

SEÑAS DE IDENTIDAD DEL DERECHO DE FAMILIA ESPAÑOL

Dr. Isaac Tena Piazuelo*

*Doctor en Derecho. Profesor Titular en la Facultad de Derecho de Zaragoza (España). Catedrático de Derecho civil.
Dirección postal: Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza. C/ Pedro Cerbuna, 12, 50009.- Zaragoza (España)
Correo electrónico: itena@unizar.es - Tel.: (+34) 976762851 / (+34) 976761468

Resumen: La ley debe seguir a la realidad social. El Derecho de familia español del último medio siglo ha evolucionado claramente, ha experimentado cambios muy profundos. Sus reformas, sobre todo en las últimas décadas, han supuesto una cierta ruptura con la tradición jurídica. Provocando a veces una sensación de vértigo, y haciendo que Derecho español resulte llamativo también a nivel internacional.

Palabras clave: derecho de familia, familias, matrimonio, unión de hecho, hijos, separación, divorcio.

Résumé: La loi doit suivre à la réalité sociale. Le Droit espagnol de la famille a expérimenté des modifications très profondes. Ses réformes, surtout dans les récents décennies, ont entraîné une certaine fracas avec notre tradition juridique. Donnant liue, peut-être, à une sensation de vertige et que le Droit espagnol attire l'attention aussi au plan international.

Mots clés: droit de la famille, les familles, le mariage, l'union libre, les enfants, séparation, divorce.

Índice

Introducción

- I. La familia y Derecho de Familia
- II. El Derecho de Familia español y sus reformas
- III. Familia, familias, matrimonio y pareja en la realidad social española
- IV. El modelo constitucional de familia: el artículo 39 de la Constitución Española de 1978.
- V. El sistema vigente de gestión de las crisis matrimoniales
- VI. El matrimonio de pareja homosexual

Conclusión

Bibliografía citada

Introducción

En muy pocos años el Derecho de familia español, probablemente, ha evolucionado más (no digo *mejor*) que en los países de su entorno. Lo que le ha conferido una inopinada notoriedad en el ámbito jurídico internacional. Es cierto que el Derecho siempre comporta una novedad, o como afirmaba Tácito: *omnia quae nunc vetustissima creduntur, nova fuere* (todas las cosas que hoy consideramos muy viejas, en un tiempo fueron nuevas). Y no lo es menos que, en algunos aspectos, el Derecho español de familia más que evolucionar se ha *revolucionado*. Un Derecho que, en buena medida, es de nueva factura pues rompe abruptamente con principios ideológicos fuertemente arraigados en épocas precedentes, pues se ha caracterizado tradicionalmente por su inmovilismo. Los juristas españoles somos conscientes de que nuestras instituciones están en el escaparate de la globalización, y nuestras reformas en ocasiones dan motivo a la admiración, pero también –por qué no decirlo- a la perplejidad. En algunos casos, esas reformas recientes situaron nuestro Derecho en el reducido grupo de países que admiten como modalidad de matrimonio el que contraen dos personas del mismo sexo, o de los que regulan un régimen de divorcio que no por casualidad ha sido denominado “divorcio *expres*”, o de los países en que se ha introducido una modalidad de guarda sobre los hijos de la pareja separada o divorciada que tiene carácter *compartido*. Sin prejuzgarlo por mi parte, hay que suponer en el legislador el talento y el tino, la responsabilidad, suficiente para que sus reformas acompañen a la realidad social, y no la precedan. Aunque tal vez, *trahit semper sua voluptas*, esto fuera mucho suponer. Sea como fuere hay factores para considerar de manera objetiva que el modelo de familia español, mejor dicho, *los modelos familiares* han cambiado en la sociedad española, sobre todo a partir de la apertura democrática de finales de los años ochenta.

I. La familia y derecho de familia

Suele definirse la familia como una institución natural y social que el derecho no crea, sino que simplemente se limita a contemplar y regular, de modo que la familia no surge *a posteriori* de una regulación jurídica. Siguiendo esta línea jurídica cabe dar dos conceptos de familia, puesto que esta puede entenderse en sentido estricto, o en sentido extenso. El primero es equivalente a “familia nuclear”, formado por el *núcleo de padres e hijos*. En sentido amplio se habla de la “familia-linaje”, que comprende a todas las *personas ligadas entre sí por un vínculo de parentesco cuando la ley extrae de este vínculo alguna consecuencia jurídica*. Correlativamente a la noción de familia, consideramos *el Derecho de familia como aquel sector del ordenamiento jurídico que trata de tutelar los intereses de la familia y de sus miembros*. Es un conjunto de normas jurídicas de naturaleza discutida: aunque tradicionalmente se ha considerado como Derecho Privado, y derecho Civil específicamente, también se ha adscrito al Derecho Público. Es clásica la tesis de CICU al considerar que las normas del Derecho de Familia son normas de Derecho Público, basándose destacadamente en dos criterios: en la familia hay un interés propio de la institución familiar y superior al de sus miembros y, además, concurren una serie de voluntades convergentes a la satisfacción de ese interés superior. Pero mayoritariamente la doctrina científica española ha rechazado tal planteamiento, es decir, que las normas del Derecho familiar pertenezcan al ámbito público, porque la familia no es un ente revestido de *imperium*, o de soberanía, de potestad derivada del Estado. Todo ello sin perjuicio

de reconocer que el Derecho familiar tiene cercanías con el Derecho Público y, al tiempo, también caracteres genuinos.

En cuanto a la caracterización del Derecho de familia, solamente de manera relativa, es decir con relación a determinado modelo de relaciones familiares, se puede afirmar cuáles son sus rasgos. Aun, con esa reserva, la doctrina suele destacar el *contenido ético* del Derecho de familia, ya que sus normas -como corresponde a una institución natural y social- proceden más del campo de la ética que del campo del derecho positivo, y además este fondo ético predomina sobre el *jurídico*, de ahí que existan preceptos sin sanción y obligaciones incoercibles. Es un Derecho en que predominan las *relaciones personales* sobre las *patrimoniales*. En él se constata la primacía del *interés social*, o supraindividual, sobre el de los individuos que componen el grupo familiar; y muchos derechos que estos tienen persiguen, al mismo tiempo, la satisfacción o cumplimiento de un deber. Por ello se habla, más que de *derechos*, de las *funciones* de los padres respecto de los hijos o entre la pareja. Las funciones o derechos de familia son *recíprocos* generalmente, *inalienables*, e *irrenunciables*. Las normas del Derecho familiar son de *orden público*, *imperativas* o *inderogables* por la autonomía privada (por más que la extensión de esta última categoría constituya una de las nuevas coordenadas del Derecho español).

II. El derecho de familia español y sus reformas

Las circunstancias sociopolíticas al término de la guerra civil, en 1939, provocaron que nuestro Derecho de familia evolucionase muy poco hasta la década de los cincuenta del pasado siglo. Correlativamente, las reformas se precipitaron en los años setenta, y sobre todo a partir de la Constitución de 1978 hoy vigente. Sin ánimo de exhaustividad, es preciso referir una serie de hitos definitorios¹ del sentido en que el Derecho de familia ha ido evolucionando. En 1972 se suprime la limitación, que aparecía en el Código civil, de la capacidad de la mujer menor de 25 años para abandonar el hogar paterno; hasta ese momento, sucedía que la mujer menor de 25 años dejaba de estar sometida a la potestad del padre... para pasar a estar sometida a la potestad del marido, si contraía matrimonio. En 1975 se produce la equiparación legal de los cónyuges, suprimiéndose la “autoridad marital” (término que aproxima bien la ascendencia que ostentaba el varón sobre la mujer); el matrimonio ya no restringe la capacidad de obrar de los cónyuges, y para que para que el marido pueda representar procesalmente a su esposa esta le ha de conceder voluntariamente tal poder de representación. Por ley de 1978 se despenalizó el adulterio y el amancebamiento (la supresión de estas figuras tiene consecuencias también civiles, sucesorias). Mediante un Decreto de noviembre de 1978, anticipándose a la Constitución promulgada el mes siguiente, se estableció la mayoría de edad a los 18 años.

¹ No exagero, en absoluto, si reconozco que los juristas más jóvenes a veces resultan incrédulos de esa realidad, mientras que los de mayor experiencia pueden experimentar cierta zozobra al recordar: precisamente se trataba de *hitos* por el abrupto contraste con el Derecho civil posteriormente constitucionalizado (y que, de muy diversas maneras, proclama hoy en día la igualdad de todos ante la ley). No tiene especial beneficio el intento de aliviar nuestro propio relato histórico generalizando la responsabilidad de otros derechos europeos en el tratamiento desigual entre hombres y mujeres. Sin embargo, tampoco puede juzgarse el Derecho al margen del propio contexto (temporal, político, social, *etc.*) en que se promulga. Y también las comparaciones resultan relativas entre países, tal vez poco sospechosos de tibieza democratizadora. Así Francia aprobó su ley de matrimonio igualitario en 2013, o apenas en 2001 abandona la discriminación sucesoria que recaía sobre los hijos adulterinos.

Como dije, tras la Constitución de 1978 se produce una verdadera torrentera de reformas en todo el ordenamiento jurídico, que resultan decisivas para el actual derecho civil de la familia. La Ley de 13 de mayo de 1981 equiparó a los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, igualando al marido y la mujer en el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos, y en su posición en cuanto al régimen económico conyugal. La Ley de 7 de Julio de 1981, admitió el matrimonio civil con total libertad, es decir, deja de ser subsidiario del matrimonio canónico, desapareciendo la supeditación a la prueba de acatolicidad de los contrayentes; igualmente se admiten las formas de celebración de determinados matrimonios acatólicos. Y se reintrodujo el divorcio vincular que había sido proscrito en 1939, al derogarse la Ley divorcio de 1 de marzo de 1932. La Ley de 1 de Julio de 2005 reconoce el matrimonio homosexual, equiparándolo plenamente al heterosexual. La Ley de 8 de Julio de 2005 modifica el régimen del divorcio, dando lugar a lo que mediáticamente se conoce como “divorcio exprés”; e introduce una nueva modalidad de guarda sobre los hijos, denominada “custodia compartida”. La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana que (con su precedente Ley de 22 de noviembre de 1988, que estableció una nueva categoría de filiación, la “filiación asistida”. La Ley 54/2007, de 28 de diciembre de 2007 de Adopción Internacional supuso un importante avance en ese ámbito. La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria contempla entre otras novedades (y siempre que concurren ciertos requisitos) la posibilidad (antes reservada a la autoridad judicial) de que los notarios y secretarios judiciales puedan celebrar matrimonios, así como llevar a cabo separaciones y divorcios. La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia y Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia completarían este panorama, en cuanto a la temática referida en su respectiva titulación.

En el repertorio de hechos trascendentales para configurar el actual Derecho de familia, solamente puedo referirme en este momento a alguno de los más significativos desde mi punto de vista. Pero antes he de insistir en una idea (algo que en ocasiones pasa desapercibido para el jurista demasiado ocupado en taxonomizar, en tipificar la convivencia humana dentro de las categorías del Derecho): por sentido común (aunque, según se dice, sea *el menos común de los sentidos*) todos entendemos que el concepto de *familia* viene definido por una relación paterno-filial (natural o por adopción), de tal modo que si falta descendencia no podemos hablar con propiedad de “familia”, aunque en el lenguaje común se utilice esa expresión para designar a las parejas sin hijos, o incluso las denominadas “familias unipersonales” u hogares integrados por una sola persona. Ello no obstante lo que importa desde el punto de vista del ordenamiento jurídico, no es tanto el concepto objetivo de familia, sino *qué debe entenderse jurídicamente* por tal (así, *vgr.*, no cabe duda de que el Tribunal Constitucional español viene considerando “familia” al matrimonio, aún sin descendencia).

III. Familia, familias, matrimonio y pareja en la realidad social española.

La definición de “familia” tiene un contenido relativo, hace referencia a una época y a un lugar, desde el momento en que resulta obvio que ese concepto jurídico y social, ese modelo de convivencia, no puede ser idéntico al preponderante en la sociedad española de otra época. Como ya adelantara hace algunos años cierto insigne jurista (el prof. LACRUZ BERDEJO) hemos asistido al alumbramiento de la “familia postmoderna”. Se trata de una familia *reducida* en sus

miembros (así una de las mayores preocupaciones de los dirigentes europeos es la inversión de la *pirámide de población*), *desustanciada* (por la atenuación de los principios institucionales que tradicionalmente organizaban el grupo familiar) y *deslegalizada* (por la reducción del formalismo histórico, y la revalorización de la autonomía individual), compuesta “por una pareja inestable y unos hijos en abierta rebelión”².

La sociedad española puede parangonarse con las de su entorno europeo en lo que toca a los modelos familiares y su evolución, suelen presentar coincidencias. Aunque lo que resulte distinto sea la velocidad de esa evolución, o la penetración real de determinados modos de comportamiento (*vgr.* las parejas de hecho, como fenómeno de convivencia, constituyen todavía un porcentaje muy poco significativo si se compara con el que corresponde a parejas matrimoniales; aunque no sea fácil proporcionar cifras, la unión no matrimonial puede suponer como mucho un veinte por ciento sobre el total de parejas, mientras que aquel porcentaje alcanza entre el veinticinco y treinta por ciento en algunos países del norte europeo).

Ha aparecido un nuevo entramado del grupo familiar, y al mismo tiempo sucede que no hay ni por asomo un modelo familiar universal o único. En España, como en toda Europa, se ha implantado un cierto “pluralismo familiar”, una diversidad de modos de convivencia en familia: familias matrimoniales-no matrimoniales, heterosexuales-homosexuales, íntegras-divididas, reconstituidas o ensambladas, monoparentales... ¿Qué ha acontecido en la sociedad y en el ordenamiento jurídico españoles, para que se hayan producido cambios de importancia en la conformación de la familia? Vale la pena destacar algunos aspectos especialmente trascendentes.

Sin duda una de las circunstancias más llamativas que, tras la Constitución de 1978, ha afectado a la moderna configuración de la pareja y de la familia, es la extensión, y la socialización del fenómeno de las crisis matrimoniales: la realidad del divorcio, que fue reintroducido en nuestro país en 1981³. En muy pocos años las rupturas matrimoniales han pasado a ser un elemento significativo de la realidad en la sociedad española. Según datos del Instituto Nacional de Estadística (INE) referidos a 2017 (publicados 2018) en España, el índice de rupturas matrimoniales (incluyendo, nulidad, separación y divorcio) representa un 59,15% respecto del total de matrimonios celebrados⁴. En la actualidad, puede afirmarse en meros

² *Cfr.* LACRUZ BERDEJO, J. L., “Un nuevo contractualismo en el derecho familiar”, La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, nº 3, 1982, p. 727.

³ Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Correlativamente no había divorcio desde que desapareció en 1939, al derogarse la Ley republicana de Divorcio de 1932. Y el sistema legal de gestión de las crisis conyugales pasaba por el reconocimiento de la separación legal, ya que no se atribuían especiales efectos a la separación puramente fáctica.

⁴ Es obvio que se trata de una comparación meramente relativa, resultado de comparar dos referencias: matrimonios celebrados *vs.* matrimonios *rotos*. Lo que no significa que en cada ejercicio estadístico se rompa el 59,15% de los matrimonios celebrados en ese período.

términos estadísticos, más de la mitad de los matrimonios españoles se divorcian⁵. Téngase en cuenta que estas alarmantes cifras no computan la ruptura de las parejas no casadas, pues difícilmente pueden tomarse en cuenta cuando ni siquiera es obligatorio (en general⁶) que su existencia quede registrada. En ese contexto social, el mes de julio de 2005, se originó legalmente un sistema de nueva factura de gestión de las crisis conyugales que luego describiré. De algún modo se produjo el reconocimiento de una suerte de *derecho individual de cada cónyuge a obtener la separación o el divorcio*, incluso contra la oposición de su consorte, lo que rememora lo que históricamente se ha denominado “repudio”⁷.

Al mismo tiempo que se desenfrena el fracaso familiar se ha incrementado en mi país (también en Europa entera) la preocupación institucional hacia las consecuencias de las crisis matrimoniales y familiares⁸. A los poderes públicos les interesa lograr una más efectiva protección de los derechos de los miembros de las familias “rotas”, pues ello redundaría en la estabilidad y la paz social (y, por qué no, también en una economía de los recursos públicos que es necesario invertir en diferentes órdenes de la actividad administrativa: subsidios, organización de los órganos judiciales, o de la atención sociosanitaria, etc.).

Además de la propia inestabilidad del modelo matrimonial, hay que tener en cuenta la consideración que reciben las nuevas formas de convivencia en pareja, no matrimonial, las uniones de hecho. Obviamente el fenómeno no resulta novedoso. Sí lo es, en cambio, la admisión de su licitud y la regulación de derecho por las leyes. Aunque no deja de resultar un tanto sorprendente, lo cierto es que, en ausencia de una ley general que regule en todo el Estado las parejas de hecho, en este momento una quincena de Comunidades Autónomas tienen legislación específica (de diferente naturaleza y denominación) sobre parejas estables no casadas⁹. Aunque el

⁵ Curiosamente hay un factor novedoso, aun de carácter coyuntural, que durante algunos años ha contribuido a disminuir el número de rupturas: la crisis económica ha producido una rebaja estadística de más de un 10%. Y también ha estimulado un incremento objetivo de los divorcios consensuados o de mutuo acuerdo (no porque florezca una nueva armonía entre las ruinas de la vida en pareja, sino por las dificultades para separar domicilios, pagar pensiones, etc.).

⁶ Desde el momento en que, no habiendo una ley única de ámbito nacional, diversos territorios autónomos (las “Comunidades Autónomas”) de ámbito regional han dictado normas muy dispares respecto de la convivencia *more uxorio* sin matrimonio.

⁷ A tal extremo que puede considerarse que el Juez que denegase la correspondiente solicitud de parte, concurriendo los escasos requisitos que para la separación o el divorcio prevé la ley, cometería prevaricación.

⁸ Entre otras medidas dicha atención está llevando a que en España también se esté legislando la denominada mediación familiar (cuyo auge constituye un verdadero fenómeno): buena parte de las diecisiete Comunidades Autónomas ya cuentan con una Ley propia en la materia. Además de la Ley estatal de mediación general (Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles). Es la propia Unión Europea la que explicitó aquella preocupación, en una Recomendación de 21 de enero de 1989 sobre mediación familiar. La importancia de la misma es fundamental en el desarrollo que, también en mi país, está teniendo esa modalidad de mediación; así puede constatarse a partir de las exposiciones de motivos de las leyes de ámbito autonómico que se ocupan en este momento de la mediación familiar, ya que suelen tomar pie en aquella Recomendación.

⁹ A las leyes específicas habría que añadir previsiones normativas de otro alcance.

fenómeno de las uniones de hecho no agote la estadística, 46% de los niños españoles nacen fuera del matrimonio¹⁰.

Desde luego, en la evolución de las relaciones familiares no puede pasarse por alto algo que tiene una trascendencia especial, no solamente por lo que supone de justicia hacia la condición de la mujer en la sociedad y en el Derecho español: la nueva consideración igualitaria que reciben los miembros del grupo familiar. No solamente se ha consagrado, a partir de la Constitución, la igualdad jurídica del hombre y de la mujer¹¹ solteros, y de la esposa y el marido, sino que además se ha incorporado efectivamente a nuestro ordenamiento jurídico el principio del interés superior del niño¹².

Con respecto a los nuevos paradigmas de comportamiento social debe considerarse la trascendencia enorme que ha supuesto, en tantos ámbitos de la economía, y también de la familia, la definitiva incorporación de la mujer al mundo laboral. Este fenómeno, por sí solo, hubiera sido suficiente para trastocar la tradicional distribución de papeles (“roles”, término que cada vez se prodiga más), en que era común que la mujer se dedicase en exclusiva al cuidado del hogar y a la atención de los miembros de la familia. Ya no sirve (como en otra época) el criterio de adscripción de los cometidos familiares por razones de género¹³. Modernamente se va abriendo paso (eso sí, con inevitables dificultades materiales) la conciencia de que aquellas responsabilidades deben *corresponder* (por eso la frecuencia con que se recurre al término *corresponsabilidad*) por igual a mujeres y hombres¹⁴. Por otra parte, el trabajo profesional (fuera del ámbito doméstico) de la mujer no solamente le ha reportado posibilidades de emancipación real, de que antes carecía en buena medida, sino que le ocasiona iguales dificultades que las que venía esgrimiendo el varón a la hora de dedicar a los hijos un tiempo que ya no se les puede

¹⁰ Es decir, al menos, de madre no casada. Con todo, ello significa que todavía el resto son matrimoniales. A pesar de que la referencia queda por encima de la media europea, situada en torno a un 43%, está bien alejada del 60% de hijos extramatrimoniales que puede tabularse en Francia.

Para esta y otras informaciones estadísticas que iré proporcionando, tengo en cuenta los datos oficiales (y muy sistematizados) que proporciona el INE (Instituto Nacional de Estadística: <https://www.ine.es/welcome.shtml>). De una manera más sintética, *vid.* https://www.ine.es/prodyser/espaa_cifras/2018/2/ (Fecha consulta: 17 enero 2018).

¹¹ El penúltimo tramo de esa progresión puede encontrarse, en la Ley de Igualdad: Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Su artículo primero justifica tal norma para “hacer efectivo el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer en cualesquiera ámbitos de la vida...”.

¹² Un buen compendio de las consecuencias de tal principio puede encontrarse en la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (actualizada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia).

¹³ Además de las razones derivadas de la inercia histórica. Aunque los criterios de adscripción de cometidos y tareas, basados en una apropiación del género, cada día son más relativos. Tal vez, en consideración del estado de la ciencia, la última frontera (probablemente, no infranqueable) que separa lo que es propio de la mujer y lo que permite la condición del hombre, como seres complementariamente sexuados, tiene que ver con la gestación y el alumbramiento de su prole.

¹⁴ Se ha superado (o, al menos, resulta ya insostenible) el rancio criterio de las “tareas propias del sexo y condición...”. Aunque no es menos cierto que en el caso de la mujer, con frecuencia sucede que llega a incorporarse al mercado laboral, pero sin poder desprenderse o delegar proporcionalmente algunas de sus responsabilidades familiares. Lamentablemente podría afirmarse que lo realmente novedoso es que ahora la atención familiar ya no resulta una ocupación exclusiva, sino que la mujer todavía *debe* compaginar su trabajo fuera del hogar con las tareas que los tópicos sociales le encomendaban.

dispensar de manera casi en exclusiva. Y, como consecuencia de todo ello, el varón debe implicarse realmente en la gestión del hogar y en el cuidado de los hijos no únicamente de manera intencional, sino material o efectivamente¹⁵.

No solamente se han incorporado nuevos valores a los estereotipos femenino y masculino, sino que se reivindican de otra manera los derechos que los fundamentan. Incluso, en ocasiones, cuando se produce la ruptura de la comunidad de vida familiar se ataca con igual saña el mismo derecho que tiene el otro progenitor a relacionarse con sus hijos, tratando de excluirlo absolutamente: en tal sentido se identifica el llamado “síndrome de alienación parental” (SAP, o PAS en terminología anglosajona)¹⁶.

En la actualidad se han producido cambios en la caracterización de las relaciones padres-hijos, en el seno del grupo familiar, cambios en la estructura interna de la familia. Al efecto deben ponderarse, al menos, los siguientes factores: la atenuación, asimismo progresiva, del principio de autoridad paterna (entendida tradicionalmente como potestad del varón) y se han introducido pautas de discusión y negociación en todos los niveles de las relaciones familiares, lo que supone reconocer a todos los miembros del grupo familiar una legitimidad de interlocución; las familias españolas han cambiado en lo que respecta a su dimensión nuclear pues se trata de familias reducidas, en cuanto al número de sus miembros (el índice de natalidad -aunque en los últimos años ha experimentado un ligero repunte, gracias a la emigración fundamentalmente- sigue siendo considerado como “crítico”¹⁷); un factor muy relacionado con el déficit de natalidad es que la familia española se concierne a partir de una edad más avanzada de los progenitores (en el contexto de la Unión Europea la mujer española es la que más tarde comienza a tener hijos, en términos estadísticos, a los 32 años; la familia española es cada vez más *internacional*, debido a la importancia del fenómeno de la emigración y al incremento de las adopciones internacionales, y los matrimonios mixtos (en el 14% de los matrimonios heterosexuales, al menos uno de los contrayentes era extranjero¹⁸). Otra característica de la familia o de la sociedad española, es la reciente caída del índice de nupcialidad o tasa de nupcialidad (número de matrimonios por cada 1000 habitantes): España está a la cola de Europa en cuanto a nupcialidad (3,7), respecto de la tasa media en la Unión Europea que alcanza los cuatro puntos.

¹⁵ Es más, con frecuencia son los propios varones quienes reclaman tales competencias, como presupuesto para reivindicar la custodia compartida sobre los hijos, cuando se produce una ruptura de pareja.

¹⁶ Aunque, como se sabe, esa patología a veces se produce por otros miembros del grupo familiar de los progenitores.

¹⁷ España cuenta con la natalidad más baja de Europa (solamente superamos, por muy poco, a Chipre, Polonia y Portugal) y una de las más bajas del mundo. La tasa de natalidad en España está por los suelos: si la tasa de reposición generacional está en 2,1 hijos por mujer en la actualidad, estamos en 1,3. Es decir, si no se produce un repunte de la natalidad o tienen lugar aportes migratorios significativos, cabría deducir que España es un país con una pirámide de población poco conveniente para su propia supervivencia, pues está en crecimiento negativo. Un importante periódico titulaba la noticia, hace unos meses: “España camina hacia la «extinción progresiva» tras el peor dato de nacimientos del siglo” (cfr. ABC, 20/06/2018: https://www.abc.es/sociedad/abci-espana-camina-hacia-extincion-progresiva-tras-peor-dato-nacimientos-siglo-201806200240_noticia.html) (Fecha consulta: 17 enero 2018).

¹⁸ Lo que, a su vez, tiene otras consecuencias. Como que en algo más del 18% de los nacimientos la madre no es española de origen.

Desde 2009 el número de bodas civiles supera al total de las que pueden concertarse en forma religiosa. En la actualidad, tres cuartas partes de los matrimonios se celebran civilmente de modo exclusivo; la mayor parte del resto son matrimonios católicos (aunque caben diferentes posibilidades para contraer matrimonio en otras formas religiosas reconocidas, estas son una opción más minoritaria)¹⁹.

Por otro lado, la legislación que se está proyectando a nivel nacional (pues algunas regiones o Autonomías españolas ya cuentan con leyes propias²⁰) para contemplar la identidad sexual, pretende facilitar la concordancia registral del *sexo querido o percibido*, prevaleciendo sobre la dotación sexual de nacimiento, que es fundamentalmente la que se había tenido en cuenta hasta ahora por la ley²¹.

En el relato de novedades sustanciales para la conformación vigente de la familia y el matrimonio, no ha de olvidarse la supresión del requisito de la diferenciación sexual entre los contrayentes del matrimonio civil. Lo primero es consecuencia de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio; dicha Ley entró en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE de fecha 2 de julio (*cfr.* Disposición Final 2ª)²². Esta novedad, por su importancia, merece un tratamiento autónomo, al que luego dedicaré unas líneas.

IV.El modelo constitucional de familia: el artículo 39 de la constitución española de 1978

Deben tomarse en cuenta, para la cuestión que menciono, varios artículos de los que obviamente no puedo hacer una relación exhaustiva. Entre ellos el art. 32 CE, ha originado una enorme polémica sobre todo al hilo de la Ley 13/2005, que introdujo el matrimonio homosexual en nuestro ordenamiento. La cuestión es que, en su literalidad, el citado art. 32 CE dispone que “1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”. Como puede verse se trata de “hombre” y “mujer”, no se refiere a hombre-hombre, o mujer-mujer. Lo que, entre otras razones, determinó que se formulase un recurso de inconstitucionalidad, en su momento desestimado por el Tribunal Constitucional.

¹⁹ Los matrimonios en que los contrayentes tienen el mismo sexo, suponen un 2,7% del total.

²⁰ Por citar la de mi región, *vid.* Ley 4/2018, de 19 de abril, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad Autónoma de Aragón.

²¹ La Ley de Identidad de Género (con esta u otra titulación distinta), permitirá (cuando se apruebe) a las personas transexuales cambiar su nombre y su sexo en el Registro Civil, a partir de la propia declaración del interesado sobre la “disforia” que le afecta. Por el momento téngase en cuenta (pues todavía está vigente) la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

²² Aunque ahora no me ocupe del fenómeno, la verdad es que el desarrollo de la adopción en mi país tiene características específicas. Entre otras razones, la falta de niños abandonados, y el descenso en los niveles de natalidad, han provocado (sin excluir, tal vez, la influencia de algunas modas) la gran importancia adquirida por la adopción internacional. Lo que, unido a la propia inmigración (en torno al 10% del número total de habitantes), propicia que paseando por cualquier calle española pueda contemplarse un verdadero mosaico de razas.

También es fundamental el artículo 39 CE (que debe contemplarse en relación con otros preceptos constitucionales que tienen que ver con los derechos de los ciudadanos en general: *vgr.* art. 10 CE –libre desarrollo de la personalidad-, art.14 CE –igualdad de los ciudadanos ante la ley-, o el art. 32 CE–relativo al matrimonio y a la igualdad de derechos de los cónyuges-), cuyo ámbito directo son las relaciones paterno-filiales. Sin embargo, aunque parezca contradictorio con esa importancia, el artículo 39 CE resulta sumamente genérico: “1. *Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.* 2. *Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.* 3. *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.* 4. *Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*”. Si esperábamos una definición más taxativa y clara de cuál es la garantía constitucional de las funciones parentales, sin duda el precepto resulta decepcionante. Pero no debemos olvidar que, como expresa la rúbrica del Capítulo (“*De los principios rectores de la política social y económica*”) en que se inserta el artículo 39 CE, se trata simplemente de enunciar *principios* cuyo desarrollo ulterior compete a los poderes públicos (y cuya infracción solamente puede ser alegada ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que desarrollen aquellos principios). Dicho de otro modo, *la protección de la familia no es un derecho subjetivo*, el art. 39 CE no define *derechos fundamentales*, protegidos por el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, y con las propias garantías constitucionales de los derechos de esa naturaleza.

Si acaso una cuestión a resolver a partir del propio tenor del art. 39 CE es ¿a qué familia se está refiriendo?, ¿a qué tipo de familia se asegura la protección social, económica y jurídica a que alude el apartado primero de dicho artículo? En realidad, la pregunta es legítima pues la Constitución no define la familia, ni en consecuencia parece preferir ningún modelo de familia en particular (ese silencio de la Constitución tampoco significa que la consideración constitucional de la familia, y la protección que de ello se deriva sean menores solamente por eso). Aunque no han faltado en la doctrina científica los partidarios de referir aquella protección a la *familia matrimonial*, hoy en día la mayoría de los autores, con fundamento en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, no dudan que aquella limitación no es jurídicamente posible, pues, en la realidad social española y con arreglo a su ordenamiento jurídico, existen otros modelos de convivencia (no matrimoniales) igualmente lícitos y admitidos.

El criterio para saber a qué realidad familiar ordena la Constitución proteger, no es el que resulta positivamente de la inclusión en el art. 39 CE, sino el de la improcedencia de una discriminación que no resultase jurídicamente admisible con arreglo al art. 14 de la propia Constitución²³. Ciertamente con esta solución, se resuelve un problema para acabar originando otro: ¿cuándo es jurídicamente admisible un tratamiento desigual de las realidades familiares?

²³ En la Sentencia del Tribunal Constitucional 184/1990 se refiere que la Constitución no ha identificado la familia que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio; pues, como corresponde a una sociedad plural, junto a la familia matrimonial existen otras. De tal modo que no se puede interpretar el art. 39.-1 CE en términos restrictivos.

¿La familia matrimonial puede resultar mejor tratada que otras formas posibles de convivencia no matrimonial? No parece que sea así, pero al mismo tiempo creo que tampoco debe haber problema para entender que la protección de la familia matrimonial debe priorizarse de algún modo. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (contenida en Sentencias ya antiguas, como las de 5 noviembre 1990, 14 febrero 1991 y 28 febrero 1994, *etc.*) ha afirmado que matrimonio y convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes y el legislador podía establecer diferencias de tratamiento entre las mismas.

Avanzando un poco más, ¿la familia a la que se refiere la Constitución, y a la que deben proteger los poderes públicos, es también la constituida con una unión homosexual? Se han dado diversas soluciones a la hora de responder. La cuestión es sin duda compleja, aunque buena parte de los autores contestaban con la negativa e incluso había, en la misma línea, frecuentes pronunciamientos jurisprudenciales. Sin embargo, tanto los argumentos de la doctrina científica, como los jurisprudenciales, decayeron (formalmente, al menos) en el momento mismo en que (pese a los inconvenientes que luego comentaré) el Parlamento español aprobó el *matrimonio homosexual* (mediante la *Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*), en igualdad de condición que el matrimonio heterosexual. Por más que, como ya he dicho, hubiera un recurso de inconstitucionalidad planteado en contra de dicha Ley y que siete años después sería desestimado.

V. El sistema vigente de gestión de las crisis matrimoniales.

En el mes de julio de 2005, se originó legalmente un nuevo sistema de gestión de las crisis conyugales. Caracterizado por los plazos brevísimos para poder solicitar y obtener el divorcio (tres meses después de haber contraído matrimonio, por regla general, e incluso menos en algunos casos), y también por la supresión de la separación conyugal (que era un trámite, por lo común, preceptivo y previo a la solicitud del divorcio²⁴). Es decir, desde los años ochenta el sistema legal de gestión de las rupturas conyugales estaba constituido por la separación y el divorcio. Y además la separación venía ocupando un carácter instrumental del divorcio vincular, en la práctica, pues era aquella una situación provisional tendente a preparar otra definitiva cual el divorcio. Se trataba básicamente de un sistema a caballo entre el modelo de “divorcio remedio” (a partir de la constatación de la ruptura de la convivencia) y el de “divorcio culpa” (en cuanto se conservaba una relación de causas, basadas en conductas reprobables de uno de los progenitores, que permitían al otro solicitar la separación o el divorcio). Correlativamente, era bastante escueta la posibilidad de solicitar la separación o el divorcio por la sola voluntad de ambos esposos pues, en virtud de las diferentes situaciones previstas por el Código, debía atemperarse por el trascurso de plazos de tiempo considerables. Aunque poco a poco, en el lustro precedente a la reforma de 2005, se fue acogiendo en cierta jurisprudencia (aunque no pudiera ser como “*ratio decidendi*” de las sentencias que debían basarse en el catálogo de causas tasadas de crisis matrimonial) la

²⁴ De modo tal que, numéricamente, había más separaciones que divorcios al ser el resultado total de aquellas que se buscaban directamente por quienes quería separarse, pero no divorciarse, más aquellas otras que se producían como presupuesto de un divorcio que se deseaba a toda costa.

Actualmente (datos 2017, INE) los divorcios representan un 95,7% de las rupturas matrimoniales, las separaciones pueden redondearse en torno a un 4,2%, y las nulidades no llegan al 0,1%.

pérdida de la “*affectio coniugalis*” como supuesto de hecho en correspondencia con la concesión de la separación o el divorcio.

Sin duda, el régimen de separación y divorcio introducido por la Ley 15/2005, de 8 de julio, resultaba completamente rupturista con el modelo precedente. Desde los trabajos legislativos preparatorios, los medios de comunicación calibraron bien su trascendencia, no en vano adquirió carta de naturaleza la denominación de lo que al tiempo se convertiría en ley, como “Ley del divorcio exprés”. Muy en síntesis, se trata de un régimen de gestión de las crisis matrimoniales extremadamente simple (*cfr.* art. 81 y 86 CC), pues se prescinde por completo del sistema causalista de separación o divorcio, que ahora se basa únicamente en la voluntad *unilateral* (el acuerdo entre progenitores no tiene trámite más expedito del que se reconoce a la voluntad de cada uno de ellos: por eso, este modelo de divorcio individualista rememora lo que históricamente ha sido el repudio). El único requisito objetivo que debe apreciar el juez, para la viabilidad de la acción de separación o divorcio que pretenda ejercitarse, es el plazo: el trascurso de tres meses desde la celebración del matrimonio. Incluso tal requisito solamente tiene el carácter de regla general, que cede “...cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio” (*cfr.* art. 81.-22 CC). No es menos trascendental que, *de facto*, se haya relegado la separación matrimonial a un papel residual, testimonial en términos estadísticos, o como opción minoritaria²⁵: en todo caso, la separación ya no tiene esa función que le asignaba el sistema de 1981 (cuando se reformó el sistema matrimonial en el CC) como elemento de contención (en el modo de una suerte de “período de reflexión”) o presupuesto general para la viabilidad del divorcio, y solamente procederá –en lugar del divorcio- cuando ninguno de los progenitores se oponga o la rechace²⁶.

Sin embargo, las novedades que aportó aquella Ley 15/2005 no se agotaban con el “divorcio exprés”. Pues, al modificar el art. 92 del Código civil, se introducía una nueva modalidad de guarda sobre los hijos que tiene carácter compartido, la *custodia compartida*, también denominada, *guarda alterna o alternada*. Con ello se diversificaba el modelo ofrecido antes por el Código, con respecto de la custodia o guarda exclusiva, y se seguía el camino abierto por la Ley francesa de 2002, de autoridad parental (*Loi n° 2002-305, du 4 mars 2002, relative à l'autorité parentale*); Francia fue el primer país europeo en optar legalmente por fórmulas de coparentalidad, introduciendo la residencia alterna o alternada, *résidence alternée*. En síntesis, el concepto de custodia compartida supone la posibilidad de que los padres separados (casados o no,

²⁵ La explicación es simple: si los requisitos (como digo, únicamente los plazos) son los mismos para la separación y el divorcio, salvo que concurran motivos muy peculiares (de conciencia moral o religiosa, darse los esposos un “respiro”, o la precaución en cuanto a los hijos, tal vez) resulta más fácil poner fin al matrimonio (divorcio) y recobrar la libertad de estado (estado civil), que dejar en suspenso algunos de sus efectos personales y patrimoniales (separación). Sobre todo, teniendo en cuenta que no hay ningún inconveniente legal para que los divorciados, incluso cuando hayan estado casados entre sí, puedan contraer nuevo matrimonio.

²⁶ Conviene insistir en este extremo para que se entienda bien por qué en Derecho español puede hablarse de una suerte de *derecho individual al divorcio* que no puede ser desconocido por los jueces: si uno de los esposos quiere poner fin al matrimonio, y concurren los requisitos legales para ello, el juez estará sujeto a declarar el divorcio aunque el otro consorte se opusiera y solicitase en cambio la separación matrimonial nada más.

según se trate de separación legal o separación de hecho) o divorciados se repartan los períodos de convivencia con el hijo. Sin duda el contexto en que tiene sentido hablar de custodia compartida, con respecto a las relaciones paternofiliales, es el de la crisis o ruptura de la pareja con hijos (matrimoniales o no, insisto).

¿Qué ha supuesto realmente la reforma por la que se introdujo en el Código la custodia compartida, es decir una previsión de custodia alterna o alternada? En realidad el CC no se refería expresamente a la custodia compartida antes de la reforma, pero tampoco la prohibía. Por lo que la doctrina científica reconocía su posibilidad (cabría, de hecho, la guarda conjunta mediante la adopción de un derecho de visita amplio o con amplios períodos de convivencia), y algunos Tribunales –aunque fuera de modo puntual- llegaron a aplicarla. En cambio, acogándose legalmente la custodia compartida, su viabilidad depende del acuerdo de los progenitores; pues de otro modo, sin el acuerdo de coparentalidad, la posibilidad de que se adopte por el Juez tiene carácter excepcional. A pesar de ser así, la modalidad de custodia compartida no deja de crecer (también impulsada por una jurisprudencia del Tribunal Supremo claramente favorable): en la actualidad se acuerda en un 30% de los casos en que los progenitores discuten sobre la custodia de los hijos menores.

VI.El matrimonio de pareja homosexual.

Esta ha sido una de las cuestiones más polémicas dentro del Derecho civil de familia (al menos, para los juristas), desde que en 1981 se reintrodujera el divorcio en el ordenamiento jurídico de mi país. Tal vez no resultase excesiva la valoración de que, en parte, se persiguieron finalidades muy marcadas por la política y aun de motivación directamente electoral. Correlativamente creo que es justo afirmar que la legislación sobre matrimonio homosexual tuvo un cierto desarraigo respecto de las convicciones sociales, de la realidad social (o a nivel de “la calle”). Pues la convivencia homosexual está socialmente poco significada (aunque, igualmente es cierto, que hubo algunas movilizaciones y manifestaciones de sentido opuesto, a favor y en contra)²⁷. Cabe precisar que esa nueva clase de matrimonio está llamado a tener una ponderada aplicación práctica, al menos por el momento²⁸. De modo que tal novedad legal no podía afirmarse que fuese estrictamente *necesaria*, o que requiriese forzosamente que se hiciera saltar por los aires el concepto histórico de matrimonio: la defensa de los legítimos derechos de las parejas de orientación homosexual podía haberse conseguido igualmente, mediante otras soluciones, sin trastocar o *experimentar* con una institución tan constitutiva (antes y ahora) como el matrimonio heterosexual.

España ha sido sin duda precursora en el reconocimiento del matrimonio homosexual. No son muchos los estados europeos que hayan sometido sus ordenamientos jurídicos a una reforma tan *audaz*: aunque se reconozca en algunos países la unión homosexual, y en algunos casos la posibilidad de contraer matrimonio, hace una docena de años no era tan fácil encontrar en nuestro contexto europeo una equiparación absoluta con el matrimonio heterosexual (como se ha hecho

²⁷ Insisto, la polémica que acompañó la iniciativa legislativa fue sobre todo jurídica, en cuanto al matrimonio homosexual en sí mismo, sin afectar al respeto por la convivencia *more uxorio* de parejas del mismo sexo.

²⁸ Como botón de muestra, cabe tener en cuenta algunos datos. Como ya dije, según la estadística INE, los matrimonios entre contrayentes del mismo sexo representan un 2,7% sobre el total.

en España mediante una remisión en bloque al estatuto del matrimonio heterosexual). Y he aquí precisamente parte del problema, que en su momento determinó que altos órganos jurídicos consultivos de la organización del Estado tomaran posición en contra de la regulación del matrimonio homosexual. En la doctrina, el tema ha hecho correr ríos de tinta tanto antes, como después de la promulgación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, *por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio* (por la que se introdujo aquella especialidad dentro del régimen del matrimonio²⁹).

Desde el punto de vista técnico lo que hizo la Ley 13/2005, para lograr el *injerto* de una nueva modalidad de matrimonio dentro de la categoría histórica tradicional de matrimonio heterosexual, fue modificar aquellas expresiones del Código civil que, en relación con el matrimonio, literalmente empleaban las expresiones “hombre”-“mujer”, “padre”-“madre”³⁰, es decir las referencias de género.

Me gustaría reseñar los inconvenientes fundamentales que se han achacado a la Ley 13/2005 que, en síntesis, tienen que ver con varios aspectos críticos. El primero, la posible quiebra del concepto institucional del matrimonio, con la eventual *injusticia* que puede resultar al equipararse, en derechos y deberes, dos realidades diferenciadas (matrimonio heterosexual/matrimonio homosexual)³¹. En segundo lugar, otro problema es la adopción conjunta por una pareja homosexual, cuando están en juego los intereses de los niños (determinadas encuestas arrojaban que la sociedad española -al menos el universo que constituye la base numérica de la consulta-, aunque no se oponga al matrimonio del mismo sexo, resulta más reticente al ser interrogada sobre las posibilidades de adopción de menores). Además sucede que efectivamente hay en España, a consecuencia de los movimientos migratorios, otras culturas que acaban teniendo una presencia significativa en la sociedad, y en las que -en algún caso- se admiten o toleran prácticas que no resultan conformes con el Derecho y la conciencia social mayoritaria de mi país³². Tal vez por ello señala el Dictamen del Consejo General del Poder

²⁹ No me ocupo ahora del matrimonio de personas transexuales, que han adaptado una “disforia de género” (recurriendo a tratamientos de diferente naturaleza). Además de las iniciativas legislativas que pretenden facilitar el cambio de la constancia registral del sexo morfológico (sobre las que traté anteriormente), conviene tener en cuenta que en el ordenamiento jurídico español se ha producido una mitigación del rigor con que se excluía o limitaba a las personas transexuales la posibilidad de contraer matrimonio.

³⁰ *Vgr.* antes de su reforma, el art. 44 del Código civil decía: “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código”. Lo que hizo la Ley 13/2005 fue añadir un segundo párrafo que dispone: “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”. Otro ejemplo: el art. 66 CC dispone actualmente que “Los cónyuges son iguales en derechos y deberes”; y antes de su reforma: “El marido y la mujer son iguales en derechos y deberes”.

³¹ Entiéndase que en modo alguno cabe negar la posibilidad de que la pareja homosexual tenga un marco jurídico regulador, tanto en el ámbito personal, como en el patrimonial. Lo que se discutía más bien es si ese envoltorio jurídico había de ser necesariamente el mismo del matrimonio tradicional, cuando hubiera sido tal vez suficiente regular con -alguna especialidad, si fuera preciso- un “contrato o pacto de convivencia”. Es algo que puede recordar a cierta expresión popular que tiene que ver con *desvestir un santo, para vestir a otro*.

³² El colectivo migratorio procedente del norte de África pasa por ser el más numeroso.

Algunos derechos y facultades que en otros ordenamientos extranjeros (o en otras culturas o religiones) pueden atribuirse al varón sobre la mujer resultan inaceptables para el orden público español. Como también lo es, por ejemplo, la imposibilidad de que las mujeres puedan solicitar (ellas mismas, y no sus maridos) el divorcio vincular. Y lo mismo, resulta inaceptable la convivencia poligámica o poliándrica.

Judicial (de 26 de enero de 2005, sobre lo que era el proyecto de ley relativo al matrimonio entre personas del mismo sexo) en su última conclusión: “Fundar la reforma en bases movedizas como la conciencia o la demanda social o un mal entendido sentido de la dignidad de la persona o de búsqueda de la igualdad, dejan a nuestro ordenamiento sin resortes ni bases jurídicas para rechazar modelos matrimoniales ajenos a nuestra cultura jurídica que con entera facilidad acabarían por imponerse (vgr., matrimonio poligámico)”.

En parecidos términos, poniendo en tela de juicio la conformidad de la Ley 13/2005 con la Constitución española, se pronunció el Consejo de Estado en su Dictamen (de 15 de diciembre de 2004) “sobre el proyecto de ley relativo al matrimonio entre personas del mismo sexo”. En reiteradas ocasiones afirmaba el Consejo (en concordancia con la doctrina del Tribunal Constitucional, y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) que solamente la pareja heterosexual, el hombre y la mujer, tenía reconocido constitucionalmente el Derecho a contraer matrimonio en el art. 32 CE, lo que no impide al legislador que al margen de la Constitución pueda extender los derechos y deberes del matrimonio a las parejas homosexuales.

Probablemente la discusión en cuanto al matrimonio entre personas del mismo sexo, al margen de su interés conceptual, haya sido superada por las circunstancias. La *lex posita* pudo resultar extraña, por prematura, pero ha resultado asimilada sin grandes fracturas (y sin demasiada advertencia también) por la sociedad española. Y el Tribunal Constitucional español, como garante del respeto a la Carta Magna, acabó zanjando las discusiones teóricas³³.

Conclusión

He tratado de hacer una breve semblanza de las notas de actualidad del Derecho de familia español. *Me gustaría concluir* recurriendo a una cita de Zygmund BAUMAN, en su memorable *Vida líquida*³⁴, quien refiere mejor que yo lo que sin duda podría explicar una cierta perplejidad que venimos experimentando los juristas españoles sobre la naturaleza de los modelos familiares vigentes: “...en el actual discurso de la identidad converge la búsqueda de dos valores distintos, la libertad y la seguridad, sumamente codiciados por resultar indispensables para una vida digna y feliz. Esas dos líneas de búsqueda son muy poco proclives a coordinarse entre sí y cada una de ellas tiende a llevarnos a un punto en que la otra corre el riesgo de verse lentificada, detenida o, incluso, revertida”. Sin duda es una cuestión de equilibrios, aunque saberlo así no resuelva donde debemos situar el punto medio. Es esta una responsabilidad del legislador, ante la

Qué decir de la horrenda práctica de la mutilación genital femenina que, aunque se persigue penalmente por el Derecho español, algunos colectivos migrantes africanos intentan conservar.

³³ Pleno TC. Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre de 2012. Recurso de inconstitucionalidad 6864-2005. Interpuesto por más cincuenta Diputados del Grupo Popular del Congreso en relación con la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Garantía institucional del matrimonio y protección de la familia: constitucionalidad de la regulación legal del matrimonio entre personas del mismo sexo. Votos particulares.

La Sentencia resulta extensa. Para no comprometer el espacio de que ahora me puedo apropiar, y como quiera que resulta arriesgado escoger unos Fundamentos y prescindir de otros, prefiero remitir a una sosegada lectura íntegra: <https://www.boe.es/boe/dias/2012/11/28/pdfs/BOE-A-2012-14602.pdf> (Fecha consulta: 17 enero 2018)

³⁴ Barcelona, 2006, p. 52.

que los observadores (desde el Derecho) solamente podemos adoptar una *actitud kantiana*: obedeciendo puntualmente... y criticando libremente si hubiera motivos para hacerlo.

Bibliografía citada

Bauman, Z., (1996). *Vida líquida*, Barcelona, ed. Paidós Ibérica

Lacruz Berdejo, J. L., (1982). “Un nuevo contractualismo en el derecho familiar”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 3, pp. 727-730.