

LIBERTAD DE CONCIENCIA, MATRIMONIO Y UNIÓN DE HECHO

Mercedes VIDAL GALLARDO

Profesora Titular de Universidad de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad de Valladolid

SUMARIO:

I.- PLANTEAMIENTO DEL TEMA

II.- DIVERSIDAD TERMINOLÓGICA

III.- LIBERTAD DE CONCIENCIA Y LIBERTAD PARA CONVIVIR EN PAREJA

IV.- FAMILIA Y UNIÓN DE HECHO

V.- LA UNIÓN DE HECHO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978.

5.1.- Trabajos parlamentarios de los artículos 32.2 y 39.1 de la CE 5.2.- Interpretación doctrinal de estos preceptos.

VI.- LA UNIÓN DE HECHO EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

VII.- ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LAS UNIONES HOMOSEXUALES

VIII.- CONCLUSIONES

I.- PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Durante la última década ha aumentado considerablemente el número de parejas de hecho estables y este crecimiento ha ido acompañado de un progresivo nivel de aceptación de esta realidad por parte de la sociedad española, al igual que ha ocurrido en los países de nuestro entorno, donde en muchos de ellos su incidencia ha sido anterior y ha alcanzado una mayor repercusión y reconocimiento.

En cualquier caso, lo característico y nuevo de este tema es que en nuestros días ha aparecido un fenómeno que intenta abrirse camino, primero, como un hecho social perfectamente admitido y, luego, como una realidad reconocida y protegida por las leyes, con la pretensión de llegar a ser considerada una auténtica alternativa, legal y legalizada al matrimonio, en pie de igualdad con el mismo. No obstante, hay que reconocer que los problemas

derivados de la regulación jurídica de las llamadas uniones de hecho no tienen fácil solución por varios motivos: la complejidad y disparidad de situaciones comprendidas bajo esta denominación, la variedad de motivaciones que dan lugar a la misma y que van desde las de carácter ideológico, social o económico, hasta las de carácter jurídico en los casos de imposibilidad legal de contraer matrimonio, sin olvidar la necesaria tutela de los derechos de terceras personas afectadas por esta decisión. De ahí que la consideración y apreciación de todos estos factores, teniendo en cuenta además la defensa a ultranza por algunos sectores de los valores más tradicionales del matrimonio y de la familia, resulte ciertamente compleja.

Así las cosas, lo que tratamos de poner de manifiesto en este trabajo es que la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad, así como la libertad de conciencia y el derecho a la propia intimidad, generan una esfera de derechos que podríamos llamar personalísimos y que permiten a la persona actuar de tal forma que se sienta íntimamente libre y dueña de sí misma, pudiendo ejercer de la forma más plena posible su capacidad de decisión y no hay duda alguna de que la elección de vivir en pareja o unirse en matrimonio forma parte de la esfera de estos derechos.

Es por ello que en las siguientes páginas vamos a analizar el fundamento último de esta decisión, las diferentes formas de denominar a la realidad social que representan las uniones de hecho, así como su posible encuadre constitucional en el concepto amplio de familia definido por nuestra Carta Magna. Examinaremos también las distintas orientaciones doctrinales y jurisprudenciales que sobre este tema existen actualmente en el panorama jurídico español, poniendo de manifiesto, finalmente, las particularidades que presentan las uniones de carácter homosexual, todo lo cual nos permitirá extraer una serie de conclusiones sobre un tema de extraordinaria actualidad como es la libertad de conciencia, el matrimonio y las uniones de hecho.

II.- DIVERSIDAD TERMINOLÓGICA

Antes de plantear otro género de consideraciones, la primera cuestión que suscita el tratamiento de este tema es de carácter terminológico. A diferencia de lo que sucede con la institución matrimonial, cuyas diversas acepciones están perfectamente consolidadas, el hecho social de la unión no matrimonial no aparece claramente definido con un término unívoco. Y así, la convivencia de una pareja que decide fundar una familia al margen del matrimonio ha sido calificada con diversos términos: uniones o familias de hecho, uniones libres, uniones extra o paramatrimoniales, uniones matrimoniales de hecho, uniones sentimentales, unidad convencional,

cohabitación extramatrimonial, convivencia de hecho, pareja unida maritalmente, etc.¹

A pesar de que, como hemos visto, son muchos los calificativos utilizados por la doctrina para referirse a esta convivencia, se esgrimen diversos argumentos que justifican la preferente utilización de una u otra denominación para hacer referencia a esta realidad. Así, hay quien emplea el término "unión libre" por entender que hace alusión a lo que parece ser un axioma de este hecho social y opinan que "libremente, esto es, sin trabas ni formalidades, ni sujeción a impedimentos o prohibiciones, se contrae la unión y, libremente, esto es, sin trámites judiciales ni pronunciamiento de sentencia de divorcio, se disuelve"². De esta manera, frente a la unión matrimonial que comporta restricciones de capacidad, consentimiento, forma y publicidad al tiempo de contraerla y resulta mucho más oneroso disolverla o anularla, la unión libre se contrae libremente y se disuelve libremente, precisamente, porque es libre, porque no crea un vínculo que deba disolverse³.

¹ DIAZ MORENO. J.M., "Las familias de hecho: aproximación a su vertiente ético-canónica", en *Las uniones de hecho: una aproximación plural*, Madrid, 1999, p. 101.

Análogamente a lo que sucede en el derecho español, también en derecho comparado se han utilizado una gran variedad de denominaciones para referirse a ellas. Así, en *derecho francés* las siguientes: faux ménage, ménage irregulier, ménage de fait, vie commune en dehors du mariage, mariage á l'essai, époux de fait, union de fait, union libre. couple libre, concubinage, collage, cohabitation, etc. En *derecho alemán*: nebenfamilie, freie lebensgemeinschaft, unverheirates paar, eheähnliches, wilde ehe, formlose, verhältnis, konkubinats, eheähnliches, etc. En *derecho anglosajón*: living together, de facto marriage, informal union, unmarried cohabitation, domestic partnership, ambiguous marriage, etc. En *derecho italiano*: famiglia de fatto, famiglia senza matrimonio, matrimonio de fatto, concubinato, convivenza extramatrimoniale, convivenza more uxorio, convivenza fuori del matrimonio, etc. Vid., ZIMMERMANN. M., *Couple libre* (Strasbourg, 1983), 11-13; M.D.A., FREEMAN-CH. M. Lyon, *Cohabitation without Marriage. An Essay in Law and Social Policy* (Hampshire, 1983), 5-6. (citado por AZNAR GIL. F., *Las uniones de hecho ante el ordenamiento canónico*, en *Revista Española de Derecho Canónico*, vol. 48, núm. 130, 1991, p. 101).

² FOSAR BENLLOC. E., "La Constitución española de 1978 y la unión libre", en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1982, nº 4, p. 889.

³ *Ibidem.*, nota 4. No obstante, pone de manifiesto este autor cómo "el único inconveniente de esta expresión se aprecia en la existencia de una cierta contradicción cuando se estudian las acepciones de la palabra "unión" a las que alude el diccionario de la Real Academia de la lengua española que señala, entre otras, como la acción y efecto de unirse en matrimonio; casamiento. Indudablemente la unión libre se contrapone al matrimonio, pero no existe palabra adecuada para designar al hombre y a la mujer que se halla en esta unión, por eso se deben utilizar los términos de compañero o compañera que son usados ya en la actualidad para designar a este hecho social y con ellos se denomina a

Por otra parte, las expresiones "familia de hecho" o "familia no matrimonial", son, en opinión de otros autores, términos que aluden a realidades más amplias. Admiten que tienen un componente positivo pues reconocen como cierto que las uniones libres son familia y, por ello, en cuanto tales, deberán gozar de la protección dispensada por el artículo 39 de la CE, pero tal amplitud no refleja, sin embargo, el contenido de la relación jurídica cuya regulación, en su caso, se demanda. Además, en ella se formula un concepto de familia en términos negativos y con referencia obligada al matrimonio⁴.

También es frecuente la utilización de la expresión "unión no matrimonial" aunque con esta terminología se contraponen la unión de derecho, -el matrimonio-, a la unión de hecho, -las uniones libres-, acentuando el carácter jurídico de las primeras frente al marcado significado ajurídico de las segundas⁵. Incluso, con el propósito de eludir la utilización del término "matrimonio", se ha llegado a describir este hecho social utilizando expresiones como "uniones de participación integral de vida" para designar la situación de parejas que viven en común sin contraer matrimonio. Justifican el empleo de esta expresión en el hecho de que "no parece conveniente utilizar el mismo sustantivo con el que nos referimos a la institución básica del derecho de familia, pues parece que con ello se quiera identificar las uniones de hecho con la institución matrimonial, con la que median, en la mayor parte de las veces, notables diferencias jurídicas"⁶.

Conscientes de esta dispersión terminológica, REINA y MARTINELL, después de poner de manifiesto cuales son las expresiones más frecuentes utilizadas para referirnos a este fenómeno, se decantan por la "unión matrimonial de hecho" como alternativa al matrimonio institucional⁷.

la persona que tiene o corre la misma suerte o fortuna que otra. Los compañeros viven juntos sin sacralizar su unión públicamente".

⁴ MERINO GUTIÉRREZ. A., "Las uniones libres y su perspectiva actual (las parejas no casadas)", en *La ley*, 1988, p. 1005.

⁵ GARRIDO DE PALMA. V.M, y REGOJO OTERO. A., "La familia no matrimonial (estudio sobre el concubinato)", en *R.G.L.J.*, 1986, nov, nº5, p. 619; GARRIDO DE PALMA. V.M., "Unión marital de hecho", en *B.I.C.A.M.*, 1987, nº2, marzo-abril, p. 33, que utiliza la terminología "unión marital de hecho", pero niega cualquier tipo de regulación jurídica de ésta.

⁶ BERMEJO PUMAR. M., "Uniones de participación integral de vida", en *RGD*, abril, 1991, pp. 2491.

⁷ REINA. V y MARTINELL. J.M., *Las uniones matrimoniales de hecho*, Madrid, 1996, p. 34.

Consideran estos autores que aún acotado de esta forma el fenómeno, se han utilizado diversas fórmulas que son siempre insuficientes. Así, para quien utiliza la expresión concubinato parte de una noción peiorativa de esta realidad, cuyo único reconocimiento sólo tendría sentido a efectos punitivos y descalificadores. Se habla a veces de "convivencia more uxorio", de "vida marital", expresiones también discutibles, a juicio de estos autores, puesto que en el ánimo de la pareja, lo que con frecuencia se pretende evitar, lo que se rehuye, es precisamente la propia idea de matrimonio. Algo parecido sucede con la expresión "matrimonio no registrado" que, aunque gráfica, puede confundirse con un verdadero matrimonio, por ejemplo el religioso, al que le falta únicamente el requisito complementario de la inscripción. Respecto al "matrimonio a prueba" no pasa de designar la motivación subjetiva que en algunos casos pueden tener estas uniones⁸.

De cuantas expresiones hemos mencionado, si nos hemos decantado por la de "unión de hecho" para hacer referencia a la relación afectiva de una pareja que sin contraer matrimonio desarrolla de manera estable una vida en común, es, precisamente, por la amplitud que queremos dar al término, comprensivo no sólo de las parejas heterosexuales que deciden no celebrar matrimonio, sino, llegando más lejos, también de las homosexuales, pues partimos del reconocimiento de la libertad de conciencia de la persona para decidir libremente unirse en matrimonio o vivir en pareja sin compromiso institucional ninguno, cualquiera que sea la orientación sexual de sus

⁸ *Ibidem*. Por su parte la jurisprudencia española ha utilizado diversos términos para referirse a estas uniones no matrimoniales. Así, el Tribunal Supremo, las ha denominado uniones libres o de hecho en su Sentencia de 18 de mayo de 1992 (RJ 1992, 4907), mientras que en la Sentencia de 21 de octubre del mismo año (RJ 1992, 8589), empleó la expresión de unión paramatrimonial.

Por lo que se refiere al ordenamiento jurídico español, existen referencias aisladas a estas parejas en diversos supuestos concretos:

- En el Código Civil, los artículos 101 y 320, hablan respectivamente de vivir o convivir maritalmente con una persona. Y en la disposición adicional décima, de la Ley 30/1981, de 7 de julio, se emplea la expresión haber vivido como matrimonio.

- La disposición adicional tercera de la Ley 21/1987 hace referencia a estas parejas, utilizando la expresión "pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal". En el Código Penal se habla de "quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad (entre otros, artículos 23, 153 y 443 del nuevo Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre).

- Otras expresiones empleadas son: situación de hecho asimilable o equivalente al vínculo matrimonial, en los artículos 219 y 391 de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio.

integrantes. Ello no es óbice para que reconozcamos que la pareja homosexual representa una realidad netamente distinta de la matrimonial, incluso en términos sociológicos, y que por eso mismo requiere unas pautas de tratamiento legal también distintas, aunque en ciertos aspectos concretos se pudiera llegar a soluciones más o menos equivalentes, como pondremos de manifiesto en su momento analizando por separado esta modalidad de uniones de hecho.

III.- LIBERTAD DE CONCIENCIA Y LIBERTAD PARA CONVIVIR EN PAREJA

El hecho de que se reconozca a la persona libertad para elegir el tipo de convivencia por la que quiere optar (matrimonial o de pareja) encuentra su fundamento último en el artículo 10.1 de la Constitución por el que la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, así como el libre desarrollo de su personalidad, son reconocidos al máximo nivel como fundamento del orden político y de la paz social. Y es que, en palabras de LLAMAZARES, "la persona se define como radical libertad y precisamente ahí está la grandeza y el fundamento de su dignidad, puesto que la persona es digna y merecedora de respeto en la medida en que actúa con total libertad y de acuerdo con sus propias creencias: libertad y coherencia son las bases de esa dignidad"⁹. Precisamente, la convivencia en pareja es un instrumento especialmente valioso desde el punto de vista tanto de la integración de la conciencia como de la identidad personal y, en definitiva, del libre desarrollo de la personalidad.

Partiendo de estas premisas podemos interpretar que los valores defendidos por la colectividad serán solamente tales valores en la medida en que sean utilizables como condiciones y medios al servicio de la plena realización de los individuos. Por eso las instituciones sociales, incluyendo entre ellas las uniones matrimoniales, deben considerarse métodos de cooperación, utensilios colectivos que tienen sentido en la medida en que real y efectivamente sirvan al individuo, es decir, en la medida en que cumplan con su misión. Por tanto, no hay ninguna situación en virtud de la cual esté justificado que el Estado suprima las libertades básicas de la persona, como la libertad de conciencia, la libertad de decidir sobre el destino personal, casarse

⁹ LLAMAZARES FERNÁNDEZ. D., *Derecho de la libertad de conciencia II. Libertad de conciencia, identidad personal y derecho de asociación*, Madrid, 1999, p. 338. *Ibidem.*, "Libertad de conciencia y matrimonio", en *Derecho de Familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho comparado, Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*, San Sebastián, 2001, pp. 47 y ss.

o no casarse, porque no puede haber jamás interés público alguno que valga más que el respeto debido a estas libertades¹⁰.

Tomando como punto de referencia estas consideraciones podemos afirmar, sin riesgo de equivocarnos, que el derecho a convivir en pareja es un derecho que forma parte del contenido esencial de la dignidad de la persona y del derecho al libre desarrollo de su personalidad y, en tanto en cuanto es parte de este contenido esencial, podemos considerar que es un derecho constitucionalmente protegido. No obstante, si bien es cierta esta afirmación, no es menos cierto que, desde un punto de vista formal, no se puede decir que estemos ante un derecho fundamental, aunque el Tribunal Supremo haya utilizado alguna vez esta terminología¹¹, ni, en consecuencia, goza de la protección directa del recurso de amparo¹².

Además y, sin perjuicio de cuanto expongamos posteriormente, podemos anticipar que el artículo 32 de la CE, al delinear los trazos del matrimonio desde el punto de vista constitucional, no está magnificando dicha institución. De ahí que cualquier intento de considerar más ventajosa la unión conyugal y afirmar que representa un valor positivo en tanto que la extraconyugal encarna, a lo sumo, un valor neutro, viola la igualdad de los no casados frente a los casados ante la ley (art. 14 de la CE), lo cual debemos interpretar a la luz del principio de neutralidad del Estado reconocido en el art. 16 de la CE por el que se consagra la libertad ideológica y religiosa de los individuos y, precisamente, en el ejercicio de estas libertades pueden adoptar la decisión de unirse en matrimonio (religioso o no religioso) o bien convivir en pareja sin institucionalizar su relación¹³.

Por eso, las personas que tienen un proyecto de vida en común, pueden optar, de acuerdo con sus propias convicciones personales, entre varias alternativas: la primera opción implica la elección de convivir o no en pareja. La segunda, entendiendo el término pareja en sentido amplio, que es con el

¹⁰ RECASENS SICHES, L., *Tratado General de Filosofía del Derecho*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1970, pp. 540-541.

¹¹ STS de 15 de junio de 1988, FJ 10, párr. 2.

¹² A diferencia de lo que ocurre en los artículos 1 y 2 de la LFB en los que se configura un derecho protegido por el recurso de amparo.

¹³ ROPPO.E., "La famiglia senza matrimonio. Diritto e non Diritto nella fenomenologia delle libre unioni", en *R.T.D.P.C.*, 1980, sept. p. 765, el cual pone de manifiesto que "el Estado y el Derecho en nuestros días tienden a asumir una actitud de creciente indiferencia ideológica, renunciando a imponer a la pareja modelos éticos preconstituidos".

que nosotros venimos trabajando, consiste en elegir entre pareja heterosexual u homosexual. La tercera, entre matrimonio y no matrimonio y la cuarta implica la opción entre distintas formas de matrimonio (civil o religioso)¹⁴. En cualquier caso, las motivaciones que llevan a un sujeto a decantarse por una u otra opción pertenecen, en opinión de REINA y MARTINELL "al ámbito de las ideas personales, de la conciencia y de otras circunstancias y su objetivación presenta serias dificultades de constatación y garantía. Además, los comportamientos y actos humanos no son químicamente puros, sino que influyen en ellos una serie de vectores de distinto sentido y fuerza. A ello hay que añadir la complejidad que implica la concurrencia de las dos fuentes personales de motivación no necesariamente coincidentes, las de cada uno de los integrantes de la pareja, y la evolución que en lo psicológico, en lo ideológico y en los intereses personales pueden ir experimentando cada uno de los convivientes en su vida en común"¹⁵.

En última instancia, es indudable que las personas que, alejándose del matrimonio, deciden vivir juntos sin formalizar sus relaciones, pueden tener múltiples y muy variados motivos, pero lo cierto es que una de las causas que puede motivar la no celebración del matrimonio es precisamente una actitud de cierta hostilidad a todo lo que representen formalidades, ritos o actos que solemnizen esta unión. Por eso entendemos que el Derecho tampoco estaría amparado para ir más allá en la regulación jurídica de las uniones libres de lo que las propias parejas considerasen necesario. De ahí que quizás sería más conveniente simplemente ofrecer un marco jurídico en el que se desarrollaran determinados efectos para estas uniones, siempre y cuando los integrantes de las mismas voluntariamente se acogieran a tal regulación¹⁶. No obstante, si queremos evitar los riesgos de discriminación que se derivan del hecho de optar por una u otra forma de convivencia en pareja, se puede acudir a dos soluciones posibles, cada una de las cuales es de aplicación a supuestos diferentes, atendiendo a las circunstancias personales de sus integrantes:

a).- equiparar el matrimonio de hecho en cuanto a su regulación jurídica al matrimonio legalizado en todo, excepción hecha de las relaciones interpersonales amorosas excluidas expresamente de toda regulación jurídica por los propios miembros de la pareja. Esta fórmula sería de aplicación

¹⁴ LLAMAZARES FERNÁNDEZ. D., *Derecho de la libertad de conciencia...*, op. cit. p. 341.

¹⁵ REINA. V y MARTINELL. J.M., *Las uniones matrimoniales...*, op. cit. pp. 10-11.

¹⁶ MERINO GUTIÉRREZ. A., "Las uniones libres y su perspectiva actual...", op. cit. p. 1005.

únicamente a aquellos supuestos que tienen mayor analogía con el matrimonio: supuestos de convivencia *more uxorio* con ánimo de estabilidad y permanencia entre personas de distinto sexo y que se encuentren legalmente en condiciones de contraer matrimonio.

b).- equiparar jurídicamente las consecuencias derivadas de la vida en común tanto para cada uno de los contrayentes, caso de interrupción de esa vida en común (por decisión unilateral o bilateral, o por muerte de uno de los miembros de la pareja), a los derivados de la convivencia matrimonial, como para las relaciones de la pareja y de cada uno de sus miembros con terceros. Esta opción sería aplicable a los supuestos de convivencia en pareja con ánimo de estabilidad y permanencia, tanto entre personas de distinto sexo pero que no están legalmente en condiciones de contraer matrimonio como a las parejas de homosexuales¹⁷.

IV.- FAMILIA Y UNIÓN DE HECHO

No existe en nuestro derecho positivo una definición de lo que debemos entender por el concepto de familia¹⁸. Y es por ello que algunos autores señalan que se trata de un concepto histórico y relativo¹⁹. En otras palabras, la familia constituye un modo de organización social que se configura, en cada momento histórico, en función de las distintas creencias, tradiciones y modelos de comportamiento existentes. Por ello, sólo si tenemos en cuenta las ideas vigentes en cada etapa histórica y las necesidades económicas, sociales y políticas al servicio de las cuales se encuentran, podemos conseguir elaborar un concepto más o menos preciso de lo que debemos entender por familia en cada momento de su evolución. A estas

¹⁷ LLAMAZARES FERNÁNDEZ. D., *El sistema matrimonial español. Matrimonio civil, matrimonio religioso y matrimonio de hecho*, Madrid, 1995, p. 12.

¹⁸ Sobre el concepto de familia, vid, entre otros, GARCÍA CANTERO. G., "La crisis de la sexualidad y su reflejo en el derecho de familia", en *Estudios de derecho civil en Homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 1, Barcelona, 1992, pp. 350 y 351; DIEZ-PICAZO. L y GULLÓN. A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, 6ª ed., Madrid, 1992, pp. 29 y ss; ROCA TRÍAS. E., *Derecho de familia*, Valencia, 1991, pp. 21 y ss; RALLO LOMBARTE. A., "Uniones conyugales de hecho y Constitución: la necesidad de clarificar la contradictoria jurisprudencia constitucional", en RGD, núm. 606, 1995, pp. 1762-1764.

¹⁹ Así lo expresa ROCA TRÍAS. E., op. cit. nota 1, quien considera que "este concepto excluye cualquier pretensión de absolutividad". En la misma línea, ENTRADA ALONSO. E, en su obra *Las uniones extramatrimoniales en el derecho civil español*, Madrid, 1991, p. 93, afirma que "la causa fundamental de esta dificultad viene dada por la relatividad y temporalidad del concepto".

notas de relatividad y temporalidad como inherentes al concepto de familia, se suma una dificultad añadida a la hora de definirla: el hecho de que cada disciplina jurídica concibe de distinto modo la noción de familia. De ahí la dificultad de encontrar un concepto unificado para las diversas ramas jurídicas²⁰.

En cualquier caso, la realidad actual nos muestra dos significados en la idea de familia: de un lado, la familia en sentido amplio, abarca las personas ligadas por un vínculo de parentesco y, de otro, la familia en sentido estricto o familia nuclear que incluye a la pareja y a los hijos²¹. No obstante, junto a estas acepciones del término familia, extensa y nuclear, hoy día encontramos otros modos de organización social que también reclaman la consideración de familia: las denominadas "familias incompletas", es decir, aquellas que se constituyen por madres solteras, viudos/as, divorciados/as y que viven con sus hijos. Sin duda alguna, este tipo de relaciones personales merecen tener la consideración de familia y, por tanto, la protección constitucional de dicho trato.

Así las cosas, aunque tradicionalmente se ha considerado el matrimonio como la única forma de constituir la familia²², lo cierto es que hoy en día no puede negarse que también la unión de hecho crea un vínculo familiar entre los convivientes. Precisamente, el aumento en los últimos años de las uniones de hecho o parejas no casadas y su acentuación social es un ejemplo del profundo cambio operado en la concepción de la familia²³. En

²⁰ PEÑASCO. R., "Delimitación del concepto de familia", *Primer Congreso Europeo de Derecho de Familia*, Barcelona, 1993, pp. 4-5.

²¹ Vid., DIEZ PICAZO. L., *Familia y Derecho*, Madrid, 1984, p. 37.

²² GARRIDO DE PALMA V.M y REGOJO OTERO. A., "La familia no matrimonial", en *RGLJ*, núm. 5, 1986, p. 614, así lo entienden pues consideran que la familia jurídica es sólo la fundada sobre el matrimonio, la familia legítima, no así la familia natural, de manera que las relaciones padres-hijos naturales sólo producen un "status filii". En las misma línea se pronuncian otros autores: CASTÁN TOBEÑAS., *Derecho Civil común y foral*, t. V, vol. I, Madrid, 1987, pp. 36 y ss; CASAS BARQUERO. C., "Aspectos constitucionales y jurídico-positivos sobre la institución de la familia", en *RGD*, núm. 438, 1981, pp. 186,ss.

²³ MIRALLES GONZÁLEZ. I., "A propósito de la STC 222/1992, de 11 de diciembre (RTC 1992, 222). Las relaciones de hecho. Una lectura civil", en *RJC*, núm. 3, 1993, p. 71, donde analiza algunos factores que han influido decisivamente en el cambio que ha experimentado la familia; MARTÍNEZ CALCERRADA. L., "La familia en la Constitución española", en *RDP*, noviembre, 1981, p. 963. Este autor señala la importancia adquirida por el Derecho de Familia en la actualidad, resaltando que la transformación de los valores familiares que se palpan en la sociedad han trascendido al

este sentido opina CLAVERIA que "se puede detectar una evolución hacia fórmulas más acordes con el desarrollo de la personalidad y de la libertad"²⁴. Y es por ello que cada vez son más los que reclaman un mayor reconocimiento jurídico para la familia constituida por la unión de hecho, rechazándose el tratamiento privilegiado de la unión matrimonial frente a la no matrimonial y, como fundamento legal para reconocer efectos jurídicos a estas uniones, en tanto en cuanto un grupo familiar más en la realidad social actual, se invocan los artículos 9.2, 10.1 y 14 de la Constitución española. En definitiva, "si tenemos en cuenta la falta de prohibición constitucional, así como el enorme desarrollo social que las uniones extramatrimoniales han alcanzado, éstas, en cuanto constituyen grupos en los que se integra el individuo y en los que desarrolla libremente su personalidad, han de encontrarse incluidas en los artículos 9.2 y 10.1 del texto constitucional"²⁵.

Podemos pues afirmar que, hoy en día, una vez superada la concepción tradicional que identifica al matrimonio como la única forma de crear una familia y, teniendo en cuenta los preceptos antes citados, así como el artículo 1 de la Constitución española que propugna como valores superiores de nuestro sistema democrático la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político, podemos concluir que en una interpretación del concepto de familia acorde a la realidad social que vivimos, la unión de hecho es una forma más de familia. De esta misma opinión es LLAMAZARES quien considera que "la progresiva equiparación en derechos de los miembros de las uniones libres a los unidos en matrimonio, así como de ciertas uniones de hecho al matrimonio mismo es un camino constitucionalmente abierto para el legislador ordinario y esa dirección y desarrollo constitucional son obligados para éste en razón de los derechos de libertad de conciencia y de igualdad derivados del principio personalista".²⁶

V.- LA UNIÓN DE HECHO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

A pesar de la protección jurídica de la familia que aseguran los poderes públicos en el artículo 39.1 de la CE y del reconocimiento de la libertad e igualdad nupcial contenida en el art. 32.2 de la CE, no existe mención expresa a la libertad del hombre y la mujer para constituir una comunidad de

mundo del Derecho...".

²⁴ CLAVERIA GOSÁLBEZ. L., "Hacia una nueva concepción del matrimonio", en *La Ley*, 1983, p. 1289.

²⁵ ESTRADA ALONSO. E., *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil Español*, 2ª ed. Madrid, 1991, nota. 2, p. 113.

²⁶ LLAMAZARES FERNÁNDEZ. D., *El sistema matrimonial...*, op. cit. p. 13.

vida al margen del matrimonio. No obstante, conviene hacer referencia a los trabajos de la redacción del artículo 32, párrafo segundo, y del artículo 39, párrafo primero, en la medida en que inciden en el tema que nos ocupa.

5.1.- Trabajos parlamentarios de los artículos 32.2 y 39.1 de la CE

En el art. 27.1 del Anteproyecto Constitucional, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes de 5 de enero de 1978, se disponía que: "*a partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio y a crear y mantener, en igualdad de derechos, relaciones estables de familia*".

La redacción de los dos incisos de este párrafo, nos permite sostener que en el mismo se pretendía regular, de una parte, la libertad nupcial y, de otra, el derecho del hombre y la mujer de crear y mantener relaciones estables de familia, independientemente del matrimonio. A partir de este texto, el PSOE mantuvo una enmienda al precepto, sosteniendo el derecho de toda persona a desarrollar su afectividad y sexualidad, lo que tenía, obviamente, un alcance todavía más amplio que el previsto por el primer párrafo del precepto. Así, el informe de la ponencia publicado en el Boletín Oficial de las Cortes el 18 de abril de 1978, dio una nueva redacción a este texto y dispuso que: "*a partir de la edad núbil, el hombre y la mujer, en plena igualdad de derechos y deberes, podrán contraer matrimonio para crear una relación estable de familia*".

Por su parte, el Pleno de la Comisión Constitucional aprobó un texto, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes de 1 de julio de 1978, en que, como fruto del consenso, quedó redactado así el párrafo en cuestión, con el número 30,1: "*a partir de la edad núbil, el hombre y la mujer, en plena igualdad de derechos y deberes, podrán contraer matrimonio*".

Las ulteriores redacciones del precepto en el Congreso y el Senado no vuelven a hacer alusión a las relaciones estables de familia creadas por el matrimonio. PRIETO SANCHÍS hace una síntesis de lo que, muy probablemente, fue propósito de los legisladores constituyentes al variar la redacción del precepto a partir del informe de la Ponencia y así manifiesta que "no hace falta insistir acerca de la importancia de esta declaración, en la que se reconocían dos derechos bien distintos: uno, a contraer matrimonio y, dos, a crear y mantener relaciones estables de familia. En consecuencia, la protección que ofrece el propio texto fundamental a la familia de origen matrimonial habría de extenderse también a la que se funda en la simple voluntad de vida en común, con lo que parece evidente que quedaba

profundamente afectada la propia institución matrimonial".²⁷ No obstante y, como era de esperar, el precepto sufrió una importante transformación en el Anteproyecto publicado en Abril de 1978, recogiendo una enmienda presentada por UCD en contra de la postura de los grupos socialista, comunista y minoría catalana y así, quedaría redactado en los siguientes términos: "*a partir de la edad núbil, el hombre y la mujer, en plena igualdad de derechos y deberes, podrán contraer matrimonio para crear una relación estable de familia*".

Con ello, no se reconocían dos derechos distintos, sino uno sólo, el de contraer matrimonio, con lo cual "la relación estable de familia sólo se concibe ahora como consecuencia de la celebración del matrimonio y no como realidad independiente. Pero, si todavía quedaba alguna duda, a partir del Anteproyecto de julio, desaparece toda referencia al tema, de manera que, por otra parte, se renuncia a delimitar el contenido del matrimonio"²⁸.

En la misma línea se plantearon problemas en la redacción del actual artículo 39 de la Constitución. El mismo, entonces enumerado con el 34, decía en el Anteproyecto Constitucional: "*Los poderes públicos asegurarán la protección económica jurídica y social de la familia... La madre y los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, disfrutarán de la protección oficial del Estado y de todos los poderes públicos. Los padres tienen para con los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio los mismos deberes que los nacidos en él, sin perjuicio del respeto a la institución familiar*".

El informe de la Ponencia, publicado en el B.O.E de 17 de abril, suprime el inciso "*sin perjuicio del respeto a la institución familiar*". Parece que esta supresión se debió a la aceptación de las enmiendas número 137 del Grupo Minoría Catalana, 611 del grupo vasco PNV y 779 de UCD, por motivos distintos. La eliminación de este inciso en la redacción de la

²⁷ PRIETO SANCHIS.L., "Las relaciones Iglesia Estado a la luz de la nueva Constitución: problemas fundamentales", en la obra colectiva dirigida por García de Enterría y Predieri, *La Constitución española de 1978*, Madrid, 1980, p. 349.

²⁸ En opinión de este autor, la supresión de la referencia "a crear y mantener, en igualdad de derechos, relaciones estable de familia" tuvo como motivo ocasional la ruptura del consenso constitucional con la retirada de la Comisión constitucional del representante socialista. A partir de este momento "quedaba entonces una redacción peligrosa, porque una relación estable de familia podía interpretarse como reconocimiento del matrimonio indisoluble. Con el restablecimiento del consenso se optó por la eliminación de toda referencia a las relaciones de familia, de manera que se reconoce el derecho al matrimonio, sin otras precisiones". *Ibidem.*, p. 350.

Constitución induce a interpretar que se ha producido una considerable ampliación del significado de la palabra "familia" que nos permite apreciar que ésta existirá donde quiera que exista un previo vínculo conyugal o de filiación, aún cuando no tenga relación con el estado matrimonial. El grupo así constituido ha de estimarse como familia a todos los efectos, incluido, como es obvio, el de la protección²⁹.

A modo de conclusión podemos decir que de los trabajos previos a la redacción actual de la Constitución se desprende expresamente, de una parte, la no regulación constitucional de relación heterosexual alguna que no sea la matrimonial y, de otra, una noción amplia de familia, que en todo caso debe estar protegida por los poderes públicos, aunque no se asiente sobre el matrimonio. Sin embargo, el silencio del texto fundamental acerca de la unión no matrimonial no significa que exista una prohibición formal o tácita de la misma ni una inferior protección de la familia fundada en relaciones extramatrimoniales respecto de la fundada en el matrimonio.

5.2.- Interpretación doctrinal de estos preceptos

La Constitución española de 1978 reconoce expresamente el derecho a contraer matrimonio en el artículo 32 y dispone en el artículo 39 la obligación de los poderes públicos de proteger a la familia. De estos preceptos podemos deducir que la protección de la familia se separa de la regulación del derecho a contraer matrimonio y esto responde a que "el término familia no se aplica únicamente a la que tiene su fundamento en el matrimonio legalmente formalizado, en nuestro caso, al matrimonio al que se refiere el artículo 32 de la CE, sino que aquí el término se utiliza en sentido más amplio y es aplicable tanto a la familia surgida del matrimonio como a la natural y a la adoptiva y, por supuesto, a la relación de pareja, *more uxorio*, de relación interpersonal que engloba el intercambio afectivo y sexual, dado el principio personalista y sus consecuencias"³⁰.

²⁹ GALVEZ. R., "Comentario al artículo 39 de la Constitución", en *Comentarios a la Constitución dirigidos por Garrido Falla*, Madrid, 1980, pág. 478, nota 7, el cual afirma que "el grupo de la Minoría Catalana justificaba la supresión argumentando que en su posterior desarrollo legislativo podría llegar a alterar gravemente el reconocimiento que se formula previamente en orden a la total igualdad de los deberes que los padres guardan con los hijos habidos fuera del matrimonio. Para el grupo Vasco, esta frase constituía una limitación que podría afectar gravemente a las obligaciones que se quieren contemplar en el texto propuesto".

³⁰ LLAMAZARES FERNÁNDEZ. D., *El sistema matrimonial...*, op. cit. pp. 11-12. Considera este autor que "esta interpretación del término familia nos lleva a tener en cuenta la discusión parlamentaria que condujo a que la solución actual haya sido de

No obstante, esta opinión no es unánimemente compartida por la doctrina, puesto que, teniendo en cuenta que el artículo 39 de la CE no hace referencia a un tipo familiar concreto, sino que habla sólo de familia en sentido genérico, la interpretación de este precepto ha suscitado un importante debate doctrinal en torno a la amplitud del concepto de familia que en él se utiliza. Así las cosas, algunos autores afirman que "sin ninguna duda la familia reconocida constitucionalmente y a la que la Constitución se refiere para afirmar su necesidad de protección, es la originada por el matrimonio: no hay constitucionalización de la familia de hecho o familia natural, equiparada jurídicamente a la matrimonial"³¹. La Constitución, en suma, promete la protección de la familia y, además, con diferente destinatario de la protección, la de los hijos no matrimoniales y la de las madres solteras. Además, el *ius connubi* se reconoce como un derecho fundamental de la persona (art. 32), como algo, por tanto, bueno, deseable y protegido (lo está por el recurso de amparo por de pronto).³²

En esta misma línea de razonamiento LACRUZ y SANCHO consideran que "si la Ley habla de familia, comprende a los hijos sin distinción, pero no al concubinato que sólo se considerará familia en los casos concretos en que la Ley otorgue al grupo extraconyugal en cuanto tal, una tutela específica"³³. Defienden estos autores que "el Estado es aconfesional y la Constitución parte de la libertad ideológica y de la consideración de las creencias mayoritarias de la sociedad española (artículos 14 y 16), pero sí hay presentes en la Constitución unos principios y criterios de carácter ético para promover la familia matrimonial, punto de máxima convergencia de los autores de aquella"³⁴. Para este sector de la doctrina la familia es una institución ética, natural, fundada en la relación conyugal de

consenso: la izquierda abandona su pretensión de que se aluda expresamente al matrimonio de hecho en el artículo 32 y la derecha consiente en desvincular los términos matrimonio y familia".

³¹ GARRIDO DE PALMA. V.M. y REGOJO OTERO. A., *La familia no matrimonial...*, op. cit. pp. 617-618.

³² *Ibidem.*, op. cit. p. 618, donde se reconoce que "la visión constitucional es, por tanto, clara, a la vista de sus antecedentes y del iter parlamentario que recorrió: ni libertad total que implicaría que toda persona tiene derecho al desarrollo y a la libre disponibilidad de su afectividad y a su sexualidad (fracasada enmienda de un Grupo Parlamentario), ni tampoco supone la Constitución ninguna nota censoria para las uniones de hecho, sino que el matrimonio es un valor positivo y por ello protegido a diferencia de aquellas".

³³ LACRUZ BERDEJO. L y SANCHO REBULLIDA. F., *Elementos de Derecho civil, IV, Derecho de Familia*, vol. 1º, 3ª ed. 1989, p. 27.

³⁴ *Ibidem*

los sexos, en el *consortium omnis vitae* del marido y mujer, los cuales deben por ello actuar en interés de aquélla (artículo 67 del Código Civil) y sin que se atisbe reconocimiento alguno de un vínculo paramatrimonial entre quienes meramente conviven *more uxorio*.

En parecidos términos se pronuncia CANTERO NÚÑEZ, quien considera que desde el punto de vista constitucional la regulación de las uniones de hecho adolece de un vicio de inconstitucionalidad y, argumenta en defensa de su tesis que, "aunque el punto de partida constitucional viene dado por el artículo 32, en sede de derechos y libertades, y el artículo 39, incardinado en los llamados principios rectores, las menciones a la familia y la protección de los hijos están contemplados por otros preceptos, entre los que resalta el artículo 20.4, donde, después de consagrar toda una serie de derechos fundamentales en su párrafo primero, dice, en el que aquí nos ocupa, que *"estas libertades tiene su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título... y especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia"*. De todo ello se deduce la incuestionable importancia y protección que el legislador constitucional se propone otorgar a la familia"³⁵. Así, el legislador que introduzca la regulación de las uniones de hecho estará perjudicando a la institución matrimonial y con ello también estará lejos de asegurar la protección jurídica de la familia que proclama el artículo 39 de la Constitución.

Según esta orientación doctrinal, aún admitiendo las posiciones más amplias y permisivas, "parece evidente que perjudica seriamente al matrimonio ofrecer nuevos productos que aparten a los ciudadanos de aquél, lo que en definitiva implica un ataque a la familia, toda vez que el matrimonio ha sido y continúa siendo la institución fundamental que sustenta y nuclea aquélla y, siendo así, implica una vulneración de los artículos 32 y 39 de la Carta Magna. Además, las verdaderas uniones de hecho seguirán existiendo al amparo de la libertad individual consagrada por la Constitución y no se acogerán a ninguna ley que las regule, pues de acogerse a ella morirían para siempre como lo que son: situaciones carentes de efectos jurídicos de las que sólo pueden surgir obligaciones naturales, de manera que, quienes se acojan a ellas para obtener beneficios económicos, cuando menos, andarían muy lejos de ser consecuentes"³⁶.

³⁵ CANTERO NÚÑEZ. F., "Reflexiones en torno a la pretendida regulación de las uniones de hecho", en *Revista de Derecho Privado*, 1995, pp. 222-223.

³⁶ *Ibidem.*, p. 224.

Otra de las razones esgrimidas en defensa de esta tesis considera que la institución del matrimonio ha sido siempre la más adecuada para organizar la creación de una familia y, además, ésta ha sido tradicionalmente el grupo familiar predominante en nuestra sociedad. Destacan también que la Constitución reconoce de forma expresa el derecho a contraer matrimonio en el artículo 32 y coloca después de éste el artículo 39, por lo que no hay duda de que en dicho precepto se protege exclusivamente la familia creada por el vínculo matrimonial³⁷. Para finalizar con este planteamiento no faltan autores que estiman que el hecho de que el artículo 39 proteja a otras personas (los hijos con independencia de su filiación y las madres solteras cualquiera que sea su estado civil), no quiere decir que este precepto tutele también la unión de hecho, pues en esos apartados no se vuelve a mencionar la palabra familia. Lo que verdaderamente se protege son relaciones de filiación y de maternidad creadas por vínculos biológicos de procreación que originan derechos y deberes, aunque puedan surgir al margen del matrimonio³⁸.

Frente a esta postura doctrinal, nos encontramos con otros autores que interpretan el artículo 39 de la CE con criterios más flexibles. Ya hemos dicho que nuestra Constitución no contempla directamente el fenómeno de las uniones de hecho, aunque de ninguna manera las proscribe, antes bien, el derecho a establecerlas está implícito en el libre desarrollo de la personalidad reconocido en el artículo 10, lo cual, a su vez, puede considerarse como manifestación de la libertad ideológica que el artículo 16 garantiza, referente al derecho de toda persona a actuar y comportarse conforme a sus convicciones personales. Y, por supuesto, tampoco se impide, desde la Constitución, que el legislador ordinario otorgue a estas uniones los efectos jurídicos que estime oportunos.

Desde esta perspectiva, REINA y MARTINELL expresan el juicio negativo que les merece la doctrina que se apoya en una determinada exégesis del artículo 32 de la CE en virtud de la cual "precisamente porque el constituyente español ha previsto el matrimonio como única forma de

³⁷ Vid., ALZAGA. O., *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, Foro, Madrid, 1978, p. 311; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS. M., *Derecho de Familia*, Facultad de Derecho. Universidad Complutense, Madrid, 1989, pp. 394 y ss; MARTÍNEZ CALCERRADA. L., *El nuevo Derecho de Familia*, t. I y II, Madrid, 1981, nota 10, pp. 971 y ss; GARCÍA CANTERO. G., *Familia y Constitución en el desarrollo de la Constitución Española*, Zaragoza, 1982, p. 207; GONZÁLEZ PORRAS. J.M., *Los efectos patrimoniales del concubinato y su influencia en el deber de sostenimiento entre esposos separados*, Madrid, 1986, pp. 12-13.

³⁸ *Ibidem*.

encauzar jurídicamente la relación de pareja y para proteger a la institución matrimonial, no hay posibilidad de establecer equiparación alguna entre el matrimonio y las uniones matrimoniales de hecho". En realidad, a juicio de estos autores "superando esta interpretación voluntarista e ideologizada, el propio constituyente español, al recoger en el artículo 39 de la CE que su protección a la familia ha de aplicarse genéricamente, o sea, tanto a la familia matrimonial como a la no matrimonial, está marcando ya una pauta ineludible para el reconocimiento, también con rango constitucional, de efectos jurídicos a las consecuencias de las uniones de hecho"³⁹.

A diferencia de lo que ocurre en otros sistemas jurídicos de nuestro entorno, no existe en nuestro ordenamiento, constitucional o extraconstitucional, un precepto como el artículo 29.1 de la Constitución italiana que establezca la prevalencia de la familia legítima como "sociedad natural fundada sobre el matrimonio", y de ahí que el término familia se aplique únicamente a la que tiene su fundamento en el matrimonio legalmente formalizado⁴⁰, más bien al contrario, la familia que la constitución protege es, en palabras de FOSAR BENLLOCH, "la familia a secas", sin distinguir entre la fundada en el matrimonio o la creada al margen de él⁴¹.

En la misma línea, otros autores consideran que al utilizar la Constitución un concepto amplio de familia y, dado que no se prima a la familia matrimonial, debe afirmarse que la protección dispuesta en el artículo 39 de la CE no puede limitarse a la familia constituida sobre el matrimonio. Además, partiendo del hecho de que no existe un modelo jurídico de familia, sino que por el contrario, son los hábitos culturales de la sociedad los que van determinando los grupos familiares que por su importancia en la misma deben ser protegidos por el Derecho, se puede afirmar que sería indiferente el modo de constitución de la familia, ya que cualquiera que fuera éste, merece ser protegido por los poderes públicos⁴².

Otros argumentos que se esgrimen en favor de que la protección constitucional de la familia no se refiere exclusivamente a la matrimonial sino que también abarca a la extramatrimonial, se fundamentan en el hecho de que el texto constitucional no prohíbe este modo de convivencia y,

³⁹ REINA. V y MARTINELL. J.M., *Las uniones matrimoniales...*, op. cit. pp. 63-64.

⁴⁰ LLAMAZARES FERNÁNDEZ. D., *El sistema matrimonial...*, op. cit. p. 11.

⁴¹ FOSAR BELLOCH. E., "La Constitución española ...", op. cit. p. 913.

⁴² ROCA TRÍAS. E., "Familia, familias y Derecho de familia", en *ADC*, octubre, 1990, nota. 26, pp. 1067 y ss.

además, en ningún precepto se exige que la familia deba constituirse necesariamente sobre el matrimonio, puesto que en el artículo 32 sólo se establece el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. Así las cosas, no faltan autores que consideran que "no se puede negar que la única regulación constitucional de las relaciones heterosexuales es la del matrimonio, pero no es menos cierto que la noción de familia no abarca solamente a esta última, sino además, en su caso, a las uniones libres"⁴³.

En definitiva, parece claro que la redacción del artículo 39 de la CE admite una interpretación amplia de la familia que debe proteger los poderes públicos y, por tanto, el amparo constitucional que se dispensa incluye también a la unión de hecho que, como otra forma de convivencia estable, se desarrolla en nuestra sociedad y es tan digna de protección como la familia matrimonial.

VI.- LA UNIÓN DE HECHO EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

Tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo se han pronunciado en reiteradas ocasiones, con motivo de la protección constitucional de la familia, sobre la valoración que les merece las uniones de hecho⁴⁴. Sin embargo, esta jurisprudencia no puede ser calificada sino de contradictoria si tenemos en cuenta el sentido de sus pronunciamientos⁴⁵. La doctrina dominante se encuentra básicamente en la *Sentencia 184/1990, de 15 de noviembre*⁴⁶, en la que el TC considera que la familia protegida en la Constitución es sólo la que tiene su origen en el matrimonio. Y así se desprende, entre otros, de los siguientes argumentos: 1º.- ... *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)*

⁴³ MERINO GUTIERREZ. A., "Las uniones libres y su perspectiva actual...", op. cit. p. 1006.

⁴⁴ *Vid.*, VALLADARES RASCON, Etelvina., "Uniones de hecho en España", en *Derecho de familia y libertad de conciencia...*, op. cit. pp. 26-31.

⁴⁵ *Vid.*, MARTÍNEZ TAPIA.R., "Las parejas de hecho en el pensamiento jurídico. Reflexiones en torno a algunos problemas teóricos", en AA.VV., *Parejas de hecho. Curso de verano de la Universidad Complutense de Almería*, Granada, 1996, pp. 243-244.

⁴⁶ *Vid.*, RTC 1990, 184. Esta Sentencia se pronuncia sobre la constitucionalidad del artículo 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 parte de la Magistratura de Trabajo núm. 1 de Alava, que se basa en la posible vulneración de los artículos 10, 14 y 39 de la CE. El TC considera en la Sentencia que tales normas son constitucionales.

*cuyo régimen jurídico corresponde a la Ley por mandato constitucional (art. 32.2)... El vínculo matrimonial genera "ope legis" en la mujer y en el marido una pluralidad de derechos y deberes que no se produce de modo jurídicamente necesario entre el hombre y la mujer que mantienen una unidad de convivencia estable no basada en el matrimonio... 2º... la unión de hecho "more uxorio" ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento...*⁴⁷.

En síntesis, las razones esgrimidas son que el libre desarrollo de la personalidad reconocido en el art. 10 de la CE no queda afectado, lo que sólo ocurriría si los poderes públicos trataran de impedir o de reprimir la convivencia *more uxorio* o de prohibir el establecimiento del vínculo matrimonial. Tampoco se puede considerar que exista violación de los arts. 39 y 14 de la CE porque, como ya había mantenido el propio TC, "el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes, siendo posible, por ello, que el legislador dentro de su amplísima libertad de decisión, deduzca razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida". Por tanto, es al legislador al que le corresponde decidir en cada caso en los términos que estime convenientes, singularmente si la convivencia estable sin vínculo matrimonial se instalara como práctica social extendida. Pero el hecho de que no se haya procedido a tal ampliación no supone que se haya incurrido en la lesión de los preceptos constitucionales invocados⁴⁸.

⁴⁷ Esta sentencia va acompañada de un voto particular suscrito por el Magistrado GIMENO SENDRA, en el que se pone de manifiesto que: "...ciertamente el "derecho a contraer matrimonio" es un derecho expresamente reconocido en la Constitución, pero de esa declaración no se infiere que la Constitución no reconozca "un pretendido derecho a formar una unión de hecho" ni que la familia no matrimonial permanezca, a nivel constitucional desprotegida. Para alcanzar esta conclusión se haría preciso identificar el concepto de "familia" del artículo 39.1 con el de la familia "matrimonial" (o lo que es lo mismo, proyectar el artículo 32.1 sobre el 39.1); pero esta identificación, no sólo no se coherente con la protección de los hijos ilegítimos o de las madres solteras que el párrafo segundo de este precepto también declara, sino tampoco la impone la redacción de la norma constitucional que utiliza simplemente el término "familia" (y no el de familia fundada en el matrimonio) y tan familia es la unión de dos cónyuges que, en su día, suscribieron el correspondiente convenio de matrimonio como la unión afectiva y estable de una pareja... pues, nuestra Constitución protege no sólo a la familia como institución jurídica, sino también a la familia como realidad natural, por lo que, junto a la familia matrimonial, también han de merecer protección constitucional las denominadas "uniones conyugales de hecho".

⁴⁸ REINA. V y MARTINELL. J.M., *Las uniones matrimoniales...*, op. cit. pp. 113-114. Sobre materia de pensiones, se citan, entre otras, las siguientes sentencias: *STC 29/91, de 14 de febrero de 1991*, (*BOE* de 15 de marzo de 1991); *STC 30, de 14 de febrero de 1991*,

Consecuentemente, el legislador puede establecer diferencias de tratamiento entre la familia matrimonial y la unión de hecho, sin que ello implique atentar contra el principio de igualdad del artículo 14 de la CE. Esta es también la tesis sustentada por la *STC 66/94, de 28 de febrero de 1994*⁴⁹ en la que, aplicando esta doctrina considera que "el hecho de que las personas, en manifestación del desarrollo de su personalidad puedan constituir familias no matrimoniales no implica que éstas hayan de recibir el mismo tratamiento que el matrimonio ni que las normas aplicables a éste sean automáticamente aplicables a las uniones de hecho. Además, esta sentencia recuerda que "el derecho a no contraer matrimonio como un eventual ejercicio de la libertad ideológica no incluye el derecho a un sistema estatal de prevención social que cubra el riesgo de fallecimiento de una de las partes de la unión de hecho (ATC 156/1987) y que la libertad ideológica no se agota en una dimensión interna, sino que alcanza también... a tener una actuación coherente con ella y a no sufrir sanción ni injerencia de los poderes públicos por su ejercicio (STC 20/1990)".

Quienes, por el contrario, defienden que la familia constitucionalmente protegida es la familia entendida en un sentido amplio, es decir, comprensiva tanto de la familia matrimonial como la no matrimonial, han criticado esta jurisprudencia por considerar que infringe el principio de igualdad. Y así, frente a la doctrina sentada en las sentencias mencionadas anteriormente, el propio TC sostiene un criterio diferente sobre el concepto constitucional de familia, entre otras, en la *Sentencia 222/1992, de 11 de diciembre*⁵⁰, al entender que la familia protegida en la Constitución no es sólo la familia que tiene su origen en el matrimonio, sino también la que se crea al margen del mismo. El Ponente de la Sentencia, GIMENO SENDRA, profundizando en el voto particular defendido en la *STC 164/90*, fundamenta que el concepto de familia del artículo 39.1 abarca tanto a la familia matrimonial como a la unión de hecho⁵¹ y admite que el matrimonio y la convivencia *more uxorio* no

(*BOE* de 15 de marzo de 1991); *STC 31*, de 14 de febrero de 1991, (*BOE* de 15 de marzo de 1991); *STC 35*, de 14 de febrero de 1991 (*Ibidem*); *STC 38*, de 14 de febrero de 1991 (*Ibidem*); *STC 77*, de 11 de abril de 1991, (*BOE* de 14 de mayo de 1991); *STC 29*, de 9 de marzo de 1992, (*BOE* 10 de abril de 1992).

⁴⁹ *BOE* de 24 de marzo de 1994.

⁵⁰ *BOE* de 19 de enero de 1993, Rectificada en el *BOE* núm. 69, de 22 de marzo de 1993 (suplemento). Esta sentencia resuelve una cuestión de inconstitucionalidad del artículo 58.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, promovida por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Fuengirola.

⁵¹ Esgribe, para ello, los siguientes argumentos: 1.- ...Nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el

son realidades equivalentes, pero ello no significa que toda medida que tenga como únicos destinatarios a los cónyuges, con exclusión de quienes conviven establemente en unión de hecho, sea siempre y en todos los casos compatible con la igualdad jurídica y la prohibición de discriminación que la Constitución garantiza en su artículo 14⁵². El criterio adoptado por el TC en esta Sentencia se ha seguido manteniendo por el mismo Tribunal en las Sentencias 6/1993, de 18 de enero (RTC 1993, 6) y 47/1993, de 8 de febrero (RTC 1993, 47). En esta última se pone de manifiesto que "... en todo caso, el contraer o no matrimonio corresponde a un derecho constitucional que pertenece al ámbito de libertad de la persona, con lo que resulta irrelevante el orden de motivaciones por el que se estableció y mantuvo la unión de hecho".

Por su parte, el Tribunal Supremo con anterioridad a la Sentencia del TC 222/1992, había entendido que la protección constitucional de la familia (art. 39 CE) alcanza no sólo a la familia creada en el matrimonio, sino también a la unión de hecho. En este sentido se pronuncia, entre otras, la Sentencia del TS de 18 de mayo de 1992⁵³, en la que se pone de manifiesto

matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (arts. 32 y 39), sino también, junto a ello, por el mismo sentido amparador y tiutivo con el que la Norma Fundamental considera siempre a la familia y, en especial, en el repetido art. 39, protección que responde a imperativos legales 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; 2.- ...el artículo 39.1, cuyo alcance, por lo demás, ha de ser comprendido también a la luz de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del mismo artículo...; 3.- ... el sentido de estas normas constitucionales, no se concilia, por tanto, con la constricción del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura, en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales, esa modalidad de vida familiar. Existen otras, junto a ella, como correspondiente a una sociedad plural, y ello impide interpretar en tales términos restrictivos una norma como la que se contiene en el art. 39.1.

⁵² A esta Sentencia formularon votos particulares los magistrados RODRÍGUEZ BEREJO y GABALDÓN LÓPEZ, que reproducen la anterior línea constitucional en las resoluciones sobre pensiones de viudedad y consideran que "la Constitución no ha equiparado ambos conceptos de familia sino que ha optado por una protección al matrimonio como procedimiento a la formación de la familia. Por tanto, las uniones de hecho quedan excluidas de la protección que el ordenamiento jurídico debe dar a la familia y sólo conocen un límite a esta exclusión: no se puede impedir a los individuos el unirse conyugalmente de hecho en uso de su derecho al libre desarrollo de su personalidad".

⁵³ *RJ* 1992, núm. 4907. Otras sentencias a destacar son: la Sentencia de 21 de octubre de 1992, (*RJ* 1992, núm. 8589); Sentencia de 11 de diciembre de 1992, (*RJ* 1992, núm. 9733); Sentencia de 18 de febrero de 1993, (*RJ* 1993, núm. 1246); Sentencia de 22 de julio de 1993, (*RJ* 1993, núm. 6274); Sentencia de 27 de mayo de 1994, (*RJ* 1994, núm. 3753); Sentencia de 11 de octubre de 1994, (*RJ* 1994, núm. 7476); Sentencia de 10 de

que "...aunque la Constitución no las prevee expresamente, tampoco las interdicta y rechaza, así se desprende de la lectura de su artículo 32 en relación con el 39, que se proyecta a la protección de la familia en forma genérica, es decir, como núcleo creado tanto por el matrimonio, como por la unión de hecho".

VII.- ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LAS UNIONES HOMOSEXUALES

Llegados a este punto, se nos plantea el siguiente interrogante: la protección constitucional de la familia, entendida en el sentido amplio que venimos defendiendo, ¿comprende también las uniones homosexuales o, por el contrario, estamos hablando de una realidad esencialmente distinta que presenta caracteres diferenciados de lo que representa la unión de hecho no matrimonial entendida en sentido estricto?.

Partiendo de las semejanzas que existen entre las parejas de hecho y las matrimoniales y, puesto que la ley sólo permite el matrimonio entre un hombre y una mujer, se insiste en la imposibilidad de admitir jurídicamente una relación creada entre personas del mismo sexo, no tanto por la imposibilidad de procrear, puesto que éste no es requisito imprescindible para que exista unión libre, sino porque las uniones homosexuales, aunque reúnan todos los elementos necesarios para una convivencia de hecho merecedora de tutela, no es un modelo social establecido, permaneciendo en un nivel de relevancia individual. En este sentido se entiende que "en las exigencias de igualar legalmente la unión homosexual y el matrimonio, late un concepto individualista de la persona, por ello en estas uniones lo que se defiende son los derechos del individuo que está unido a otro, no los derechos de la pareja o de la familia, los de los hijos y ni siquiera los de los ciudadanos"⁵⁴.

Otros autores consideran que si bien la pareja homosexual merece la atención del derecho, se trata de una realidad netamente distinta de la matrimonial, incluso en términos sociológicos, que por eso mismo requiere unas pautas de tratamiento legal también distintas, aunque en ciertos aspectos concretos se pudiera eventualmente llegar a soluciones más o menos

octubre de 1994, (RJ 1994, núm. 7492); Sentencia de 18 de noviembre de 1994, (RJ 1994, núm. 8777); Sentencia de 24 de noviembre de 1994, (RJ 1994, núm. 8946); Sentencia de 30 de diciembre de 1994, (RJ 1994, núm. 10391); Sentencia de 18 de marzo de 1994, (RJ 1994, núm. 1692); Citadas por REINA. V y MARTINELL. J.M., en su obra *Las uniones matrimoniales...*, op. cit. pp. 130 y ss.

⁵⁴ FERNÁNDEZ. A., *Parejas de hecho*, Madrid, 1999, p. 27. La tesis de este autor se pone especialmente de manifiesto "en el caso de las lesbianas que desean tener un hijo mediante inseminación artificial o de los varones que reclaman el derecho de adopción".

equiparables⁵⁵. Además aceptan como evidente el presupuesto de que "la pareja heterosexual encierra la idea de núcleo natural para la descendencia y, aunque ésta no se presente como necesaria, ni siquiera en el ámbito de la ordenación ni de las instituciones, es comprensible que la indicada concepción influya irremisiblemente a la hora de diferenciar la pareja homosexual de las uniones afines al matrimonio"⁵⁶.

No obstante, hay quien opina de manera diferente destacando que lo importante es el nivel de vida conseguido por la convivencia de hecho, con independencia del sexo de los convivientes y esta orientación parece responder a que el análisis del requisito de la sexualidad de los componentes de la unión de hecho no puede alejarse de la realidad social que hoy se impone y esta realidad nos revela las modificaciones que se han producido en las normas sociales y en los valores morales y en los últimos tiempos las uniones de homosexuales constituyen una realidad social importante, aceptada por algunos y tolerada por la mayoría, que reivindica una igualdad de trato⁵⁷.

El propio Parlamento Europeo se ha hecho eco de las reivindicaciones de las parejas homosexuales y, con el fin de evitar cualquier tipo de discriminación por razón de la opción sexual de los ciudadanos, este órgano ha adoptado una resolución el 8 de febrero de 1994 sobre la igualdad de los derechos de los homosexuales en la Comunidad Europea, en la cual, desde la convicción de que todos los ciudadanos tienen derecho a un trato idéntico con independencia de su orientación sexual, pide a los Estados de la Comunidad que supriman todas las disposiciones jurídicas que criminalicen o discriminen las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo⁵⁸. Lo expuesto

⁵⁵ REINA.V y MARTINELL.J.M., *Las uniones...*, op., cit. pp. 34-35.

⁵⁶ *Ibidem.*, p. 35. En defensa de su tesis estos autores estiman que "a ello no se opone el que pueda considerarse esa pareja homosexual apta para la adopción, porque también puede ser apto el soltero y no por eso es equiparable al matrimonio. A lo sumo, si se considera apta para la adopción a una determinada pareja homosexual, por sus condiciones de estabilidad y capacidad educativa, lo que estaría estableciendo el Derecho no es una equiparación de la pareja homosexual al matrimonio sino simplemente y para este tema en concreto, una equiparación a la pareja heterosexual, sea matrimonio o no, que se encuentre en idénticas condiciones de aptitud para la adopción".

⁵⁷ Vid., LLAMAZARES CALZADILLA, M^a Cruz y PARDO PRIETO, Paulino C., "Transsexualidad y derecho a contraer matrimonio en España hoy: ¿una luz al final del túnel?", en *Derecho de familia y libertad de conciencia...*, op. cit. pp. 563 y ss.

⁵⁸ Vid., Resolución 28/1994, de 8 de febrero, sobre la igualdad jurídica de los homosexuales en la Comunidad Europea.

demuestra el alcance social que tienen actualmente las uniones formadas por personas del mismo sexo. Recientemente y, por primera vez, encontramos en nuestro ordenamiento algunas normas que reconocen efectos jurídicos a la convivencia extramatrimonial con independencia de la orientación sexual de sus componentes⁵⁹. Entendemos, pues, que el legislador, paulatinamente, tendrá que ir atendiendo las reivindicaciones planteadas por las parejas de homosexuales, debido a que se ha producido una cierta "institucionalización jurídica de la convivencia homosexual, a lo que la Constitución no obliga, pero tampoco prohíbe"⁶⁰.

En suma, insistimos con el Profesor Cubillas en la idea de que "la institucionalización jurídica de los diversos modelos de convivencia en pareja, no sólo conviene, sino que el legislador está obligado a llevar a cabo en la medida en que lo exige el ejercicio de la libertad personal, o el libre desarrollo de la persona, pero conviene y debe llevarse a cabo, legislativamente, sobre la base de garantizar la alternativa, libremente elegida, de permanecer al margen de aquella institucionalización jurídica, sin tener que sufrir, por ello, reprobación social o sanción jurídica alguna, ni directa ni indirectamente y, por supuesto, estar frente a cualquier eventualidad, reprobatoria o sancionatoria, protegidos con la protección dispensada al derecho fundamental de libertad de conciencia"⁶¹.

VIII.- CONCLUSIONES

1).- La libertad de convivir en pareja no es sino el reverso del derecho a contraer matrimonio, pues lo cierto es que este derecho constitucionalmente reconocido en el artículo 32.2 de la Constitución española, así como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 23.3), encuentra como contraposición el derecho a no contraerlo y precisamente por respeto a la libertad de conciencia y a comportarse de acuerdo con las propias

⁵⁹ Un paso significativo en este sentido viene dado por la Ley de Arrendamiento Urbano que contempla en varios preceptos a las parejas de hecho, independientemente del sexo de sus miembros, por ejemplo, el artículo 16.1 b) reconoce expresamente el derecho de subrogación "mortis causa" en el contrato de arrendamiento a las parejas de hecho, tanto heterosexuales como homosexuales, al reconocer "como sujeto beneficiario de la subrogación a la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la del cónyuge con independencia de su orientación sexual...".

⁶⁰ LLAMAZARES FERNÁNDEZ. D., *Derecho de la libertad de conciencia...*, op. cit. p. 346.

⁶¹ CUBILLAS RECIO. L.M., "Libertad de conciencia y sistema matrimonial", en *Derecho de familia y libertad de conciencia...*, op. cit. p. 435.

convicciones personales no puede obstaculizarse a quien adopta esta decisión.

2).- En virtud del principio de igualdad y no discriminación del artículo 14 de la CE, no puede someterse a una situación de mayor gravosidad a las personas que se han decantado por la opción de vivir en pareja sin contraer matrimonio que aquellas otras que han decidido que su unión se someta y discipline por las normas del ordenamiento jurídico a través de la institución matrimonial (religiosa o civil).

3).- En todo caso, la protección a la familia a que se refiere el artículo 39.1 de la CE no hay duda de que también alcanza a las uniones homosexuales por estar incluidas en el concepto amplio de familia ya que en una sociedad plural debe reconocerse a cada individuo autonomía para elegir libremente entre las diversas opciones sexuales, de acuerdo con sus propias inclinaciones y preferencias, sin verse expuesto a sufrir, por ello, discriminaciones carentes de justificación objetiva.

4).- En un futuro próximo, y en la línea de los ordenamientos de nuestro entorno, deberán irse reconociendo progresivamente ciertos efectos jurídicos a las relaciones derivadas de la convivencia en pareja puesto que no podemos olvidar que la Constitución, además del derecho a contraer matrimonio, también reconoce, por una parte, el libre desarrollo de la personalidad del individuo y obliga a los poderes públicos a promover las condiciones necesarias para la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que éste se integra sean reales y efectivas y, por otra, establece el principio de igualdad prohibiendo cualquier discriminación que pudiera darse en razón del sexo (artículos 9.2, 10.1 y 14 de la CE).