

De la familia regulada a la familia deseada: hacia un concepto europeo de familia

Gema Díez-Picazo Giménez

*Profesora Titular de Derecho Civil.
Universidad Autónoma de Madrid
Letrada del Tribunal Constitucional*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Francisco Gil Durán, doña María José Morillas Jarillo, don José María Segovia Cañadas, don Antonio Serrano Acitores y don Mariano Yzquierdo Tolsada.

EXTRACTO

Este trabajo aborda y se cuestiona si Europa se ve encaminada a adoptar un concepto uniforme de familia, porque, a poco que se reflexione sobre ello, parece que no se puede poner en entredicho que el concepto jurídico de familia presente en los ordenamientos jurídicos nacionales no coincide con el que maneja el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La disparidad de criterios existentes a la hora de configurar el contenido de los derechos fundamentales de los miembros de la unidad familiar dificulta gravemente ese fin común de las normas del Derecho de familia, que no es otro que el de protegerla adecuadamente (art. 39 CE). La familia, seguramente, es el máximo exponente del libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad de la persona, principios fundamentales del ser humano, en torno a los que giran y asientan sus bases todos los ordenamientos constitucionales posteriores a la Segunda Guerra Mundial. Es necesario, por consiguiente, iniciar una tarea de adaptación de su regulación a las nuevas estructuras familiares presentes en la Europa contemporánea y dar respuestas válidas a los retos que la familia de hoy en día debe afrontar. Una familia plural, multicultural, circulante, igualitaria y avanzada científica y tecnológicamente. Una familia deseada y no una familia regulada de forma obsolescente. Para alcanzar este objetivo, es indispensable analizar los derechos y facultades de la persona en su faceta familiar y preguntarse cómo se forma la familia, quiénes la integran y cuándo se entiende constituida.

Palabras clave: Derecho de familia; tutela multinivel de los derechos fundamentales; derecho al matrimonio; parejas de hecho; orientación sexual; derechos reproductivos.

Fecha de entrada: 03-05-2018 / Fecha de aceptación: 10-07-2018

From the regulated family to the sought-after family: towards an European concept of family

Gema Díez-Picazo Giménez

ABSTRACT

This work examines whether Europe is being directed towards the adoption of a uniform concept of family. On a primary analysis, it seems unquestionable that the legal concept of family enshrined in the national legal orders does not coincide with those used by the European Court of Human Rights and the European Union Court of Justice. The criteria disparity that exists when construing the fundamental rights of the members of a family severely hinders the common aim of those legal rules that is no other than to protect it effectively (art. 39 Spanish Constitution). The family is certainly the maximum exponents of the free development of personality and of the human dignity, which are fundamental rights upon which are based all the constitutional orders in Europe after the Second World War. Consequently, it is necessary to undertake the adaptation of its regulation to the new family structures existing in the contemporary Europe and to give valid answers to the challenges that the today family faces: a plural, multicultural, circulating, egalitarian and scientifically advance family. A family that is looked-for and that should not regulated in an obsolescence way. In order to achieve this objective, it is indispensable to analyze the rights and faculties of the person in its family aspect by requesting how the family is formed, who integrate sit and when it is understood it to be construed.

Keywords: family Law; multilevel protection of human rights; right to marriage; unmarried couple; family orientation; reproductive rights.

Sumario

1. La tutela multinivel de la familia europea
2. Estructuras familiares presentes en la Europa actual
3. Derechos y facultades de la persona en su faceta familiar: derecho de fundación y derecho generacional
4. El derecho a contraer matrimonio: parejas casadas, parejas estables y parejas disueltas
 - 4.1. La ampliación del contenido del derecho fundamental por vía jurisprudencial
 - 4.2. El matrimonio de persona transexual
 - 4.3. El matrimonio entre homosexuales
 - 4.4. El derecho a no casarse y las parejas *more uxorio*
 - 4.5. El derecho a disolver el vínculo matrimonial
5. Consideración familiar de la pareja sin hijos, de la persona sola con hijos y de las familias distantes
6. El derecho generacional: ¿derecho a tener descendencia o derecho a la procreación? La faceta positiva de los llamados derechos reproductivos
 - 6.1. El derecho a la procreación, ¿un derecho fundamental de tercera generación?
 - 6.2. La adopción, ¿el inicio del cambio en la concepción jurídica de la familia?
 - 6.3. ¿La maternidad subrogada es el punto de inflexión para el reconocimiento de la nueva familia europea?
7. La faceta negativa del derecho generacional: planificación familiar e interrupción voluntaria de la gestación
8. Conclusiones

Referencias bibliográficas

NOTA: Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto Nacional I+D «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea: su incidencia en la configuración normativa del proceso civil español y en la protección de los derechos fundamentales» (Ref. DER 2016-75567-R), y de la Red Temática «Justicia Civil: Análisis y Prospectiva» (DER 2016-81752-REDT), ambos financiados por el Ministerio de Economía y Competitividad.

Cómo citar este estudio:

Díez-Picazo Giménez, G. (2018). De la familia regulada a la familia deseada: hacia un concepto europeo de familia. *Revista Ceflegal*, 215, 5-44.

Cuando los afectos afloran, el Derecho salta hecho añicos

Luis Díez-Picazo. *Familia y derecho*, 1984

1. LA TUTELA MULTINIVEL DE LA FAMILIA EUROPEA

No cabe duda de que, en algunos aspectos, la regulación jurídica de la familia contenida en los códigos civiles europeos resulta anacrónica y obsolescente y tiene que modificarse, porque no se corresponde con la realidad del tiempo en que ha de ser aplicada. No se trata de modificar la familia como instituto, sino de adaptar las normas que la regulan y la intentan garantizar¹. Repensar el Derecho de familia pasa por preguntarse acerca del concepto mismo de familia que está presente en la sociedad contemporánea, las bases sobre las que se asienta, las finalidades que está llamada a cumplir y los valores que protege. Puede decirse, desde ahora, que el concepto tradicional de familia que se maneja por la mayor parte de los juristas no satisface las expectativas de sus miembros, ni las de la sociedad en general. Cuando contemplamos el panorama familiar actual, la primera imagen que se nos aparece no es la de la familia nuclear formada por padre, madre e hijos, unidos por las mismas creencias, arraigada en inveteradas costumbres, inmovilista y jerárquicamente organizada. Nada más lejos de la realidad. La familia europea contemporánea es una familia plural, multicultural, circulante, igualitaria y avanzada científica y tecnológicamente. Una familia que se enfrenta a nuevos problemas, afronta nuevos retos y tiene nuevos desafíos que superar. Ofrecer respuestas válidas a los mismos conlleva, necesariamente, asumir que la protección jurídica de la familia, el derecho a fundarla, el derecho al matrimonio, el derecho a tener descendencia y el respeto a la vida familiar no solo están reconocidos en la Constitución española (CE), sino también en toda otra serie de instrumentos internacionales, que España debe aplicar para garantizar unos valores universales mínimos de protección. De entre ellos, naturalmente, destacan por su relevancia la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención de los Derechos del Niño, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH) y sus protocolos y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). Todos ellos constituyen diferentes sistemas y niveles de protección de la familia, nacional (CE), supranacional (CDFUE) e internacional (CEDH), que necesariamen-

¹ Si seguimos a Díez-Picazo Ponce de León (1984, p. 42), habrá que aclarar que rigurosamente tan siquiera deberíamos referirnos a una reforma del Derecho de familia, sino a parte de su legislación, porque el Derecho de familia lo conforman también una serie de creencias, hábitos, prejuicios, convicciones y modelos de conducta. Por ello –advertía el maestro– lo primero que hay que hacer es desdramatizar la importancia que suele darse a las reformas legislativas en materia de familia, pues las familias se rigen poco por el Derecho. Y es cierto, el Derecho solo penetra en ellas cuando aparecen las tensiones, desequilibrios, se desintegran, padecen injustificadamente desigualdades o se frustran sus legítimas expectativas.

te exigen un diálogo entre los operadores jurídicos si lo que se pretende es elevar de forma visible la garantía de la familia². El operador jurídico nacional hoy en día es, o debiera ser, un operador comunitario, convencional y constitucional, lo que significa que en su tarea cotidiana debe tener en consideración los derechos y libertades que la CDFUE, el CEDH y la CE atribuyen, reconocen y garantizan a los particulares en su faceta familiar (De Pasquale, 2013, pp. 91 y ss). En consecuencia, el legislador, la Administración, el juez o el jurista en general, en el desarrollo de sus respectivos oficios deberán necesariamente integrar cuando menos los artículos 10, 14, 18, 32 y 39 de la CE, 1, 7 y 9 de la CDFUE (más los arts. 20 y ss. sobre igualdad) y 8, 12 y 14 de la CEDH, al margen del resto de instrumentos específicos reguladores de aspectos concretos relativos a la familia y a sus miembros, como, por ejemplo, la diversa normativa comunitaria sobre la libre circulación de personas, la reagrupación familiar, el deber de alimentos o la cooperación judicial en materia civil, la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad o las conferencias internacionales sobre la mujer, relativas a la libertad sexual y los derechos reproductivos³, por citar solo algunos⁴.

En definitiva, puede afirmarse que, al igual que tras la entrada en vigor de la CE, el ordenamiento jurídico español tuvo que ser profundamente revisado para adaptar su Derecho de familia a los principios y valores constitucionales, actualmente debe procederse a esa misma intensa revisión para acomodarlo a las necesidades de la nueva familia europea y ajustar su regulación a los valores que se desprenden de la Europa de los derechos⁵.

2. ESTRUCTURAS FAMILIARES PRESENTES EN LA EUROPA ACTUAL

Hace algunas décadas el profesor Luis Díez-Picazo, analizando los problemas generales del Derecho de familia y el anacronismo de sus normas, ya advertía que «las directrices que pueden presidir una ordenación jurídico-familiar en el futuro inmediato son el pluralismo, que significa el destierro de

² Acerca de la tutela multinivel de los derechos fundamentales y el necesario diálogo entre tribunales, *vid.* García Couso, (2017); Requejo Pagés (mayo-agosto 1992, p. 179 y ss.); Arzo Santisteban (2015, p. 174).

³ Las Naciones Unidas han organizado cuatro conferencias mundiales sobre la mujer, que se celebraron en Ciudad de México (1975), Copenhague (1980), Nairobi (1985) y Beijing (1995). A esta última siguió una serie de exámenes quinquenales.

⁴ Especialmente la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004 (La Ley 5248/2004), relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003; el Reglamento (CE) 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos; el Reglamento (CE) 593/2008 de Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 relativo a la determinación de la ley aplicable a las obligaciones contractuales (conocido como Roma I) y al Reglamento (CE) 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II).

⁵ *Vid.* Martín-Retortillo (1998), que profundiza sobre el desarrollo evolutivo que ha producido en los derechos fundamentales la aplicación de los instrumentos internacionales citados y su aplicación jurisprudencial.

la unidad de modelo y la libre posibilidad de adopción por cada individuo o conjunto de individuos del modelo a que ajustar su propia convivencia y la privatización, en el sentido de que la familia no es un cuerpo político o cuasi-político, sino un asunto estrictamente privado de sus miembros, cuya relevancia en el orden social debe tender cada vez más a desaparecer» (Díez-Picazo Ponce de León, 1984, p. 40). No le faltaba razón. Cuando uno se pregunta qué debe entenderse por familia empiezan a surgir algunos interrogantes como, por ejemplo, si existe un modelo único de familia, si debe imperar la voluntad de los individuos en la elección de su modelo familiar y rechazarse, por tanto, cualquier imposición por el Estado de uno determinado, o cuáles son los derechos que deben protegerse en el ámbito familiar y si todos ellos tienen un contenido positivo, es decir, si el Estado debe procurar su ejercicio o basta con que no interfiera en el mismo. La razón de la aparición de tantos interrogantes debe encontrarse en la propia naturaleza voluble de la institución familiar, pues tratándose de un producto cultural dirigido a satisfacer las necesidades más inmediatas de sus miembros, parece obvio que, desde el punto de vista jurídico, las normas irán siempre a remolque de la realidad. Creer que nada cambia hasta que existe una norma legal que lo regula es un error, como también lo es pensar que los problemas desaparecen porque hayan obtenido una respuesta legislativa.

En el caso del Derecho de familia es obvio que las estructuras familiares van alterándose cíclicamente y los modelos van modificándose para adaptarse a las necesidades de quienes conforman la familia. Piénsese tan solo en el paso de la antigua familia patriarcal y jerárquica a la nuclear y asociativa operado en el pasado siglo. A poco que uno sea un observador avezado repara inmediatamente en el hecho de que la estructura familiar sobre la que se basa la mayor parte del Derecho de familia ha cambiado radicalmente en apenas unas décadas. En la sociedad europea actual coexisten múltiples y variados modelos familiares: familias nucleares y plurinucleares, homoparentales, monoparentales y pluriparentales, adoptivas, de acogida, fundadas en torno a un matrimonio, a una pareja de hecho, a personas solas, etc. Con un simple vistazo a la realidad que nos circunda, podremos observar matrimonios con hijos de parejas heterosexuales, homosexuales o transexuales; a esas mismas parejas sin hijos o sin haberse constituido en virtud de matrimonio; a personas sin pareja, pero con hijos; a matrimonios o parejas distantes geográficamente, pero unidas por estrechos vínculos de afectividad y un largo etcétera de otros modelos⁶. Por eso, si debiéramos intentar clasificar esta diversidad de estructuras familiares presentes en la Europa actual, podrían resultar útiles algunos criterios, como pueden ser el modo de fundación de la familia; la

⁶ Tienen razón aquellos que subrayan que la mayor parte de los estudios sociológicos se basan en datos demográficos como las tasas de matrimonios, la edad con la que se contraen, la frecuencia, el ritmo de los nacimientos, las defunciones de los miembros de la familia y que si bien suministran una excelente radiografía de la estructura de la familia que convive, son insuficientes para aprehender el fenómeno en toda su dimensión, para captar la dinámica de unas relaciones que no necesariamente se circunscriben al ámbito de hogar, ni afloran en los registros. *Vid.* Valpuesta Fernández (2012, p. 37), quien cita las palabras de los historiadores Chacón Jiménez y Ferrer Alós (1997, p. 14): «Confundir las personas que, por lazos de consanguinidad y parentesco, aunque no solo, viven juntos en una misma casa y se encuentran diferenciados en una lista de habitantes con el sentido y la fuerza explicativa de la categoría y la palabra familia, aunque el grupo de personas que ocupan la casa como unidad de residencia también las podríamos llamar familias, es el error a evitar. También se ha citado que este método de observación de la familia ha llevado a ignorar en no pocos casos las causas subyacentes que propician los cambios en las estructuras familiares.

orientación sexual o género de sus fundadores; el origen de la filiación, el número de componentes o la efectiva convivencia de sus miembros. De este modo, obtendríamos la siguiente clasificación:

- 1.º Según el modo de fundación de la familia: matrimonial, *more uxorio* registrada, de hecho no inscrita y de persona sola con hijos (soltera, separada, viuda o divorciada).
- 2.º Por la orientación sexual o género de sus fundadores: parejas homosexuales, heterosexuales y transgénero.
- 3.º Atendiendo al origen de la filiación: parejas o persona sola con hijos naturales, adoptados, nacidos de técnicas de reproducción asistida y de maternidad subrogada.
- 4.º Por el criterio del número de componentes: pareja con hijos, pareja sin hijos y persona sola con hijos.
- 5.º Según la efectiva convivencia entre sus miembros: familias presentes o ausentes, o, si se prefiere, conviventes o distantes.

Pues bien, estando presentes en la sociedad europea actual cada uno de estos modelos familiares, cabe afirmar que, en el ámbito del Derecho europeo, el concepto de familia que se maneja es único, aunque admite gran variedad de estructuras. Así, puede decirse que familia es aquel grupo social que nace y se constituye por la simple voluntad de sus fundadores, con intención de perdurabilidad y con fines de guarda y protección recíproca, al que se pueden ir sumando otros miembros.

Puede causar alguna extrañeza que se haya puesto el punto de mira en la voluntad de quienes la fundan. Sin embargo, cabe recordar que antropológicamente la familia se crea en virtud de un acuerdo de grupos. No se asienta primordialmente sobre afectos o sentimientos, sino sobre conveniencias prácticas y económicas que persiguen el bienestar y la solidaridad de todos sus miembros. Socialmente, la familia es una unidad de producción económica y un pilar esencial para el bienestar social que, desde tiempos inmemoriales, ha sido creada en virtud de un pacto de ayuda mutua y de confianza recíproca entre quienes la fundan. Hoy, sin embargo, puede decirse que no son las conveniencias prácticas lo que guía la formación de la familia, sino seguramente los afectos⁷, pero

⁷ El Comité de Bioética de España parece no compartir el criterio voluntarista en la formación y reconocimiento de la familia, especialmente en lo que respecta a la voluntad procreativa del individuo, al entender que «el principio *mater semper certa est* se ha mantenido en vigor desde tiempo inmemorial sin que nadie lo haya cuestionado por lo que se refiere a la ordenación de las relaciones de filiación. De generación en generación se ha corroborado que la mejor garantía para el desarrollo del niño era atribuir la maternidad legal a quien lo había parido. Para proponer un cambio en el criterio de atribución de la filiación, aunque sea para un número reducido de casos, el primer paso consistiría en demostrar que el criterio de separar la maternidad legal y la biológica resulta tan idóneo para el interés superior del menor como el actualmente vigente», *vid.*, Informe del Comité de Bioética de España (16 de mayo de 2016, p. 23). Para una crítica acertada, *vid.* Vela Sánchez (19 de mayo de 2017), cuyo juicio comparto, porque «se esgrimen criterios contradictorios y equivocados, razonamientos obsoletos e, incluso, disparates varios, olvidándose que los problemas de la sociedad no se resuelven obviándolos o prohibiéndolos sin sentido, sino afrontándolos razonada y adecuadamente como han hecho otros países de nuestro entorno».

ello no cambia el papel principal que juega la libre autonomía de la voluntad de sus creadores. Tratándose de una institución básica para la sociedad, porque procura el bienestar de sus miembros, el mejor modo de lograr que alcance sus fines es garantizándole un amplio margen de libertad en su constitución y posterior desarrollo⁸.

El concepto de familia sobre la que se asienta hoy la mayor parte de la normativa del Derecho de familia europeo es indudablemente abierto, porque debe dar respuesta a las necesidades de una sociedad multicultural basada en el pluralismo, la libertad de circulación de las personas y el respeto a la autonomía de la voluntad de los ciudadanos. Son los individuos quienes, en uso de esa autonomía, deciden el modelo familiar que desean adoptar. Por ello, hoy en día, cuando se habla de familia se hace alusión a un instituto único que admite gran variedad de estructuras. Qué duda cabe que si ello es así, lo es porque la familia es un producto cultural y son las diversas culturas presentes en una sociedad concreta, en un momento histórico determinado, las que crean y deciden sus modelos familiares (Roca Trías, 1990, p. 1.065). Por ello, puede que no sea erróneo afirmar que la familia no cambia, sino que tan solo modifica su estructura y composición en función de los intereses y necesidades que esté llamada a atender. Tal concepción de la familia ha sido refrendada por nuestro Tribunal Constitucional al afirmar que «nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, ni existe ninguna 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 corresponde a una sociedad plural [...]»⁹. También en la jurisprudencia del TEDH se aprecia que el concepto de familia engloba un amplio espectro de vínculos familiares, no solo los matrimoniales, sino los surgidos de facto, cobrando especial relevancia la integración del menor en la familia y generando obligaciones positivas para los Estados (asunto *Marckx c. Bélgica*, de 17 de abril de 1979)¹⁰. Es más, en ocasiones

⁸ Es de advertir, sin embargo, que el sistema de garantía de la familia establecido en el artículo 39 de la CE combina la asistencia pública y privada, ya que no solo los integrantes del grupo familiar se prestan auxilio en todos los órdenes, sino que al Estado se le imponen determinadas obligaciones. De este modo, la separación entre lo público y lo privado parece difuminarse, al atribuir tanto a los progenitores como a los poderes públicos la responsabilidad de brindar asistencia y protección a los hijos. A los poderes públicos les exige diseñar e implementar políticas públicas dirigidas a garantizar la plena efectividad de los derechos personales y sociales de la unidad familiar y a los padres se les encomienda la obligación de desarrollar determinadas funciones encaminadas a dar efectividad a los derechos fundamentales de las personas menores de edad.

⁹ *Vid.* STC 116/1999, FJ 13.º.

¹⁰ Respecto a las obligaciones negativas y positivas de los Estados a fin de hacer respetar la vida familiar especialmente en materia de arraigo, custodia y acogimiento cabe destacar las sentencias TEDH, asunto *Hokkanen c. Finlandia*, de 23 de septiembre de 1994, sobre la pasividad de las autoridades en la reintegración de la custodia de la hija que convivía con los abuelos; asunto *Glaser c. Reino Unido*, de 19 de septiembre de 2000, sobre el ejercicio del derecho de un padre divorciado, o sobre ese mismo derecho en asunto *Salgueiro da Mouta Silva c. Portugal*, de 21 de diciembre de 1999, en cuanto a la orientación sexual del progenitor. En *Hansen c. Turquía*, de 23 de septiembre de 2003, sobre la inactividad estatal en el secuestro internacional de menores; medidas de reagrupación familiar en casos de acogimiento en asunto *Andersson c. Suecia*, de 25 de febrero de 1992; simple distanciamiento geográfico entre padre e

la sola intención de constituir una familia queda amparada en el derecho a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH), siempre que la ausencia de vida familiar no sea imputable a quien la invoca¹¹.

3. DERECHOS Y FACULTADES DE LA PERSONA EN SU FACETA FAMILIAR: DERECHO DE FUNDACIÓN Y DERECHO GENERACIONAL

Despejadas las dudas relativas al concepto de familia presente en la Europa actual, conviene ahora preguntarse acerca de los derechos y facultades que se le reconocen a la persona como miembro de un grupo familiar.

A este respecto, debemos analizar, en primer lugar, el derecho a contraer matrimonio, reconocido en los ordenamientos nacionales y en los instrumentos internacionales, en sus facetas positiva y negativa, es decir, el derecho a casarse y el derecho a no hacerlo, además del derecho a disolver el matrimonio. En segundo término, deberá examinarse lo que podría denominarse el derecho generacional o derecho a tener descendencia, ya sea mediante procreación natural o asistida, ya a través de la adopción o de la maternidad subrogada, y, en su faceta negativa, el derecho a la planificación familiar y a la interrupción voluntaria de la gestación. Antes, sin embargo, de analizar cada uno de estos pretendidos derechos, es necesario hacer algunas observaciones:

La primera de ellas es la de que el análisis de estos pretendidos derechos de la persona en su esfera familiar responde a las preguntas quiénes, cómo y cuándo se constituye la familia, dado que las cuestiones referentes al desarrollo de las relaciones familiares conciernen a un estadio posterior, al que dan respuesta las normas relativas al régimen económico conyugal, a la patria potestad, al derecho sucesorio, etc.

Pues bien, fijándonos tan solo en el hecho del nacimiento de la familia, mediante la formulación de la pregunta ¿cómo se forma la familia?, se intenta dar respuesta a los modos de constitución de la unidad familiar y a los problemas acerca del derecho a contraer matrimonio y a no contraerlo, al de los derechos de las parejas inscritas y los de las no registradas, pero también a los de la familia monoparental y las reconstruidas. Es decir, se pueden ofrecer soluciones al interrogante relativo a si las parejas de hecho constituyen una familia y si están o no ejerciendo el derecho al matrimonio en su faceta negativa. También, al de si la persona sola con hijos (ya sea porque ha disuelto un previo matrimonio, ya porque nunca tuvo pareja) forma familia y si las

hijo en asunto *Berrehab c. Países Bajos*, de 21 de junio de 1988; y mantenimiento del contacto familiar en casos de personas privadas de libertad en *Messina c. Italia*, de 28 de diciembre de 2000.

¹¹ Vid. sentencia del TEDH, asunto *Anayo c. Alemania*, de 21 de diciembre de 2010, respecto a hijos gemelos habido de una relación con mujer casada y con filiación matrimonial determinada; asunto *Nylund c. Finlandia*, de 20 de junio de 1999, respecto a la hipotética relación que habría podido desarrollarse entre un hijo biológico y el hijo nacido fuera del matrimonio; o en asunto *Lebbink c. Países Bajos*, de 1 de junio de 2004, relativo a la existencia real de estrechos vínculos personales e interés demostrado del padre respecto al hijo antes y después de su nacimiento.

llamadas familias reconstruidas igualmente deben considerarse como tales. Por su parte, interpe-lándonos sobre ¿quiénes forman familia?, se contesta a las cuestiones referidas a la orientación sexual o género de los componentes de la familia, pero no solo la de sus fundadores (tratándose de una pareja), sino incluso a los conflictos que por esta causa se generan en torno a las relaciones paterno-filiales. Me refiero a los problemas suscitados en torno a la guardia y custodia y derechos de comunicación y estancia de aquellos padres que han transformado su género o aquellos que son homosexuales. A estas cuestiones se deben añadir las relativas a la estabilidad de la convivencia entre quienes conforman la unidad familiar o a la persona sola con hijos, o lo que es lo mismo, se responde al problema de si deben seguir considerándose familias aquellas en las que sus miembros no conviven de manera estable, aunque su voluntad sea hacerlo (*v. gr.*, personas desplazadas por causas tales como conflictos bélicos, hambruna, emigración, refugiados, etc.). Por último, como más adelante se explicará, las dudas acerca del derecho generacional (es decir, la procreación natural y asistida, la descendencia adoptiva o la habida mediante gestación sustitutoria) y el derecho a la no procreación (control de la natalidad e interrupción voluntaria del embarazo) pueden quedar despejadas resolviendo la incógnita referente al momento en el que se entiende constituida la familia, es decir, ¿cuándo existe familia?

La segunda idea que, debe quedar clara es la de que matrimonio y familia son dos instituciones diversas. Aunque haya una conexión innegable entre el derecho a contraer matrimonio (art. 32 CE) y la protección que la Constitución ordena dispensar a la familia (art. 39 CE), ello no autoriza a interpretar que solo es digna de tal protección la constituida a partir del vínculo matrimonial¹². El propio texto constitucional distingue ambas instituciones y les da tratamientos diferentes¹³.

En tercer término, conviene subrayar que el derecho a fundar una familia tampoco es sinónimo de derecho a procrear, entendido en el estricto sentido biológico de tener descendencia por medio de la reproducción sexual. Familia existe aunque no haya hijos o lo sean por adopción o contrato de gestación subrogada, como del mismo modo la constituye la pareja sin hijos y la persona sola con hijos.

¹² También el TEDH desconecta el derecho a contraer matrimonio y la garantía de protección de la familia cuando establece que el concepto de vida familiar protegido por el artículo 8 del CEDH no se reserva únicamente a las familias fundadas en el matrimonio, sino que puede referirse también a otras relaciones de facto (entre otras muchas SSTEDH en los asuntos *X, Y y Z c. Reino Unido*, de 22 de abril de 1997, § 36; y *Van Der Heijden c. Países Bajos*, de 3 de abril de 2012, § 50). También se ha reconocido como familia al matrimonio sin hijos, en asuntos como *Marckx c. Bélgica*, de 13 de junio de 1979 o *Keegan c. Irlanda*, de 26 de mayo de 1994, e incluso la formada por abuelos y nietos, en el asunto *Yousef c. Países Bajos*, de 5 de noviembre de 2002.

¹³ Parece claro que en el proceso constituyente no hubo una intencionalidad específica de separación entre matrimonio y familia en atención a criterio determinado, sino que resultó así como una consecuencia no especialmente buscada, según demuestra el que, desde el inicio, en el mismo Anteproyecto de Constitución existieran ya dos artículos distintos dedicados a uno y otra. Para el autor, si en el caso del matrimonio es evidente que lo que el constituyente perseguía era modificar la situación habida hasta el momento, de desigualdad entre cónyuges e indisolubilidad del matrimonio, en el caso de los integrantes de la familia lo que persiguió esencialmente era ese mismo cambio en relación con los hijos de filiación extramarital y con las madres solteras. *Vid.* Aguado Renedo (2011, p. 87).

Avanzando un poco más, también se debe considerar que el derecho al matrimonio es independiente del derecho generacional o el derecho a tener descendencia, pues hijos pueden tener los matrimonios, las parejas no casadas y las personas que no tienen pareja.

Por último, hay que advertir que los instrumentos internacionales utilizan el término «fundar una familia» para referirse al derecho a concebir, a tener descendencia o a la procreación, lo que a todas luces actualmente no es correcto si en todas las instancias, nacionales e internacionales, se reconoce a las parejas sin hijos su condición de familia. Así, el Tribunal Constitucional en su STC 222/1992, de 11 de diciembre (NCJ060657), declaró con rotundidad que «en el concepto constitucional de familia entra, sin duda, el supuesto del matrimonio sin descendencia o sin otros parientes a su cargo, de conformidad con el sentido de otras previsiones constitucionales (art. 18.1 CE), con la orientación de la legislación posconstitucional, con la propia jurisprudencia constitucional (SSTC 45/1989 [NFJ000499], 192/1991 y 200/1991) y, en definitiva, con la aceptación normalizada y arraigada, en nuestra cultura, de la voz «familia», en cuyo concepto entra, por consiguiente, también la relación matrimonial de hombre y mujer sin descendencia» (FJ.4.º).

4. EL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO: PAREJAS CASADAS, PAREJAS ESTABLES Y PAREJAS DISUELTAS

4.1. LA AMPLIACIÓN DEL CONTENIDO DEL DERECHO FUNDAMENTAL POR VÍA JURISPRUDENCIAL

Tanto el CEDH, como la CDFUE y la CE reconocen el derecho al matrimonio, si bien con una diferencia relevante: el artículo 9 del CDFUE no introduce en su supuesto de hecho que deba contraerse entre hombre y mujer, pues tan solo afirma que «se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio»¹⁴. La diferencia, huelga decirlo, es importante, ya que la inclusión en la norma iusfundamental del término «hombre y mujer» conlleva la necesidad de resolver la incógnita de si el derecho a casarse excluye el matrimonio entre personas del mismo sexo y a los transexuales. Pero, también, la formulación de tal derecho fundamental exige determinar si existe un derecho a no contraer matrimonio con igual protección constitucional de las parejas estables, ya estén formadas por personas de distinto o igual sexo o transexuales.

La jurisprudencia de Estrasburgo ha ido evolucionando en la interpretación del contenido del derecho, pues si bien originalmente entendía que solo era el celebrado por personas de sexo opuesto que conviven juntas, porque el matrimonio es la base de la familia (asunto *Rees c. Reino Unido*, de 17

¹⁴ Sin embargo, el artículo 12 del CEDH establece que «a partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho», y el artículo 32.1 de la CE que «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica».

de octubre de 1986), pronto empezaron a surgir problemas respecto a la obligación de convivencia de la pareja, especialmente respecto de las personas privadas de libertad (asuntos *Alan Stanley Hamer c. Reino Unido*, Informe de 13 de diciembre de 1979 y *Sydney Draper c. Reino Unido*, Informe de 10 de julio de 1980)¹⁵. Así, en el asunto *Hirst c. Reino Unido*, de 6 de octubre de 2005, el TEDH subrayó que los presos, en general, siguen disfrutando de todos los derechos y libertades garantizados en el CEDH, salvo el de la libertad. Ello quiere decir que también el de la vida familiar y el derecho a contraer matrimonio, por lo que cualquier restricción a los mismos debe estar justificada¹⁶.

Sin embargo, puede decirse que tras las sentencias, ambas de 11 de julio de 2002, dictadas en los asuntos *I. c. Reino Unido* y *Christine Goodwin c. Reino Unido*, el TEDH distingue ya nítidamente matrimonio y derecho a la vida privada y familiar, haciéndolo, además, para los supuestos de transexualidad¹⁷. En el asunto *Christine Goodwin c. Reino Unido*, la Corte declara tajantemente que la negativa del Estado a proceder al cambio de los datos oficiales que constan en los documentos de identificación de la demandante transexual supone, por un lado, una injerencia desproporcionada en el disfrute de las personas transexuales a su derecho a la vida privada (art. 8 CEDH) y, de otro, en su derecho a contraer matrimonio (art. 12 CEDH), llamando la atención sobre la incoherencia que supone permitir e incluso financiar los tratamientos y cirugías de reasignación sexual, para posteriormente negar efectos jurídicos al cambio de identidad sexual¹⁸. Advierte, por lo demás, que para determinar el sexo de la persona, no se debe atender únicamente al sexo biológico/cromosómico, sino que deben tomarse en consideración otros criterios, entre los que se encuentra el sexo cerebral.

¹⁵ En dichos informes de la Comisión se afirma que: «Considerando que el hecho de que la ley nacional no permitió al solicitante casarse en prisión y que las autoridades de la prisión se negaron a permitir su excarcelamiento temporal para que pudiera casarse, se produce una interferencia con el ejercicio del solicitante para casarse. La imposición de cualquier periodo sustancial de retraso en el ejercicio de este derecho debe verse en general como una lesión a sus sustancia y las restricciones incidieron en la posibilidad del solicitante de ejercer su derecho».

¹⁶ En igual sentido, se ha pronunciado el TJUE en la sentencia de 7 de enero de 2004, en el asunto *K.B. y R.*

¹⁷ En el asunto *Goodwin c. Reino Unido*, se trataba de un varón casado y con cuatro hijos que se somete a una cirugía de cambio de sexo y posteriormente se divorcia de su esposa. Su transformación le causa a partir de este momento numerosos problemas, pues no solo es objeto de acoso laboral que no puede denunciar por tratarse «oficialmente» de un varón, sino que además de ser despedida, su vida diaria se dificulta al poseer solo documentación (de identidad, de la seguridad social, tarjetas bancarias, etc.). Por su parte, en el asunto *I. c. Reino Unido*, el TEDH analiza la demanda de un transexual que se sometió a una cirugía de reasignación de sexo de hombre a mujer, que tuvo que renunciar a un puesto de trabajo como enfermera del ejército por constar en su certificado de nacimiento el sexo masculino. También en este caso todos los trámites y actos administrativos de su rutina se veían gravemente impedidos por tal circunstancia, afectando incluso a su deseo de contraer matrimonio con su pareja varón.

¹⁸ Con anterioridad se había pronunciado, entre otras, en los asuntos *Van Oosterwijck c. Bélgica*, de 27 de febrero de 1980, en el que la Comisión había señalado en su informe de admisión que «el que niegue al transexual el derecho a casarse por falta de aptitud para procrear debe defender con argumentos convincentes el derecho a casarse del estéril, notorio y perpetuo, del ciudadano que contrae matrimonio con ochenta y cinco años de edad o en inminente peligro de muerte; y además explicar la derogación, en la actual redacción del Código Civil, del antiguo impedimento de impotencia»; *Rees c. Reino Unido*, 17 de octubre de 1986; *Cossey c. Reino Unido*, de 30 de julio de 1998; *B. c. Francia*, 1992; *D.N. c. Francia*, 1993; *Sheffield y Horsham c. Reino Unido*, de 30 de julio de 1998. *Vid.*, los comentarios a estas sentencias de Arechederra Aranzadi (1991 pp. 67 y ss.).

Es de justicia advertir que con anterioridad a este punto de inflexión, en el asunto *XYZ c. Reino Unido*, de 22 de abril de 1997, el TEDH ya había abierto una brecha para el reconocimiento de los derechos familiares de los transexuales, pero solo lo hizo a los fines del artículo 8 del CEDH, es decir, respecto al derecho a la vida privada y familiar, pero no del artículo 12 del CEDH relativo al matrimonio. En ella se declara que la protección del derecho a la vida familiar engloba no solo a las formadas por matrimonio, sino a otras relaciones de facto, en las que se comprueben algunas circunstancias, tales como la convivencia o el compromiso estable, si bien aclara que el hecho de que los miembros de la pareja puedan actuar socialmente como padres de los hijos del otro, no da derecho a exigir un cambio en las inscripciones de filiación, como tampoco a contraer matrimonio, pues es necesario, en todo caso, que la pareja pertenezca a distinto sexo biológico¹⁹.

Respecto a la posibilidad de que los Estados puedan introducir límites al derecho a contraer matrimonio, hay que señalar que, según la jurisprudencia europea, el CEDH habilita a los Estados a insertar restricciones en sus ordenamientos nacionales, siempre que no resulte alterada la esencia misma del matrimonio. Así, por ejemplo, se ha pronunciado sobre la edad mínima (asunto *Janis Khan c. Reino Unido*, Decisión de 7 de julio de 1986, respecto a la confesión musulmana); la forma de celebración (asunto *Muñoz Díaz c. España*, 8 de diciembre de 2009, respecto al matrimonio de rito gitano, que anuló la STC 69/2007 [NSJ023512]); sobre normas para evitar matrimonios de complacencia (asunto *O'Donoghue c. Reino Unido*, de 14 de diciembre de 2010, por denegación de certificado de capacidad para contraer matrimonio), por la falta de capacidad del contrayente (asunto *Lashin c. Rusia*, 22 de enero de 2013) o por los lazos de parentesco anteriores (asunto *B y L c. Reino Unido*, de 13 de septiembre de 2005, sobre denegación de matrimonio suegro y nuera) (García García, 2006, pp. 241 y ss). En España, el TC se ha pronunciado en la STC 69/2007, de 16 de abril (NSJ023512), sobre las uniones celebradas conforme a los usos y costumbres de la etnia gitana, concluyendo que su falta de reconocimiento de efectos civiles no implica discriminación.

4.2. EL MATRIMONIO DE PERSONA TRANSEXUAL

Por lo que se refiere a la admisión del derecho a contraer matrimonio de persona transexual, no cabe por menos que afirmar abiertamente que la identidad de género es un bien de la personalidad conectado directamente con su libre desarrollo y, en consecuencia, con la dignidad humana (art. 10.1 CE). El sexo, la orientación sexual y la identidad de género son distintos aspectos del ámbito más íntimo de la persona y, por ello, están amparados por el artículo 10.1 de la CE. Una lectura atenta del artículo 32 de la CE lleva a afirmar que en la norma constitucional no hay trazo alguno de prohibición de matrimonio de los transexuales y que, consecuentemente, no existe inconveniente normativo alguno en que una persona transexual se case, siempre que lo haga con una del sexo contrario al último adquirido.

Los jueces de Estrasburgo, una vez admitido el matrimonio transexual desde las sentencias de 11 de julio de 2002 antes citadas, solo reconocen a la autoridad pública cierto margen de apre-

¹⁹ Con mayor rotundidad en el asunto *Sheffield c. Reino Unido*, de 30 de julio de 1998.

ciación en lo relativo a las condiciones que debe cumplir una reconversión sexual para ser efectiva, a las consecuencias que se deriven para los matrimonios celebrados con anterioridad al cambio de sexo y a la obligación de informar al otro contrayente de dicha reasignación. Como se ha puesto de manifiesto por algún autor (Sanz-Caballero, p. 842), tras estas sentencias, «el círculo se le había ido cerrando al TEDH casi sin darse cuenta: una vez aceptada la protección de las familias no unidas por el vínculo del matrimonio, una vez establecido en su jurisprudencia que la capacidad de procreación no es una condición fundamental para el matrimonio, una vez reconocido que se puede fundar una familia con niños adoptados, y una vez aceptada la adopción individual o que la esterilidad no tiene porqué invalidar el matrimonio, el Alto Tribunal de Estrasburgo se iba encontrando con lo que, según su razonamiento jurídico, era una paradoja, a saber: que aplicaba toda esta jurisprudencia a parejas heterosexuales pero no a aquellas en las que uno de sus miembros era transexual, con el riesgo de ser acusado de trato discriminatorio». Parece obvio que con las sentencias Goodwin e I., para el TEDH la regla está clara: si un Estado admite la reasignación sexual debe ser consecuente y permitir que dicho cambio se refleje en los documentos acreditativos del estado civil y su derecho a contraer matrimonio con persona del sexo opuesto al último adquirido.

Con posterioridad a las sentencias *Goodwin e I.* de 2002, el TEDH dio un paso atrás en su camino hacia el pleno reconocimiento del derecho a contraer matrimonio de los transexuales. En las sentencias dictadas en los asuntos *Parry c. Reino Unido y R. y F. contra Reino Unido*, ambas de 28 de noviembre de 2008, resolvió que no es contrario al artículo 12 del CEDH que las parejas puedan permanecer casadas cuando uno de los cónyuges se ha sometido a una intervención de cambio de sexo y la ley nacional solo garantice el derecho al matrimonio de personas del mismo sexo. Por consiguiente, para poder ser reconocidas como familia, deben proceder a divorciarse y constituir una pareja de hecho estable mediante la oportuna inscripción administrativa. En consecuencia, hoy por hoy, la Corte de Estrasburgo entiende que en los casos de reasignación de identidad por transexualismo posterior al matrimonio, el Estado goza de un margen de apreciación mayor.

A pesar de estas últimas resoluciones, puede decirse que la jurisprudencia del TEDH continúa evolucionando pues, en la reciente sentencia de 10 marzo de 2015, resolviendo los asuntos *Y.Y. contra República de Turquía*, se vislumbra otro nuevo avance, al haberse restado valor al requisito de la operación de reasignación para el reconocimiento de la transexualidad, invocando el anexo de la Recomendación CM/Rec (2010), del Comité de Ministros del Consejo de Europa, adoptada el 31 de marzo de 2010, según el cual los requisitos para el reconocimiento jurídico del cambio de género, incluidas las modificaciones de orden físico (como serían la operación quirúrgica de reasignación sexual o el tratamiento hormonal), deben ser reevaluadas con regularidad para eliminar las que fueran abusivas²⁰.

²⁰ El TEDH también ha acudido, en apoyo de su doctrina, a la Resolución 1728 (2010), adoptada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa el 29 de abril de 2010, que llama a los Estados miembros a garantizar los derechos de las personas transexuales a tener documentos oficiales que reflejen la identidad de género elegida, sin el requisito previo de sufrir una esterilización u otros procedimientos médicos como una operación de reasignación sexual o una terapia hormonal.

Por su parte, el TJUE se ha pronunciado sobre este tema en la sentencia de 7 de enero de 2004, del asunto C-117/01 (NSJ013965), *K.B. c. The National Health Service*²¹, y lo ha hecho subrayando esencialmente dos ideas: a) El hecho de reservar determinadas ventajas a las parejas que hayan contraído matrimonio, excluyendo a todas aquellas que convivan sin estar casadas obedece bien a la decisión del legislador, o bien a la interpretación de las normas jurídicas de Derecho interno efectuada por los órganos jurisdiccionales nacionales, sin que los particulares puedan invocar discriminación alguna por razón de sexo prohibida por el Derecho comunitario²²; b) Sin embargo, existe desigualdad de trato cuando es la propia legislación nacional la que impide que una pareja cumpla el requisito del matrimonio, necesario para que uno de ellos pueda disfrutar de un elemento de la retribución del otro y, por tanto, en principio, debe considerarse incompatible con las exigencias comunitarias.

En todo caso, es de advertir que, en nuestro país, difícilmente puede suscitarse ya polémica alguna en cuanto a la transexualidad, pues no solo la Ley 13/2005 reconoce que el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo, sino que la Ley 3/2007, de 15 de marzo dispone que no será necesario para la concesión de la rectificación registral de la mención del sexo de una persona que el tratamiento médico haya incluido cirugía de reasignación sexual. En España, el TC tuvo ocasión de pronunciarse sobre la interdicción de la discriminación de las personas transexuales en la STC 176/2008, de 22 de diciembre (NCJ047653), en un supuesto de restricción temporal de los derechos de visita de un padre transexual, pero no lo ha hecho sobre su derecho a contraer matrimonio. En aquel caso, apoyándose en numerosos instrumentos internacionales de protección de derechos humanos²³,

²¹ Resolviendo una decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 141 de la CE y de la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos. Cabe destacar las conclusiones del Abogado General Sr. Ruiz-Jarabo Colomer, en las que advierte que de no se trata de construir un derecho matrimonial europeo, sino de garantizar la plena eficacia del principio de no discriminación basada en el sexo: «La dignidad humana y el derecho fundamental al desarrollo libre de la personalidad hacen imperativa la adaptación de la condición personal del individuo al sexo al que pertenece de conformidad con su constitución psicológica y física. Por motivos de seguridad jurídica, el legislador debería regular las cuestiones relativas al estado civil vinculadas a un cambio de sexo y sus efectos. Pero, mientras no se adopte dicha legislación, incumbe a los tribunales aplicar el principio de no discriminación entre hombres y mujeres hasta que entre en vigor una normativa que les trate en pie de igualdad».

²² *Vid.*, en relación con las facultades del legislador comunitario, la sentencia *D. y Suecia/Consejo*, de 31 de mayo de 2001, *D. y Suecia/Consejo* (asuntos acumulados C-122/99 P y C-125/99 P, apartados 37 y 38).

²³ El TEDH, al analizar el alcance del artículo 14 del CEDH, ha destacado que la orientación sexual es una noción que se contempla, sin duda, en dicho artículo, señalando que la lista que contiene el precepto tiene un carácter indicativo y no limitativo, *vid.*, sentencia de 21 de diciembre de 1999, asunto *Salgueiro Da Silva Moutac. Portugal*; insistiéndose expresamente en que en la medida en que la orientación sexual es un concepto amparado por el artículo 14 del CEDH. Cómo las diferencias basadas en el sexo o las diferencias de trato basadas en la orientación sexual exigen razones especialmente importantes para ser justificadas, *vid.*, entre otras, SSTEDH de 9 de enero de 2003, asuntos *L. y V. c. Austria*, y *S. L. c. Austria*, o sentencia de 24 de julio de 2003, asunto *Karner c. Austria*, a las que se han remitido numerosas sentencias posteriores como son las de 10 de febrero de 2004, en el asunto *B.B. c. Reino Unido*; 21 de octubre de 2004, asunto *Woditschka y Wilfing c. Austria*; 3 de febrero de 2005, asunto *Ladner c. Austria*; 26 de mayo de 2005, asunto *Wolfmeyer c. Austria*; 2 de junio de 2005, asunto *H.G. y G.B. c. Austria*; o 22 de enero de 2008, asunto *E.B. c. Francia*.

el tribunal afirma que «la condición de transexual, si bien no aparece expresamente mencionada en el artículo 14 de la CE como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es indudablemente una circunstancia incluida en la cláusula cualquier otra condición o circunstancia personal o social a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación. Conclusión a la que se llega a partir, por un lado, de la constatación de que la transexualidad comparte con el resto de los supuestos mencionados en el artículo 14 de la CE el hecho de ser una diferencia históricamente arraigada y que ha situado a los transexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 de la CE, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra estas personas; y, por otro, del examen de la normativa que, ex artículo 10.2 de la CE, debe servir de fuente interpretativa del artículo 14 de la CE».

4.3. EL MATRIMONIO ENTRE HOMOSEXUALES

Si se pone ahora el punto de atención en el tratamiento del derecho fundamental a contraer matrimonio de la persona homosexual, caben dos argumentos: por un lado, interpretar que si bien el artículo 32 de la CE garantiza el matrimonio entre hombre y mujer y no lo puede suprimir, nada impide que el legislador lo amplíe a parejas de idéntico sexo, pues no merma los derechos del matrimonio garantizado constitucionalmente. Por el contrario, se puede defender que tal garantía y su ampliación comportan una desnaturalización de la institución matrimonial que, además, es incompatible con el mandato de protección de la familia e hijos del artículo 39 de la CE²⁴.

Del mismo modo, y en relación con el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el que se establece también la cláusula de igualdad de trato e interdicción de la discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha destacado que la prohibición contra la discriminación por motivos de sexo (art. 26) comprende la discriminación basada en la orientación sexual. *Vid.* Dictamen de 4 de abril de 1994, comunicación núm. 488-1992, asunto *Toonen c. Australia*, y Dictamen de 18 de septiembre de 2003, comunicación núm. 941-2000, asunto *Young c. Australia*.

Asimismo, es pertinente la cita del artículo 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, conforme al Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, que se refiere a la orientación sexual como una de las causas de discriminación, cuando señala que «sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual».

Finalmente, el artículo 21.1 de la CDFUE, aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2000 y modificada en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007, contempla de manera explícita la «orientación sexual» como una de las razones en que queda prohibido ejercer cualquier tipo de discriminación.

²⁴ En tal sentido, por ejemplo, Gómez Orfanel (2013, p. 132 y ss.) entiende que estamos en presencia de un derecho de configuración legal y que el conflicto suscitado en España se estableció en torno al *nomen iuris* y que «no era una obligación del legislador regular tal posibilidad, podía haber optado por otra fórmula jurídica, que sin denominarse matrimonio reconociese iguales derechos y obligaciones [...] pero los homosexuales deseaban que se les reconociese el derecho a casarse, no les bastaba con otra alternativa». En igual sentido y en la misma obra colectiva se pronuncian

Le asiste la razón a Marie Lamarche (2007, pp. 45 y ss.) cuando afirma que, reconocido el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, propios de una sociedad democrática, el TEDH es quien ha impulsado la aplicación de tales principios fundamentales a favor de las personas homosexuales, condenando desde sus inicios cualquier penalización o simple discriminación.

El TEDH, en el asunto *Schalk y Kopf c. Austria*, resuelto en sentencia de 24 de junio de 2010, inicia recordando que la elección de las palabras «hombre y mujer» del artículo 12 del CEDH debe considerarse deliberada. Además, debe contemplarse el contexto histórico en el que se adoptó la Convención y, por consiguiente, rechaza la existencia del derecho al matrimonio de los homosexuales. Añade, por lo demás, que tampoco existe una vulneración del derecho a no padecer discriminación, porque «la Convención se debe leer como un conjunto y sus artículos deben por ello interpretarse en armonía unos con otros. Habiendo considerado a la conclusión anterior, a saber, que el artículo 12 no impone la obligación a los Estados que lo suscriben de garantizar el acceso al matrimonio a las parejas del mismo sexo, el artículo 14 tomado en conjunción con el artículo 8, una disposición de propósito y alcance más general, tampoco puede interpretarse para que se imponga tal obligación». Sin embargo, a renglón seguido, declara con especial énfasis que, a la vista de la rápida evolución de las actitudes sociales hacia las parejas de hecho en los países europeos ha de considerarse artificial mantener la opinión de que, a diferencia de una pareja de distinto sexo, una pareja del mismo sexo no pueda disfrutar del concepto de «vida familiar» para los propósitos del artículo 8 del CEDH. En consecuencia, la relación de convivencia estable de una pareja del mismo sexo es vida familiar, como la de una relación de una pareja de distinto sexo que se encuentre en la misma situación.

Para ofrecer un razonamiento sólido al problema que se plantea —no en España— acerca del reconocimiento del matrimonio entre personas homosexuales, puede partirse de intentar encontrar el fundamento de la protección constitucional de la institución del matrimonio. Compartimos la idea de Luis María Díez-Picazo Giménez (2007) de que la razón ha de encontrarse en el hecho de que si no hubiera familia, no haría falta el matrimonio. Quiere ello decir que si se protege el matrimonio es porque ha de protegerse la familia y, en el momento en que fueron dictadas las normas iusfundamentales, el matrimonio constituía el único vehículo a través de cual los constituyentes contemplaban el modo de fundarla. Sin embargo, como señala este autor, la diversificación de modelos familiares que conoce el mundo actual y sobre todo las nuevas técnicas de reproducción asistida —por no mencionar la polémica posibilidad de la adopción— han diversificado los medios de tener una prole y, por tanto, de fundar una familia. Por ello —a su juicio— es poco relevante en esta sede analizar aquellas normas, como la del artículo 12 del CEDH, que se remiten a las leyes nacionales, dejando un amplio margen de apreciación nacional a la hora de establecer el régimen jurídico del matrimonio. La discusión acerca de la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo debe llevarse a cabo exclusivamente con argumentos de derecho nacional. Este mismo autor realiza una advertencia sobre la que es preciso reflexio-

Rodríguez-Zapata Pérez (p. 107 y ss.) y Tenorio Sánchez (p. 55 y ss.), a quien, entre otros argumentos, le «resulta claramente contradictorio considerar necesario cambiar el Código Civil para reconocer efectos a las uniones entre personas del mismo sexo, atendido que antes no los tenían, mediante su equiparación al matrimonio y, al mismo tiempo, pretender justificar que el nuevo texto legal encuentra cabida en el mismo e invariado texto de la Constitución».

nar: «la reivindicación del matrimonio entre personas del mismo sexo no puede ser entendida solo en el contexto de la liberalización de las costumbres y del pluralismo de los modos de vida. Seguramente hay algo más. Algunas sociedades del pasado fueron muy tolerantes con la homosexualidad y, sin embargo, nunca se plantearon admitir el matrimonio entre personas del mismo sexo. Por ello, lo que hace que el matrimonio entre personas del mismo sexo sea pensable hoy no es una consideración moral. Es una consideración antropológica: en los últimos decenios la perpetuación de la especie ha dejado de depender exclusivamente del acto sexual entre hombre y mujer. Una vez que la reproducción humana es posible por otras vías, no es de extrañar –cuquiera que sea la valoración moral que a cada uno le merezca– que la ancestral exigencia de diversidad de sexos entre los cónyuges se tambalee».

En el ámbito del TJUE se debe llamar la atención sobre las conclusiones del Abogado General en el caso C-673/16 (*Relu Adrian Coman y otros c. Inspectoratul General pentru Imigrări* [NCJ063278] y *otros*), por lo demás, ampliamente difundidas en las redes sociales y muy bien acogidas por los colectivos LGTB, al entender que es un paso importante hacia el reconocimiento del matrimonio homosexual en la Unión Europea. Según el Abogado General Wathelet, el término «cónyuge» incluye a los cónyuges del mismo sexo en relación con el derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros²⁵.

En España, fue la STC 198/2012, de 6 de noviembre (NCJ057487), que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, la que zanja la cuestión sobre el derecho a contraer matrimonio por personas de igual sexo. Partiendo de una interpretación evolutiva del concepto de matrimonio, el tribunal señala que la reforma introducida por la ley mantiene, en términos perfectamente reconocibles, la imagen que, tras una evidente evolución, tiene la sociedad española del matrimonio. La opción contenida en la ley impugnada se inscribe en la lógica del mandato constitucional de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, y se apoya en la interpretación que ha hecho el tribunal de la cláusula antidiscriminatoria. El legislador, en uso de la libertad de configuración que le concede la Constitución, modifica el régimen de ejercicio del derecho constitucional al matrimonio, sin afectar su contenido, ni menoscabar el derecho al matrimonio de las personas heterosexuales, ya que la ley recurrida no introduce modificación material alguna en las disposiciones legales que rigen los requisitos y efectos del matrimonio civil de personas de sexo diferente, ni restringe o deniega el derecho constitucional de cualquier persona de contraer o no matrimonio²⁶. Tras esta sentencia se promulgó la Ley 13/2005, de 1 de julio añadiéndose un se-

²⁵ Vid. los distintos escenarios que plantea Álvarez González (28 de febrero de 2018) respecto a la futura sentencia del TJUE.

²⁶ A mi juicio, las SSTC 77/2013, de 8 de abril (NSJ046828) y 81/2016, de 25 de abril (NCJ061241), en la que se aplicaron los cánones del principio de igualdad a la obtención de pensión de viudedad de una persona transexual debe ser revisada. El TC a partir de esta resolución entiende que el requisito de haber tenido hijos en común para que las parejas de hecho accedan al disfrute de la pensión de viudedad es inconstitucional y nulo, ya que vulnera el principio de igualdad ante la ley. La diferencia de trato no obedece a una razón objetivamente justificada y conduce a un resultado des-

gundo párrafo al artículo 44 del Código Civil con la siguiente redacción: «El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo».

4.4. EL DERECHO A NO CASARSE Y LAS PAREJAS *MORE UXORIO*

La Corte de Estrasburgo no ha puesto obstáculo en su andadura al reconocimiento a las parejas de hecho del derecho a la vida personal y familiar (art. 8 CEDH), pero no ha hecho lo mismo con el derecho al matrimonio en su faceta negativa (art. 12 CE), es decir, como derecho a no casarse. Los asuntos *Johnston y otros c. Irlanda*, de 18 de diciembre de 1986, *Elsholz c. Alemania*, de 13 de julio de 2000 y *Sommerfeld c. Alemania*, de 11 de octubre de 2001, dan buena prueba de ello, pues si bien declara con rotundidad que el CEDH no reconoce un derecho a divorciarse, si una pareja que convive junta y establemente, a pesar de que uno de sus miembros esté vinculado por matrimonio con otra persona, constituye una «familia» a efectos del artículo 8 del CEDH, y, por consiguiente, tiene derecho a su protección, aunque sus relaciones sean extramatrimoniales.

Respecto a las parejas de hecho inscritas cabe preguntarse por qué no pueden gozar del reconocimiento de los mismos derechos y quedar obligadas por los mismos deberes que las matrimoniales. Si la contestación se basa en una pretendida falta de compromiso o de estabilidad, lo cierto es que se observa inmediatamente que si efectivamente se constituyen legalmente, mediante lo que ordinariamente denominamos inscripción en un registro administrativo, no podrá rechazarse la existencia de tal compromiso que, por lo demás, no parece muy diferente al asumido por los cónyuges en virtud de matrimonio. Por su parte, si se esgrime la imprevisibilidad de su duración o perdurabilidad, debemos oponer que la garantía de la estabilidad de la pareja *more uxorio*, por el solo hecho de haber rechazado constituirse en virtud de matrimonio, no es inferior a la formada matrimonialmente, más aún en un país como España en el que rige el conocido como «divorcio exprés». Ninguno de ambos argumentos parecen consistentes, sino simplemente basados en tópicos quizá un tanto débiles.

En mi opinión, la exclusión voluntaria de la forma matrimonial por las parejas estables significa que han ejercido su derecho a no contraer matrimonio como faceta negativa del derecho fundamental a contraerlo (art. 32 CE), porque precisamente no desean el estatus conyugal. Ello, sin embargo, no debe significar que deba ser considerada como una «pareja de segunda clase» y que, por no tener los mismos derechos y obligaciones que la matrimonial, sea objeto de discriminación. A la pareja estable debe reconocérsele su propio estatuto jurídico que ha de colmar sus expectativas de un reconocimiento a su diversidad, porque no exige los mismos derechos, ni asume

proporcionado al impedir injustificadamente a determinados supérstites de parejas de hecho el acceso a la protección dispensada por medio de dicha pensión por ser de imposible cumplimiento tanto por razones biológicas como jurídicas. En mi opinión, una vez que se reconoce la posibilidad de acceso de la pareja homosexual a las técnicas de reproducción asistida y a la adopción, no puede sostenerse que el requisito para la obtención de una ventaja social sea de imposible cumplimiento y con menos solidez argumentativa si se defiende que existe un derecho a tener descendencia, ya sea por medio de procreación natural, ya asistida, o por adopción o contratos de maternidad subrogada.

las mismas obligaciones que la pareja matrimonial. La pareja *more uxorio* desea ser eso: *more uxorio* y tener su propia reglamentación. Por ello, creo que se confunden quienes hablan de discriminación y falta de igualdad (art. 14 CE) entre unas y otras. Los reglamentos por los que se rigen son distintos, como diferente es el modo de ejercicio del derecho fundamental reconocido en el artículo 32 de la CE. Ahora bien, una vez establecido que ambas formas de constituir pareja son constitucionales, aunque no conlleven las mismas facultades y deberes, convendrá señalar que, en determinados casos, la exclusión de unas u otras puede determinar un trato discriminatorio. Así, si hablamos del reconocimiento de prestaciones sociales o algún tipo de ventaja ofrecida por la Administración pública, como puede serlo, por ejemplo, una pensión de viudedad, para ofrecer una contestación válida relativa a un posible trato discriminatorio habrá que plantearse cuál es la finalidad de la norma, porque si lo es resarcir frente al daño que se produce con la muerte de la pareja, por la falta o minoración de ingresos de los que participaba el supérstite, tal falta o minoración puede concurrir tanto en unas parejas como en otras, independientemente de si han contraído, y deberán ser reparadas si el miembro de la pareja fallecido cumplió en vida los necesarios requisitos de cotización a la Seguridad Social²⁷. Si, por ejemplo, hablamos de pensión de orfandad, cuyo objetivo social es la de atender el estado de necesidad del huérfano que no puede obtener medios de subsistencia propios, y se reconociera solo a los hijos matrimoniales, también se concluiría que existe discriminación por razón de filiación, pues huérfanos lo son los unos y los otros y no existe una diferencia aceptable para su trato desigual. A la misma conclusión llegaríamos si analizáramos las normas sobre conciliación familiar y se reconociese exclusivamente a las parejas matrimoniales o sobre el derecho sucesorio, el arrendaticio, la reagrupación familiar o la adquisición de la nacionalidad. Quiere ello decir que los problemas que se suscitan en torno a las parejas estables no pertenecen al ámbito del derecho al matrimonio, sino del derecho a la igualdad y no discriminación (art. 14 CE), como así lo ha entendido, por lo demás, el TC en su sentencia 222/1992, de 11 de enero, mostrándose firme a la hora de declarar que el legislador no puede discriminar entre aquellas personas que están casadas y aquellas otras que conviven de hecho²⁸. Sin embargo, advirtió que «el mandato de protección a la familia no entraña, sin más, un deber para los poderes públicos de dispensar tal amparo, indiferenciadamente y sin matices, a todo género de unidades familiares, siendo evidente que puede el legislador diferenciar entre unas y otras en atención, por ejemplo, a criterios de necesidad relativa o a otros que resulten igualmente racionales» (FJ. 4.º)²⁹.

A mi modo de ver, están en lo cierto aquellos que entienden que el ideal de tolerancia y pluralismo presente en nuestro texto constitucional debe proyectarse en el ámbito de las relaciones de pareja y que solo reconociendo el derecho a no casarse tiene valor el ejercicio del de-

²⁷ Vid. STC 41/2013, de 14 de febrero ([NSJ046732] [FJ 9.º]).

²⁸ En la sentencia se examinaba la constitucionalidad del artículo 58.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en cuanto que atribuía exclusivamente al «cónyuge» del arrendatario fallecido la facultad de subrogarse en el contrato de arrendamiento. La cuestión que se suscitaba era la de si el distinto trato dado el cónyuge y al miembro supérstite de la unión de hecho vulneraba el principio de igualdad (art. 14 CE).

²⁹ Vid. STC 184/1990, de 15 de noviembre.

recho a contraer matrimonio, en la medida en que el individuo es libre de no hacerlo (Ferrerres Comella, septiembre-diciembre 1994, p. 170). Sin embargo, el reconocimiento de la faceta negativa de este derecho fundamental, como se ha explicado antes, no puede llevar a extender los derechos y obligaciones conyugales a la pareja *more uxorio*, porque se vaciaría de contenido el derecho al igualarlo al derecho a contraerlo.

Por último, no se debe pasar por alto el pronunciamiento del TC contenido en la STC 93/2013 (NCJ059392), en la que reconoce la amplia autonomía de los convivientes para su autogobierno, no pudiendo el legislador «imponer una opción o limitar las posibilidades de elección en virtud de los condicionamientos que pudieran resultar de las normas de orden público interno», porque el libre desarrollo de la personalidad «quedaría afectado tanto si los poderes públicos trataran de imponer el establecimiento, contra la voluntad de los componentes de la pareja, de un determinado tipo de vínculo no asumido de consuno por estos». De modo que la libertad de decisión no solo en la constitución de la pareja, sino en la fijación de la organización del grupo resultante depende de la autonomía de la voluntad de los convivientes, y por ello es incompatible la imposición de normas que la regulen de forma imperativa. Por ello, «este respeto a la autonomía privada de quienes han decidido conformar una unión de hecho se traduce en el reconocimiento de que, en aras de su libertad individual, pueden desarrollar sus relaciones –antes, durante y al extinguirse la unión– conforme a los pactos que consideren oportuno, sin más límites que los impuestos por la moral y el orden público constitucional [...]»³⁰.

4.5. EL DERECHO A DISOLVER EL VÍNCULO MATRIMONIAL

En lo que concierne a un pretendido derecho a disolver o anular el vínculo matrimonial conviene resaltar que el artículo 32 de la CE solo reconoce el derecho a contraer matrimonio, no existiendo ninguna referencia directa al derecho a su disolución, aunque, eso sí, establece la reserva de ley para regular las formas de llevarla a cabo. Tampoco el artículo 12 del CEDH parece recoger el divorcio como faceta negativa del derecho al matrimonio y así se desprende de la citada STEDH de 18 de diciembre de 1986, en el asunto *Johnston c. Irlanda*, si bien Estrasburgo, desde 1979, admite que, por razones excepcionales, el legislador nacional deba hacer efectivo el derecho de los cónyuges al menos a obtener la separación judicial y la dispensa del deber de convivencia. Así sucedió en el asunto *Airey c. Irlanda*, de 9 de octubre de 1979, a propósito de una mujer sometida a maltrato reiterado por su cónyuge.

A pesar de que la jurisprudencia europea no parece estar dispuesta a reconocer tal derecho, debido seguramente a la importante disparidad de las legislaciones de los Estados, en España no existe obstáculo para entender que existe un derecho constitucionalmente protegido a no permanecer unido por matrimonio, a lo que ayuda la propia dicción del artículo 32.2 de la CE, aunque

³⁰ En contra, Roca Trías (2007, p. 56), para quien debe procederse a la regulación de un estatuto de la pareja estable, como garantía de ejercicio del derecho a no casarse (art. 32 CE).

otorgue un amplio margen de apreciación al legislador respecto a las causas de disolución del mismo. En cualquier caso, debe reflexionarse sobre la idea de que si el derecho a contraer matrimonio goza de la naturaleza de derecho fundamental, la preeminencia de otro derecho, también fundamental, como el de la libertad (art. 17 CE) en conexión con la propia dignidad de la persona y el desarrollo de su personalidad (art. 10 CE), debe conducir a la admisión del derecho a la disolución del vínculo matrimonial sin restricciones. Obligar a permanecer casado en contra de la propia voluntad del individuo es tanto como encadenarle de por vida a una situación en la que no desea encontrarse e imponerle una suerte de condena, que casa mal con el principio que debe regir el matrimonio que no es otro que el de la voluntad de los cónyuges de contraerlo y proseguir vinculados. El divorcio, en definitiva, debe entenderse como un remedio a la desaparición del consentimiento matrimonial, que encuentra su fundamento en los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 14, 16 y 17 de la CE, pues el matrimonio no es una institución que deba recibir un grado mayor de protección que los derechos fundamentales de cada uno de los miembros de la pareja, de modo que pueda imponerse incluso en el caso de que se produzcan situaciones insostenibles. En tal sentido, la tutela del individuo no puede subordinarse a las de la familia creada con el matrimonio, porque es el individuo el titular de los derechos fundamentales y el divorcio debe ser considerado como una forma de ejercicio de la libertad individual de los cónyuges (arts. 16 y 17 CE) (Roca Trías, 2007). Por otro lado, debe compartirse la opinión de Encarna Roca Trías de que el derecho a no permanecer casado debe incluir todos los matrimonios, omisión hecha a cuál haya sido la forma utilizada para contraerlo. El derecho a no permanecer casado no se refiere en particular al divorcio, sino que se debe extender a otras formas de disolución de la pareja, porque lo contrario sería dejar desprotegidas a las minorías religiosas o ideológicas, imponiéndoles unas reglas basadas en creencias de las que no participan.

En definitiva, como ya se ha dicho, el principio del libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE) refuerza la base constitucional del divorcio. Así, cuando desaparece el consentimiento que sostiene el matrimonio, el interés individual en la disolución prevalece sobre el interés de la pareja en el mantenimiento del mismo, porque este ha dejado de tener razón. Afirmar que la familia matrimonial debe ser protegida, incluso contra los derechos fundamentales de sus miembros, sería vulnerar el principio del libre desarrollo de la personalidad, que implica la protección de los derechos fundamentales de los individuos, además de que la finalidad tuitiva de la familia se logra en estos casos protegiendo a la familia cuyos progenitores han disuelto el vínculo matrimonial, ¿o es que se duda de que la familia sigue existiendo, a pesar de la separación, divorcio de los cónyuges o el fallecimiento de cualquiera de ellos?

5. CONSIDERACIÓN FAMILIAR DE LA PAREJA SIN HIJOS, DE LA PERSONA SOLA CON HIJOS Y DE LAS FAMILIAS DISTANTES

Resta aún por analizar la consideración y garantía que merece en nuestro ordenamiento constitucional la pareja, matrimonial o *more uxorio*, que no tienen descendencia, o lo que es lo mismo, preguntarse si tienen o no la consideración de familia.

A esta cuestión ha dado una respuesta afirmativa y clara, ya sea el TEDH o el TC. El Tribunal de Estrasburgo lo hizo en la conocida sentencia de 27 de abril de 1979, recaída en el asunto *Marckx c. Bélgica*, señalada anteriormente, respecto a una madre soltera y su hijo. Ahora bien, el reconocimiento del matrimonio o pareja sin hijos como familia lleva inmediatamente a cuestionarse si son o no constitucionalmente aceptables los tratamientos desiguales que en orden a su protección como familia puedan recibir los cónyuges dependiendo de si tienen descendencia (art. 39 CE). Este problema fue analizado por el TC en la ya citada sentencia 222/1992, de 11 de diciembre (NCJ060657), en la que, tras declarar que corresponde a la libertad de configuración del legislador articular los instrumentos, normativos o de otro tipo, a través de los que hacer efectivo el mandato constitucional del artículo 39 de la CE, advierte que su articulación concreta deberá llevarse a cabo en el respeto a las determinaciones de la CE y, muy específicamente, al principio de igualdad (FJ. 4.º). En consecuencia, la protección constitucional de la familia puede dar lugar no solo a la adopción de normas que tienen como objeto directo a la unidad familiar existente, sino al establecimiento, también, de ventajas o beneficios de vario tipo con fundamento en una previa relación familiar disuelta o extinguida *mortis causa*, pues «el mandato de protección a la familia no entraña, sin más, un deber para los poderes públicos de dispensar tal amparo, indiferenciadamente y sin matices, a todo género de unidades familiares, siendo evidente que puede el legislador diferenciar entre unas y otras en atención, por ejemplo, a criterios de necesidad relativa o a otros que resulten igualmente racionales». Establecido lo anterior, el TC advierte de la sujeción de las normas relativas a la familia a la cláusula antidiscriminación: «Los condicionamientos y límites que, en virtud del principio de igualdad, pesan sobre el legislador se cifran en una triple exigencia, pues las diferenciaciones normativas habrán de mostrar, en primer lugar, un fin discernible y legítimo, tendrán que articularse, además, en términos no inconsistentes con tal finalidad y deberán, por último, no incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas» [FJ 6.º]³¹.

³¹ También se pronunció sobre este particular a propósito del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la disposición adicional 3.ª de la Ley 40/2007, de medidas en materia de seguridad social, que reconocía excepcionalmente el derecho a obtener una pensión de viudedad a aquellas personas que no habían contraído matrimonio, siempre que habiéndose producido el hecho causante con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes. El Tribunal en la STC 41/2013, de 14 de febrero (NSJ046732), FJ 5.º, tras recordar la doctrina de la STC 189/1990, de 26 de noviembre, que reconoció al legislador un amplio margen de libertad en la configuración de las pensiones de viudedad, entiende que la disposición impugnada produce discriminación al exigir la concurrencia de hijos, cuando ello resulta imposible para las parejas homosexuales, porque, así, resultaban excluidos de la pensión de viudedad. Por consiguiente, aplicando su doctrina del principio de igualdad, reconoce que la Constitución no limita la protección a un determinado modelo de familia, pero tampoco impone que se le ofrezca el mismo tratamiento jurídico, siempre que las diferencias constituyan un medio adecuado para obtener un fin legítimo y proporcionado. Así, en el supuesto de la norma evaluada consideró que el requisito de hijos comunes exigido resulta de difícil o imposible cumplimiento para las parejas de hecho formadas por personas del mismo sexo y, por tanto, vulneraba el principio de no discriminación. Además, entendió que el requisito cuestionado no obedece a ninguna razón objetivamente justificada relacionada con el fundamento o la finalidad de la pensión de viudedad y conlleva a un resultado desproporcionado, pues impide a determinados supervivientes de parejas de hecho el acceso al disfrute de la pensión. Por último, señaló que dicho requisito no puede ser entendido como un indicador inequívoco de la existencia efectiva de la relación de convivencia *more uxorio*, pues el haber tenido hijos en común no acredita una mayor estabilidad o solidez de la unión de hecho, ni constituye el único medio de prueba posible sobre la estabilidad de la pareja.

También, la protección familiar de la pareja sin hijos conlleva que haya de preguntarse cómo afecta al derecho a procrear, porque si este modelo como vida familiar está protegido, ¿qué diferencia existe con quienes sí los tienen? ¿Cuál es entonces el ámbito de aplicación de lo que el artículo 9 del CEDH denomina derecho a fundar una familia? Si, por un lado, se reconoce el derecho al matrimonio y, por otro, el derecho a fundar una familia, parece claro que no tener descendencia es una faceta negativa del segundo y, por consiguiente, que fundar una familia no es igual que derecho a procrear, porque la familia está fundada, aunque no existan hijos. Estas sombras que vamos encontrando en el análisis de los derechos familiares son difíciles de aclarar porque, como veremos más adelante, seguramente la expansión del contenido del derecho al matrimonio y a la vida familiar por obra de la tarea interpretativa de los tribunales deja en penumbra el derecho a fundar una familia, como sinónimo de derecho a procrear y a no hacerlo.

Respecto a la consideración como familia de la persona sola con hijos, que suele ser conocida como familia monoparental, el TEDH hace décadas que viene afirmando que el artículo 8 del CEDH no distingue entre familia legítima e ilegítima y la existencia de lazos de afectividad y cuidado bastan para el reconocimiento de la vida familiar. Así sucedió, por ejemplo, en los asuntos *Marckx c. Bélgica*, de 13 de junio de 1979 y *Keegan c. Irlanda*, de 26 de mayo de 1994. Igualmente se lo ha reconocido a aquellas personas privadas de libertad, como se aprecia en las sentencias de los asuntos *Draper c. Reino Unido*, de 10 de julio de 1980, *Messina c. Italia*, de 28 de septiembre de 2000 o en *Ploski c. Polonia*, de 12 de noviembre de 2002 (Sales Jardí, julio-diciembre 2015). Por su parte, las SSTC 184/1990, de 15 de noviembre, 47/2001, de 15 de febrero (NFJ010155) y 212/2001, de 29 de octubre (NFJ011398) ratifican esta conclusión.

Por último, es imprescindible destacar la labor de ambos tribunales europeos en lo que concierne al reconocimiento del derecho a la vida familiar en aquellos casos en los que sus miembros están distantes geográficamente por causas a ellos no imputables y, por consiguiente, han eliminado el deber de convivencia de los requisitos de la protección a la familia. Tal evolución posee especial relevancia en los casos de reagrupación familiar y otorgamiento de permisos de residencia, como sucedió señaladamente en los asuntos *Abdulaziz, Cabales y Balkandi c. Reino Unido*, de 28 de mayo de 1985, *Ezzouhdi c. Francia*, de 13 de febrero de 2001 y *Uner c. Países Bajos*, de 13 de octubre de 2006.

6. EL DERECHO GENERACIONAL: ¿DERECHO A TENER DESCENDENCIA O DERECHO A LA PROCREACIÓN? LA FACETA POSITIVA DE LOS LLAMADOS DERECHOS REPRODUCTIVOS

6.1. EL DERECHO A LA PROCREACIÓN, ¿UN DERECHO FUNDAMENTAL DE TERCERA GENERACIÓN?

Entre los numerosos interrogantes que están aún pendientes de resolver relativos al concepto europeo de familia, se encuentra el referente al derecho a fundar una familia. Así, en primer

lugar, cabe preguntarse si efectivamente existe y si la respuesta fuera afirmativa, si incluye solo el derecho a concebir y llevar a término la gestación de forma natural o también la descendencia no biológica, por lo que hablaríamos de derecho generacional y no solo de procreación. Subrayemos desde ahora que las respuestas ofrecidas por los países europeos son asombrosamente dispares, no habiéndose alcanzado aún una respuesta uniforme, ante una realidad que, a todas luces, necesita de ella.

Lo primero que advertimos a la hora de abordar el derecho a procrear es que algunos autores defienden que su reconocimiento está implícito en otros fundamentales, como el derecho a la vida y la integridad física (art. 15 CE), la intimidad personal (art. 18.1 CE) y la libertad (art. 17 CE), encontrando su fundamento en la protección de la dignidad de la persona y el desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE). Y no es errado hablar del derecho a procrear si su objeto se ciñe al resultado del ejercicio a la libertad sexual, pero si nos detenemos a reflexionar brevemente concluiremos que no necesariamente lo será si con ello se quiere hacer referencia a un derecho a ser padre, ya sea mediante la adopción, el uso de las técnicas de reproducción asistida o la contratación de mujeres gestantes.

Bien miradas las cosas, hay que comenzar señalando que, a diferencia del CEDH y de la CDFUE, la CE no contiene norma alguna que permita afirmar que, hoy por hoy, exista un derecho constitucionalmente protegido a procrear. Tal omisión puede que encuentre su razón de ser en el momento de elaboración de la Norma Fundamental y en la ausencia de significativos avances científicos y tecnológicos en cuestiones reproductivas. En la mente de los constituyentes seguramente solo estaba presente la procreación natural o biológica como producto de relaciones sexuales entre el hombre y la mujer. La procreación, por consiguiente, no necesitaba ser objeto de regulación alguna, pues se trataba de un hecho natural que no requería de reconocimiento constitucional alguno. Ahora bien, es obvio que en unas pocas décadas el panorama ha cambiado radicalmente y, en una Europa contemporánea globalizada como lo es la actual, cualquier pareja o persona sola, de la identidad u orientación sexual que sea, puede aspirar a tener descendencia. Puede formar la familia deseada que, sin embargo, no coincide con la regulada. Ello hace que respecto al contenido de un pretendido derecho a la procreación, como derecho constitucional de tercera generación, debamos alcanzar algunos resultados y realizar algunas reflexiones.

La primera de ellas es la de que si se decide que la procreación constituye un derecho, también debe serlo el acceso a los medios de procreación, porque los valores inherentes a su reconocimiento son los mismos. Ninguna diferencia sustancial se observa entre procrear naturalmente o asistidamente, porque con ambas se satisface las expectativas de padres y se protege a los hijos, además de cubrirse el fin último de la garantía de la familia, como pilar básico del desarrollo y bienestar de la sociedad en su conjunto. Por el contrario, si la reproducción humana no es objeto de protección, no debe existir problema constitucional respecto a la interrupción voluntaria de la gestación y quizá debiera quedar esta última a la libre voluntad de quien gesta. Continuando con el análisis, también deberemos afirmar que si lo que se protege con la procreación es la libertad y libre desarrollo de la personalidad, las personas deben ser libres de elegir la modalidad de la familia que desean para sí y al igual que se protege la familia sin hijos, de debe hacer

lo mismo con la que ha sido formada con hijos naturales, adoptados, nacidos con técnicas de reproducción asistida o de maternidad sustitutoria. Y seguimos: si se reconoce un derecho a la adopción, porque para el hijo nacido de otros padres es beneficioso desarrollarse en una familia que ve colmadas sus expectativas como tal a través de este tipo de filiación legal, debe reconocerse cualquier filiación proveniente de otros métodos que no sean naturales. Si, por el contrario, con la limitación o negación del derecho a procrear se defiende que lo que se protege son los valores morales imperantes en la sociedad, habrá que convenir en que el riesgo de que tales valores se vean quebrados es el mismo o incluso menor que en el supuesto de filiación natural e igual que en la adoptiva o asistida, porque una vez reguladas, el control sobre la capacidad de los padres es mayor y tal control, sin embargo, no se puede realizar en los supuestos de procreación natural. Igualmente, respecto al consentimiento de los progenitores, cabe preguntarse: si se acepta la filiación adoptiva y la procreación asistida (en las que encontramos hijos biológicos ajenos y donantes desconocidos), ¿qué impide la subrogada?, ¿no existe la misma conjunción de voluntades siempre que, claro está, se lleve a cabo a través de los procedimientos regulados legalmente? Por último, y quizá la cuestión más fácil de responder sobre los derechos de los *nascituri* e hijos ya nacidos: ¿se pueden crear categorías de hijos dependiendo de su modo de procreación o incorporación a la familia?

Es verdad que en nuestra Constitución no se encuentra trazo alguno de un pretendido derecho a procrear, ya se ha dicho. Tampoco la jurisprudencia europea se ha pronunciado respecto al mismo, salvo en los supuestos de discriminación en el acceso a las técnicas de reproducción asistida o a la adopción. Los textos internacionales y sus intérpretes se preocupan de los hijos como sujetos ya existentes (aunque sea en vías de formación) y no como objeto de un pretendido derecho de otra persona o derecho al *nasciturus*. La libertad generacional o el derecho a tener descendencia no ha sido reconocido aún en ningún texto jurídico internacional de derechos humanos, sino que lo que se reconoce son la libertad sexual y los derechos de filiación. Respecto al primero, habrá que admitir que las personas, con determinados límites (edad y capacidad esencialmente) son libres de mantener o no relaciones sexuales. En cuanto al segundo, existiendo un hijo, por el momento, todo apunta a que los derechos e intereses nacen de los hijos hacia los padres, más no lo contrario.

Actualmente, lo único cierto que se puede afirmar es que la libertad sexual forma parte de otros fundamentales como el derecho de libertad, la integridad física, la intimidad y la salud, pero no se inserta con naturalidad en el llamado derecho a procrear. La libertad sexual implica el reconocimiento de la facultad de controlar la propia fertilidad, pero nada más. Tan siquiera lleva aparejada la posibilidad de exigir del Estado que facilite los instrumentos para quienes carecen de ella. En tal sentido, se puede sostener que de la libertad sexual emanan, entre otras, dos facetas: una positiva que es el derecho a «decidir» procrear de manera natural, si se posee las condiciones para ello, y una negativa que radica en elegir no hacerlo. Parece, por tanto, que se trata de un derecho de libertad y no de prestación, respecto al que los poderes públicos no tienen encomendados el cumplimiento de determinados deberes positivos para que los ciudadanos puedan alcanzar sus expectativas de ejercicio, como tampoco están legitimados para imponer a los ciudadanos planes de control de natalidad, esterilizaciones no voluntarias o incluso la obligación de

reproducirse³². En todo caso, debe quedar firme la idea de que el hecho de que en la actualidad deba negarse la existencia de un derecho fundamental a la procreación, al no encontrar natural anclaje en ningún otro derecho presente en el texto constitucional, no resta la posibilidad de que en un futuro, atendidas las necesidades presentes en la Europa actual, no puede llegar a declararse como tal, incluso por la vía interpretativa del artículo 10.2 de la CE, siempre que las jurisdicciones europeas procedan a su reconocimiento.

6.2. LA ADOPCIÓN, ¿EL INICIO DEL CAMBIO EN LA CONCEPCIÓN JURÍDICA DE LA FAMILIA?

El TEDH ha sido claro a la hora de declarar que la adopción no está protegida por el derecho a fundar una familia del artículo 12 del CEDH, por lo que los Estados son competentes para decidir las condiciones de su ejercicio, si bien, una vez más, la negativa de las autoridades públicas a que una determinada persona pueda adoptar es controlada por la vía de la discriminación (art. 14 CEDH)³³.

Al igual que lo ha hecho el Tribunal de Estrasburgo, el Tribunal Constitucional en su STC 198/2012, de 6 de noviembre ha declarado que la CE no reconoce un derecho fundamental a adoptar, pero que el ordenamiento jurídico prevé mecanismos suficientes en las disposiciones que regulan la adopción nacional e internacional, para garantizar la preservación del interés superior del menor en el proceso de adopción³⁴. Para el Alto Tribunal «la eventual lesión del artículo 39.2 de la CE vendría dada si la legislación no garantizase que, en el procedimiento de adopción, el objetivo fundamental fuese la preservación del interés del menor, circunstancia que no concurre en este caso, en el que la normativa del Código Civil establece que la resolución judicial que constituya la adopción tendrá siempre en cuenta el interés del adoptando, y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad, idoneidad que nada puede tener que ver con su orientación sexual (art. 176 CC). Además, como recoge la recién citada STC 124/2002, el juez que conoce del proceso de adopción tiene la facultad de denegarla cuando sea contraria al interés

³² Vid. las sentencias del TEDH en los asuntos *V.C. c. Eslovaquia*, de 8 de noviembre de 2011; *N.B. c. Eslovaquia*, de 12 de junio de 2012; *Gauer y otros c. Francia*, Decisión de 23 de octubre de 2012; *I.G., M.K y R.H. c. Eslovaquia*, de 13 de noviembre de 2012.

³³ Así sucedió en el asunto *E.B. contra Francia*, de 22 de enero de 2008, en la que a la demandante —mujer homosexual— se le denegó la adopción con el argumento de que no existía un modelo de conducta masculino en su hogar, cuando, sin embargo, la legislación nacional permite que los padres solteros adopten niños. Esta misma solución se dio en el asunto *Schwizgebel c. Suiza*, de 10 de junio de 2010, en la que se había rechazado como adoptante a una madre soltera por razón de su edad (47 años).

³⁴ Así, puede leerse: «Nuestra propia jurisprudencia ha establecido ya que, en los procedimientos de adopción, se configura como prevalente el interés superior del menor. Principio que con carácter general proclama la mencionada Convención, al disponer que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño (art. 3.1)».

del menor, sea cual sea el motivo y después de su correcta valoración, que se realiza mediante el procedimiento reglado pertinente. Parece, pues, que según la interpretación actual de los tribunales no existe un derecho fundamental a la adopción, y el artículo 39.2 de la CE tan solo protege el interés del menor adoptado, pero no del adoptante, salvo que en la configuración legal del proceso adoptivo, el legislador haya introducido distinciones discriminatorias o, no haciéndolo, haya sido interpretada de tal manera la norma legal por el órgano judicial.

6.3. ¿LA MATERNIDAD SUBROGADA ES EL PUNTO DE INFLEXIÓN PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA NUEVA FAMILIA EUROPEA?

Han sido, sin lugar a dudas, las sentencias del TEDH, asuntos *Mennesson c. Francia y Labassée c. Francia*, ambas de 26 de junio de 2014 y *Paradiso y Campanellie. Italia*, de 24 de enero de 2017, las que han pretendido arrojar algo de luz sobre la línea evolutiva de la jurisprudencia europea de protección de la familia y el concepto de familia que en Europa poco a poco se va conformando. Tales resoluciones determinan un punto de no retorno en el tratamiento de los problemas derivados de los contratos de maternidad subrogada en el ámbito de los países signatarios del CEDH, al haberse ya establecido dos tipos de reglas diferentes sobre los efectos que la prohibición legal de recurrir a la maternidad de sustitución produce en los padres de intención y los hijos nacidos de tal contrato³⁵.

En primer lugar, en los casos *Mennesson c. Francia y Labassée c. Francia*³⁶, la Corte ha distinguido entre los efectos que la prohibición legal de recurrir a la maternidad de sustitución produce en los padres de intención y los hijos nacidos de tal contrato. La sentencia declara que la injerencia del Estado francés en la vida privada de los recurrentes, mediante su negativa a inscribir la filiación solicitada, se ajustó a lo establecido en el artículo 8 del CEDH, ya que se produjo de acuerdo con la ley y persiguió motivos legítimos. En concreto, la protección de la salud y la protección de los derechos y las libertades de las madres portadoras y los niños. Sin embar-

³⁵ Para un estudio en profundidad de este supuesto es conveniente ampliar el análisis a los pronunciamientos del TEDH en los asuntos *D. y Otros c. Bélgica*, Decisión de 8 de julio de 2014; *Foulon y Bouvet c. Francia*, sentencia de 21 de julio de 2016; y *Karine Laborie y Otros c. Francia*, de 16 de enero de 2015. En España, cabe destacar el análisis realizado por Roca Triás (2015, pp. 301 y ss.).

³⁶ Los asuntos *Menesson c. Francia* (asunto n.º 65192/11) y *Labassé c. Francia* (asunto n.º 65941/11), de 26 de junio de 2014 son prácticamente idénticos. En ambos casos, los matrimonios heterosexuales Menesson y Labassé, ante sus problemas de infertilidad, decidieron recurrir a la maternidad subrogada en California y Minnesota respectivamente, donde esa técnica es legal. Los maridos aportaron los espermatozoides, que fecundaron óvulos de las respectivas donantes, y los embriones resultantes fueron implantados en el útero de sendas madres gestantes. En ambos casos, los tribunales americanos decretaron que los hijos nacidos con esta técnica tenían como padres biológicos a los Sres. Menesson y Labassé, y como madres legales a sus cónyuges. El consulado francés rehusó inscribir tal filiación en el Registro Civil, por tratarse de una técnica contraria al orden público. Recurridas las decisiones consulares, ambos procedimientos finalizaron en la Corte de Casación que denegó la inscripción, algunos años después de haberse iniciado el pleito.

go, respecto a los hijos, las autoridades públicas no han respetado el derecho a la dignidad de las menores y a su vida privada y familiar, pues han imposibilitado el establecimiento de vínculos jurídicos de filiación, especialmente con el padre demandante que lo era no solo de intención, sino el padre biológico de los gemelos nacidos de tal contrato.

Poco tiempo después se planteó el asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia*, en el que, al igual que en el supuesto anterior, un matrimonio italiano recurre a la gestación sustitutoria en Rusia, sufriendo por ello el rechazo de los tribunales italianos a inscribir la filiación del niño, al haber nacido por un método prohibido por la legislación interna. La Gran Sala del TEDH reconoce la ilegalidad de la conducta del matrimonio Paradiso-Campanelli y declara la ausencia de violación del artículo 8 del CEDH, basándose en que la ruptura de la relación entre la pareja y el niño fue consecuencia de una situación de inseguridad jurídica creada por ellos mismos, al llevar a cabo una conducta contraria al Derecho italiano. Añade que la ausencia de vínculos biológicos entre ellos y la corta duración de su convivencia no permite determinar la existencia de vida de familia en el sentido del artículo 8 del CEDH. Por último, advirtió que la finalidad de proteger a los niños incluye no solo el caso de uno en particular, sino el interés de los niños en general.

Como puede observarse el Tribunal Europeo se ha pronunciado hasta ahora en términos de interés superior del menor, pero nunca respecto a un pretendido derecho generacional, y esa es la única razón por la que declara que la excepción de orden público vinculada a la prohibición de la gestación por subrogación en el ordenamiento jurídico nacional no puede prevalecer sobre el interés superior del niño, si bien la violación del derecho a la vida familiar deriva de la aplicación, de manera injustificada, de una medida extrema como es la separación del menor de los padres de intención en un país que lo permite.

En nuestro país, la prohibición de la maternidad por subrogación se contiene en el artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA)³⁷ y, si bien el TC está pendiente de pronunciarse sobre este problema al haberse admitido a trámite diversos recursos de amparo, hay que subrayar que existen ya dos pronunciamientos del TS respecto a la violación de la norma y sus efectos (sentencias ambas de 6 de febrero de 2014). Para la Sala Primera, la razón de la norma prohibitiva ha de buscarse en la protección de la dignidad de la mujer, que no puede reducirse a un «vientre de alquiler»³⁸. Sin embargo, a diferencia del TEDH, para el Alto Tribu-

³⁷ El artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, titulado «Gestación por sustitución», indica que: «1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales».

³⁸ Así, entiende que: «Los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneran la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, "cosificando" a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de "ciudadanía censitaria" en la

nal no es válido el argumento del interés superior del menor para denegar la inscripción registral, pues «la aceptación de tales argumentos debería llevar a admitir la determinación de la filiación a favor de personas de países desarrollados, en buena situación económica, que hubieran conseguido les fuera entregado un niño procedente de familias desestructuradas o de entornos problemáticos de zonas depauperadas, cualquiera que hubiera sido el medio por el que lo hubieran conseguido, puesto que el interés superior del menor justificaría su integración en una familia en buena posición y que estuviera interesada en él. La invocación indiscriminada del «interés del menor» serviría de este modo para hacer tabla rasa de cualquier vulneración de los demás bienes jurídicos tomados en consideración por el ordenamiento jurídico nacional e internacional que se hubiera producido para situar al menor en el ámbito de esas personas acomodadas». Sin embargo, entiende que pueden establecerse vínculos legales de filiación entre ambos padres de intención y los niños nacidos de maternidad subrogada, porque «el propio artículo 10 de la LTRHA, en su párrafo tercero, permite la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, por lo que si alguno de los recurrentes lo fuera, podría determinarse la filiación paterna respecto del mismo. Asimismo, figuras jurídicas como el acogimiento familiar o la adopción permiten la formalización jurídica de la integración real de los menores en tal núcleo familiar»³⁹.

Desde el punto de vista legislativo, cabe subrayar que existe una Proposición de Ley (n.º 122/000117), cuyo objeto es regular como derecho la gestación por subrogación, entendiendo por tal el que asiste a los progenitores subrogantes a gestar, por la intermediación de otra, para constituir una familia, y a las gestantes subrogadas, a facilitar la gestación a favor de los subrogantes, todo ello en condiciones de libertad, igualdad, dignidad y ausencia de lucro, expresivas de la más intensa solidaridad entre personas libres e iguales.

Sea como fuere, parece que la discusión y la polémica están lejos de finalizar. Los problemas derivados de la maternidad subrogada reflejan una realidad difícil de eludir y sobre la que conviene no hacer caso omiso, pues es tan solo un botón de muestra de los importantes cambios habido en la sociedad europea y en su concepción de la familia. Sin embargo, en mi opinión, la prohibición legal establecida en la LTRHA en ningún caso puede conllevar la ausencia del reconocimiento de la filiación de los nacidos mediante tales técnicas, pues sería contrario a los mandatos constitucionales establecidos en el artículo 39 de la CE y al interés superior del menor

que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población».

³⁹ Muy recientemente, con fecha de 25 de abril de 2018, el Tribunal Constitucional portugués ha anulado algunas normas de la Ley 25/2016 en la que se establecen las condiciones para aplicar la gestación por sustitución, no permitida hasta entonces, al entender que no existe la posibilidad de que la gestante se arrepienta, lo que impide «el ejercicio pleno de su derecho fundamental al desarrollo de la personalidad». Igualmente, la «indeterminación excesiva» de la ley en los límites que se imponen a las partes del contrato, lo que en la práctica supone que se pueden realizar negociaciones sobre las condiciones del embarazo que podrían ser excesivas. Por último, ha señalado que el anonimato de los donantes de óvulos o espermatozoides y de la gestante impone «una restricción innecesaria a los derechos de identidad personal y al desarrollo de la personalidad» de las personas nacidas por gestación subrogada.

en el que se inspira toda la regulación de los derechos del niño. En tal sentido, las consecuencias de la violación de la prohibición del contrato de maternidad subrogada, en relación con la filiación del menor, serán solo aquellas que determinen su mayor beneficio, lo que conlleva reconocerle los mismos derechos que a cualquier hijo con independencia del modo en el que fue concebido. El principio de igualdad y equiparación de los hijos juega un papel fundamental en la regulación de la filiación, estando garantizado constitucionalmente en el artículo 39 de la CE como consecuencia del más general artículo 14 de la CE, que impide cualquier discriminación por razón de nacimiento. Este principio inspira todos los instrumentos nacionales e internacionales, por lo que el juicio ético que pueda formularse sobre un acto de procreación artificial, de maternidad subrogada o de un derecho generacional no puede, en caso alguno, trasladarse al procreado o al hijo (Díez-Picazo Ponce de León, 1984, p. 7)⁴⁰. Es indiscutible, por consiguiente, que la familia y todo lo que la rodea es producto de la autonomía de la voluntad reconocida constitucionalmente (art. 9.2 CE) y del principio de dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE), y ello deberá interpretarse en el sentido de que la dignidad, el desarrollo de la personalidad y la autonomía de la voluntad son iguales para todas las personas. A ello cabe añadir que el reconocimiento constitucional del pluralismo social y no solo político se deben predicar del grupo familiar y limitar las injerencias de los poderes públicos en los asuntos familiares que deben seguir rigiéndose por su particular ley privada. Basta con echar una ojeada a las normas recogidas en las leyes civiles (especialmente las codificadas) para reparar en el escaso papel que históricamente se le viene otorgando al legislador, a la Administración y a los jueces en las vicisitudes familiares. Es escaso, ya que está limitado al control de validez de la expresión de la autonomía privada en la reglamentación que para sí mismos desarrollan los componentes de la unidad familiar y de fiscalización del respeto a los derechos y libertades de cada uno de ellos en los pactos alcanzados⁴¹.

Por todas estas razones, habrá que coincidir en la idea de que en la resolución de los problemas que genera la maternidad subrogada debe primar por encima de cualquier otra consideración el interés superior del menor que es un principio que integra el orden público nacional e internacional. No deja de ser curioso que los Estados europeos que prohíben expresa y tajantemente la

⁴⁰ En este sentido, a propósito de las reformas introducidas en la legislación civil tras la entrada en vigor de la CE y la necesidad de equiparar a los hijos.

⁴¹ Creo que tenía razón el maestro Luis Díez-Picazo (1984, p. 43), cuando advertía que en el Derecho de familia hay dos tipos de normas: unas son las que, como la mayor parte del Derecho privado, atienden a regular la justicia o injusticia, la satisfacción o insatisfacción de pretensiones en caso de conflicto entre los particulares, y otras son aquellas a las que se puede llamar de organización frente a o dentro de la sociedad institucionalizada. En las primeras, la incidencia de las reformas legislativas es muy pequeña porque las pretensiones entre los miembros de la familia no se ventilan con el uso y apoyo del Derecho, en cambio la reforma legislativa es importante cuando incide en todo aquello que concierne a la organización familiar frente a la sociedad institucionalizada. Así, por ejemplo, sucede con el establecimiento del divorcio que requiere una ley al igual que lo requiere el matrimonio, pero ni la organización legal del matrimonio ni la del divorcio aumenta o disminuye la pretensión de las personas de casarse o de cesar en su convivencia. Este mismo ejercicio de reflexión debe hacerse para intentar dar respuesta a los problemas que actualmente se plantean con los contratos de maternidad subrogada.

gestación por sustitución, sin embargo reconocen la protección social, económica y jurídica de la familia, así como la integral de los hijos y de la infancia en general. Ello conlleva que debamos cuestionarnos si el argumento del orden público interno esgrimido para prohibir este modo de fundar una familia puede llevarse hasta tales extremos que origine la desprotección de los derechos del niño nacido mediante contratos de subrogación maternal, creando situaciones reales de desigualdad respecto a los hijos en función de su modo de procreación.

Es cierto, como se ha puesto de manifiesto en alguna otra ocasión, que a este razonamiento cabe oponerle que una solución como la propugnada constituye una forma de hipocresía, porque el cumplimiento del mandato de protección del interés del menor produce indirectamente el mismo resultado buscado por los padres de intención, de tal modo que recurrir al argumento del principio de protección del menor implica consentir el fraude de ley, dado que los progenitores finalmente eluden la LTRHA y con el reconocimiento de la filiación se encuentran en la misma situación que si el contrato de maternidad sustitutoria hubiese sido considerado legal. Sin embargo, puede que no se trate de hipocresía, sino de ponderación de los derechos e intereses en juego. Preguntémosnos ahora qué razones con más peso constitucional existen para que se sacrifique a los hijos habidos de tales contratos. A mi juicio, puede que la única vía de solucionar el conflicto de intereses y la colisión de derechos que se produce en los supuestos de gestación por sustitución, a la vista de que es una realidad con la que se han dado de bruces todos aquellos ordenamientos nacionales que la prohíben, sea acceder a llevar a cabo una nueva regulación legal que establezca detalladamente cada uno de los requisitos y condiciones que deben concurrir para reconocer a los individuos su derecho a ella, proteger a las madres gestantes de posibles abusos y vulneraciones de sus derechos fundamentales y, sin lugar a dudas, promover el interés superior del niño.

7. LA FACETA NEGATIVA DEL DERECHO GENERACIONAL: PLANIFICACIÓN FAMILIAR E INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DE LA GESTACIÓN

Como han puesto de manifiesto los autores que se han ocupado de los llamados derechos reproductivos, la historia de la autonomía reproductiva, como derecho inherente al ser humano, es bastante reciente y nace ligada a dos diferentes movimientos: el del desarrollo de la población mundial y el de la defensa de los derechos de la mujer (Iagulli, 2013, pp. 32 y ss.). Así, para el primero, puede decirse que la Conferencia Internacional de las Naciones Unidas sobre los derechos del hombre, celebrada en Teherán en 1968, inicia la andadura de esta nueva «modalidad» de derecho de la persona, el derecho reproductivo, concluyendo que los padres tienen un derecho fundamental a decidir libre y responsablemente el número e intervalo de hijos y a recibir una adecuada formación e información al respecto. Es, por tanto, la preocupación de la comunidad internacional por el incontrolado incremento de población en algunos lugares del mundo, lo que origina el reconocimiento de la ONU del derecho a la planificación familiar, porque obstaculiza la lucha contra el hambre y la pobreza, comprometiendo la posibilidad de obtener adecuados niveles de vida, conectados con la alimentación, la vivienda, la sanidad, la educación, los

servicios sociales, etc⁴². El segundo movimiento que impulsa la consideración como tales de los derechos reproductivos es el que propugna que se trata de derechos inherentes a la mujer. Los movimientos feministas fundamentan la existencia de estos derechos en el superior derecho de la mujer al control de su propio cuerpo, de la propia sexualidad y de la vida reproductiva, aunque, todo hay que decirlo, en sus inicios, este movimiento surge para poner coto a la violencia sexual culturalmente instaurada en algunas sociedades⁴³.

En efecto, parece poco discutible que, en su faceta negativa, el llamado derecho a procrear incluya el derecho a la planificación familiar, o lo que es lo mismo, el derecho a decidir el número de hijos e intervalo entre los mismos, porque la procreación no puede configurarse como una obligación. En tal sentido, si bien no puede negarse que el Estado puede premiar o fomentar una determinada dimensión familiar (por ejemplo, las familias numerosas) o promover determinados métodos de control de la natalidad, esta facultad encuentra su límite de injerencia en la libertad y voluntad de las personas. Consecuentemente, el reconocimiento de un derecho al control de la propia fertilidad trae consigo obligaciones positivas para las Administraciones públicas, que se concretan en la articulación de políticas específicas, que pongan al servicio de los ciudadanos la formación e información suficiente y eficaz de las técnicas apropiadas para el control de la natalidad y el acceso a las mismas, por lo que debe considerarse un derecho de prestación.

Si lo dicho hasta aquí puede resultar razonable y, por consiguiente, el individuo no solo tiene derecho frente a la Administración pública a recibir una adecuada educación sexual y a ser informado sobre las cuestiones relativas al embarazo, parto y métodos anticonceptivos, habrá que plantearse si también es libre de someterse a una intervención de esterilización con meros fines de contracepción y, por tanto, si la supresión de la capacidad de procrear es una facultad de la que la persona puede disponer libremente⁴⁴.

Para cerrar este trabajo, habrá que analizar si constituye o no una faceta negativa del derecho a tener descendencia la interrupción voluntaria de la gestación, o lo que es lo mismo, si existe un derecho al aborto⁴⁵. Desde luego, no cabe duda de la dificultad que supone dar una respuesta sa-

⁴² Las posteriores conferencias internacionales irán extendiendo y desarrollarán estos «derechos», pero siempre con la finalidad del control demográfico y no de su configuración como derecho del individuo. Así, por ejemplo, la Conferencia Internacional de Bucarest de 1974, la de Ciudad de México celebrada en 1984 o la de El Cairo, de 1994. Para un estudio más detallado, *vid.* Crevillén Verdet (2017).

⁴³ *Vid.* también las conclusiones de la Conferencia Internacional de la Mujer, celebrada en México en 1975; las de Copenhage de 1980, Nairobi de 1985 y Pekín de 1995. *Vid.* <<http://www.un.org/womenwatch>>.

⁴⁴ Sobre esta cuestión, *vid.* Baldini (1999, p. 23 y ss.).

⁴⁵ Como se sabe, España está la espera de una decisión del TC sobre el recurso de inconstitucionalidad núm. 4523-2018 contra la Ley 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Cabe recordar que la primera vez que el TC se pronunció sobre la interrupción voluntaria del embarazo fue en la STC 53/1985, de 11 de abril en un recurso previo de inconstitucionalidad contra el Proyecto de Ley del aborto, aprobado por el Congreso el 6 de octubre de 1983, y que despenalizaba el delito de aborto en tres supuestos, mediante la intro-

tisfactoria a este interrogante. Las polémicas políticas, jurídicas y sociales siguen presentes y muy vivas en la Europa actual y, en principio, pudiera parecer que cualquier respuesta que se ofrezca vendrá influida por las propias creencias e ideologías. Ética, bioética, derecho, moral y religión se ven abocadas a intervenir en el debate. Sin embargo, se debe hacer el esfuerzo de desbrozar el camino, apartando los obstáculos que impiden abordar el problema estrictamente desde el análisis de los derechos fundamentales y preguntarse si la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) debe considerarse una faceta negativa del derecho a la procreación.

Pues bien, la primera idea que hay que descartar es la de catalogar el aborto como un método de planificación familiar. No lo es porque, queriendo o no queriendo, la gestación implica la existencia de un ser humano en vías de formación. Por consiguiente, desde el mismo momento de la fecundación se genera ya un conflicto de intereses, que el Derecho debe resolver, entre las expectativas de vida del *nasciturus* y la libertad de la madre que no desea seguir adelante con la gestación. Los partidarios de la defensa de ambas partes en conflicto suelen esgrimir diversos derechos fundamentales en apoyo de sus tesis. Por un lado, el derecho a la vida del concebido (art. 15 CE), por otro la libertad de la madre que no desea el embarazo (art. 17.1 CE), la libertad de ideas y creencias (art. 16 CE), el derecho a la intimidad de la gestante si se ve conminada a aceptar las condiciones que se derivan de la gestación (art. 18.1 CE), sus propios derecho a la vida y a la integridad (art. 15 CE) y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1. CE)⁴⁶.

El TEDH ha sido constante al afirmar que la determinación del inicio de la vida entra en el margen de apreciación de los Estados y, por consiguiente, el reconocimiento legal del aborto solo

ducción de un nuevo artículo 417 bis en el Código Penal. En aquella ocasión declaró «que el proyecto de Ley por el que se introduce el artículo 417 bis del Código Penal es disconforme con la Constitución, no en razón de los supuestos en que declara no punible el aborto, sino por incumplir en su regulación exigencias constitucionales derivadas del artículo 15 de la Constitución, que resulta por ello vulnerado en los términos y con el alcance que se expresan en el fundamento jurídico 12 de la presente Sentencia». Se argumentaba, pues, que faltaban garantías jurídicas para la protección de la vida del *nasciturus* que exigía la Constitución. Con posterioridad, la STC 212/1996 (NCJ047759), de 19 de diciembre, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad presentado contra la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, afirmaba en su inicio que «el art. 15 CE reconoce como derecho fundamental el derecho de todos a la vida, derecho fundamental del que, como tal y con arreglo a la STC 53/1985, son titulares los nacidos, sin que quepa extender esta titularidad a los *nascituri*: Así, «los argumentos aducidos por los recurrentes no pueden estimarse para fundamentar la tesis de que al *nasciturus* le corresponda también la titularidad del derecho a la vida». Y, más tarde, la STC 116/1999, de 17 de junio, que resolvía el recurso de inconstitucionalidad presentado contra la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, ha reiterado que «los no nacidos no pueden considerarse en nuestro ordenamiento constitucional como titulares del derecho fundamental a la vida que garantiza el artículo 15 de la CE, lo que, sin embargo, no significa que resulten privados de toda protección constitucional» (FJ 5.º). Es decir, el TC delimitó el ámbito constitucional de protección de la vida humana en formación, y cualquier pronunciamiento posterior del TC debe realizarse desde ese marco de referencia.

⁴⁶ La legislación reguladora de la IVE afecta sin duda a la esfera privada de la mujer, pero el embarazo y su terminación no le incumbe exclusivamente: su vida privada queda estrechamente unida al feto que está formándose, lo que indefectiblemente origina que los derechos de la mujer deban ser necesariamente ponderados con otros derechos y libertades en juego, incluyendo los del no nacido y los del padre.

a ellos corresponde. Sin embargo, también ha advertido que una prohibición de la IVE, basada exclusivamente en la protección del *nascituro*, no tendría acomodo en el CEDH si trae como resultado una diferencia indiscriminada favorable a la protección de la vida prenatal, sacrificando el derecho de la madre al respeto de su derecho a la vida privada o considerándolo de menor entidad⁴⁷. Igualmente, ha entendido que, una vez que el legislador nacional ha reconocido el derecho a la IVE de la madre gestante, no puede concebir su marco legal de tal modo que limite en la práctica las posibilidades de acceder a la intervención médica⁴⁸. Por el contrario, ha declarado que la regulación nacional que prohíbe el aborto no viola el CEDH, cuando se permite salir del país para practicarlo y se establece el deber de las autoridades estatales de informar a los ciudadanos sobre esta posibilidad⁴⁹.

A la espera de que el TC español resuelva el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 2/2010, de 3 de marzo, cabe realizar algunas consideraciones:

La primera de ellas es que conviene tener presente que la legislación civil siempre ha tenido en cuenta al *nasciturus* respecto de los efectos favorables, considerándolo «como nacido» (art. 30 del Código Civil). Así, al concebido se le tiene por nacido desde el mismo momento de su concepción y, por consiguiente, como titular de derechos (favorables) siempre que posteriormente nazca. Quiere ello decir que, cuando menos, en lo que se refiere a un pretendido derecho a la IVE inherente a la mujer, nos encontramos ante una situación de conflicto con otros derechos de los que es titular el *nascituro*.

El Derecho de familia, ya se ha dicho, tradicionalmente ha intentado dar respuesta a las preguntas ¿quiénes forman la familia?, ¿cómo se forma la familia? y ¿cuándo se entiende constituida?

⁴⁷ Vid. sentencia de 8 de julio de 2004, asunto *Vo c. Francia*, en la que por error médico se confundió a la gestante con otra paciente llamada de modo semejante y a resultas de una intervención que la demandante no debió padecer, se perforó el saco amniótico, produciendo la muerte del feto.

⁴⁸ Vid. sentencias de 20 de marzo de 2007, en el asunto *Tysiak c. Polonia y P. y S. c. Polonia*, de 30 de octubre de 2012.

⁴⁹ Vid. sentencia de 16 de diciembre de 2010, en el asunto *A, B y C. c. Irlanda*. De la jurisprudencia del TEDH pueden extraerse las líneas de pensamiento: 1.º Si bien la interrupción del embarazo no es un derecho reconocido en el Convenio, una vez que el legislador ha decidido autorizar el aborto, no debe concebir el marco legal correspondiente de manera que limite en la realidad la posibilidad de obtener el acceso a tal intervención; 2.º Las disposiciones legales aplicables deben ante todo definir claramente la situación de la mujer embarazada respecto a la Ley y deben formularse de forma que atenúen este efecto (disuasorio en los facultativos cuando deciden si se reúnen las condiciones para autorizar un aborto legal en un caso particular); 3.º El procedimiento debería al menos garantizar a una mujer embarazada la posibilidad de ser oída personalmente y de que se tenga en cuenta su opinión y el órgano competente deberá motivar por escrito su decisión; 4.º Los procedimientos establecidos deben concebirse para que estas decisiones sean tomadas a tiempo al objeto de prevenir o limitar el perjuicio para la salud de la madre que podría resultar de un aborto tardío, porque aquellos que prevén solo un control posterior de la decisión relativa a la posibilidad de abortar legalmente no cumplen esta función. Por ello, la ausencia en la legislación interna de un procedimiento preventivo constituya un incumplimiento del Estado de sus obligaciones positivas a tenor de lo dispuesto en el artículo 8 del CEDH, y; 5.º La decisión de la mujer de abortar no vulnera el derecho de su marido a fundar una familia cuando este se opone al aborto, pues el derecho a interrumpir un embarazo entra en la esfera de la vida privada de la mujer, no pudiendo justificarse una interferencia en ella con el objeto de proteger los derechos de otra persona.

Por ello, creo que para resolver los problemas jurídicos originados por la IVE hay previamente que averiguar si con la fecundación, la expectativa de persona o la persona en vías de formación forma ya parte de la familia y, por consiguiente, es titular de las relaciones paterno-filiales. ¿Desde cuándo surgen los deberes inherentes a la familia?, ¿cuáles son? Para contestar a estos interrogantes puede resultar útil partir del análisis de la relación padres-hijos menores e intentar conocer la finalidad de las facultades que el ordenamiento otorga a los primeros respecto a los segundos.

Ante todo, conviene dejar sentado que los padres no ostentan sus facultades legales frente o sobre los hijos, sino en su beneficio. La razón es clara: la minoría de edad y la capacidad de obrar limitada que caracterizan esta etapa de la vida de la persona requieren del auxilio de los progenitores para que los hijos puedan ejercer los derechos de los que son titulares. Un simple vistazo por las normas civiles relativas a los deberes paterno-filiales (arts. 155 y ss. del Código Civil) confirma que tales deberes y obligaciones están dirigidos y diseñados primordial o casi exclusivamente a la protección, guarda, cuidado y desarrollo personal y patrimonial de los hijos mientras estos son menores. Si el legislador atribuye su potestad y la custodia a los padres, lo hace porque considera que son quienes se encuentran en mejor disposición de ejercerlas, no solo por la proximidad física entre ellos, sino esencialmente por la incomparable proximidad emocional. Pero, no olvidemos que, también, en el conjunto de normas que regulan la relación paterno-filial, encontramos inmediatamente aquellas otras que contemplan la posible inadecuación de los padres para atender a las necesidades de sus hijos, es decir, las medidas de privación de la patria potestad, las relativas al acogimiento y las de la adopción. Por consiguiente, en el ordenamiento jurídico no hay rastro de un pretendido derecho de los padres sobre sus hijos (o dicho de otro modo, el hijo no es objeto de derecho), sino, todo lo más, facultades y deberes respecto a ellos. Piénsese que si existiera tal derecho, habría que afirmar, por ejemplo, que la adopción, si es voluntaria, es una «renuncia a los hijos», o una «expropiación» cuando el menor es apartado de los padres sin su consentimiento. Preguntémosnos, también, si cuando los progenitores otorgan su consentimiento para que su hijo sea sometido a un tratamiento médico, para enajenar un bien inmueble de su propiedad o para que su imagen sea difundida, están ejerciendo un derecho propio. La respuesta es negativa: están ejerciendo el derecho del hijo al que representan. Vayamos más allá: ¿por qué en caso de posible conflicto de intereses entre padres e hijos interviene el Ministerio Fiscal? Es obvio que si el derecho ejercido perteneciera a los padres, no sería necesario. ¿Por qué para los actos más importantes concernientes al menor debe contarse con la previa autorización judicial?, no se requeriría si el derecho discutido correspondiese a los padres. Como puede observarse, el entero estatuto jurídico relativo a las relaciones paterno-filiales se dirige a la protección de los menores, no ostentando los progenitores derecho alguno, sino deberes respecto de ellos y su representación respecto a sus relaciones con terceros. No existe, en definitiva, un derecho sobre los hijos, ni los hijos son objeto de derecho de sus padres⁵⁰.

⁵⁰ La cláusula del beneficio de los hijos supone una regla básica en materia de Derecho de familia, según la cual en caso de conflicto, el interés de los hijos prepondera y el interés de los padres cede y se sacrifica. No se trata –como subraya Luis Díez-Picazo (1984, p. 175)– ya solo de la selección entre las diferentes opciones en las diversas situaciones del hijo, sino del sacrificio de uno para otorgar ventajas al otro. En tal sentido, debe recordarse que la patria potestad

Si esto es así, analicemos ahora las relaciones de los padres con su hijo en periodo de gestación. La primera duda que surge es la de si, efectivamente, quienes lo han concebido son padres y el *nascituro* es hijo. Si la respuesta es afirmativa y podemos decir que entre ellos existe una relación jurídica, habrá que concluir que desde el momento de la concepción ya son familia (cosa distinta será perfilar cuáles sean los deberes y facultades que pertenecen a padres e hijo). Si, por el contrario, entendemos que no lo son, entonces habremos de afirmar que la gestante es una expectativa de madre, como el varón de la pareja es un simple proyecto de padre y el *nascituro* lo es de hijo, pero que, en cualquier caso, no les une relación jurídica alguna. Entonces, ¿qué es la gestante?, ¿es una simple contenedora?, y el padre, ¿un dador de gametos?, ¿a quién corresponden los deberes de protección del concebido durante la gestación?, ¿o es que no es objeto todavía de atención para el Derecho? Si no existe relación, ni vínculo entre los futuros o potenciales padres y el potencial o futuro hijo, se habrá de concluir que no solo el Estado puede reglamentar la situación del modo que le parezca más acorde con los valores presentes en la sociedad sin poder hablarse de injerencia alguna en la vida privada o familiar de los afectados, sino que los futuros padres no pueden reclamar pretensión alguna respecto al potencial hijo por falta de legitimación, ni la madre pretender tener un derecho sobre la persona en vía de formación que está gestando.

Bien, establecido lo anterior, es obvio que las cosas no pueden discurrir de modo semejante, ni que tal propuesta sea lógica, sino del todo punto irrazonable.

Como ya se ha dicho, la preocupación del derecho por el *nascituro* forma parte de la tradición jurídica de todos los ordenamientos europeos. Para el legislador nacional, el concebido y no nacido (incluso el *concepturus*) siempre ha formado parte de la familia. Recordemos a este respecto que el artículo 29 del Código Civil dispone que «el nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente», y que el artículo 627 dice que «las donaciones hechas a los concebidos y no nacidos podrán ser aceptadas por las personas que legítimamente los representarían, si se hubiera verificado ya su nacimiento», el artículo 781 las sucesiones fideicomisarias a favor de personas aún no nacidas o las reglas contenidas en los artículos 959 y ss. sobre las precauciones que hay que tomar cuando la viuda queda encinta, que tienen el doble objetivo de proteger a las personas que tengan en la herencia un derecho de tal naturaleza que pueda desaparecer o disminuir por el nacimiento del póstumo (art. 959) y la protección del mismo póstumo (art. 965).

La conclusión, por tanto, que hay que extraer de lo dicho hasta aquí es la de que la IVE no constituye una faceta negativa del derecho a procrear o a fundar una familia en los términos en los

no es un poder que satisfaga las aspiraciones de su titular, sino que se ejerce en beneficio del hijo, que está sometida al control administrativo y para lo que cuenta además con el auxilio judicial. Además, habrá que subrayar, aunque pueda parecer innecesario, que el cuidado de los hijos no se ha de observar únicamente en su esfera patrimonial, como pudiera suceder antaño, sino ante todo es un deber que ha de proyectarse sobre la esfera personal y los derechos de la personalidad de los hijos.

que se expresa el CEDH y la CDFUE. La faceta negativa es la planificación familiar, es decir, la libertad de decidir cuándo, cómo y cuántos descendientes tener e, incluso, optar por formar una familia sin hijos. Por el contrario, un hijo es el resultado del ejercicio del derecho a la procreación o, más bien, del ejercicio a la libertad sexual. Pero, una vez que se ejercita un derecho, sea cual sea, difícilmente se pueden cancelar los efectos que se generan y los derechos que nacen a favor de tercero. No existe en este caso, por decirlo gráficamente, una acción de nulidad para aquellas personas que, ejerciendo su libertad sexual o reproductiva, su derecho a procrear o su derecho generacional obtienen un resultado no previsto o no esperado, pues lo que surge con la generación de un hijo es una nueva relación familiar, en la que los derechos pertenecen al más necesitado de protección y, precisamente, en su colisión con los de los progenitores, estos últimos deben ceder, salvo en ocasiones excepcionales.

8. CONCLUSIONES

Llegados a este punto, solo cabe concluir con una propuesta. Si efectivamente se quiere proceder a la adaptación de la regulación del Derecho de familia a las necesidades y las realidades sociales actuales es indispensable responder a las tres preguntas, que han quedado formuladas al inicio de este trabajo: cuándo se forma la familia, cómo se constituye y quiénes la integran. A partir de ellas estaremos en mejor disposición de ofrecer una respuesta acorde a las exigencias y expectativas de la actual familia europea e ir configurando algunos de esos derechos constitucionales de tercera generación, como pueden llegar a ser los llamados «derechos generacionales».

Referencias bibliográficas

- Arechederra Aranzadi, L. I. (1991). La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el transsexualismo. *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1.
- Álvarez González, S. (28 de febrero de 2018) ¿Matrimonio entre personas del mismo sexo para toda la UE? A propósito de las conclusiones del Abogado General en el asunto Coman. *La Ley. Unión Europea*, 56.
- Aguado Renedo, C. (2011). Familia, matrimonio y Constitución española. En *Tratado de Derecho de Familia*. Madrid: Civitas.
- Arzo Santisteban, X. (2015). *La tutela de los derechos fundamentales de la Unión Europea por el Tribunal Constitucional*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Baldini, G. (1999). *Tecnologie riproduttive e problema giuridici*. Turín: G. Giappichelli Editore.
- Chacón Jiménez, F. y Ferrer Alós, L. (1997). *Familia, casa y trabajo. Historia de la Familia. Una nueva perspectiva sobre la sociedad europea*. Murcia: Universidad.
- Crevillén Verdet, P. (2017). *La libertad reproductiva en el Derecho español y comparado*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- De Pasquale, T. (2013). Alcuni strumenti di tutela della famiglia trasnazionale e multicultural nella recente lettura a tratti convenzionalmente orientata dalla giurisprudenza nazionale ed europea. En *Desafíos para los derechos de la persona ante el siglo XXI: Familia y religión*. Navarra: Aranzadi.
- Díez-Picazo Ponce de León, L. (1984). *Familia y Derecho*. Madrid: Civitas.
- Díez-Picazo Giménez, L. M.^a (abril 2007). En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo. *Indret*, 2. Recuperado de <<http://www.indret.com>>.
- Ferreres Comella, V. (septiembre-diciembre 1994). El principio de igualdad y «el derecho a no casarse». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 14(42).
- García Couso, S. (2017). La participación del Tribunal Constitucional en la construcción europea de los derechos y libertades fundamentales: adaptarse o quedar desplazado. *Revista General de Derecho Constitucional*, 25.
- García García, R. (2006). El artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 10.
- Gómez Orfanel, G. (2013). La constitucionalidad del matrimonio entre homosexuales y la lucha por los conceptos jurídicos. En *Desafíos para los derechos de la persona ante el siglo XXI: Familia y religión*. Navarra: Aranzadi.
- Iagulli, P. (2013). Dirittiri produttivi e fecondazione artificiale. *Studio di sociología dei diritti umani*. Milán: Franco Angeli.
- Lamarche, M. (2007). Les homosexuels devant la Cour Europeenne des Droits de l'Homme, en Sexe, Sexualité et droits europeens. En *Jeux politiques et scientifiques des libertes individuelles*. París: Observatoire des mutations institutionnelles et juridiques.
- Martín-Retortillo, L. (1998). *La Europa de los Derechos Humanos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Requejo Pagés, J. L. (mayo-agosto 1992). La articulación de las jurisdicciones internacional constitucional y ordinaria en la defensa de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 12(35).
- Roca Trías, E. (1990). Familia, familias y derecho de familia. *Anuario de Derecho Civil*. (Tomo 43, fasc. 4, p. 1.065).
- Roca Trías, E. (2007). La Familia y sus formas. *Teoría y Derecho*, 2.
- Roca Trías, E. (2015). *Dura lex sed lex* o de cómo integrar el interés del menor y la prohibición de la maternidad subrogada. *Boletín del Ministerio de Justicia*, 69(2179).
- Rodríguez-Zapata Pérez, J. (2013). El matrimonio entre parejas del mismo sexo. Comentario a la STC 198/2012, de 6 de noviembre. En *Desafíos para los derechos de la persona ante el siglo XXI: Familia y religión*. Navarra: Aranzadi.
- Sales Jardí, M. (julio-diciembre 2015). La vida familiar de los detenidos y los reclusos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 24.
- Sanz-Caballero, S. (2014). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su respuesta al reto de la transexualidad: Historia de un cambio de criterio. *American University International Review*, 29(4), 831-868.

- Tenorio Sánchez, P. J. (2013). Familia, símbolos y religión. En *Desafíos para los derechos de la persona ante el siglo XXI: Familia y religion*. Navarra: Aranzadi.
- Valpuesta Fernández, R. (2012). *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Vela Sánchez, J. A. (19 de mayo de 2017). ¿En serio? Yo alucino con el comité: a propósito del «Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada». *Diario La Ley*, 9035.