

El poder de la presión y la desnaturalización de la función legislativa.

Reflexiones a propósito de la legislación sobre parejas de hecho.

Pablo Nuevo

Coincidiendo con el aumento de las personas que deciden vivir en pareja renunciando, absoluta o momentáneamente al matrimonio, en los últimos años, diversas Comunidades Autónomas han legislado sobre este tema. En estos momentos, disponen de leyes sobre esta materia Valencia, Cataluña, Aragón, Navarra, Baleares y Madrid.

Si bien estas leyes presentan diferencias entre sí, todas tienen en común una intención, hacer posible el inconstitucional matrimonio homosexual, utilizando para ello la vía de equiparar en los derechos –que no en las obligaciones- a las parejas de hecho con el matrimonio, apelando al argumento –ya utilizado en la aprobación de otra Ley gravemente antifamiliar, como la del divorcio- de que hay que hacer legal lo que en la calle es considerado normal.

En estas breves reflexiones pretendo señalar cómo estas leyes son injustas por radicalmente antijurídicas. Frente a lo que en ocasiones señalan los partidarios de este tipo de legislación, la injusticia (por tanto, inmoralidad) de las mismas no viene determinada tanto por un juicio moral sobre la convivencia fuera del matrimonio como por lo que suponen desde un punto de vista jurídico (ya sea jurídico-positivo, en la medida en que son leyes inconstitucionales y que permiten un fraude de ley legal, valga la expresión; ya sea jurídico-natural), así como desde un punto de vista político (la función legislativa queda reducida a elevar a la categoría de “derecho” cualquier pretensión subjetiva siempre que haya alguien con suficiente poder como para presionar eficazmente al poder político en este sentido).

En los apartados siguientes explicaremos estos juicios realizados a propósito de este tipo de legislación.

A. Las leyes de parejas de hecho son inconstitucionales por razón de la competencia.

De conformidad con el art. 149 apartado 1 de la Constitución Española (en adelante, CE), *“El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...) 8ª. Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. **En todo caso**, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, **relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio**, ordenación de los registros e instrumentos públicos (...).”*

La finalidad de que el constituyente considerara como exclusivo del Estado (y, por tanto, común a todos los españoles) el regular las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio está, en nuestra opinión, en la intención de asegurar un estatus jurídico igual para todos los ciudadanos en esta materia, que afecta directamente al derecho al libre desarrollo de la personalidad.

En consecuencia, la legislación relativa al matrimonio –excepción hecha de las peculiaridades forales en cuestión de regímenes económicos matrimoniales- debe ser estatal. Y no sólo la legislación que directamente regule el matrimonio, sino también aquélla en que, regulando unas relaciones en las que está presente –según sus promotores- una relación de afectividad *análoga a la conyugal*, se está regulando una suerte de segundo matrimonio; este es el caso de las leyes de parejas de hecho, leyes autonómicas que regulan una materia de competencia estatal.

Aun cuando se considerara que la mención que el art. 149.1.8ª CE hace a los derechos forales o especiales incluye la regulación del matrimonio (y de las relaciones de convivencia *análogas a la conyugal*, a las que se quieren extender los derechos que la legislación reserva al matrimonio), al menos la ley recientemente aprobada en la Comunidad de Madrid será inconstitucional por falta de competencia.

B. Las leyes de parejas de hecho son inconstitucionales al equiparar el matrimonio a la unión libre.

B.1. Punto de partida: el derecho al matrimonio y la protección de la familia.

El art. 32 CE señala en su apartado 1 que *"el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica"*, disponiendo por su parte el apartado 1 del art. 39 CE que *"los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia"*.

En primer lugar, hay que poner de manifiesto que el art. 32 emplea la expresión "el hombre y la mujer", frente a "todos", "los españoles", o "la persona", que son las expresiones que emplea la Constitución en el resto de los artículos relativos a derechos fundamentales. Se está recalando, a nuestro entender, la heterosexualidad intrínseca del matrimonio.

Por otra parte, según la propia Constitución (art. 10.2), para interpretar el sentido de estos artículos citados hay que acudir a *"la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España"*.

Pues bien, el art. 16.1 de la Declaración de derechos humanos de la ONU establece que *"Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutar de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio"*.

A su vez, según el art. 12 del Convenio de Europa de 1950 para la protección de los derechos fundamentales, *"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"*.

Finalmente, el art. 23.2 del Pacto Internacional de derechos civiles de 1966 afirma que *"Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia si tiene edad para ello"*.

De los artículos citados se desprende que tanto para las normas internacionales de derechos humanos como para la Constitución, es el matrimonio entre un hombre y una mujer el elemento fundante de la familia, familia que, ex art. 39 de la Constitución, merece la protección de los poderes públicos, incluida, naturalmente, la protección jurídica.

La razón de ser de este precepto se encuentra en el hecho de que es la familia la célula básica de la sociedad, la comunidad humana donde tiene lugar la generación y educación de los nuevos miembros de la sociedad, de tal manera que la estabilidad, progreso y la mera subsistencia de la sociedad política depende de la vitalidad de la institución familiar.

La protección que los poderes públicos deben dispensar a la familia, por mandato del art. 39 CE, es social, económica y jurídica.

La forma de proteger **jurídicamente** a la institución familiar consiste en el respeto a la misma por la vía de no equipararla jurídicamente con realidades convivenciales sustancialmente distintas. A nuestro entender, la Constitución consagra, en relación con la familia, una garantía institucional, de tal forma que el legislador tiene la obligación de preservar la institución familiar, como ha sostenido en repetidas ocasiones el Tribunal Constitucional, *"en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar"*.

B.2. Si tanto la Constitución como las normas internacionales que deben servirnos de guía interpretativa de nuestra Norma Fundamental distinguen matrimonio y familia, por un lado, y uniones de hecho, por otro, una legislación que equipare estas instituciones es, consecuentemente, inconstitucional.

C. Las leyes de parejas de hecho son inconstitucionales por implicar una desigualdad no justificada y por vulnerar el derecho a la intimidad.

En este apartado, pretendemos poner de manifiesto cómo la legislación que venimos analizando es inconstitucional por razón de otorgar un trato desigual no justificado (esto es, por ser discriminatorias), y por vulnerar el derecho a la intimidad de los ciudadanos. Para ello, previamente, haremos unas consideraciones acerca de la relación de afectividad "análoga a la conyugal" como fundamento del reconocimiento jurídico de estas uniones, en la medida en que es el argumento central de cara a la equiparación entre las uniones de hecho y el matrimonio.

En primer lugar, hay que resaltar los problemas que plantea el considerar la afectividad como la base del matrimonio. La base o el fundamento del matrimonio no es la afectividad, sino el consentimiento. Cuestión distinta es que, en cierto modo, dicha afectividad se presume en quienes prestan un consentimiento de la naturaleza y características del consentimiento matrimonial, pero es el consentimiento el requisito para el nacimiento del matrimonio, no la afectividad, de tal manera que el matrimonio será nulo (esto es, se entenderá que nunca ha habido matrimonio) cuando falte el mismo, sin que suceda lo mismo en caso de no existir la *afectio maritalis*. Es más, la inexistencia de *afectio maritalis* puede conllevar indirectamente la nulidad del matrimonio si es causa de un consentimiento viciado, o si ha habido engaño a uno de los cónyuges. En cualquier caso, lo que está claro es que lo central en el origen del matrimonio –desde un punto de vista jurídico– es el consentimiento. Y es que lo que al Derecho le compete son las acciones humanas, y no los sentimientos. Es más, construir las instituciones jurídicas sobre la base de los sentimientos –de suyo mudables y cambiantes– conllevaría la más absoluta inseguridad jurídica.

Siendo esto así, aun cuando hubiera analogía entre la relación de afectividad del matrimonio y la propia de las uniones de hecho, al depender el nacimiento de la institución matrimonial precisamente en aquello que rechazan las uniones de hecho (el consentimiento), careceríamos de razones para equiparar jurídicamente ambas instituciones.

Y es que falta uno de los términos más importantes para poder establecer la analogía, el querer obligarse los miembros de la unión entre sí y ante la sociedad. Es esta voluntad de estabilidad, de crear una relación jurídica (más los efectos beneficiosos que se derivan para toda la sociedad) la que motiva el reconocimiento jurídico-público de esta forma de convivencia. La mera convivencia, si falta esta voluntad de otorgar a la misma efectos jurídicos, es un asunto indiferente para la legislación y para el Estado, por ser una cuestión propia de la intimidad de las personas.

Ahora bien, si por no existir consentimiento en las uniones de hecho no puede éste servirnos como término de la analogía, es preciso encontrar algo que tengan en común la institución matrimonial y las uniones de hecho para, así, poder señalar por qué en estas se da una relación de afectividad "*análoga a la conyugal*".

Debemos descartar la mera convivencia como elemento determinante de la analogía entre distintas relaciones de afectividad, en la medida en que las leyes de parejas de hecho que venimos comentando lo hacen. Así, en todos los casos queda fuera del ámbito de aplicación de la ley la misma convivencia; esto es, no se considera la ley aplicable a las relaciones entre amigos que comparten piso para ahorrar, la convivencia entre hermanos solteros que siguen viviendo juntos una vez han muerto sus padres o varias personas de una congregación religiosa que hacen vida de comunidad, por poner sólo algunos ejemplos.

Analizando las distintas leyes aprobadas hasta la fecha, se percibe que es el hecho de que los convivientes mantengan relaciones sexuales el motivo de considerar dicha relación "análoga a la conyugal", y, en consecuencia, es la sexualidad la razón de que se extienda a las uniones de hecho el conjunto de derechos que el ordenamiento establece para los matrimonios.

Esta conclusión nos plantea, de nuevo, serias objeciones, que como todas las anteriores tiene carácter jurídico, y que son válidas al margen del juicio de valor que se pueda hacer sobre la "moralidad" de este tipo de convivencia.

Considerar la sexualidad como fuente de derechos para esta realidad convivencial, de tal manera que no se otorgan a realidades convivenciales como las anteriormente señaladas en los ejemplos implica una vulneración del art. 14, que establece la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, sin que quepa discriminación de ningún tipo. La desigualdad que prohíbe el art. 14 CE es aquella que no está justificada, sin que deba darse una solución idéntica en todos los supuestos (igualdad absoluta), sino sólo en aquellos que por haber identidad de supuestos, deben tener las mismas consecuencias. Así, el Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto que para que haya discriminación la diferencia de trato tiene que ser irrazonable e infundada.

Esto es lo que sucede en el caso que venimos comentando. Habiendo una realidad idéntica, la convivencia, en unos casos (hay, o se presume, ejercicio de la sexualidad) se conceden los derechos del matrimonio, mientras que en otros no se dan dichos derechos.

Esta irrazonabilidad en la diferencia de trato no se da al tratar de manera diferente al matrimonio y a las uniones de hecho. Así, de acuerdo con lo señalado por el Tribunal Constitucional, es posible que *"el legislador, dentro de su amplísima libertad de decisión, deduzca razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida y establezca diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la puramente fáctica"* (SSTC 184/1990, de 15 de noviembre, 38/1991, de 14 de febrero, 77/1991, de 11 de abril, entre otras), y esto es así por cuanto, más allá de algo tan íntimo y personal como es la sexualidad, lo que el legislador tiene en cuenta a la hora de legislar sobre el matrimonio es, precisamente, lo que falta en las uniones de hecho: la voluntad de formar una nueva sociedad, un grupo estable, que otorga estabilidad a la misma comunidad política.

El segundo inconveniente que nos plantea considerar la sexualidad determinante del reconocimiento jurídico de estas uniones es que, a nuestro juicio, vulnera el derecho a la intimidad, por cuanto obliga a las personas que quieran acogerse a esta legislación a declarar sobre su vida privada. No es lo mismo en el caso del matrimonio, por cuanto en este caso lo que hace el ordenamiento es otorgar consecuencias jurídica a un acto humano externo y público (el consentimiento), sin obligar a los contrayentes a declarar sobre su vida íntima.

De acuerdo con el apartado 1 del art. 18 CE "*se garantiza el derecho (...) a la intimidad personal y familiar (...)*", disponiendo asimismo el apartado 2 del art. 16 CE que "*nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias*".

A nuestro juicio, una interpretación sistemática de la Constitución en materia de derechos y libertades determina que no puedan los poderes públicos establecer como requisito para acceder a derechos recogidos en una ley el declarar sobre el comportamiento sexual, sobre la vida íntima de las personas. En la medida en que esto es lo que exigen las distintas leyes sobre parejas de hecho, éstas incurren en un vicio de inconstitucionalidad.

D. Problemas derivados de los distintos tipos de uniones de hecho.

Hasta aquí hemos procedido en nuestro análisis sin distinguir los diferentes supuestos convivenciales que se engloban en el fenómeno de las uniones de hecho, en la medida en que la regulación de este fenómeno nos plantea serios problemas jurídico-constitucionales. Ahora vamos a analizar los distintos "tipos" de parejas de hecho, con objeto de clarificar más lo expuesto. Para ello, dado que lo que persiguen las leyes analizadas es equiparar las uniones de hecho al matrimonio, utilizaremos como criterio para clasificar las uniones el de la posibilidad o no de contraer matrimonio.

D.1. Uniones cuyos miembros pueden casarse, pero rechazan un vínculo jurídico en su unión afectiva.

Este supuesto nos plantea pocos problemas, en la medida en que establecer un vínculo es contrario a la naturaleza de esa unión. Con lo cual, regular (establecer por ley un conjunto de derechos y obligaciones) estas uniones es un completo sinsentido, pues lo que sus miembros rechazan es cualquier compromiso jurídico. Es más, esta regulación podría vulnerar la libertad y el derecho a contraer matrimonio, que incluye el derecho a no contraerlo.

D.2. Uniones cuyos miembros no pueden casarse.

En este caso, a su vez, debemos distinguir en función de la situación de los convivientes. Así, debemos considerar:

a) Aquellos que no pueden casarse por tener un vínculo anterior.

Establecer un reconocimiento jurídico equiparable al matrimonio para las personas que convivan sin poder casarse por tener un vínculo anterior permitiría, de hecho, la bigamia (que va contra el orden público constitucional). De hecho, no está permitida la inscripción de una pareja de hecho en estos supuestos, salvo en el caso de la ley de la Comunidad de Madrid, que permite la inscripción de las personas separadas judicialmente aun cuando todavía no haya sentencia de divorcio; por este motivo, la Ley de la Comunidad de Madrid adolece, además de los ya comentados, de este vicio de inconstitucionalidad.

b) Aquellos que no pueden casarse por tener constitucionalmente vedado el acceso al matrimonio.

Este es el caso de los homosexuales, a los cuales, como vimos anteriormente, tanto la Constitución como las normas internacionales de derechos humanos vedan el acceso al matrimonio. Esto no implica, como poníamos de manifiesto, discriminación alguna, por cuanto la diferencia de trato se encuentra justificada por una razón: la esterilidad intrínseca a estas uniones, además de la ausencia del componente de célula social generadora de estabilidad para el conjunto social.

Al equiparar estas uniones al matrimonio (al menos en sus consecuencias jurídicas, sobre todo en los derechos frente a los poderes públicos) la ley estaría creando una especie de matrimonio de segundo grado para aquellos a quienes la CE no permite casarse. Sería, en puridad de conceptos, algo inconstitucional.

E. La desnaturalización de la función legislativa, consecuencia política de las leyes de parejas de hecho.

En los apartados anteriores, poníamos de manifiesto la inconstitucionalidad de las leyes de parejas de hecho, por cuanto desconocen la protección del matrimonio (art. 39 CE), crean desigualdades (prohibidas por el art. 14 CE), y vulneran los derechos al matrimonio (art. 32 CE) y a la intimidad (art. 18, en conexión con el art. 16.2 CE), además de existir razones para considerar que también desconocen el reparto de competencias establecido en la Constitución (art. 149.1 CE).

Dejando aparte esta última vulneración de la Constitución, estas leyes vulneran derechos fundamentales de la persona, derechos que son anteriores y superiores a la legislación del Estado o a las propias declaraciones internacionales (que, según hemos resaltado, también son vulneradas por estas leyes).

Desconocer estos derechos, así como los compromisos que en esta materia ha adquirido el Reino de España ya conlleva una consecuencia política importante: la afirmación de la identidad entre Derecho y legislación del Estado, con sus derivados de omnipotencia estatal.

A esto debe unirse la desprotección de la familia, célula básica de la sociedad, desprotección que acarrea consecuencias nocivas para la vida comunitaria. La experiencia europea demuestra cómo la familia es un colchón en tiempos de crisis, así como que en aquellas sociedades donde es más fuerte la institución familiar es menor la tasa de suicidios, violencia, etc. Contribuir, por medio de la legislación, a debilitar la institución familiar también conlleva nocivas consecuencias políticas previsibles salvo para aquellos que se dejan cegar por prejuicios ideológicos.

Sin embargo, a nuestro entender, hay una consecuencia política mucho más grave, que es la de la desnaturalización de la función legislativa.

Desde los presupuestos político-jurídicos en que se basa el Estado moderno, la ley deja de ser un juicio de razón para convertirse en un acto de voluntad. Al mismo tiempo, en la medida en que se sostiene (y esto es propio del pensamiento de la modernidad) que la razón no puede conocer las exigencias del ser del hombre en la vida práctica, moral, tampoco tendrá por finalidad el bien común, sino el más difuso y subjetivo interés general.

Ahora bien, aun dejando bastante que desear como presupuesto para encauzar la vida comunitaria, este planteamiento se encontraba sujeto a unos límites, los derivados de la Constitución.

La ley, para este planteamiento propio del constitucionalismo moderno, es la expresión de la voluntad general, voluntad que debe en todo caso respetar un mínimo: los derechos fundamentales (suprapositivos) y la distribución del poder que pueda realizar la norma fundamental. Dentro de este campo (de por sí amplio), puede el legislador mayoritario legislar como considere conveniente para realizar el programa electoral que le ha llevado al poder.

Pues bien, en el caso de la legislación de las parejas de hecho lo que han hecho los legisladores autonómicos es saltarse conscientemente estos límites, como hemos puesto de manifiesto en epígrafes anteriores.

Además, y esto se desprende de la lectura de las leyes comentadas, con el propósito de satisfacer las aspiraciones de grupos minoritarios de la sociedad española.

En efecto, una aproximación a esta legislación libre de prejuicios ideológicos y atenta a la realidad de las cosas, nos revela que el propósito único de estas leyes es dar cabida al matrimonio (aunque se denomine de otra forma: unión de hecho de derecho, valga la expresión que gráficamente expresa el contrasentido de lo que venimos analizando) de los homosexuales.

Más allá de la valoración de esa "opción sexual", lo que está haciendo el legislador es elevar a la categoría de derecho subjetivo los caprichos y aspiraciones de los homosexuales. No hay interés público alguno que justifique la intervención pública (legislativa) en esta materia, pues por su propia naturaleza no se trata de uniones que den estabilidad a la sociedad educando nuevos ciudadanos. El único interés es privado: los deseos, caprichos, sentimientos y pretensiones de colectivos que, si bien no contribuyen a la permanencia de la comunidad en el tiempo, sí quieren los beneficios que puedan derivarse de la pertenencia a esa comunidad. Y este interés privado, como decíamos, es elevado a la categoría de derechos aun cuando para ello haya que vulnerar la Constitución y desnaturalizar las instituciones básicas de las sociedades occidentales.

Cabe preguntarse el por qué de este fenómeno, pregunta que nos mostraría que de lo que se trata con estas legislaciones es responder a las presiones de grupos minoritarios pero poderosos (económica, mediática y culturalmente). La función legislativa queda, de hecho, reducida a introducir como derecho en el boletín oficial cualquier interés que un grupo de presión lo suficientemente fuerte pueda imponer al legislador. Esta es, quizá, la consecuencia más grave de este tipo de legislación, por cuanto desnaturaliza la completa vida política, reduciéndola a un juego de presiones e intereses, guiado por el único criterio de la fuerza.

Pero esta consecuencia, al tiempo que la más grave es la más reveladora, pues muestra la deriva última del modelo jurídico-político de la modernidad. Y en la medida que hace más patente que este modelo reduce lo político a una cuestión de fuerza, quizá nos permita reflexionar sobre cuáles son las

bases que nos pueden llevar a un modelo distinto de convivencia, en el que lo político vuelva a ser un juicio prudencial de la razón para alcanzar el bien común. Pero esto es, ya, motivo de otro artículo.