre el que se asienta la institución tergiversada. Y destacó que si dichas transgresiones constituyen habitualmente una perversión del espíritu de las instituciones, en ocasiones también pueden significar un primer paso para la evolución del Derecho. Así, en el primer sentido distinguiría, atendiendo al grado de desnaturalización de la institución, entre transgresiones duras y suaves *détournements durs et doux*), citando para ello los ejemplos de la adopción de menores con el fin de crear, formalizar o consolidar un concubinato cuando dicha finalidad debería realizarse mediante la celebración del matrimonio, y en segundo lugar el de la adopción de hijos procedentes de madres de alquiler que, pese a todo, confiere al niño una filiación que antes no tenía. Desde un segundo punto de vista, que considera estas tergiversaciones como un modo para promover la evolución del Derecho, destaca la opinión de Murat, para quien una de las consecuencias positivas de dichas prácticas puede situarse precisamente en la eventual respuesta que frente a ellas puede ofrecer el Derecho. En efecto, bajo su punto de vista, aunque la mayor parte de estas prácticas responden a intereses estrictamente egoístas y conllevan un «despiece» de las instituciones al buscar únicamente aprovecharse de unos efectos o eliminar aquéllos que no convienen, en ciertas

Eso sí, se atisban rayos de luz, entre tantas normas, existen claves que nos permiten procurar entender este edificio gigantesco que parece ser el Derecho en cuestión, o por lo menos intentarlo, no es del todo imposible.

A pesar de que el desconocimiento de la ley no exime de su cumplimiento, hoy por hoy resulta a todas luces inabarcable la telaraña normativa que invade todos los aspectos de la vida cotidiana³. Es problemático el legislar por todos y para todos e imposible dejar a todo el mundo contento. Si bien el segundo aspecto es clásico, el primero resulta a todas luces crítico. Cualquier despacho, de cualquier institución, de cualquier comunidad autónoma siente la necesidad de regular, pero lo que ocurre a nivel macro sucede a nivel micro, es decir, desde Bruselas hasta el último trozo de la tierra en España. Pero eso no es todo, porque, existen pocas áreas del Derecho donde el tinte ideológico, llámese conservador o progresista sea tan notorio como en la presente. Posiblemente el regular un contrato, sus reformas y modificaciones no influya tanto en la configuración de la sociedad que queremos, pero el regular la familia e incluso, el reformar al matrimonio, dice mucho sobre el país que se quiere construir.

La presente monografía surge de una anterior tesis doctoral, que procuró indagar y reflexionar en torno a los principios que, a mi juicio, informan el ordenamiento jurídico familiar y matrimonial, debido a que constituyen el sustrato que lo fundamenta, lo explica y le da coherencia. A tales principios se les denominó claves porque eran de vital importancia para procurar entender las reformas acaecidas en los últimos años, especialmente la última década, sin perjuicio de que este período de tiempo bastante cercano no podía entenderse sin las discusiones, e innovaciones acaecidas años antes. Dicha tesis doctoral se tituló: “Claves para entender las reformas del Derecho de Familia español: Principios informadores” y fue defendida en la Universidad de Valladolid, un 18 de octubre de 2013, siendo catalogada de sobresaliente cum laude.

Como se sabe el término “principio” puede adoptar significados diversos, en palabras de RUIZ MANERO, principios como normas muy generales; principios como normas redactadas en términos especialmente vagos; principios como normas que expresen valores superiores de un ordenamiento jurídico o de un sector del mismo; principios como normas programáticas o directrices;

Principios como normas dirigidas a órganos de aplicación y que señalan cómo se deben seleccionar o interpretar las normas aplicables y principios como enunciados generales que permiten la sistematización y comprensión de un ordenamiento o un

ocasiones pueden constituir un síntoma de la necesidad de transformar el Derecho o de colmar las deficiencias de algunas instituciones. Así, desde esta perspectiva, mientras que las primeras constituirían una negación del Derecho existente, las segundas podrían representar una contribución a la evolución del Derecho. Y, en su opinión, en este último caso las decisiones de los órganos jurisdiccionales asumirían un papel determinante.

³Cfr. ORTIZ DE ZÁRATE HIERRO, F. J.: “Acceso a la justicia de los nuevos grupos sociales”, *Actualidad Jurídica: Ed. Aranzadi, S. A.*, Pamplona, 2005. En dicha obra se alude a lo disperso de las normas en relación al surgimiento de diversos grupos de carácter social.

sector del mismo⁴.

Las claves que se trataron en aquella tesis participaron de estos diversos conceptos que se entienden como principios. Hay que subrayar, en tal sentido, que los principios son normas con caracteres especiales y no meros orientadores programáticos. Son normas con un carácter fundamental⁵, ya que su alteración provoca la transformación del ordenamiento o del sector del ordenamiento donde operan al ser considerados pautas preferenciales en la interpretación.

Estos principios se enmarcan en el ámbito del Derecho, pero un sector del mismo que tiene por objeto a la familia y el matrimonio. En lo referente a ellos, no es necesario descubrir la importancia que tiene estos, pero ¿Realmente sabemos a qué realidad nos estamos refiriendo cuando empleamos tales términos?, ¿Es necesario conceptualizar dichas realidades o más bien encontrar y dilucidar ciertos elementos que contribuyan a su estimación?

No a cualquier forma de convivencia se le puede llamar familia. Para evitar confusiones, hace falta que a cada realidad o experiencia le corresponda un nombre preciso.

LÉVI-STRAUSS hablaba de un fenómeno universal, presente en todos y cada uno de los tipos de sociedad⁶. Esta importante afirmación indica la existencia de una suerte de universal social y cultural que señala el *propium* (lo propio) de la familia. Ella, por consiguiente, corresponde a una forma de comunidad, derivada de tres tipos de relaciones; la filiación, la consanguinidad y la convivencia de dos personas que puede ser conyugal o simplemente de hecho

La familia pone en evidencia el vínculo de pertenencia que se instaura entre los sujetos que la componen, es esa forma específica de sociedad primaria lo que une y lo que de hecho permite un desarrollo armónico de las diferencias constitutivas del ser humano. La relación “tú-yo” cotidiana y estable que pasa a través de las relaciones primarias que se viven en la familia favorece también el crecimiento equilibrado de la persona. La autoconciencia del hombre, incluso de forma inconsciente, se apoya por tanto en un vínculo y en una pertenencia originaria en la que es posible volver a encontrarse en todo momento. La familia, así entendida, se difunde en la sociedad no como un bien privado sino como un auténtico y verdadero bien común: saca a la luz la intrínseca naturaleza relacional de la experiencia humana.

⁴ “Principios jurídicos”, en GARZÓN VALDÉS, E. y LAPORTA, J. (Eds.): *El Derecho y la justicia*, Ed. Trotta-CSIC-BOE, Madrid, 1996, p. 151.

⁵ BETEGÓN, J.; GASCÓN, M; PÁRAMO, J. R; PRIETO, L.: *Lecciones de Teoría del Derecho*, Ed. McGraw Hill, Madrid, 1997, p. 166. Se estima que la nota de la fundamentalidad se puede entender de diversas formas: 1) fundamentalidad jerárquica: se identifica con la jerarquía normativa; 2) fundamentalidad lógico-deductiva: es la que tienen aquellas normas de las que pueden ser deducidas, por vía lógica, otras normas; 3) fundamentalidad teleológica: es la que caracteriza las normas que establecen fines u objetivos respecto a otras, y 4) fundamentalidad axiológica: se predica de aquellas normas que contienen los valores políticos y éticos sobre los que se asienta una determinada estructura política y social.

⁶ <http://seminariolecturasfeministas.files.wordpress.com/2012/01/la-familia-claude-l-vi-strauss.pdf>, p. 2.

En este sentido, pertenencia familiar y pertenencia social se interrelacionan y remiten la una a la otra: la relación entre las dos desarrolla la confianza entre los sujetos y la capacidad de cooperar responsablemente al bien común en un incesante intercambio recíproco. Reconocer a la familia como sujeto social es uno de los desafíos cruciales a los que se enfrenta nuestra sociedad individualizada y fragmentada.

Qué duda cabe, la familia influye en la configuración del Derecho y a su vez es influida por éste, hasta tal punto que muchas veces el Derecho puede quedar atrás en relación a la realidad que intenta regular, pero ¿Puede suceder al revés, puede el Derecho ir por delante y regular determinadas situaciones incorporándolas al campo propio de la familia e influir en esta hasta tal punto de ampliar y modificar lo que se entiende por ella?

Al ser un campo tan amplio y abierto no podía ser estudiado tan sólo desde la órbita del Derecho Privado, específicamente del Derecho Civil, por ello ya entonces quise desarrollar un trabajo pluridisciplinar, que abarcase el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho. Esto me resulta importante de destacar porque si bien en un principio pensé en hacer una tesis en Derecho de Familia, debo reconocer que durante los últimos años mis intereses han sido la Filosofía y la Literatura, y en el ámbito jurídico siempre he sentido predilección por el Derecho Constitucional y el Derecho Civil. No podía ser de otra manera, mi estudio debía implicar los tres enfoques antes mencionados.

Esto resultaba muy ambicioso y a su vez casi inabarcable, por ello se hacía necesario acotar los aspectos que a mi juicio siempre tuviesen un trasfondo civilista, sin perjuicio de comprender que justamente en el marco antropológico era donde con mayor riqueza se estudiaba la realidad familiar. Eso sí, reconozco mis limitaciones como incipiente jurista, por ello escogí las claves que, a mi juicio, mejor explicaban la evolución del Derecho de Familia en el último tiempo, porque a su vez englobaban otros principios importantes.

Conjuntamente con lo anterior es importante precisar que el Derecho privado es la Ley de la vida diaria, su objetivo consiste en regular las relaciones jurídicas derivadas de lazos familiares y de la propiedad privada. Si nos imaginamos todo el entramado de relaciones que ocurren entre las personas y que tales pueden ser conflictivas y que por ello requieren de una solución justa y clara, entonces de inmediato nos percatamos de que resulta imposible que la Ley llegue a cada rincón de dicho entramado, de allí la importancia de los principios, de las denominadas claves del entendimiento jurídico, para por lo menos intentar hacer del contexto normativo un sistema más expedito y estable⁷.

Sin duda el Derecho Privado no puede anclarse en su parcela *ius privatum*, cada vez se hace más necesario entender que hoy en día el Código Civil, norma *ius privatista* por excelencia, debe leerse, estudiarse, analizarse e interpretarse a la luz de la Constitución.

⁷ Cfr. LEIBLE, S.: “El futuro del Derecho Privado Europeo”, *Diario La Ley*, núm. 7085/2008, Año XXIX, Tribuna: Ed. *La Ley - Actualidad*.

Con esto no se busca restarle personalidad, al contrario, significa resaltar que así como la Carta Magna vela y rescata como centro del ordenamiento a la persona, existe otra rama del Derecho cuya trayectoria histórica ha sido, asimismo, buscar la protección de la persona en sus relaciones fundamentales, ya sean familiares o con terceros, y esta rama es sin duda el Derecho Civil⁸. Sin perjuicio de lo anterior, me pregunto asimismo si también es necesario que ciertas instituciones con anclajes constitucionales, pero que sin duda tienen una base antiquísima en el Derecho común, puedan a su vez protegerse dentro de la potestad constitucional que sobre ellas se cierne, a la luz de su raíz civilista.

La autonomía del *ius privatum* debe buscarse en la materialización de los valores y principios que le son inherentes y que a la larga servirán para delinear los límites y las directrices que deberán guiar la actividad de los jueces, necesariamente independientes y experimentados. Es entonces cuando surge la pregunta si esta afirmación abarca también al Derecho de Familia. Sin duda, y para ello no se entrará a analizar el debate si esta materia del Derecho Civil es Derecho Privado o Público, su importancia es social, no cabe dudas, es pública, es fundamental, y tiene mucha relación con estos valores y principios.

⁸ DAJCZAK, W.: “La revolución antiformalista del Derecho Privado”, en VV.AA.: *Hacia un Derecho Global*, Ed. Thomson Aranzadi, The global law collection, Cizur Menor, 2006, pp. 85 a 88. Los rasgos fundamentales del civil law, basado en las codificaciones de los siglos XIX y XX, responden a una vocación nacionalista, a una estructura lógica positivista y dogmática, y a su estricta vinculación con el texto de la ley. En este sistema, la solución de disputas legales gira en torno a los métodos de argumentación formal, de acuerdo a nociones abstractas recogidas de manera sistemática por las grandes codificaciones. Obviamente, una ley no puede describir cabalmente la riqueza de la vida, ni mucho menos. Durante el auge de los códigos legales, la imagen del mundo percibida, tanto por los codificadores como por los jueces, no difería mucho. Por ello, las cortes podían pronunciarse sobre la nueva casuística con relativa soltura. Esto se evidencia en la creatividad judicial que caracteriza al sistema civilista de aquellos días. Sin embargo, hoy la realidad es diametralmente opuesta a la de los codificadores de tales épocas. En el nuevo contexto la herencia formalista se muestra insuficiente para la solución de los conflictos judiciales. Si permanecemos anclados en una visión positivista, tendríamos que afrontar los problemas de la actualidad publicando nuevas leyes. Bajo tal perspectiva, los textos legales estarían destinados a multiplicarse ad infinitum, intentando, vanamente, superar el frenético proceso de cambios derivados de la globalización. Tal proceder equivaldría a perseguir nuestras propias sombras. Los nuevos desafíos no pueden ser encarados con antiguos métodos, heredados del radicalismo positivista y amparados por un modelo formalista.- La revolución europea contra el formalismo se halla en el centro de la discusión sobre el desarrollo del derecho privado en el viejo continente inspirada en el realismo legal norteamericano. En esencia, se busca concebir el derecho privado no sólo como un sistema formal del cual deducir soluciones, sino también como un sistema capaz de alcanzar objetivos políticos, económicos, sociales y culturales. En vista de la caducidad práctica del modelo actual, esta visión se presenta como sumamente atractiva. No obstante, el posible simplismo de una aproximación instrumental podría acarrear ciertos riesgos. El Derecho regula los conflictos de intereses, lo cual implica una discusión valorativa. Si se considera que el derecho es únicamente un instrumento al servicio de la utilidad económica, el conflicto axiológico puede pasar inadvertido. Por ello aunque la propuesta de acabar con el formalismo es válida, es preciso enfatizar la necesaria autonomía axiológica del derecho privado. La orientación práctica del derecho no debe terminar por instrumentalizarlo. Al tiempo que se busca abolir el formalismo, se deben crear las garantías que salvaguarden el carácter autónomo de un derecho privado más flexible y pragmático.

Estas directrices o luces son las que en aquella tesis se denominaron claves, tal cual se expresó y para descubrirlas fue esencial recurrir a estudios jurídicos que abarcasen diversas perspectivas académicas.

En un principio las diversas claves, llámense Igualdad, Autonomía de la voluntad e Interés superior del menor implicaban, cada una, un mundo propio, pero estos estaban conectados entre sí y justamente son estas conexiones las que permiten entender el Derecho común que late bajo ellas, el cual implica principios informadores, pero dichas conexiones eran desconocidas para este estudioso.

Poco a poco fue surgiendo una cuarta clave que como la cuarta pata de una mesa permitía el equilibrio de ella, o mejor dicho, empleando una metáfora, si el Derecho de Familia constituía un mar donde desembocaban diversos ríos, a su vez estos diversos ríos eran alimentados por otros, y sin duda de todos ellos el actualmente más caudaloso lo constituye el “Libre desarrollo de la personalidad”. Y esta es la hipótesis que se planteó entonces, el determinar no tan sólo como ha influido este último principio en la familia, o mejor dicho en los miembros que la forman, sino también ahondar en la manera de cómo tal clave, a su vez, fue conformando las otras tres, y resalto que podrían haber muchas otras, tales como la solidaridad, la coparentalidad, la responsabilidad, pero a mi juicio son esas las que podían englobar al resto y por lo tanto su análisis no sólo se restringió a ellas sino que abarcó a los demás principios diseminados en el ordenamiento jurídico familiar.

Tal principio ha tenido importancia capital en relación al matrimonio, especialmente, debido a que dicha experiencia se ha visto como escenario cierto para el libre desarrollo de la personalidad, lo cual ha implicado a mi juicio vaciarlo en gran medida de todo contenido, amparándose en una idea de libertad anclada básicamente en la elección y en la personalidad de naturaleza afectiva.

La presente monografía, al ser un resumen de dicha tesis doctoral se ha centrado sobre todo en el libre desarrollo de la personalidad, tal como se acaba de manifestar aunque se ha hecho mención, en ciertos aspectos, de las otras. La razón de ello estriba en que a mi juicio es la clave de la evolución en el Derecho de Familia y porque su estudio procura la comprensión de otros dos términos esenciales no tan sólo para el Derecho sino que también para la Filosofía, estos son la dignidad y la libertad.

Tal cual mencioné este trabajo se inspira en mi tesis doctoral defendida en la Universidad de Valladolid, denominada: “Claves para entender las reformas del Derecho de Familia español: Principios informadores”, la cual contó con la dirección de la profesora Cristina Guilarte Martín - Calero, a la cual agradezco su esmerada y prudente autoridad para que ese barco llegara a buen puerto. Sin embargo he querido enriquecerlo, principalmente con tres artículos de mi autoría ya publicados, que denotan la evolución que he vivido en este tema, sobre todo por influencia de la filosofía personalista, especialmente la antropología derivada del personalismo ontológico moderno. Tales artículos son: "La persona y el libre desarrollo de su personalidad. Algunos aspectos constitucionales y civiles", *Anuario jurídico Villanueva*, ISSN 1889-9366, N.º. 8, 2014, págs. 249-268; “La persona del menor, su interés superior, su autonomía y el libre desarrollo de su personalidad”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, ISSN 2386-4567, N.º. 2, 2015, pp. 43-86; y finalmente, “La familia,

comunidad de personas e interés familiar”, *Revista de derecho privado*, ISSN 0034-7922, Año nº 98, Mes 7-8, 2014, pp. 29-49.

Finalmente deseo manifestar que toda la jurisprudencia del presente trabajo ha sido extraída de Westlaw Aranzadi. www.westlaw.es

CAPÍTULO PRIMERO

LA FAMILIA

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.- II. LA FAMILIA COMO COMUNIDAD DE PERSONAS. ANÁLISIS DE SUS FUNCIONES.- III. COMUNIDAD DE PERSONAS E INTERÉS FAMILIA.- IV. CONSIDERACIONES PARA LA CONCEPTUALIZACIÓN DEL TÉRMINO FAMILIA DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO.- V. LA EUROPEIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

Esta primera parte está principalmente extraída del artículo denominado: “La familia, comunidad de personas e interés familiar”⁹, aunque ha sufrido algunas variaciones para el presente trabajo.

La familia no es una abstracción, sino una experiencia de carácter único, y por sobre todo, una realidad fundamental que exige una reflexión especial, por ello también debe acaecer en el Derecho, especialmente en el Derecho Constitucional y en el Derecho Civil, posiblemente los dos ámbitos de la Ciencia Jurídica más relacionados con la misma, aunque al ser una realidad social de carácter natural, tan amplia y común, influye en toda la Ciencia jurídica, por cuanto su carácter es de naturaleza antropológica.

Existe un modo de acercarse a la familia que consiste en considerarla como un objeto de estudio de naturaleza empírica, algo más de lo que existe entre todo lo existente, pero debido a la importancia que ella reviste es bastante mezquino un análisis así propiciado, además de que se ajustaría poco a la realidad.

Procurar entender a la familia simplemente en base a sus relaciones con el todo social es una manera limitada y bastante injusta de estudiarla, porque sin duda la realidad familiar desborda, con creces, esta apreciación.

Cabe, en palabras de D’AGOSTINO¹⁰, que el vocablo familia sólo puede ser propiamente predicado con la experiencia humana, más allá de su carácter biológico- generacional, porque tal nexo también se da entre los animales pero en tal caso no se habla de familia, y ello es debido a que en tales no existe la posibilidad manifiesta de reconocer las específicas subjetividades individuales. Es decir referirse a la Familia es referirse a la Persona, la única especie superior al género, tal cual se viene entendiendo desde los trabajos del notable pensador danés KIERKEGAARD.

⁹ ROCHA, M.: “La familia, comunidad de personas e interés familiar”, *Revista de Derecho privado* (2014), Año n° 98, Mes 7-8, pp. 29-49.

¹⁰ D’AGOSTINO, F.: *Filosofía de la familia*, Ediciones Rialp, Biblioteca Instituto de Ciencias para la Familia, Universidad de Navarra, Madrid, 2006, p. 113.

En la actualidad se suele definir a la familia como una agrupación social cuyos miembros se unen por lazos de parentesco, por lo tanto lo que daría forma y esencia a la familia sería justamente los lazos entre quienes la integran, los cuales se reducen a tres relaciones básicas, la primera tiene un polo masculino y otro femenino en la mayoría de los casos, sin perjuicio actualmente pueden ser ambos masculinos o ambos femeninos, es más, puede que sólo sea uno de ellos. Cuando existen dos polos estamos ante una relación afectiva, reconocida principalmente como matrimonio por los demás miembros de la comunidad, al cual se pueden agregar también las parejas de hecho. La segunda se da entre aquel polo y los hijos y se denomina relación paterno-filial, mientras que la tercera tiene lugar entre los hermanos y es denominada relación fraternal.

BURGOS¹¹, desde la Antropología filosófica, en relación a este punto, ha indicado que la familia, o más bien, algo que podemos denominar como hecho-familia implica la existencia de relaciones de paternidad, maternidad y filiación, estas tienen un carácter de universalidad, está presente en todas las sociedades actuales y en todas las sociedades conocidas. Son relaciones que se regulan mediante unas normas características y conocidas. Todo ello constituye el hecho – familiar en cuanto tal, pero sobre todo dan muestra de la universalidad del mismo.

Claro que estas partes entendidas por separado no permiten procurar comprender la importancia de esta sociedad natural, ante esto, estimo que para un estudio de su tratamiento en el Derecho de Familia, y especialmente en el análisis de la evolución que han tenido los principios de este sector del Derecho común y privado es necesario considerarles individualmente y en relación al todo.

De todas maneras, posiblemente este sea uno de los aspectos más críticos que se observan en la actualidad, en donde se ha dado preferencia prácticamente exclusiva a los miembros individualmente considerados y muy poco al grupo familiar propiamente tal¹², lo cual, a mi juicio ha desvirtuado la realidad que se pretende estudiar, porque al fin y al cabo, aunque la familia sea un proyecto de vida, hoy por hoy priman los proyectos personales.

En relación a esto se trae a colación el Preámbulo de la Ley 25 de 2010 que constituye el Libro II del Código Civil de Cataluña, donde se manifiesta: “Finalmente, hoy predomina una mayor tolerancia hacia formas de vida y realización personal diferentes a las tradicionales.

¹¹ BURGOS, J. M.: *Diagnóstico sobre la familia*, Ed. Palabra, Madrid, 2004, pp. 109 a 111.

¹² La familia sin perjuicio de ser un grupo de personas, importan los individuos que la conforman a modo de ejemplo cito la Ley 25/2010, Libro II del Código Civil de Cataluña, en lo referente a la persona y la familia. En el Preámbulo de dicha Ley se dice de manera textual: “Por otra parte, las transformaciones sociales han hecho que hoy la familia se entienda más bien como un ámbito en que la comunicación y el respeto a los deseos y aspiraciones individuales de los miembros que la componen ocupan un lugar importante en la definición del proyecto de vida en común. Es por ello que se pone énfasis en el desarrollo individual, en la libertad y autonomía del individuo, pero también en su responsabilidad. Esta concepción de la familia también inspira todo el derecho del menor y la regulación de las relaciones entre los progenitores y los hijos en potestad.”

En una sociedad abierta, la configuración de los proyectos de vida de las personas y de las propias biografías vitales no puede venir condicionada por la prevalencia de un modelo de vida sobre otro, siempre y cuando la opción libremente escogida no entrañe daños a terceros. Éste es el principio del que parte el libro segundo en cuanto al reconocimiento de las modalidades de familia. Por ello, a diferencia del Código de familia, el presente libro acoge las relaciones familiares basadas en formas de convivencia diferentes a la matrimonial, como las familias formadas por un progenitor sólo con sus descendientes, la convivencia en pareja estable y las relaciones convivenciales de ayuda mutua. La nueva regulación acoge también la familia homoparental, salvando las diferencias impuestas por la naturaleza de las cosas”¹³.

El conjunto más elemental de estas relaciones es denominado como familia nuclear, porque desde ella se desarrollan otros grupos más complejos denominados como: la familia conjunta o la familia tomada en un sentido más amplio.

La familia, en términos de personalización sería aquella forma o estructura donde el ser humano se socializa, es decir, el lugar propio y primario del devenir del individuo y de la sociedad¹⁴. Es únicamente en la familia donde el ser humano es o debería ser absolutamente aceptado por sí mismo y no únicamente a condición de que sea considerado inteligente o simpático, además posiblemente en la historia personal de cada uno la influencia más importante sea la propiciada por la familia. Las personas somos seres sociales, pero aportaría que el hecho de ser seres sociales se funda en que somos seres familiares. En la familia se aprende el valor esencial de la persona individual y de la sociedad al mismo tiempo.

Yo no soy persona únicamente en relación a mí mismo sino que me reconozco como tal en mi relación con los otros, y en esta relación también radica mi diversidad y diferencia con el resto de los miembros del cuerpo social. La intensificación de la relación me intensifica como individuo, la persona por lo tanto es esencialmente un ser individual y relacional.

En directa relación con esta opinión cito a CARD CIPRIANI¹⁵ para quien la familia es una institución enraizada en la misma naturaleza humana, la vida en común de un conjunto de personas emparentadas entre sí, formando un mismo hogar. La institución familiar es importante en la vida de las personas y de la sociedad, porque sólo en ella la persona puede desarrollarse plenamente como tal, al arraigarse dicha experiencia en su mismo ser; la persona no puede vivir de otro modo, si lo hace corre el riesgo de no realizarse como tal.

¹³ Preámbulo de la Ley 25/2010, Libro II del Código Civil de Cataluña, referente a la persona y la familia, p. 3.

¹⁴ Vid. ALVIRA, R.: “Sobre la esencia de la familia”, en CRUZ CRUZ, J.: (edit.): *Metafísica de la familia*, Ed. EUNSA, Pamplona, 1995, p. 15.

¹⁵ CARD CIPRIANI, J. L.: *La familia, forjadora de humanidad*, en *Matrimonio, Familia y Vida. Homenaje al profesor Dr. Augusto Sarmiento*, Ed. EUNSA, Pamplona, 2010, p. 17.

BUTTIGLIONE¹⁶ ha opinado que todo ser humano, posee una substancia propia, que le pertenece de modo inalienable, sin embargo es también verdad que: “llega a ser consciente de su propia dignidad óptica y toma conciencia de su propio valor como hombre solamente a través de la relación con otros y lo hace de modo especial cuando otro ser humano toma hacia él la actitud que corresponde al valor de la persona, es decir, el amor.”

Así, tan real y verdadero es el carácter social del ser humano, como su carácter individual. Uno y otro, lejos de estar en oposición dialéctica, se requieren de manera armónica, la encarnación práctica de esta armonía de lo social y lo individual es lo que encierra justamente el concepto de persona, el hombre aprende a ser persona, a ser lo que es, es decir, ha de humanizarse y personalizarse de la manera más plena que le sea posible. Este aprendizaje práctico se realiza en la figura esencial de la familia, de tal manera que cualquier otra institución que quiera sustituirla lo ha de hacer asumiendo las mismas funciones de ella, ¿Será esto posible?

La familia debe ser concebida como una unidad legal, social, económica pero sobre todo como una unidad de amor personal, por ello resultan imprescindibles las referencias que deben formularse hacia la persona, al amor de entrega o donación y a la vida personal que se comunica¹⁷.

Al igual que las personas, cada familia es única, irrepetible e insustituible, por ello se afirma que la vida familiar es vida personal, singular. En la familia, en su interioridad, las vidas que se suceden biográficamente descriptibles, no se explican sólo por las características de la naturaleza humana, sino que sobre todo por el mismo sujeto individual que subsiste en ella, la persona. De hecho, el acontecer humano toma realidad en cada persona concreta, es este ser singular al que se debe admirar detenidamente. La persona representa la perfección humana real, concreta y singular, su primacía es esta singularidad.

En la familia, la vida personal de cada una de sus miembros que la integran, es puesta en común. Esta comunión vital que se da en la vida familiar es un efecto del amor, de la amistad.

Es la donación que reina entre sus componentes y que abarca todos los grados y tipos de amor personal. Esta comunión de vida personal no es totalmente perfecta, como tampoco lo es en las demás relaciones personales. El amor de donación admite grados, y aunque posibilita los más elevados y, por tanto, la mayor comunión vital, no alcanza la plenitud, es unideal.

Por ser el amor el fundamento de la vida familiar esta implica una perfección, una dignidad que no puede explicarse por determinaciones de diferencias sobre géneros o sobre especies, trasciende todos los géneros y todas las especies, así como todas las categorías.

¹⁶BUTTIGLIONE R.: *La persona y la familia*, Biblioteca Palabra, Serie Pensamiento, núm. 8, Madrid, 1999, p. 117.

¹⁷FORMENT, E.: “Familia y libertad”, en *Metafísica de la familia*, Ed. EUNSA, Pamplona, 1995, p. 183.

La familia, para una análisis más exacto debe ser concebida en sentido propio, en conexión directa con las personas que la integran y, por tanto, con el ser, de que participan máximamente las personas, y que es su constitutivo formal¹⁸.

El propio BUTTIGLIONE¹⁹ afirma que cada uno de nosotros es la suma del amor que le ha sido dado y que otras personas han contribuido o no a construir, en tal sentido, en la creación de nuestra personalidad concreta estas personas tienen un papel fundamental, por lo cual no seríamos lo que somos sin ellos. Es más, hay relaciones humanas decisivas y el destino que nos aguarda está construido en base a nuestra forma de vivir tales relaciones. Y entre tales, sin duda, la fundamental es la familiar.

Concluyendo este apartado habría que mencionar la necesidad de redescubrir y afirmar a la familia como sujeto social, es decir, no como una mera opción de vida privada de algunos de los miembros de la sociedad, sino como una formación social y pública que la sociedad debe tener en cuenta y con la cual debe establecer un diálogo rico y fecundo, para así procurar armonizar las relaciones entre el Estado y las propias familias. La afirmación e identificación de su subjetividad social podría contribuir a subsanar los errores estructurales que caracterizaban la relación de la familia con el Estado asistencial²⁰.

II. LA FAMILIA COMO COMUNIDAD DE PERSONAS. ANÁLISIS DESDE SUS FUNCIONES.

Tal como lo aprecia MORANDÉ COURT²¹ y como acaba de manifestarse, la familia se puede analizar de muchas maneras. Tal vez sea el enfoque que se concentra en el análisis de sus funciones sociales, la perspectiva, sociológica y psicológica, la más comúnmente utilizada, en palabras del mismo autor. Suele, por tal motivo, hacerse una larga lista de las diversas funciones sociales que antiguamente habría desempeñado la familia y que hoy día ya no desempeña o sólo lo hace de manera más bien esporádica. Se trata de una visión bastante razonable y necesaria de considerar, pues la familia ha jugado un papel trascendental en la evolución de la sociedad, ya sea en su aspecto económico, político, educacional y generacional.

Las funciones familiares empezaron poco a poco a ser socialmente diferenciadas, y a ser asumidas, total o parcialmente, por otras instituciones, hasta llegar a la actual situación, en la cual la familia queda limitada al desarrollo de algunas tareas poco reguladas y nada específicas, prácticamente restringida, de manera única y exclusiva al ámbito privado. Pero la esencia de la familia no está dada por las funciones que la misma desempeña, su esencia radica en su carácter de experiencia personal fundamental.

¹⁸ FORMENT, E.: *ibidem.*, p. 186.

¹⁹ BUTTIGLIONE, R.: *La persona*, cit., p.119.

²⁰ BURGOS, J. M.: cit., p. 165.

²¹ *Persona, Matrimonio y Familia*, Ed. Universidad Católica de Chile, 2ª edición, Santiago de Chile, p. 22.

El real valor de ella, es dado por una trascendencia antropológica intrínseca como experiencia de libertad y de comunidad²². De tal manera que es importante estudiar a la familia como una sociedad natural, es decir, como una experiencia de la sociabilidad humana vinculada directa e inseparablemente a la persona, y que si bien ha cumplido y cumple con distintos encargos sociales, que las circunstancias sociales le han asignado, su existencia no está determinada por dichos encargos, en afirmación del propio autor recién mencionado, MORANDÉ COURT²³.

Como ha reconocido siempre la tradición judeocristiana, la que sin duda ha formado el pensamiento occidental de la misma, la familia es, antes que cualquier otra cosa, una comunidad de personas. Pero para comprenderla en tal sentido, antes se detalla que la comunidad es una forma de organización que se diferencia de las formas contractuales de las organizaciones racionalizadas, al menos en estos tres aspectos fundamentales: a) Las personas no escogen pertenecer a ella sino que han nacido en su interior, o se integran libremente pero estableciendo un vínculo que es definitivo y que sólo en ciertos casos puede estar sujeto a revisión; b) Las responsabilidades no son limitadas ni por montos ni por tipologías, como son las obligaciones contraídas en las distintas convenciones reconocidas por el derecho; y c) Las funciones y roles sociales son inseparables de la individualidad y subsistencia de las personas que las sirven. Por este motivo, se puede afirmar que el vínculo que une a los miembros de una comunidad es de pertenencia y no de carácter funcional²⁴.

Para constituir la familia, debo saber que no puedo comprometerme con cualquier persona, sino con alguien exclusivo e imprescindible para mí. Asimismo quien sea mi hijo no me es indiferente, si me falta uno, no puedo reemplazarlo por otro y borrar y cuenta nueva. No es así, porque todo lo concerniente a ella es personal, es esencial.

La familia, y esto ya se manifestó en la introducción del presente estudio, corresponde a una forma de comunidad, derivada de tres tipos de relaciones; la filiación, la consanguinidad y la convivencia de dos personas que puede ser conyugal o simplemente de hecho. En el caso de los dos primeros es evidente de que no existe elección.

Si la relación de pareja, afectiva y estable, presenta la naturaleza de matrimonio entonces se está ante un contrato libremente aceptado por las partes, que presenta el carácter de revocable, por medio del divorcio²⁵, aunque ya es bastante conocida la

²² La persona, como bien se sabe, es de naturaleza social, toda persona tiene naturalmente una dimensión social, es decir, tiene a formar grupos; y es más, solamente en unión con los demás, la persona puede desarrollarse personalmente.

²³ Este tema es ampliamente tratado por NAVARRO-VALLS, en su obra *Matrimonio y Derecho*, Tecnos, Madrid, 2004.

²⁴ Vid. MORANDÉ COURT, P.: *Persona, Matrimonio y Familia*, cit., p. 22.

²⁵ En relación a los cónyuges, en palabras del mismo autor, su alianza se constituye, efectivamente, por un acto de libre elección que, de no existir, viciaría el consentimiento. Sin embargo, no se trata del ejercicio de una libertad fundada en el principio de indiferencia. No se selecciona al cónyuge de entre varias posibilidades existentes e igualmente apreciadas. Para quien está enamorado, la persona amada representa la única elección posible, incomparable a cualquier otra. El amor constituye siempre un

discusión de si acaso debe o no considerarse un simple contrato o más que eso, una institución, discusión a la cual no entraré por ser ya antigua.

La experiencia de comunión y su forma de organización propia denominada comunidad, tiene a la persona como "único sujeto óntico", es decir, cada una de las personas que la integran no puede ser sustituida por otras, debido a que está comunicando su personalidad, por medio de una autodonación libre y personalizada cuya finalidad es la consecución del bien de todos.

La familia es la célula de la sociedad, no por ser la parte en relación al todo, sino por el mismo valor antropológico, puesto que un conjunto de familias no hace ni un Estado, ni una economía, ni un sistema de educación. Se considera célula, en el sentido de que la familia es el lugar donde reside la memoria o el código de una vida humana libre, abierta a la comunión afectiva, filial y fraternal. Entender a la familia como comunión de personas significa visualizarla como lugar de sus relaciones decisivas, punto de encuentro de las mismas.

Esta condición comunitaria, de amor y solidaridad, de carácter libre y social, permite afirmar junto con LUHMANN²⁶, que el fenómeno estructural familiar no se funda en los sentimientos, sin perjuicio de su importancia, debido a su inestabilidad y ambivalencia, esta condición no está plantada sobre el terreno de lo psíquico sino en un estado de hecho social, lo cual también tiene relación a lo ya mencionado por BURGOS.

Pese a que la organización del espacio público tiene sus propias reglas funcionales y no se parecen necesariamente a las que rigen la familia, ella es propiamente la célula de la sociedad porque es depositaria de la memoria que implica la anterioridad y superioridad de la persona sobre cualquier tipo de organización social. Es una suerte de memoria ontológica que pone a cada sujeto en el umbral de su propia identidad y de su propia realidad.

En ella cada persona tiene la experiencia elemental de que sus integrantes no se eligen funcionalmente, ni tienen la posibilidad de inventarse a sí mismos, sino que el ejercicio de su libertad es inseparable de la personal autodonación. Ni los padres eligen a los hijos ni los hijos a los padres. Pero los padres se eligen entre sí, de manera libre y ojalá responsable. Resalto el término de autodonación, porque sin duda no hay experiencia más profunda que el dar la propia persona, de manera libre, de manera total.

acto de predilección frente a otra persona. y en el caso del amor conyugal tal predilección es exclusiva. Por ello, la libertad se ejerce, en este caso, en virtud de un acontecimiento previo que es el encuentro de un hombre y una mujer, encuentro único y personalizado que no admite sustitutos. De modo que antes que elegirse uno al otro, se trata más bien de aceptar o rechazar el encuentro de dos historias que buscan hacerse común, por razones que, por más que se estudien y analizan, permanecerán siempre en el horizonte del misterio. Ibidem., p. 22 y siguientes.

²⁶ LUHMANN, N.: "El sistema social de la familia", en VV.AA.: *Nuove tecnologie, comunicazione e mondi vitali*, Milán, 1989, p. 239.

La familia es el lugar donde se nace y generalmente donde se muere, aunque no es necesario que siempre sea así, donde se recibe la vida en donación y donde se le entrega de igual forma a las nuevas generaciones. MORANDÉ COURT describe a la familia como una comunidad de personas en donde una pieza clave la constituye la autodeterminación responsable: “El ejercicio de la libertad en la sociedad funcionalmente organizada se orienta cada vez más hacia la elección entre las alternativas relativamente indiferentes, lo que se aplica en propiedad en el ámbito de los objetos o de procesos sustituibles. Lo funcional es, por su propia naturaleza y definición, aquello que admite sustitución. Así se lo experimenta cotidianamente en el plano de la economía de precios libres, donde se ofrece la posibilidad de escoger entre diversos productos prescindiendo totalmente de las relaciones personales, incluso, en muchos casos, con devolución garantizada por insatisfacción del consumidor. Algo análogo comienza a ocurrir en la mayoría de los sistemas educacionales, donde se multiplican las alternativas de elección, y donde las expectativas sobre rentabilidad futura de los estudios realizados suelen tener mayor peso que las tradicionales consideraciones vocacionales. Se trata de una sociedad que, desde el horizonte funcional, despliega toda la experiencia humana en torno a la elección entre alternativas, o la comparación entre opciones, a la capacidad de escoger la mejor oportunidad, sea en términos económicos, políticos, estéticos o de cualquier naturaleza.”²⁷

Enfocando esta apreciación específicamente en la situación española, uno de los cambios más importantes que ha presentado esta comunidad es el lento tránsito hacia una redefinición de los roles conyugales, con una distribución de las tareas domésticas más igualitaria que la que caracteriza a la familia nuclear tradicional. Este cambio es, en primer término, particularmente acentuado en el plano de las actitudes y de las opiniones generales, donde no es automática su traducción a comportamientos concretos, aunque sí los erosione, tal como opina POLO SABAU²⁸.

²⁷ MORANDÉ COURT, P.: *Persona, Matrimonio y Familia*, cit., pp. 22 y siguientes, prosigue expresando que: “Esta visión no es enteramente aplicable a las relaciones entre personas. Puede serlo sólo en sus aspectos funcionales, como por ejemplo la libertad que cada uno tiene de consultar un médico o a otro. Pero cuando en la relación queda involucrada la totalidad de la persona, ya no es aplicable el principio de indiferencia. La familia, precisamente, por el hecho de que sus relaciones no se constituyen arbitrariamente por la capacidad de elegir, nos enfrenta a una experiencia que es enteramente distinta. Es la experiencia de sentir que cada uno de nosotros pertenece a una realidad que lo trasciende, de una realidad que incluye personas que tienen un vínculo objetivo entre sí y que, sin embargo, no se escogieron. Eso hace que la experiencia de la familia sea única y, aun cuando no sea instrumental desde el punto de vista de la funcionalidad de la sociedad, no deja de ser una de las experiencias más fundamentales de la condición humana. La libertad se presenta aquí inseparablemente a la experiencia de descubrirse participando de una realidad que trasciende a cada sujeto y que, a la vez, los envuelve, de tal manera que su ejercicio tiene, por este hecho, consecuencias objetivas y determinantes para la vida de todos quienes están involucrados en esta relación. La familia enseña que, en el plano de las relaciones entre personas, no hay libertad sin responsabilidad, porque ambas se despliegan al interior de un espacio desarrollado por un vínculo de pertenencia.”

²⁸ *Matrimonio y Constitución ante la Reforma del Derecho*, Ed. Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006.

Todo estudio iusfilosófico de la familia podría partir del hecho patente de su estructura comunitaria, y con ello no se está señalando una hipótesis sino se describe un hecho social, el fenómeno familiar, más allá de considerar exclusivamente sus funciones o utilidades. Al considerar a la familia dentro de las instituciones públicas, y no estimando más que los servicios que puede prestar a la sociedad, por ejemplo, se le resta su esencial y vital importancia, pero analizando su verdadera naturaleza para alcanzar su sentido más profundo, se desvela además su utilidad.

Tal como ya se ha manifestado, al referirse aquí a la familia estamos aludiendo a un tipo concreto de grupo, a una comunidad de personas, este tiene las mismas características que ya se han descubierto para el ser personal: consistir en una constelación de dones, tener un sentido existencial, crecer hacia su plenitud y estar intencionalmente abierta. Es quizás lo que HEGEL quien estudió con rigor a la familia definió como “comunidad ética natural”²⁹. Por tanto, tiene una estructura universal, más allá de los vínculos concretos de sus miembros: “La familia se halla dentro de su esencia ética, no es tanto que es el comportamiento natural de sus miembros o en tanto que la relación de estos es la relación inmediata entre sus miembros singulares reales [...] Siendo ético lo en sí universal, la relación ética entre los miembros de la familia no es la relación de sensibilidad ni el comportamiento del amor. Lo ético parece que deba cifrarse ahora en el comportamiento del miembro singular de la familia hacia la familia en su totalidad como la subsistencia, de modo que su obrar y su realidad sólo tengan como fin y contenido a la familia”³⁰.

En la familia se dan varios hechos particulares, esta irrumpe propiamente tal cuando surge un tercero, el sentido más profundo sería la argumentación de que este tercero es fruto del amor de la comunidad afectiva. Esta irrupción arranca a cada uno de los miembros de la misma, de la atención a otros y de sí mismos. El hijo irrumpe y, en su irrupción, descentra y exige ampliar la atención al que llega, según PHILIPPE³¹.

Esto es posible donde exista una disponibilidad previa, donde la comunidad no sea un sistema cerrado, una realidad hermética. La familia surge de la disponibilidad de atender a quien llega frágilmente y necesitado, surge por un salirse de sí para encontrarme con el otro. Y, desde ese momento, la disponibilidad hacia la persona que llega e irrumpe se constituye en actitud básica del ser familiar. Se trata, en realidad de una especie de ampliación de la capacidad de acogida y de la donación. Esta afirmación sobre al obrar de la acogida y el dar, ha sido explicada de manera concisa y cabal por DOMÍNGUEZ PRIETO³².

²⁹ HEGEL, G.W.: *Fenomenología del espíritu*, Ed. Fondo de Cultura Económica de España S. L., Madrid, 1996, p. 262.

³⁰ Vid. HEGEL, G.W.: *Ibidem*, p. 264.

³¹ Vid. PHILIPPE, M. D.: *En el corazón del amor. Entrevista sobre el amor, el matrimonio y la familia*, Ed. Palabra, Madrid, 2008, pp. 160 y 161. “El hijo es la prolongación de la vida de los padres, es para ellos aquel que los mira con amor en filial dependencia. Poder decir a alguien “mamá” o “papá” supone un lazo afectivo de extraordinaria profundidad...Creo que podemos definir ese gran misterio como el misterio de la prolongación de los padres en su hijo, prolongación que permite una victoria sobre la erosión del tiempo con un nuevo ser...”.

³² *Antropología de la familia. Persona, matrimonio y familia*, Ed. Biblioteca de Autores, Madrid, 2009.

Este mismo autor³³ plantea una segunda peculiaridad, al ampliarse la comunidad inicial surge una nueva, que sin disolver la anterior, se presenta ya como un grupo de pertenencia. La persona, en tal sentido, se define por su pertenencia a una familia, aunque no siempre ocurra así. Este hecho que sociológicamente y genéticamente resulta patente, también tiene una expresión en el ámbito antropológico: la vinculación a la familia es ya pertenencia. Pero esta pertenencia debe entenderse con respecto a otro sin perjuicio de estar, asimismo, vinculada a la propia persona que se dona: ser respecto de otros a los que me encuentro y, sobre todo, a los que estoy vinculado.

DOMÍNGUEZ PRIETO profundiza en dicha pertenencia, afirmando que no es del carácter que posee la pertenencia de la cosa al dueño, sino de descubrirse a sí mismo siendo-con y siendo de esta comunidad, como miembro de esta comunidad³⁴.

III. COMUNIDAD DE PERSONAS E INTERÉS FAMILIAR.

La comunidad implica la referencia a un grupo de personas, las cuales presentan cada una su originalidad, siendo radicalmente iguales y estructuralmente diversas, tal cual lo ha entendido la filosofía personalista, en cualquiera de sus diversas corrientes.

Cuando se menciona el interés de la familia debe aludirse al interés de las personas que lo forman. Esta idea se materializa en que debe configurarse como un principio que permite, a los integrantes del matrimonio o pareja de hecho, estructurar su comportamiento conyugal o análogo y en su relación con los demás miembros del grupo familiar.

Es decir, el término “*interés de la familia*” indica un modelo de conducta, una regla de comportamiento exigible, como lo es la expresión “*buen padre de familia*”³⁵, por lo cual

Cristianos, serie de Estudios y ensayos, p. 201.

³³ DOMÍNGUEZ PRIETO, X. M.: Ibidem, p. 201.

³⁴ Sin embargo, hay varias formas de pertenencia. Inicialmente, la del hijo es una pertenencia que implica una vocación, es vocativa, una pertenencia que apela a la persona del otro. Mientras que la pertenencia por parte de los padres es dativa, ellos se dan al otro, al hijo, dan su tiempo, su trabajo, su afecto, en definitiva donan su persona. No obstante esta vocatividad y esta datividad son relativas, o mejor dicho no permanecen estáticas en el tiempo, pues poco a poco se descubre también al hijo como responsable de la vida familiar y se descubre también que los padres son necesitados de la presencia del hijo, presencia liberadora y dinamizante. Existe en la familia una pertenencia, la cual es una forma de responsabilidad colectiva, donde todos son responsables de todos, de la promoción de la vocación de cada uno de los demás. Claro que esto ocurre desde dos niveles distintos, pues la datividad de los padres y la vocatividad y el menester de los hijos les inviste a los primeros de autoridad, reconociendo los segundos dicha autoridad, esta reflexión proviene del propio DOMÍNGUEZ PRIETO, quien reflexiona sobre el matrimonio en tiempos críticos pero amparándose en una antropología personalista de la familia. En el mismo sentido SARMIENTO, A.: *Matrimonio y familia en la actual encrucijada* (en colaboración con FRANCESCHI, H), Ed. Ediplena, San Vicente de Cañete-Lima, 2001, p. 308.

³⁵ PIZARRO MORENO, E.: “Reflexiones sobre el androcentrismo jurídico: el concepto de buen padre de familia. Propuestas para una renovación lingüístico-legal”, en LÓPEZ DE LA CRUZ, L. y OTERO CRESPO, M. (coords.): en *El levantamiento del velo: Las mujeres en el Derecho Privado*, Ed. Tirant Lo Blanch,

tal orden impera el actuar personal y patrimonial de los miembros de la comunidad familiar, ya sea entre ellos y respecto de terceros³⁶.

El interés de la familia se funda en el principio constitucional de la igualdad³⁷, pero

Valencia, 2011, Homenajes y Congresos, p. 252. En dicho artículo se expone: “Estas líneas pretenden reflexionar sobre la potente huella que la conciencia jurídica arrastra de expresiones tan oscuras, a pesar de que otra cosa pueda parecer, como la “del buen padre de familia”. Acudiremos para ello a las fuentes históricas, donde los franceses habían hecho suyo el “bon père de famille”, asentando la idea generalmente acogida de que se trata de un patrón de referencia, que representa una media diligente, razonable y prudente, y que permite evaluar la actitud de un sujeto abstracto (es decir, al margen de sus facultades y cualidades), para determinar si ha cumplido con su obligación.- Para la más reciente versión del concepto en Italia, hay que acudir incluso a parámetros psicológicos. El “buon padre di famiglia” trasciende la realidad psicológica y expresa un concepto regulador de la relación de contradicción entre la voluntad del sujeto (privado) y la voluntad del Estado (social) concretada en la norma. Ahondaremos en esta variante que ofrece numerosas posibilidades legislativas.- Por su parte, el mundo jurídico anglo-norteamericano, y países de su sello, han acogido también el criterio de la diligencia media atribuyéndoselo al “responsible man”...”.

³⁶ SAP, Jaén, 9 de julio de 1993, (AC 1993,1495). Esta sentencia es un claro ejemplo de la relación existente entre el deber de actuar en interés de la familia y en caso de no hacerlo la separación la crisis familiar que puede causar. “Las crisis legales del matrimonio, como entienden los autores, pueden originar la nulidad del mismo; las crisis de hecho, internas, conyugales, pueden conducir a la separación o al divorcio; la separación matrimonial objeto de este procedimiento, es la cesación legal o de hecho de la convivencia conyugal de los esposos por causas circunstanciales, que están debidamente especificadas en los arts. 81 y siguientes del Código Civil. La actora doña Socorro H. M., pide la separación de su esposo y la basa sustancialmente en la conducta injuriosa o vejatoria y en cualquier otra violación grave de los deberes conyugales y otras causas, que suponen infracción grave y reiterada de deberes conyugales, con base legal en el art. 82.1.º del Código Civil. Pero para declarar la separación conyugal (que supone el lazo que une a los esposos, superior a cualquier otra vinculación legal) basta comprobar si existe prueba suficiente (de acuerdo con el sentir y sentido del art. 82.1.º del Código Civil) de una quiebra de la convivencia, para que se entienda que los cónyuges no cumplen con el deber recíproco que impone el art. 67 del Código Civil, que impone el respeto y ayuda mutua y el actuar en interés de la familia. Se ha justificado en los autos, por los escritos de demanda y contestación y demás pruebas practicadas a instancia de ambos cónyuges que se ha roto la convivencia matrimonial, que falta el amor y respeto mutuo que debe llevar todo matrimonio y ello junto a que lo han pedido y lo desean ambos esposos, en 1.ª instancia, tal como se deduce de sus alegaciones y junto también a la aceptación en esta segunda instancia, se estima procedente declarar la separación, confirmando en este aspecto la resolución apelada, sin necesidad de declarar la responsabilidad concreta de uno de los esposos, sin que esta declaración de separación por su carácter (normalmente provisional) pueda atacar a la subsistencia del principio «favor matrimonii» declarado por la jurisprudencia en la sentencia entre otras de fecha 10-2-1983”:

³⁷ En relación con esto cito la Ley 25/2010, Libro II CCcat. Art. 231 4: “Dirección de la familia. 1. La dirección de la familia corresponde a los dos cónyuges de común acuerdo, teniendo siempre en cuenta el interés de todos sus miembros. 2. En interés de la familia, cualquiera de los cónyuges puede actuar solo para atender a las necesidades y los gastos familiares ordinarios, de acuerdo con los usos y el nivel de vida de la familia, y se presume que el cónyuge que actúa tiene el consentimiento del otro. 3. Ninguno de los cónyuges puede atribuirse la representación del otro si no le ha sido conferida, salvo en situaciones de urgencia o de imposibilidad del otro cónyuge de dar el consentimiento. 4. A la gestión hecha por uno de los cónyuges en nombre del otro, le son de aplicación las reglas en materia de gestión de negocios.”.

no tan sólo se justifica por esta directriz, sino que implica una clara dirección, el descubrir a la persona y su vinculación original al interior de la familia, diferenciadora del obrar de la reproducción, el intercambio genético y la comunicación. Es esta donación que sólo puede ser humana y por consiguiente personal, es la que da vida al interés de la familia, entendido como interés de la persona y su existir relacional.

Al ser un interés personal, afianza la estabilidad del orden familiar y vela por cada uno de sus miembros, sin perjuicio de que el interés del menor es primordial en este punto³⁸. Este interés es un verdadero límite a la autonomía privada de sus miembros, y en especial de los progenitores, principio corrector de abusos y portador de cautelas en los negocios con terceros ajenos al círculo familiar. Sin perjuicio de lo anterior se entiende también como criterio hermenéutico con alcance integrador que han de tener muy en cuenta los jueces, fiscales y órganos de la Administración. Quien plantea el papel preponderante de los conceptos jurídicos indeterminados en el ámbito del Derecho de Familia de manera acabada y clarificadora es ROCA I TRÍAS³⁹.

Sin perjuicio, en mi opinión, sería favorable para la seguridad jurídica, pero sobre todo por el afán de certeza que anhela la Ciencia Jurídica, el fundar el obrar de los operadores del Derecho más que en dichos conceptos en los denominados principios jurídicos.

Volviendo al tema del interés de la familia, puede plantearse que si existe un interés familiar supraindividual, en relación a una voluntad familiar. Si la familia tiene una estructura orgánica, el interés es percibido por los individuos en calidad de miembros y no como personas singulares. La voluntad familiar también colectiva y

Asimismo cito el art. 236.2 del mismo cuerpo legal donde se indica que el ejercicio de la potestad parental debe realizarse en interés general de la familia, y este interés a su vez lo relaciona con el interés de los hijos: “Ejercicio de la potestad parental. La potestad parental es una función inexcusable que, en el marco del interés general de la familia, se ejerce personalmente en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad y para facilitar su pleno desarrollo.”

³⁸ Cfr. GARCÍA GARCÍA, M. A.: “El deber de actuar en interés de la familia”, *Revista de Derecho Privado* (1984), p. 244. Para la autora el deber de actuar en interés de la familia se refiere a la suma de los intereses individuales, debido a que el interés no es de la familia como ente distinto de los elementos que la componen. Esta autora en otro artículo “El llamado interés supraindividual o familiar”, en *Revista General Legislación y Jurisprudencia* (1982), pp. 373 a 403 opina que no parece que en el Derecho de familia, tal como ha quedado configurado en las últimas reformas, haya base para hablar de un interés familiar supraindividual y distinto de los intereses individuales, que sea merecedor de un nombre propio.

³⁹ ROCA I TRÍAS, E.: *Libertad y Familia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 237, ha planteado que: “El Derecho de Familia es un área suficientemente lábil como para permitir al operador jurídico proporcionar soluciones abiertas a los problemas planteados socialmente. No es posible actuar con soluciones cerradas porque el cambio social impide la estabilidad de normas de tipo más o menos reglamentario, en el sentido de que se prevean todos los posibles supuestos de hecho a los que la norma va dirigida. Es por ello que la única posibilidad de ofrecer soluciones al aplicador jurídico será la utilización de conceptos indeterminados. De este modo, el juez va a tener que investigar por medio del sistema probatorio, si los remedios a su alcance o los que les proponen los propios interesados pueden o no ser útiles en aquel caso concreto...”.

no singular, está para actuar y tutelar el interés familiar⁴⁰.

Esto es lo decisivo, porque implica a la persona única e indivisible que integra la estructura orgánica familiar, comprendiendo su naturaleza individual y relacional. Opinión contraria es la formulada por ROCA I TRÍAS, quien manifiesta que: “Este nuevo individualismo impide por una parte, que pueda considerarse a la familia como una institución natural, al estilo de las tradicionales explicaciones. Será, eso sí, una institución consecuencia de la organización social. Por otra parte, si bien permite el desarrollo del individuo en el sentido del art. 10 CE, no va a consentir que se produzcan interpretaciones supraindividuales sobre lo que deba entenderse por “interés de la familia”. No existe este interés sino en tanto que se refiera al de los individuos que componen el grupo.”⁴¹

Sin embargo, junto con lo señalado recientemente, el llamado “*interés de la familia*” no deja de portar un notable grado de abstracción y buena dosis de misticismo jurídico. Por ello debe entenderse como aquel destinado a beneficiar a todas y cada una de las personas de la familia⁴².

Evidentemente cuando el Código Civil alude al interés de la familia (o, por ejemplo, el art. 231-2.1, o el art. 231-4.2 del Libro II del Código Civil de Catalunya, en tema de potestad doméstica; o el art. 183.2 del Código del Derecho Foral de Aragón de 22 de marzo de 2011), está refiriéndose a los intereses de las personas concretas de la familia, lo cual concuerda con la opinión de GARCÍA GARCÍA⁴³.

⁴⁰ SAP, núm. 94/2003, Málaga, sección 7ª Melilla, de 26 de diciembre, (JUR 2004/6041). En esta sentencia se alude al consentimiento matrimonial, como objetivo de la voluntad, y que si bien no obsta a que la Ley no defina matrimonio si aludiría a una realidad diversa, una unión estable distinta los miembros que la forman: “ El Código Civil no define qué es el consentimiento matrimonial, pero al ser el consentimiento una declaración de voluntad dirigida a un objeto determinado, se hace necesario precisar que debe ser el matrimonio el objeto sobre el que ha de recaer el consentimiento, para que este sea consentimiento matrimonial. Tampoco define el Código qué es el matrimonio, pero de su regulación surgen como notas características del mismo el ser una unión estable entre hombre y mujer, sometido a unas formas legales de celebración, de la que nacen una serie de derechos y obligaciones para ambos contrayentes en plano de igualdad, contenidos esencialmente en los artículos 66, 67 y 68 del Código Civil, como son respetarse y ayudarse mutuamente, actuar en interés de la familia, vivir juntos, guardarse fidelidad, y socorrerse mutuamente. Por tanto, cuando la voluntad en que consiste el consentimiento no se dirige a una unión de estas características, puede afirmarse que falta el consentimiento matrimonial y que el matrimonio así contraído es nulo”.

⁴¹ ROCA I TRÍAS, E.: *Libertad y Familia...*cit., pp. 61 y 62.

⁴² RAGEL SÁNCHEZ, L.: *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, Ed. Tecnos, Madrid, 1987, p. 41. El autor en cuestión, enfatiza que no se debe olvidar que la noción de actuar en interés de la familia es un concepto jurídico indeterminado, de equívoco significado y carácter variable, en función de las concretas circunstancias sociales y familiares, lo cual resulta a propósito de la frecuencia con que la ley recurre en el área de los derechos familiares a los conceptos jurídicos indeterminados, que la reglamentación normativa ofrece, por eso, una imagen incompleta del Derecho de familia, que debe ser completada, con profundas y serias reflexiones.

⁴³ GARCÍA GARCÍA, M. A.: *El deber de actuar en interés de la familia...*, cit.

Los personificados u orgánicos no tienen intereses personales o individuales, pero sí adjetivados familiarmente: en cuanto que nacen por su pertenencia o vinculación a la familia como institución natural, social y cultural, es decir, en cuanto se es cónyuge, hijo, hermano, padre, etc. En relación con esto ALONSO PÉREZ⁴⁴ sostiene que no obstante la magnitud jurídica de la familia, no es sujeto autónomo de relaciones jurídicas, y es mejor así por cuanto todo el ordenamiento jurídico debe estructurarse en torno a la persona física, al servicio del hombre, y si bien la persona jurídica es imprescindible para la consecución de diversos fines sociales y económicos, la personalidad jurídica de la familia complicaría innecesariamente la vida personal y social de sus miembros. Sin perjuicio de esto subrayo de que es importante reconocer para efectos jurídicos a la persona en cuanto tal e inmersa en el grupo familiar.

Para procurar explicar la actual configuración del citado interés, resulta acertado reflexionar sobre su relación con los denominados deberes matrimoniales, tal idea procede originariamente de la reforma de 1975, donde se introdujo porque se estimaba que debía incluirse un refrendo legislativo de la familia, como institución más general que engloba el matrimonio y le da un sentido trascendente y supraindividual (Exposición de motivos de la Ley 14/1975).

Posteriormente, la Constitución amplió el concepto de familia (art. 39 CE), haciéndolo trascender del modelo matrimonial, pero este deber se conservó en el Código Civil, para mantener la idea de la unidad familiar. De hecho, no fue modificado sustancialmente por la Ley 30/1981, que se limitó a suprimir el adverbio “siempre” que complementaba la expresión y a enunciarlo como artículo 67 CC. Ahora bien, la manera de cómo se manifiesta el artículo en la actualidad y su mención a los cónyuges proviene de la Ley 15/2005 de 8 de julio. Sin duda que esto propició una modificación en el esquema de derechos y deberes matrimoniales, por cuanto introdujo una redacción diversa a la que se contiene en los otros, tal cual se deduce de la sola lectura de los artículos 67 y 68 CC,

¿Por qué?, porque este deber no sólo se entiende respecto a cada cónyuge de manera particular y en cuanto a la necesaria reciprocidad con el otro, sino que además alude a la familia propiamente tal⁴⁵.

Así, por virtud de este deber conyugal, cada uno de los esposos queda obligado desde el momento en que contrae matrimonio a adecuar su conducta en favor del interés familiar, criterio que ya se ha tildado de sumamente amplio e indeterminado, de ahí que para concretarlo sea necesario atender al caso particular, considerando la conducta exigible y el sujeto acreedor de esta obligación jurídica.

⁴⁴ ALONSO PÉREZ, M.: “La Familia y el Derecho de Familia”, en IZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M. (dirs.): *Tratado de Derecho de la Familia*, Volumen I, Ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 57 y 58.

⁴⁵ De hecho esta obligación, si bien se predica de ambos esposos no se puede considerar realmente como recíproca o mutua entre ellos, sino paralela e indistinta, puesto que no quedan obligados el uno con el otro a mantener un comportamiento que sea acorde con el interés de cada uno, sino que es con la familia con la que cada uno de los contrayentes por separado cumple su obligación.

Hay que partir de que la determinación del interés de la familia entendida aquí como la familia nuclear haya o no hijos⁴⁶, será muy complicado de concretar, puesto que requiere poner en conjunto los intereses de los individuos que la componen, que pueden ser coincidentes o no con el interés individual de cada uno de ellos, lo que desencadena la necesidad de entender a la familia como una comunidad de personas, donde juega un papel estelar la autodonación libre que permite la ponderación de los intereses, no únicamente amparándose en la lógica de la norma.

Esta es una técnica compleja donde también tienen notoriedad el peso de derechos fundamentales involucrados, para ello me remito a la STS 226/2014⁴⁷.

⁴⁶Cfr. ALMOGUERA SALLEN, M.: “Hogares, familias y viviendas”, *Revista de Treballs de la Societat Catalana de Geografia*, 1996, núm. 41, pp. 19 y siguientes; VALERO LOBO, A.: “Hogar, familia y matrimonio”, en DE MIGUEL (Coord.): “*La sociedad española 1992-93*”, Madrid, 1993, pp. 15 y siguientes. La investigación sociológica en el campo familiar se apoya en ciertos conceptos básicos, como son familia, núcleo familiar y hogar. El término familia supone un grupo de personas (dos o más) que, residiendo en la misma vivienda familiar, comparten algunos gastos en común y están vinculados por lazos de parentesco, ya sean de sangre o políticos, e independientemente de su grado. Según sociólogos, esta conceptualización de la familia se aleja de la compleja realidad social, de manera que la unidad fundamental no debe ser esta “familia extendida”, sino el “núcleo familiar”, que puede comprender una pareja (con independencia de su estado civil), con o sin hijos solteros, o una persona con al menos un hijo soltero. Por otra parte, el concepto de hogar (unidad de convivencia en la que se organiza una solidaridad económica primaria) introduce una lógica distinta. Mientras el núcleo familiar y la familia están estructurados por las relaciones de parentesco, en el caso del hogar lo básico es la vida en común, como forma de organización económica elemental.

⁴⁷STS, núm. 226/2014, Sala de los Civil, de 30 de enero de 2014, (RJ 10, 2014). “La técnica de ponderación exige valorar, en segundo término, el peso relativo de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión. Desde esta perspectiva: (i) La ponderación debe tener en cuenta si la cuestión tiene relevancia pública o interés general o se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública (STC 68/2008 ; SSTS 25 de octubre de 2000, 14 de marzo de 2003, RC n.º 2313/1997, 19 de julio de 2004, RC n.º 5106/2000, 6 de julio de 2009, RC n.º 906/2006), pues entonces el peso de la libertad de expresión e información es más intenso, como establece el artículo 8.2.a) LPDH, en relación con el derecho a la propia imagen aplicando un principio que debe referirse también al derecho al honor. En relación con aquel derecho, la STS 17 de diciembre de 1997 declara que la «proyección pública» se reconoce en general por razones diversas: por la actividad política, por la profesión, por la relación con un importante suceso, por la trascendencia económica y por la relación social, entre otras circunstancias. En suma, la relevancia pública o interés general de la noticia constituye un requisito para que pueda hacerse valer la prevalencia del derecho a la libertad de información cuando las noticias comunicadas o las expresiones proferidas redunden en descrédito del afectado; (ii) La libertad de expresión protege la emisión de opiniones. La veracidad se exige respecto de la información y respecto de los hechos que subyacen tras las expresiones de que se trate. La veracidad debe entenderse como el resultado de una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales ajustándose a las circunstancias del caso, aun cuando la información, con el transcurso del tiempo, puede más adelante ser desmentida o no resultar confirmada (SSTC 139/2007, 29/2009, de 26 de enero, FJ 5).”

No se trata, por tanto, de desarrollar una conducta que pretenda favorecer los intereses propios de uno o varios miembros de la familia, salvo que, por su entidad, dichos intereses individuales repercutan sobre el conjunto del bien de la familia, pasando a constituir el interés familiar, sino de realizar todas las actuaciones que busquen el bienestar familiar común y el equilibrio óptimo entre los derechos y obligaciones de cada uno de sus miembros, permitiendo así el libre desarrollo de la personalidad de todos los integrantes del grupo familiar (art 10.1 CE), aunque ello suponga un cierto sacrificio de los intereses del miembro que actúa. Por ello el interés de la familia no se ha de identificar con la mera suma aritmética de los intereses de los miembros de la familia, sino que es algo que los trasciende, por encima incluso de los intereses individuales⁴⁸.

Este interés familiar de una u otra manera condiciona la conducta de cada uno de los cónyuges y sus decisiones conjuntas o individuales, al verse obligados a guiar sus actuaciones conforme al criterio de favorecer a la familia y a evitar los comportamientos que la puedan perjudicar, aunque la acción u omisión exigida sea contraria a sus propios intereses personales. Por tanto, más que obligaciones o conductas concretas, este deber proporciona una pauta o guía de conducta que no siempre resulta fácil de concretar, según ya se enunció y tal cual lo afirma DORAL GARCÍA DE PAZOS⁴⁹. Posiblemente sobre este punto sea necesario indicar que el mismo problema acaece respecto al “*Interés superior de niño*”, el cual vía jurisprudencial ha sido paulatinamente conceptualizado.

La definición más clara de la conducta exigida, en tal sentido, se entiende en su vertiente negativa: cada cónyuge ha de abstenerse de realizar aquellos actos en que pueda resultar perjudicado el interés de la familia. La libertad en el actuar del cónyuge estará sometida a una condición, velar por el interés del grupo familiar.

Está condición en ningún caso es una privación de la libertad personal, sino es un límite al obrar, sólo será el comportamiento del cónyuge el que estará condicionado en todas aquellas situaciones que afecten de manera mediata o inmediata el interés familiar, así este deber de actuación se concreta en sentido negativo, en que cada cónyuge puede exigir de su pareja únicamente la omisión de las conductas que choquen contra las bases de la convivencia o puedan afectar a la unidad familiar, no otras.

Más difícil es la precisión del contenido de este deber matrimonial en positivo: favorecer el interés familiar es contribuir a mantener la familia unida y en armonía, desarrollar las cualidades humanas y la cultura de quienes la integran o aumentar el patrimonio común, con el fin de conseguir una mayor bienestar para todos; pero también actuar de mutuo acuerdo o buscar el consenso en la medida de lo posible.

⁴⁸ Opinión distinta es la expresada por GARCÍA GARCÍA, M. A.: *El deber de actuar en interés de la familia*, cit.

⁴⁹ Cfr. DORAL GARCÍA DE PAZOS, J.: “El interés de la familia”, en *Documentación Jurídica*, Madrid, 1982, monográfico dedicado a la reforma del Derecho de familia de 1981, volumen 1, pp. 3 a 21.

Esta actuación positiva tendrá consecuencias, más allá de la vigencia del matrimonio en caso de ocurrir alguna crisis, tal cual se detalla en la STS núm. 655/2014⁵⁰. El obrar en positivo, sin duda, debe acentuar el respeto de los derechos fundamentales de los miembros del grupo familiar.

La determinación del contenido exacto de este deber no es, por tanto, fácil, motivo por el que se ha de señalar que, en caso de que surja discrepancia entre los cónyuges respecto a qué actuación es la más apropiada para favorecer el interés de la familia, será posible la intervención judicial para solventar la controversia. El juez, por lo tanto, a la hora de resolver acerca de los márgenes que configuran el comportamiento exigible, deberá considerar, entre otras, las concepciones éticas y sociales además de las circunstancias e intereses del grupo familiar.

Definido de esta forma el contenido del deber, a grosso modo, la última dificultad que plantea el análisis de este derecho y deber matrimonial es la identificación del titular del derecho correlativo al deber del cónyuge de actuación en interés de la familia.

Una primera aproximación al tema podría llevar a sostener que tal titularidad recae sobre la familia, dado que es su favor el que se persigue; pero esta determinación se enfrenta al obstáculo que supone la ausencia de reconocimiento de personalidad jurídica de la institución familiar: la familia no es sujeto de derechos y deberes; los titulares de éstos son los integrantes de la misma.

Ahora bien, atribuir la titularidad de este derecho y la facultad de exigir su cumplimiento a todos los miembros de la familia nuclear supone extender el ámbito de este deber netamente conyugal. De ahí que sea preferible mantener una uniformidad con el resto de los derechos y deberes matrimoniales y afirmar que son los cónyuges los titulares respectivos del derecho, respecto del deber que cada uno ostenta, aunque el contenido de este deber no sólo los considere a ellos o a sus intereses⁵¹.

⁵⁰ STS núm. 655/2014, Sala de lo Civil, de 20 de febrero de 2014, (RJ 90,2014). “El artículo 97 CC exige que la separación o el divorcio produzcan un desequilibrio económico en un cónyuge, en relación con la posición del otro, para que surja el derecho a obtener la pensión compensatoria. En la determinación de si concurre o no el desequilibrio se deben tener en cuenta diversos factores, como ha puesto de relieve la STS 864/2010, de Pleno, de 19 enero. La pensión compensatoria - declara- "pretende evitar que el perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges y para ello habrá que tenerse en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge; el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si éste ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación.” ⁵¹ STS, núm. 78/2012, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 27 de febrero de 2012, (RJ 201/3383). En esta sentencia se discute en torno al interés de uno de los cónyuges y el interés primordial del menor, asimismo se hace referencia al interés familiar no como la suma de ambos, pero si en relación a los dos intereses antes citado: “El marido interpuso recurso de apelación contra dicha sentencia, que fue revocada... Cita diversas sentencias... y la doctrina aplicable al caso y dijo:

En caso de ocurrir un incumplimiento, no obstante las sanciones previstas por el Código Civil, para los deberes que tienen los cónyuges entre sí, se podrá, sin embargo, ampliar su radio de ejecución, de tal manera de poder favorecer a otros miembros de la familia. Esto se concretará amparándose en varias disposiciones del Código Civil, tales como el art. 854.2º CC, el art. 152.4 CC y el art. 756.1º y 2º CC.

Sin perjuicio de la normativa civil, en materia penal debe plantearse que el obrar contrario a los intereses de la familia podrá llegar a constituir en determinadas situaciones delito de abandono de familia (arts. 226 a 233 CP); ahora bien, a contrario sensu, al demostrarse que ha existido abandono del hogar podrá inferirse que se ha alterado el interés de la familia.

De todas maneras el abandono de hogar, que está tipificado en referencia al interés de la familia no puede estimarse como concepto indeterminado lo cual sería muy peligroso porque estima una sanción, pero a mi juicio es importante que su conceptualización nos permita inferir en que consiste el interés de la familia., en consonancia al caso particular de que se trate.

Los cónyuges han contratado al celebrar el matrimonio y, por lo tanto, están vinculados jurídicamente entre sí. La idea del vínculo sugiere inmediatamente la idea de limitación o recorte de libertad.

"QUINTO. Expuesta la doctrina aplicable al caso, nos debemos ocupar del supuesto de hecho que nos ocupa en el que la sentencia de instancia entiende que el derecho de uso que ostenta el demandado debe extinguirse al procederse a la división del inmueble, puesto que no puede considerarse amparado en el artículo 96 del Código Civil, ya que el Juzgado de Familia, sin tomar en consideración las necesidades familiares, solamente tuvo cuenta que en la vivienda tenía el demandado su despacho profesional. Esta valoración no la podemos aceptar, ya que en la sentencia dictada en el procedimiento de divorcio, que como ya dijimos es prácticamente de la misma fecha en la que se presentada esa demanda, pues la sentencia es de 18 de enero de 2007 y el día 19 del mismo mes se presentó la demanda que dio inicio a este procedimiento, indica que, "el demandado ostenta el interés más necesitado de protección en términos del Art. 96 del CC , lo que le hace acreedor a que le sea adjudicado su uso", explicando a continuación las razones en las que se basa, teniendo en cuenta el interés del hijo de los litigantes menor de edad, en concreto indicó "que el demandado vería sin duda minorados sus recursos económicos debido al notorio incremento de sus gastos al tener que procurarse otro despacho profesional y, probablemente, otra vivienda, de tal modo que es muy posible que no pudiera hacer frente a una pensión alimenticia por el importe aquí establecido". Por tanto, teniendo en cuenta las situación ante la que nos encontramos, donde el hijo, que vive con su madre en la ciudad de Segovia, tiene de 10 años y recibe una pensión del padre que se ha aumentado en el procedimiento de divorcio, no podemos afirmar que las bases que tuvo en cuenta el Juzgado de Familia, es decir la necesidad del uso de la vivienda para poder atender a sus necesidades y a las del hijo menor de edad, se hayan alterado en este momento, ya que debemos diferenciar los supuestos en que, en función de las condiciones de provisionalidad y temporalidad de esta medida, se aprecie claramente que las bases sobre las que sustentaron se han alterado significativamente, careciendo de sentido mantener el derecho de uso, de aquellos otros en los que no se comparten los razonamientos que han llevado al Juzgado de Familia a conceder tal derecho, que es un materia diferente y sobre la que no se puede entrar, pues la competencia para decidir de esta materia, a través de los procedimientos establecidos al efecto, corresponde a los Juzgados a los que les esta asignados las cuestiones relacionadas con el derecho de familia".

Quien está vinculado jurídicamente está obligado a llevar a cabo un comportamiento determinado a favor de otra u otras personas. Quien se casa, está renunciando voluntariamente a una parcela del bien máspreciado, después de la vida: la libertad. En relación con esto, destaco la afirmación de RAMOS CHAPARRO⁵², quien ha manifestado que: “Si la libertad individual fuese un valor tal que impidiese per se toda forma de vinculación o sujeción jurídica, esto mismo demostraría directamente la imposibilidad del Derecho, tanto público como privado.” El obrar en libertad implica, desde luego, la elección, por consiguiente un riesgo, el que tales elecciones sean correctas o no, se encuentra en el terreno de la incertidumbre, debido a que el propósito inicial querido por quien elige, no puede ser asegurado por ninguna persona.

Se renuncia a una parcela de esta libertad no totalmente a este bien. La Constitución ha consagrado el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, y no indica que se pierda tal derecho al contraer matrimonio⁵³. Es decir esa libertad subsiste en el matrimonio, lo que sucede es que ahora entra en juego un compromiso ante, por y para otro, y ante el Derecho, que a veces colisiona con la libertad personal, pero esta está supeditada en virtud de la ley y no así por la Constitución, al interés de familia.

Este interés cuyo origen es el límite de las facultades del marido⁵⁴, se ha visto bastante ampliado en su radio de acción lo cual es sin duda efecto de su indeterminación.

Ya se ha opinado que es un concepto de carácter variable, en función de las circunstancias sociales y familiares y personales que resultan difíciles de concretar, tal cual se manifestó anteriormente. Con su formulación a nivel legal, se trata de corregir el egoísmo personal, estableciendo un valor superior al individual, aunque en nuestra sociedad tan acostumbrada a exigir derechos pero poco predispuesta a cumplir deberes, resulta de difícil comprensión esta afirmación.

El que contrae matrimonio, en virtud del vínculo y de la necesario auxilio que debe dispensar, tal cual se infiere de la STC núm. 198/2012, que plantea el matrimonio como “comunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento”⁵⁵, debe velar en primer lugar por satisfacer el interés colectivo

⁵² “Objeciones jurídico-civiles a las reformas del matrimonio”, recurso electrónico, en *Actualidad Civil*, 2005, núm. 10, Sección A Fondo, Tomo I: Ed. La Ley, La Ley 1131/2005, p. 1157.

⁵³ También ponen en relación el matrimonio y el libre desarrollo de la personalidad DIEZ PICAZO PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, Volumen IV, Tecnos, Madrid, 1992, p. 96.

⁵⁴ Tal es así, que la redacción primitiva del artículo 1386 del Código Civil, obligaba que las obligaciones personales del marido no podían hacerse efectivas sobre los frutos de los bienes parafernales, a menos que se probare que redundaron en provecho de la familia.

⁵⁵ STC núm. 198/2012, Pleno, de 6 de noviembre de 2012 (RTC 2012, 198), el cual desestimó el

familiar, es decir del matrimonio y de los hijos convivientes, si los hubiere. En lo referente a las parejas de hecho también debiese aplicarse esta limitación al obrar, porque se sabe hoy en día que la familia tiene su origen no tan sólo en el matrimonio, y que independiente de tal conlleva un interés del colectivo en cuestión.

Sin duda la exigencia de actuar en interés de la familia es una muestra de explicar una unidad de la familia sin la unidad de dirección, es decir, desde la perspectiva de la igualdad jurídica de los cónyuges o integrantes de la pareja de hecho, y esta es la clave para entender la relación entre el interés de la familia y la igualdad, al no haber necesariamente una cabeza en la dirección, sino que una paridad de roles al respecto, el interés se estima acorde a los objetos que dicha igualdad presenta, se favorecerá dicho interés cuando se favorezca dicha igualdad, siempre que se consideren, asimismo, los vínculos asociativos que la relación implica, es decir, el estudio del cumplimiento del principio de igualdad debe respetar la originalidad de cada persona y de su actuar en relación a otros, sobre todo, cuando este obrar está radicado en su esfera más íntima, la familia⁵⁶.

recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el grupo popular.

⁵⁶ En ese mismo sentido, la STC núm. 159/1989, Sala 1ª, de 6 de octubre de 1989, (RTC 1989,159), señaló que el fruto de las reformas de 1975 y 1981 “es la proclamación de la igualdad jurídica entre marido y mujer (arts. 66 y 1328) y, en general, la desaparición de los vínculos patriarcales y autoritarios, así como la configuración de un nuevo grupo familiar de base asociativa”. Además se enfatiza el reconocimiento de la plena capacidad de la mujer como manifestación plausible y fehaciente de la política antidiscriminatoria: “Pero en el actual derecho de familia no sólo se ha pasado a un régimen general de co-gestión de la Sociedad de gananciales (lo que obliga a replantearse si la titularidad de la relación arrendaticia corresponde exclusivamente al marido), sino que la mujer ha recuperado su plena capacidad de obrar no sólo sobre los bienes adjudicados por separación judicial, sino sobre los propios bienes adjudicados por separación judicial, sino sobre los propios bienes gananciales (e incluso los pendientes de liquidación), de entre los que hay que entender incluidos los derechos arrendaticios, con los que se hace obligado dilucidar si la interpretación restrictiva del art. 31.1.º L.A.U. que efectúa la Audiencia conculca o no el principio de igualdad o, dicho en otras palabras, ¿goza de algún género de justificación objetiva y razonable la inaplicación del art. 31.1.º L.A.U. a los supuestos de sucesión de la relación arrendaticia a los hijos y esposa como consecuencia de una separación legal?.- La respuesta a la enunciada pregunta ha de ser forzosamente negativa. No existe razón alguna que abone por reputar traspaso de local de negocio a la adjudicación de los derechos de arrendamiento a la esposa (quien, con sus hijos y en nuestro caso, venía regentando el negocio de la panadería) como consecuencia de la disolución de la sociedad de gananciales tras un proceso de separación judicial. Estimar lo contrario significaría admitir un trato discriminatorio en dicha disolución frente a la que puede suceder por causa de muerte del titular formal de la relación arrendaticia y, como se ha expuesto más arriba el principio de igualdad de los arts. 14 y 32.1.º ha de informar no sólo la constitución del matrimonio, sino también los «efectos de su disolución y de la separación», por lo que una diferenciación en punto a la exención del traspaso del local de negocio entre los efectos de la disolución de la sociedad de gananciales atendiendo exclusivamente a su causa (la muerte, el divorcio o la separación legal), aparte de carecer de justificación jurídica, conlleva una discriminación social entre el status de «viuda», que podría beneficiarse de la exención del art. 31.1.º L.A.U., y el de «separada» (o divorciada) quien quedaría civilmente penalizada mediante la resolución del contrato y consiguiente lanzamiento y ello aun cuando, como acontece en el presente caso, la esposa no hubiere dado lugar a la separación legal.- Más aún alega la recurrente una segunda violación constitucional, que fundamenta en la lesión del derecho a obtener tutela judicial efectiva, consagrado en el art. 24.1 de la Constitución.- A esta segunda causa en que se basa el recurso de amparo, pudiera oponerse -

Tal interés superior no anula la posibilidad de que cada cónyuge trate también de satisfacer su propio interés, de cumplir sus anhelos personales, en la medida en que no se contradiga aquel interés de la familia⁵⁷, por cuanto la comunidad de vida que manifiesta la convivencia conyugal o la análoga a la misma, es obviamente con la individual de cada persona implicada en la misma.

Se tiene en cuenta, por otro lado, que uno de los componentes de la familia es el propio cónyuge o pareja y que cuando está desarrollando libremente su personalidad estará normalmente cumpliendo el interés familiar. Cada cónyuge o persona vinculada por la relación afectiva podrá desarrollar libremente su personalidad dedicándose al trabajo y a las aficiones que más le satisfagan, y sólo tendrá el límite de respetar los intereses familiares⁵⁸.

como así lo verifica la contraparte en sus alegaciones- la propia doctrina de este Tribunal acerca de la satisfacción de aquel derecho mediante la obtención de una respuesta judicial motivada sobre el fondo de la cuestión litigiosa discutida -lo que se afirma alcanzado en este supuesto- y manteniendo por ello la improcedencia de revisar en este ámbito el acierto técnico de la decisión o su conformidad a las pretensiones de la parte.

⁵⁷ Asimismo lo indicó la STS, núm. 5908/1985, Sala de lo Civil, de 25 de noviembre de 1985 (RJ 5908, 1985). Además en esta sentencia claramente se relaciona el deber de actuar en interés de la familia durante la crisis de la misma: “La obligación de convivencia que el artículo sesenta y ocho impone a los cónyuges, reflejada en la tradicional expresión de unidad de techo, mesa y lecho (thorum, mensa et cohabitatio), no impide el hecho, harto frecuente, de que no obstante su nota esencial en el matrimonio, es infringida por pacto, expreso o tácito, de marido y mujer, generalmente acompañado de un acuerdo sobre la prestación de alimentos, que no será obstáculo para que el alimentista, según autorizado parecer, pueda acudir al proceso para lograr una pensión más alta cuando circunstancias sobrevenidas (generalmente corrección nominal en la que verdaderamente es deuda de valor, por depreciación de la moneda) así lo requieren por imperativos de equidad; por ello, y atendiendo a que en las situaciones de normalidad en el desarrollo del matrimonio, con cabal cumplimiento por los esposos de los deberes regulados en los artículos sesenta y siete y sesenta y ocho del Código civil, la deuda alimenticia o de socorro material entre ambos queda comprendida por la más amplia de contribuir a levantar las cargas del matrimonio con arreglo a los artículos mil trescientos dieciocho, mil trescientos sesenta y dos, causa segunda y mil cuatrocientos treinta y ocho, cuando ha sido rota la unidad de vida por mutua conformidad entrará en liza el artículo ciento cuarenta y tres, y en tal sentido la más reciente orientación jurisprudencial, en cuya línea son expresivas las sentencias de veintiocho de febrero de mil novecientos sesenta y nueve y diecisiete de junio de mil novecientos setenta y dos, entiende que la separación de hecho libremente consentida entre los esposos, si bien implica una situación anómala e incompatible con los deberes matrimoniales que impone el actual artículo sesenta y ocho, lo que origina que sus consecuencias no sean jurídicamente protegibles, no por ello priva a cualquiera de *los* cónyuges, atendidas las circunstancias del caso concreto, a recibir alimentos de su consorte conforme a las normas contenidas en los artículos ciento cuarenta y dos y siguientes, punto de vista que ha de ser reafirmado a la luz de las directrices informantes de la reforma de siete de julio de mil novecientos ochenta y uno, ajena en materia de divorcio a la aplicación de causas culpabilistas (artículo ochenta y seis)”.

⁵⁸ En tal sentido, en un supuesto en que se había declarado la separación matrimonial por incumplimiento de los deberes conyugales por parte de la esposa, que estaba separada de hecho, la STC, núm. 73/1982, Sala 2ª, de 2 de diciembre de 1982, (RTC 1982,73), declaró que “el derecho a la intimidad personal no queda violado porque se imponga a la persona limitaciones de su libertad, como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico regula, pues la intimidad

Las personas que dan vida al matrimonio o a la pareja de hecho, conservan un ámbito de autonomía personal, una esfera íntima en la que ni siquiera tiene posibilidades de penetrar el otro miembro, podrá manifestar sus opiniones por ejemplo, pero sobre todo, tendrá derecho a su intimidad personal⁵⁹.

Y es que el matrimonio o la relación análoga aunque otorga ciertos derechos a los miembros, no dan el derecho sobre la persona del otro, como vulgarmente se cree, dándose lugar al abuso. Muchas personas cometen el error de pensar que al casarse o convivir se adquiere el cuerpo y la voluntad del otro, y que en eso consiste precisamente la seguridad. Aunque se comuniquen los afectos, los bienes, no se hace dueño uno del otro ni mucho menos, hay una pertenencia abstracta.

Finalmente destaco en relación con el interés familiar, el deber de asistencia recíproca mencionado en el art. 58 del Código de Derecho Foral de Aragón y que constituye el contenido esencial de la relación paterno-filial. La descripción que del mismo efectúa la disposición normativa contribuye a delimitar el interés de la familia. En esta norma se comprende el respeto, como contenido de la filiación, y reviste un carácter recíproco, que no se extingue por la emancipación. Lo mismo sucede con el deber de asistencia, este excede a la obligación de alimentos y se materializa en la colaboración personal del hijo en las tareas del hogar y en los negocios familiares mientras conviva con la familia, así como en la posibilidad de que los padres que ejerzan la autoridad familiar destinen una parte de los ingresos del hijo a necesidades familiares que resultan diversas a su crianza y educación⁶⁰.

Me parece relevante y positivo, tal cual se interpela de la sola lectura del artículo, el que se ponga énfasis en el vínculo asociativo que impregna las relaciones de familia, el cual más que de asociación es principalmente de comunión, personal y total.

IV. CONSIDERACIONES PARA LA CONCEPTUALIZACIÓN DEL TÉRMINO FAMILIA DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO.

Para obtener un concepto de familia se puede recurrir, en primer lugar, al concepto que el común y corriente de las personas maneja de tal término, tanto en el presente como en el pasado, el que por supuesto no ha sido constante, careciendo de exactitud.

Se puede y debe indagar en las concepciones jurídicas de cada momento histórico debido a que cada época ha imprimido su sello en tan esencial institución, siguiendo en este punto lo propiciado por LACRUZ⁶¹.

es un ámbito o reducto en el que se veda que otros penetren y no guarda por sí sólo relación directa con la libertad de relacionarse con otras personas o derecho a tener amistades, que es lo que la recurrente parece referirse”.

⁵⁹ Guardar para su propio interés y regocijo sus conversaciones y documentos personales. No se olvide que el art. 18.3 CE garantiza el secreto de las comunicaciones, y en especial de las postales, telegráficas y telefónicas, incluso los e mails, salvo resolución judicial, y que el Código Penal considera delito el hecho de apoderarse de papeles y cartas para descubrir los secretos.

⁶⁰ Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, J. (Dir.): *Manual de Derecho Civil aragonés*, Ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006, 2ª edición.

⁶¹ LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros: *Elementos de Derecho Civil IV*, Ed. Dykinson, Madrid, 2010, 4ª edición..

Este afirma que, en sentido normativo, la familia aparece en la historia y en la actualidad como una comunidad creada, en principio por el matrimonio, está compuesta, al menos, por progenitores y por procreados (es decir menores), y en la que pueden participar otras personas convivientes o no. Al lado de aquel tipo principal, existen relaciones familiares extramatrimoniales que constituyen también “familia”, como lo es la compuesta por un sólo progenitor y los hijos, o por pareja no casada, etc⁶².

La ley, siguiendo el razonamiento del autor recién citado, no define de modo general a la familia, tampoco es posible dar un concepto legal general de ella porque el grupo familiar tiene muy distinta amplitud en los diversos aspectos en los que es considerado⁶³. NIMKOFF, señala LACRUZ define la familia como “una comunidad más o menos duradera de esposo y esposa, con o sin hijos, o de hombre y mujer solos o con hijos”, y para BURGUESS y LOCKE es “una multiplicidad de personas vinculadas por matrimonio, vínculos de sangre o adopción, que constituyen conjuntamente un sólo núcleo de convivencia o household”. Pero claro está que el vínculo matrimonial que origina a la familia en la actualidad ha perdido bastante preponderancia, tal cual se analizará.

Existe la denominada familia nuclear, compuesta de varón y mujer con su prole, o por dos hombres o dos mujeres y uno de ellos en solitario con su hijo o hijos, también está la familia extensa, en cuya denominación se considera, de una parte, la familia polinuclear, constituidas por varias familias nucleares (varias generaciones de una misma unidad residencial), y de otra, la familia nuclear ampliada, en la cual al núcleo familiar se añaden otros parientes, etc.

Pero existen otros grupos de familia que se agrupan bajo el nombre de familia incompleta; viudo con o sin hijos, divorciados, madres solteras, etc. A esto se agrega que en la civilización occidental mayoritariamente no se admite la familia poligámica; hombre con varias mujeres; ni tampoco la poliandria; mujer con varios hombres.

⁶² O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil, Derecho de Familia*, Tomo IV, Editorial Universitaria Ramón Aceres, Madrid, 2012; NAVARRO VIÑUALES, J. M^a: “El nuevo Derecho de Familia, modificaciones legislativas y tendencias doctrinales”, Ed.Thomson–Civitas, 1^a edición, Madrid, 2006; GONZÁLEZ POVEDA, P.: *Tratado de Derecho de Familia, aspectos sustantivos y procesales: adaptados a las leyes 13/2005 y 15/2005*, Ed. Sepin, Madrid, 2005.

⁶³ El artículo 815 del Código Civil chileno, incluido en el Título X referente a los Derechos de Uso y Habitación da un concepto de familia, el cual se ha entendido únicamente para tales derechos: “El uso y la habitación se limitan a las necesidades personales del usuario o del habitador.- En las necesidades personales del usuario o del habitador se comprenden las de su familia.- La familia comprende al cónyuge y los hijos, tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aun cuando el usuario o el habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución.-Comprende, además, las personas que a la misma fecha vivían con el habitador o usuario y a costa de éstos; y las personas a quienes estos deben alimentos.”

Poco a poco se puede constatar que el modelo familiar que el legislador no puede dejar de considerar, es uno de carácter bastante diverso, según los lugares y los tiempos, en donde se incluya el mayor número de modelos posibles. Si en un primer momento el modelo arcaico aludía a la familia extensa, el moderno sería el nuclear compuesto por los padres y los hijos menores o que todavía no tienen independencia económica.

Dentro de la simple familia extensa o también nuclear, a la que se le añaden otras personas aisladas, se debe incluir, según algunos, no sólo a los parientes convivientes o familia residencial, sino a aquellos que, con residencias separadas, mantienen vínculos intensos y peculiares: apoyo económico y moral, control de los individuos por parte del grupo, subordinación de todos los miembros casados o solteros a una misma autoridad, que es la del depositario del patrimonio familiar, este último tipo de familia tiene lugar, ya sea entre el campesinado, como en la burguesía tradicional.

Otra opinión que debe destacarse es la de ALBALADEJO⁶⁴, para quien la palabra familia en un primer momento denominó a las personas cuyo grupo estaba formado por aquellos unidos en matrimonio y los hijos que se hallaban bajo su potestad y los emancipados que con ellos residían, de tal manera que se puede distinguir la familia de origen matrimonial y la no matrimonial. Respecto a la primera afirmó que: "...Con la palabra familia se venía denominando al grupo de personas compuesto por quienes están unidos en matrimonio y los hijos que se hallan bajo su potestad, o (a lo más), aun emancipados, no abandonaron el hogar paterno. Pero los hijos crecen, y se rompe la unidad de dicho hogar, y aquellos casándose, crean nuevas familias. Más aunque así se formen otras integradas por los nuevos matrimonios y sus hijos (si los tienen), sin embargo, también cada padre -además de formar familia con el otro- sigue perteneciendo a aquella de que procede, y los hijos -además de a la formada por ellos y sus padres- pertenecen a la de cada uno de estos dos, pues son tan nietos de unos abuelos como de los otros". Ello pudo probar que, siguiendo el fundamento de este destacado autor, con la palabra familia se designaba no sólo al matrimonio más hijos bajo su potestad, sino que también agregó al grupo de personas ligadas por vínculo de parentesco matrimonial de sangre (padres, hijos, tíos, abuelos, primos, etc.).

Además, la familia de cada uno de los esposos pasaba a ser familia política del otro. Y en tal sentido éste último pasaba a formar parte de ella.

Se puede concluir que lo anterior demuestra que cuando se hacía referencia al concepto de familia se podía aludir a diferentes grupos de personas. Es evidente que los vínculos que ligaban a las personas componentes de la familia, tomando este término en un sentido o en otro, eran: o el vínculo de parentesco matrimonial de sangre, o el de parentesco político (llamado parentesco de afinidad), o el vínculo conyugal.

⁶⁴ Vid. ALBALADEJO, M, *Curso de Derecho Civil. Tomo IV Derecho de Familia*, Ed. Bosch, S.L., 10ª edición, Barcelona, 2002, pp. 9 y siguientes.

Así que la familia se edificaba o sobre el matrimonio o sobre el parentesco procedente del matrimonio, pero ya no es posible hablar jurídicamente de familia únicamente sino que de familias o quizás siendo más exactos de modelos de familia.

Respecto a la familia no matrimonial, el mismo ALBALADEJO⁶⁵ expresó que: “... hoy con la palabra familia se llega a denominar también al grupo que, no originado en el matrimonio, sino apoyado en una situación de hecho, bien de puro hecho, bien cumpliendo algunos otros requisitos, vive unido, derivando de ello ciertas consecuencias jurídicas, que varían según los casos (aunque en ninguno son iguales a las que produce el matrimonio) entre los convivientes de hecho, hayan o no hayan hecho constar documentalmente su unión o inscrito ésta en un Registro ad hoc. Que por lo que toca a las consecuencias que se producen entre los convivientes y sus hijos son rigurosamente las mismas que se dan entre los padres y los hijos matrimoniales, ya que hoy todos los hijos, sean o no de matrimonio, son iguales ante la ley, lo que implica que la relación paterno-filial es igual entre cualesquiera de los hijos y cualesquiera padres, omisión hecha que aquellos hayan sido habidos dentro o fuera del matrimonio, o incluso de que lo hayan sido dentro o fuera de una situación de unión estable de hecho entre sus padres.”

Etimológicamente, manifiesta SERRANO ALONSO⁶⁶, que sigue en este aspecto a CASTÁN TOBEÑAS⁶⁷, el término familia procede del latín familia, significando “el conjunto de personas que moraban con el señor de la casa”. Dejando a un lado este tipo de interpretaciones, agrega, lo que sí es cierto es que cualquier acepción de la familia trae consigo la idea que tradicionalmente ha estado unida a ella: el conjunto de personas, de extensión variable, que viven bajo un mismo techo y sometidos a la dirección o dependencia de una de ellas que asume las funciones directivas y de coordinación entre todos ellos. Jurídicamente el rasgo fundamental de toda familia es la existencia de un vínculo de parentesco o matrimonial, de manera que, en sentido estricto, únicamente aquellos grupos que parten de un matrimonio o de una relación de parentesco pueden ser calificados como familia.

Lógicamente el propio desarrollo de la sociedad y las nuevas realidades es el que plantea la posibilidad de aplicar el concepto de familia a otro tipo de uniones no incluidas necesariamente en el esquema anterior⁶⁸.

Por otra parte, la ausencia de una definición constitucional resulta positiva, al dar entrada por vía interpretativa a una serie de posibilidades familiares que no hubiesen sido regulados de otra manera por la Constitución.

⁶⁵ ALBALADEJO, M.: *Ibidem*, pp. 9 y siguientes.

⁶⁶ SERRANO ALONSO, E. (Coord.): *Manual de Derecho de Familia*, Ed. Edisofer S.L., Madrid, 2000, p. 21.

⁶⁷ CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil y foral*. Tomo V, volumen I, Ed. Reus S.A., 11ª edición, Madrid, 1987, pp. 33 a 53.

⁶⁸ Cfr. ELVIRA BENAYAS, M. J.: “Introducción a ciertas cuestiones del Derecho de familia en las sociedades multiculturales”, *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 18, año 2008, II, pp. 149 a 163.

La interpretación que acepta varios tipos de familia intenta articular diversos modelos de la misma que tienen lugar en la sociedad y sobre ellos procura aplicar los criterios democráticos propios del Estado social que define el orden constitucional español, por ejemplo el art. 68 de la Ley 3/2011 de apoyo a la familia y a la convivencia en Galicia, al referirse al acogimiento alude a modalidad familiar y la diferencia de la familia propiamente tal, el artículo 40 RCL 2006/1450 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (RCL 2006/1450) dispone que los poderes públicos deben garantizar la protección jurídica, económica y social de las diversas modalidades de familia⁶⁹.

Sin duda existe una falta de definición de la familia por parte de la Constitución, pero sin embargo esta opción es correcta, porque aunque parezca paradójico la familia queda protegida y si se hubiese dado una definición constitucional de familia habría sido un problema otorgar protección a otros modelos, por lo cual hubieran quedado desprotegidos.

Además al excluir dichos modelos probablemente se estarían violentando los principios del Estado democrático y social, esta indefinición es necesaria para adaptarse a la realidad social.

La opción vigente permite que sea el propio legislador el que dependiendo de cada momento opte por una mayor o menor apertura, lo cual no significa crear a la carta los diversos modelos⁷⁰.

PÉREZ VILLALOBOS⁷¹ señalando los elementos que definen a la familia ha propuesto los siguientes. En primer lugar, es un grupo humano, lo que descarta la existencia de familias de un sólo miembro; en segundo lugar, la familia cumple funciones de tipo social, aunque estas hayan decrecido considerablemente en la actualidad, sin perjuicio de su función económica al ser también una unidad de producción y consumo.

En tercer lugar debe existir una relación de jerarquía y dependencia dentro del grupo, lo que supone una diferenciación definitiva de la familia de otros modos de convivencia en grupo; en cuarto lugar plantea la relación matrimonio y familia, si el primero define a la segunda, es decir procura responder la pregunta si el matrimonio es por sí mismo una familia.

⁶⁹ Ley 25/2010, Libro II del Código Civil de Cataluña, Persona y Familia, artículo 231 1. : “La heterogeneidad del hecho familiar. 1. La familia goza de la protección jurídica determinada por la ley, que ampara sin discriminación las relaciones familiares derivadas del matrimonio o de la convivencia estable en pareja y las familias formadas por un progenitor sólo con sus descendientes.

1. Se reconocen como miembros de la familia, con los efectos que legalmente se determinen, los hijos de cada uno de los progenitores que convivan en el mismo núcleo familiar, como consecuencia de la formación de familias reconstituidas. Este reconocimiento no altera los vínculos con el otro progenitor.”

⁷⁰ Vid MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L.: “La familia en la Constitución española”, en *Revista de Derecho Constitucional*, núm. 58, enero-abril, 2000, pp. 11 y siguientes.

⁷¹ PÉREZ VILLALOBOS, M. C.: *Las leyes autonómicas reguladoras de las parejas de hecho*, Ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008, pp. 98 a 100.

Sobre este punto la autora recién citada plantea que un matrimonio no es necesariamente una familia porque requiere además de un elemento dependiente, por lo demás requiere la familia una relación de dependencia y jerarquía entre sus miembros, mientras que el matrimonio es un pacto igualitario, además la relación matrimonial es voluntaria mientras que la familiar tiene su origen en la filiación o el parentesco. Consecuentemente con el segundo motivo recién indicado, en el matrimonio se genera relaciones iguales para ambas partes, no así en la familia, donde se generan derechos y obligaciones desiguales. Finalmente argumenta que el matrimonio provoca la relación de dos familias, no sólo de dos personas, por ello antiguamente familia y matrimonio estaban unidas. Pero el matrimonio por sí solo no formará una familia si no existe descendencia o personas dependientes a su cargo, sin perjuicio de ello la Constitución otorga una diferente protección para cada uno lo cual también contribuye para indicar que no son lo mismo.

Es importante señalar algunas de las consideraciones que deben apreciarse en el estudio de la evolución del término, y en tal sentido ROCA I TRÍAS⁷² ha formulado que: “Podemos estar de acuerdo con que los cambios se han producido y también en que esto demuestra, por una parte, que la familia no es un grupo estático y, por otra parte, que nunca existe una situación que provoque un período más o menos largo de estabilidad. En cualquier caso, los cambios tienen unas bases, cuyo control hace prever con mayor o menor seguridad, no sólo que se están produciendo, sino también la dirección en que se producirán.”

Por ello los actuales estudios sobre Derecho de familia tienen una base empírica, porque se considera que sin conocer cuál es la realidad de las familias no puede tomarse una decisión legal que tenga posibilidades de éxito en su aplicación.

Los elementos a tener en cuenta en este análisis empírico vienen proporcionados por ciencias auxiliares a la del jurista, como la demografía, la sociología, la economía.

Quiero destacar en este punto que es prácticamente unánime la opinión de la importancia que tiene la familia en la sociedad española, por ello como corolario citaré la Ley de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia, Ley 3/2011, de 30 de junio. Ésta en su exposición de motivos señala que: “La evolución histórica y la complejidad progresiva de la organización social encuentran reflejo y acogida en la familia como institución en permanente evolución.

Fórmulas de convivencia que sin ser nuevas eran hasta ahora infrecuentes tienen cabida en la familia como estructura básica de la sociedad y como medio natural de desarrollo y crecimiento de la persona. Por ello es deber de los poderes públicos reconocer y amparar a la familia y todas sus manifestaciones y formas de organización, dándoles un especial apoyo y protección.”

⁷² Cfr. ROCA I TRÍAS, E.: *Familia y cambio social (De la casa a la persona)*, Ed. Civitas, Madrid, 1999, pp. 42 a 47. La autora sostiene que en la Constitución se pueden encontrar perfiles básicos suficientemente determinados que impide señalar como familia cualquier tipo de asociación, reunión o convivencia.

V. LA EUROPEIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA.

La riqueza de tipos familiares que se han dado en Europa responde a la diversidad de las condiciones económicas, políticas sociales y culturales que han marcado en cada tiempo y lugar las diferentes sociedades que la conforman. Esta íntima relación entre familia y sociedad tiene mucho que ver con las funciones que desempeña la familia en relación a sus miembros y respecto de la sociedad en que se integra. VALPUESTA FERNÁNDEZ⁷³ ha entendido como funciones de la familia, los cometidos que ésta, entendida como organización ha cumplido respecto a todos o algunos de sus miembros con un cierto carácter de generalidad y continuidad; en tal sentido no se refiere a la dedicación que por alguna coyuntura se haya prestado por la familia a sus integrantes en un tiempo concreto, sino al conjunto de tareas que dirigen unos comportamientos hacia un objetivo u objetivos determinados, modelando las relaciones en el interior de la familia, con la independencia de que se tenga mayor o menor conciencia de ello.

Ahora bien, estas funciones también las ha desempeñado la familia respecto del conjunto de la sociedad cuando se han asumido por el grupo familiar objetivos que repercuten sobre la colectividad, por lo que su determinación, así como su realización, tienen mucho que ver con el nivel de organización de la sociedad en que se inserta.

La llamada europeización del Derecho de Familia se ha convertido en los últimos años en uno de los objetivos prioritarios de la Unión Europea, consciente desde hace tiempo de las profundas transformaciones que ha venido sufriendo la estructura y la concepción de la familia, no tan sólo a nivel de Europa sino en el mundo en su conjunto. Aunque posiblemente en el denominado tercer mundo la familia tenga mayor prioridad debido a que consiste en el eslabón fundamental para la subsistencia de sus miembros.

Los cambios demográficos y el descenso de la natalidad han tenido consecuencias directas sobre el mismo mercado laboral, los sistemas de seguridad social y han atraído a poblaciones de otros lugares del orbe. Ello ha provocado que la familia se haya convertido en un elemento esencial en la economía que sin duda provoca la intervención de la comunidad internacional, debido a que la intervención interna, de cada Estado puede ser insuficiente

De este modo, la integración comunitaria de un área como el Derecho de Familia, en el que emergen intereses muy concretos como el del menor o el respeto a la vida familiar, no deja de ocultar un transfondo, tal cual lo pregona ESPINOZA CALABUIG⁷⁴.

⁷³ VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.: *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 55 y 56.

⁷⁴ Cfr. ESPINOSA CALABUIG, R.: "La construcción de un Derecho de Familia en Europa", en AMIN FERRÁZ, D.: *Manual de Integración Regional*, Ed. Mandamientos, Belo Horizonte, 2004, pp. 445 a 487.

En tal sentido el Legislador comunitario ha tenido un creciente interés, así lo puso de manifiesto el Consejo de la Unión Europea (Comité de Derecho Civil) con motivo del “Proyecto de informe del Consejo sobre la necesidad de aproximar las legislaciones de los Estados miembros en materia civil”⁷⁵. En tal sentido el Parlamento Europeo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el Consejo se han venido pronunciando en ámbitos relacionados con la unidad familiar, los hijos o el cónyuge y, por lo tanto, con el estatuto personal de los ciudadanos comunitarios.

Asimismo las autoridades comunitarias se han pronunciado sobre otras cuestiones de gran trascendencia para el Derecho de Familia, por ejemplo entre tales materias tenemos: la adopción de menores⁷⁶, la protección y mejora de los matrimonios fraudulentos⁷⁷, así como la igualdad de derechos de los homosexuales y lesbianas en la Comunidad Europea⁷⁸, o el “Derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros”⁷⁹.

Junto a ello también la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha expresado su interés creciente por cuestiones de diversa índole como el estado de la persona (su calidad de hijo, descendiente, cónyuge)⁸⁰, el derecho de alimentos, la patria potestad y su ejercicio⁸¹, el respeto a la vida familiar, etc⁸².

Sin duda ha sido una labor incesante, en el afán de armonizar algunos aspectos del Derecho de Familia, tal cual se puede dejar entrever del Programa de la Haya publicado en 2005⁸³, destacando entre otros la Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia.

⁷⁵ Bruselas, 29 de octubre de 2001.

⁷⁶ Resolución de 20 de enero de 1997 sobre la mejora del Derecho y de la Cooperación entre los Estados miembros en materia de adopción de menores, DOCE, núm. C20, año 1997, página 176.

⁷⁷ Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de julio de 1996, sobre el secuestro de niños de matrimonios de distinta nacionalidad en los Estados miembros (DOCE, núm. C261/157, 1996).

⁷⁸ Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de febrero de 1994, sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y de las lesbianas en la Comunidad Europea (DOCE, núm. 1994, C 61/40).

⁷⁹ A través de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo presentada el 29 de junio de 2001 (DOCE, núm. C 270 E/150, de 25 de septiembre de 2001).

⁸⁰ SSTCJE, Pleno, Caso Ingetraut Scholz contra Opera Universitaria di Cagliariotros, de 23 febrero 1994, (TJCE 1994/21); Caso Lisa Jacqueline Grant contra South-West Trains Ltd. de 17 febrero 1998, (TJCE 1998,28).

⁸¹ STJCE, Sala 6ª, Caso Kathleen Hill Ann Stapleton contra The Revenue Commissioners Department of Finance. de 17 junio, (TJCE 1998,142).

⁸² STJCE, Pleno, Caso Mary Carpenter contra Secretary of State for the Home Department, de 11 julio 2002, (TJCE 2002,222).

⁸³ DOUE, núm. 53, de 3 de marzo de 2005, p. 13.

Se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia de régimen matrimonial, con especial referencia a las cuestiones de competencia jurisdiccional y reconocimiento mutuo⁸⁴, el Libro Verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio⁸⁵, el Libro Verde sobre legislación aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos⁸⁶, finalmente se menciona el vigente Reglamento 2201/2003 sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

La comunitarización del Derecho internacional privado derivada de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, lo que ha supuesto consecuencias en relación con la celebración de Tratados con terceros estados y la participación en organizaciones internacionales. La transformación de los convenios preexistentes en el seno de la Unión Europea en instrumentos comunitarios no sólo se ha debido a unos objetivos de rapidez e inmediata entrada en vigor, sino también porque de tal manera la comunitarización puede tener efectos adextra.

En relación a la familia o a las familias, y lo cual tiene una considerable importancia para el Derecho Europeo, y especialmente en España, se puede contemplar una serie de elementos que tienen relación con el Derecho Internacional Privado y el Derecho Comunitario.

El primero es la diversidad de modelos de familia en Occidente, por ello se afirma, y en esto sigo la opinión de ESPINOZA CALABUIG, que la realidad en tal sentido indica que no existe una “familia”, sino que por el contrario existen modelos de ella, de entre ellos se alude a la familia tradicional, basada en el matrimonio de los progenitores; las familias de hecho, en las cuales los convivientes no están casados entre sí; las familias monoparentales, integradas por un sólo progenitor y sus hijos; finalmente familias reconstruidas, formadas por agregación de individuos procedentes de familias anteriores ya disueltas.

El segundo es la multiculturalidad de la familia, debido a que la idea de familia es de diversa naturaleza en cada rincón del mundo. Es claro que las diversas migraciones que han ocurrido hacia Occidente han provocado que las personas provenientes de diferentes círculos sociales, culturales y jurídicos hayan traído consigo modelos de familia distintos, que han influido en el entorno en el cual se desenvuelven.

Como consecuencia de lo anterior, Europa en general y España en particular presenta diversos modelos de familia, lo cual provoca que pueda hablarse de sociedades multiculturales ya sea en este como en otro aspecto.

⁸⁴ El libro verde es uno de los objetivos del programa de La Haya adoptado por el Consejo Europeo los días 4 y 5 de noviembre de 2004.

⁸⁵ Cfr. Dictamen del Comité Económico y Social sobre el Libro Verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio, DOUE, 31 de enero 2006.

⁸⁶ Cfr. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a los Comentarios sobre los artículos de dicha Propuesta, el 12 de mayo de 2006.

En tercer lugar se menciona la internacionalización de la familia, a causa de la libre circulación de las familias, así como a todo el proceso de globalización ampliamente conocido, lo cual ha desencadenado que existan muchas familias compuestas por miembros de diversas nacionalidades, lo cual se vuelve más complejo cuando residen en países distintos, pero la proximidad física ayuda a construir familia pero sin duda no la define.

Hoy en día Europa presenta diversos aspectos que preocupan en esta materia, de entre ellos se destaca en primer lugar, el mantenimiento post-divorcio de los miembros de la familia. Esta situación puede provocar conflictos con la libertad de las personas que sufren tales situaciones, al mismo tiempo tiene lugar el deber de solidaridad que existe entre los miembros que formaban el disuelto grupo familiar. Este conflicto se justifica porque cualquier persona, después de haber vivido una experiencia que puede incluso ser traumática, al extinguirse un matrimonio o una relación afectiva análoga, quiere emprender diversos proyectos personales, algunos de ellos de naturaleza afectiva, que pueden generar la formación de nuevas familias. Sobre todo en lo concerniente a aquellos miembros de la familia que tras la ruptura se ven más desfavorecidos en su situación, los diversos ordenamientos jurídicos procuran la creación de fórmulas que logren otorgarles cierta estabilidad, en referencia a los hijos y a los cónyuges, en palabras de PEREDA GÁMEZ⁸⁷. Ante tal realidad se procuró la unificación de normas de conflicto de leyes en materia de crisis matrimoniales y por ello se dictó el Reglamento (UE) N° 1259/2010⁸⁸.

Por otra parte se resalta la fijación de la filiación, con los nuevos retos de la bioética, ante ello emerge el imperativo de establecer límites de los derechos de la paternidad y la maternidad responsable así como la protección del *concepturus* y del *nasciturus*. El Derecho de Familia, con sus diversas limitaciones, procura dar solución a los diversos conflictos de intereses a través de la protección pública de la filiación y la determinación de reglas jurídicas respecto a la biología, con presunciones *iuris tantum* de paternidad y maternidad y con determinaciones de filiación *iuris et de iure* en lo referente a las técnicas de inseminación autónoma y heterónoma.

Finalmente se destaca la existencia de una legislación paído-céntrica educativa en la que el Estado y las familias se reparten, con base en un sistema mixto, la tarea educativa⁸⁹. El derecho a conocer los propios orígenes, los límites de la intervención pública en el ámbito de las familias biológicas en aras a la protección de los menores, el control de la educación y la salud en estándares aceptables desde los principios y valores democráticos y el respeto a los derechos individuales.

⁸⁷ PEREDA GÁMEZ, J.: “El cambio de las estructuras familiares y la modernización del Derecho de Familia (Notas para una tertulia)”, en *Matrimonio homosexual y adopción*, Ed. Reus, Madrid, 2006, pp. 200 y 201.

⁸⁸ VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, M.ª.: “La unificación de normas de conflicto de leyes en materia de crisis matrimoniales: el nuevo Reglamento (UE) N° 1259/2010. (RI 410541)”, *Revista General de Derecho Europeo*(2011),núm.24,julio,http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=410541&d=1.

⁸⁹ PEREDA GÁMEZ, J.: *El cambio de las estructuras familiares y la modernización del Derecho de Familia* (Notas para una tertulia)”cit., p. 101.

Sin perjuicio de lo anterior en la actualidad acaece una situación que manifiesta la desregulación del matrimonio, con la consolidación de las uniones de hecho y la aparición y progresivo reconocimiento de otras formas de convivencia lo cual no hace sino eternizar el conflicto que acaece en el Derecho con motivo del respeto a ciertas exigencias formales y la libertad de vínculo amparada en el principio de la autonomía de la voluntad.

En relación a lo anterior es necesario dejar entrever la diferente aproximación que tiene el Consejo de Europa y la UE en lo referente a la protección de la familia. Si bien las políticas de familia continúan siendo un campo fundamentalmente de competencia estatal, en tal sentido la protección de la misma se articula en primer lugar sobre el derecho interno de los Estados, dicha legislación obviamente constituirá la mayor parte de las normas de derecho material, que se aplicará a la célula familiar⁹⁰.

Sin perjuicio de esto se generan diversas exigencias que se pueden ver impuestas a los Estados por participar en organizaciones internacionales europeas que se ocupan de la familia y que procuran conseguir la homogeneización de la legislación en los Estados que son partes, homogeneización que no me atrevo a decir que sea del todo neutra ideológicamente. Por ello, aunque en principio se configure como una exigencia nacional, también, paulatinamente se ha consagrado como una exigencia europea.

La pertenencia a ambas instituciones trae aparejado muy diversas consecuencias, por cuanto el Consejo de Europa es sólo una organización de cooperación y únicamente le obligarán las disposiciones de tipo convencional que se aprueben en su seno, en las que ese Estado exprese claramente que quiere participar y siempre que manifieste su consentimiento en obligarse por ellas. Por otra parte, el pertenecer a la Unión Europea, trae como consecuencias el cumplir obligaciones positivas por la mera aprobación de actos por parte de las instituciones positivas⁹¹. Los actos que se pueden aprobar en relación con la familia pueden obligar a los Estados, aunque sólo sea a través de políticas compartidas. Es al interior de la Unión Europea, por los especiales poderes de que goza esta, donde pueden surgir normas obligatorias para todos los Estados y que generan derechos a su vez para los particulares, y las familias, lo cual no puede confundirse con políticas sociales.

En este sentido concuerdo plenamente con lo planteado por SANZ CABALLERO⁹², la inclinación hacia una u otra posibilidad refleja e indica realmente una distinta concepción de la protección de la familia, ya sea como derechos oponibles al Estado y a la UE, bien como prestaciones o gracias que conceden el Estado y la UE.

⁹⁰ Cfr. ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: *Instituciones de la Unión Europea*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.

⁹¹ Cfr. FERNÁNDEZ NAVARRETE, D.: *Historia de la Unión Europea*, Ed. Delta Publicaciones, Madrid, 2013.

⁹² SANZ CABALLERO, S.: *La familia en perspectiva internacional y europea*, cit., pp. 358 a 361.

Los órganos del Consejo de Europa y de la UE con competencias potenciales en materia de derechos de la familia pueden concluir actos con un efecto vinculante muy diferente entre sí. Lo mismo ocurre con la jurisprudencia de sus tribunales. Las sentencias del TEDH y del TJCE se centran por lo general en derechos diversos. Por ejemplo el TJCE es mucho más vasto y prolijo en el sector de los derechos socio-económicos, debido a que su objeto primordial es velar por la correcta aplicación del Derecho Comunitario, un derecho que pretende contribuir a desarrollar y afianzar un mercado único entre los Estados miembros. En las sentencias de este tribunal, los derechos fundamentales, aun revistiendo mucha relevancia en sí mismos, lo son sobre todo en su aspecto de medios e instrumentos para alcanzar la prosperidad y desarrollo económico estable, creciente y equilibrado en la Unión Europea⁹³.

Sin duda puede parecer caótico que instancias conformadas por miembros iguales ya sea del Consejo y la Unión puedan adoptar una posición diversa en materia de derechos fundamentales, ello es debido a que sus objetivos son distintos. Lo anterior, sin duda, me parece bastante confuso. Incluso en este aspecto SANZ CABALLERO habla de cierta esquizofrenia jurídica, amparada en dos extremos, el centrarse en la persona humana y el lograr un mercado único.

Me parece que no deben considerarse como extremos disidentes los ámbitos mencionados, porque el mercado está al servicio a la persona, aunque en la praxis ello dista bastante, sin embargo, ¿Por qué no esperar que exista en el futuro un mercado personalista? O mejor dicho, una economía cuyos intereses reales no sean el mantenimiento de las entidades financieras, únicamente, sino que proporcionarle a esta sociedad lo básico para trabajar en su construcción y perfeccionamiento, de la mano del libre desarrollo de la personalidad, de la autodeterminación responsable de la persona.

⁹³ Cfr. MATÍA PORTILLA, F. J.: *La protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, Madrid (2002): Ed. Civitas, Madrid, año 2002; STEFAN, P. *Soft Law in Court. competition Law, state aid and the Court of Justice of the European Union*, Países Bajos (2013): Ed. Wolters Kluwer Law & Business, Alphen aan den Rijn.

CAPÍTULO II

LA PERSONA

SUMARIO: I. QUIEN ES LIBRE Y QUIEN GOZA DE PERSONALIDAD: LA PERSONA.- 1.- ¿QUIÉN ES LA PERSONA?-. II. LA PERSONALIDAD Y SU LIBRE DESARROLLO.- III. EL PRINCIPIO DEL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y SU FUNDAMENTO: LA DIGNIDAD Y LA LIBERTAD DE LA PERSONA.- 1. La dignidad de la persona, ámbito filosófico.- 2. La dignidad de la persona, en el ámbito jurídico.- IV. DIGNIDAD Y LIBERTAD.- 1.- Libertad y autodeterminación.- 2.- La libertad, en términos jurídicos constitucionales.

I. QUIÉN ES LIBRE Y QUIÉN GOZA DE PERSONALIDAD: LA PERSONA.

El Derecho y la persona están íntimamente vinculados, ni el uno ni el otro podrán existir independientemente, por ello cuando intentamos comprender: ¿Quién es la persona?, también nos estamos refiriendo al sentido del Derecho. Es decir esta primera reflexión no procede desde la Ciencia Jurídica, sino más bien desde la Antropología filosófica, inclusive puede llegar a manifestarse que el cuestionamiento gira en torno al ser del hombre, lo que conlleva un nivel metafísico⁹⁴.

Ahora bien, cuando el ordenamiento reconoce un derecho, alude directamente a la persona, lo que procura es satisfacer uno de sus fines dignos de protección.

Debido a esto, a la existencia física, a la integridad moral y espiritual, a la necesidad de salvaguardar estas dimensiones en los sujetos de derecho, ha resultado esencial la construcción de los derechos humanos⁹⁵.

⁹⁴ LACALLE NORIEGA, M.: *La persona como sujeto del Derecho*, Ed. Dykinson, Madrid, 2013, p. 13.

⁹⁵ Los autores y la jurisprudencia tienen distintas acepciones y calificaciones para los derechos, por lo que es conveniente que ahora, consciente de su insuficiencia y sin perjuicio de su posterior desenvolvimiento, se depuren algunas de sus diferencias. *Derechos humanos*: denominación que se asigna a aquellos derechos que son inherentes a la persona por razón de su naturaleza humana, según la cual todos los hombres son titulares de ellos por igual. Para PÉREZ LUÑO, en *Derechos humanos. Estado de derecho y Constitución*, Ed. Tecnos, 9ª edición, Madrid, 2005. Tales derechos constituyen el conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. La Declaración Universal de Derechos humanos de la Asamblea General de Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1948, carece de fuerza normativa directa, aunque sí indirecta por la influencia que pretende ejercer en las diferentes legislaciones nacionales. Los derechos humanos son beneficiosos y deseables para el conjunto de la sociedad porque buscan lo que justamente le ha de corresponder a cada persona, es decir, a todos los que pertenezcan al género humano *Derechos individuales*: es un concepto de raíz liberal, son los que gozan los hombres como particulares, como individuos y no pueden ser restringidos por los gobernantes, siendo inalienables, inmanentes e imprescriptibles. *Derechos subjetivos*: hacen referencia a un poder atribuido a un sujeto para que lo ejerza y defienda. *Derechos naturales*: son los inherentes al hombre desde su nacimiento. *Derechos fundamentales*: son los derechos humanos imprescindibles una vez que han sido positivizados, los cual les dota de un elenco de garantías que posibilitan al individuo su ejercicio real y efectivo, en principio esta noción sólo atañe a los particulares y al

Estos sólo son predicables del sujeto del Derecho, la persona, así como la instauración de diversos principios que con raigambre constitucional sustentan a los primeros y a las diversas normas consideradas en el ordenamiento jurídico, esta comprensión ya se inserta plenamente en la Ciencia Jurídica.

Durante el presente trabajo se menciona en repetidas ocasiones del principio denominado “libre desarrollo de la personalidad”, aunque sería más indicado entenderlo como libre desarrollo de la persona, debido a que tal principio implica la dinámica de la dignidad de la misma mediante su reconocimiento pleno, teórico y práctico, en los ámbitos que más nos interesan en relación al Derecho de familia, el constitucional y el civil.

1. ¿Quién es la persona?

La persona es objetivamente alguien, y es alguien que no puede encerrarse en la noción individuo de la especie⁹⁶, es indicativo de algo más, indica un camino de plenitud, una perfección del ser particular. Esta puede explicarse debido, a que el hombre es un ser que convive cotidianamente con su razón y que es también un ser espiritual, por ello al implicarlos es partícipe de unas facultades cuya presencia no pueden constatarse en ningún otro ser visible, nadie es dueño de tal universo racional y espiritual, no existen en otros seres huellas sobre la existencia de un pensamiento conceptual por ejemplo, en tal sentido, BOECIO definió a la persona como individuo de naturaleza racional⁹⁷.

Es la persona propiamente tal el verdadero corazón del Derecho, esta y sus aspiraciones de justicia. Ella posee interioridad, que perfectamente puede entenderse como el descubrimiento del espíritu, y que necesita exteriorizarse, para que así la persona pueda desenvolverse cabalmente, lo cual implica comunicarse, darse, socializarse y regularse, es decir generar vínculos. Sin embargo, el terreno interior es el espejo fidedigno de un acontecer íntimo e inmanente, lo cual expresa un desenvolverse desde dentro hacia fuera manifestando la existencia de una vida interior que constituye también una vida espiritual⁹⁸

La persona es precisamente un ser objeto que en cuanto sujeto definido comunica estrechamente con el mundo exterior y se introduce en él gracias a su interioridad y su vida espiritual.

Estado. Son propiamente aquellos que se hayan reconocidos como tales en las Constituciones políticas que rigen las naciones. *Derechos Constitucionales*: son los derechos que se encuentran insertados dentro de la Constitución que les da constancia, contenidos y garantías.

⁹⁶ WOJTYLA, K.: *Amor y Responsabilidad*, Biblioteca Palabra, Serie Pensamiento, Madrid, 2008, p. 28.

⁹⁷ Como se manifestó en la introducción del presente trabajo, en lo que respecta a esta parte, importantes aspectos han sido extraídos del artículo de mi autoría denominado “La persona y el libre desarrollo de su personalidad. Algunos aspectos constitucionales y civiles”, *Anuario jurídico Villanueva*, 2014, ISSN 1889-9366, N.º. 8, pp. 249-268.

⁹⁸ WOJTYLA, K.: *Ibidem*, p. 29.

La comunicación de la persona con el mundo objetivo, según WOJTYLA, no es tan sólo a nivel físico no es puramente un acontecimiento sensible, requiere darse por intermedio de su interioridad, es decir, vive un proceso que se inicia en el plano físico y sensorial pero que se humaniza completamente en la esfera interna, y es en esta esfera donde actúa lo definido por su propia naturaleza, esta comprende la facultad de autodeterminación basada en la reflexión que se manifiesta en el hecho de que al actuar el hombre elige lo que quiere hacer, es decir, impera su libre albedrío⁹⁹. La persona se desarrolla siendo libre, y es libre porque se autoposee, se autodomina.

Siguiendo esta estela, MARÍAS acertadamente ha mencionado que la condición de la persona es inherente al hombre, en forma distinta a la mujer, incoactivamente al niño desde que es concebido, desde que es una realidad viniente, que llegará a la plena vida personal en una de las dos formas en recíproca polaridad.

Por tanto, según el filósofo español, se es persona con todo rigor, a diferencia de las demás realidades, cosas inanimadas o dotadas de vida biológica, con diferencia entre las plantas y los animales, y una amplísima escala de diferencias dentro de estos¹⁰⁰.

La inequívoca condición personal se realiza en una gran diversidad de grados. La persona no es una realidad “dada” con una consistencia fija, por ser personal, esta “condición está afectada por la manera de sentirse cada persona”¹⁰¹, prosigue el autor profundizando en el hecho de que la naturaleza se realiza sin más en aquellos que participan de ella, pero esta esencial realidad que es ingrediente de la persona hace que esté abierta a la esencial interpretación que la propia efectúa de ella misma. “El hombre puede sentirse plena e íntegramente como persona, verse así, en una extraña posesión, o bien serlo sin darse clara cuenta, de modo marginal o residual, con un mínimo de atención o conciencia de quienes”¹⁰².

Para DOMÍNGUEZ PRIETO la persona consistiría en un conjunto de capacidades o potencias que integran una unidad, lo cual tiene relación a lo ya mencionado con anterioridad porque esta unidad se manifiesta en un interior y un exterior, estos dos subsistemas son denominados psique y organismo, ambos carecen de suficiencia constitutiva, ninguno es propiamente la persona, sólo reunidos darían lugar a ella¹⁰³.

La persona, corporal y psíquica, está instalada en la realidad, se percata de que existe frente a la realidad y llevará a cabo su conducta y comportamiento conforme a dicha realidad, es decir, siguiendo a este autor, la persona captará el fenómeno real, le afectará y conforme a esto actuará y a su vez actuando modificará constitutivamente la realidad.

⁹⁹ WOJTYLA, K. Ibidem, p. 30.

¹⁰⁰ MARÍAS, J.: *Persona*, Alianza Editorial, Madrid, 1997, p. 157.

¹⁰¹ MARÍAS, J.: Ibidem, p. 158.

¹⁰² MARÍAS, J.: Ibidem, página 158.

¹⁰³ DOMÍNGUEZ PRIETO, X.: *Psicología de la persona*, Palabra, Madrid, 2012, p. 52.

Recapitulando hasta aquí la persona vendría a ser, en lenguaje corriente, la denominación genérica que se da a todos los individuos de la especie humana, iguales en naturaleza y dignidad, donde se concentran tanto procesos vitales como actividades espirituales¹⁰⁴.

II. LA PERSONALIDAD Y SU LIBRE DESARROLLO.

La persona humana trasciende, se hace eco en diversas actuaciones y el rastro que deja, la historia personal que se plasma en ellas, configura su personalidad. Esta, entonces deriva de la noción de persona y vendría a ser el conjunto de rasgos biológicos, sociológicos y psicológicos que caracterizan a un sujeto. Presenta una gran riqueza de matices y una ilimitada variedad de concreciones que permiten afirmar que cada individuo tiene una única e irrepetible personalidad.

Desde la perspectiva filosófica y ética, se destacan como caracteres definitorios de la personalidad: la autoconciencia, el autodomínio, la subjetividad y la responsabilidad moral. El análisis sociológico, por su parte, centra la atención sobre el conjunto de papeles o funciones que desempeña el sujeto dentro de la comunidad. Así, la personalidad resulta modelada por agentes tales como el aprendizaje y la experiencia adquirida socialmente¹⁰⁵.

¹⁰⁴ CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Los derechos del hombre*, Ed. Reus, 4ª edición, Madrid, 1992, pp. 58 y 59. Algún antecedente de la concepción del hombre con significación espiritual, ético- jurídica, encontramos ya en el concepto romano de la humanitas, forjado por la filosofía estoica, precursora de la concepción cristiana de la persona humana. Pero el verdadero y más propio encuentro de la persona como valor esencial, como fundamental concepto filosófico- jurídico, hay que buscarlo en el Cristianismo. Sin duda, la filosofía de la persona apareció en la confluencia de la filosofía antigua con la incipiente teología cristiana, es decir, con llamada filosofía patristica, la filosofía antigua, no obstante la preocupación socrática acerca de la esencia del hombre y la doctrina aristotélica de la individuación, desconoció completamente el problema de la persona. En el plano de la naturaleza, único ángulo de la visión de la filosofía antigua, el hombre no podía ser sino individuo. La persona es categoría espiritual. Nace cuando en el ente psicofísico despierta la conciencia de si y de su destino exclusivo, intransferible. Fue así el Cristianismo el que infundió a la cultura occidental un espíritu nuevo. En efecto, el Cristianismo ha afirmado el valor del individuo como ser de fines absolutos; ha exaltado, desde sus primeros momentos, el sentimiento de la dignidad de la persona humana y ha proclamado y proclama enérgicamente hoy la necesidad de que la sociedad este organizada en forma tal que permita a la persona desenvolverse íntegramente, realizar su perfección y afirmar su personalidad, sin perjuicio del bien común y cooperando con él.

¹⁰⁵ Vid. BASTIDA FREJEDO, F. J., VILLAVARDE MENÉNDEZ, I., REQUEJO RODRÍGUEZ, P., PRESNO LINERA, M. A., ALÁEZ CORRAL, B., FERNÁNDEZ SARASOLA, I.: *Teoría general de los Derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 87. “La titularidad en tanto concreción de la capacidad jurídica iusfundamental presupone la personalidad del sujeto en la que se basa ésta última. Ello plantea en primer término el problema del comienzo y fin de la personalidad, sobre todo de las personas físicas. Con independencia de cuál sea el concepto religioso, filosófico o biológico de la persona que se maneje y las implicaciones que del mismo se deriven para el momento en que se adquiere la personalidad, lo cierto es que el texto constitucional maneja un concepto de persona en la que ésta resulta ser un complejo de imputaciones jurídicas cuyo único aspecto valorativo es la dignidad que predica de la misma y que se concreta en los derechos y libertades constitucionalmente garantizados. Aunque la CE de

La personalidad y su libre desarrollo tienen una importancia capital en el Derecho Civil, y no tan sólo en el Derecho de la Persona, sino que ha sido el estandarte que ha encabezado las más importantes innovaciones que se han hecho en el Derecho de Familia, por ejemplo, estuvo presente en la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modificó la normativa civil del matrimonio.

Esta reforma se amparaba en la necesidad de promover y proteger la dignidad de los cónyuges y sus derechos, lo cual desencadenaba que toda relación jurídica surgida del mismo debía contribuir al libre desarrollo de la personalidad de los contrayentes.

El derecho a contraer matrimonio se configuró como un derecho constitucional, cuyo ejercicio no podía afectar, ni desde luego, menoscabar la posición jurídica de ninguno de los esposos en el matrimonio, y por último, dio lugar a una relación jurídica disoluble, por las causas que la ley dispusiera. Sin duda que, el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10.1 de la Constitución, justificó reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona.

Sin perjuicio de ello, si se considerase este principio como vivificador de las diversas instituciones provocaría aún más la consideración de que el Derecho Civil es el mejor aliado de la Constitución cuando se trata de poner a la persona como centro del ordenamiento jurídico, sin perjuicio de que la propia Carta Magna crease su propio estatuto constitucional de la misma¹⁰⁶.

El principio del libre desarrollo de la personalidad, tal cual se acaba de manifestar, impregna prácticamente todo el Derecho de la persona en el ámbito civil, y su relación más intrincada se da con el principio de la autonomía de la voluntad que sin duda es la manifestación más conocida del Derecho Civil.

De alguna manera su historia es la trayectoria de su concreción en las más diversas realidades privadas¹⁰⁷.

1978 ha guardado silencio en relación con el momento de adquisición de la personalidad y, por ello, la tarea de determinarlo ha quedado relegada al legislador, es posible deducir una serie de criterios en su construcción que le vinculan y a los que éste se ha atenido. Sin duda, el criterio más significativo es que la personalidad ya está en nuestro ordenamiento vinculada al hecho del nacimiento. La vida humana, entendida como un proceso biológico previo al nacimiento, es sólo un bien constitucionalmente protegido, pero su portador sea embrión o feto, no es titular de derechos fundamentales (STC 53/1985, FFJJ 5º).”

¹⁰⁶ Cfr. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado*, Ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.

¹⁰⁷ Así lo manifiesta MARTÍNEZ DE CASTRO: *Ibidem*, p. 10, contrariamente a ello opina CARRASCO PEREA cuando afirma que “La proyección humana de la persona y su autorrealización constituye sin duda un objetivo no sólo laudable, sino exigido por la Constitución como una tarea a afrontar por el legislador Pero no constituye un objetivo del Derecho civil, en cuanto limitado al juego de las relaciones de derecho entre sujetos. Constituye una afirmación obvia que el derecho de las personas al desarrollo de su propia personalidad, siendo un evidente derecho político, no expresa ninguna relación de Derecho privado, como tampoco la expresa el derecho al libre desarrollo de las facultades intelectuales o creativas”. Cfr. CARRASCO PEREA, A.: *El Derecho civil, señal, imágenes y paradojas*, Ed. Tecnos, Madrid, 1988, p. 34.

Por lo demás la constatación de que el principio de libre desarrollo de la personalidad tenga lugar en la CE a la cabeza del título destinado a la consagración de los “derechos fundamentales y de las libertades públicas”, de “los derechos y deberes de los ciudadanos” y de “los principios rectores de la política social y económica”, permite vislumbrar lo fundamental y esencial, debido a que este principio tiene su centro en la exigencia del respeto y primacía de la dignidad humana¹⁰⁸.

La manera en que esta autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y de la propia dignidad se desenvuelven en el Derecho Civil, en relación a los derechos fundamentales, es lo que permite entender que se entiende por tal principio, y especialmente como tal puesta en práctica en el Derecho de Familia tiene lugar.

En esencia, lo que se busca al reflexionar sobre el principio del libre desarrollo de la personalidad y el Derecho de Familia es poner en el centro de la diana la dignidad humana a nivel del matrimonio, a nivel de la filiación, pero sobre todo en un ámbito que es bastante más amplio que los dos recién mencionados, a nivel de la familia y sus diversos modelos.

III. EL PRINCIPIO DEL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y SU FUNDAMENTO: LA DIGNIDAD Y LA LIBERTAD DE LA PERSONA.

Sin duda que cuando se hace referencia al libre desarrollo de la personalidad se enfatiza la realidad única e imprescindible de la dignidad de la persona, tal cual se acaba de subrayar. La dignidad humana constituye uno de los valores indivisibles y universales sobre los que descansa el ordenamiento jurídico europeo y también el español, de hecho la Unión Europea está fundada en él, art. 2 TUE y Preámbulo de la Carta de los Derechos Humanos de la Unión Europea¹⁰⁹.

¹⁰⁸ POLICASTRO, P. “Dignidad de la persona y principios constitucionales”, *Revista Persona y Derecho*, Universidad de Navarra, Facultad de Derecho, núm. 64, Pamplona, 2011, p. 180. “Un Estado basado en una constitución es un modelo que se inspira en nociones de importante significado teológico como la de norma. La constitución crea un Estado desde la base, ab nihilo. El poder absoluto es sustituido por dos elementos que coexisten: por una parte un Estado de Derecho y por otra la razón de Estado que permite actuar de forma arbitraria en asuntos de importancia, para mantener y preservar la soberanía. Empiezan a protegerse los derechos de hombre y del ciudadano, que sólo pueden ser limitados por la ley. Los derechos del ciudadano, desde una perspectiva nominalista, se parecen a los derechos “humanos” pero no se identifican con ellos. A pesar de que son proclamados como derechos innatos, adoptan formas diversas en los distintos Estados y están protegidos de manera diferente”.

¹⁰⁹ GLENDON, M. A.: “La soportable levedad de la dignidad”, *Revista Persona y Derecho*, Universidad de Navarra, Facultad de Derecho, núm. 66, Pamplona, 2012, p. 260. Dicha autora sostiene que: “El reto de construir una civilización respetuosa de la vida humana no es de naturaleza sólo filosófica sino también política”.

En tal sentido la dignidad humana no es tan sólo la base del ordenamiento, por consiguiente fundamento de su Constitución, sino que es dueña de una naturaleza imperativa por lo cual todo derecho fundamental deber referirse a ella, y por consiguiente a la dinámica de la misma que constituye el libre desarrollo de la personalidad¹¹⁰.

La dignidad es la esencia de los derechos, así lo ha entendido la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la cual tras el correspondiente Preámbulo, se inicia, precisamente con el Título Primero consagrado a la dignidad, cuya primera disposición, el art. 1 se refiere a la dignidad humana (la misma redacción puede encontrarse en el art. 1 en la Carta de los Derechos Fundamentales adoptada en Niza el año 2000).

Tal redacción permite adentrarse en un triple entente iusfilosófico del presente tema, por cuanto, la dignidad humana es inviolable, será respetada, y por consiguiente, protegida. No cabe atentar contra ella por cualquier motivo que sea, incluso, con la justificación de proteger alguno de los derechos fundamentales consignados en la Carta recién mencionada, ahora bien, el rol que desempeña en un ordenamiento jurídico depende en gran parte de la cultura jurídica en que se incluya al Estado de cuyo ordenamiento se trate¹¹¹.

¹¹⁰ POLICASTRO, P.: *"Dignidad de la persona y principios constitucionales"*, cit., p. 194. En el art. 1 de la Ley Fundamental alemana, la dignidad está situada por encima del orden jurídico, pero a la vez armonizada con dicho orden. La Constitución en tal sentido vendría a ser una "apertura del ordenamiento jurídico a los valores a través de un derecho de negociación o mediación". Sostiene el autor, además que, cuando el preámbulo de la Carta de 1945 sostiene que las Naciones Unidas están decididas "a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y valor de la persona humana". "La dignidad supone aquí un objetivo que requiere que todo ejercicio de poder dentro de un ordenamiento jurídico esté de acuerdo con estos valores y que los Estados obren de forma similar en sus relaciones mutuas. El objetivo de esta disposición es también que las naciones y las personas individuales perciban que el derecho tiene como objetivo garantizar que la personalidad, sus posibilidades de desarrollo y todos los rasgos que pueden ser atribuidos a la dignidad humana sean tomados en consideración en el proceso de creación y aplicación de derecho. La dignidad humana ayuda a determinar si el hombre está realmente contemplado por el derecho como sujeto, tanto dentro de una comunidad como en sus relaciones exteriores".

¹¹¹ TEDH, Sección 4ª, Caso P. y S contra Polonia. Sentencia de 30 octubre de 2012, (TEDH 2012, 96). "Las cuestiones relativas a la definición legal de protección de la vida humana, la determinación de las condiciones para su terminación aceptable y la comprensión de la privacidad y la libertad de conciencia son cuestiones de importancia fundamental, profundamente arraigado en la cultura de cada sociedad. La definición de los límites temporales de la vida humana entra dentro del margen de apreciación de los Estados partes. No corresponde al Tribunal cuestionar las decisiones de las autoridades estatales y de los médicos sobre la aceptación del aborto. Ha sido reconocido en la jurisprudencia del Tribunal que la aceptación de la interrupción del embarazo debería dejarse a las decisiones de las autoridades nacionales elegidas democráticamente. Este enfoque se basa en los valores que sustentan el Convenio, como el respeto de la dignidad y la libertad individual. La comprensión de las nociones de vida y la paternidad está tan fuertemente vinculada a la dignidad y la libertad personal y también a los valores espirituales comunes a la nación, que su protección no puede quedar fuera de la esfera nacional. En el examen de cualquier caso el Tribunal también debería tomar en consideración la especificidad social y cultural de Polonia."

Sin perjuicio, si y sólo si, es un principio absoluto e inderogable, es decir, permanente que implica que no puede justificarse el uso instrumental de un ser humano, nunca jamás, tal cual lo afirma SOBRINO HEREDIA¹¹².

La dignidad de la persona es, el rango de la persona como tal¹¹³. Definir lo que es la dignidad humana se intuye especialmente complicado, sin embargo resulta ineludible.

1. La dignidad de la persona, ámbito filosófico.

Para TORRALBA ROSELLÓ la palabra dignidad presenta tres acepciones principales. La primera es la denominada dignidad ontológica, que sería “la determinada categoría objetiva de un ser que reclama -ante sí y ante los otros- estima, custodia y realización”¹¹⁴. Para el mencionado autor en último término se identifica con el ser de un ser, entendiendo dicho ser como algo necesariamente dado en sus estructura esencial metafísica, según sus propias palabras, a la cual contempla como algo que se tiene el encargo de realizar. Afirma que: “Esta dignidad ontológica radica en el convencimiento de que el ser humano es la perfección o la excelencia y que, indistintamente de la forma concreta que pueda tener en el marco de las apariencias, en tanto que ser humano, siempre es digno de respeto y de honor por el ser que le anima y sostiene”¹¹⁵.

En segundo lugar se encuentra la dignidad ética, esta es el ser individual que se realiza y se expresa a sí mismo en tanto que entiende, quiere y ama; posee entonces algunas características que le hacen participar de una comunidad espiritual; conciencia de sí mismo, racionalidad, capacidad de distinguir lo verdadero de lo falso y el bien del mal, etc. La dignidad se dice del obrar, mientras que la ontológica se dice del ser. La ética sólo tiene sentido si nos situamos frente a un ser libre que puede obrar de modos distintos, tomar decisiones libres y responsables¹¹⁶. La dignidad en sentido ontológico sería estática, debido a que no variará por el transcurso del tiempo, pero no así la ética, esta puede modificarse a lo largo de la vida, debido a que concierne a la conducta, la cual se supedita a el libre albedrío y este puede conducir a que una persona se comporte de un modo digno en determinadas situaciones e indigno en otras.

Finalmente existe la denominada dignidad teológica, por la cual la persona en su propio ser reclama un respeto incondicional, el cual es independiente de toda libre valoración y finalidad.

¹¹² “Art. 1. Dignidad humana. en MANGAS MARTIN, A. (Dir.): *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, pp. 107 y 108.

¹¹³ GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *La dignidad de la persona*, Madrid (1986): Ed. Civitas, p. 24.

¹¹⁴ TORRALBA ROSELLÓ, F.: *¿Qué es la dignidad humana? Ensayo sobre Peter Singer, Hugo Tristram Engelhardt y John Harris*, Ed. Herder, Barcelona, 2005, p. 85.

¹¹⁵ TORRALBA ROSELLÓ, F.: *Ibidem*, p. 86.

¹¹⁶ TORRALBA ROSELLÓ, F.: *Ibidem*, pp. 87 a 89.

Esta dignidad viene dada por el hecho de ser creada a imagen y semejanza de Dios¹¹⁷, por el hecho de establecer con Él una alianza que, aparentemente paradójica, sólo puede entenderse desde la perspectiva del amor y amistad y de orientarse existencialmente hacia su Creador. Esta idea de dignidad, siguiendo la profunda y acertada reflexión de TORRALBA ROSELLÓ, tiene íntima relación con la ontológica, pero es de suya diversa, por cuanto la dignidad teológica tiene su raíz en Dios mismo y no en el ser humano, pero que al igual que ella se predica de todo ser humano, independiente de su constitución y desarrollo. Asimismo el ser humano puede o no vivir conforme a su condición de hijo de Dios, dignidad ética, pero su dignidad teológica no la perderá por ello, no dejará ser hijo de Dios, porque no se predica de su propio ser sino que de ser a imagen del mismo. Es decir, la dignidad teológica se fundamenta en el Absoluto, mientras que la dignidad ontológica se ampara en la excelencia del ser¹¹⁸.

2. La dignidad de la persona, en el ámbito jurídico.

Dejemos el ámbito filosófico para adentrarnos en el jurídico. La dignidad se ha ido delimitando en una doble dirección. Resulta ser un límite a la actuación del Estado y de otros poderes. Constituye el fundamento de la prohibición de prácticas tales como la tortura o la esclavitud y aparece aparejada a términos tales como Estado de Derecho, Constitución, etc. Actualmente y sin perder esta primigenia dimensión fundamental, la dignidad se vincula particularmente al libre desarrollo de la personalidad y a la vida privada¹¹⁹. Por tal motivo la dignidad de la persona resulta invocada cuando se analizan temas de especial actualidad, en donde identidad y libertad, personalidad y privacidad, juegan un importante rol, constituyéndose en elementos configuradores de la misma, provocando un intervención mínima del Derecho, solo para eliminar los obstáculos que impiden su plena realización o para sancionar las incursiones estatales o de terceros en este ámbito, en relación a la denominada aplicación horizontal de los derechos fundamentales.

¹¹⁷ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, J.: *Libertad religiosa y dignidad humana*, Ed. San Pablo, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2009. En este libro se desarrollan varias interesantes tesis, entre ellas la que a lo largo de los siglos se han ensayado distintas respuestas a la pregunta sobre en qué consiste la imagen de Dios, y esto tiene relación según dónde se ponga el acento de la analogía entre el ser divino y el humano. Por ello el autor propone:

- a) Según analogía de la sustancia, el alma, la naturaleza racional y volitiva del hombre, es la sede de la semejanza con Dios, pues ella es inmortal y semejante a la naturaleza divina.
- b) Según la analogía de la forma, es el caminar erguido y la mirada del hombre dirigida hacia arriba.
- c) Según la analogía de la proporcionalidad, la semejanza reside en el dominio del hombre sobre la tierra en la medida en que ese dominio se corresponde con el de Dios sobre el mundo.
- d) Según la analogía de la relación, consiste en la comunión hombre y mujer, que corresponde a la comunión intratinitaria de Dios.

¹¹⁸ Vid. TORRALBA ROSELLÓ, F.: *¿Qué es la dignidad humana? Ensayo sobre Peter Singer, Hugo Tristram Engelhardt y John Harris*, cit., p. 90 a 94.

¹¹⁹ JIMENEZ GARCÍA, F.: "El respeto a la dignidad humana", en BENEYTO PÉREZ, J. M^a. *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, Tomo II, Derechos fundamentales, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 292.

La relación dignidad y libertad será tratada en otro título de la presente parte.

Se estima que la dignidad constituye el magma del que se alimentan los derechos, algunas de sus manifestaciones y límites. Por esta razón, la dignidad adquiere una dimensión personalista, independiente y autónoma que trasciende el contenido y alcance de los derechos humanos aunque están estrechamente vinculados. Puede apreciarse en palabras de OEHLING DE LOS REYES¹²⁰ que la sociedad sólo se realiza a partir del recíproco reconocimiento de que cada hombre tiene dignidad intrínseca.

Se debe recordar y enfatizar que, cuando se gestaba la Constitución española, había que inculcar en ella la idea e importancia de unos valores consistentes en percibir, en primer lugar la esencialidad de la dignidad de la persona y de los derechos que le son inherentes, por encima de cualquier otra circunstancia social o personal, como base previa para lograr una paz social que sostuviera el anhelado consenso que por entonces se buscaba con tanto afán¹²¹. Por ello la dignidad no se otorga a las personas por la actuación ética de otros, no se concede en virtud de la familia, de la sociedad o del mismo Estado, son su propia realidad e imperatividad las condiciones que exigen su reconocimiento y respeto irrestricto. Por ello su carácter de fundamental es mayor que cualquier derecho humano, es ella fuente de los mismos, no es un principio moral como tal. En tal sentido CISNEROS LABORDA es de la opinión de que la dignidad y su reconocimiento son la base del pacto de convivencia, como concepto necesario incluso para la propia existencia de la Constitución¹²².

La dignidad de la persona quiere decir que ésta tiene un valor en sí misma, independiente de cualquier circunstancia o cualidad interna o externa. Por tanto, independientemente de su raza, credo, ideología, sexo, clase social, nacionalidad, etc. También independiente de su conducta, se prescinde en este caso de un juicio valorico de carácter moral. En tal sentido, tal cual se ha afirmado antes en el presente trabajo, ROBLES MORCHÓN manifiesta que: “La idea de dignidad humana es la traducción al lenguaje secularizado de la idea cristiana de que todos los hombres, independientemente de cualquier condición o circunstancia, son hijos de Dios. Con el cristianismo el hombre adquiere el máximo valor posible. Al ser hecho a imagen y semejanza y al estar destinado por él a la eterna bienaventuranza se sitúa por encima de cualquier voluntad humana.

¹²⁰ OEHLING DE LOS REYES, A.: *La dignidad de la persona*, Ed. Dykinson S. L., Madrid, 2010, pp. 274 y siguientes.

¹²¹ FERNÁNDEZ SEGADO, F.: “La dignidad de la persona en el ordenamiento constitucional español”, *RVAP*, 1995, núm. 43, p. 68. Si bien la colocación de la dignidad en el frontipacio del título primero (“*De los derechos y deberes fundamentales*”) podría inducir a considerarla como un derecho fundamental, esta conclusión quedada vedada por situarse aquella fuera de los capítulos que recogen los derechos y libertades; además, el art. 53, al contemplar las garantías de los derechos, se refiere únicamente a los derechos de los capítulos 2º y 3º. En este sentido, vid. MATEO PARDO, R.: *La dignidad de la persona humana y su significación en la Constitución española de 1978 a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, en *Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*, Tomo I, Universidad de Cantabria - Facultad de Derecho, Santander, 1993, p. 350.

¹²² CISNEROS LABORDA, G.: “Balance y perspectiva de la Constitución”, *Revista valenciana d'estudis autonòmics*, núm. 39 y 40, Generalitat Valenciana, 2003, pp. 99 a 101.

El ser humano deja de ser un medio para transformarse en un fin en sí mismo, no susceptible de rebajarse a la categoría de medio bajo ninguna circunstancia, ni siquiera de carácter excepcional”¹²³. Este autor de una u otra forma logra integrar las tres dignidades, diferenciadas por TORRALBA, en un sólo concepto.

La dignidad de la persona es ejemplo del carácter institucional, fundacional y esencial de cada ser humano, lo cual se transmite a sus propios fines que el Derecho debe proteger. Y ello implica precisamente que en la regulación jurídica todo hombre tiene capacidad de obrar, esto es lo que da su especial sentido a las variadas formas del estado civil, marca el alcance de las reglas sobre el patrimonio, autonomía y ejercicio de los derechos de la personalidad y justifica el deber general de respeto a la persona¹²⁴.

Sin duda, el ya citado artículo 10.1 supone la visión constitucional de la misma y también la dimensión axiológica de la CE. Esta visión parece implicar mucho, por cuanto hace referencia a la concepción constitucional de los valores¹²⁵. Se trata a la vez de una forma práctica de la noción de dignidad que se expande por otros derechos fundamentales¹²⁶ y sirve como pauta de base y complementación para la interpretación y desarrollo de otros conceptos jurídicos¹²⁷. De la misma manera lo manifiestan GARCÍA DE ENTERRÍA¹²⁸ y PÉREZ LUÑO¹²⁹. Es el propio Tribunal Constitucional quien ha reconocido que el artículo 10.1 de la CE parece describir determinada finalidad axiológica¹³⁰.

¹²³ ROBLES MORCHÓN, G.: *El libre desarrollo de la personalidad (Artículo 10 de la Constitución española)*..., cit., p. 47: “La dignidad de la persona excluye toda consideración utilitarista de la misma, esto es, la concepción que aceptaría verla, no como un fin en sí misma, sino como un posible medio para satisfacer cualquiera fines ajenos o propios. La dignidad del ser humano se manifiesta en su intangibilidad o indisponibilidad. Que la dignidad es intangible, quiere decir que no puede aceptarse nada que le afecte en su integridad, siendo tarea de los poderes públicos (aunque no sólo de ellos) el protegerla. La indisponibilidad se refiere a que nadie puede disponer del valor dignidad, ni siquiera el propio sujeto, por ejemplo, vendiéndose como esclavo, o renunciando a los derechos que le son inherentes comopersona”.

¹²⁴ Es claro que la propia naturaleza de la persona informa toda regulación del Derecho de la Persona; pero, a la vez influye todas las instituciones del Derecho civil; la persona puede ser objeto de derechos como en el Derecho de familia, o quedar su conducta sometida a una voluntad ajena por el contrato; más al recaer el derecho sobre la misma persona la obligación funciona de un modo radicalmente distinto que cuando la vinculación está referida a una cosa, pues en el primer caso se ha de respetar siempre el valor y la dignidad de la persona y en lo posible su libertad.

¹²⁵ Cfr. MUÑOZ ARNAU, J. A. *Los límites de los derechos fundamentales en el Derecho Constitucional español*, Pamplona (1998): Ed. Aranzadi.

¹²⁶ PECES - BARBA, G.: *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984.

¹²⁷ LUCAS VERDÚ, P.: *Estimativa y políticas constitucionales*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1984, pp. 123 y 124.

¹²⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: “Los fundamentos constitucionales del Estado”, *REDC*, núm. 5, CEPC, 1998, pp. 20, 21 y 30.

¹²⁹ PÉREZ LUÑO, A.: *Los Derechos Fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 58, 59, 174 a 177.

¹³⁰ STC, Pleno, núm. 25/1981 de 14 julio de 1981 (RTC 1981, 25).

Dignidad de la persona que como valor constitucional implica según afirma DOMÍNGUEZ RODRIGO¹³¹, una exigencia positiva inmediata, el mantenimiento en todo tipo de relación jurídica de ese rango, sin ser admisible ninguna suerte de degradación de la misma, como ocurría con la tortura, o, en términos generales, la cosificación de ser humano¹³². La dignidad de la persona expresa, junto con lo anterior, la idea de que se es dueño del propio proyecto vital, esto es, del libre desarrollo de la personalidad. También puede hablarse de algo similar hablando del individuo o de autodeterminación del mismo.

En tal sentido, la dignidad constituye la esencia de la personalidad moral, no pudiéndose construir ésta sino desde la libre elección. Pero al ser el concepto de “personalidad” uno de tal naturaleza, la dignidad que es su punto de partida, no podrá tener cualquier contenido sino sólo aquellos que efectivamente conduzcan al desarrollo moral que el ser humano como libre sujeto agente se propone.

Pero sin duda la noción de dignidad humana tiene también un sentido práctico, y este sentido se trasluce en diversas sentencias del Tribunal Constitucional¹³³. En tales casos la dignidad se manifiesta como “valor cardinal”¹³⁴, “marco dentro del cual

¹³¹ DOMÍNGUEZ RODRIGO, L. M.: “Los derechos procreativos como expresión del desarrollo al libre desarrollo de la personalidad en el seno de las unidades familiares no matrimoniales”, en GÓMEZ – FERRER MORANT, R. (coord): *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Ed. Civitas, Madrid, 1989, p. 352.

¹³² Cfr. MARÍN CASTÁN, M. L.: “Notas sobre la dignidad humana como fundamento del orden jurídico-político en la Constitución española y en la futura Constitución europea”, en BALADO, M. y GARCÍA REGUEIRO, J. A. (dir.): *La Constitución española de 1978 en su XXV aniversario*, Ed. J. M^a. Bosch, Barcelona, 2003.

¹³³ Cfr. OEHLING DE LOS REYES, A.: *La dignidad de la persona..cit.*, p. 362 y siguientes.

¹³⁴ STC, Sala 1^a, núm. 170/1994 de 7 junio de 1994, (RTC 1994,170). “Es opinión pacífica de todos, jurisprudencia y autores, que el delito de injurias protege el honor de las personas, como pone de manifiesto el propio epígrafe del Título X del Código Penal, en el cual se encuadra con la calumnia como la otra de sus modalidades. En el texto y el contexto aquí enjuiciados desde una perspectiva estrictamente constitucional, se moteja a una de las víctimas como «titi», cuyo significado peyorativo, insultante en fin, es de sobra conocido y se hace en tono ostensiblemente despectivo, se inventa un propósito de abandono por parte del novio para conseguir un efecto burlesco, con un ataque frontal a la intimidad, y se imagina un futuro que sirve tan sólo para darse el gusto de calificar a la mujer «como una foca, coja, pero como una foca». El texto analizado, por otra parte, deja traslucir un concepto despreciativo respecto de la mujer como género de la especie humana, no sólo de esa mujer individualizada, con una clara actitud machista. Es evidente que todo ello nada tiene que ver con la sedicente desidia municipal cuya crítica es la finalidad del comentario periodístico. Las expresiones entresacadas son exabruptos gratuitos e innecesarios, dictados por un claro animus iniurandi, el afán de «meterme con alguien» como confiesa el autor en las mismas páginas, días después, cuando tuvo la ocasión de rectificar, que desaprovechó para insistir en su agresión hiriente e innecesaria. Con tal manera de escribir se añade una vejación gratuita al infortunio sufrido por la víctima del accidente, manchando así su imagen social y atentando a su dignidad, valor cardinal especialmente proclamado en el art. 10.1 de nuestra Constitución, dignidad de la persona que es el núcleo irreductible del derecho al honor. Tal exceso, que no es admisible ni siquiera cuando el destinatario de los insultos es un personaje público, resulta notoriamente recusable si de particulares se trata. El autor se coloca así, él mismo, fuera del ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión por menoscabar la reputación y buena fama, sin que el sacrificio de este otro derecho se justifique por la defensa de ningún bien constitucionalmente

debe desarrollarse el ejercicio de los derechos fundamentales”¹³⁵.

Asimismo es importante mencionar que la noción de dignidad presenta a su vez una dimensión relacional con los valores superiores y los derechos fundamentales, estos sin duda la explican de manera más detallada¹³⁶. En orden a los valores constitucionales esa relación está tan incardinada que en muchas ocasiones resulta dificultoso mencionar la noción de dignidad sin hacer mención de principios tales como la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político, todos ellos recogidos en el artículo 1.1. de la CE¹³⁷.

protegido. En definitiva, la calificación de su conducta como delictiva y la pena impuesta como consecuencia, no han de reputarse atentatorias a libertad de expresión, ni a la de comunicar información veraz reconocida en el art. 20 de la Constitución (STC 105/1990). Por el contrario, la sentencia que, en apelación, absuelve al acusado de tal imputación vulnera con ello el derecho al honor contemplado desde la dignidad personal de los hoy demandantes (arts. 10.1 y 18 CE) por haber ponderado con error los derechos fundamentales en colisión”.

¹³⁵ STC, Pleno, núm. 235/2007 de 7 noviembre de 2007(RTC 2007, 235). Manifiesta esta sentencia que: “De este modo, el reconocimiento constitucional de la dignidad humana configura el marco dentro del cual ha de desarrollarse el ejercicio de los derechos fundamentales y en su virtud carece de cobertura constitucional la apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos cuando ello suponga una humillación de sus víctimas (STC 176/1995). Igualmente, hemos reconocido que atentan también contra este núcleo irreductible de valores esenciales de nuestro sistema constitucional los juicios ofensivos contra el pueblo judío que, emitidos al hilo de posturas que niegan la evidencia del genocidio nazi, suponen una incitación racista (SSTC 214/1991, de 11 de noviembre; 13/2001 de 29 de enero). Estos límites coinciden, en lo esencial, con los que ha reconocido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en aplicación del apartado segundo del art. 10 CEDH. En concreto, viene considerando (por todas, Sentencia Ergogdu & Ince c. Turquía, de 8 de julio de 1999) que la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado «discurso del odio», esto es, a aquél desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular. En este punto, sirve de referencia interpretativa del Convenio la Recomendación núm. R (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 30 de octubre de 1997, que insta a los Estados a actuar contra todas las formas de expresión que propagan, incitan o promueven el odio racial, la xenofobia el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia (SSTEDH Gündüz c. Turquía de 4 de diciembre de 2003, § 41; Erbakan c. Turquía de 6 de julio de 2006”.

¹³⁶ VILLAVERDE MENÉNDEZ, I.: “Los límites de los derechos fundamentales”, en BASTIDA FREIJEDO F. J. et al.: *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004.

¹³⁷ <http://www.tribunalconstitucional.es/actividades/artic046.html>. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. y DE LA CUEVA ALEU, I.: *La dignidad humana en la jurisprudencia constitucional española*, septiembre-octubre 2007. Estiman que el Tribunal Constitucional se cuida de precisar que no existe una plena identificación entre derechos fundamentales y dignidad personal, o lo que es lo mismo, que ni la totalidad de los derechos fundamentales reconocidos son, por ese sólo hecho, inherentes a la persona en cuanto conectados con su dignidad, ni puede afirmarse que toda restricción de los derechos humanos de la persona suponga un ataque a su dignidad. A tal efecto citan la STC 120/1990, de 27 de junio, en la que se afirma que de acuerdo con este precepto, la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes sean, junto con el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás, “*fundamento del orden político y de la paz social*”, no significa ni que todo el derecho le sea inherente y por ello inviolable ni que los que se califican de fundamentales sean condiciones imprescindibles para su efectiva incolumidad, de modo que de cualquier restricción que a su ejercicio se imponga devenga un estado de indignidad.

Para OEHLING DE LOS REYES “la garantía de la dignidad en el Estado constitucional presenta importantes correspondencias ya sea con el respeto a la libertad del individuo, la prohibición de la discriminación, la necesidad de contemplar la responsabilidad de sus actos y el promover de la participación del ciudadano en la vida social y viceversa”¹³⁸. Por ello conviene estimar que de una u otra manera la relación del ciudadano y el Estado queda garantizada a través de la garantía de la dignidad, la cual presupone el respeto y protección de los derechos fundamentales y principios directrices estatales. Cuanto más logrados están estos objetivos y valores, tanto más se comprende de como un Estado de Derecho es respetuoso de tal dignidad, y de su necesidad de fomentarla.

IV. DIGNIDAD Y LIBERTAD.

La libertad es consecuencia de la dignidad, ante ello SCHELER se efectúa la clásica pregunta de ¿Cuál es el significado de un acto libre o del “ser libre”?¹³⁹. Para el autor el primer significado es, obviamente la conciencia de “poder”. Pero en este poder hay un doble sentido, porque por una parte indica la conciencia del poder de la voluntad de decidirse por esto o aquello y de tomar una decisión; y después también al mismo tiempo el poder-otra-cosa, implicando la capacidad de decisión electiva, o sea el poder como facultad o posesión de fuerza y el poder como “libertad para” en sentido estricto. A partir de esta inicial apreciación procura desgranar la diversas secuencias que implican el ejercicio de dicha libertad y como pueden no entenderse por parte de un determinismo en contraposición al indeterminismo, pero quizás sea necesario considerar un tercer aspecto, a mi juicio, mucho más esencial, la autodeterminación.

1. Libertad y autodeterminación.

En términos de antropología jurídica resulta clave entender la libertad como autodeterminación. Para BURGOS¹⁴⁰ la tradición clásica ha entendido básicamente a la libertad como capacidad de elección; el hombre es libre porque puede elegir sin necesidad, sin ningún tipo de determinismo cualquiera de los objetos que se le presentan en el mundo: el hombre es libre frente al mundo exterior. Pero el hombre no es libre solo porque pueda elegir, el hombre es libre fundamentalmente porque es dueño de sí mismo, se posee a sí misma, y por lo tanto puede autodeterminarse, esto lo fundamenta en la obra de KAROL WOJTYLA “Persona y acción”.

La libertad no es, por tanto, la capacidad de elección o, mejor dicho, no está limitada a la capacidad de elección, sino que consiste básicamente en la capacidad de autodeterminación.

¹³⁸ OEHLING DE LOS REYES, A.: *La dignidad de la persona...*, cit., p. 365.

¹³⁹ SCHELER, M.: *Amor y conocimiento y otros escritos*, Biblioteca Palabra, Madrid, 2010, p. 273.

¹⁴⁰ BURGOS, J. M.: “La antropología personalista en persona y acción”, en *“La filosofía personalista de Karol Wojtila”*, Biblioteca Palabra, Madrid, 2007, p.131.

La persona mediante el acto de libertad elige un objeto, un algo, o también puede ser un alguien, pero ese objeto no queda fuera del sujeto, sino que influye sobre quien lo elige, moralmente cuando alguien elige hacer una acción buena esa persona se hace buena¹⁴¹, quizás acentuado este proceso debe decirse que no es el objeto el que modifica a la persona, sino que esta misma quien se modifica a través de la elección de un determinado objeto, así lo sostiene el autor. Al elegirlo está implicando que la causa de dicha acción, por la que el sujeto libremente se dirige hacia el objeto y se apropia de él, es precisamente quien actúa, pero esto requiere, para considerar que el acto es realmente libre, la conciencia de que somos su origen. La responsabilidad será la otra cara de la medalla que impregna la causalidad. Al ser origen de mis acciones soy asimismo responsable de ellas¹⁴².

A mi juicio el que la persona pueda escoger su propio y personal proyecto de vida, tal cual se asegura mediante el imperativo del libre desarrollo de su personalidad, implica sobretodo la necesidad de autodeterminarse de manera responsable, no únicamente la posibilidad de elegir dicho proyecto, ni tampoco el hecho de carecer de alguna coacción que le impida reflexionar sobre esa elección y decisión. Esta responsabilidad implicará en primer lugar la consideración consigo mismo, e inmediatamente, la consideración con los más próximos que se ven influidos por el acto. Soy libre cuando me autodetermino responsablemente.

2. La libertad, en términos jurídicos constitucionales.

En términos jurídicos, la Constitución reconoce expresamente en su artículo 1.1 la libertad, como uno de los valores superiores del ordenamiento. Dicha disposición hace referencia a un principio general de libertad, lo cual implica la posibilidad de que los ciudadanos realicen todas las actividades que la Ley no prohíba, sabiendo que no se pueden imponer restricciones arbitrarias¹⁴³. Es más, para MARTÍN SÁNCHEZ denota la posibilidad de realizar una interpretación extensiva de los derechos fundamentales o incluso comprendiendo la posibilidad de creación de unos nuevos, todo ello bajo el amparo de acudir a la libertad¹⁴⁴.

Al existir un principio general de libertad se derivan, por consiguiente, diversas manifestaciones concretas de libertades, las cuales se consideran derechos subjetivos, con distinto encuadre y naturaleza en relación al principio enunciado en el art. 1.1 de la CE¹⁴⁵.

¹⁴¹ BURGOS, J. M.: *Ibidem*, p. 133.

¹⁴² Cfr. BURGOS, J. M.: *Antropología: una guía para la existencia*, Ediciones Palabra, Madrid, 2008, pp. 172 a 174.

¹⁴³ STC, Pleno, núm. 83/1984 de 24 julio. (RTC 1984/83); STS, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, de 31 marzo 2004. (RJ 2004/1958).

¹⁴⁴ *Matrimonio Homosexual y Constitución*, Ed. Tirant Lo Blanch, Monografías, núm. 589, Valencia, 2008, p. 111.

¹⁴⁵ Vid. SÁNCHEZ FERRIZ, R.: *Estudios sobre las libertades*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2ª edición, Valencia, 1995, p. 42.

En relación con esto puede estimarse que únicamente constituyen derechos subjetivos de libertad los derechos reconocidos expresamente como derechos de libertad por la Constitución, en tal sentido sólo se justificarían desde el derecho de libertad las conductas subsumidas en cualquiera de tales derechos subjetivos o libertades, expresamente reconocidos constitucionalmente. Para el autor recién señalado, debe entenderse que derivado del valor superior libertad, existe un derecho general de libertad implícito en el ordenamiento jurídico, por lo tanto, estarían protegidas tanto las concretas manifestaciones del principio general de libertad expresamente reconocidas constitucionalmente a través de los derechos subjetivos de libertad, así como cualquier manifestación de libertad aunque no esté reconocida de manera explícita en algún derecho subjetivo¹⁴⁶.

DÍAZ REVORIO¹⁴⁷ opina que el derecho de libertad del individuo se encuentra como norma de clausura en el art. 10.1 CE, en el principio del libre desarrollo de la personalidad, así tendría cabida cualquier manifestación de la “libertad a secas”, como derecho de libre actuación del individuo. Por su parte, PRIETO SANCHÍS¹⁴⁸, es partidario de la tesis de la norma de clausura del sistema de libertades, situando dicha norma entre los derechos fundamentales, otorgándole así un carácter especial y una mayor protección constitucional. Concretamente la ubica en el art. 16.1 CE, vinculada al Derecho de libertad de conciencia, el cual está implícito en la libertad ideológica y religiosa del art. 16.1 CE, situando así la norma de clausura en un derecho fundamental, lo cual le reviste de mayor protección. Podría argumentarse esta opinión procurando entender el derecho de libertad de conciencia de una manera amplia, es decir, no situándolo únicamente respecto a la libertad de creencias sino a la libertad de conducta humana, lo cual implica que un individuo pueda comportarse de acuerdo a sus propias convicciones, es decir, pueda autodeterminarse.

Lo importante en todo caso es sostener la existencia de un derecho de libertad garantizado constitucionalmente para la persona, que no es tan solo un principio que ordena el sistema, sino que resulta exigible en la medida que se refleje en alguna conducta de la misma. En tal sentido estimo que el derecho de libertad como una “libertad a secas”, presenta mayor vinculación con el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana, previsto en al art. 10.1 CE, por cuanto este es fundamento del orden político y de la paz social, que carecería de sentido sino se asocia a un derecho general de libertad que garantice su efectividad, de lo contrario no gozaría de contenido, más bien sería una enunciación programática. El libre desarrollo de la personalidad debe considerarse fundamento de la libertad general de acción, por ello se reconoce en la libertad de las personas¹⁴⁹.

¹⁴⁶ MARTÍN SÁNCHEZ, M.: *Matrimonio Homosexual y Constitución...*, cit., p. 112.

¹⁴⁷ DÍAZ REVORIO, F. J.: *Valores superiores e interpretación constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 517.

¹⁴⁸ *Estudios sobre derechos fundamentales*, Ed. Debate, Madrid, 1990, p. 162.

¹⁴⁹ Cfr. DÍAZ REVORIO, F. J.: *Valores superiores e interpretación constitucional...*, cit., p. 510.

Ahora bien, ¿Es ilimitada esta libertad?, No, claro que no, no pueden admitirse todas las conductas del ser humano, argumentando su justificación en su derecho general de libertad fundado en el libre desarrollo de la personalidad, es necesario establecer límites y restricciones. Algunos de tales límites serían los derechos fundamentales, el resto de tales límites serían impuestos por el Legislador, respetando lo preceptuado en el Código político, ponderando las causas que permiten justificar estas restricciones, siempre que se considere asimismo el principio de proporcionalidad, es decir, la justificación de dichas restricciones sería la defensa de los valores y principios constitucionales, como asegura MARTÍN SÁNCHEZ¹⁵⁰.

Esto tiene una directa relación con el Derecho de Familia, y especialmente con la libertad de contraer matrimonio, por cuanto esta libertad se podría limitar a determinada categoría de personas, en razón de su orientación sexual, preservando de esta manera el orden público, entendido éste último como el conjunto de principios no disponibles para el sujeto, formado por: los imperativos y los pilares de carácter constitucional, entendiendo como tales los derechos fundamentales y los valores materiales. Aunque este tema se tratará específicamente en la tercera parte del presente trabajo.

Tal orden público permitiría restringir la libertad de elección, por ejemplo en el derecho a contraer matrimonio, en el derecho a adoptar, etc. La duda de tal restricción, estima de manera específica y bastante acertada REY MARTÍNEZ, sin embargo, debe fundamentarse en la ponderación señalada recientemente, restringir la libertad del individuo a contraer matrimonio, por ejemplo, para desarrollar así libremente su personalidad en su faceta personal y familiar, llevando a cabo su proyecto personal de vida no parece ser el medio adecuado para salvaguardar el orden público, sin perjuicio es más que dudoso su carácter de necesidad, considerando que el respeto de dicha libertad sea constitutivo de una alteración del orden público de una sociedad como la española¹⁵¹.

¹⁵⁰ MARTÍN SÁNCHEZ, M.: *Matrimonio Homosexual y Constitución...*, cit., p. 113, "Llevando todo esto al tema que centra nuestra atención observamos que, partiendo de la existencia de la libertad genérica como "libertad a secas", perteneciente al individuo y cristalizado en artículo 10.1 CE, limitar la libertad de actuación del individuo a través del no reconocimiento -como hasta hace muy poco en el caso de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo- o a través de su omisión en la Ley- en este caso en las leyes que hasta hace poco venían regulando el matrimonio-, sólo tendría justificación si se argumentase que dicha limitación o restricción de la libertad obedece a la protección de algún valor, principio o bien constitucional tal que tras efectuar una ponderación de bienes en juego, sería conveniente establecer dicha limitación. Sin embargo, no parece existir ningún valor, principio o bien constitucional en riesgo, cuya protección necesite de tal restricción. A este respecto, se hace preciso además tener presentes el resto de argumentos y fundamentos constitucionales ya apartados anteriormente, tales como la igualdad y la prohibición de discriminación, y la dignidad de la persona, además de este derecho genérico la libertad del individuo."

¹⁵¹ "Homosexualidad y Constitución", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2005, p. 131.

En este caso, a mi juicio, sería más convincente el argumento de justificar la restricción del derecho a la libertad, bajo el prisma del libre desarrollo de la personalidad, porque su ejercicio desvirtúa el contenido esencial de una institución amparada en la Constitución, institución garante del orden social, como puede ser el matrimonio, aunque no ha sido estimado de esta manera por el Tribunal Constitucional¹⁵².

Es decir, no podría limitarse o restringirse arbitrariamente la libertad del individuo, sino que las limitaciones que se impongan a la libertad se tendrán que justificar en base a valores o bienes constitucionales, considerando la exigencia de ponderar y así evitar la imposición de restricciones abusivas que coarten injustificadamente la libertad del individuo, entendida tal libertad como partícipe del desarrollo de la personalidad, fundamento del orden político y de la paz social.

Para el tema que nos ocupa es de vital relevancia entender el respeto a la dignidad de la persona presuponiendo el respeto a la libertad, por ello no puede justificarse sea cual sea el fundamento, emplear a otro como medio, como instrumento privándolo de su yo. En definitiva, coartando la posibilidad de vincularse a la idea del libre desarrollo de su personalidad. Esto, por cuanto el reconocimiento de la dignidad presupone la valoración y respeto de un margen de autonomía y desarrollo del individuo a través de su propia experiencia, por ello se intenta hacer del ciudadano el verdadero sujeto de su actuación¹⁵³.

Se presupone el respeto a la libertad del individuo, porque su recepción lleva implícito el reconocimiento que todo el ordenamiento estatal existe para y por el hombre, por ello debe dar cierta relevancia a la opción y experiencia vital que la persona estima para sí¹⁵⁴.

No se puede plantear un reconocimiento auténtico, pleno de la dignidad de la persona si el Estado, previamente, no reconoce, estima y protege, la autorrealización de la persona en libertad, en todas sus formas de manifestación, ya sea artística, religiosa, política, de expresión, etc, principalmente me refiero al modo de vida que se escoja, ámbito donde la persona se muestra tal cual es¹⁵⁵.

¹⁵² STC, Pleno, núm. 198/2012, de 6 de noviembre de 2012 (RTC 2012, 198).

¹⁵³ Si un Estado reconoce el concepto de dignidad, pero no parte de su conexión con la idea de libertad, la noción de dignidad queda desvinculada de la idea de autodeterminación de la persona, de su posibilidad de desarrollarse como él quiera ser o como él realmente es y constituiría, quizás, un régimen que implementaría algunos aspectos sectoriales de reconocimiento de la idea de dignidad, pero quedaría apartado el deber del Estado de dar a la persona la importancia que se merece. Es muy difícil imaginar cómo se puede posibilitar el desarrollo pleno de la faceta individual si no hay un posicionamiento estatal de reconocimiento real de la capacidad de autorrealización independiente de la persona en libertad.

¹⁵⁴ Ciertamente no puede comprenderse la dignidad sin reconocer la libertad en sus diversos planos, artística, ideológica, religiosa, de expresión, política, etc. Esta conexión entre los derechos de libertad y los derechos fundamentales conforman un cierto status de libertad según HÄBERLE, P.: en *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, Ed. Comares, Granada, 2003, pp. 29 a 67.

¹⁵⁵ Cfr. MURILLO DE LA CUEVA, P. y CARMONA CUENCA, E.: *La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

Por ello se habla de un ámbito personal de libertad exento de cualquier intervención externa, el cual se encuentra protegido por medio del respeto a los derechos fundamentales, siendo únicamente el individuo quien puede decidir sobre el devenir de su propia existencia y actuar bajo su responsabilidad.

CAPÍTULO III

EL DERECHO DE FAMILIA Y EN ESPECIAL EL MATRIMONIO, EN RELACIÓN AL PRINCIPIO DEL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD.

SUMARIO: I. EL PRINCIPIO DEL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y EL DERECHO DE FAMILIA. ASPECTOS GENERALES.- II. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y EL DERECHO DE FAMILIA.- 1. Antecedentes previos.- 2.- La igualdad de las familias ante la Constitución, ¿Familia o modelos de familia?- 3. ¿Qué ha entendido por familia el Tribunal Constitucional?- 4. Situaciones de convivencia que se discuten si son familia o no.- III. LA EVOLUCIÓN DE LA GARANTÍA INSTITUCIONAL DEL MATRIMONIO.- IV. LA LEY 13/2005, QUE MODIFICA EL CÓDIGO CIVIL EN LO REFERENTE AL MATRIMONIO. EL MATRIMONIO HOMOSEXUAL Y EL FIN DE LA NECESARIA HETEROSEXUALIDAD PARA CONTRAER MATRIMONIO.- V. LA REALIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA ADECUACIÓN DEL MATRIMONIO A LA REALIDAD SOCIAL DEL MOMENTO.- VI. EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD EN EL MENOR.

I. EL PRINCIPIO DEL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y EL DERECHO DE FAMILIA. ASPECTOS GENERALES.

Las Leyes 13/2005 de 1 de julio, y 15/2005, de 8 de julio, que operaron una profunda reforma del Derecho de Familia en el ordenamiento jurídico español, estas presentaron un punto ideológico común consistente en la “personalización” del matrimonio, este es el núcleo de la tesis que propugnó, a mi juicio, muy acertadamente, DE VERDA Y BEAMONTE¹⁵⁶.

Las referidas leyes hicieron jugar al principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad una importancia desconocida hasta ahora en el Derecho Civil, acentuando la función del matrimonio como un medio de desarrollo de la personalidad en detrimento de su carácter de institución social, lo que ha estado en estrecha relación con la conexión de una de las finalidades del matrimonio, la cual era, la procreación de los hijos y el cuidado de los mismos¹⁵⁷.

GAVIDIA SÁNCHEZ¹⁵⁸, sostiene que es necesario distinguir entre concepto y concepción.

Por una parte hace referencia a la concepción de matrimonio que subyace en el Legislador y por otra al concepto que se enmarca en la Constitución.

¹⁵⁶ “La personalización del matrimonio en las reformas de 2005”, en DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (Coord.): *Comentario a las Reformas de Derecho de Familia de 2005*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 17.

¹⁵⁷ Cfr. DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “El Principio de libre desarrollo de la personalidad y ius connubi (a propósito del auto del Tribunal Constitucional 222/1994)”, *Revista de Derecho Privado*, 1998, pp. 683 a 736.

¹⁵⁸ “La libertad de elegir como cónyuge a otra persona del mismo sexo y de optar entre el matrimonio y una unión libre (Análisis crítico de la constitucionalidad del matrimonio homosexual y del llamado “divorcio express”)” en *La Reforma del Matrimonio. Leyes 13 y 15/2005*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 23 y siguientes.

Este último podría admitir diversas concepciones, en función de la libertad de goce de que cuenta el Legislador.

Para este autor no existen instituciones naturales, sino que intereses individuales, utilidades sociales, situaciones más o menos típicas, con connotación jurídica o moral, y que tales intereses pueden perfectamente ser analizados con afán crítico en relación a visión tradicional que ha tenido aquella situación, aquel interés. Si esta reflexión se aplicase al matrimonio podría entenderse el debate a que dio lugar en su momento.

Puede existir originariamente o generarse posteriormente una gran divergencia entre lo que la mayoría de los ciudadanos considera acerca de cuál debe ser el contenido y los perfiles básicos de una institución jurídica, como también puede suceder que en un determinado momento, el descontento acerca de la regulación del matrimonio sea mayor en algunos sectores o grupos sociales especialmente influyentes, pero no entre la generalidad de la sociedad. Ahora bien ¿es consciente la sociedad de estas innovaciones?, ¿existe un debate a la altura de lo que implica tal innovación? A mi juicio, ambas preguntas, se respondieron en su momento con un rotundo no.

Este principio, el de libre desarrollo de la personalidad, permitió justificar la supresión del requisito de la heterosexualidad, tal cual lo dejó entrever la Exposición de Motivos de la Ley 13/2005, “la relación y convivencia de pareja, basada en el afecto, es expresión genuina de la naturaleza humana y constituye cauce destacado para el desarrollo de la personalidad, que nuestra Constitución establece como uno de los fundamentos del orden político y de la paz social”, así como “el establecimiento de un marco de realización personal que permita que aquellos que libremente adoptan una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo puedan desarrollar su personalidad y sus derechos en condiciones de igualdad se ha convertido en exigencia de los ciudadanos de nuestro tiempo, una exigencia a la que esta Ley trata de dar respuesta”¹⁵⁹.

En lo referente al divorcio este principio también jugó un rol clave, pues justificó junto a la autonomía de la voluntad, el que no existiese la necesidad de referirse a un motivo de culpabilidad, sino que “se estima que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el art. 10.1 de la Constitución, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado a su cónyuge. Así el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, de una previa e ineludible, situación de separación”.

¹⁵⁹ Cfr. LASARTE ALVAREZ, C.: “Merecido adiós al sistema causalista en las crisis matrimoniales”, *Actualidad Aranzadi*, Madrid, 2005, núm. 655, pp. 10 y siguientes; CAÑETE QUESADA, A.: “El anteproyecto de Ley por el que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio”, *Diario La Ley*, núm. 6140, de 2 de diciembre de 2004, pp. 1 y siguientes; PASTOR VITA, F. J.: “Algunas consideraciones sobre la ley de reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio”, *Revista de Derecho de familia*, Ed. Lex Nova, núm. 28, julio- septiembre, 2005, pp. 25 a 56.

A mi juicio, uno de las dificultades fundamentales estriba en amparar todos estos cambios en los afectos. Son importantes, claro, pero la personalidad es bastante más que lo meramente sentimental. Lo afectivo nos conforma, pero no nos forma únicamente.

Puede fundamentarse el matrimonio en el principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad. Pero este principio tendrá límites, aunque esos límites no se desprendan de la regulación positiva del matrimonio en el Código Civil, es más, quizás uno de los límites más importantes sea la esencia misma de la institución matrimonial, pero si ni siquiera se sabe si es o no institución, si ni siquiera se sabe qué es un matrimonio, cuáles son sus elementos fundamentales, salvo los afectos, me temo que el libre desarrollo de la personalidad se vuelca en una total consideración de la libertad personal como único elemento válido de análisis. Pero en cuanto a en qué consiste el desarrollo, en qué consiste la personalidad, muy poco puede manifestarse.

En relación con esto, SERRANO ALONSO opina que el Legislador con esto ha querido dar un contenido claramente interesado a un derecho, el desarrollo de la propia personalidad, con infinitas posibilidades todas ellas de carácter subjetivo, y al menos es dudoso que el Legislador constitucional pensase en incluir el contraer matrimonio entre personas del mismo sexo, cuando el derecho a contraerlo viene constitucionalmente configurado en otros términos, a juicio de este autor. Sin contar que este derecho podría justificar otro tipo de uniones, como por ejemplo, la de hermanos¹⁶⁰.

La personalidad no debe tener sólo alcance individual, es decir, personalidad se funda en la persona, y la fidelidad, la crianza y el cariño dispensado a los hijos, entre los cónyuges o en la pareja, el superar los diversos problemas, auxiliarse mutuamente, por ejemplo, permiten mi perfección como persona¹⁶¹. El libre desarrollo de la personalidad es cauce de este camino de perfección no para hacer lo que mi voluntad quiera. El compromiso jurídico denota cumplir deberes y gozar de derechos, pero no todo es “derecho a”, sino que, también debe velarse por él “en cumplimiento de”. ¿Puede el Derecho ampararse únicamente en los afectos?, ¿puede el compromiso jurídico afanarse de afectividad?, ¿puede un deber justificarse únicamente en los sentimientos?¹⁶²

¹⁶⁰ *El nuevo matrimonio civil*, Ed. Edisofer, Madrid, 2005, p. 23.

¹⁶¹ DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “La personalización del matrimonio en las reformas de 2005...”, cit., en relación al artículo del mismo autor, titulado el *Principio de libre desarrollo de la personalidad y ius connubi* (a propósito del auto del Tribunal Constitucional 222/1999) cit.

¹⁶² MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado*, Ed. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, p. 210. “No es la afectividad la razón jurídica del compromiso, aunque pueda ser el motivo principal. De hecho, puede existir un matrimonio sin esa afectividad. Si esto no se ve así, aunque en la práctica pueda resultar costoso, como la experiencia nos lo hace ver día a día; si se considera que el matrimonio no es un compromiso jurídico, como sucede en la realidad positiva, no se ve por qué debe estar protegido constitucionalmente... la razón de que el Código Civil le siga dedicando tantos preceptos. Para vivir juntos no hace falta tanta normativa jurídica. Como mucho un pacto ante Notario para establecer alguna reglas de contenido patrimonial.”

MARTÍNEZ DE CASTRO, siguiendo en este punto a MARTÍNEZ DE AGUIRRE sostiene que “el matrimonio no se basa en el hecho de ser una forma institucionalizada de amistad y comunicación humana, sino en su condición de estado de vida estable que por su propia estructura, propiedad y finalidad, aceptadas libremente por los cónyuges, pero no establecidas por ellos mismos, desempeña una esencial y multiforme función a favor del bien común: sucesión de las generaciones, supervivencia de la sociedad, educación y socialización de los hijos, etc. Realidad objetiva, en función de la cual el ordenamiento jurídico establece los derechos y las obligaciones conyugales. Tal papel social de relevancia jurídica no es desempeñado, ni siquiera analógicamente, por las uniones homosexuales que no se ve como podrían ser consideradas células fundamentales de la sociedad. Con ello no se está realizando ningún tipo de discriminación con respecto a los homosexuales. Lo que se está diciendo es que, a partir de datos naturales, como son el carácter sexuado del ser humano, que sólo lo es en cuanto hombre y mujer y que esta diferenciación sexual se dirige, también por su propia naturaleza, a la reproducción de la especie humana, el matrimonio aparece como una realidad propia del hombre y mujer y el ambiente propio para el desarrollo espiritual y material de los hijos”¹⁶³.

Sin duda, es importante la relación que acaece entre el matrimonio y el principio en cuestión, porque de inmediato salta a la palestra la contradicción ocurrida desplazando el centro de atención desde la institución colectiva al individuo, porque si bien el matrimonio aún es entendido como cauce idóneo para el libre desarrollo de la personalidad, no es propiamente tal lo que debe entenderse, porque lo importante no es el matrimonio, lo esencial son los afectos, es la personalidad afectiva la que a mi juicio, el legislador buscó proteger.

Sin perjuicio de esta idea y de la posterior reflexión que se hará sobre la misma, es necesario ahora centrarse en el término “igualdad”, porque sin duda tiene mucha implicación y relación con el libre desarrollo de la personalidad.

II. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y EL DERECHO DE FAMILIA.

1. Antecedentes previos.

La Constitución española recoge la igualdad en numerosos preceptos, y cada uno de ellos presenta un diverso alcance. A la igualdad como valor reconocido en el artículo 1.1. de la Constitución, sigue en el texto constitucional, la igualdad como principio que se distingue del valor, tanto por su diferente intensidad normativa, como por su diferente grado de determinación.

En este sentido el valor de la igualdad, que junto con la justicia, la libertad y el pluralismo político, constituyen los valores superiores del ordenamiento

¹⁶³ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: “Una posible concepción del matrimonio en el Código Civil. El estado de la cuestión.” en VV. AA.: *Estudios en Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, Centro de Estudios, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, p. 1673; Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: *Diagnóstico sobre el Derecho de Familia*, Ed. Rialp, Madrid, 1996, pp. 34 y siguientes.

constitucional, es una aspiración social que la Constitución proyecta como meta a conseguir por una comunidad, sin duda puede señalarse como una aspiración que guía todo el ordenamiento¹⁶⁴. El artículo 9.2 CE contiene un mandato a los poderes públicos, como medio de conseguir la realización práctica de la libertad y de la igualdad, obliga a los poderes públicos a la remoción de los obstáculos para el cumplimiento de la igualdad real y efectiva.

Puede decirse que de las normas constitucionales que califican al Estado el nivel de exigencia a los poderes públicos, en relación con las demandas de la ciudadanía, define muy bien el modelo de Estado¹⁶⁵.

En términos generales y en relación con lo anterior se afirma que la cláusula general de igualdad, en su doble vertiente de igualdad ante la ley y de proscripción de toda discriminación, se encuentra recogida en el artículo 14 de la Constitución, que actúa como pórtico del Capítulo II del Título I, que es la parte de la Constitución consagrada a la declaración de los derechos y libertades más relevantes, aquellos que merecen, en sentido amplio, el nombre de “fundamentales”¹⁶⁶.

Constituye, a juicio de GÁLVEZ MUÑOZ, la antesala tanto de la sección primera de este Capítulo (artículos 15 a 29; que son los que cuentan con un grado de protección jurisdiccional reforzada), como de la sección segunda (artículos 30 a 38, que tienen un nivel de protección jurisdiccional que se podría denominar ordinario).

Con ello se ha querido poner de relieve su compleja naturaleza de derecho genérico y, por tanto, prototípica o esencialmente relacional, lo cual sin duda está directamente implicado con las denominadas relaciones familiares.

Es un derecho que, aunque tiene entidad propia, siempre se presenta acompañado de otro¹⁶⁷; es un derecho general que se proyecta necesariamente en los distintos tipos de relaciones jurídicas y; es, en suma, un derecho y un principio general a la

¹⁶⁴ BALAGUER CALLEJÓN, M^a. L.: *Igualdad y Constitución española*, Ed. Tecnos, Madrid, 2010, pp. 23 y siguientes.

¹⁶⁵ STC núm. 188/2001 de 20 septiembre de 2001(RTC 2001,188), manifiesta bastante bien la necesidad de una igualdad material en el Estado de las Autonomías, sin perjuicio de las diferencias entre ellas: “En definitiva, la gestión unitaria del sistema de becas es una condición básica para la igualdad en el ejercicio del derecho a la educación, pues remueve el principal obstáculo para su efectividad, que no es otro que la insuficiencia de recursos. Por tanto, no sólo la normación básica, sino también la de desarrollo y su ejecución han de ser realizadas con absoluta igualdad. El Abogado del Estado rechaza, en consecuencia, los criterios estadísticos que invoca la demanda, pues se refieren a condiciones académicas que, ciertamente, difieren de unas Comunidades Autónomas a otras, pero no a las condiciones económicas personales o familiares del titular del derecho a la educación, que es el aspecto decisivo para el respeto de la igualdad”.

¹⁶⁶ BAÑO LEÓN, J. M.: “La igualdad como derecho subjetivo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 114, 1987.

¹⁶⁷ CABAÑAS GARCÍA, J. C.: *El Derecho a la Igualdad en la Aplicación Judicial de la Ley*, Ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 32 a 42. Este autor lo relaciona con el Principio de Seguridad Jurídica, el principio de Interdicción de la arbitrariedad judicial, el principio de Independencia judicial y sujeción del juez a la legalidad.

vez¹⁶⁸.

En primer lugar debe saberse que no es fácil definir a la igualdad, conforme a esto debemos reflexionar hasta dónde puede llegar la exigencia del art. 9.2. CE, y desde este punto de vista, la doctrina ha venido considerando que no estamos ante una norma atributiva de competencias, sino que esta norma solamente asigna a los poderes públicos una función promocional. El art. 9.2 tiene una función en la Constitución claramente vinculada al desarrollo del Estado social, y por consiguiente dentro de este marco en el ordenamiento jurídico-familiar¹⁶⁹. Su contenido finalista permite una importante graduación en la concepción de la igualdad desde el punto de vista material.

Así ha sido considerada por el Tribunal Constitucional, hasta el punto de justificar la desigualdad material para llegar a la igualdad real, si bien esa desigualdad compensatoria debe tener limitaciones temporales, y nunca puede llegar a imponer una total igualdad.

¹⁶⁸ GÁLVEZ MUÑOZ, L.: “La cláusula general de igualdad”, *Revista de la Universidad de Murcia* (2003), núm.21, pp. 195 a 206.

¹⁶⁹ Las mujeres han sido tradicionalmente uno de los grupos de población que ha sufrido mayores discriminaciones a lo largo de la historia en diferentes ámbitos de su realidad vital. Y si ciertamente, la población femenina ha sido objeto de tratamientos diferenciales en la norma por constatare diferencias de facto, que era necesario restablecer (empleo, violencia de género, participación política), la exigencia de generalidad de la ley, o la necesidad de que las normas se apliquen al máximo número de destinatarios posible (igualdad formal), obliga al legislador a analizar, de modo constante, la evolución del objetivo de igualdad perseguido por la norma, para adaptarla en la medida de lo posible a la evolución de la realidad presente. En puridad, la creación de diferencias entre grupos de personas que se encuentran en una situación concreta de desigualdad, fundamento de la exigencia material de igualdad (artículo 9.2) no puede debilitar, e incluso olvidar el significado formal del mandato de igualdad, cual es la creación de diferencias normativas que tengan en cuenta el máximo número de destinatarios posible. Es decir, la creación de diferencias objetivas y razonables y, en consecuencia, la proscripción de diferencias por razones personales. Cfr. ZOCO ZABALA, C.: “Violencia de género ocasional desde la perspectiva de la igualdad material y formal: Sentencias del Tribunal Constitucional, 100/2008, de 24 de julio, 82/2008, de 17 de julio, y 59/2008, de 14 de mayo”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 20/2008, parte Estudio, Ed. Aranzadi S.A., Pamplona, 2008. Sostiene que: “En la actualidad, la proliferación normativa y la práctica de la jurisprudencia, a nivel comunitario o nacional, sensibilizada con las diferencias reales y efectivas entre hombres y mujeres que todavía existen en ámbitos concretos de la realidad social, produce, en algunos casos, el efecto contrario al objetivo de igualdad de oportunidades que persigue la exigencia de igualdad en el contenido de la ley. Así pues, no sólo resulta discriminatoria por razón de sexo aquella normativa que ignora a los hombres y sobre todo a las mujeres en la consecución de derechos y deberes (discriminación directa); o que siendo neutra produce consecuencias desfavorables para uno de los dos sexos, por cuanto la lógica de la ley no ha previsto a todos sus destinatarios (discriminación indirecta); también se vulnera la prohibición de discriminación por razón de sexo cuando la regulación normativa otorga derechos a las mujeres porque en el pasado estuvieron discriminadas, pues sitúa a las mujeres en una posición privilegiada respecto de los hombres, no justificada en una concreta diferencia factual; dicha regulación produce, pro futuro, la perpetuación de la desigualdad de oportunidades entre mujeres y hombres no sólo en el momento en el que se aprueba la norma, sino también cuando la evolución de la realidad social regulada determina que la diferencia entre hombres y mujeres por razones objetivas, se restablece de modo progresivo de tal manera que la norma siendo todavía razonable, ya no prevea el máximo número de destinatarios posible, o a mayor abundamiento, no esté basada en razones objetivas.”

Sin embargo el Tribunal Constitucional ha estimado recursos de amparo en base al art. 9.2 y el cumplimiento en un plazo razonable de tiempo de una previsión legislativa¹⁷⁰.

En cuanto al desarrollo legislativo del artículo 14 de la Constitución hay que apuntar que el mismo es enteramente singular. El carácter relacional y no autónomo del principio de igualdad, es decir, el que la igualdad no pueda predicarse en abstracto, sino únicamente respecto de relaciones jurídicas concretas, impide que este principio pueda ser objeto de una regulación o desarrollo normativo con carácter general, aunque posiblemente su tratamiento global, transversal es posiblemente en la actualidad la manera de provocar su imperio en diversas materias, no siempre muy afines.

El contenido del artículo 9 no llega a una interpretación del artículo 14 que exija la desigualdad compensatoria, aunque la permita. A mi juicio, en el mismo, se indica un criterio de interpretación para que el Legislador y los Poderes Públicos, en general, interpreten el derecho fundamental a la igualdad en un sentido favorable a la igualdad material, pero sin llegar a constituir una exigencia de desigualdad por las diversas circunstancias que implica cualquier situación concreta que amerita distinciones.

La exigencia de la igualdad es de naturaleza condicional, lo que implica la necesidad de una promoción, es una concepción de los derechos fundamentales no como límites a los poderes públicos, sino como políticas activas orientadas al cumplimiento de fines específicos de justicia e igualdad¹⁷¹.

¹⁷⁰ JIMENÉZ CAMPO, J.: “La igualdad jurídica como límite al legislador”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, 1983, pp. 73 a 75.

¹⁷¹ ZOCO ZABALA, C.: cit., “Cuando la realidad vital, en ocasiones impredecible, determina que la finalidad de la norma ya no es razonable, o que siendo razonable ya no prevé el máximo número de destinatarios a los que debe ser aplicable, la creación de diferencias objetivas y razonables en que la igualdad consiste, ya no puede menoscabar su significado formal cual es la prohibición de discriminaciones por criterios personales y a mayor abundamiento, por razones de sexo, uno de los criterios subjetivos indeclinables que tradicionalmente han sido más conculcados. En realidad, la confusión se origina por entender que la evolución material del mandato de igualdad ante la ley, trae como consecuencia la anulación del significado formal de la exigencia de igualdad como proscripción de diferencias por los criterios subjetivos indeclinables, de tal manera que, a partir de ahora, sea posible que la norma establezca diferencias objetivas y razonables en el contenido de las normas, incluso por estos motivos tasados cuyo tratamiento legal era antes prohibido. Y es que el sexo, la raza, o la ideología, antes y ahora, no son susceptibles de diferencias en el contenido de la norma, dado que la raza o el sexo, en sí mismos, no constituyen per se criterios objetivos ni razonables. La exigencia de generalidad de la ley, por tanto, significa que finalidad de la norma debe ser neutra por lo que no puede estar basada en ser hombre o mujer. Es la diferencia factual entre los hombres y las mujeres, y no el sexo per se, el criterio que debe ser tenido en cuenta por la norma. Sin embargo, ello no quiere decir que el significado material y formal del mandato de igualdad material en la ley constituyan compartimentos estancos. A contrario sensu, la evolución material del mandato de igualdad añade a su significado formal, la posibilidad de que el legislador pueda observar las diferencias reales y efectivas que existen entre mujeres y hombres en ámbitos concretos de la realidad social para restablecer dichas diferencias factuales a través de las normas. En definitiva, es expresión de

Y esto conlleva una obligación de promover actuaciones concretas de desarrollo de la igualdad, lo que sin duda abarca todos los ápices del comportamiento humano, incluso los más importantes como puede ser el ámbito familiar¹⁷².

La exigencia de que ese desarrollo de la igualdad no se reduzca al aspecto individual, sino que opere como un mandato a los poderes públicos para la remoción de obstáculos al cumplimiento de la igualdad en esos grupos puede conducir a que en el caso del Derecho de familia, la implantación de estas políticas deba ser llevadas en la generalidad del mismo, lo que legítimamente llevaría a plantear la hipótesis de que nos encontramos frente a un Derecho de familia “social”, como consecuencia de la lectura del art. 9.2¹⁷³.

Finalmente del artículo 9.2 se deriva un sentido poco discutible y que se ha puesto de manifiesto reiteradamente por la doctrina. Atiende a su finalidad compensatoria de situaciones fácticas desiguales. De ahí que haya servido a políticas públicas de género (cuotas, planes de igualdad). Y que haya podido cobijar cualquier actividad pública prestacional¹⁷⁴.

la posibilidad de verificar en qué ámbitos de la realidad vital las mujeres se encuentran en una situación de desigualdad real y efectiva, mas no ampara distinciones en la ley por razón de sexo que no traigan justificación en desigualdades reales y efectivas que puedan existir al día de hoy, pues ésta sigue siendo la exigencia de la igualdad formal. Será la diferencia ad casum en relación con el sexo, mas no el sexo en sí mismo, el criterio objetivo y razonable que permita establecer diferencias. Desde una perspectiva material, el mandato de igualdad en la ley se traduce en la equiparación de las desigualdades factuales existentes por razón de sexo, mas no en la sobreprotección de la mujer porque en el pasado estuvo discriminada, o la omisión del colectivo femenino cuando de la posibilidad de alcanzar una igualdad de oportunidades se trata.”

¹⁷² ZOCO ZABALA, C. cit. En dicho artículo la autora expone que: “Verdaderamente, el ser hombre o mujer, o las diferencias históricas de roles habidas entre ambos sexos, no pueden constituir un criterio razonable que permita el establecimiento de diferencias normativas entre hombres y mujeres; la creación de diferencias objetivas y razonables, en que la igualdad material consiste, determina que no es el sexo, sino las diferencias ad casum en relación con el sexo las que legitiman el establecimiento de acciones positivas razonables en defensa del grupo de población femenino. Debe tratarse, por tanto, de diferencias presentes que se producen entre los sexos en un ámbito concreto de la realidad social (la violencia intrafamiliar, en este caso), mas no de un mero recordatorio de las diferencias históricas entre sexos que han empañado el pasado, por discriminatorias que éstas hayan sido.”

¹⁷³ DE CABO MARTÍN, C.: *Teoría constitucional de la solidaridad*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006, p.64. En esta obra el autor sostiene la denominada constitución de los débiles y que exigiría una particular intervención por la vía del art. 9.2, en el denominado constitucionalismo del Estado Social, toda situación de desigualdad que se traduzca en situación de debilidad, debe de tener relevancia constitucional.

¹⁷⁴ NAVARRO ALVARO, V.: “La familia en España”, en el País de 19 de enero de 2002, p. 14. La tradición presentó a la familia como unidad en la que el hombre, a través de sus ingresos, fue generalmente responsable de la viabilidad de familia y la mujer a su vez fue responsable de la reproducción y cuidado de los niños, jóvenes y ancianos. Un panorama en el que las políticas estatales desempeñan un papel ínfimo. Por esta razón durante siglos el Estado no entró a regular esta institución y, en consecuencia, no la proveyó de servicios y ayudas públicas que facilitaran su desarrollo.

El estado social impone una nueva concepción de la igualdad¹⁷⁵ para el cumplimiento de los fines del artículo 9.2 es necesario superar el concepto de igualdad formal. En tal sentido es muy importante analizar como la igualdad opera siendo factor de uniformidad hasta tal punto que muchos derechos sociales han sido considerados como derechos de igualdad, según PRIETO SANCHÍS¹⁷⁶.

2. La igualdad de las familias ante la Constitución, ¿Familia o modelos de familia?

Con palabras taxativas se ha dicho, sin excepción, que a lo largo de la historia del mundo occidental puede comprobarse como la función social del matrimonio ha consistido principalmente en ser el momento fundacional de una familia, entendida como progeñe o sucesión de generaciones¹⁷⁷.

En el mismo sentido DIEZ PICAZO manifestaba que "...en el art 12 de la Constitución se presta una garantía institucional a una institución muy concreta como es el matrimonio, que es contraído por un hombre y una mujer y que tiene una función institucional como es la creación o fundación de una familia. Porque carecen de perfil institucional, no hay razón alguna para fomentar otro tipo de uniones, sin perjuicio de encontrar para ellas soluciones justas"¹⁷⁸.

Es decir, los datos de procreación y matrimonio nos colocan en el buen camino de encontrar el sustrato último de la idea de familia y por lo tanto del Derecho de familia, mientras otros tipos de uniones, que las personas establezcan entre sí, tienen un carácter asociativo y haciendo abstracción de la procreación, pertenecen al ámbito del Derecho de familia, aunque pueda discutirse si son o no familia, pero están inmersos dentro del Derecho de familia porque sin duda es el sistema legal que les ampara de mejor manera, sin perjuicio de la protección dispensada por otras ramas del Derecho.

¹⁷⁵ ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, 2ª edición en español, Madrid, 2008, pp, 366 a 378. En dicha obra el autor sostiene que durante mucho tiempo la igualdad ha sido un derecho a la igualdad de trato por la ley, es decir en la aplicación de la ley, pero ahora hay que construir otro concepto de igualdad que exige diferenciaciones entre los diferentes estatus jurídicos, para tratar igual lo que es igual y desigual lo que es desigual. Es el evitar la arbitrariedad, lo que exige un proceso de razonabilidad permanente, porque ahora ya no todo tratamiento desigualdad es arbitrario. Lo es el que no encuentra en su justificación argumentos razonables y comprensibles.

¹⁷⁶ PIETRO SANCHÍS, L.: "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 22, septiembre-diciembre, 1995, p. 17. Según el articulista esta relación vendría determinada por el artículo 9.2.

¹⁷⁷ GARCÍA CANTERO, G.: *Sobre el llamado matrimonio homosexual. Análisis de algunas cuestiones debatidas*, en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, Centro de Estudios, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de Madrid, Madrid, 2006, p. 1561 y siguientes.

¹⁷⁸ Vid. DIEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, L.: Prólogo al libro de ROCA I TRÍAS, E.: *Familia y ámbito social (de la casa a la persona)*, Ed. Civitas, Madrid, 1999, pp. 20 y siguientes.

Es verdad que el ordenamiento reconoce variantes matrimoniales sin fundación de familia o lo que es lo mismo sin progeñe.

Ocurre así en los matrimonios de personas de edad avanzada o en los casos de esterilidad por regla general. Más son las excepciones que confirman la regla general. De todas maneras hoy en día hablar de familia puede no ser del todo exacto en el ámbito del Derecho, hay que referirse a los modelos familiares.

Hay autores, entre los que destaca VILADRICH, para quienes la familia en su más profundo sentido se funda en el matrimonio¹⁷⁹. Con gran claridad también lo explica HERVADA XIBERTA¹⁸⁰, otro de los autores que sigue la misma línea del recién citado.

De una u otra manera se intenta rescatar un triángulo cuyos vértices son el amor, el matrimonio y la familia. No entraré a analizar dicho triángulo porque trasciende la perspectiva jurídica del presente trabajo sin perjuicio de lo importante que sin duda es.

En el caso a caso no siempre es el egoísmo el que impide a una pareja el procrear, es decir, una pareja puede carecer de esta apertura hacia la vida por factores que dependen exclusivamente de su voluntad.

¹⁷⁹ VILADRICH, P. J.: *El modelo antropológico del matrimonio*. Instituto de Ciencias para la familia, Ed. Rialp, Pamplona, 2005, p. 101. “Esa asociación responde a la verdad y a la bondad. Pues es de justicia que cada persona humana tenga, como suya y su derecho, una genealogía interpersonal con unos padres entre sí unidos en aquella unión de amor y de vida que llamamos matrimonio. Los padres-esposos garantizan a todo nuevo ser un origen genealógico propio de la persona, el ser concebido dentro de una unión de amor, y garantizan el ámbito de convivencia justo a su venida a la existencia y a su crecimiento: el ámbito íntimo e incondicionalidad de la familia propia”.

¹⁸⁰ Vid. HERVADA XIBERTA, J.: *Diálogos sobre el amor y el matrimonio*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1987, pp. 157 y siguientes. Respondiéndose a la pregunta de por qué razón el amor conyugal que se cierre únicamente al aspecto de “amor mutuo” es un amor minimizado, responde: “Porque un amor de tales características sería un amor incompleto y egoísta. Sería incompleto, porque el amor conyugal contiene el amor al otro cónyuge como padre o madre potenciales. Cuando se dice que el amor conyugal está ordenado a la procreación y educación de los hijos, no debe interpretarse esta afirmación como si quisiera referirse solamente a un deber sobreañadido al amor, algo así como una mera carga, extrínseca al amor conyugal, que hubiera sido impuesta a modo de un deber yuxtapuesto, advenedizo. No, no es así la relación entre amor conyugal y su orientación a los hijos. El amor conyugal, por su propia índole, tiende a tener hijos cuando está bien constituido. Los hijos no son deseados por la esposa sólo como algo que ella quiere a modo de prolongación de sí misma, ni únicamente como cumplimiento de un deber impuesto. La mujer, cuando ama con amor verdaderamente conyugal al varón, desea dar hijos al marido. Y el varón desea tener hijos de su esposa, como plenitud de su amor a ella. El hijo es deseado como fruto del amor que ambos se tienen. Y es que el amor conyugal está naturalmente orientado hacia los hijos, de modo que cuando nace con toda su fuerza y orden naturales, espontáneamente desea al hijo.- “El deseo del hijo, que es normal y natural en los matrimonios, obedece a la constitución natural del varón y de la mujer en cuanto tales y a la inclinación natural del amor conyugal, cuyo objeto es el otro cónyuge en cuanto varón o mujer. Sólo el amor que nace incompleto o desordenado (mal orientado hacia el objeto) excluye positivamente a los hijos como fruto del amor mutuo. En virtud de esa constitución natural del amor, el deseo de no tener hijos obedece a causas sobrevenidas, que pueden ser muy diversas.”

O también a veces simplemente se debe a una planificación interna, amparada en su autonomía de la voluntad, que no significa un descarte completo a la aventura de ser padres. Asimismo existen diversas maneras en que las personas pueden ser fecundas, no sólo desde la perspectiva biológica.

En relación con la familia matrimonial existen otras situaciones nacidas de una convivencia fáctica, fundadas en lazos afectivos, no son lo mismo que las familias matrimoniales, su principio es diverso, pero ambas interesan al Derecho, no son lo mismo porque de por medio está justamente el matrimonio, pero matrimonio no es lo mismo que familia, eso sí, éste implica un afán de compromiso y estabilidad que en otro tipo de situaciones es más complicado encontrar.

Se estima por ciertos autores que es un dato que salta a la vista el que las funciones estratégicas de transmitir la vida humana, de cuidarla y educarla en comunidad de lazos amorosos y afectivos, y de cohesionar la convivencia y la sucesión intergeneracional de valores y bienes, mediante procesos de maduración psicológica y moral de cada ser humano, incorporándolos gradualmente y sin disfunciones a la sociedad, no pueden ser desempeñadas de forma masiva, estable y permanente por las convivencias meramente afectivas¹⁸¹. Sin perjuicio el matrimonio tampoco garantiza el cumplimiento de las tareas recién expuestas.

La familia es el nicho ecológico de la vida. Lo que interesa a la sociedad en su conjunto es que normalmente cuando un hombre y una mujer se quieren y deciden compartir su destino, de ellos puede surgir vida biológica y afectiva, vida plena, ahora bien si son dos personas de igual sexo quienes se unen, puede argumentarse que, mediante las técnicas de reproducción asistida también podrá surgir vida, o incluso mediante la adopción¹⁸².

Cuando hoy en día se reivindica a la familia como verdadero estandarte de la seguridad social, cuando se desea desde las políticas públicas sus efectos solidarios y de acogida, se está pensando en la familia, la basada en el compromiso personal y abierto a la vida, ¿por qué?, porque la familia es un agente de bienestar social¹⁸³.

¹⁸¹ VILADRICH, J. P.: *La palabra de la mujer*, Instituto de Ciencias para la Familia, Ed. Rialp, Pamplona, 2000, p. 83.

¹⁸² Cfr. V.V.A.A.: *Polémica sobre el origen y la universalidad de la familia*, Ed. Anagrama, Barcelona, 1986. Normalmente a los hijos se les quiere y ellos quieren a sus padres, la paternidad-filiación se convierte así en la fuente más potente de solidaridad interpersonal que la humanidad ha conocido jamás. Por eso no es lo mismo el matrimonio que la unión homosexual; el primero es de alto interés para la sociedad debido a que es fuente creador de vida. La segunda es de interés para la sociedad debido a que afecta a dos personas pero en ella no puede surgir la vida, sin vida no hay sociedad. Por eso es razonable que el Derecho intente reforzar la permanencia y estabilidad del compromiso matrimonial pues la atención a las nuevas vidas es un proceso de muchos años y solidaridad, y cuando se basa en el parentesco es socialmente necesaria.

¹⁸³ ALMENDROS GONZÁLEZ, M. A.: *La protección social de la familia*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 60 y siguientes. Especial referencia a las familias numerosas realiza LUJÁN ALCARÁZ, J. en “La protección de las familias numerosas desde la perspectiva del Derecho del Trabajo y de la seguridad social”, BIB 2005/2700, *Aranzadi Social núm. 19/2005, parte Tribuna, Aranzadi S.A.*, 2006. El citado autor expone que: “Y este último es, precisamente, el postulado básico del que parte el legislador actual. Esto es, en primer término, que la familia «como núcleo fundamental de la sociedad

Me pregunto, al momento de escribir estas páginas ¿cuántas personas que se han visto afectadas por la reciente crisis económica han debido de recurrir a sus familias, cuando ni el Estado ni las Entidades financieras le procuran auxilio?

Estas ideas son conformes con la propia Constitución española, según nos indica una doctrina muy cualificada¹⁸⁴. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, señala que en la Constitución hay que señalar ciertos elementos esenciales, en relación con la familia y el matrimonio. Son los siguientes: que la generación es el hecho determinante básico de modelo constitucional de la familia y que el matrimonio es el vínculo que funda la familia.

Tal como indica este autor, respecto al primer punto, afirma que la Constitución contiene unos pocos, pero decisivos elementos, sobre lo que entiende por familia. Recoge la STC 45/1989, de 20 de febrero, sobre la Ley de IRPF, que afirmó claramente que: “cualquier norma que incida sobre la vida de familia debe ser respetuosa con la concepción de ésta que alienta en la Constitución”. En cuanto al segundo punto, manifiesta LÓPEZ - MUÑIZ que la simple lectura del art. 39 de la Constitución permite deducir que la familia está intrínseca y esencialmente determinada por el hecho de la generación humana y las consiguientes relaciones de paternidad, maternidad y filiación a las que expresivamente se refiere dicho precepto, que manifiesta, además, bien significativamente, una especial preocupación por los niños, es decir, por las personas menores, dando ha entender que las familias se preocupan o se han de preocupar preferentemente de ellos.

En tal sentido la noción constitucional de la familia no alude pues, esencialmente a una simple unidad de convivencia más o menos estable, por muy basada en el afecto o el compromiso de mutua ayuda que pueda estarlo. No se refiere a simples relaciones de afecto o amistad y apoyo mutuo, aunque ciertamente las implique derivadamente, como consecuencia natural de los vínculos de parentesco que le son propios y exclusivos.

desempeña múltiples funciones sociales, que la hacen merecedora de una protección específica». Y, en segundo lugar, que ciertas clases de familias con son las llamadas numerosas merecen una protección especial en razón al «coste que representa para ellas el cuidado y educación de los hijos o el acceso a una vivienda adecuada a sus necesidades.- La consideración, tomada de la exposición de motivos que acompaña a la Ley 40/2003, de 19 diciembre, es reveladora y fundamental. El principio diferenciador que inspira la regulación legal de la «protección social, económica y jurídica de la familia (numerosa)» estriba para el legislador en el dato económico de los mayores gastos que la atención de esta clase de familias comporta. Y es que, como aquellas «circunstancias pueden implicar una diferencia sustancial con el nivel de vida de otras familias con menos hijos o sin ellos», habrá que tener en cuenta que el art. 9.2 CE «establece el principio de igualdad material, que debe llevar al legislador a introducir las medidas correctoras necesarias para que los miembros de las familias numerosas no queden en situación de desventaja en lo que se refiere al acceso a los bienes económicos, culturales y sociales».

¹⁸⁴ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L.: “La familia en la Constitución española”, *Revista española de Derecho Constitucional*, año 20 núm. 58, enero-abril, 2000, pp. 11 y siguientes. Cfr. BUSTOS PUECHE: *El Derecho civil ante el reto de la nueva genética*, Ed. Dykinson, Madrid, 1996, pp. 6 y siguientes.

Todo ello, afirma MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, excluye obviamente la legitimidad de cualquier tratamiento legal o jurídico de la familia en nuestro ordenamiento que lo desconecte completamente de su presupuesto institucional básico.

Cualquier relación inter-personal no derivada inmediata o mediatamente de la generación (o de algún hecho equiparable, como podría ser la adopción) o que por razones naturales, no constituye una estructura relacional de suyo y en abstracto o de modo general apropiada para generar nuevas vidas humanas, no tendría encaje constitucional en el modelo de la familia que la Constitución obliga a proteger, no sólo social y económicamente, sino también y sobre todo jurídicamente¹⁸⁵. La Constitución no obliga a proteger del mismo modo todo cuanto pueda darse en la sociedad de manera espontánea, lo que realmente significaría no proteger nada, y hasta suprimir la distinción y diferencia consustancial a la existencia misma del Derecho (todo límite entre lo correcto y lo incorrecto, entre lo justo y lo injusto, lo debido y lo indebido, lo mío y lo tuyo).

La familia que el art. 39 obliga a proteger es una realidad específica, con perfiles básicos pero sin encasillarse en un modelo en particular, no cualquier género de asociación, reunión o convivencia, pues para eso se encuentra la protección que la Constitución garantiza a los derechos de reunión y asociación en los artículos 21 y 22, además de la garantía de la libertad e inviolabilidad del domicilio y de la intimidad personal que garantiza el art. 18, o de la libertad de residencia del art. 19, o en fin, más amplia y genéricamente, la garantía del derecho a la libertad en general que se contiene en el art. 17.

Y desde luego, el primer deber constitucional que dimana del art. 39.1 para los poderes públicos es el de proteger jurídicamente a la familia constitucional, evitando precisamente su desamparo como consecuencia de no hacerla objeto de un tratamiento jurídico distinto y más protector que el que se dispense a formas de convivencia domésticas contrarias precisamente al modelo familiar constitucional.

¹⁸⁵ Al hablar de familia puede ser necesario hacer una distinción entre un concepto general de familia, que para el presente trabajo resulta importante, de una realidad más concreta, en la que la mayoría de las veces se condensa este término y que resulta ser el denominado hogar familiar. Por ello, ALBERDI, I.: en *La nueva familia española*, Ed. Taurus, Madrid, 1999, p. 82 a 84, se refiere a que: “el concepto de familia es algo genérico, y tiene connotaciones muy amplias: evoca tanto las relaciones de parentesco, como los lazos de afecto y de pertenencia que vinculan a las personas unidas por consanguineidad. Y así vemos como algunas veces se utiliza el término cuando se habla de linajes familiares y se dice de un individuo que viene de una familia muy acomodada o muy pobre, o hablando de una persona se la vincula con sus padres, sus abuelos o sus ascendientes lejanos. Esta acepción que es una utilización muy común del término familia, hace referencia a los orígenes familiares del individuo. Otra forma también frecuente de utilizar este término es cuando hablamos de nuestra red de parentesco”. Esta acepción la identifica como la red familiar, con el conjunto de individuos que tienen un origen familiar común entre los cuales suele haber, al menos en la sociedad española, lazos de afecto y de obligaciones mutuas.

Porque el fondo de la cuestión es que la Constitución quiere propiciar y proteger en consecuencia una forma determinada de producirse y estructurarse las relaciones vinculadas a la generación, fundando en ello el mandato de diferenciación jurídica, de desigualdad de trato jurídico que comporta el deber de proteger jurídicamente a la familia, establecido en el artículo 39.

No está de más decir que la manera en que se generen nuevas vidas y luego se les proteja en sus primeros estadios de existencia no es indiferente al ordenamiento jurídico: hay sólo uno que la Constitución estima regular y ordena protegerlo especialmente mediante la institución familiar. En ningún caso la Carta Magna prohíbe otros modos diversos al familiar, incluso tiende a protegerlos. Pero, al ordenar, en este campo y el que rodea, señala GARCÍA ABURUZA, que solo la familia goce de la adecuada y suficiente protección, prohíbe a contrario que se dispense protección similar a estructuras distintas que traten de realizar más o menos total o parcialmente sus mismas análogas funciones¹⁸⁶.

Tal como se ha dicho, el matrimonio es vínculo que puede fundar a la familia, pero no es el único, eso sí, no toda relación basada en la generación o relacionada intrínsecamente con ella constituye una familia en el sentido constitucional. Es obvio que el artículo 39 CE diferencia con claridad entre lo que debe ser la protección a la familia (apartado 1) y la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación y de las madres, cualquiera que sea su estado civil, que los poderes públicos deberán asimismo asegurar.

Hay para la Constitución una maternidad y una filiación que podrán denominarse como familiares, a juicio de BUSTOS PUECHE, producidas en el seno de la institución familiar que deben ser protegidas y pueden haber filiaciones así como maternidades extra familiares no integradas en la realidad familiar, que son igualmente protegidas, y así debe de ser. Precisamente porque esto es o puede ser así de facto, es porque la Constitución de acuerdo también con diversos textos jurídicos internacionales quiere garantizar asimismo de la forma más completa posible a las personas humanas su condición de hijos o de madres, tengan o no tal condición en el seno de una familia. Resulta evidente que lo que se quiere asegurar es la protección más integral posible a los hijos y madres aun cuando sean extrafamiliares.

¹⁸⁶ GARCÍA ABURUZA, M. P.: *La protección a la Familia desde los Procesos Matrimoniales*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 16: "...la elección de una materia como los procesos matrimoniales resulta interesante, porque la familia es la agrupación humana primordial y la más elemental de todas. Las encuestas parecen coincidir en señalar que es uno de los valores que más aprecian los ciudadanos. De un modo u otro, a pesar de los vaivenes de los tiempos, la familia tiene una especial consideración entre los ciudadanos como grupo básico social, entendiendo su configuración como una plataforma de ubicación social, núcleo de relación social o palanca para la constitución del patrimonio. Precisamente, el derecho positivo que regula en la actualidad esta materia familiar responde a la determinada concepción que en la sociedad existe con respecto a realidades como la familia, el matrimonio o el divorcio. Los diferentes posicionamientos que sobre estas mismas realidades se han tenido a lo largo de la historia han incidido directa y necesariamente en la regulación legal que de los mismos se ha ido haciendo, constituyendo antecedentes para tener en cuenta para entender también la propia normativa actual."

Por lo demás, debido a lo anterior, existe la posibilidad de una paternidad familiar y otra extrafamiliar¹⁸⁷.

Además aunque no se diga expresamente, resulta implícita la relación entre el apartado 2 y el apartado 3 y de éste con el propio apartado 1 del mismo artículo 39, en cuanto 1 y 3 vienen precisamente a concretar que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

¹⁸⁷ STC, Pleno, núm. 171/2012, de 4 de octubre de 2012, (RTC 2012,171): “Lo anterior pone de manifiesto que el hecho de utilizar el criterio del carácter común de los descendientes o, dicho de otro modo, la existencia de previo vínculo con el beneficiario del usufructo, para circunscribir a éstos el ámbito de la obligación regulada por la norma no puede ser considerado como elemento de diferenciación válido desde la perspectiva de la prohibición de discriminación por razón de filiación derivada del art. 14 CE. El precepto, al establecer una obligación de alimentos que pesa sobre el beneficiario del usufructo y con cargo a los bienes objeto del mismo, trata de hacer frente a las eventuales situaciones de necesidad de aquellos que han visto extinguida la obligación de alimentos por muerte del obligado, extremo éste, el de las concretas necesidades del eventual alimentista en función del cual pueden producirse diferencias entre unos descendientes y otros en la aplicación del precepto que no pueden darse en la existencia y exigencia de un previo vínculo con el usufructuario. En un ámbito como el de la interdicción de la discriminación, en el que regla es la parificación, carece de justificación la diferencia de trato entre unos y otros descendientes, distinción entre situaciones equiparables que resulta perjudicial para la posición jurídica de unos descendientes respecto de los otros, de suerte que los que lo son sólo del causante puedan quedar sumidos en una eventual situación de necesidad tras la muerte del mismo —aun pudiendo ser, según los casos, herederos de sus bienes—, mientras que los que son comunes, siendo la misma la relación que les une con el causante, queden debidamente protegidos por aplicación del precepto que examinamos. De esta forma, al distinguir entre ellos, la norma aplicable no asegura a los descendientes del causante una idéntica cobertura familiar a sus necesidades y discrimina así a unos frente a otros por razón de su filiación.- Un análisis más detenido requiere el segundo de los presupuestos antes aludido, esto es, la homogeneidad o equiparación de las situaciones subjetivas que se pretenden comparar a efectos del juicio de igualdad, constituidas en este caso por las de los hijos adoptivos y las de los hijos por naturaleza. La concurrencia o no de dicha homogeneidad o equiparación pasa necesariamente por abordar la caracterización jurídica de la adopción en nuestro Ordenamiento jurídico y, en concreto, por determinar si la misma constituye o no una forma o modalidad de filiación, ya que sólo en tal caso nos encontraríamos ante dos situaciones que, a efectos de lo establecido en el art. 14 CE, podrían considerarse iguales.” STC, Pleno, núm. 200/2001, de 4 de octubre, (RTC 2001/200): “La Constitución no contiene una definición del instituto de la filiación, dejando un amplio espacio a la regulación del legislador, el cual se encuentra obviamente vinculado y constreñido por distintos mandatos constitucionales, entre ellos, en lo que ahora interesa, por la prohibición de discriminación por razón de nacimiento (art. 14 CE), en cuanto comprensiva de la igualdad entre las distintas clases de filiación, así como por la obligación de asegurar «la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la Ley con independencia de su filiación» (art. 39.2 CE). En este sentido no cabe sino compartir los razonamientos del Abogado del Estado y del Fiscal General del Estado de que dentro del margen de libertad del legislador se encontraría la posibilidad de establecer o no una institución a la que denominase adopción o, incluso, de configurarla al margen de la relación genérica de filiación.”

BUSTOS PUECHE¹⁸⁸, opina que la interpretación gramatical y lógica del artículo 39 concluye inequívocamente que la familia a que este artículo alude es la que tiene su base en el matrimonio. En resumen su argumentación: el apartado 1 del artículo ordena a los poderes públicos proteger a la familia. Si por familia, en ese apartado, se entendiera cualquier modalidad familiar incluyendo la que se podría denominar la familia de hecho, es obvio que estaría de más la previsión del epígrafe siguiente que ordena “asimismo” proteger a “los hijos y a las madres”, a los primeros “con independencia de su filiación” y a las segundas “cualquiera sea su estado civil”.

En otras palabras, se trataría de proteger a los hijos y a las madres no integradas en la familia del epígrafe anterior, porque si lo estuvieran la reiteración innecesaria sería evidente. Luego es que la familia del apartado 2 son todos, los incluidos en aquélla y los no incluidos, es decir, los integrados en uniones de hecho.

Para tal autor, tal cual se acaba de mencionar, no hay duda de que la familia que contempla la Constitución española es la familia por antonomasia, fundada en el matrimonio y formada por el marido, la mujer y los hijos que viven en común, a los que a veces se añade alguno de sus ascendientes. Enfatiza en que lo anterior se confirma en virtud de la garantía constitucional de la que goza el matrimonio y de la que carece la familia no matrimonial. Afirma que aunque la familia puede constituirse fuera del matrimonio, la Constitución sólo contempla esta posibilidad indirectamente de modo sectorial o no específico, a través de la protección integral que los poderes públicos aseguran a los hijos, iguales ante la ley con independencia de su filiación, y a las madres, cualquiera que sea su estado civil (art. 39.2), del deber de asistencia de todo orden que los padres tienen para con sus hijos, habidos dentro o fuera del matrimonio (art. 39.3), y de la afirmación de que la ley posibilitará la investigación de la paternidad (art. 39.2).

Y recogiendo las anteriores argumentaciones, manifiesta que el art. 39 consta de dos partes netamente diferenciadas: un primer párrafo, donde tutela a la familia basada en el matrimonio; y tres párrafos más donde protege a una serie de personas, constituyan o no una familia, que pueden ser injustamente marginadas, pero, concluye, como regla general, la familia fundada en el matrimonio debe ser objeto de un trato preferencial¹⁸⁹.

¹⁸⁸ BUSTOS PUECHE, J. E.: *El Derecho civil ante el reto de la nueva genética*, Ed. Dykinson, Madrid, 1996, p. 108.

¹⁸⁹ Cfr. ALVAREZ VÉLEZ, M. I. y ALCÓN YUSTAS, F.: “El menor y su entorno familiar”, en LÁZARO GONZÁLEZ, I. (Coord.): *Los menores en el Derecho español*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002, pp. 139 y siguientes. Sería interesante en este punto citar los preceptos que la Constitución dedica a la familia. Empieza por afirmar en su art. 39.1 que “los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”, sin definirla, ni volver a referirse expresamente a ella. Sin embargo esto no significa que aquí termine su regulación. Los términos en que está redactado el párrafo muestran con claridad que se trata de una declaración de principios, confirmándolo el lugar que ocupa, al inicio del capítulo III, de los principios rectores de la política social y económica. Más adelante, el art. 53.2 concreta su alcance cuando dispone, categóricamente, que “el reconocimiento, el respeto y la promoción (de dichos principios) informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”, aunque “sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen”.

CHINCHILLA MARÍN¹⁹⁰, es de la opinión contraria, debido a que en el Anteproyecto de la Constitución, el actual art. 32 (entonces, art. 27) decía “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen el derecho a contraer matrimonio y a crear y mantener en igualdad de derechos relaciones estables de familia”. Ante ello se presentaron sendas enmiendas oponiéndose a esa redacción, por entender que se prestaba a confusión y que podría entenderse que amparaba las puras relaciones permanentes entre el hombre y la mujer, mientras que debían contemplarse en igualdad de condiciones tanto las relaciones nacidas del matrimonio, como las que fueran consecuencia de relaciones estables de familia. Estas cuestiones no produjeron, sin embargo, mayores discusiones en el seno de la Ponencia, pues los problemas fundamentales se plantearon en torno al divorcio. El texto quedaría, finalmente, como hoy lo conocemos, esto es, sin mencionar la familia ni las uniones estables de hecho.

Así, pues, ni en el art. 32 CE aparece la familia, ni en el 39 CE el matrimonio, sin duda ambos están íntimamente relacionados siendo en gran parte de la historia el segundo presupuesto de la primera, pero hoy en día no es así; pero hay que ir un poco más allá, debido a que ninguno de los dos preceptos menciona las uniones de hecho. La Constitución no define, ni prejuzga tampoco, cuáles son las formas de constituir una familia y ello, es decir, la separación que hace de familia y matrimonio, se ha interpretado, acertadamente, como algo no casual, sino, por el contrario, como una opción consciente y deliberada por una concepción abierta y plural de la familia

Otros muchos preceptos constitucionales se refieren de un modo u otro a la familia y pueden entenderse como manifestaciones concretas de la protección pluridimensional que los poderes públicos sean obligados a prestarle. En este sentido, hay una presencia –patente y latente, según los casos- a lo largo de todo el Título I, relativo a los derechos deberes fundamentales. Así, aparte del derecho al matrimonio –cauce habitual para construir una familia-; el derecho a la intimidad familiar y, en relación a él, el derecho al honor (art. 18.1) – vinculado a un nombre familiar- así como la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2) –sede habitual del hogar familiar-; los derechos educativos, mediante los que la familia puede escoger la formación moral y religiosa de los hijos y determinar la orientación general de la enseñanza que reciban (art. 27); el derecho a la propiedad privada y a la herencia (art. 33.1); estrechamente vinculados a la familia; el derecho al salario familiar entendido como la remuneración suficiente para que el trabajador satisfaga sus necesidades y las de su familia (art. 351); el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47.1), en cuanto el hogar constituye una de las necesidades más perentorias de la familia, la protección a la tercera edad, donde los poderes públicos asumen un claro compromiso asistencial con independencia de las necesidades familiares (art. 50); la protección integral a los hijos y a las madres junto con el principio de investigación de la paternidad (art. 39.2); la obligación asistencial de los padres a los hijos (art. 39.3); etc. Todo ello sin olvidar el derecho a la vida (art. 15), que hace posible y garantiza de modo radical la existencia de la familia, en la medida que protege a sus miembros desde el momento de la concepción hasta el momento de la muerte y sin el que los demás derechos carecen de sentido. Es decir se puede afirmar que la genérica declaración del art. 9.1 puede concretarse en la práctica totalidad de los derechos y libertades constitucionalmente reconocidos, que cobran un especial relieve cuando proyectan su potencial eficacia sobre la familia.

¹⁹⁰ CHINCHILLA MARÍN, C.: “La familia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, Volumen I, parte Estudio, Ed. Aranzadi, S.A., Pamplona, 2005.

adaptable a los cambios de la sociedad. En este sentido, ROCA I TRÍAS¹⁹¹ ha concluido que la protección ofrecida en el art. 39 de la Constitución no puede limitarse a las familias constituidas a partir del matrimonio, porque no hay un modelo constitucional de familia, único acreedor de la protección del art. 39 CE. No existe la familia sino familias, esto es, un sistema de modelos plurales, determinados por la consideración de lo que la sociedad tenga en cada momento por familias. Otra cuestión es si el Derecho debe ofrecer una respuesta a todos y cada uno de estos modelos. Y si esta respuesta debe ser uniforme o, por el contrario, debe ajustarse a las particularidades de cada una.

Interesante es la opinión de MOLINA NAVARRETE¹⁹², aunque en el ámbito de la seguridad social y la familia, para quien la protección de los intereses de familia ha sido una constante en el Derecho del Trabajo español, para el cual a diferencia de antaño no sólo restringe el ámbito familiar a la experiencia matrimonial, sino que también a las parejas de hecho, debido a que acentúa la protección, más que a las parejas y por consiguiente sus formas de constitución, a las cargas familiares, es decir descendientes y ascendientes.

Según PÉREZ VILLALOBOS¹⁹³, y me parece muy acertada su explicación, existen varios modelos de familia que tienen cabida en la Constitución. En primer lugar señala el modelo tradicional: grupo que nace del matrimonio entre hombre y mujer y está compuesto por éstos y su descendencia. Este modelo maneja la relación causa- efecto entre matrimonio y familia que en los debates constituyentes fue un artículo muy debatido precisamente porque se quería incluir este concepto de familia; En segundo lugar, la Constitución inaugura un nuevo modelo de familia diferenciado del anterior, tal diferenciación se ampararía en la admisión de la disolución del matrimonio, la equiparación de los cónyuges y consiguientes instauración de la patria potestad compartida, la equivalencia a todos los efectos de los hijos matrimoniales con los extramatrimoniales, la igualdad social de las madres con independencia de su estado civil, la juridificación de las relaciones de convivencia no basadas en el matrimonio y la no necesidad del matrimonio como prerrequisito idóneo para poder hablar de la familia¹⁹⁴.

En tercer lugar el modelo de familia de hecho, su protección se debe en tanto grupo en el que existen miembros dependientes, por tanto es perfectamente posible la existencia de una familia en que los padres no se encuentren unidos en matrimonio, puesto que las obligaciones que se generan de dependencia entre hijos y padres son exactamente las mismas, y enfatizo que es esencial entender que en este supuesto conocido como “uniones de hecho” o “parejas de hecho”, aunque las obligaciones

¹⁹¹ “Familia, familias y derecho de la familia”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLIII, fasc. IV, oct.-dic., Madrid, 1990.

¹⁹² MOLINA NAVARRETE, C.: “La multiculturalidad, el pluralismo de las relaciones de convivencia de pareja”, *Revista de Derecho Privado y Constitución*, Centro español de estudios constitucionales, núm. 21, enero-diciembre, Madrid, 2007, pp. 297 y siguientes.

¹⁹³ Vid. PÉREZ VILLALOBOS, M. C.: *Las leyes autonómicas reguladoras de las parejas de hecho...*, cit., pp. 100 a 102.

¹⁹⁴ Cfr. SERRANO, J. L.: “La familia como asunto de estado el matrimonio como derecho del ciudadano. Lectura sintomal de la separación sistémica entre matrimonio y familia en la Constitución española de 1978”, *Revista Facultad de Derecho Universidad de Granada*, núm. 4, 2001, p. 45.

se derivan de la relación afectiva de hecho no son equiparables a las derivadas del matrimonio porque no se está identificando “parejas de hecho” con matrimonio, sino “familia de hecho” (consecuencia de una unión no matrimonial) con “familia matrimonial” (consecuencia de una unión matrimonial), ello debido a que el grupo familiar no requiere de un acto formal que lo origine; En cuarto lugar, modelo de familia en el que existe un único adulto sustentador y donde además existe personas dependientes de tal sustento como lo puede ser su propia descendencia, por ejemplo las madre solteras, o aquellas personas que consiguen una descendencia legal a través de la adopción.

En quinto lugar, el modelo de familia en caso de separación o divorcio, en este caso a diferencia del supuesto anterior, siguen existiendo dos adultos sustentadores de la descendencia; En sexto lugar, familia en la que aparece como sustentador uno de los hermanos en ausencia de los progenitores, siempre que sigan existiendo miembros dependientes; En séptimo lugar la denominada simultaneidad familiar, esta tiene existencia cuando se forma parte de dos familias distintas, sin que pueda considerarse que una persona mantiene dos tipos de relaciones que deben ser protegidas jurídicamente, una basada en el matrimonio y la otra en una posible unión de hecho. Sería, asimismo, la situación similar a la que se produce entre divorciados si uno de ellos se encuentra nuevamente casado y tiene descendencia¹⁹⁵; Finalmente, familias con adultos sustentadores del mismo sexo, las parejas homosexuales y los grupos familiares formados por ellas son un límite constitucional al concepto de familia.

3. ¿Qué ha entendido por familia el Tribunal Constitucional?

Pero frente a la realidad que implican las familias de hecho, la pregunta que me formulo es ¿Cómo lo ha entendido el Tribunal Constitucional? Lo primero que se deduce de una lectura de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en materia de familia es que el tribunal no define que se refiere cuando habla de “familia”, ni en términos generales, aunque opina MARTÍN VIDA¹⁹⁶ que parece aludir a una realidad social lo suficientemente conocida que no necesita de más precisiones, ni en términos estrictamente constitucionales. Afirma esta autora que incluso evita expresamente llevar a cabo esa definición, como si saber de qué se habla cuando se habla de familia no resultase relevante en los pronunciamientos que emite, opino que no es así, es decir, si el Tribunal Constitucional no ha entrado a definir un concepto de familia es porque sencillamente evita entrar en una polémica, sin perjuicio de que puede ser probable que se puedan desproteger ciertos modelos de familia. Resulta ilustradora la afirmación contenida en la STC, Pleno, núm. 45/1989, RTC 1989/45, la familia es “una institución cuya trascendencia social no necesita ponderación y cuya definición exacta desde el punto de vista constitucional no es problema que ahora debe ocuparnos”.

¹⁹⁵ Vid. V.V.A.A.: *Familia y cambio social en España*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1982.

¹⁹⁶ MARTÍN VIDA, M^a. A “El concepto constitucional de familia a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n^o 4, 2001, p. 408.

Afirma en esa misma sentencia que existe un concepto constitucionalmente adecuado de familia, pero evita expresamente definir cuál puede ser este, y sólo admite que, en todo caso, y con apoyo de diversos convenios internacionales, englobaría a la familia que tiene su origen en el matrimonio¹⁹⁷ y por exigencias del artículo 39.

Ese modelo de familia no puede recibir un tratamiento peor que el que recae sobre las unidades familiares que no tienen su origen en el matrimonio sino en otras modalidades de convivencia¹⁹⁸.

Inicialmente el TC incide en el concepto de “familia matrimonial”. Es relevante en este sentido STC, Pleno, núm. 184/1990, de 15 noviembre, RTC 1990/184¹⁹⁹.

Resumidamente, la doctrina recogida en esta sentencia fue la siguiente. La familia constitucionalmente protegida puede tener un origen tanto matrimonial como extramatrimonial, pero sólo el matrimonio está protegido constitucionalmente. Las uniones de hecho constituyen un reflejo de la libertad de los convivientes, pero no estaríamos ante un supuesto de hecho que tenga cabida en el artículo 39 de la Constitución (“... la unión de hecho *more uxorio* no es una institución jurídicamente garantizada, ni hay un derecho constitucional expreso para su establecimiento...”). Ahora bien, la unión de hecho no es una familia, como simple pareja no está protegida, sólo será reconocida como familia y protegida como tal cuando existen hijos.

El concepto de familia defendido en esta Sentencia fue modificado en la STC, Pleno, núm. 222/1992, de 14 de diciembre, RTC 1992/222. En la misma, el Tribunal considera que se debe extender la protección constitucional de la familia contenida en el art. 39 tanto a la familia fundada en el matrimonio como a la que tiene otro origen.

¹⁹⁷ Sea cual fuere el concepto constitucionalmente adecuado de familia, o es discutible que tal concepto incluye, sin duda, la familia que se origina en el matrimonio es, en todo caso, la que especialmente toman en consideración tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Naciones Unidas en 1958 (art. 16.1), como los Tratados sobre derechos fundamentales suscritos por España (así, el Convenio de Roma, art. 12, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, art. 23, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 10.1).

¹⁹⁸ Si la carga tributaria que pesa sobre una persona integrada en una unidad familiar es mayor que la que pesa sobre otro contribuyente con idéntico nivel de renta, pero no integrada en una unidad de este género (o lo que es lo mismo, mayor que la que pesaría sobre esa misma persona si no constituyera parte de una familia, a efectos personales), es evidente que no sólo se lesiona el principio de igualdad, sino que directamente se va en contra del mandato constitucional que ordena la protección de la familia, a la que, al obrar así, no sólo no se protege, sino que directamente se la perjudica.

¹⁹⁹ Esta sentencia se pronunció sobre la constitucionalidad del art. 160 de la Ley General de la Seguridad Social y de la Disposición Adicional Décima de la ley 30/1981, debido a la cuestión de inconstitucionalidad planteada por una Magistratura del Trabajo, alegando las posibles vulneraciones de los artículos 10, 14 y 39 de la Constitución. El Tribunal consideró que tales normas eran inconstitucionales.

Esta extensión de la protección constitucional se fundamentaba en diversos argumentos: la regulación separada de familia y matrimonio (arts. 32 y 39 de la Constitución); la necesidad de interpretar el art. 39.1 teniendo en cuenta el resto del precepto (“... art. 39.1, cuyo alcance, por lo demás, ha de ser comprendido también a la luz de lo dispuesto en los apartados 2º y 3º del mismo artículo”); la protección de los hijos con independencia de su filiación y de las madres con independencia de su estado civil y por último, hay que tener en cuenta que el origen de la protección de la familia está en el carácter social del Estado español, reconocido en los artículos 1.1 y 9.2 de la Constitución (“Nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (arts. 32 y 39)

También, junto a ello, por el mismo sentido amparador y tuitivo con el que la norma fundamental considera siempre a la familia y, en especial, en el repetido artículo 39, protección que responde a imperativos ligados al carácter social de nuestro Estado (arts. 1.1 y 9.2) y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen”²⁰⁰.

En la misma línea que la anterior, la STC, Sala segunda, número 47/1993, de 8 de febrero, RTC 1993/47, manifestó lo siguiente: “En correspondencia con el pluralismo de opciones personales existentes en la sociedad española y la preeminencia que posee el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la CE), la Constitución no sólo protege la familia que se constituye mediante el matrimonio – aunque a ésta se le proteja especialmente (STC 45/1989)- sino también a la familia como realidad social, entendida como tal la que se constituye voluntariamente mediante la unión de hecho, afectiva y estable, de una pareja”.

Apreciación interesante para intentar desentrañar algo el concepto de familia que tiene el Tribunal Constitucional es la siguiente, procedente de la STC, Pleno, núm. 222/1992, de 11 de diciembre, RTC 1992/222: “en el concepto constitucional de “familia” entra, sin duda, el supuesto de matrimonio sin descendencia o sin otros

²⁰⁰ En relación con esta Sentencia sin duda es importante destacar unos interesantes votos particulares. En primer lugar está el de RODRÍGUEZ BEREIJO que afirma textualmente lo siguiente: “El vínculo matrimonial genera una serie de derechos y deberes de los cónyuges, lo que no ocurren en la convivencia de hecho. El que el legislador civil, deduciendo razonablemente consecuencias de la diferente situación jurídica y constitucional de partida, excluye del derecho a la subrogación arrendaticia a las uniones libres basadas en la convivencia *more uxorio* dando un trato distinto y más favorable a la unión matrimonial, no es contrario a la Constitución”. En cuanto al magistrado GABALDON LÓPEZ, en su voto particular se dice textualmente lo siguiente: “La Constitución considera el matrimonio, institución regulada en sus diversas formas y consecuencias jurídicas por la Ley, tal como resulta del art. 32 de la Constitución, como procedimiento de formación de la familia, digna ésta de protección en general y sin que quepa otorgar al artículo 39 consecuencias que no se desprendan de su propia formulación (...) Cuando se han querido prever situaciones familiares dignas de protección fuera de la familia matrimonial se han formulado expresamente: así, igualdad de los hijos y de las madres ante la Ley, investigación de la paternidad, deber de asistencia a los hijos matrimoniales o no”.

parientes a su cargo, de conformidad con el sonido de otras previsiones constitucionales (art. 18.1), con la orientación de la legislación postconstitucional, con la propia jurisprudencia de este Tribunal (SSTC 45/1989, 192/1991 y 200/1991), y, en definitiva, con la acepción normalizada y arraigada, en nuestra cultura, de la voz “familia” en cuyo concepto entra, por consiguiente, también la relación matrimonial de hombre y mujer sin descendencia” .

¿Cuáles serían los rasgos que caracterizarían jurisprudencialmente a la familia? Según MARTÍN VIDA²⁰¹, el análisis de las decisiones del Tribunal Constitucional en las que éste se refiere a la familia permite descubrir algunos de los rasgos que, según el Tribunal, caracterizarían esta institución. En la STC 222/1992 la define como “un marco de solidaridades y de dependencia”.

En esta misma sentencia hace referencia a la vida en común que supone la vida en familia, convivencia que en el caso de las unidades familiares no matrimoniales ha de probarse a efectos de conseguir las ventajas que se concedan legalmente a las mismas. Esa “*vida en común*” que se exige, por ejemplo, para que el miembro supérstite de la pareja pueda subrogarse en el contrato de arrendamiento de la vivienda habitual permite, según el Tribunal, “reconocer la existencia de vínculos de dependencia y afectividad entre el fallecido y su cónyuge”, en sentido amplio. Critica MARTÍN VIDA esta idea de dependencia a la que se refiere el Tribunal Constitucional, sin teorizar a la vez sobre el sonido complejo que la misma tiene en las relaciones en el seno de la familia y en las relaciones humanas en general (como un elemento que no funciona unidireccionalmente y cuya operatividad no puede ser percibida como tal y que puede hacer perder de vista lo que es esencial, en opinión de esta autora, en el tratamiento jurídico de la familia; ésta es digna de tutela en tanto que es el entorno afectivo y material idóneo para el libre y pleno desarrollo de la personalidad de todos y todas sus integrantes [art. 10.1 CE]).

La protección que se proporcione a la familia matrimonial habrá asimismo de respetar la igualdad entre los cónyuges, y en ello se insiste particularmente en la STC, Pleno, núm. 45/1989, de 20 de febrero, RTC 1989/45 en la que el Tribunal evalúa los efectos (desincentivadores) que pesan sobre la realización por las mujeres de un trabajo remunerado podría tener el no dar a las familias matrimoniales la oportunidad de que sus miembros tributen por separado en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas: “cualquier norma que incida sobre la vida de las familias debe ser respetuosa con la concepción de esta que alienta la Constitución, de la que forma parte la igualdad entre los cónyuges. Esa igualdad se verá seguramente alterada cuando la libertad de elección u oficio de uno de los cónyuges se vea condicionada por las consecuencias económicas que, en razón de la norma tributaria, se seguirán de su elección y, aunque carecemos de estudios sociológicos que claramente lo establezcan, parece poco dudoso que el sistema de acumulación de rentas, en cuanto que incrementa la carga tributaria de la familia, desestimula, por decir lo menos, el trabajo fuera del hogar del posible perceptor de la segunda renta que es, en la mayor parte de los casos, la esposa.

²⁰¹ MARTÍN VIDA, M^a. A.: “*El concepto constitucional de familia a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*” cit., p. 416.

El uso que de la acumulación de rentas se ha hecho en otros países con la finalidad expresa de “devolver la mujer al hogar” avala claramente esta deducción. También desde este punto de vista, pues, el precepto que ahora analizamos se concilia difícilmente con el art. 39.1, en relación con el art. 32, ambos de la CE” (FJ7). Igualdad entre los cónyuges e igualdad entre hombre y mujer pertenecientes a la misma familia que supuso que los arts. 160.2 y 162 de la Constitución, con base a la discriminación que suponía la diferencia notoria de régimen entre el derecho a la pensión de las viudas y los viudos –el primero-, y la exclusión de los varones como beneficiarios de la prestación a favor de familiares –el segundo-.”

4. Situaciones de convivencia que se discuten si son familia o no.

Sin duda, tal cual se ha dejado entrever, un importante sector de la doctrina²⁰² opinó, en su momento que, cabía concluir que la familia también era la fundada en la unión de hecho²⁰³, aunque hubiese algún trato preferencial a la familia fundada en el matrimonio.

Partiendo de que el modelo familiar por excelencia es el fundado en el matrimonio (relaciones conyugales-relaciones de filiación), el Código Civil debería reconocer esta estrecha relación sin perjuicio de protegerse también a la familia de hecho, en cuanto objeto de la justicia concreta²⁰⁴. A mi juicio, en la actualidad, la protección jurídica viene dispensada no al grupo como tal sino singularmente a los individuos que la componen, o las situaciones que ellos protagonizan, en cuanto resultan semejantes, en el juego de algunos intereses particulares, con las que surgen de la familia matrimonial, por lo que no se puede extender a todas las situaciones porque entre la familia y la unión de hecho, no puede haber analogía, pero, en mi opinión, si entre familias cuyo origen es el matrimonio y familias cuyo origen es la unión de hecho. Entiende MARTÍN VIDA que tal criterio, rectamente administrado puede ser muy fructífero y dar satisfacciones a todos. El fundamento de lo anterior se apoyaría, en último término, en la distinción entre Derecho y equidad y tendría la virtud de que, facilitando el juego de la solidaridad social evita conflictos, que no tendrían que darse, entre la familia y las uniones de hecho.

Otras situaciones que, podríamos denominar, familia-hogar, que se acercan a lo que hemos denominado modelo familiar, pero no son familia *strictu sensu*, tienen ya su propio lugar en la legislación.

²⁰² PLANA ARNALDOS, M^a. C.: “Libertad ideológica y libre opción entre matrimonio y convivencia de hecho (Comentario a la STC 180/2001, de 17 de septiembre de 2001)”, *Revista de Derecho Privado y Constitución*, núm. 15, 2001, p. 269.

²⁰³ Opinión rebatida por TALAVERA FERNÁNDEZ, P. en *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, Ed. Comares, Granada, 2001, pp. 116 y 117. Este autor afirma que en ningún caso se afirma en esta sentencia que la unión de hecho, en cuanto relación de pareja, debe ser considerada como una unidad familiar protegible por el art. 39 de la Constitución. Según este autor es errónea la interpretación según la cual se identifica unión de hecho y familia no matrimonial.

²⁰⁴ DE LOS MOZOS: “Familia y Derecho: de nuevo sobre las parejas no casadas”, *La Ley*, núm. 7, 2009, p. 123.

Serían las situaciones convivenciales de ayuda mutua, reguladas por la Ley de Cataluña 25/2010, el acogimiento familiar o la situación de convivencia creada a partir de los alimentos convencionales de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad.

En el caso de situaciones convivenciales de ayuda mutua, la ley catalana recogió estas formas de relación. Y aunque pudiera estimarse que la ley se refiere casi en exclusiva al problema que para los ancianos puede representar la necesidad de abandonar el domicilio familiar por incapacidad de atender a sus propias necesidades, no se trata de una ley especialmente dictada para resolver tal problema. Su destinatario no es exclusivamente la población senil, sino en general, todas aquellas personas que sin constituir familia nuclear compartan, con voluntad de permanencia y ayuda mutua, los gastos comunes o el trabajo doméstico o ambas cosas.

Aunque se ha discutido por la doctrina si estamos ante una familia o no²⁰⁵, se podría denominar familia-hogar, por ser un cierto reflejo de la familia.

Más cercana al concepto de familia aparecería el acogimiento familiar, introducido en el Código Civil por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre. En el Código se recoge el acogimiento familiar de menores, integrándolos en un núcleo familiar estable. Pero en sede autonómica se habla también de acogimiento de ancianos. En este caso, se trata de que una familia que lo desee, podrá acoger e integrar en la misma a una persona mayor que se encuentre sola. Se trataría, pues, de ubicar al anciano en una “familia-sustituta”, de la que percibiría todo el apoyo y atención que no obtiene de una propia, bien porque no existe, bien porque, existiendo, no quiere o no puede prestárselos.

En el primer caso, el concepto familia-hogar sigue siendo plenamente válido, probablemente acercándose al modelo de familia conyugal. Las obligaciones de los acogedores, como bien se ha señalado, se aproximan al menos en el aspecto personal, al estatuto de la patria potestad.

En cuanto al menor, adquiere el derecho a la plena participación en la vida de la familia de acogida. Lo mismo se podría decir en el caso de acogimiento de ancianos, porque las relaciones entre acogedores y acogidos pueden ser particularmente intensas.

Sin duda el acogimiento de ancianos presenta notables coincidencias, en cuanto a la finalidad con los alimentos convencionales en el Código Civil²⁰⁶.

²⁰⁵ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M^a. P.: “Las fronteras del concepto jurídico de familia”, *La Ley*, núm. 5, 2004, p. 1402.

²⁰⁶ Cfr. LINACERO DE LA FUENTE, M.: “Protección jurídica de las personas mayores”, *Actualidad Civil* 19/2004, *La Ley*, 2004, pp. 2262 y siguientes. También SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M^a. P.: “Acogimiento familiar para personas mayores y otras alternativas al internamiento en centros geriátricos”, *RJN*, núm. 46, abril-junio, 2003, pp. 211 y siguientes. Comenta la Ley catalana 22/2000 con referencias a la Ley Navarra 34/2002, HERAS HERNÁNDEZ, M^a DEL M.: “El contrato de acogimiento familiar de personas mayores”, *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto, Madrid, 2004, pp. 443 y siguientes.

Del tenor literal del nuevo art. 1792 CC se deduce que la forma habitual de prestar estos alimentos exige que ambas partes del contrato compartan un mismo domicilio. Este dato sirve para hacernos resaltar que entre estas personas se establecerán relaciones más allá de lo meramente patrimonial, participando, el que ve satisfecho sus necesidades vitales (vivienda, manutención, asistencia), de alguna manera en la vida familiar del que la presta a cambio de la transmisión de los bienes.

En relación a las uniones de homosexuales en *strictu sensu* es difícil hablar de “familia” en opinión de SÁNCHEZ DE LA TORRE. Esta realidad, incluso en el lenguaje vulgar, es procreación (y responsabilidad por la misma), y ello va contra la propia estructura de las parejas homosexuales.

Como señala el autor antes mencionado²⁰⁷, ello no significa discriminación alguna, sino el reconocimiento de que la unión de los homosexuales no es un modo de convivencia que se pueda poner bajo el paraguas de la institución familiar, en cuanto que no realiza las funciones y responsabilidades de la misma. Puede ser llamada dicha relación como unión o sociedad y sus miembros tienen derecho a establecer sus relaciones recíprocas del modo que numerosas figuras jurídicas contenidas en un ordenamiento positivo permite. Ahora bien, al tener acceso al matrimonio y poder adoptar, se estaría legalmente ante un modelo familiar, la pregunta que me formulo es si realmente el rol de padre o madre puede desempeñarlo en su total plenitud alguien que no es precisamente un hombre o una mujer, posiblemente desde el punto de vista afectivo, sí, pero ¿dos padres o dos madres, son realmente lo mismo que un padre o una madre?. No lo creo. Me parece que se ha institucionalizado la idea de que no es tan importante para un niño tener una madre o un padre, pero se olvida que son los intereses de los adoptados y no los de los adoptantes los que deben guiar el espíritu de toda ley de adopción.

Se cita con frecuencia que es mejor que un niño sea adoptado por una pareja de homosexuales en vez de vivir en un hogar de heterosexuales donde existe violencia doméstica o cualquier otro problema que les afecta, pero sin duda no se trata de elegir entre estas dos situaciones²⁰⁸.

Se les priva, en definitiva del beneficio que implica tener una figura paterna y materna, tales figuras, tanto por separado como conjuntamente influyen positivamente en el bienestar del menor.

Lo anterior no surge de la idea de discriminar a un grupo de personas sino amparándome en la estructura inherente de que un hogar familiar requiere, si es posible, la mayor plenitud posible en el cumplimiento de los roles materno y paterno. Se trata en definitiva de buscar y cumplir con el interés superior del menor propiciando la adopción de los mismos por las personas más idóneas.

²⁰⁷ SÁNCHEZ DE LA TORRE, A.: “Concepto jurídico de familia”, *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 2001, p. 230.

²⁰⁸ LÓPEZ DEL BURGO, C. Y DE IRALA, J.: “Los estudios de adopción en parejas homosexuales: mitos y falacias”, *Cuadernos Bioéticos*, núm. XVII, Murcia, 2006, p. 379.

III. LA EVOLUCIÓN DE LA GARANTÍA INSTITUCIONAL DEL MATRIMONIO.

La fijación del núcleo esencial de la garantía institucional no puede hacerse exclusivamente a partir de la literalidad del dato normativo, dada la morfología singularmente abstracta de los enunciados constitucionales en general²⁰⁹, y del art. 32 en particular, un precepto del que, en este sentido, se ha dicho que sólo permite deducir un concepto constitucional tenue sobre lo que deba entenderse por matrimonio, en cualquier caso no exento de ciertos elementos propiamente calificadores de la institución, o del que, en un sentido similar, se ha subrayado que sólo define parcialmente y de forma no demasiado precisa el concepto genérico de matrimonio, sin perjuicio igualmente de la existencia de algunos requisitos preordenados en la Constitución.

Por el contrario, el análisis que ha de realizarse en la búsqueda de aquel reducto o núcleo de esencialidad de la institución, incide, desde una perspectiva material, en el sentido y la finalidad de la norma con la que dicha institución se garantiza. En palabras del Tribunal Constitucional y sentando una doctrina hoy plenamente consolidada en esta sede, “la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, son la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar. Dicha garantía es desconocida cuando una institución es limitada de tal modo que se le priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre. Tales son los límites para su determinación por las normas que la regulan y por la aplicación que se haga de estas. En definitiva, la única interdicción claramente discernible es la de la ruptura clara y neta con esa imagen comúnmente aceptada de la institución que, en cuanto formación jurídica, viene determinada en buena parte por las normas que en cada momento la regulan y la aplicación que de las mismas se hace” (STC, Pleno, núm. 32/1981, de 28 de junio, RTC 1981/32).

Esa imagen institucional del matrimonio podrá ser detectada en la doctrina del Tribunal Constitucional, en su cualificada condición de supremo intérprete del contenido del art. 32, pero debe asimismo encontrarse reflejada en la actividad de los distintos operadores jurídicos, de modo que, si se pretende arrojar alguna luz, sobre este punto, se hace preciso acudir también a la praxis de los órganos administrativos con alguna competencia sobre la materia, así como, naturalmente, a la interpretación jurisprudencial del régimen matrimonial. Las construcciones elaboradas por la doctrina científica a partir de estos datos complementan la tarea de perfilar el núcleo objetivo de la institución en la norma fundamental, contribuyendo en buena medida a esclarecer su significado²¹⁰.

²⁰⁹ LÓPEZ Y LÓPEZ, A.: “La garantía institucional de la herencia”, en VV. AA.: *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Volumen I, Ed. Tecnos, Madrid, 1997, p. 714.

²¹⁰ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: “Sobre el matrimonio”, *Aranzadi Civil Mercantil*, núm. 22, parte Tribuna, Ed. Aranzadi, 2010. El autor expone: “Tengo el más profundo respeto por la libertad y la igualdad en relación con las costumbres, las etnias, las creencias religiosas y las ideologías.

En conjunto, como se ha hecho notar, la dinámica inherente a esta técnica de protección constitucional, respecto de la terminación de esa imagen característica del instituto garantizado, concede un papel esencial a la doctrina jurídica del país, cuyo portavoz autorizado, en última instancia, no es otro que el Tribunal Constitucional²¹¹.

Ello, a su vez, y ese es sin duda otro debate, porque se atisba una realidad de la hermenéutica constitucional, ¿cómo incorporar en la determinación de las garantías institucionales o derechos fundamentales elementos exógenos o extraconstitucionales? Sobre esta pregunta es necesario hilar fino, para no incurrir en una interpretación tendencialmente conservadora de aquel contenido que se interpreta, lo que, sin embargo, como se ha advertido en sede doctrinal, no tiene por qué ser una consecuencia inevitable de ese recurso hermenéutico e, incluso, antes bien, éste puede desempeñar una importante función de cristalización de los valores constitucionales, a modo de cláusula de cierre del ordenamiento²¹².

Nótese, en este sentido, que la propia determinación, por parte del Tribunal Constitucional, del núcleo de la garantía institucional a partir de esa imagen en la cultura jurídica está por definición, a través del proceso interpretativo que desarrolla el Tribunal, sujeta a su contraste con los restantes preceptos de la Constitución y, como es natural, subordinada a su compatibilidad con el sistema de valores que subyace al texto fundamental.

Las opiniones varían, las resoluciones cambian, de qué manera lo han hecho en esta materia, a continuación lo veremos.

A partir de las premisas antes mencionadas, un primer elemento a tomar en consideración, en la determinación de esa imagen institucional, lo constituyó la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado que, en su resolución de 21 de enero de 1988, asumió el requisito de la heterosexualidad como presupuesto del matrimonio y, por lo tanto, como condición inherente a la prestación de un consentimiento de carácter propiamente matrimonial: “No hace falta resaltar que el matrimonio ha sido siempre entendido como una institución en la que la diferenciación de sexos es esencial.

Todos los avances en esos ámbitos me parecen beneficiosos para la sociedad y el bienestar de las personas. Pero el matrimonio es una institución que debe ser controlada por el Estado, habida cuenta de sus trascendentes efectos sociales y de la protección que los mismos merecen. De ahí que no comparta la opinión de quienes creen positivo, identificándolo con el progreso, atribuir con carácter general, a quienes desean permanecer al margen de dicho control del Estado sus relaciones de pareja, los mismos efectos que si se hubiesen acogido al mismo. Sobre todo, teniendo en cuenta el marco que nuestra Constitución establece para el matrimonio, respetuoso con su naturaleza y función, respetuoso con la libertad de los cónyuges, respetuoso con la igualdad de los ciudadanos. Conviene recordar que no todo cambio se identifica con el progreso” ²¹¹ JIMÉNEZ-BLANCO, A.: “Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución”, en V.V.A.A.: *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García Enterría*, Volumen I, Ed. Civitas, Madrid, 1991, pp. 645 y 646.

²¹² PRIETO SANCHÍS, L.: *Estudios sobre derechos fundamentales*, Ed. Debate, Madrid, 1990, pp. 144 a 146.

Y este concepto tradicional es el que recogen, sin duda las normas vigentes en España, rectamente interpretadas”; Posteriormente también, en su resolución de 2 de octubre de 1991, tuvo ocasión de recordar la necesidad de interpretar el art. 32 de la Constitución, de conformidad con el canon hermenéutico del art. 10.2, a la luz de los textos internacionales suscritos por España en la materia, “los cuales, al garantizar el derecho a casarse, se refieren exclusivamente al matrimonio entre personas de distinto sexo biológico”.

A juicio de dicha doctrina ésta era efectivamente, la posición adoptada por la Corte de Estrasburgo en su interpretación del significado del artículo 12 del Convenio Europeo, en la que, no sólo se confirmaba el presupuesto de heterosexualidad, sino que se incluía además este requisito en lo que expresamente se designa como la esencia o sustancia del matrimonio en aquel precepto.

Así por ejemplo, en ese momento, se declaró que las limitaciones legislativas que debían imponerse al ejercicio del derecho a contraer matrimonio “no deben restringirlo o reducirlo de tal manera, o hasta tal extremo, que afecta a su propia esencia. No obstante, el obstáculo legal que impone el Reino Unido al matrimonio entre personas del mismo sexo biológico no se incluye en la expresada y vetada restricción” (STEDH de 17 de octubre de 1986; en el mismo sentido, la SSTEDH de 27 de septiembre de 1990 y de 30 de julio de 1998).

En la misma orientación, el Tribunal Supremo tuvo oportunidad de referirse a la vigencia del requisito de la heterosexualidad del matrimonio. Lo hizo de un modo incidental, esto es, en el contexto de una serie de consideraciones que, como *obiter dicta*, formuló al pronunciarse sobre la pretensión de reconocimiento del derecho del transexual a solicitar el cambio de sexo en el registro civil. Por ello mismo, técnicamente y a la luz del concepto de jurisprudencia que asumía el Tribunal, en ese entonces se dejaba entrever que la declaración del derecho al cambio de sexo registral no tenía que ser acompañada del derecho a contraer matrimonio en esos supuestos. En este sentido podía interpretarse que tales consideraciones eran expresivas de una concepción de base del matrimonio, y reflejo, en suma, de esa imagen en la que se representa su esencia institucional en el ordenamiento jurídico español.

Será en la sentencia de 1991 cuando, tras diversos pronunciamientos sobre el tema, el Tribunal vincule expresamente el requisito de la heterosexualidad a la garantía constitucional del matrimonio: “el libre desarrollo de la personalidad del transexual tiene el límite de no poder, al no ser ello posible, contraer matrimonio, parte de otras limitaciones deducidas de la naturaleza física humana, ya que tales matrimonios serían nulos por inexistentes, como se deduce de los artículos 44 y 73.4 del Código Civil y 32.1 de la Constitución”.

Pocas dudas ofrecía la declaración, por parte del Tribunal Constitucional en su interpretación del significado de la garantía contenida en el art. 32 de la vigencia en el mismo del presupuesto de la heterosexualidad como base de la institución garantizada.

Así tras señalar que la “unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento; todo lo contrario al matrimonio entre hombre y mujer que es un derecho constitucional”, el alto Tribunal proclamaba que “la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial”²¹³. El recurso constante en todas sus resoluciones a los términos marido y mujer para referirse a los cónyuges, a estos efectos, no era más que la manifestación sintomática y la consecuencia de la adopción de ese presupuesto de partida.

Debe resaltarse que toda esta ordenación jurídica se proyecta sobre un entorno social en el que cabe detectar, en los últimos años un notable cambio de actitud hacia la homosexualidad concebida como una parcela más de la reconocida capacidad de autodeterminación del ciudadano que queda al abrigo del sistema de libertades y, significativamente, del principio de libre desarrollo de la personalidad.

En este contexto se inscribe el paulatino proceso de despenalización de las conductas homosexuales en el entorno cultural, así como determinadas propuestas orientadas al reconocimiento legal del derecho a contraer matrimonio por parte de personas del mismo sexo entre las que destaca sin lugar a dudas la Resolución del Parlamento Europeo aprobada el 8 de febrero de 1994, en la que se llama a poner fin “a la prohibición de contraer matrimonio o acceder a regímenes jurídicos equivalentes a las parejas de lesbianas y homosexuales”²¹⁴.

Sin embargo, estos datos, pese a su innegable relevancia en otros sectores de las ciencias sociales, carecen de valor hermenéutico en lo que concierne estrictamente a la determinación del significado que el constituyente quiso conferir a sus previsiones, y por ello, no es extraño que en este plano, estrictamente jurídico, la opinión más extendida entre la doctrina científica, de hecho, como es notorio, la que sostiene la práctica totalidad de la misma permitiendo hablar así de un altísimo consenso sobre el tema²¹⁵, es la de que el constituyente español, al regular la institución del matrimonio, no contempló otra realidad distinta a la del matrimonio heterosexual, opinión compartida además en el informe emitido por el Consejo General del Poder Judicial, así como en el dictamen del Consejo de Estado, relativos a la reforma del Código Civil en este aspecto, los cuales ya detallaré²¹⁶.

²¹³ STC, Sala 2ª, núm. 222/1994 de 18 julio, (RTC 1994/222).

²¹⁴ FERREIRO, J.: *Uniones de hecho: perspectiva histórica y Derecho vigente*, en MARTINELL, J. M. y ARECES, M. T. (Edits.): *Uniones de Hecho*, Lleida, 1998, pp. 222 y siguientes; sobre esto puede verse más ampliamente, GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: *Parejas de hecho, parejas registradas y matrimonios de personas del mismo sexo en el derecho internacional privado europeo*, en NAVAS NAVARRO, S. (Coord.): *Matrimonio homosexual y adopción: perspectiva nacional e internacional*, Ed. Reus S.A., Madrid, 2006, pp. 99 a 112.

²¹⁵ ALZAGA VILLAMIL, O.: “Derecho Político español según la Constitución de 1978”, en V.V. A.A.: *Constitución y Fuentes del Derecho*, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1997, p. 355.

²¹⁶ ARRECHENDERRA ARANZADI, L. I.: “El matrimonio es heterosexual”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 658, parte Opinión, Ed. Aranzadi, BIB 2005/510, 2005. “Cuando uno se pregunta qué es el matrimonio duda de estar ejerciendo sus facultades en plenitud. Pero hasta aquí nos ha traído la vida, precisamente cuando uno comenzaba a despedirse de ella. El matrimonio es el sexo institucionalizado. Y el sexo es una relación por oposición. Se trata de una realidad recíprocamente orientada. Antes de

No cabe ignorar, en este orden de consideraciones, que la imagen de la institución en la conciencia social que es relevante, a efectos de la determinación del alcance de la garantía institucional del matrimonio en la Constitución en principio y teniendo en cuenta la precisión que después se hará, es la que existe en el momento en el que se verifica el proceso constituyente, y, como se ha hecho notar, el contexto sociológico en el que tal proceso se desarrolla denota que el constituyente sólo estaba pensando en el matrimonio heterosexual ²¹⁷.

entrar en vigor la Constitución los hombres se sentían atraídos por las mujeres y las mujeres por los hombres. Esto no lo enseñaban en la escuela: lo descubría uno mismo. A los hombres les gustan las mujeres y a las mujeres los hombres. Esto puede calificarse de un dato notorio de carácter universal, en el que debe apoyarse el Derecho, de tal entidad que discutirlo es pelear con lo evidente. ¿Cabe un ejercicio del sexo no institucionalizado? Por supuesto.

¿Cabe un ejercicio del sexo que prescinda de la oposición como reciprocidad? Por supuesto. ¿Cabe calificar esta posibilidad de orientación sexual? No. Tiene el sagrado carácter de lo excepcional, pero la regla es la orientación del sexo por oposición. ¿Puede ser institucionalizado? No, porque a la sociedad no le compete ni pronunciarse ni dar relieve a algo tan respetable como intrascendente. ¿Y por qué cabe institucionalizar el ejercicio heterosexual del sexo? Por tres razones: primera, porque los interesados lo piden; segunda, porque supone el ejercicio del sexo según su orientación intrínseca; y tercero porque garantiza la conservación de la especie. Una cosa es la escisión sexo- reproducción, y otra que sólo la heterosexualidad retiene potencialmente la capacidad de conservar la especie. Una cosa es que el matrimonio del impotente sea válido, y otra que el matrimonio deje de conservar como seña de identidad la posibilidad -no la necesidad- de transmitir la vida....cabe preguntarse por qué la Constitución se refiere al matrimonio. Hay muchas otras figuras, civiles o no, de las que el texto constitucional no se ocupa. ¿Por qué un acuerdo de convivencia heterosexual u homosexual no es mencionado por la Constitución?

¿Qué tiene el matrimonio que no tengan estos acuerdos de convivencia? Piénsese también en el convenio por el que los padres designan a un hijo, entre varios, para que contraiga matrimonio y se quede a vivir en la casa como heredero de todo el patrimonio familiar -pacto sucesorio-, que no pasa de ser un respetable pacto civil. Mientras viven los padres, conviven dos generaciones, posiblemente tres, en el mismo ámbito familiar. ¿Por qué la Constitución no se refiere a este macro-acuerdo convivencial? Porque, a diferencia del acuerdo de convivencia familiar, el matrimonio garantiza la perpetuación de la familia. El pacto sucesorio organiza la convivencia dándole una proyección patrimonial sucesoria. El matrimonio garantiza, en principio, la transmisión de la vida y la continuidad familiar. En el matrimonio está institucionalizado el sexo como origen de la vida. Se objetará que para transmitir la vida no es preciso el matrimonio. Obvio. Luego podemos prescindir del matrimonio. Obvio. Pues prescindamos del matrimonio. De acuerdo: muerto el perro se acabó la rabia. Punto final: no ha lugar al matrimonio de los homosexuales, porque hemos prescindido por innecesario del matrimonio.”; Cfr. SAN, Sala de lo Social, Sección 1ª, núm. 66/2007, 25 de junio, AS 2007/2325: “Distinto sería que el Convenio Colectivo de 2006 fijara diferentes regímenes jurídicos a las parejas ligadas por matrimonio, fueren los así ligados del sexo que fueren, y a las parejas no ligadas por tal institución jurídica, fueren los así ligados del sexo que fueren, ya que contraer o no matrimonio es un derecho, pudiéndose diferenciar, como tiene dicho el Tribunal Constitucional, entre quienes lo ejercen y quienes no lo ejercen; pero, una vez que el Convenio Colectivo de 2006 no ha hecho tal diferenciación, lo que no cabe es que diferencie entre parejas de hecho heterosexuales y parejas de hecho homosexuales, para igualar las primeras a las parejas vinculadas por matrimonio y, a la vez, desigualar a las parejas de hecho homosexuales de las heterosexuales.”

²¹⁷ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *El sistema matrimonial español*, Ed. Universidad Complutense, Madrid, 1994, p. 13.

Una constatación que por lo demás, se ve en efecto refrendada en el marco de los trabajos parlamentarios previos a la promulgación del texto fundamental, al ser rechazadas, y no tener por tanto reflejo en el texto final, las posiciones que sugerían otras fórmulas que hubieran podido suponer la asunción de un modelo matrimonial de base no necesariamente heterosexual; los debates parlamentarios son, no cabe olvidarlo, aun subordinadamente y en combinación con otras fuentes, importantes elementos de interpretación de las previsiones constitucionales y así lo ha proclamado la doctrina del Tribunal Constitucional²¹⁸.

La precisión a la que nos acabamos de referir se encuentra relacionada con la propia dinámica histórica que define el sentido y la función de la garantía institucional como técnica de protección.

Sin olvidar además que esa misma historicidad es también consustancial a la concreción del contenido esencial de cada derecho fundamental²¹⁹, y en general, al reconocimiento de los derechos fundamentales en el constitucionalismo contemporáneo, razón por la cual es posible identificar estos últimos con aquellos considerados como tales en la conciencia y en la cultura jurídicas en las que se inserta, en un concreto momento histórico, el Estado constitucional²²⁰.

Ya desde los orígenes de la construcción doctrinal de la categoría en el seno de la doctrina alemana, la garantía institucional se presenta como una técnica de protección que no pretende sino salvaguardar la integridad de ciertos núcleos institucionales considerados esenciales, en un momento histórico y en una sociedad determinada, para la adecuada estructuración de la comunidad²²¹. Es, pues, precisamente, esa estrecha vinculación entre institución garantizada y la realidad social a la que sirve, la que lleva implícito el germen de la transformación y el cambio que está implícito en la evolución histórica de esa misma sociedad. De ahí que, en aparente paradoja, la esencialidad del núcleo de la institución garantizada fuese ya entonces considerada compatible con la contingencia derivada de las transformaciones sociales a lo largo de la historia.

²¹⁸ ALONSO GARCÍA, E.: *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 148 y siguientes.

²¹⁹ STC Pleno, núm. 11/1981, de 8 de abril de 1981 (RTC 1981,11). “Sin embargo el movimiento pendular entre la amplitud y la generosidad o la restricción vuelve a ser una decisión política que tiene que adoptar el legislador ordinario sin más límites que los que el derecho fundamental tenga, pues ningún derecho, ni aun los de naturaleza o carácter constitucional, pueden considerarse como ilimitados.” Cfr. STC, Pleno, núm. 49/2008, de 9 de abril de 2008 (RTC 2008,49).

²²⁰ CRUZ VILLALÓN, P.: “El legislador de los derechos fundamentales”, en LÓPEZ PINA, A. (Edit.): *La garantía constitucional de los derechos fundamentales: Alemania, España, Francia e Italia*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, pp. 125 a 137.

²²¹ En principio, la ley debe ser respetuosa con los derechos fundamentales del mismo modo que debe serlo con cualquier otra decisión constitucional, y el propio art. 53, 1, lo recuerda al decir que “los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Por consiguiente lo que pretende la cláusula de “contenido esencial” es reforzar la garantía de los derechos fundamentales, haciendo más rigurosa la vinculación del legislador a la Constitución cuando su actividad tiene por objeto el desarrollo del capítulo II del título I.

En ese contexto, el legislador en tanto que sus previsiones pudieran ser consideradas como receptoras de la realidad social, que convertía en cada momento en realidad jurídica y, a la inversa, en tanto que inductor de la transformación social mediante el proceso legislativo, disponía de una cierta capacidad de transformación efectiva de ese núcleo esencial constitucionalmente garantizado, impidiendo así que la imagen del mismo existente en el período constituyente se perpetuase en el tiempo, contra la finalidad propia del mecanismo de garantía. Sin embargo, la necesidad de incorporar a la hermenéutica constitucional este elemento de atención al proceso de cambio social, encontró, ya entonces, un límite insalvable: la ruptura con los rasgos estructuralmente más característicos de la institución, la solución de continuidad en la ordenación jurídica de sus elementos más básicos e identificadores, que comportase una evolución *per saltum*, no razonable²²².

Sin duda, en el caso del matrimonio tales rasgos se han desnaturalizado totalmente, quizás en gran parte porque el propio legislador español ha dado muestras de desconocer la esencia de la realidad jurídica, más allá de los aspectos sociológicos.

Adviértase, a modo de inciso, que desde una óptica más bien colateral al problema de fondo planteado, se ha cuestionado lo que la garantía institucional como técnica de protección implica, respecto de una suerte de petrificación del ordenamiento en torno a ciertas instituciones, de tintes ideológicamente conservadores, haciéndose ver lo que la aparición dogmática de esta técnica supuso en su origen histórico, especialmente en el marco del pensamiento schmittiano²²³.

La garantía institucional, como se sabe, aparece en efecto, en su génesis histórica, con ese perfil, en el contexto doctrinal que se desarrolla especialmente en torno a la Constitución de Weimar, notablemente vinculada aquélla al propósito de otorgar intangibilidad a ciertos institutos considerados socialmente básicos y principales, en un marco constitucional en el que los derechos fundamentales son todavía concebidos primordialmente como una mera manifestación del principio de legalidad de la Administración. Este es, sin embargo, un argumento de escaso peso, en cuanto al singular propósito crítico que lo inspira, porque esa constatación no impide percibir que la garantía institucional ha sido asumida como técnica de protección en nuestro vigente sistema de derechos y libertades, y como tal, se halla penalmente subordinada en su desenvolvimiento a los principios y valores que subyacen al entero ordenamiento constitucional²²⁴.

²²² En la descripción de esta institución partimos de un estudio pionero en España, como es sabido de PAREJO ALFONSO, L.: *Garantía institucional y autonomías locales*, Ed. Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1981, pp. 46 a 48.

²²³ ANDRÉS IBAÑEZ, P.: “Matrimonio homosexual: hay derecho”, en *El País*, edición de 22 de abril de 2005.

²²⁴ ESCRIVÁ-IVARS, J.: “Sistema matrimonial y derechos fundamentales sobre la nueva legislación matrimonial”, en V.V.A.A.: *La reforma del modelo de familia en el Código civil español*, Ed. Comares, 1ª edición, Granada, 2005, p. 80. “Las recientes iniciativas legislativas sobre el matrimonio y la familia— básicamente aquellas que hacen referencia a la admisión del divorcio sin causa, a los matrimonios entre personas del mismo sexo y a la adopción conjunta por progenitores del mismo sexo— han supuesto un replanteamiento total y absoluto del sistema jurídico que desde el Derecho común clásico, aquel que naciendo de los pronunciamientos de los jurisconsultos romanos configuró la sociedad occidental por mediación de los grandes canonistas medievales, regulaba hasta ahora la institución matrimonial y familiar. Estas reformas parecen plantearnos

Así pues, la breve descripción que se ha hecho del significado de la técnica de protección desde sus orígenes doctrinales, de la idea de la prescripción de cualquier censura radical respecto de los rasgos más caracterizadores de la institución, tiene precisamente el valor explicativo que se deriva en este caso de la asunción como principio rector de la categoría en la doctrina del Tribunal Constitucional.

Y así, puede percibirse que este planteamiento se plasma, a nuestro modo de ver muy elocuente, en el límite infranqueable que la jurisprudencia constitucional fija en la ruptura clara y neta con la imagen comúnmente aceptada de la institución (STC, Pleno, num. 32/1981, de 28 de julio, RTC 1981/32²²⁵). El legislador no puede ir más allá de aquello que es esencial o nuclear al instituto garantizado, según su arraigada imagen en la cultura jurídica en la que se inscribe la Constitución debiendo ser esta identificada a la luz de las ideas y construcciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho (STC, Pleno, núm. 341/1993, de 18 de nov, RTC 1993/341). Existe, por consiguiente, un mínimo irreductible en la conformación objetiva de la institución, que se muestra por completo refractario a cualquier desarrollo adaptativo en la legislación que lo menoscabe, desnaturalizado con ello el objeto de protección constitucional²²⁶, ello en relación a STC, Pleno, núm. 159/199, de 6 mayo. RTC 1993/159²²⁷.

una incógnita a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad en una sociedad que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo, exige vaciar de cualquier punto de referencia estructural o sustantiva al término matrimonio, convirtiéndolo, por una exigencia de esos valores en un concepto vacío, apto para cualquier tipo de reacción o situación de hecho?"

²²⁵ El orden jurídico-político establecido por la Constitución asegura la existencia de determinadas instituciones, a las que se considera como componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo en ellas un núcleo o reducto indisponible por el legislador. Las instituciones garantizadas son elementos indispensables del orden constitucional y las normas que las protegen son, sin duda, normas organizativas, pero a diferencia de lo que sucede con las instituciones supremas del Estado, cuya regulación orgánica se hace en el propio texto constitucional, en éstas la configuración institucional concreta se refiere al legislador ordinario al que no se fija más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza. Por definición, en consecuencia, la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar. Dicha garantía es desconocida cuando la institución es limitada de tal modo que se le priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre. Tales son los límites para su determinación por las normas que la regulan y por la aplicación que se haga de estas. En definitiva, la única interdicción claramente discernible es la de la ruptura clara y neta con esa imagen comúnmente aceptada de la institución que, en cuanto formación jurídica, viene determinada en buena parte por las normas que en cada momento la regulan y la aplicación que de las mismas se hace.

²²⁶ Cfr. ESCRIVÁ - IVARS, J.: loc. cit. Asimismo MARTÍNEZ LÓPEZ - MUÑIZ, J. L.: "Desquiciamiento inconstitucional de la familia protegida por el Derecho Civil", en V.V.A.A.: *La reforma del modelo de familia en el Código civil español*, Ed. Comares, 1ª edición, Granada, 2005, pp. 67 y siguientes.

²²⁷ "Ahora bien, antes de proceder a este examen conviene recordar algunos aspectos de la doctrina de este Tribunal sobre la garantía institucional de la foralidad expuestos en la STC 76/1988, a la que para mayores precisiones procede remitirse. Señala la resolución indicada que de la

Una cosa es asumir una dinámica evolutiva que, al ritmo de las transformaciones sociales y de los consiguientes cambios legislativos que las acompañan, module adecuadamente el régimen jurídico de la institución en aquellos aspectos que permiten su adaptación a ese proceso de cambio (la introducción de la figura del divorcio sería tal vez un buen ejemplo de ello), y otra bien distinta es privar a esa institución de su significado constitucional, de sus posibilidades de existencia real como tal institución, al desfigurar su contenido objetivo mínimo en la norma iusfundamental, un contenido mínimo que, como se ha subrayado, depende tanto de la imagen que del instituto se tiene en la cultura jurídica, como de las posibilidades de su funcionamiento efectivo a partir de dicha imagen. Desconocer esta premisa conduce indefectiblemente a la relativización absoluta frente al legislador de la técnica de garantía y, en el caso que nos ocupa, del derecho constitucional reconocido en el artículo 32, y ello, al margen de cualquier otra consideración, pone en cuestión el principio de supremacía constitucional que alienta el sistema español de derechos fundamentales y libertades públicas.

Como se ha puesto de relieve, relativizar hasta ese punto el contenido esencial, sobre la base de su adaptación a la realidad social, conlleva el riesgo de anulación del propio mecanismo de garantía, de modo que en ese proceso de actualización el legislador debe siempre actuar dentro de los límites materiales que derivan de la

disposición adicional primera de la CE se deriva que el amparo y respeto por parte de la Constitución de los derechos históricos de los territorios forales no puede estimarse como una garantía de toda competencia que legítimamente quepa calificar de histórica. Ya en la STC 123/1984 se declaraba que la idea de derechos históricos no puede considerarse como un título autónomo del que puedan deducirse específicas competencias. «Lo que la Constitución ha venido a amparar y respetar no es una suma o agregado de potestades, facultades o privilegios, ejercidos históricamente, en forma de derechos subjetivos de corporaciones territoriales, susceptibles de ser traducidos en otras tantas competencias de titularidad o ejercicio respaldadas por la Historia. Como resulta de la misma dicción del párrafo segundo de la disposición adicional primera CE, lo que se viene a garantizar es la existencia de un régimen foral es decir, de un régimen propio de cada territorio histórico de autogobierno territorial, esto es, de su "foralidad", pero no de todos y cada uno de los concretos derechos que históricamente la hayan caracterizado. La garantía constitucional supone que el contenido de la foralidad debe preservar tanto en sus rasgos organizativos como en su propio ámbito de poder la imagen identificable de ese régimen foral tradicional». Es este núcleo identificable lo que se asegura; no un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar (STC 32/1981). Todo ello en el bien entendido de que la garantía institucional de los territorios forales, si bien no especifica exhaustivamente las competencias históricas que protege (esto es, un haz determinado de competencias concretas), sí alcanza, como mínimo irreductible, a proteger un régimen de autogobierno territorial con el que quepa reconocer el régimen foral tradicional de los distintos territorios históricos. La garantía institucional -afirmaba también la STC 32/1981- es desconocida cuando la institución es limitada de tal modo que se le priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real para convertirse en un simple nombre. Dentro de estos límites, es al proceso de actualización previsto en la disposición adicional primera CE al que corresponde precisar cuál es el contenido concreto que, en el nuevo marco constitucional y estatutaria, se da al régimen foral de cada uno de los citados territorios, garantizado por la Constitución (STC 76/1988, fundamento jurídico 4.º)».

existencia de un determinado contenido constitucionalmente garantizado, es la opinión de BALAGUER CALLEJÓN²²⁸.

En este marco de reflexión, presenta indudables ventajas aquella posición doctrinal que concibe el proceso de concreción del contenido esencial²²⁹ como la búsqueda de un equilibrio entre el principio de constitucionalidad y el principio democrático-pluralista (tradición y pluralismo), en el que el Tribunal Constitucional aparece, a un tiempo, como garante tanto de la integridad del contenido de las previsiones constitucionales como del margen de configuración de que dispone el legislador, percibiendo este último, en cada momento, como el cauce de concreción en una forma histórica, adecuada a las sucesivas exigencias culturales, de la imagen institucional constitucionalmente garantizada. Sin duda, el procurar el equilibrio de ambas es la clave.

Se trata de un sugestivo planteamiento que, con apoyo en la doctrina del Tribunal Constitucional, propone un entendimiento temporal de la categoría del contenido esencial que, si bien implica en cierto modo su relativización, en tanto que renuncia a la idea de una imagen perfectamente acabada y radicalmente inmune a todo proceso evolutivo, permite hacer compatible la preservación de ese núcleo esencial, constitucionalmente protegido en sus caracteres más definitorios, con su adaptación legislativa a los nuevos requerimientos que van paulatinamente arraigando en la cultura jurídica.

²²⁸ “Aplicación de la Constitución y garantías de los derechos”, *Anuario de Derecho Público y Estudios Políticos*, núm. 2, 1989 y 1990, pp. 137 y 138.

²²⁹ Cfr. NOREÑA SALTO, J. R.: “Acerca del contenido esencial de los derechos fundamentales de configuración legal”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 18, 2004, parte Estudio: Ed. Aranzadi S.A., BIB 2003/1523. “Y, aun aceptando la existencia de estos derechos fundamentales de configuración legal, quedará la dificultad de establecer si los mismos, en cuanto reconocidos en la Constitución, ofrecen en todo caso un contenido esencial que ha de ser respetado necesariamente por el legislador ordinario, y, en su caso, el método para determinar dicho contenido esencial o indisponible, que debe ser respetado por las leyes que regulen el correspondiente derecho fundamental, además de incidir en la delimitación que, a este respecto, corresponde a los Tribunales ordinarios, de una parte, y al Tribunal Constitucional, de otra, cuestión que, como veremos posteriormente, no da lugar a una solución unívoca por parte de este último.- El artículo 53.1 de la Constitución española alude expresamente al contenido esencial de todos los derechos reconocidos en el Capítulo segundo del Título Primero (por tanto, no sólo los fundamentales susceptibles de amparo constitucional) contenido esencial que debe ser en todo caso respetado por el legislador) – único competente para su desarrollo–, pero, aparte de que no determina qué ha de entenderse por “contenido esencial”, tampoco existe en ninguna de las normas constitucionales mención expresa a esta categoría de derechos fundamentales de configuración legal que, en consecuencia, ha de considerarse en principio como de creación jurisprudencial, y esencialmente casuística, puesto que las resoluciones de nuestro Tribunal Constitucional que califican en este sentido a un determinado derecho fundamental –normalmente en resoluciones de recurso de amparo–, tampoco han definido este concepto...«Pero ni siquiera esta modulación o atemperación es posible en relación con todos los derechos, pues “existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos” (...); así sucede con aquellos derechos fundamentales “que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano” o, dicho de otro modo, con “aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución constituye fundamento del orden político español”.

Este particular enfoque de la cuestión, que se resume en la idea de la ponderación entre la permanencia y el cambio en el marco de la tradición jurídica, es en efecto constatable en la doctrina del Tribunal Constitucional que, asumiendo la existencia de un mínimo irreductible, admite no obstante su actualización por parte del legislador de desarrollo (STC 76/1988²³⁰). Pero lo que no puede desconocerse es que hay una gran diferencia entre esa suerte de relativización del contenido esencial, que adopta como premisa la de la preservación de un núcleo identificable cuya actualización legislativa se realiza, precisamente, “concretando y especificando su contenido mínimo” (STC, Pleno, núm. 159/1993, de 6 mayo, RTC 1993/159), y lo que más bien supone una relativización absoluta de aquel contenido esencial, a merced de una limitada acción conformadora del legislador; esto último conduce por el contrario a la frustración de la finalidad protectora tanto del derecho fundamental como de la garantía institucional, y a la negación, en última instancia, del principio de supremacía constitucional, y por consiguiente el pleno reconocimiento como garante de la misma al Tribunal Constitucional, pero sin duda no el único²³¹.

²³⁰ STC Pleno núm. 76/1988, de 26 de abril de 1988 (RTC 1988,76). “En cuanto al primer aspecto -el reconocimiento y garantía genéricos- se confirma la garantía constitucional consagrada en la Disposición adicional primera C.E., en el art. 3 del Estatuto, en cuanto a la organización e instituciones privativas de autogobierno de cada uno de los Territorios Históricos, y en el art. 37.2, respecto, tanto al régimen foral, como a las competencias de los Territorios Históricos, al establecer que «lo dispuesto en el presente Estatuto no supondrá alteración de la naturaleza del régimen foral específico o de las competencias de los regímenes privativos de cada Territorio Histórico». Claramente, esta disposición no representa -como parecen sostener los recurrentes- que el Estatuto no implica ninguna limitación del régimen foral históricamente definido y del correspondiente e indeterminado elenco de derechos históricos. Si tal fuera el caso, el Estatuto no podría, evidentemente, llevar a cabo ninguna actualización, y resultarían inexplicables cláusulas estatutarias - como las referentes al régimen fiscal- que suponen una clara alteración de la posición histórica de los territorios forales. Como resulta de la consideración conjunta de las diversas disposiciones estatutarias, el art. 37.2 lo que viene a establecer es que, tanto los poderes y atribuciones que se confieren a los nuevos órganos que se crean -las Instituciones Comunes- como el reparto competencial que se efectúa en relación con las Instituciones centrales del Estado habrán de entenderse siempre sin menoscabo de la garantía del régimen foral y las inherentes competencias de los Territorios Históricos que el mismo Estatuto determina. Se trata, pues, de una regla de garantía e interpretación, que coloca en lugar preferente, en cuanto a su respeto y protección, a los regímenes forales en su definición estatutaria, tanto frente a las Instituciones Comunes del País Vasco como a los poderes centrales del Estado; regímenes forales que el mismo Estatuto precisa en cuanto a cuál sea su contenido esencial, intocable por los poderes autonómicos o estatales. Ha de tenerse en cuenta, por otra parte, que el mismo Estatuto, en otras ocasiones, recoge el límite que la garantía foral representa respecto a otras instituciones de la Comunidad Autónoma; así, en su art. 10, apartados 1 y 3, al referirse a determinadas competencias de la Comunidad Autónoma, lo hace «sin perjuicio de las facultades correspondientes a los Territorios Históricos, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 37 del mismo (Estatuto)», expresión que se repite en el art. 25.1, como límite a los poderes del Parlamento Vasco.”

²³¹ Cfr. STC, Pleno, núm. 49/2008, de 9 de abril de 2008 (RTC 2008,49). Esta sentencia invoca el principio democrático como esencial en el ejercicio de la potestad del TC, en cuanto límite del mismo y garantía de la supremacía de la Carta magna. “Desde una perspectiva material, son diversos los argumentos que también deben llevarnos a la misma conclusión. Por un lado, no cabe duda de que el legislador orgánico del Tribunal Constitucional goza de una libertad de

Sentado esto, posiblemente, la crítica más fundada que se ha emitido al planteamiento que realiza el antes citado informe del Consejo General del Poder Judicial²³² sobre esta materia, sea la de que en el mismo se acude a ciertos parámetros metajurídicos que denotan una particular visión esencialista de la institución, y, como tal, presentan la nota de la heterosexualidad como una exigencia biológica, física o anatómica del matrimonio como un requisito derivado de la naturaleza de las cosas, y no exclusivamente, como debiera de haber sido el caso, como un rasgo deducible de la imagen institucional que se ofrece al intérprete a partir de la cultura jurídica arraigada, a la que la propia Constitución convoca en este punto.

Sobre este punto mi opinión es que indudablemente es necesario que las concepciones metajurídicas no sean contradictorias con la rigurosidad que debe exigir un análisis de esta envergadura, pero es bastante notorio que detrás de las instituciones jurídicas existe una trayectoria que trasciende el punto de vista jurídico, creo además que tal aspecto no hace sino enriquecer al Derecho, y posiblemente pueda confrontarse, con determinados aspectos de la labor legislativa, siendo tachado incluso de falta de objetividad, pero ya había Derecho cuando aún nuestros sistemas políticos ni siquiera residían en la mente de algún mortal.

Todo lo antedicho conduce a responder afirmativamente a la pregunta acerca de si el presupuesto de la heterosexualidad forma o no parte del núcleo objetivo de la institución del matrimonio, en la concepción que de la misma asume la Constitución según LLAMAZARES FERNÁNDEZ²³³.

configuración que no sólo se deriva del principio democrático, sino que también está protegida a través de las diversas reservas de Ley orgánica previstas en el texto constitucional respecto de esta institución [arts. 161.1 d), 162.2 y 165 CE]. Sin que sea éste el momento de pronunciarnos sobre el alcance y la interrelación de tales reservas, debemos partir de la base, como señalamos en la STC 66/1985, de 23 de mayo de 1985 (RTC 1985, 66), F. 4, de que el contenido de dichas Leyes es disponible para el legislador. Al mismo tiempo, sin embargo, y como se deduce de la propia supremacía constitucional (art. 9.1 CE), tal libertad no es absoluta, sino que tiene límites materiales y formales que tienen su origen no sólo en dichas reservas y en los restantes preceptos que integran el Título IX de la Constitución, sino en una interpretación sistemática de todo el texto constitucional. Interesa destacar desde un primer momento que si bien la apertura de la jurisdicción constitucional española al legislador orgánico no es homogénea en todos los ámbitos, sus límites constitucionales no proceden únicamente de una interpretación literal del precepto aducido en cada caso, sino del modelo de Tribunal Constitucional que se deriva de una interpretación conjunta de nuestra Norma Suprema y de los principios constitucionales que se proyectan sobre el mismo. Este hecho, comúnmente aceptado en todos los ámbitos, también fue compartido, por lo menos de forma implícita y respecto de los límites materiales del legislador del Tribunal Constitucional, en la STC 66/1985 al añadirse inmediatamente después de la ya mencionada afirmación sobre el carácter disponible del contenido de la LOTC que «(...) en consecuencia, dentro del respeto a las normas constitucionales y a la independencia y función del Tribunal, (el legislador) puede introducir en ella los cambios o modificaciones que entienda oportunos, sin que haya de limitarse a aquellos indispensables para evitar la inconstitucionalidad o asegurar el cumplimiento de los objetivos constitucionales».

²³² CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES, *Estudio sobre la reforma del Código Civil en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo*, Madrid, 2005.

²³³ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: “El matrimonio homosexual”, en SOUTO PAZ, J. A. (Coord.):

Por lo demás, y ello no deja de ser muy significativo a la misma conclusión se llega si, descartando aquí el recurso a la garantía institucional, se adopta más bien el enfoque metodológico que, parte directamente, en el marco de la idea de la Constitución normativa, de la posibilidad de detectar un contenido esencial del concepto constitucional matrimonio, afirmándose igualmente, en última instancia, la presencia en dicho contenido del requisito de heterosexualidad²³⁴.

La consecuencia lógica de esta afirmación no puede ser otra que de la más que probable inconstitucionalidad de la supresión de este requisito en vía legislativa.

IV. LA LEY 13/2005, QUE MODIFICA EL CÓDIGO CIVIL EN LO REFERENTE AL MATRIMONIO. EL MATRIMONIO HOMOSEXUAL Y EL FIN DE LA NECESARIA HETEROSEXUALIDAD PARA CONTRAER MATRIMONIO.

En el mundo jurídico, se ha eliminado la heterosexualidad como elemento y característica esencial del matrimonio, es decir para que este existe dicho elemento ya no resulta imprescindible, esta eliminación ha sucedido con la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, saludada con alborozo desde algunos sectores sociales y con manifiesta hostilidad y recelo, desde otros, y recibida en el ámbito científico, con algunos comentarios especialmente críticos²³⁵.

El nuevo régimen legal del matrimonio civil en España, Ed. Comares, Granada, 2008, pp. 9 a 11. El autor manifiesta que si algo es evidente es que las expresiones literales del art. 32.1 no son todo lo claras y terminantes que hubiera de desear, lo que sin duda es un hecho para lamentar. Además “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica, expresión en la que están claras dos cosas: que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio y que tienen derecho a contraerlo con plena igualdad jurídica. Lo que no añade es “entre sí”, porque la plena igualdad jurídica es aplicable únicamente al caso de que sea matrimonio heterosexual, también es aplicable al derecho mismo de contraer matrimonio: es decir que el hombre y la mujer tienen un derecho igual a contraer o lo que es lo mismo que el sexo no justifica desigualdad alguna en el ejercicio de ese derecho. El artículo 39, tal como ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional, al equipar todo tipo de familias, también las no nacidas del matrimonio (matrimonio de hecho), e incluso las constituidas por parejas de homosexuales, parece apuntar hacia una respuesta positiva... Es competencia del legislador ordinario optar por ese principio como exclusivo o no”.

²³⁴ En este sentido REY MARTÍNEZ, F.: “Homosexualidad y Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 73, 2005, pp. 150 a 152.

²³⁵ Así por ejemplo, TIRAPU, D.: “Perplejidades y contradicciones del pretendido matrimonio homosexual. Comentarios al Proyecto de Ley de reforma del Código Civil en materia de matrimonio”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 8, 2005. Asimismo destaco el interesante artículo publicado por REY MARTÍNEZ, F.: “Homosexualidad y matrimonio”, cit., pp. 111 a 156; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. “El matrimonio de los homosexuales”, en *Aranzadi Civil*, núm. 15, *Tribuna*, 2005, pp. 2271 a 2273; Consejo de Estado, “Dictamen 16/12/2004, sobre el Anteproyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio”, http://www.boe.es/g/es/iberlex/bases_datosce/doc/php?coleccion=ce&id=2004-2628; Consejo General del Poder Judicial, *Estudio de 26/01/2005 sobre la reforma del Código Civil en materia de*

La modificación de este presupuesto básico se verifica al incorporarse un segundo párrafo al art. 44 del Código Civil, en cuya virtud ahora “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”. A ello se añade, por lo que respecta al contenido del contrato matrimonial, la adaptación nominal a este nuevo presupuesto de los arts. 66 y 67 del mismo cuerpo normativo, de los que se elimina la referencia específica al marido y la mujer, sustituida ahora por la mención genérica a los cónyuges. Otras adaptaciones de la nomenclatura legal a la nueva configuración básica del matrimonio se establecen también en la ley respecto de otros diversos aspectos del Derecho de Familia (relaciones paternas filiales²³⁶ y régimen económico matrimonial) y, puntualmente en el régimen de las donaciones. Asimismo, una Disposición adicional proclama que “las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes”, introduciéndose por último una serie de cambios en la legislación del Registro Civil.

La Exposición de Motivos de la Ley 13/2005 se refiere al necesario anclaje constitucional de la reforma en los siguientes términos: “...ciertamente, la Constitución, al encomendar al legislador la configuración normativa del matrimonio, no excluye en forma segura alguna una regulación que delimite las relaciones de pareja de una forma diferente a la que haya existido hasta el momento, regulación que dé cabida a las nuevas formas de relación afectiva. Pero, además, la opción reflejada en esta Ley tiene unos fundamentos constitucionales que deben ser tenidos en cuenta por el legislador. Así, la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad (arts. 9.2 y 10.1. de la Constitución), la preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere (artículo 1.1. de la Constitución) y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (artículo 14 de la Constitución) son valores consagrados constitucionalmente cuya plasmación debe reflejarse en la regulación de las normas que delimitan el estatus del ciudadano, en una sociedad libre, pluralista y abierta”.

Como consecuencia, pues, de la aplicación a la esfera matrimonial de estos valores constitucionales, anuncia el legislador también en la Exposición de Motivos, “la Ley permite que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo sexo o distinto sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones cualquiera que sea su composición. En consecuencia, los efectos del matrimonio, que se mantienen en su integridad respetando la configuración objetiva de la institución, serán únicos en todos los ámbitos con independencia del sexo de los contrayentes; entre otros, tanto los referidos a derechos y prestaciones sociales como la posibilidad de ser parte en procedimientos de adopción”.

matrimonio entre personas del mismo sexo <http://www.poderjudicial.es>; Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, “Informe aprobado el 21 de febrero de 2005 acerca del proyecto de modificación del Código Civil en materia del derecho a contraer matrimonio”, <http://rajyl.insde.es>

²³⁶ Cfr. NAVAS NAVARRO, S. (Dir.): *Matrimonio homosexual y adopción*, Ed. Reus S.A., Zaragoza, 2006.

Estas consideraciones, en las que se sintetiza el espíritu de la reforma, suscitan de entrada no pocas dudas e interrogantes que merecen un examen más detenido y, de hecho, la doctrina científica ha tenido ocasión de ocuparse de algunos de ellos, en la medida en la que ya se habían planteado con ocasión del debate generado en torno a la equiparación de las uniones de hecho al matrimonio²³⁷.

Está claro que el modelo de matrimonio que hace unos dos mil años comenzó a vivir occidente se basó, en su momento, en las siguientes notas: monogamia, heterosexualidad, estabilidad, formalización, orientación hacia la prole (entre otras finalidades) y libertad en la emisión del consentimiento, este modelo fue influenciado mayormente por el cristianismo y su parangón legislativo que fue el matrimonio canónico, de una u otra manera estos elementos han sido poco a poco dejados a la vera del camino por ser analizada dicha institución principalmente como un fenómeno sociológico cuya regulación debe ser adaptada no a lo que es sino que a lo que la sociedad entiende por él, es similar a lo que la STC, Pleno, núm. 198/2012, de 6 de noviembre entiende como una interpretación evolutiva, posiblemente esa interpretación evolutiva deba ir acompañada antes de una reforma constitucional.

En primer lugar, lo que actualmente determina la existencia del matrimonio ante los ojos del Legislador es un concepto más bien vaporoso, la relación de afectividad, causa eficiente del matrimonio oficial, lo que permitiría la equiparación a éste de las uniones basadas en relaciones de convivencia de análoga afectividad a la del matrimonio o, en su caso, la admisión del matrimonio homosexual fundado en semejante relación afectiva. Este aspecto al menos es contradictorio con la afirmación del consentimiento contractual, cuya validez no depende de la existencia del afecto o del amor, como la verdadera génesis del matrimonio.

La STC núm. 198/2012, plantea el matrimonio como “comunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento”²³⁸.

Frente a esta conceptualización surge la interrogante siguiente : ¿Por qué debe aprobar, proteger o beneficiar la sociedad una relación sexual y sentimental, si la aprobación social ha radicado tradicionalmente en la expectativa de la generación, considerada como un bien social, en cuanto garantizaba la continuidad del grupo social y el relevo generacional?, ¿cuál es el argumento para que prosiga esta intervención social en algo tan íntimo y personal como es la unión sentimental y sexual entre dos personas?.

²³⁷ Se aclara que sin perjuicio de la doctrina científica empleada para el presente tema, de gran ayuda es la STC, Pleno, núm. 198/2012, de 6 de noviembre de 2012, (RTC 2012,198), el cual desestimó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el grupo popular.

²³⁸ STC 198/2012, Ibidem, p. 24.

La sentencia en cuestión parte de una premisa básica. En primer lugar un análisis del matrimonio no como una institución sino como una garantía institucional y por otra parte, como un derecho fundamental.

Existen diferencias entre ambas, en el sentido de que las garantías institucionales exigen una protección de carácter objetivo por parte del Tribunal Constitucional, debido a que debe impedir que el Legislador las suprima o vacíe de contenido. Mientras que en el caso de los derechos fundamentales, el objetivo reside en que el ciudadano, titular de dicho derecho, pueda gozar de una posición jurídica derivada de dicho derecho y de su reconocimiento, de tal manera que no sea posible su eliminación o desnaturalización.

Frente al cuestionamiento de si la actual Ley, de conformidad a la consideración del matrimonio como garantía constitucional, hace del mismo una institución irreconocible (en este punto el Tribunal salta de “garantía institucional” a “institución”, sin fundar dicho cambio). El inicio de la respuesta a esta importante interrogante se ampara en una interpretación historicista del art. 44 del CC “(E)l hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código”, estableciendo el nuevo párrafo segundo que “(El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”, en relación al art. 32²³⁹.

El Tribunal Constitucional procura escudriñar la mente del constituyente en el año 1978, cuando se redactó el art. 32 CE. Reconoce que en ese momento el matrimonio era entendido mayoritariamente como matrimonio entre personas de distinto sexo, pero que el objetivo de dicho precepto no era referirse a la orientación sexual de las personas que lo celebrasen sino desligar el matrimonio y la familia, de proclamar la igualdad de los cónyuges en el seno de la institución, y de constitucionalizar la separación y la disolución. Luego de únicamente mencionarlas se refiere en exclusivo a la igualdad de hombres y mujeres al interior y exterior del matrimonio, y ello es importante porque de esta manera el principio de igualdad entra a justificar el cambio de la heterosexualidad por la homosexualidad. El centro son las personas que celebran el matrimonio, una visión personalista del mismo, qué duda cabe, o mejor dicho individualista, pero desligada de la institución que conforman. El parangón mujer, homosexual, alude a discriminación, lo cual es a todas luces combatido por el artículo 14 de la CE.

Pero, tal cual se ha señalado anteriormente, para un sector de la doctrina, la idea según la cual el constituyente, al concretar la titularidad del derecho a contraer matrimonio, hizo que ésta recayese textualmente en el hombre y la mujer como sujetos del derecho a contraer matrimonio entre sí, una fórmula que habría resultado a estos efectos como incompatible con el matrimonio homosexual²⁴⁰.

²³⁹ STC 198/2012. *Ibidem*, p. 22.

²⁴⁰ En este sentido, por ejemplo, SAURA MARTÍNEZ, L. F.: *Uniones libres y la configuración del nuevo Derecho de familia*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, p. 58; PÉREZ CANOVAS, N.: *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español*, Ed. Comares, Granada, 1996, p.119; GIMÉNEZ GLUCK, D.: *Juicio de Igualdad y Tribunal Constitucional*,

Aun cuando en rigor, estamos ante una interpretación meramente literal que no se ajusta de inicio a los parámetros de la hermenéutica constitucional, cabe hacer notar que, incluso este mismo plano argumentativo, el contrapunto a esta pretensión surge inmediatamente del enunciado de los restantes derechos constitucionales en el propio Capítulo II. Puede allí constatarse que el Constituyente, para el reconocimiento de la titularidad de dichos derechos, empleó diversas fórmulas todas ellas genéricas: *todos* (arts. 15 y 27); *todos los españoles* (art. 29). Incluso, en ocasiones, no se especifica formalmente el sujeto titular del derecho proclamado, que simplemente se reconoce por la norma fundamental (arts. 20 a 22). Así pues el hecho de que precisamente se haga mención al *hombre y la mujer* en el artículo 32, en tanto ello puede ser interpretado como una excepción deliberada a las restantes titularidades genéricas y, por lo tanto, como una manera de explicitar el requisito de la distinción sexual de los cónyuges, lo que sin duda abonaría la tesis de la adopción constitucional del presupuesto de la heterosexualidad en el matrimonio²⁴¹.

Desde una óptica que, por lo general, termina siendo en la práctica sólo aparentemente menos formal (o formalista) que la que se acaba de exponer, otro de los planteamientos recurrentes, acaso el más utilizado, en defensa de la aceptación implícita por parte del constituyente del matrimonio entre personas del mismo sexo, es el que, incidiendo en la necesidad de interpretar el art. 32 en clave sistemática, adecuadamente contextualizado en el marco constitucional y, por ello, a la luz de los restantes principios y valores que del mismo se derivan, concede un papel decisivo a la vigencia de los principios constitucionales de igualdad y de libre desarrollo de la personalidad. Este planteamiento, además como sea visto, ocupa un lugar privilegiado en el ámbito de la exposición, por parte del legislador, de los motivos que inspiran su reforma.

Por otra parte el Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones se refiere a la Carta Magna como un “*árbol vivo*”, basándose en las alegaciones del Abogado del Estado, el que a su vez se remite a la expresión de la sentencia Privy Council, Edwards c. Attorney General for Canada de 1930 retomada por la Corte Suprema de Canadá en la sentencia de 9 de diciembre de 2004 sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo. Alude en este punto a la denominada interpretación evolutiva, la cual es la acomodación del Código político a las realidades de la vida moderna, de tal manera de asegurar su relevancia y legitimidad²⁴².

Tal aseguramiento será en primer lugar por medio de grandes principios, los cuales pueden aplicarse a supuestos cuyos redactores no imaginaron siquiera que podrían acaecer, la aplicación provendrá de los propios poderes públicos, y particularmente el legislador, ante ello el propio Tribunal Constitucional velará por que dichas actualizaciones sean ajustes plenamente constitucionales, es decir, el contenido de los preceptos que conforman el texto constitucional deben leerse a la luz de los

Ed. Bosch, Barcelona, 2004, p. 251.

²⁴¹ Este aspecto es destacado por la Dirección General de los Registros y del Notariado, en su resolución de 21 de enero de 1988.

²⁴² STC 198/2012 loc.cit., p. 24.

problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual.

Esta interpretación evolutiva tiene relación con la formación social de la cultura jurídica, mediante una observación de los fenómenos jurídicamente relevantes, esta observación implica la observancia de los estudios, dictámenes, así como las diversas resoluciones emanadas de los operadores del Derecho, ya sea interno o externo.

Inmediatamente resalta el hecho que amparado en la interpretación evolutiva el matrimonio sigue siendo reconocido como tal por la ciudadanía, alude por ello a su carácter de comunión afectiva, y tal comunión se relaciona con el igualdad de los cónyuges, la libertad de voluntad para contraerlo o disolverlo, mediante el seguimiento de ciertas formalidades. La interpretación evolutiva a que nos referimos facilita la respuesta a la cuestión de si el matrimonio, tal y como resulta de la regulación impugnada, sigue siendo reconocible en el contexto socio jurídico actual como tal.

Tras las reformas introducidas en el Código Civil por la Ley 13/2005, de 1 de julio, la institución matrimonial se mantiene en términos perfectamente reconocibles para la imagen que, tras una evidente evolución, se tiene en la sociedad española actual del matrimonio, como comunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento²⁴³.

Sobre este punto, la sentencia concluye afirmando que desde el punto de vista de la garantía institucional del matrimonio no cabe tacharlo de inconstitucional porque, amparándose en el propio artículo 32, el matrimonio entre personas del mismo sexo es una opción no excluida por el propio constituyente y su noción es cada vez más aceptada por la sociedad española e internacional²⁴⁴.

²⁴³ STC 198/2012., Ibidem, p. 24.

²⁴⁴ Voto particular concurrente que formula el Magistrado don MANUEL ARAGÓN REYES respecto de la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 6864-2005: “En segundo lugar tampoco se subraya otro dato importante: que la interpretación que el Tribunal Constitucional fue dando al art. 32.1 CE era inequívoca: el matrimonio como unión entre un hombre y una mujer. Y ello lo hizo el Tribunal en múltiples resoluciones, y no sólo en el ATC 11/1994 (RTC 1994, 222 AUTO), que la Sentencia cita dotándolo de una relatividad que, a mi juicio, no tenía. Por eso es claro, y la Sentencia debía de haberlo constatado, que la regulación legal del matrimonio anterior a la reforma recurrida no había vivido en la inconstitucionalidad. Por último, en la Sentencia (F. 11) se contiene una valoración positiva en términos constitucionales de la apertura del matrimonio a las parejas del mismo sexo que no me parece propia del tipo de enjuiciamiento que el Tribunal debe hacer e incluso contradictoria con otros pasajes de la Sentencia en los que se admite que no se incurriría en inconstitucionalidad si el legislador hubiera optado por otra solución distinta a la del matrimonio para garantizar la unión estable de ese tipo de parejas, como ha sucedido en diversos ordenamientos extranjeros próximos al nuestro, habiendo sido esta alternativa considerada no contraria al Convenio de Roma por el TEDH. Me refiero a dos párrafos en los que el Tribunal considera que la opción tomada por el legislador español «da un paso en la garantía de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad» y que tal opción está en consonancia con el «mandato que el constituyente integró en el art. 9.2 CE, de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad

Ahora bien, qué sucede respecto al matrimonio considerado como derecho fundamental, ya de entrada a mi juicio existe un error de concepto, por cuanto debiese hablarse en términos más correctos del “derecho a contraer matrimonio”, haciendo esta distinción puede argumentarse que tal derecho es dueño de un denominado “corazón”, dicho corazón es su contenido esencial. Frente a este, es necesario una aproximación, lo cual a juicio del Tribunal Constitucional, se puede efectuar por medio de dos caminos complementarios. Sólo aborda el primero que tiene intrínseca relación con la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho.

El Tribunal define el contenido esencial de un derecho subjetivo como “aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así”. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales²⁴⁵.

Nuevamente empieza a fundar su decisión procurando interpretar el artículo 32.1 CE bajo el prisma del principio de igualdad²⁴⁶, debido que dicho derecho si bien

del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, apoyándose en la interpretación que ya ha hecho este Tribunal de la cláusula antidiscriminatoria del art. 14 CE, en la que hemos incluido la discriminación por razón de orientación sexual”.

²⁴⁵ Voto particular que formula el Magistrado RAMÓN RODRÍGUEZ ARRIBAS respecto a la Sentencia del Pleno de fecha 6 de noviembre de 2012 dictada en el R.I. 6864/2005: “Para sostener que la garantía institucional del matrimonio puede verse alterada por el legislador sin vulnerarla, dentro de una amplia libertad de configuración, se recurre a la evolución de la cultura jurídica, en la que se integran el derecho comparado, el internacional, la doctrina científica y la realidad social, aportando abundantes datos estadísticos y demoscópicos, para concluir que la imagen de la institución matrimonial ha evolucionado hasta hacerla compatible con que la contraigan personas del mismo sexo, aunque se reconoce que ello no es un elemento determinante para valorar la constitucionalidad de la Ley y que entre los estudiosos del derecho «no existe una posición unánime», ni tampoco «sea unánimemente aceptada» en la sociedad internacional. Por el contrario, entiendo que el núcleo, la imagen maestra, de una garantía institucional no puede someterse a los avatares de la cultura jurídica a lo largo del tiempo. Precisamente para evitar que el legislador ordinario, atendiendo al supuesto clamor de la calle, las estadísticas y los estudios de opinión, pueda vulnerar la Constitución, se crearon los Tribunales Constitucionales. De otro lado resulta muy peligroso sentar el principio de que las normas pueden no decir lo que dicen, sino lo que se quiere que digan. Es más, los argumentos sociológicos, estadísticos, de conveniencia práctica, de derecho comparado e internacional y hasta de justicia efectiva, suelen eludir el verdadero problema jurídico-constitucional, sobre el que hay que operar con conceptos y argumentos de derecho, sin que los que pueden llamarse «meta-jurídicos» tengan otra función que la de reforzar, en su caso, la solución a que se llegue, pero no para fundarla o condicionarla.”

²⁴⁶ STC, Pleno, núm. 39/2002, de 14 de febrero (RTC 2002/39): “a) El art. 14 CE contiene en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad, por una conocida doctrina constitucional, como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y

presenta una titularidad individual, su ejercicio no lo es, debido a que no hay matrimonio sin consentimiento²⁴⁷, y que al manifestarse este consentimiento se generalizan una serie de derechos y obligaciones que dan lugar al vínculo en cuestión.

El Tribunal, asimismo, se refiere a que además del derecho a contraer matrimonio se puede extraer la libertad de no contraerlo.

El derecho a contraer matrimonio, o a no contraerlo no garantiza que ambas acepciones gocen de los mismos efectos, porque sin perjuicio de la identidad de los sujetos titulares de la libertad, el contenido de la misma no tiene por qué ser homogéneo y que por ello el legislador ordinario puede atribuir consecuencias a una

razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas- Como tiene declarado este Tribunal....., recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el art. 14 el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. En resumen, el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida (SSTC 22/1981, de 2 de julio, F. 3... b) La virtualidad del art. 14 CE no se agota, sin embargo, en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que a continuación el precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación. Esta referencia expresa a tales motivos o razones de discriminación no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación..., F. 6), pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE..."

²⁴⁷ STC, Pleno, núm. 51/2011, de 14 de abril de 2011(RTC 2011,51): "En el caso que nos ocupa, la demandante de amparo, en el legítimo ejercicio de su derecho a la libre elección de cónyuge, contrajo matrimonio civil con persona cuyo estado civil era el de divorciado. No ha existido, pues, obstáculo alguno para que la demandante ejerciese su derecho constitucional a contraer matrimonio en condiciones de plena libertad e igualdad (arts. 14 y 32.1 CE), derecho que, como también hemos tenido ocasión de precisar... «no es... un derecho de ejercicio individual, pues no hay matrimonio sin consentimiento mutuo (art. 45 del Código Civil)». Ahora bien, lo que aquí se discute no es, claro está, que la demandante haya podido ejercer libremente su ius connubii, sino si la reacción del Obispado de Almería al ejercicio por parte de la demandante de su derecho a contraer matrimonio con la persona elegida (reacción que ha determinado a la postre la pérdida de su puesto de trabajo como profesora de religión y moral católicas) puede entenderse lesiva de los derechos fundamentales de aquélla".

y a otra manifestación²⁴⁸ de manera que la primera se constituya en un auténtico derecho subjetivo, mientras que la segunda no sea más que una mera libertad jurídica, integrada en el mismo derecho fundamental, y cuyo contenido se ciñe a la posibilidad de optar a la existencia de una alternativa de acción²⁴⁹.

Al asumir la existencia de dos regímenes diferenciados por voluntad del legislador, el del matrimonio y el de la convivencia *more uxorio*, los cuales son reflejo de la capacidad de elección de las personas respecto del ejercicio de su derecho a contraer matrimonio, reconoce que las relaciones de convivencia *more uxorio* no son una institución ni está jurídicamente garantizada, tampoco existe un derecho constitucional expreso para su establecimiento²⁵⁰.

Prosiguiendo con la sentencia en estudio, el punto que a continuación se enuncia me parece de peculiar importancia por tal motivo estimo mejor citarlo de manera textual: “Para determinar si la reforma objeto de este recurso vulnera el derecho a contraer matrimonio, ha de partirse de la certeza de que la misma ha introducido importantes matices respecto del derecho constitucional. Decíamos anteriormente, evocando nuestra jurisprudencia previa, que siendo un derecho de titularidad individual no lo es de ejercicio individual, puesto que exige de otra persona para realizarse y del consentimiento mutuo libremente expresado por los contrayentes dentro de los límites que se deriven de la configuración legal que realiza el Código Civil (...) de los requisitos para contraer matrimonio.

Dejando de lado el debate sobre si las personas homosexuales gozaban ya del derecho a contraer matrimonio antes de la reforma legal aquí analizada, resulta evidente que la nueva redacción del Código Civil que introduce la Ley 13/2005(...) permite que el ejercicio del derecho se concrete con una persona del mismo sexo.

²⁴⁸ STC 198/2012, *Ibidem*, p. 29.

²⁴⁹ ATC, Sala segunda, núm. 204/2003, de 16 de junio de 2003 (RTC 2003, 204): “Si bien es cierto que doctrinalmente cabe extraer del art. 32.1 CE el derecho a no casarse, no sólo como derecho de libertad negativa, en cuanto exige a los poderes públicos su no proscripción y que no sea directamente impedido, sino también como libertad positiva, es decir, que los poderes públicos estarían obligados a promover las condiciones necesarias para su efectivo ejercicio, lo cierto es que tal solución contrasta con la doctrina constitucional existente, hasta el momento, en este punto. En este sentido...«el matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1), cuyo régimen jurídico corresponde a la Ley por mandato constitucional (art. 32.2). 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 suma, el contenido de la libertad de contraer (o no contraer) matrimonio se limita a asegurar la capacidad de elección, a impedir el mandato o la imposibilidad absoluta, pero no a asegurar a quien la ejercita en un determinado sentido los mismos efectos que se atribuyen a quien lo hace en otro. Ello explica que, pese a la identidad de los sujetos titulares de la libertad, el contenido de la libertad positiva y negativa no tenga por qué ser homogéneo, y que el legislador ordinario pueda atribuir, como es el caso, consecuencias a una y a otra manifestación, y hasta que la primera se constituya en un auténtico derecho subjetivo, mientras que la segunda no sea más que una mera libertad jurídica, integrada en el mismo derecho fundamental, y cuyo contenido se ciñe a la posibilidad de optar o a la existencia de una alternativa de acción”.

²⁵⁰ STC 198/2012. *Ibidem.*, p. 29.

No estamos, pues ante una cuestión relativa a la ampliación del elenco de titulares del derecho individual, sino ante una modificación de las formas de su ejercicio. Por tanto, es preciso determinar si la citada modificación supone un ataque al contenido esencial del derecho fundamental.”²⁵¹

A continuación de dicha exposición se prosigue aludiendo al matrimonio como garantía institucional, dejando atrás su análisis como derecho fundamental con un análisis que mi juicio aunque intenta abocarse al contenido del derecho, no fundamenta cual es el contenido del matrimonio como garantía y como objeto de un derecho de carácter subjetivo. Sin embargo, procura justificar la necesidad de reconocer plenamente el derecho subjetivo, olvidando que dicho derecho se ejerce en relación a un objeto, el matrimonio, una realidad que en caso de ser modificada sustancialmente deja de ser, aunque su nombre permanezca. Prosigue la interesante sentencia con: “Coincide substancialmente con la dimensión objetiva del derecho constitucional al matrimonio, puesto que ambas nociones, contenido esencial y garantía institucional, se solapan al definir el matrimonio, aunque dogmáticamente su naturaleza sea diferente. Por eso, una vez establecido que la garantía institucional del matrimonio permanece intacta con la nueva regulación legal, ello nos conduce a entender que también la dimensión objetiva del derecho permanece inalterada, debiendo dirigir nuestra reflexión exclusivamente hacia la dimensión subjetiva del mismo, que impone al legislador, que debe preservarla, la obligación negativa de no lesionar la esfera de libertad que contiene el derecho...”²⁵².

Bajo este prisma la aprobación de la Ley 13/2005 no supone tanto una limitación del derecho al matrimonio como una modificación de las condiciones de ejercicio. Ahora bien, debemos preguntar frente al cuestionamiento de si la regulación impugnada impide el ejercicio del derecho por parte de las personas heterosexuales, en las mismas condiciones en que anteriormente lo ejercían, afectando por tanto al contenido esencial de ese derecho, y la respuesta a esta cuestión ha de ser negativa: “El reconocimiento del derecho al matrimonio a todas las personas, independientemente de su orientación sexual, implica la posibilidad para cada individuo de contraer matrimonio con personas de su mismo sexo o de diferente sexo, de manera que ese ejercicio reconozca plenamente la orientación sexual de cada uno. Ello no afecta al contenido esencial del derecho, porque el que puedan contraer matrimonio entre sí personas del mismo sexo ni lo desnaturaliza, ni lo convierte en otro derecho, ni impide a las parejas heterosexuales casarse libremente, o no casarse.

Las personas heterosexuales no han visto reducida la esfera de libertad que antes de la reforma tenían reconocida como titulares del derecho al matrimonio, puesto que con la regulación actual y con la anterior, gozan del derecho a contraer matrimonio sin más limitaciones que las que se deriven de la configuración legal de los requisitos para contraer matrimonio que realiza el Código Civil.

²⁵¹ STC 198/2012. *Ibidem*, pp. 29 y 30.

²⁵² STC 198/2012. *Ibidem*, p. 30.

Sin embargo, las personas homosexuales gozan ahora de la opción, inexistente antes de la reforma legal, de contraer matrimonio con personas del mismo sexo, de tal modo que el respeto a su orientación sexual encuentra reflejo en el diseño de la institución matrimonial, y por tanto su derecho individual a contraer matrimonio integra también el respeto a la propia orientación sexual. De este modo se da un paso en la garantía de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad²⁵³.

Lo anterior permite adentrarse en una esencial conclusión cual es que el Legislador, a juicio del Tribunal simplemente está regularizando dentro de los márgenes de configuración que la propia Constitución le establece cómo límites²⁵⁴.

Frente a esta afirmación no estoy de acuerdo, por cuanto el Legislador no puede evitar al legislar hacer una reflexión profunda, de cariz antropológico, no se trata simplemente de regular e interpretar que si la Carta Marga no prohíbe expresamente algo, entonces lo permite, por cuanto estamos en los recintos del Derecho Público, es necesario un mandato claro y si no lo es entonces debiese buscarse reformar el Código político.

Expresa en un voto particular OLLERO TASSARA que toda actividad jurídica no es sino filosofía práctica. Evoca a un imperio de radicalismo individualista que resulta contraproducente y que por lo demás “dificulta la adecuada articulación entre instituciones jurídicas, rebosantes de exigencias sociales, y derechos individuales, haciendo que los segundos conviertan en irrelevantes a las primeras. No me parece acertado tratar a determinadas instituciones jurídicas como si fueran mero corolario de los derechos y no más bien razón de su fundamento, abocando a una contraposición simplista entre limitación o ampliación de derechos individuales.

Esta deriva individualista instrumenta hoy una nueva versión de uso alternativo del derecho. El indiscutible imperativo del artículo 14 CE se convertiría en fuente de nuevos derechos destinados a eliminar las discriminaciones más arraigadas.

²⁵³ STC, Pleno, núm. 212/2005, de 21 de julio de 2005 (RTC 2005,212): “De la legislación orgánica aludida se desprende que el sistema de becas constituye un instrumento esencial para hacer realidad el modelo de «Estado social y democrático de derecho» que nuestra Constitución impone (art. 1.1), determinando en consecuencia que los poderes públicos aseguren que la igualdad de los individuos sea real y efectiva (art. 9.2 CE). De este modo se garantizan también la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) que suponen la base de nuestro sistema de derechos fundamentales.”

²⁵⁴ Voto particular que formula el Magistrado D. ANDRÉS OLLERO TASSARA respecto a la Sentencia del Pleno de fecha 6 de noviembre de 2012 dictada en el Recurso de Inconstitucionalidad, núm. 6864/2005, p. 41: “Resulta llamativo que se afirme en la Sentencia con toda rotundidad que la heterosexualidad reflejada en el artículo 32 CE no excluye la homosexualidad, aun apuntando que esto «no significa que implícitamente acogiera el matrimonio entre personas del mismo sexo, si nos limitamos a realizar una interpretación literal y sistemática, pero tampoco significa que lo excluyera» (F. 8). Se busca para ello amparo en que no todo lo que la Constitución no contempla es necesariamente inconstitucional; pero es claro que lo será lo que prive de todo sentido a lo que sí contempla”.

El intento de reconocer el carácter heterosexual del matrimonio, «ex» artículo 32 CE, y un derecho constitucional a contraer uno homosexual alternativo, ex artículo 14 CE, no ha dejado huella en la Sentencia por no encontrar apoyo significativo durante su deliberación. La Sentencia no deja sin embargo de dibujar un recorrido al que sería absurdo plantear objeción alguna: partiendo de unas relaciones homosexuales criminalizadas (F. 11), que ninguna de las partes ha defendido, se supera su mera conversión en un no prohibido agere licere, para elevarlas a fuente de derechos, capaces de desvirtuar a su servicio una milenaria institución social.

El radicalismo individualista lleva esta instrumentalización, no reconociendo al matrimonio función más importante que la de otorgar reconocimiento social a conductas injustamente discriminadas. Comparto íntegramente la legítima aspiración a erradicar la injusta discriminación de las personas que suscriben una orientación homosexual. Lo que nunca suscribiré es que el fin justifique los medios, imperativo obligado de cualquier versión de uso alternativo del derecho. El respeto a una determinada orientación sexual, que lleva a mantener unas relaciones ajenas al matrimonio, no obliga a reconocer la posibilidad de contraerlo”²⁵⁵.

Sin embargo, el Tribunal estima que la ley al modificar el régimen de ejercicio del derecho constitucional al matrimonio no afecta a su contenido, ni menoscaba el derecho al matrimonio de las personas heterosexuales, habida cuenta de que la Ley recurrida no introduce ninguna modificación material en las disposiciones legales que rigen los requisitos y efectos del matrimonio civil de personas de sexo diferente, y sin que la opción adoptada suponga denegar a cualquier persona o restringir el derecho constitucional a contraer o a no contraer matrimonio.

Consecuentemente, el intento de hacer derivar del principio de igualdad específicamente consagrado en el art. 32.1 la no exigencia del requisito de la heterosexualidad en el matrimonio no resiste un análisis sistemático del precepto, en contra de lo que algún autor plantea como hipótesis²⁵⁶, no puede ser en ningún caso considerada como una interpretación equivocada de la misma. El carácter estructuralmente abstracto y abierto, propio de las normas que enuncian derechos constitucionales (repárese, en un contexto cercano, en la conocida idea de derecho fundamental como garantía de posibilidades²⁵⁷), ampara la validez de diversas posibles concreciones de las mismas, lo que no autoriza, sin embargo, a violentar el sentido de la norma más allá del que pretendió conferirle el constituyente²⁵⁸.

²⁵⁵ OLLERO TASSARA, A.: cit, p. 39.

²⁵⁶ IBAN, C. L.: “El matrimonio en la Constitución”, *Revista de Derecho Privado*, octubre, Madrid, 1980, p. 139.

²⁵⁷ DE OTTO Y PARDO, I.: *Derecho Constitucional. Sistemas de fuentes*, Ed. Ariel, Barcelona, 1995, p. 41. ²⁵⁸ MARTÍN SÁNCHEZ, M.: *Matrimonio homosexual y Constitución...*, cit., p. 124. “El punto de partida, por lo tanto, sería la proclamación constitucional de un concepto de matrimonio heterosexual, por lo que resulta de crucial importancia la determinación de la naturaleza del elemento heterosexual. Esto es, determinar si elemento heterosexual del matrimonio proclamado en el artículo 32.1 de nuestro Texto Constitucional, ha de considerarse elemento subyacente de la noción constitucional de matrimonio, prescindible para el legislador, llegado el caso, por exigencias constitucionales de mayor índole capaces de superar un juicio de

En caso de adoptar el criterio de que la heterosexualidad forma parte integrante del reducto esencial del matrimonio, la inadmisión del matrimonio homosexual no constituiría violación del principio de igualdad pero no cabría decir lo mismo de la negación a un ciudadano homosexual, precisamente en atención a su calidad de tal, de su derecho a contraer matrimonio con una persona de distinto sexo.

Paralelamente, la asunción de la heterosexualidad como parte del núcleo esencial de la institución impediría entender que la falta de reconocimiento del matrimonio homosexual conlleva un menoscabo del principio de libre desarrollo de la personalidad, puesto que lo que en tal caso reclamaría la vigencia de ese principio no es sino la prohibición de establecer restricciones arbitrarias o injustificadas a la libertad matrimonial²⁵⁹.

El proceso de vaciamiento institucional del matrimonio civil en el Derecho español, la pérdida de buena parte de los caracteres que tradicionalmente poseía como consecuencia del influjo de las construcciones canónicas en la paulatina conformación histórica del modelo, es hoy, y lo viene siendo desde hace algún tiempo, un hecho incontrovertible, que justifica plenamente el que se haya podido hablar, como se ha visto, de una grave crisis de identidad del concepto civil de matrimonio.

Realizar la propia vida con otro y con otros no es una posibilidad añadida y opcional para la persona, sino que está inscrita en su misma realidad. Aquí arranca el análisis de cómo la conyugalidad arraiga en el mismo ser personal, en su posibilidad de apertura real a otro, en su orientación al otro y en su capacidad de encuentro con el otro. A su vez esta apertura intencional que permite el encuentro es lo que posibilitará la fundamentación de la misma persona haciéndose tal²⁶⁰, así lo expresa DOMÍNGUEZ PRIETO, pero sin duda tal ámbito es más profundo que lo netamente afectivo.

Concluyendo, manifiesto que estando implícita en la noción de la garantía institucional la idea de la asignación a determinadas instituciones de una función social relevante y esencial en el marco del sistema de convivencia diseñado por la Constitución, será preciso determinar si el nuevo modelo de matrimonio desempeña de algún modo dicha función, o si, por el contrario, ha quedado definitivamente certificada su paulatina pérdida de trascendencia comunitaria y su consiguiente reconducción al ámbito de los intereses meramente privados, quedando allí al amparo del sistema de libertades que garantiza la vigencia del principio de autonomía de la voluntad, pero no sujeto a un régimen privilegiado respecto de otros tipos de relación entre particulares.

proporcionalidad; o si por el contrario ha de considerarse elemento definidor, perteneciente a la esencia misma del matrimonio, por lo que su eliminación, desnaturalizaría la idea del matrimonio.”²⁵⁹ DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “Principio de libre desarrollo de la personalidad y ius connubii (A propósito del Auto del Tribunal Constitucional 222/1994)”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1998, pp. 725 y 726.

²⁶⁰ *Antropología de la familia. Persona, matrimonio y familia*, Ed. Biblioteca de autores cristianos, serie Filosofía y ciencia, Madrid, 2007, p. 55.

De llegarse a esta última conclusión, como es natural, carecería de un especial fundamento la mención constitucional del matrimonio, reducido a la condición de ser uno más de los negocios jurídicos entre particulares, y cuya regulación podría entonces dejarse a la ley ordinaria, si bien se nos antoja igualmente innecesaria la declaración en ese caso de un “derecho genérico a la determinación libre de las relaciones personales y sociales”, también denominado “derecho genérico a la afectividad como expresión de unas relaciones personales libres”²⁶¹, derecho este cuya explícita proclamación sería innecesaria, dado el reconocimiento del principio de libre desarrollo de la personalidad y, en general, el régimen común de los derechos fundamentales garantizado en la Constitución.

V. LA REALIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA ADECUACIÓN DEL MATRIMONIO A LA REALIDAD SOCIAL DEL MOMENTO.

Por otra parte, se debe reconocer que también ha habido un traslado del centro de atención, fruto de la lucha continua por la reivindicación y la defensa de las competencias matrimoniales estatales frente al Derecho canónico.

El Estado se ha afanado en centrar su propio cometido y desarrollar su concepción matrimonial de Estado personalista, que tiene en su punto de mira los derechos de sus ciudadanos derivados de su propia dignidad como personas, y necesarios para el libre desarrollo de la personalidad; cuestiones ambas, dignidad y libre desarrollo, que sustentan la libertad de conciencia individual de todos ellos.

Para FERNÁNDEZ-CORONADO este sin duda, es el punto clave, que marca no sólo la definitiva madurez del sistema, sino el inicio de lo que ha denominado derechos de secularización de segunda generación²⁶², que derivan directamente de esta toma de conciencia por parte del Estado de su exclusiva competencia legislativa y jurisdiccional, consecuencia de su plena soberanía y ajena a condicionamientos de cualquier signo.

Este fenómeno, asimismo es lo que se ha denominado como secularización plena y que no se debe confundir con el secularismo, que supondría la prolongación del proceso secularizador más allá de sus debidos límites, en el sentido de negar a la religión el puesto que le corresponde, incluso en una sociedad plenamente secularizada, ya que en tal caso el Estado estaría actuando con la pretensión de invadir un campo que le corresponde a la fe, elevando un mundo desprovisto de todo valor religioso a la categoría de lo absoluto²⁶³.

²⁶¹ Vid. TORRES DEL MORAL, A.: *Principios de Derecho Constitucional español*, Volumen 1, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Madrid, 1992, pp. 398 y 399.

²⁶² FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, A.: “La evolución jurídica del sistema matrimonial español desde la Constitución de 1978 a la admisión del matrimonio homosexual”, *Revista Foro*, núm. 3, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 2006, p. 105.

²⁶³ MARRAMAO CATANZARO, G.: *Poder y secularización*, Ed. Península, Barcelona, 1989, p. 28.

Por el contrario, la secularización lo que hace es permitir al legislador estatal profundizar en su obligación positiva de contribuir a la realización efectiva de los derechos en esta materia, adaptando las leyes a aquellas necesidades que la evolución de los valores de convivencia en las sociedades y la plenitud de desarrollo de los derechos fundamentales de sus ciudadanos puede exigir²⁶⁴.

Son, precisamente, estos dos parámetros, en primer lugar, la realización de derechos fundamentales y, en segundo, la adecuación a la realidad o necesidad social del momento, lo que origina el nacimiento de estos derechos de secularización de segunda generación. Estos derechos de secularización en general pueden ser de muy diverso carácter y una parte de ellos, ha encontrado un importante campo de desarrollo en el ámbito de la bioética, cuestión íntimamente ligada a la libertad de conciencia y a la propia dignidad personal²⁶⁵.

En materia matrimonial, el más claro exponente de estos derechos es, sin duda, la admisión al matrimonio de personas del mismo sexo, porque el *ius connubii* es un derecho inherente a la dignidad de la persona misma, pero la pregunta es ¿puede la orientación sexual, que sin duda tiene directa relación con la dignidad de la persona y lo que ha sido el matrimonio, justificar una transformación del mismo hasta punto de contradecir uno de sus contenidos esenciales, la heterosexualidad?, ¿no hubiera sido mejor proteger esa dimensión de la dignidad humana y proteger al matrimonio mediante la conformación de otra figura jurídica?

²⁶⁴ OLLERO TASSARA, A.: *España: ¿Un Estado Laico? La libertad religiosa en perspectiva constitucional*, Ed. Thomson Civitas, Cizur Menor, 2005, pp. 17 y 18. “En realidad, para poder dar una respuesta al interrogante de si el español es o no hoy en día un Estado Laico habría que realizar un doble análisis. Por una parte, sin duda, ahondar en la concreta regulación de los derechos y libertades fundamentales en la Constitución de 1978; pero también determinar qué habríamos de entender por laico, ya que este socorrido calificativo puede reenviar a planteamientos tan diversos entre sí como la laicidad y el laicismo.- Por laicismo habría que entender el diseño del Estado como absolutamente ajeno al fenómeno religioso. Su centro de gravedad sería más una contaminación - marcada con atisbos de fundamentalismo, sino de abierta beligerancia- que la indiferencia o la auténtica neutralidad. Esa tajante separación, que reenvía toda convicción religiosa al ámbito íntimo de la conciencia individual, puede acabar resultando más que neutra, neutralizadora de su posible proyección sobre el ámbito público. Su versión más patológica llevaría incluso a generar una posible discriminación por razón de religión. Determinadas propuestas podrían acabar viéndose descalificadas como confesionales por el simple hecho de haber encontrado acogida en la doctrina o la moral de alguna de las religiones libremente practicadas por los ciudadanos.- Nada sin embargo, más opuesto a la laicidad que enclaustrar determinados problemas civiles, al considerar que la preocupación por ellos derivaría inevitablemente de una indebida injerencia de lo sagrado en el ámbito público. Así podría estar ocurriendo en la opinión pública española cuando se plantea la defensa de la vida humana prenatal, la libre elección de centros escolares o la protección de la familia monogámica o heterosexual. Esto puede explicar la sorprendente ruindad, gobierne quien gobierne, con que se han apoyado las políticas de apoyo a la familia; precisamente en un país que -en buena parte como reflejo paradójico de años de crisis interna en la Iglesia Católica- ofrece una de las tasas de natalidad más preocupantemente reducidas de Europa.”

²⁶⁵ MARTÍN SÁNCHEZ, I. (Coord.): *Bioética, religión y salud*, Consejería de Sanidad y Consumo, Dirección General de Aseguramiento y Atención al Paciente, Madrid, 2005; MARTÍNEZ MORÁN, N. (Coord.): *Biotecnología, derecho y dignidad humana*, Ed. Comares, Granada, 2003.

Sin perjuicio de ello, la homosexualidad no influyó en el proceso de secularización del matrimonio en sí mismo considerado, porque surge como demanda social y como derecho ligado al libre desarrollo de la personalidad con posterioridad a ese proceso.

La heterosexualidad ya está presente en el matrimonio romano²⁶⁶, que concibe el matrimonio como un acto único de naturaleza consensual sustentado en la *affectio maritalis*, frente a las fórmulas antiguas del matrimonio por etapas²⁶⁷, y se integra en la cristianización del matrimonio como elemento esencial, ligado por el Derecho canónico al fin primario del mismo, constituido por la generación de la prole. Tampoco durante el proceso de secularización del matrimonio la heterosexualidad del mismo se pone en tela de juicio, se da por supuesta. La razón de ello es que el punto esencial de la controversia no residía en la propia institución matrimonial. Se debatía si la unión civil era auténtico matrimonio o si sólo tenía tal carácter la unión canónica, siendo considerada la primera como simple consorcio para los que no pudiesen acceder al matrimonio canónico, por no profesar la religión católica²⁶⁸.

Así y todo, es la plena secularización del matrimonio lo que produce la inversión de esa realidad y es por donde, en su momento adecuado, encuentra el resquicio de entrada el reconocimiento legal del matrimonio homosexual. Sin el proceso de secularización ello hubiera sido imposible. Produciendo una redimensión del mismo, despojándolo de contenidos dogmáticos y morales, haciendo desaparecer los criterios de culpabilidad para la disolución del vínculo y simplificando la propia desvinculación, admitiendo, incluso la simple voluntad unilateral para su consecución²⁶⁹.

Sin duda, se puso sobre el tapete la necesidad de tomar en consideración el pleno desarrollo de los derechos inalienables de la persona en toda su dimensión como elementos determinantes para la configuración jurídica del vínculo, derechos entre los que se encuentra el de contraer matrimonio con independencia del sexo de las personas. Pero también hay que constatar que este impulso definitivo para su entrada en escena está estrechamente ligado a un momento previo: la toma en consideración por los Estados de los derechos humanos, tras la amarga experiencia de la Segunda Guerra Mundial.

²⁶⁶ MURILLO, M.: “Matrimonio y homosexualidad. La constitucionalidad de la Ley 13/2005, de modificación del Código civil español sobre derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo”, en *Laicidades y Libertades*. Escritos Jurídicos (2005), núm. 5, pp. 261 a 314, donde además se recoge un tratamiento pormenorizado y riguroso de la evolución del tratamiento de la homosexualidad, desde su denominación como enfermedad mental a su consideración como un rasgo que define la identidad personal.

²⁶⁷ GAUDEMET, J.: *El matrimonio en Occidente*, Ed. Taurus, Madrid, 1993, pp. 37 y siguientes.

²⁶⁸ En estos términos se refería al matrimonio civil el Preámbulo del Decreto de 9 de febrero de 1875 sobre el establecimiento de un sistema de matrimonio civil subsidiario.

²⁶⁹ Vid. En *Laicidad y Libertades*, número 5, 2005, pp. 9 y siguientes.

El desarrollo de los llamados derechos humanos primarios por el Estado laico (libertad, igualdad, dignidad humana, etc.) permitió el nacimiento y reconocimiento estatal de otros derechos humanos de segunda generación enraizados en los anteriores, donde ya se encontraba el libre desarrollo de la personalidad, aunque constitucionalmente en el ámbito español no se enfocó tanto como un derecho propiamente tal, sino que, como principio.

Ya desde la última década del siglo XX se habían dejado sentir voces en el aspecto internacional sobre esta cuestión. En febrero de 1994, el Parlamento Europeo llamó la atención sobre la necesidad de que los Estados miembros de la Unión tomaran las medidas precisas para garantizar la igualdad de trato de sus ciudadanos con independencia de su orientación sexual, extremo que fue reiterado en abril de 2003, reseñando la discriminación que suponía la prohibición a los homosexuales de contraer matrimonio o de adoptar niños²⁷⁰, y algunos Estados europeos incorporaron a su Derecho tempranamente el matrimonio sin discriminación por razón de sexo²⁷¹.

También la Constitución Europea de 1994 en su artículo 2, relativo a los valores de la Unión, establece el respeto a la dignidad humana como el principio de estos valores, junto a la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de Derecho y el respeto de los derechos humanos, valores que el propio artículo inserta en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la no discriminación.

Si a esto se une que la Carta de los Derechos humanos de la Unión del año 2000, que integra la Segunda Parte de la mencionada Constitución, recoge expresamente el respeto, la protección y la inviolabilidad de la dignidad de la persona humana como primero de sus contenidos, e introduce por primera vez en un texto de ésta índole la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual²⁷², parece claro que la evolución de los derechos fundamentales y su ahondamiento en la radical libertad del individuo, demandada por la sociedad actual, transforma la configuración clásica del matrimonio.

La Ley 30/2005, de 1 de julio, modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, estableciendo que éste tendrá los mismos requisitos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo, y hace derivar este derecho del propio artículo 32.1 CE, ya se ha dicho en varias oportunidades, pero debe resaltarse que el Constituyente no tuvo en su mente al matrimonio homosexual.

²⁷⁰ Vid., respectivamente, Resolución A.3-0028/94, de 8 de febrero, sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y las lesbianas en la Comunidad Europea, y Resolución A-.5-0281/2003, de 9 de abril, sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea.

²⁷¹ Por ejemplo, Holanda, mediante la Ley de apertura del matrimonio de 21 de diciembre de 2000, o Bélgica, con la Ley de apertura del matrimonio para personas del mismo sexo de 13 de febrero de 2003.

²⁷² Vid. Art. II. 21 de la Constitución Europea.

Está claro que el Legislador interpreta esta norma conforme a dos parámetros esenciales, el primero es la convivencia en pareja como cauce adecuado al libre desarrollo de la personalidad en condiciones de igual libertad, y la adaptación a la realidad social del tiempo en que ha de aplicarse la norma. Según FERNÁNDEZ - CORONADO, es el propio carácter personalista que modela los derechos fundamentales de la persona en el texto constitucional lo que provoca esta interpretación²⁷³. Lo anterior es consecuencia de la secularización matrimonial, debido a que sólo cuando el Legislador estima que se ha liberado de presupuestos ajenos y ahonda en la esencia constitucional que le es propia, es que está en condiciones de percibir la necesidad de cambiar algunas concepciones tradicionales cuando no se adecuen al desarrollo integral de los ciudadanos en el contexto social del momento, lo que impide el apoyo jurídico.

DE VERDA Y BEAMONTE es de la opinión que tal exégesis es inadecuada²⁷⁴, para ello da a conocer las siguientes razones:

1. Ante todo, el art. 32.1 CE, a diferencia de otros preceptos del Capítulo segundo del Título primer de la Constitución, refiere el derecho a contraer matrimonio, no a la persona humana *in genere* (no usa una fórmula del tipo “todos tienen derecho a contraer matrimonio”), sino específicamente al “hombre” y a la “mujer”. La mención sexuada de los titulares de *ius nubendi* (que no aparece respecto de los restantes derechos fundamentales), sin duda debe ser interpretada en el sentido de que la Constitución refiere el derecho a contraer matrimonio, exclusivamente, a dos personas de distinto sexo²⁷⁵.

2. Por otro lado, la fórmula empleada por el art. 32.1 CE, al reconocer el derecho a contraer matrimonio, coincide con la de los principales textos legales internacionales en materia de derechos humanos, que al consagrar el *ius connubii*, refieren dicho derecho al hombre y a la mujer, sin que utilicen la fórmula “entre sí”, lo cual no ha sido óbice para que siempre se haya considerado que dichos textos contemplan, exclusivamente, el matrimonio entre personas de sexo contrario²⁷⁶.

Así, a tenor del art. 16.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión a casarse y fundar una familia”.

²⁷³ FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, J. A.: *La evolución jurídica del sistema matrimonial español desde la Constitución de 1978 a la admisión del matrimonio homosexual*, cit., p. 110.

²⁷⁴ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “El libre desarrollo de la personalidad como principio inspirador de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio”, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (Coord.): *Comentarios a las Reformas de Derecho de Familia de 2005*, Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 38.

²⁷⁵ Cfr. POUS DE LA FLOR, M. P.: *La institución familiar en las parejas del mismo sexo*, Ed. La Ley, T. 3, Madrid, 2005, pp. 1882 a 1895.

²⁷⁶ Cfr. HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C.: *Cambio revolucionario en una institución milenaria: del matrimonio heterosexual al matrimonio homosexual*, La Ley, T. 3, 2006, pp. 1875 a 1884; CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Matrimonio entre personas del mismo sexo y Derecho internacional privado español*, Ed. La Ley, T. 1, Madrid, 2006, pp. 1149 a 1164.

Según el art. 12 del Convenio de Roma sobre protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, “a partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia”; y conforme al art. 23.2 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de Nueva York, de 18 de diciembre de 1966, “se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia”.

3. Por último, el Tribunal Constitucional, en el auto 222/1994²⁷⁷, al enjuiciar la regulación del matrimonio del Código Civil, anterior a la reforma operada por la Ley 13/2005, ha afirmado “la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador de matrimonio”, declarando, además que “la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento: todo lo contrario al matrimonio entre un hombre y una mujer que es un derecho constitucional (art. 32.1) que genera *ope legis* una pluralidad de derechos y obligaciones”.

Sobre esta última consideración no está de más decir que el parecer del Tribunal Constitucional evolucionará de conformidad a su composición, y por ende sus decisiones e interpretaciones podrán sufrir modificaciones.

Por lo tanto, el Tribunal, aparte de contraponer “el matrimonio entre un hombre y una mujer” a “la unión entre personas del mismo sexo biológico”, parece admitir que el art. 32 CE contempla exclusivamente, “el concepto tradicional de matrimonio entre dos personas de distinto sexo”²⁷⁸.

No hay pues duda que la lectura del precepto lleva a la clara conclusión de que el matrimonio protegido por la Constitución es la unión entre un hombre y una mujer, opina DE VERDA Y BEAMONTE²⁷⁹.

²⁷⁷ATC, Sala Primera, Auto núm. 222/1994 de 11 julio de 1994, (RTC 1994,222 AUTO). “En suma, se debe admitir la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial, tal como prevé nuestro Código Civil; de tal manera que los poderes públicos pueden otorgar un trato de privilegio a la unión familiar constituida por hombre y mujer frente a una unión homosexual. Lo cual no excluye, que por el legislador se pueda establecer un sistema de equiparación por el que los convivientes homosexuales puedan llegar a beneficiarse de los plenos derechos y beneficios del matrimonio, tal como propugna el Parlamento Europeo.”

²⁷⁸En este sentido se pronunció el Ministro de Justicia en el debate de totalidad al defender el Proyecto de Ley (BOCG Congreso de los Diputados, serie A, número 18-1, de 21 de enero de 2005, p. 3771), quien, a propósito del art. 32.1 CE, dice lo siguiente: “Afirma que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. Y creo poder decir que el sentido de esta redacción es el de reaccionar contra toda una historia de discriminación, sí, pero entre el hombre y la mujer”; más adelante añade: “Lo que establece el artículo 32 es una afirmación rotunda, la plena igualdad jurídica entre los contrayentes del matrimonio. No excluye la posibilidad de un matrimonio ente dos personas del mismo sexo”.

²⁷⁹La mención al “hombre” y a la “mujer” aparecía ya en el art. 27 del Anteproyecto de Constitución (precedente del art. 32.1 CE); y durante la tramitación parlamentaria del precepto se rechazaron diversos votos particulares y enmiendas, que sin conseguirlo, pretendieron sustituir la referencia al hombre y a la mujer, por expresiones asexuadas como “contrayentes” o “cónyuges” sin duda, con la finalidad de evitar la constitucionalización de la nota de

Sin duda, el elemento teleológico es un criterio exegético, que ha de ser tenido en cuenta en la interpretación de las normas y por consiguiente en las constitucionales. No obstante su utilización ha de ser cautelosa, sobre todo considerando las recién indicadas reformas, porque, de lo contrario, se puede llegar a la más absoluta inseguridad jurídica, descartando de una manera más simplista los rígidos procedimientos previstos para la reforma constitucional. De conformidad a este razonamiento, debe presumirse que la letra de la Ley expresa la intención del legislador, de modo que hay que atenerse a ella, a no ser que su interpretación literal conduzca a atribuirle un sentido diverso del que corresponda a su razón de ser, es decir, a la finalidad que la norma se proponga alcanzar.

Mi opinión es que la *ratio* del art. 32.1 CE, no era establecer exclusivamente la igualdad entre cónyuges, amparándose en el libre desarrollo de la personalidad de cada uno de ellos, aunque desde luego, ésta era una de sus finalidades más destacadas, marcando, así, una directriz, que sería desarrollada por las reformas del Código Civil operadas por las Leyes 11/1981, de 13 de mayo, y 30/1981, de 7 de julio²⁸⁰

En la línea con las modernas constituciones y textos internacionales en materia de protección de derechos humanos, el art. 32.1 CE proclama expresamente la *libertas matrimonialis*, dentro de la cual se sitúa el *ius nubendi*, que constituye una de las máximas expresiones de libre desarrollo de la personalidad en la medida en que tutela un interés fundamental de la persona a constituir una familia, en este caso matrimonial y a desenvolver en ella la propia personalidad²⁸¹.

En el precepto se subsume así la libertad nupcial positiva o derecho a contraer matrimonio de donde resulta que el *ius connubii* no puede ser desconocido ni menoscabado. Pero también la libertad nupcial negativa que comprende el derecho a no contraer matrimonio, o más exactamente, la libertad que tiene todo individuo de permanecer soltero²⁸².

heterosexualidad del matrimonio.

²⁸⁰Ahora bien centrar, exclusivamente, la *ratio legis* en la constitucionalización del principio de igualdad entre Los cónyuges, me parece inadecuado, ya que, de este modo, no se contempla en su integridad de todo el significado jurídico que tiene la consagración del *ius connubii* como derecho fundamental: no desde luego en su aspecto axiológico u objetivo pero tampoco en su dimensión subjetiva y personal.

²⁸¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE y DE ALDAZ, C.: “A cada uno su familia, a cada familia su derecho (aproximación funcional a las nuevas formas de familia y elogio de la diversidad)”, *Nuevos modelos de familia en Teoría & Derecho*, núm. 2, 2007, pp. 29 a 47.

²⁸² Cfr. MARTÍN SÁNCHEZ, I.: “Derecho a convivir en pareja y libertad de conciencia”, en MORALES MORENO, A. M. y MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. (Dir.): *Derecho, sociedad y familia: cambio y continuidad*, Servicios de Publicaciones, UAM, Madrid, 2007, pp. 159 a 188.

El punto de conexión entre libertad nupcial y libre desarrollo de la personalidad es bastante claro, puesto que la libertad matrimonial, dentro de la cual se sitúa el *ius nubendi*, constituye una de las máximas expresiones del principio en cuestión, en la medida en que tutela un interés fundamental de la persona a constituir una familia fundada o no en el matrimonio y a desenvolver en ella la propia personalidad²⁸³. En relación con esta idea, ROCA I TRÍAS²⁸⁴, afirma que el principio del libre desarrollo de la personalidad, reconocido en el art. 10 CE, refuerza la base constitucional del divorcio. Así, cuando desaparece el consentimiento que sostiene el matrimonio, el interés individual en la disolución prevalece sobre el interés de la pareja en el mantenimiento del matrimonio, porque éste ha dejado de tener razón. De acuerdo, por tanto, con el principio del libre desarrollo de la personalidad, lo que se garantiza constitucionalmente es que el interés legítimo de los individuos quede protegido frente al inexistente interés de grupo. Esto ocurre con el del menor y con el de los individuos mayores de edad. Para la autora recién mencionada, decir que la familia matrimonial debe ser protegida contra los derechos fundamentales de sus miembros sería tanto como vulnerar el principio del libre desarrollo de la personalidad, que implica la protección de los derechos fundamentales de los individuos.

Desde esta perspectiva, la *libertas matrimonialis* alcanzaría especial significación en el concreto plano del consentimiento que, sin duda, constituye el elemento básico del negocio matrimonial (art. 45 CC). La institución del matrimonio está animada por el principio fundamental de absoluta libertad de los individuos, plena libertad (hasta la perfección del acto) incluso claro está para decidir no contraerlo.

²⁸³ La libertad de opción entre estado civil de casado o de soltero es uno de los derechos fundamentales más íntimamente vinculados al libre desarrollo de la personalidad, considerado por la Constitución fundamento del orden político y de la paz social"; Cfr. STC (núm. 184, 1990). "La posibilidad de optar entre el estado civil de casado o de soltero está íntimamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la CE), de modo que el Estado no puede imponer un determinado estado civil"; ARECHEDERRA ARANZADI, L. I.: *El consentimiento matrimonial (Comentario al art. 45 del Código civil)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1989, pp. 29 y 30. El autor evidencia la consideración del matrimonio como un cauce idóneo para el desarrollo de la propia personalidad de los contrayentes. Para el autor, "el *ius nubendi* -derecho a casarse- se presenta como una proyección de la persona", que, "entre otras cosas, supone el modo común de resolver la propia intimidad". Y añade: "su catalogación como fundamental no desvirtúa (...) la estricta componente personalísima de este derecho a contraer que responde a un interés, por íntimo, privado"; LUNA SERRANO, A.: "La reforma de la legislación matrimonial", en V.V.A.A.: *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del libro primero del Código civil*, LACRUZ BERDEJO, J. L. (Coord.), Ed. Civitas, 2ª edición, Madrid, 1994, pp. 15 a 17, considera el principio de libertad nupcial (consagrado en el art. 32.1 de la CE.), "una de las más significativas manifestaciones del libre desarrollo de la personalidad (...) por las connotaciones psicológicas y afectivas de la vida en común que se establece en el matrimonio", estimando el autor que el principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad ha inspirado la supresión de los impedimentos de impotencia y afinidad, así como la introducción al divorcio.

²⁸⁴ "Familia, Formas familiares y Economía. Dos ensayos sobre metodología del derecho de familia" en ROCA I TRÍAS, E. y GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: *Patrimonio matrimonial en matrimonios indisolubles*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010, pp. 70 y 71.

La libertad matrimonial exige que ninguna persona deba asumir el estado civil de casado y las consecuencias jurídicas, personales y patrimoniales, que conlleva, contra su voluntad. Quien contrae matrimonio debe ser plenamente consciente del acto que realiza y consentir con entera libertad en todas las consecuencias jurídicas que de dicho acto derivan. La solución contraria pugnaría con la concepción del matrimonio como cauce al servicio del libre desarrollo de la personalidad del ser humano: la naturaleza misma del matrimonio exige la espontaneidad y la libertad del querer²⁸⁵.

Las normas que garantizan la libertad nupcial desde la perspectiva de la protección del consentimiento matrimonial son diversas²⁸⁶.

La Ley 30/1981, de 7 de julio, estableció una normativa protectora del consentimiento, que confirma la calificación del matrimonio como un acto de autonomía privada encaminado a actuar por intereses personalísimos de los contrayentes, el cual es observado ya sea en la nulidad del instituto, por falta de consentimiento, artículos 45 y 73.1, ya sea en la separación, donde los cónyuges pueden evitar cumplir el deber de convivencia por un acuerdo privado, sin necesidad de sentencia judicial, artículo 82 en relación al 86 CC.

De tal manera que la consagración del *ius connubii* como derecho fundamental, art. 32 CE, constituye la garantía de que el matrimonio es un instituto al servicio de la persona lo cual potencia su carácter de vía para el desarrollo de la personalidad.

En el Derecho español, la homosexualidad, ha dejado de ser un elemento esencial para la constitución del consentimiento matrimonial, al desaparecer como trastorno psicológico que determina una incapacidad para contraer el vínculo, perdiendo asimismo el carácter de impedimento matrimonial que le había otorgado la Ley 7 de julio de 1981²⁸⁷, para insertarse en la propia dignidad de la persona, como derecho

²⁸⁵ Los convenios internacionales en materia de derechos humanos, los cuales deben ser tenidos en cuenta para interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales consagrados por la Constitución (art. 10.2º de la CE), no pueden ser más reveladores. El artículo 16.2 de la Declaración universal de derechos humanos de 10 de diciembre de 1948 dispone que “Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio”. Análoga declaración encontramos en el art. 10.1, in fine del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales de Nueva York de 16 de diciembre de 1966, a cuyo tenor, “el matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges”, así como en el artículo 23.3 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de Nueva York de igual fecha, según el cual “el matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes”. Se da, además, la circunstancia de que dichas declaraciones aparecen en el mismo artículo inmediatamente después de la consagración del derecho de los hombres y mujeres a casarse y a fundar una familia, con lo que se confirma la consideración de las normas de protección del consentimiento matrimonial como normas de libertad.

²⁸⁶ El art. 43 del Código Civil suscita la cuestión de determinar la naturaleza de la obligación, en cuya virtud el promitente, que incumple sin justa causa la promesa cierta del matrimonio, debe resarcir al promisorio de los gastos hechos y de las obligaciones contraídas en atención al matrimonio proyectado. Dicha norma parece presentar problema de coordinación con la contenida en el art. 42 del Código Civil, que sanciona la incoercibilidad de la promesa de matrimonio, al establecer que los esponsales no son vinculantes en el plano jurídico considerarlos un verdadero negocio jurídico de Derecho de familia.

²⁸⁷ MURILLO, M.: *Matrimonio y homosexualidad. La constitucionalidad de la Ley 13/2005, de modificación del*

inherente a su libre desarrollo, eje sobre el que gravitan todos los derechos fundamentales del sistema.

Es la propia letra de la Constitución, al establecer que la dignidad de la persona humana, y el libre desarrollo de la personalidad a través de los derechos que le son inherentes constituyen el núcleo de los demás derechos fundamentales, lo que sin duda permite al Legislador encausar las reformas estudiadas en el Derecho matrimonial. Este es a mi juicio el fundamento que el propio Legislador ha estimado.

Esta dimensión individual como eje del Derecho positivo y su consideración en materia matrimonial ha consolidado la plena secularización del matrimonio, ya lograda brevemente durante la Segunda República, permitiendo afianzar al Estado en su legítima soberanía sobre el tema y, como consecuencia, acabar con la lucha por las competencias en materia matrimonial, largamente mantenida con el Derecho canónico.

En definitiva, el punto de atención se ha desplazado desde la institución a las personas de los cónyuges, colocando a aquella al servicio de los derechos fundamentales²⁸⁸, pero sin duda se ha desvirtuado.

Concluyendo, este punto, podemos afirmar que mediante el principio del libre desarrollo de la personalidad se desenvuelve uno de los hilos conductores de la reforma del Código Civil operada por la Ley 30/1981 de 7 de julio, la cual aparece ya en la Ley 30/1981, de 7 de julio, como bien se sabrá, y que para autores como Luna Serrano provocó una personalización del matrimonio²⁸⁹.

Es más, la inserción de la dignidad de la persona y su libre desarrollo, en la evolución de la sociedad, ha permitido desplazar a la procreación como elemento sustentador de la heterosexualidad del matrimonio y sustituirlo por la afectividad, como base de la relación de pareja y como cauce adecuado de ese libre desarrollo. Esta afectividad mutua presente en el momento del matrimonio, unida a cierta vocación de estabilidad, es lo que constituye la esencia del matrimonio y esta afectividad se produce entre los cónyuges con independencia de cuál sea su orientación sexual.

Código Civil español sobre el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo, cit., pp. 261 a 314; Cfr. PÉREZ ALVAREZ, S.: “La Incidencia de la Ley 13/2005 en el reconocimiento de los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el ámbito de la Unión Europea”, *Revista española de derecho internacional*, Volumen 57, núm. 2, julio-diciembre, 2005, pp. 841 a 867. Por lo demás la *Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado* de 29 de julio de 2005, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo, señala que: “la identidad de sexos en la concepción legal ahora vigente, es elemento vinculado directamente con la propia naturaleza del derecho a contraer matrimonio y, por extensión, de la institución matrimonial y no necesariamente con la capacidad nupcial subjetivamente considerada”.

²⁸⁸ Vid. ROCA I TRÍAS, E.: *Familia, Formas familiares y Economía. Dos ensayos sobre metodología del derecho de familia...*, cit., p. 11 y 12. “En trabajos anteriores dedicados a la materia relacionada con la familia intenté demostrar que el concepto de familia tradicional, ligado a la casa, había sido superado por el sistema constitucional, que al reconocer la efectividad de los derechos fundamentales en las relaciones familiares, desembocaba en un individualismo, en el que el papel “tradicional” de la familia tendía a quedar relegado”.

²⁸⁹ LUNA SERRANO, A.: *Disolución del matrimonio* cit., p. 224.

La consecuencia directa es la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo, que constituye un derecho de secularización de segunda generación, en el lenguaje de FERNÁNDEZ - CORONADO, como ya se mencionó anteriormente, en tanto que lo anterior sólo es posible cuando el Estado ha logrado culminar su proceso secularizador con una autonomía jurídica plena, y puede comenzar a desplegar todo su contenido como protector y promotor de los derechos inherentes a la dignidad autónoma de la persona humana.

VI. EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD EN EL MENOR.

Sin duda el derecho más radical, en cuanto a su raíz y fuente de todos los demás, es el derecho de libertad de conciencia, cuya expresión primera es justamente el derecho de libertad de conciencia y, secuencialmente, al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). Es un derecho predicable no sólo de los menores de edad, pero que cobra especial importancia en relación con ellos, y no es fácil deslindar su contenido ni dibujar sus contornos o límites²⁹⁰.

Aquí tiene su fundamento la especial protección jurídica que el ordenamiento español, incluido por cierto el autonómico²⁹¹, dispensa a la juventud o a la infancia cuando las tipifica como límites del ejercicio de las libertades de información y expresión a pesar de su consideración como garantías institucionales (art. 20.4 C.E.) como límite de la posibilidad de secreto sumarial o de vista oral en los procesos penales.

En relación al derecho a la libre formación de conciencia y la patria potestad en la toma de decisiones por los padres (art. 154), o en su caso por el juez (art. 159), sobre los hijos no emancipados, el Código Civil se refiere al “beneficio de los hijos” como criterio inspirador, añadiéndose en el primer caso “de acuerdo con su personalidad”. No parece ninguna extrapolación entender que esa expresión alude a lo que la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (artículo 3.1) y la Ley Orgánica de Protección de los Derechos del Menor de 1996 llaman “interés superior del niño”, que debe prevalecer sobre cualquier otro interés legítimo (art. 2). Tampoco parece necesario violentar esas expresiones para entender que ese interés del menor, de acuerdo con su personalidad, comprende la libertad emergente, germinal y en proceso de formación del niño y, por tanto, su derecho a la libre formación de su conciencia. Es decir, el interés del menor deber ser puesto en relación con el art. 10.1 de la Constitución, con el principio del libre desarrollo de la personalidad.

²⁹⁰ Vid. ASENSIO SÁNCHEZ, M. A.: *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*, Tecnos, Madrid, 2006; ALÁEZ CORRAL, B.: *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003.

²⁹¹ Art 5.1, Código de Derecho Foral de Aragón, Decreto Legislativo 1/2011: “El menor de edad tiene derecho a su desarrollo y a una formación conforme a su personalidad”.

Si se analiza el art. 16 CE, puede afirmarse que los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencia y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar (arts. 162.1, 322 y 323 CC o el art. 30 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común).

Ahora bien, el principio del libre desarrollo de la personalidad debe ser objeto de una reflexión en el mismo sentido, este principio no es un derecho, no tiene un titular, pero si implica una condición *sine qua non*, un prisma esencial para la interpretación de los derechos fundamentales. El libre desarrollo de la personalidad implica la libertad de conciencia del menor sujeta a su interés fundamental, puede ser restringida por quien tiene la patria potestad o la tutela, siempre y cuando dicha restricción sea conteste al interés mencionado, no al suyo propio²⁹².

Visto desde otros ángulos, en vez de restricciones debe de mencionarse libertad de creencia y proselitismo. Frente a tales prerrogativas de los padres, se alza como límite, además de la intangibilidad de la integridad moral de estos últimos, aquella misma libertad de creencias que asiste a los menores de edad, manifestada en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres o a no sufrir sus actos de proselitismo, o máxime cuando la de éstos pudieran afectar negativamente a su desarrollo personal. Libertades y derechos de unos y otros que, de surgir el conflicto, deberán ser ponderados teniendo siempre presente el “*interés superior de los menores de edad*” (arts. 15 y 16.1 CE en relación con el art. 39CE)²⁹³.

En relación del derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral de sus hijos y el derecho a la libre formación de conciencia este derecho aparece reconocido en al art. 27.3 de la Constitución²⁹⁴.

²⁹² STC, Pleno, núm. 215/1994 de 14 julio de 1994, (RTC 1994,215); STC, Sala 1ª, núm. 260/1994. de 3 octubre de 1994, (RTC 1994,260); STC, Pleno, núm. 60/1995 de 17 marzo de 1995, (RTC 1995,60).

²⁹³ Vid. STC, Sala segunda, núm. 141/2000 de 29 mayo de 2000, (RTC 2000,141); STC, Pleno, núm. 154/2002 de 18 julio de 2002, (RTC 2002,154); STS, Sala de lo contencioso-administrativo, sección 1ª, de 11 febrero de 2009, (RJ 2009,1877); STS, Sala de lo contencioso-administrativo, sección 4ª, de 22 febrero de 2011, (RJ 2011,1260). Vid. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho de la Libertad de conciencia*. Tomo II, *Libertad de conciencia, identidad personal y solidaridad*, Ed. Thomson Civitas, 3ª edición, Cizur Menor, Navarra, 2007, pp. 55 y 56.

²⁹⁴ Vid. CUBILLAS RECIO, M.: “La enseñanza de la Religión en el sistema español y su fundamentación en el derecho de los padres sobre la formación religiosa de sus hijos”, *Laicidad y Libertades*, núm. 2, Universidad Complutense de Madrid, 2002, pp. 157 a 219; ÍD.: “La enseñanza de la religión en el sistema español y su fundamentación en el derecho de los padres sobre la formación religiosa de sus hijos”, *Laicidad y Libertades*, núm. 2, Universidad Complutense de Madrid, 2002, pp. 157 a 219.

De acuerdo con el art. 10.2 de la misma y su interpretación debe hacerse teniendo en cuenta el art. 26.3 DUDH, si bien ambos derechos son bastantes similares no deben confundirse²⁹⁵.

¿Cómo se puede armonizar el derecho que se reconoce a los padres con el derecho de los hijos a la libre formación de la conciencia? Huelga insistir en la evidente afirmación de que los padres no son propietarios o dueños de la conciencia de sus hijos y no menos evidente es que no pueden representarles en el ejercicio de ese derecho, según hemos visto, de acuerdo con el CC, otra cosa es que sean los primeros garantes del libre desarrollo de superpersonalidad.

La contradicción sólo puede salvarse teniendo en cuenta lo que a este propósito dicen la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley Orgánica de Protección de los Derechos del Menor. En la primera, los Estados firmantes se comprometen a respetar los derechos y deberes de los padres de impartir al menor una educación “en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza sus derechos” (art. 5), y más adelante, utiliza para referirse a esos mismos derechos y deberes los términos “guiar al niño en el ejercicio de su derecho” (art. 14.2). En la segunda se tipifica como de cooperación y no de sustitución el deber de los padres de facilitar que el menor ejerza el derecho de libertad y ideológica, de conciencia y religión (art. 6.3)²⁹⁶.

Frente a la formación en valores y libre formación de la conciencia, la educación siempre debe estar encaminada al libre desarrollo de la personalidad, pero también a inculcar en el menor el respeto de los derechos fundamentales de los demás, el respeto a sus padres y a su propia identidad cultural, así como deben prepararle para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz y tolerancia, igualdad de sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos, y personas de origen indígena, tal cual lo manifiesta el art. 29.1, a ello debe añadirse lo estipulado por la CE en su art 27.2 “el respeto a los principios democráticos de convivencia”. Estos valores obligatoriamente deben formar parte de la educación, todos ellos son las semillas básicas donde se desarrolla su personalidad, más las creencias religiosas que sus propios progenitores quieran inculcar en ellos, siempre y cuando no contradigan el interés superior del menor.

La CE considera posible la transmisión de valores religiosos, exceptuados, en todo caso, los contradictorios con los mandatos imperativos que mandan o prohíben algo de la ética mínima común de raíz constitucional. ¿Es compatible con el derecho a la libre formación de la conciencia la transmisión confesional de valores religiosos en edades en que el niño carece de capacidad de discernimiento suficiente para valorar las diferentes alternativas?, ¿no entraña esa transmisión confesional un riesgo o, incluso, un peligro seguro de condicionamiento de esa libertad?, ¿no implica

²⁹⁵ Cfr. STC, Pleno, núm. 5/1981 de 13 febrero de 1981, (RTC 1981,5); Cfr. STC, Pleno, núm. 10/1983 de 21 febrero de 1983, (RTC 1983,10).

²⁹⁶ Cfr. SERRANO POSTIGO, C.: “Libertad religiosa y minoría de edad en el ordenamiento jurídico español”, en *Estudios de Derecho canónico y Derecho eclesiástico en Homenaje al profesor Maldonado*, Universidad Complutense de Madrid, 1983, p. 818.

necesariamente una desprotección y un desprecio de esa libertad?

Sobre estas interrogantes cabe plantearse de que si bien los padres no tienen un derecho sobre sus hijos si tiene el derecho y el deber de educarles en el ámbito religioso y moral de la manera que esté de acuerdo y en armonía con sus propias convicciones.

Por lo que respecta al art. 27.2 de la Constitución, hay que resaltar que el legislador constituyente ha querido ser quizás un poco combativo en materia educativa. FERNÁNDEZ–MIRANDA CAMPOAMOR²⁹⁷, ha sostenido por la naturaleza del proceso educativo, por las personas a las que básicamente está destinado y por su condición de instrumento decisivo en la formación de la personalidad, no sólo se ha querido la educación en libertad, sino también la educación para la libertad²⁹⁸. Consciente de que todo proceso educativo implica transmisión de valores y de pautas de comportamiento²⁹⁹, ha establecido que la finalidad de la educación será el pleno desarrollo de la personalidad³⁰⁰. De todas maneras el apartado 2 del precepto constitucional enlaza directamente con el art. 26 de la Declaración Universal: “La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales: favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz”.

Quizás sea momento de afirmar que el derecho a la educación aparece íntimamente unido a la institución de la patria potestad, al ser las funciones educativas inherentes a la misma, ex artículo 154.1 del Código Civil español.

Volviendo a las interrogantes antes mencionadas, al plantearse la cuestión, de naturaleza bastante controvertida, de si los progenitores pueden imponer a los hijos su modelo educacional o, si, por el contrario la imposición de un determinado modelo educacional a los hijos lesionaría el derecho de éstos a la libre formación de su conciencia, de su personalidad. La respuesta es que, en este sentido y teniendo en consideración los aspectos más importantes que, en relación con la patria potestad como función hay que abordar, es preciso resaltar que el contenido del derecho de los progenitores viene mediatizado, necesariamente y de forma contundente, por su naturaleza de derecho-deber, en cuanto derecho se ejerce siempre frente al Estado, nunca frente a los hijos, y fundamentalmente consiste en poder exigir a la Administración, por un lado, la puesta en funcionamiento de medios necesarios para la satisfacción del derecho a la educación, y por otra parte, que los hijos no reciban una educación contraria a las convicciones de los padres.

²⁹⁷ FERNÁNDEZ–MIRANDA CAMPOAMOR, A.: *El secreto profesional de los informadores*, Tecnos, Madrid, 1990.

²⁹⁸ GARCÍA CARRASCO, J.: “Bases sociales y antropológicas de la educación intercultural”, en *Educación intercultural en la perspectiva de la Europa unida. X Congreso Nacional de Pedagogía*, Salamanca, 1992.

²⁹⁹ CORTINA, A.: “La educación del hombre y del ciudadano”, *Revista Iberoamericana de Educación*, núm. 7, 1995.

³⁰⁰ Cfr. GONZÁLEZ MORENO, B.: *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Ed. Civitas, Madrid, 2002; ÍD.: *Estado de cultura, Derechos culturales, y Libertad religiosa*, Ed. Civitas, Madrid, 2003.

El derecho, asimismo, se extendería a la elección por parte de los progenitores de la enseñanza moral y religiosa que estimaren de acuerdo, pero asimismo tal derecho tendrá un importante límite. Efectivamente, los límites propiamente intrínsecos vendrían determinados por el hecho de que la educación elegida por los padres sea en interés del menor permitiendo su desarrollo como persona, vale decir, que faciliten el libre desarrollo de su personalidad, dentro del ámbito propio de los principios y valores constitucionales, respetando su dignidad.

CONCLUSIONES

Si bien el principal objeto de estudio del presente trabajo ha procurado ser la Familia, esta se ha considerado tan principalmente como una comunidad, sin embargo hoy en día esta no es lo importante, no es lo esencial, hoy en día impera el individuo.

Los individuos, presentan un ser libre, un ser responsable de sus propios actos, un ser creativo inmerso en una historia, este individuo no se encuentra aislado requiere de otros, así se construye como persona. Estas personas presentan necesidades, entre ellas las familiares, estas últimas requieren respuestas y a ellas procura el sistema jurídico. ¿Por qué es importante dar respuesta a tales necesidades? Porque la familia tiene un sentido que resulta manifiesto y que consiste en ser el punto de articulación de lo público y lo privado.

Esta articulación existe debido a que una de las funciones principales del grupo familiar resulta ser la mediación en la personalización de los afectos más profundos del ser humano. No procuro caer en una sensibilidad barata cuando estimo que uno de los principales elementos, aunque no el único, del libre desarrollo de la personalidad son los afectos. Aunque estimo que el corazón de dicha personalidad es algo más, su centro es la integridad de la persona, reconociendo en dicho ámbito sus derechos y deberes, la persona requiere de ambos y ello posibilita que descubra y reconozca su centro, esto es su dignidad.

En la primera parte cuando me refiero a la relación Familia y Derecho, principalmente, aunque también se da cuenta de ella en la tercera parte, procuro partir de cierta concepción antropológica, de matiz personalista, debido que en mi opinión ha sido la que más eficaz y profundamente consigue esta articulación. Una de las funciones principales de la familia es permitir una comunicación de integridades que no hipoteca o condiciona la libertad real de las personas sino que la posibilita hacia un plano superior de entrega responsable, libre e igual, de conformidad a la personalidad que cada uno tiene. Menciono esto porque cuando existe tal comunicación estamos adentrándonos en un nivel de diálogo, en un espacio de igualdad, igualdad de cargas y roles, pero sobretodo igualdad de responsabilidades.

La segunda parte se ha centrado en la persona y en el libre desarrollo de su personalidad y de cómo ha influido en el Derecho de Familia, esto se debe a su íntima relación con la dignidad, ya volveré sobre este punto al final de estas conclusiones.

El significado jurídico de la dignidad de la persona se ha determinado no sólo a través de su propio concepto, sobre todo en ámbito constitucional, sino también en relación con la idea de libertad del individuo. Lo anterior conlleva el respeto por sus propias decisiones, estas a su vez requieren de su autonomía y la necesidad de educarse en ella al interior de la sociedad.

Es fundamental entender la importancia de que al ser toda persona un ser libre, esta libertad es igual para todos en cuanto personas.

Por ello el significado de la dignidad viene dado por la libertad como valor propio e intrínseco de cada hombre, lo cual apunta no únicamente a su desarrollo individual sino a la posibilidad abstracta de tal desarrollo, implica la titularidad de derechos y su ejercicio de manera independiente en diversos aspectos, entre ellos, el afectivo.

En la tercera parte, al referirme entre otras materias a la igualdad, ya sea como derecho, principio o valor, doy cuenta de la importancia que tiene en el entramado social que conforma el Estado de Bienestar, la familia, uno de los pilares que sustenta este Estado. Esta es una de las posibles formas de convivencia, por las que puede optar cada persona de manera libre, por ello las diversas políticas familiares se ampara en la pluralidad y el respeto a las diversas decisiones que impliquen distintas formas de vida.

La protección que dispensa el Estado en sus intervenciones está orientada hacia cada una de las personas que integran las familias, más que a las familias mismas, y estas al dejar de ser la principal unidad de referencia ha provocado que el denominado interés familiar sea muy poco considerado, debido a que lo realmente importante son los intereses de los individuos, tal cual ya se afirmó. Asimismo, la diversas reformas acaecidas en el ordenamiento jurídico familiar pretenden lograr el bienestar de toda la sociedad, y esto implica necesariamente la igualdad social, igualdad entre mujeres y hombres, consiguiendo el desarrollo de medidas, como compartir las tareas domésticas, que permitan conciliar y articular la vida familiar y la vida laboral, entre otras. Enfatizo que el deber de compartir estas responsabilidades domésticas, tal cual ha manifestado GUILARTE MARTÍN - CALERO, responde al principio de igualdad que rige a los cónyuges en sede matrimonial, lo cual a su vez se refleja, en el mismo sentido, en materia de responsabilidad parental, cuando se atribuye a ambos progenitores, sin distinguir la titularidad y el ejercicio de la función o potestad parental. Por lo demás, se ha hecho necesario que tal igualdad imperante durante la relación conyugal sobrevenga en caso de crisis³⁰¹.

En cuanto al matrimonio, este es considerado hoy en día, una construcción social histórica que en el estado actual ha perdido la función relevante de procrear para tener como objeto expresar fines de solidaridad, afecto y asistencia recíproca, tales fines no requieren de una diversidad de sexo, en esta parte también me referí al denominado matrimonio homosexual.

Se sabe que el matrimonio existe en casi todas las sociedades humanas conocidas. Aunque las formas del mismo son variadas según el contexto cultural, este está presente desde el principio de la historia. Es una idea humana prácticamente universal que ha implicado la regulación de la reproducción, de la familia y la sociedad, de allí su importancia.

³⁰¹ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “La regulación de la custodia compartida: una oportunidad para la consolidación de la carrera profesional de las mujeres”, en V.V.A.A.: *Mujeres, contratos y empresa desde la igualdad de género*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 792.

En nuestros tiempos se considera que son los afectos, y no el matrimonio, lo que hace una familia, el matrimonio en la actualidad presenta una naturaleza condicional, de manera que las parejas sólo permanecerían unidas mientras los dos siguen enamorados, mientras su autonomía lo permite.

En este punto me detengo para reflexionar. Estimo que el principio de igualdad ha sido un aporte básicamente público, es decir, proveniente del ámbito constitucional, mientras que la autonomía personal, lo ha sido desde el Derecho Privado y posiblemente ello sea tan notorio y a veces tan complejo de armonizar en el ámbito del Derecho de Familia debido a que si bien se requiere a los individuos, los pueblos, las naciones y los estados para construir un nuevo orden social, más humano, más digno, todos ellos no son suficientes sin la participación de la familia. La familia entonces emerge como espacio de comunicación personal libre, autónomo, donde la personalidad busca su desarrollo y ello se considerará viable siempre que exista una igualdad en la asunción de responsabilidades.

En relación a la autonomía de la voluntad, la cual fue tratada más a fondo en la investigación que dio origen a este trabajo, debe manifestarse que es la fuente esencial básica del Derecho, ya sea para constituir el pacto político social como para fundar una familia, dar comienzo al matrimonio o provocar su término. Esta tiene su fundamento así como su justificación en la capacidad natural de toda persona, como sujeto, para adquirir obligaciones de tinte jurídico, pero esta autonomía no es lo mismo que la libertad, aunque tienden a emplearse como sinónimos, a mi juicio el término autonomía alude más a la inexistencia de coacción externa. Esto resulta muy importante, porque la libertad es también fundamento del Estado de Derecho y de Bienestar constituyendo el terreno propicio para el desarrollo de la personalidad. Libertad es la capacidad de autodeterminación responsable.

Asimismo resalto la relación entre autonomía de la voluntad y matrimonio, bajo el amparo del libre desarrollo de la personalidad. Debido a que se ha configurado un contexto que ha facilitado la disolución, muy distinto a las anteriores concepciones más proclives al mantenimiento de la unión conyugal, ello ha provocado que desaparezca toda injerencia del Derecho Civil en el aspecto personal de la relación, que queda relegado a la esfera íntima de la pareja. Por ello, aunque continúan reconociéndose determinados deberes conyugales de carácter personal, deja de tener trascendencia jurídica su cumplimiento. La ruptura del matrimonio se concibe como una decisión amparada por la libertad de la persona y en tal sentido no puede encontrar trabas, debido a que una mayor libertad individual, es presupuesto indispensable para el libre desarrollo de la personalidad.

En relación con esto, sostengo que, la actual configuración del matrimonio, tanto desde el punto de vista jurídico como social, hace más real la igualdad de los cónyuges, lo cual sin duda es a todas luces positivo y al mismo tiempo fomenta la autonomía de cada uno de ellos destacándose una cierta desconfianza hacia la tradicional interdependencia, olvidando que la vida familiar, nuclear, monoparental, cualquiera que esta sea, necesariamente la implica, y que esta procura civilizar y personalizar cualquier pretensión de ordenar la vida social o política.

Sin duda que el binomio clave en el presente trabajo es: desarrollo de la personalidad y libertad. FERNANDO SESGADO³⁰² señaló en tal sentido que “de la dignidad de la persona fluye el principio de libertad”, lo cual implica la posibilidad de decidir libre y racionalmente el modelo de conducta que se estime adecuado y que tal modelo sea respetado por los demás.

Ante ello, la personalidad actúa como presupuesto de la libertad, lo cual le otorga un significado jurídico a la dignidad, esta es la razón de que la Constitución de 1978 mencione conjuntamente como fundamentos del ordenamiento a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad³⁰³. El hombre al gozar de una personalidad capaz de organizar su vida de manera responsable provoca que su dignidad exija un amplio ámbito para su desarrollo. Esta identificación entre dignidad y personalidad se debe a que la primera está contenida en dicha personalidad. Puede, en tal sentido manifestarse que la dignidad hace suyo el imperativo de que se proteja la personalidad y fomente su desarrollo en el marco político, social y económico, y por supuesto, en el marco familiar.

La personalidad permite que la dignidad se manifieste en el ámbito interno y externo, de tal manera que, el desarrollo de la primera implica un reconocimiento de cómo se es y de cómo se quiere llegar a ser, el Derecho protege este despliegue esencial.

En el ámbito del Derecho de Familia, lo anterior ha tenido consecuencias muy importantes. La inserción de la dignidad de la persona y su libre desarrollo, en la evolución de la sociedad, ha permitido desplazar a la procreación como elemento sustentador de la heterosexualidad del matrimonio y sustituirlo por la afectividad, como base de la relación de pareja y como cauce adecuado de ese libre desarrollo.

Esta afectividad mutua presente en el momento del matrimonio, unida a cierta vocación de estabilidad, es lo que constituye la esencia del mismo y esta afectividad se produce entre los cónyuges con independencia de cuál sea su orientación sexual, así lo ha entendido el legislador, aunque, por otra parte, se ha sostenido que la diferencia de sexo sí importa para la función unitiva de los afectos y la ayuda mutua, pues la complementariedad afectivo – sexual, fundada en la diversidad, es fuente de fecundidad³⁰⁴.

³⁰² FERNANDO SEGADO, F.: “La dignidad de la persona como valor supremo en el Ordenamiento Jurídico”, en LÓPEZ MORENO, A. (Coord.): *Teoría y práctica en la aplicación e interpretación del Derecho*, Ed. Colex, Madrid, 1999, p. 45.

³⁰³ OEHLING DE LOS REYES, A.: *La dignidad de la persona* cit., p. 147.

³⁰⁴ Cfr. LACALLE, M. (Coord.): *Mujer y varón. ¿Misterio o Autoconstrucción?*, CEU, Universidad Francisco de Vitoria y UCAM, Madrid, 2008.

Destaco la opinión de CAMPS MERLO, sobre que el despliegue de la dignidad en el ámbito íntimo y social, ha influido en la evolución que ha ocurrido desde una visión teocéntrica de la realidad, de acuerdo con la cual la persona reconocía un significado intrínseco a su realidad sexual, a su identidad sexual, que podía ser aceptado o rechazado y manifestar tal decisión en las conductas sociales y culturales que decidiera asumir, a una visión antropocéntrica³⁰⁵, amparada en su autonomía de la voluntad, en la que el hombre actúa decidiendo la naturaleza o significado de su propia identidad sexual personal.

Para concluir, vuelvo a retomar las ideas esbozadas en la primera parte, ideas de matiz antropológico, en relación al grupo familiar. Si la familia es considerada como una experiencia fundamental, un espacio básico y original de capacitación personal, dará lugar a la experiencia de vivir de manera plena la evolución de la personalidad de quien la conforma. Al rescatar esta experiencia de vida y hacerla consciente de la propia dignidad, entonces, perfectamente es posible dar paso a la autonomía plena, la libertad de los miembros del grupo familiar, libertad que ejercida de manera responsable constituye la autonomía personal³⁰⁶.

Mi experiencia familiar me permiten afirmar que esta participación libre e igual, será fruto no del entusiasmo ni de las pasiones arrebatadas sino resultado de la más aburrida de las virtudes: la paciencia, la perseverancia. Y será esta misma paciencia la que entenderá que en las decisiones adoptadas la responsabilidad implicará el ceder mi interés frente a uno mayor. Mayor porque requiere más protección, mayor porque apunta al futuro, dicho interés es un escenario que deja entrever la existencia de un protagonista, el menor de edad.

Es momento de recurrir a RICOEUR³⁰⁷, para plantear la vida familiar, como un intercambio de dos tradiciones morales, de la justicia y del amor. ¿Por qué? Porque tanto la una como la otra son éticas diversas y complementarias que en caso de gozar de la suficiente estabilidad y respaldo permiten el desarrollo de la persona humana, en su ámbito moral, físico, espiritual, sexual y afectivo, es decir el desarrollo de su personalidad plena.

Las relaciones familiares tienen que ser presididas por las ideas de dignidad personal y respeto mutuo, ellas deben presidir la vida familiar reflexiva, donde a veces ceden unos y en otras ceden otros. Sin duda que para una ética de la vida familiar la idea de justicia es necesaria pero insuficiente, el amor ofrece la posibilidad de ampliar el valor de todo lo compartido, desplazando la perspectiva del mutuo interés e independencia mutua por la perspectiva del mutuo desinterés y la interdependencia personal.

³⁰⁵ *Identidad sexual y Derecho. Estudio interdisciplinario del transexualismo*, cit., pp. 219 y siguientes.

³⁰⁶ Vid. SANTOS ÚRBANEJA, F.: "Familia, Educación y Futuro", *Revista de Derecho de Familia*, núm. 10, enero-marzo, Ed. Lex Nova, 2010, pp. 235 y siguientes.

³⁰⁷ RICOEUR, P.: *Amor y justicia*, DOMINGO MORATALLA, T. (Trad.), Ed. Trotta, Madrid, 1993.

Si la vida familiar estuviera presidida sólo por la idea de justicia, la felicidad se conseguiría mediante el cálculo en las relaciones. Si estuviera presidida sólo por el amor habría fusión y unión de personas, pero no respeto, libertad real o crecimiento comunitario, carecería de igualdad y autonomía.

Estimo pertinente que a futuro, se contemple en el Derecho de Familia tres grandes elementos, la familia propiamente, el matrimonio y los miembros que la forman. No todas las familias se fundan en el matrimonio pero no por ello dejan de serlo, pero aún hoy existe la conciencia social de que el matrimonio no es una suma de cargas y roles. Posiblemente aún siga oculto en el corazón del Hombre de que es un camino de plenitud, es decir, de felicidad. Esta realidad tiene su centro en la propia personalidad de quien la transita, pero no se confunde necesariamente con ella, esta realidad crece y se desarrolla en la experiencia cotidiana que se da.

Al fin y al cabo se trata de promover la igualdad, la autonomía, los diversos intereses protegidos. Cuando esta tarea se cumple entonces impera la dignidad humana que se desenvuelve en el principio del libre desarrollo de la personalidad.

BIBLIOGRAFÍA DE REFERENCIA

ALONSO PÉREZ, M.: “La Familia y el Derecho de Familia”, en IZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M. (Dir.): *Tratado de Derecho de la Familia*, Volumen I, Ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

ALVIRA, R.: “Sobre la esencia de la familia”, en CRUZ CRUZ, J. (Edit.): *Metafísica de la familia*, Ed. Eunsa, Pamplona, 1995.

BASTIDA FREIJEDO, F. J., VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., REQUEJO RODRÍGUEZ, P., PRESNO LINERA, M. A., ALÁEZ CORRAL, B., FERNÁNDEZ SARASOLA, I.: *Teoría general de los Derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Ed. Tecnos, Madrid, 2004.

BURGOS, J. M.:

- *Diagnóstico sobre la familia*, Ed. Palabra, Madrid, 2004.

- “La antropología personalista en persona y acción” en *La filosofía personalista de Karol Wojtila*, Ed. Palabra, Madrid, 2007.

BUTTIGLONE, R.: *La persona y la familia*, Ed. Palabra, Madrid, 1999.

CARD CIPRIANI, J. L.: “La familia, forjadora de humanidad”, en *Matrimonio, Familia y Vida. Homenaje al profesor Dr. Augusto Sarmiento*, Ed. Eunsa, Pamplona, 2010.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Los derechos del hombre*, Ed. Reus, 4ª edición, Madrid, 1992.

D'AGOSTINO, F.: *Filosofía de la familia*, Ediciones Rialp, Biblioteca Instituto de Ciencias para la Familia, Universidad de Navarra, Madrid, 2006.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “Principio de libre desarrollo de la personalidad y ius connubii (A propósito del Auto del Tribunal Constitucional 222/1994)”, *Revista de Derecho Privado*, Ed. Reus, Madrid, 1998.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “El libre desarrollo de la personalidad como principio inspirador de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio”, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (Coord.): *Comentarios a las Reformas de Derecho de Familia de 2005*, Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

DELGADO ECHEVERRÍA, J. (Dir.): *Manual de Derecho Civil aragonés*, Ed. El Justicia de Aragón, 2ª edición, Zaragoza, 2006.

DÍAZ REVORIO, F. J.: *Valores superiores e interpretación constitucional*, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, Volumen IV, Ed. Tecnos, Madrid, 1992.

DOMÍNGUEZ PRIETO, X. M.: *Psicología de la persona*, Ed. Palabra, Madrid, 2012.

- DOMÍNGUEZ PRIETO, X. M.: *Antropología de la familia. Persona, matrimonio y familia*, Ed. Biblioteca de Autores Cristianos, serie de Estudios y ensayos, Madrid, 2009.
- FORMENT, E.: “Familia y libertad”, en *Metafísica de la familia*, Ed. Eunsa, Pamplona, 1995.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: “Los fundamentos constitucionales del Estado”, *REDC*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 5, Madrid, 1998.
- GARCÍA GARCÍA, M. A.: “El deber de actuar en interés de la familia”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1984.
- GLENDON, M. A.: “La soportable levedad de la dignidad”, *Revista Persona y Derecho*, Universidad de Navarra, Facultad de Derecho, núm. 66, Pamplona, 2012.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *La dignidad de la persona*, Ed. Civitas, Madrid, 1986.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “La regulación de la custodia compartida: una oportunidad para la consolidación de la carrera profesional de las mujeres”, en V.V.A.A.: *Mujeres, contratos y empresa desde la igualdad de género*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
- HEGEL, G. W.: *Fenomenología del espíritu*, Ed. Fondo de Cultura Económica de España S. L., Madrid, 1996.
- JIMÉNEZ GARCÍA, F.: “El respeto a la dignidad humana”, en BENEYTO PÉREZ, J. M.: *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, Tomo II, Derechos fundamentales, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- MARÍAS, J.: *Persona*, Alianza Editorial, Madrid, 1997.
- MARÍN CASTÁN, M. L.: “Notas sobre la dignidad humana como fundamento del orden jurídico-político en la Constitución española y en la futura Constitución europea”, en BALADO, M. y GARCÍA REGUEIRO, J. A. (Dir.): *La Constitución española de 1978 en su XXV aniversario*, Ed. J. M^a. Bosch, Barcelona, 2003.
- MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado*, Ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.
- MORANDÉ COURT, P.: *Persona, Matrimonio y Familia*, Ed. Universidad Católica de Chile, 2^a edición, Santiago de Chile, 1994.
- OEHLING DE LOS REYES, A.: *La dignidad de la persona*, Ed. Dykinson R.L., Madrid, 2010.
- PÉREZ LUÑO, A.: *Derechos humanos. Estado de derecho y Constitución*, Ed. Tecnos, 9^a edición, Madrid, 2005.
- PHILIPPE, M. D.: *En el corazón del amor. Entrevista sobre el amor, el matrimonio y la familia*, Ed. Palabra, Madrid, 2008.

PIZARRO MORENO, E.: “Reflexiones sobre el androcentrismo jurídico: el concepto de buen padre de familia. Propuestas para una renovación lingüístico-legal”, en LÓPEZ DE LA CRUZ, L. y OTERO CRESPO, M. (Coords.): *El levantamiento del velo: Las mujeres en el Derecho Privado*, Ed. Tirant Lo Blanch, Homenajes y Congresos, Valencia, 2011.

POLICASTRO, P.: “Dignidad de la persona y principios constitucionales”, *Revista Persona y Derecho*, Universidad de Navarra, Facultad de Derecho, núm. 64, Pamplona, 2011.

POLO SABAU, P.: *Matrimonio y Constitución ante la Reforma del Derecho*, Ed. Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006.

RAGEL SÁNCHEZ, L.: *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, Ed. Tecnos, Madrid, 1987.

RAMOS CHAPARRO, E.: “Objeciones jurídico-civiles a las reformas del matrimonio”, en recurso electrónico, *Actualidad Civil* núm. 10, Sección A Fondo, Mayo, Tomo I, Editorial La Ley, La Ley 1131/2005, Madrid, 2005.

REY MARTÍNEZ, F.: “Homosexualidad y Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 73, Madrid, 2005.

RICOEUR, P.: *Amor y justicia*, DOMINGO MORATALLA, T. (Trad.), Ed. Trotta, Madrid, 1993.

ROCA I TRÍAS, E.: *Libertad y Familia*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.

ROCHA ESPÍNDOLA, M.:

- La familia, comunidad de personas e interés familiar”, *Revista de derecho privado*, Año nº 98, Mes 7-8, Madrid, 2014.

- “La persona y el libre desarrollo de su personalidad. Algunos aspectos constitucionales y civiles”, *Anuario jurídico Villanueva*, Nº. 8, Madrid, 2014.

SÁNCHEZ FERRIZ, R.: *Estudios sobre las libertades*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2ª edición, Valencia, 1995.

SCHELER, M.: *Amor y conocimiento y otros escritos*, Ed. Palabra, Madrid, 2010.

SOBRINO HEREDIA, J. M.: “Art. 1. Dignidad humana”, en MANGAS MARTÍN, A.: (Dir.): *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008.

TORRALBA ROSELLÓ, F.: “Qué es la dignidad humana?. Ensayo sobre Peter Singer, Hugo Tristram Engelhardt y John Harris”, Ed. Herder, Barcelona, 2005.

V.V.A.A.: *Familia y cambio social en España*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1982.

WOJTYLA, K.: *Amor y Responsabilidad*, Ed. Palabra, Madrid, 2008.