

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y EL «DERECHO A NO CASARSE» (A propósito de la STC 222/92) (1)

VICTOR FERRERES COMELLA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. UN ARGUMENTO EN DEFENSA DEL «DERECHO A NO CASARSE».—III. CONSECUENCIAS DE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL «DERECHO A NO CASARSE»: 1) *Formas*. 2) *Derechos y deberes recíprocos*. 3) *Hijos*. 4) *Distribución de beneficios y cargas por parte del Estado*.—IV. DOS MATIZACIONES: A) *Primera: la necesidad de aceptar modos informales de manifestación de la voluntad de casarse*; B) *Segunda: la conveniencia de ampliar el número de opciones abiertas a la voluntad individual*.—V. LA ESTRATEGIA LIBERTARIA Y DOS OBJECIONES DE LAS QUE SE HACE ACREEDORA: A) *Primera: la falta de atención al principio de igualdad*; B) *Segunda: la injustificada negativa a aceptar la existencia de deberes de solidaridad más allá de las obligaciones asumidas contractualmente*.—VI. EL PAPEL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.—VII. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCION

En este trabajo me propongo examinar el tratamiento constitucional de las *uniones de hecho*. Con esta expresión nos solemos referir a la situación de dos personas que, sin estar casadas, conviven como si lo estuvieran, al menos en ciertos aspectos. La situación de estas personas es similar a la de las casadas en la medida en que viven juntas durante un período de tiempo considerable, con cierta estabilidad, y tienden a aparecer en sociedad como si estuvieran casadas. Sin embargo, a diferencia de las personas casadas, los miembros de una unión de hecho no han asumido el compromiso legal de persistir en la convivencia, por lo que quedan en plena libertad de separarse unilateralmente, sin que el Derecho

(1) Una versión anterior de este trabajo fue presentado en el «ERASMUS Intensive Course in Legal Theory», celebrado en Pontignano (Siena) en el mes de mayo de 1994. Agradezco a la profesora Letizia Gianformaggio, la organizadora del curso, así como a los demás participantes en el mismo, sus comentarios y observaciones críticas. Naturalmente, los errores que puedan aparecer en este trabajo son de mi entera responsabilidad.

exija unos trámites judiciales o el transcurso de determinado tiempo para que se pueda disolver la unión.

Las notas de estabilidad y apariencia externa de matrimonio que caracterizan a la unión de hecho se pueden dar en distintos grados. Las situaciones de vida en pareja sin mediar matrimonio pueden ser imaginadas a lo largo de un *continuum* que abarca desde la unión esporádica que dura un fin de semana hasta la unión estable que dura toda una vida. En cierto momento, a lo largo de este *continuum* aparece la situación de una pareja que exhibe un mínimo de estabilidad y de apariencia externa de matrimonio que justifican su calificación como *unión de hecho*. Es a esta situación a la que me refiero en este trabajo al utilizar la expresión *unión de hecho*.

Las uniones de hecho han proliferado en las últimas décadas como resultado de una acumulación de cambios que han experimentado las sociedades modernas. Ante ello, la legislación de los distintos países ha tenido que reaccionar, arbi-trando soluciones de diverso tipo (2).

En España, el TC ha tenido que pronunciarse sobre los aspectos constitucionales de la cuestión. En la STC 222/1992, cuyo ponente fue el magistrado don José Vicente Gimeno Sendra, el Tribunal sostuvo que el legislador no puede discriminar entre aquellas personas que están casadas y aquellas otras que conviven en unión de hecho. En este caso se examinaba la constitucionalidad del artículo 58.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en aquella parte del mismo en que se atribuye al «cónyuge» del arrendatario fallecido —no, por tanto, al miembro supérstite de una unión de hecho— la facultad de subrogarse en el contrato de arrendamiento. La cuestión que se suscitaba en este caso era la de si el distinto trato dado al cónyuge y al miembro supérstite de la unión de hecho vulneraba el principio de igualdad. La respuesta del Tribunal fue afirmativa, con lo que procedió a declarar la inconstitucionalidad del precepto enjuiciado en *la medida en que excluía del beneficio de la subrogación arrendaticia a quien hubiere convivido de modo marital y estable con el arrendatario fallecido*. Correctamente, el TC no actuó aquí como legislador negativo, sino como legislador positivo: en lugar de anular y expulsar el precepto, lo mantuvo en el ordenamiento y lo extendió a supuestos de hecho no contemplados.

(2) Para una visión general de Derecho comparado es útil consultar: MARY ANN GLENDON: *The Transformation of Family Law. State, Law, and Family in the United States and Western Europe*, University of Chicago Press, 252-290 (1989). Para los Estados Unidos en particular, véase: *Developments in the Law. The Constitution and the Family*, 63 *Harvard Law Review*, 1289-1296 (1980).

Para España, véanse, entre otras, las páginas que a las uniones de hecho dedican en sus respectivos *Tratados de Derecho Civil* JOSÉ PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho Civil*, tomo IV, 2.^a ed., Bosch, 1985, págs. 41-44) y JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA y FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ (*Derecho de familia*, vol. 2.^o, 3.^a ed., Bosch, 1989, págs. 7-24).

Según el TC, aunque el legislador puede introducir diferenciaciones entre los matrimonios y las uniones de hecho (pues se trata de realidades que no son equivalentes), sí es constitucionalmente necesario que tales diferenciaciones satisfagan una triple exigencia, ya clásica en la jurisprudencia sobre la igualdad: las diferenciaciones deben constituir un medio adecuado para obtener determinado fin; este fin debe ser legítimo; y debe existir una relación de proporcionalidad entre el medio y el fin. El Tribunal consideró que la diferenciación introducida implícitamente por el artículo 58.1 de la LAU no satisfacía esta triple exigencia. En efecto, no podía argumentarse que la finalidad de la ley era regular la institución del matrimonio, pues la ley no regulaba ningún elemento de la institución matrimonial, sino las relaciones jurídicas dimanantes del contrato de arrendamiento. Tampoco podía argumentarse que la ley constituía una medida adecuada para estimular o propiciar el matrimonio de las uniones estables, «*pues la radicalidad de la medida supondría coartar irrazonablemente la autonomía de la voluntad del hombre y de la mujer que deciden convivir "more uxorio"*» (FJ 6.º).

Dos magistrados, don Alvaro Rodríguez Bereijo y don José Gabaldón López, formularon voto particular. Uno de sus argumentos se basó en el deber institucional de respetar los propios precedentes. El Tribunal había resuelto en una sentencia anterior (STC 184/1990) (3) que era constitucional la decisión del legislador de otorgar una pensión de viudedad al cónyuge del fallecido y negársela, en cambio, al convivente de hecho. Los magistrados disidentes dijeron que el Tribunal incurría en contradicción al afirmar ahora que si el legislador otorga al cónyuge la facultad de subrogarse en el arrendamiento, no puede negársela al miembro superviviente de una unión de hecho. Según estos dos magistrados, si negar la pensión de viudedad no coarta irrazonablemente la libertad de un hombre y una mujer que desean vivir en unión de hecho, negar la facultad de subrogación arrendaticia la coarta aún menos. El magistrado Rodríguez Bereijo reprochó a la mayoría no haber justificado el cambio de criterio que subyacía a la sentencia, con lo que, según él, se corría el riesgo de caer en el «puro decisionismo».

Otro argumento utilizado por los magistrados discrepantes fue que existe una importante diferencia entre el matrimonio y la unión de hecho: mientras el primero es una institución garantizada por la Constitución, la segunda no lo es. En efecto, la Constitución garantiza explícitamente la institución matrimonial en su artículo 32, pero no garantiza explícitamente un pretendido derecho a formar una unión de hecho. Citando la STC 184/1990, tanto el magistrado Rodríguez Bereijo como el magistrado Gabaldón López afirman en sus respectivos votos particulares: «El matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución y el

(3) Véanse, asimismo, sentencias 29/1991, 30/1991, 31/1991, 35/1991, 38/1991, 77/1991 y 29/1992.

derecho a contraer matrimonio es un derecho constitucional (art. 32.1) cuyo régimen jurídico corresponde a la ley por mandato constitucional (art. 32.2). Nada de esto ocurre con la unión de hecho "*more uxorio*", *que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento.*» Esta diferencia en el *status* constitucional del matrimonio y de la unión de hecho justifica una posible decisión legislativa de imputarles consecuencias jurídicas distintas. Así, según estos magistrados, si bien el legislador no puede castigar o impedir una decisión individual de convivir de hecho con otra persona, pues ello violaría el derecho al libre desarrollo de la personalidad reconocido en el artículo 10, el legislador sí puede favorecer el matrimonio frente a la unión de hecho, pues aquél, pero no ésta, es expresión del derecho que la Constitución garantiza en su artículo 32.

La STC 222/1992 tiene importantes consecuencias para otros casos que en el futuro tenga que resolver el Tribunal. Es dudoso que la sentencia sea coherente con la anterior STC 184/1990, como analizaremos más adelante con mayor detalle. Si el *test* que la diferenciación legislativa debe satisfacer en este contexto es «*que no se coarte o dificulte irrazonablemente la libertad de un hombre y una mujer que decidan vivir "more uxorio"*», no acaba de verse por qué este *test* es satisfecho por la norma que niega la pensión de viudedad pero no, en cambio, por la norma que niega la facultad de subrogación arrendaticia. No es extraño que las razones que ofrecen los disidentes en apoyo de su voto particular a la STC 222/1992 sean exactamente las mismas que invocó la mayoría en la STC 184/1990. En su más reciente STC 66/1994, el Tribunal ha dejado claro que la STC 222/1992 no afecta al precedente de 1990, pero no ha aducido razones que justifiquen la distinción entre ambos casos: se limita a subrayar que la STC 222/1992 ya había dicho expresamente que el precedente de 1990 no debía entenderse afectado.

Por todo ello, es importante intentar articular una teoría que arroje cierta luz sobre las cuestiones involucradas en estos casos. Creo que, a tal fin, deberíamos empezar por reconocer que la cuestión central en la controversia acerca de las uniones de hecho es la siguiente: ¿Gozan las personas de lo que podríamos llamar un «derecho constitucional a no casarse», y debe entenderse que la Constitución protege este derecho con la misma fuerza que el derecho a casarse? La cuestión de si el Estado respeta el principio de igualdad cuando trata a las uniones de hecho del modo en que lo hace es, hasta cierto punto, parasitaria de la cuestión previa de si los individuos tienen un derecho constitucional a no casarse.

Primero construiré un posible argumento en defensa de la protección constitucional del derecho a no casarse (apartado II), y sugeriré qué consecuencias pueden derivarse de esta protección (apartado III). Luego introduciré dos matizaciones a la vista de ciertas consideraciones que hay que afrontar (apartado IV). A continuación (apartado V), identificaré dos posibles estrategias a seguir: una

primera estrategia, que llamaré libertaria, parte de la existencia del derecho a no casarse y acepta todas las consecuencias derivadas de su reconocimiento sin admitir la posibilidad de imponer restricciones; una segunda estrategia, en cambio, acepta la existencia del derecho a no casarse, pero no admite sin más todas sus consecuencias, sino que impone restricciones para poder preservar así otros bienes y derechos que la Constitución acoge. Formularé dos objeciones importantes a la estrategia libertaria y me pronunciaré en favor de la segunda estrategia. Por último (apartado VI), sugeriré qué papel puede desempeñar el Tribunal Constitucional si se acepta esta segunda estrategia.

El objetivo de este trabajo no es tanto ofrecer una respuesta acabada a la cuestión de qué regulación de las uniones de hecho es constitucional, sino sugerir cuáles son las premisas básicas desde las que se puede articular una respuesta adecuada. Por esta razón, he prescindido de los detalles y me he centrado en destilar las razones básicas que pueden aducirse en favor de uno u otro diseño legal.

II. UN ARGUMENTO EN DEFENSA DEL «DERECHO A NO CASARSE»

El artículo 32.1 de la Constitución española establece que «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica». Hay que interpretar, y así se ha hecho, que este artículo no sólo impone al legislador la exigencia de respetar el principio de igualdad en la regulación del matrimonio, sino que también protege la institución del matrimonio en cuanto tal, como institución cuya existencia es necesaria para poder satisfacer el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio. Las personas tienen así lo que podemos denominar un «derecho a casarse» protegido implícitamente por la Constitución, con la consecuencia de que sería inconstitucional que el legislador procediera a abolir la institución del matrimonio o impusiera excesivos obstáculos a su válida celebración.

Algunos derechos de la Constitución —pero no todos— tienen una dimensión o vertiente negativa: cubren no sólo el derecho a realizar cierto acto, sino también el derecho a negarse a realizarlo. El artículo 16 de la Constitución española, por ejemplo, protege el derecho al libre ejercicio de una religión. Debe entenderse que este artículo protege también el derecho a no practicar religión alguna. El artículo 22 reconoce el derecho de asociación. Hay que entender, y así lo ha hecho el TC, que este artículo protege también el derecho a no asociarse (4).

(4) Ya en su STC 5/1981, el Tribunal dijo que «el derecho de asociación, reconocido en nuestra Constitución en el artículo 22.1, comprende no sólo, en su forma positiva, el derecho de asociarse, sino también, en su faceta negativa, el derecho de no asociarse» (FJ 19), y ello con independencia de

El artículo 28 protege el derecho a sindicarse y establece explícitamente que «nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato».

Estos derechos negativos no son meras expresiones del *derecho general de libertad* de que gozan las personas, y cuya garantía puede hallarse en el artículo 10 de la Constitución española cuando establece que «el libre desarrollo de la personalidad [...] es fundamento del orden político y de la paz social». Los referidos derechos negativos son una dimensión o vertiente de los propios *derechos específicos* garantizados en los artículos 16, 22 y 28, respectivamente. Estos derechos, más específicos que el derecho al libre desarrollo de la personalidad, presentan así dos dimensiones o vertientes: una positiva y otra negativa.

Una cuestión interesante es la de por qué razón la Constitución debe incluir (y por qué razón hay que entender que la Constitución incluye) un derecho fundamental «a no realizar» determinado acto. Aunque es difícil dar una respuesta general a esta pregunta, creo que puede ser útil a estos efectos partir de la idea liberal de tolerancia y pluralismo. El liberal amante de la tolerancia y del pluralismo teme razonablemente que el sector de la población que es política y socialmente dominante tenderá a suprimir aquellas formas de vida que van a contracorriente. Si la mayoría es profundamente religiosa, cabe temer que la minoría de ateos encontrarán graves obstáculos para llevar a cabo su forma de vida no religiosa. De ahí el derecho a no practicar una religión. Si en ciertos contextos y ámbitos sociales los individuos que comparten las formas de vida mayoritarias se ponen de acuerdo para formar y participar en asociaciones que conduzcan a la realización de ciertos objetivos comunes, la minoría disidente, que no está de acuerdo con esos objetivos, puede sufrir las presiones de la mayoría, que tenderá a actuar de manera intolerante en su celo por reclutar el mayor número posible de personas. De ahí el derecho a no asociarse. Piénsese en la importancia de reconocer un derecho a no afiliarse a un partido político, como plasmación concreta del derecho a no asociarse.

Sólo si existe una sospecha fundada de que la mayoría tenderá a suprimir ciertas formas de vida minoritarias tiene sentido invocar un derecho constitucional *específico* a no realizar los actos en los que se plasma la forma de vida que es común en la sociedad de que se trate. Sería absurdo hablar del derecho constitucional «a no consumir bebidas alcohólicas», pues no cabe temer fundadamente que la mayoría, que sí consume bebidas alcohólicas, impondrá a los individuos el

que una interdicción expresa y concreta de afiliación obligatoria sólo se contenga en el inciso cuarto del artículo 28.1 de la Constitución. La protección del derecho de no asociarse continúa en la STC 67/1985 y desemboca en las SSTC 113/1994 y 179/1994, que declaran la inconstitucionalidad de la afiliación obligatoria a las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana y a las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, respectivamente.

deber de tomarlas. Pero habría tenido perfecto sentido en ciertos momentos históricos invocar un derecho «a consumir bebidas alcohólicas», es decir, el «derecho a no ser abstemio», para neutralizar así los intentos políticos encaminados a prohibir el consumo de bebidas alcohólicas incluso por parte de los adultos.

De este modo podemos decir que si, dadas ciertas concepciones mayoritarias en la sociedad acerca de qué planes de vida llevan a una buena vida, existe el peligro de que cierto aspecto de la libertad individual tenderá a ser suprimido o restringido de forma desproporcionada, es necesario, si se quiere proteger este aspecto de la libertad, articular un derecho específico a gozar de éste. Un aspecto de la *libertad general* se transforma así en un *derecho constitucional específico*. El derecho específico incluirá el derecho a realizar y a no realizar el acto que corresponda al aspecto de la libertad de que se trate.

Pero, naturalmente, una cosa es sostener que la Constitución protege el «derecho a no hacer X», y otra muy distinta es sostener que la cláusula en la que se aloja ese derecho es la misma cláusula que protege el «derecho a hacer X». Es necesario un argumento adicional para sostener esta segunda proposición.

Un argumento plausible a estos efectos es el siguiente. Los derechos positivo y negativo (el derecho «a hacer X» y el derecho «a no hacer X») se refuerzan mutuamente, al menos en ciertos casos. Así, por ejemplo, cabe entender que la decisión de practicar una religión no tendría el valor y el significado que tiene si el derecho negativo a no practicar una religión no estuviera igualmente garantizado. De modo análogo, la decisión de integrarse en una asociación disminuiría en valor si el derecho a no asociarse no estuviera protegido. La persona titular de los derechos a practicar una religión y a asociarse ve fortalecidos estos derechos, como expresión que son de su libertad general, en la medida en que se le reconocen al mismo tiempo los derechos a no practicar una religión y a no asociarse. El valor de un acto de ejercicio del derecho a practicar una religión, o del derecho a asociarse, se diluiría si el Estado forzara a los individuos, o admitiera que otros les forzaran, a practicar una religión o a asociarse a ciertas colectividades. El individuo podría ciertamente practicar una religión y asociarse, pero los demás ya no podrían interpretar esos actos como ejercicio de derechos de libertad. Es el propio titular del derecho a practicar una religión y a asociarse quien, si interpreta esos actos como ejercicios de libertad, tiene un interés en que se le reconozca el derecho a no practicar una religión y a no asociarse, pues sólo así puede obtener de los otros el reconocimiento de esos actos afirmativos suyos como *libre* expresión de su concepción del mundo y *libre* despliegue de sus planes de vida.

Si esto es así, debemos preguntarnos ahora si la Constitución española protege en el artículo 32 el «derecho a no casarse». Creo que existen razones para pensar que así es. En primer lugar es razonable sospechar que la mayoría tenderá a restringir la posibilidad de llevar un tipo de convivencia en pareja que se aleje de

la estructura tradicional del matrimonio. Parece razonable pensar que los individuos deben gozar de una protección constitucional frente a medidas que les fueren a integrarse en un modelo de convivencia marital que rechazan, sin importar lo extendido que esté ese modelo. Así lo impone el ideal de tolerancia y pluralismo cuando se proyecta sobre el ámbito de las relaciones de pareja. De ahí la necesidad de un reconocimiento constitucional del «derecho a no casarse». En segundo lugar, este derecho a no casarse está conectado con el derecho a casarse. La decisión de casarse tiene valor como ejercicio de un derecho en la medida en que el individuo es libre de optar por no casarse. *Es el propio derecho a casarse el que presupone la existencia del derecho a no casarse. Sólo así es el casarse manifestación de un derecho de libertad individual.* Así, podemos concluir que el artículo 32 de la Constitución española protege tanto el derecho a casarse como el derecho a no casarse, del mismo modo que el artículo 22 protege tanto el derecho a asociarse como el derecho a no asociarse.

Esta idea tiene importantes consecuencias. Si la idea es acertada, no puede compartirse la tesis de la STC 184/1990 (y de los magistrados disidentes en la STC 222/1992) según la cual el derecho a casarse es un derecho constitucional específicamente protegido por el artículo 32, mientras el derecho a formar una unión de hecho es mera manifestación del principio general de libertad o del derecho genérico al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10) y, por tanto, según parece desprenderse, menos resistente a la libertad de configuración que el principio democrático otorga al legislador. En contra de esta tesis habrá que afirmar que *el derecho a no casarse está implícitamente recogido en el artículo 32 y goza, por tanto, del mismo «status» constitucional que el derecho a casarse.* Ambos derechos deben protegerse frente a violaciones del legislador con la misma fuerza, pues constituyen las dos caras de una misma moneda. *Y, por tanto, siendo la unión de hecho expresión del ejercicio del derecho a no casarse, habrá que afirmar que el artículo 32 protege el derecho a formar una unión de hecho.*

III. CONSECUENCIAS DE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL «DERECHO A NO CASARSE»

La protección constitucional del derecho a no casarse parece entrañar las siguientes consecuencias, que podemos examinar bajo los epígrafes «firmas», «derechos y deberes recíprocos», «hijos» y «distribución de cargas y beneficios por parte del Estado».

1) *Formas*

Es necesario establecer reglas que definan qué formalidades hay que satisfacer para contraer matrimonio. El derecho a no casarse sólo es posible allí donde el ordenamiento define con claridad qué actos deben realizarse para casarse y, por tanto, qué actos deben evitarse para poder permanecer no casado. De lo contrario, una persona podría adquirir la condición de casado sin darse cuenta de ello y sin haberlo deseado. Así, la existencia de formas es aquí, como en otros contextos, una garantía de la libertad.

2) *Derechos y deberes recíprocos*

Las normas que regulan los derechos y deberes entre los esposos (llamémosles *derechos y deberes recíprocos*) no deben extenderse a las uniones de hecho. La finalidad típica del matrimonio consiste en participar en beneficios y cargas de un modo más intenso de lo que normalmente ocurre entre personas que no están ligadas por el vínculo matrimonial. El acto formal de contraer matrimonio solemniza la promesa recíproca de respetar unos derechos y cumplir con unos deberes recíprocos que son típicos del matrimonio.

En el sistema matrimonial español, el matrimonio presupone la voluntad de una persona de compartir la propia vida con otra, creándose así una comunidad de intereses para cuyo mantenimiento la persona debe hacer ciertos sacrificios en términos de libertad individual. Los cónyuges «están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente», establece el artículo 68 del Código Civil. Estas obligaciones no se exigen a las personas en general: sólo a las casadas. Los cónyuges deben asimismo poner en común de manera más o menos intensa —según distintas fórmulas posibles— un conjunto de recursos económicos que podrían utilizar con mayor libertad si no estuvieran casados.

Debido a esta intensa red de derechos y deberes recíprocos que el matrimonio implica, la ley quiere asegurarse de que los individuos comprenden y consienten el tipo de vida en común que pasarán a tener una vez hayan contraído matrimonio. Así, la ley no acepta como válido un matrimonio en el que una de las partes no consintió o no pudo entender el significado del acto celebrado, pues «no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial» (artículo 45 del Código Civil). Además, la ley configura el matrimonio como un proyecto de vida en común estable e indefinido. Cuando este proyecto se frustra, el Derecho ofrece remedios jurídicos, como la separación y el divorcio, en virtud de los cuales el matrimonio se suspende o se extingue formalmente, y se disuelve la vida en común, con la consiguiente distribución de recursos entre los esposos. Se produce así una im-

portante transferencia de recursos en favor del cónyuge cuya situación económica es menos ventajosa.

¿Debería extenderse este conjunto de derechos y deberes recíprocos a las parejas que conviven en unión de hecho? Del reconocimiento del derecho a no casarse cabe extraer una respuesta negativa. El derecho a no casarse es el derecho a negarse a casarse, el derecho a no ser forzado a contraer matrimonio. Pero este derecho quedaría vacío si las consecuencias jurídicas de vivir en unión de hecho fueran exactamente las mismas, en términos de deberes y derechos recíprocos, que las derivadas del matrimonio. *Si dos personas que se niegan a casarse se ven sometidas al mismo régimen de derechos y deberes recíprocos que se aplica a las personas que se casan, ¿qué sentido tiene negarse a contraer matrimonio? y, en consecuencia, ¿qué sentido tiene reconocer el derecho a no casarse?*

En relación con este punto, es importante resaltar la diferencia existente entre la situación de las uniones de hecho cuyo matrimonio es impedido por la ley y la situación de aquellas otras uniones de hecho que no sufren tal impedimento. Sólo de estas últimas uniones, y no de las primeras, puede decirse que son expresión del derecho a no casarse. Como ejemplo de impedimento legal cabe recordar el que afectaba a las uniones de hecho que, dada la regulación civil anterior a la Ley del divorcio (Ley 30/1981), no podían contraer matrimonio porque uno de los miembros de la unión estaba ya casado. A efectos de la pensión de viudedad y de prestaciones de la Seguridad Social, la ley del divorcio de 1981 equiparó estas uniones de hecho a los matrimonios. Así, la Disposición adicional décima. 2, estableció: «Quienes no hubieran podido contraer matrimonio, por impedírselo la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tal, acaecido el fallecimiento de uno de ellos con anterioridad a la vigencia de esta ley, el otro tendrá derecho a los beneficios a que se hace referencia en el apartado primero de esta disposición [prestaciones de la Seguridad Social] y a la pensión correspondiente conforme a lo que se establece en el apartado siguiente.» La ley distinguió así entre las uniones de hecho legalmente impedidas de adquirir la condición matrimonial y las uniones de hecho que, tras la promulgación de la ley del divorcio, ya no sufrían impedimento. Sin perjuicio de que la distinción establecida por la ley puede finalmente reputarse inconstitucional, lo que interesa destacar en este momento es que el legislador percibió correctamente la diferencia existente entre la situación de aquellos que son libres de elegir el matrimonio y la de aquellos otros que no lo son.

Otro tipo de impedimento u obstáculo al matrimonio tiene que ver con las convicciones morales y religiosas de la persona. En la actualidad, un obstáculo tradicional al matrimonio ha desaparecido en muchos países, entre los cuales se encuentra España: el Estado ya no exige la celebración de una ceremonia religiosa para la válida constitución del vínculo matrimonial. La persona que ojeta a

los artículos de fe de la religión católica (o de cualquier otra religión) no tiene por qué someterse a una ceremonia religiosa para poder casarse: el Estado ofrece una forma secular como alternativa. El individuo ya no se enfrenta al dilema de tener que elegir entre casarse o actuar de acuerdo con sus convicciones morales y religiosas (5).

Así pues, en la medida en que no existe un impedimento legal al matrimonio, la decisión individual de no casarse debe interpretarse como una libre decisión de excluir el régimen de deberes y derechos recíprocos que es propio del matrimonio.

Esto no quiere decir que dos personas que convivan en unión de hecho no tengan deberes y derechos recíprocos de ningún tipo. Los tienen, *pero se trata de deberes y derechos distintos de los que son típicos del matrimonio*. Así, imaginemos el caso de un hombre y una mujer en convivencia de hecho durante diez años. Durante este período de tiempo colaboran juntos en la explotación de un negocio propiedad de uno de ellos. Como consecuencia de este trabajo en común, el negocio prospera. Al cabo de diez años deciden romper su relación marital. La parte no propietaria tiene derecho a recibir una compensación por sus aportaciones. Pero esta compensación la debe recibir no por analogía con lo que ocurre al disolverse un matrimonio —es decir, no porque al disolverse el matrimonio los cónyuges tienen derecho a distribuir sus bienes y ganancias de determinado modo—, sino porque entrarían en operación las normas del contrato de sociedad universal (art. 1.675 del Código Civil), por ejemplo, o el principio general que prohíbe el enriquecimiento injusto (principio que puede extraerse de los artículos 1.887 a 1.901 del Código Civil), o cualquier otra norma o principio general del Derecho civil y mercantil. En general, la distribución de bienes se hará según las aportaciones y no por partes iguales. El sentido de negarse a contraer matrimonio es evitar la imposición de deberes de cuidado recíproco que son más intensos que los que se imponen a las personas que entablan relaciones jurídicas ordinarias.

Por último, nada impide que los miembros de las uniones de hecho pacten un determinado régimen de deberes y derechos recíprocos de orden patrimonial. No cabe hoy sostener que estos pactos son inválidos por *causa torpe*, pues la unión de hecho no es hoy contraria a las buenas costumbres ni al orden público constitucional, sino expresión constitucionalmente protegida del derecho a no casarse.

(5) ¿Qué ocurre si las convicciones de la persona son contrarias a la idea de imponer una forma, sea religiosa o secular, a la relación marital? En su STC 66/1994 el Tribunal ha resuelto un caso muy interesante cuyo protagonista era un hombre cuyas convicciones anarquistas le prohibían formalizar, a través de la Iglesia o del Estado, su relación marital con una mujer, con la que convivió durante más de cincuenta años. El TC sostuvo que la decisión del Estado de negar a la mujer una pensión de viudedad no restringía la libertad ideológica del fallecido.

3) *Hijos*

Las normas que establecen los derechos y deberes que los individuos tienen hacia sus hijos deben ser exactamente las mismas para todos, con independencia de cuál sea la filiación de los hijos. El derecho a no casarse no ampara el derecho a tratar a los hijos con menor consideración que la que se exige a los matrimonios respecto de los suyos. Y los terceros (el Estado incluido) no deben distinguir entre los hijos por razón de filiación. Así, el artículo 39.2 de la Constitución establece que «los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley, con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil». Y el artículo 39.3 dispone que «los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda».

Y viceversa: no cabe otorgar a los padres no casados menos derechos sobre sus hijos que los que tienen los padres casados, pues de este modo se estaría socavando el derecho que los primeros tienen a no casarse.

Cuando la unión de hecho ha tenido descendencia, es a menudo difícil, especialmente en caso de ruptura de la unión de hecho, distinguir entre los deberes recíprocos que tienen los miembros de la pareja entre sí, y los deberes que tienen para con los hijos. En todo caso, el principio debe ser que en caso de ruptura de la unión de hecho, el miembro que tenga los hijos a su cargo tiene derecho a recibir del otro una prestación patrimonial que sea suficiente para mantener a aquéllos y para compensarle por los esfuerzos dedicados a su cuidado.

4) *Distribución de beneficios y cargas por parte del Estado*

Las normas que establecen los derechos y deberes que las parejas tienen en relación a terceras personas (no tratamos aquí de los hijos), no deben distinguir entre matrimonios y uniones de hecho. Estas terceras personas pueden ser particulares (como, por ejemplo, el propietario titular de una vivienda alquilada) o instituciones públicas (desde un Ayuntamiento hasta el Estado en general). Hablaremos de *beneficios y cargas* para referirnos a los deberes y derechos que las parejas tienen en relación a terceros, para diferenciarlos de los *derechos y deberes recíprocos* que los miembros de la pareja puedan deberse mutuamente, y que hemos examinado anteriormente.

Si una pareja en matrimonio tiene más beneficios y menos cargas que una pareja en unión de hecho, ésta se ve forzada, aunque sólo sea de manera indirecta, a casarse. Ello socava el derecho a no casarse.

Imaginemos, por ejemplo, que al distribuir viviendas de promoción pública, el Ayuntamiento da preferencia a los matrimonios frente a las uniones de hecho. Esta decisión animaría a las personas en unión de hecho a casarse. Cuantas más decisiones similares adoptara un Ayuntamiento, más presionadas se sentirían estas personas a casarse.

Cabría objetar que, en este supuesto imaginado, las personas seguirían siendo libres de elegir no contraer matrimonio. Pero contra esta objeción cabe decir que el grado en que una pareja es «libre» de no casarse depende del grado en que el Estado distribuye beneficios y cargas neutralmente, sin dar preferencia a los matrimonios. Si el Estado diera preferencia a los matrimonios frente a las uniones de hecho a la hora de distribuir *todas* las cargas (deberes) y *todos* los beneficios (derechos) —desde quién obtiene las viviendas públicas, quién paga más impuestos, hasta quién se subroga en el contrato de arrendamiento, etc.—, entonces las personas no serían realmente libres para decidir no casarse. Su única opción realista, si desean convivir maritalmente con otra persona, sería casarse (6).

Es importante traer aquí a colación las SSTC 209/1988 y 45/1989 que declararon la inconstitucionalidad de ciertos preceptos de la Ley del IRPF. Bien puede decirse que una de las razones de la inconstitucionalidad de estos preceptos fue que obstaculizaban el libre ejercicio del derecho a contraer matrimonio reconocido en el artículo 32 de la Constitución, pues daban un trato fiscal más favorable a las parejas de hecho (cuyas rentas no habían de acumularse a los efectos del impuesto) que a las parejas casadas (cuyas rentas sí debían acumularse). Pues bien, del mismo modo que el sistema impositivo no debe diseñarse con la intención de obstaculizar el ejercicio del derecho a casarse, tampoco puede dirigirse a la promoción de su ejercicio en detrimento del ejercicio del derecho, también constitucional, a no casarse.

Lo que se dice respecto del sistema impositivo debe hacerse extensible a todas las potestades de gasto con que cuenta el Estado, y a través de las cuales pue-

(6) Naturalmente, cada una de estas medidas estatales, aisladamente consideradas, son escasamente coercitivas. Pero combinadas entre sí, pueden llegar a serlo en altísimo grado. En este contexto es importante dejar apuntado un problema: si el juicio de constitucionalidad se proyecta sobre preceptos aisladamente considerados, la conclusión puede ser muy distinta que si se proyecta sobre complejos normativos. En el primer caso puede aceptarse como válida una restricción de derechos por no ser en sí misma muy significativa, mientras en el segundo caso se puede estimar inválida esa misma restricción por los efectos que produce en combinación con otras restricciones también examinadas. El proceso de control de la constitucionalidad de la ley está diseñado para enjuiciar preceptos aisladamente considerados (así, según el artículo 39.1 de la LOTC, la declaración de inconstitucionalidad sólo se proyecta sobre los preceptos impugnados y aquellos otros *de la misma Ley, Disposición o acto con fuerza de ley* a los que deba extenderse por conexión o consecuencia), pero en la realidad social es todo el complejo normativo el que se impone al individuo.

de afectar muy enérgicamente a la libertad individual. En el Estado moderno no es sólo ni principalmente el derecho penal el instrumento a través del cual se ven restringidos los derechos individuales. Verse privado de una prestación estatal importante puede constituir una «sanción» mucho más grave que ser el destinatario de una multa de pequeña cuantía. No cabe decir que la «libertad natural» del individuo sólo se restringe en este segundo caso pero no en el primero (7).

El voto particular del magistrado don Luis López Guerra a la STC 184/1990 parece apuntar a esta idea cuando sostiene que «no resulta de los mandatos constitucionales que el sistema de prestaciones de la Seguridad Social tenga como objeto configurar el régimen de la institución matrimonial, *ni proteger tal institución*». Sin embargo, en la STC 66/1994, de la que fue ponente, reintroduce la distinción entre sanciones y prestaciones estatales al decir en el FJ 3.º: «Aunque la libertad ideológica no se agota en una dimensión interna, sino que alcanza también la expresión de las propias libertades a tener una actuación coherente con ellas y a no sufrir *sanción o injerencia* de los poderes públicos por su ejercicio (STC 20/1990), ello no puede llevar a condicionar los requisitos fijados por el Estado para la concesión de una *prestación económica* ni a la suspensión, eliminación o exigencia de los mismos» (8). Como puede verse, se viene a negar implícitamente que pueda haber «injerencia» del Estado si éste se niega a conceder una prestación, a diferencia de si impone una sanción. Pero parece claro que un sistema de prestaciones públicas diseñado para favorecer el matrimonio frente a la unión de hecho supone «injerencia» del Estado en la libertad individual de optar por uno u otro modo de convivencia marital.

El argumento de que el Estado no debe dar un trato más favorable al matrimonio que a la unión de hecho cuando distribuye beneficios y cargas opera *a fortiori* cuando esos beneficios y cargas afectan al bienestar de los hijos. Si la distribución efectuada por el Estado favorece a los matrimonios frente a las uniones de hecho, se está discriminando a los hijos nacidos en el seno de éstas. Esto supone una vulneración del derecho de los hijos a no ser discriminados por razón de filiación. En la práctica, es a veces muy difícil distinguir entre los beneficios y las cargas que afectan sólo a la pareja en cuanto tal, y los que afectan a sus hijos (9).

(7) Para una brillante exposición y desarrollo de esta idea, que obliga a replantear el concepto de privación de derechos constitucionales en el Estado de bienestar, véase CASS SUSTEIN: *The Partial Constitution*. Harvard University Press, 291-318 (1993).

(8) Las cursivas son mías.

(9) Así, en el caso *Califano v. Boles* [443 U.S. 282 (1979)], la Corte Suprema de los Estados Unidos declaró válido un precepto de la Ley de Seguridad Social que confería prestaciones por maternidad (*mother's benefits*) a la viuda (o ex esposa) de quien en vida (o durante el matrimonio disuelto por divorcio) fuera un asalariado varón, pero no otorgaba tales prestaciones a la madre de los hijos ilegítimos de ésta. El Tribunal razonó que las prestaciones por maternidad no estaban pensadas

Pero el principio de no discriminación también rige cuando las parejas de hecho no tienen hijos: el Estado socava el derecho a no casarse si utiliza sus potestades de ingreso y de gasto público, y su potestad general de regulación de las relaciones entre las parejas y los terceros, para «animar» o «estimular» a las uniones de hecho a transformarse en matrimonios.

En conclusión, si se toma en serio el derecho a no casarse, hay que reputar inconstitucionales las normas que distinguen entre uniones de hecho y matrimonios a la hora de distribuir beneficios y cargas del tipo de las examinadas (10).

IV. DOS MATIZACIONES

Hemos examinado cuatro consecuencias que parecen derivarse del reconocimiento constitucional del derecho a no casarse. Debemos introducir a continuación dos matizaciones o correcciones menores para que el argumento desarrollado hasta ahora sea coherente. Estas matizaciones hacen referencia al modo en que se puede expresar la voluntad de casarse y a la variedad de opciones entre las que puede elegir el individuo.

A) *Primera: la necesidad de aceptar modos informales de manifestación de la voluntad de casarse*

La primera matización es la siguiente: celebrar el acto formal de contraer matrimonio no es el único modo posible de expresar la decisión individual de casarse. Existen otros posibles cauces para expresar esta decisión. Si, según el argumento desarrollado hasta ahora, lo que importa es qué decisión toma el individuo (qué tipo de acuerdo marital ha decidido libremente asumir), entonces todos los elementos de prueba que tiendan a demostrar cuál es el contenido de la voluntad individual deben admitirse como válidos. El derecho no debería establecer que el

como ayudas públicas para mantener a los hijos, sino para compensar a las madres por el desequilibrio económico que suponía la pérdida del miembro de la familia que ganaba un salario. El juez Marshall argumentó en un voto disidente que el programa de prestaciones por maternidad era un tipo de asistencia y ayuda para los hijos, de modo que la decisión estatal de negar estas prestaciones a la madre de los hijos ilegítimos del fallecido discriminaba a éstos. Esta sentencia ilustra la dificultad de distinguir en muchos casos entre beneficios que los miembros de la pareja reciben en cuanto tales y beneficios que reciben para satisfacer las necesidades de sus hijos.

(10) De hecho, el legislador español ha ido equiparando la unión de hecho al matrimonio en el goce de ciertos derechos. Así, entre otros, en el artículo 11 del Código Penal (circunstancia agravante o atenuante), en la Ley Reguladora del Derecho de Asilo de 1984, en la Ley Orgánica reguladora del procedimiento de *habeas corpus*, en la Ley de Adopción de 1987, en la Ley de 1988 sobre técnicas de reproducción asistida y en la Ley Orgánica del Poder Judicial (causas de abstención y recusación de jueces y magistrados).

único medio para probar la existencia de una decisión individual de casarse con cierta persona es la forma documental y registral prevista en el Código Civil (artículos 49-65).

Esta matización nos obliga a trazar una distinción entre *uniones de hecho* y *matrimonios de hecho*. Ambos se diferencian de los *matrimonios formales*, pero la razón de la diferencia no es la misma en los dos casos. Las *uniones de hecho* se diferencian de los matrimonios formales en que la voluntad de sus miembros es excluir (por lo menos algunos de) los deberes y derechos típicos del matrimonio. En cambio, los *matrimonios de hecho* se diferencian de los matrimonios formales únicamente en que sus miembros no han realizado el acto formal de contraer matrimonio, pero no es su voluntad excluir los deberes y derechos recíprocos típicos del matrimonio. Naturalmente sólo las uniones de hecho pueden ser consicradas como manifestación del ejercicio del derecho a no casarse. Los matrimonios de hecho suponen, en cambio, ejercicio del derecho a casarse, aunque este ejercicio no se haya plasmado en la forma que el ordenamiento ofrece para tal fin.

Hay que incorporar esta distinción y proponer la siguiente regla: «Se presume que las parejas que conviven sin haber contraído formalmente matrimonio constituyen *uniones de hecho* (y, por tanto, se entienden inaplicables las normas que establecen los derechos y deberes recíprocos típicos del matrimonio), salvo que puedan probar con éxito que en realidad constituyen *matrimonios de hecho* (en cuyo caso se les aplicará por extensión las referidas normas).»

Se establece así una presunción legal a favor de quien sostiene que una pareja no casada formalmente es una unión de hecho. Esta presunción se basa en la idea de que, normalmente, si los individuos desean obtener los efectos X, y el ordenamiento ofrece la forma Y como cauce idóneo a través del cual pueden obtenerse los efectos X, y esta forma es conocida por los individuos de que se trate, entonces éstos utilizarán la forma Y. En consecuencia, si un individuo no utiliza la forma Y cuando nada le impide utilizarla, hay que interpretar que no desea los efectos X. Es cierto que, aparte de la forma Y, existen otros actos que pueden revelar la intención de obtener los efectos X. Pero la idea es que *lo no utilización de la forma Y cuando nada impide utilizarla* constituye un elemento de prueba que habla en favor de la proposición de que el individuo no quiere los efectos X. Naturalmente, otros elementos de prueba pueden ofrecerse para mostrar que el individuo sí quiere obtener los efectos X, *pero estos elementos de prueba deben ser lo suficientemente poderosos como para neutralizar el elemento de prueba de signo contrario que supone el hecho de que el individuo no utilizó la forma Y.*

Como puede verse, se trata de diseñar una presunción *iuris tantum* según la cual se entiende que las parejas que no han celebrado el acto formal del matrimonio han decidido excluir el conjunto de deberes y derechos recíprocos típicos del matrimonio, salvo que logren probar que en realidad no han decidido excluirlos.

Es importante justificar por qué el argumento en defensa del derecho a no casarse debe construir esta presunción, y por qué esta presunción debe ser *iuris tantum*:

a) La presunción debe existir, pues de lo contrario el derecho a no casarse estaría en peligro: si no existiera la presunción, el individuo que rehusara casarse y prefiriera vivir en unión de hecho temería que no se fuera a respetar su decisión de no casarse. La presunción le asegura que si no realiza el acto formal de contraer matrimonio, el Derecho entenderá que ha rechazado casarse y le tratará en consecuencia. El individuo no tendrá que asumir la carga de probar que decidió no casarse: la presunción le ahorra el trabajo que supondría tener que soportar esta carga.

b) Pero la presunción debe ser *iuris tantum*: si una de las partes logra destruir la presunción probando que en realidad la pareja quiso asumir los deberes y derechos propios del matrimonio, entonces el ordenamiento debe imponer estos deberes y derechos. De lo contrario, el ordenamiento estaría socavando el derecho a casarse.

En resumen: se entiende que una pareja que no ha celebrado el acto formal del matrimonio constituye una unión de hecho (con la consiguiente exclusión del régimen de deberes y derechos recíprocos propios del matrimonio), salvo que la pareja (o uno de sus miembros, o incluso un tercero afectado) logre probar que en realidad la intención de la pareja era vivir como casados.

Una última cuestión a considerar es la siguiente: ¿Puede argumentarse que la carga de destruir la presunción perjudica indebidamente a las parejas que no están casadas formalmente pero desean vivir bajo el mismo régimen de deberes y derechos recíprocos que las personas casadas formalmente? En otras palabras, ¿no esconde la presunción propuesta una asimetría en favor de las uniones de hecho (cuya existencia se presume si no se ha celebrado acto formal de matrimonio) y en contra de los matrimonios de hecho (cuya existencia sólo puede probarse si se destruye con éxito la presunción)? Parece que la respuesta es clara: la presunción no perjudica indebidamente a los matrimonios de hecho. Estos pueden protestar si la legislación no les admite las pruebas que ofrecen para demostrar su intención de vivir con arreglo a las normas del matrimonio. Pero no pueden protestar por el hecho de que exista una presunción en su contra que incumbe a ellos destruir, pues *nada les impidió beneficiarse de la forma que les habría ahorrado el coste de tener que asumir la carga de destruir la presunción*.

B) *Segunda: la conveniencia de ampliar el número de opciones abiertas a la voluntad individual*

La segunda matización es la siguiente: cuando el ordenamiento ofrece a los individuos la opción entre la unión de hecho y el matrimonio, como modos de or-

ganizar la convivencia en pareja, está siendo excesivamente restrictivo. Algunos individuos desearían probablemente que el ordenamiento les ofreciera alguna institución intermedia entre el matrimonio y la unión de hecho. La creación de una tal institución intermedia sería una manera de ampliar el abanico de posibilidades entre las que los individuos podrían optar, y como tal debería ser bienvenida.

Hasta cierto punto, en la medida en que los jueces y los legisladores están extendiendo a las uniones de hecho algunas (pero no todas) de las normas que regulan la institución matrimonial, está apareciendo una figura intermedia entre el matrimonio y la pura unión de hecho huérfana de regulación legal.

Naturalmente, el argumento en defensa del derecho a no casarse sólo puede aceptar la introducción de tal institución intermedia si el ordenamiento permite a los individuos permanecer en la situación de pura unión de hecho (exclusión de deberes recíprocos), si así lo desean. Para ello, la ley podría, por ejemplo, permitir a las parejas de hecho inscribirse en un registro público para manifestar su voluntad de someterse al régimen jurídico propio de la institución intermedia, con lo que las parejas que desearan permanecer en la situación de pura unión de hecho podrían ver respetada su voluntad con la mera alegación de que no se inscribieron en el registro correspondiente. O viceversa: la ley podría exigir a aquellas parejas de hecho que no deseen la imposición del régimen intermedio que acudan al registro a manifestar que su voluntad es la de excluir los efectos del régimen intermedio. En definitiva, se reproduce aquí la necesidad de establecer formas y presunciones que aseguren el respeto a la voluntad contractual de las partes.

De este modo, se enriquece el argumento en defensa del derecho a no casarse. Se abandona el presupuesto excesivamente simplista de que sólo cabe elegir entre el matrimonio (con los consiguientes deberes y derechos recíprocos) y la unión de hecho (con exclusión de tales derechos y deberes) como formas estables de vida en pareja. Se sostiene, por el contrario, que el ordenamiento puede prever instituciones intermedias, entre el matrimonio y la pura unión de hecho, que incorporen algunos de los derechos y deberes recíprocos propios del matrimonio. Se trata de ampliar las opciones abiertas al individuo, con relación a las cuales éste puede libremente ejercitar su derecho a casarse y a no casarse.

V. LA ESTRATEGIA LIBERTARIA Y DOS OBJECIONES DE LAS QUE SE HACE ACREEDORA

Hasta aquí hemos expuesto un argumento en defensa del reconocimiento constitucional del derecho a no casarse. El argumento se ha construido desde bases liberales: el principio liberal de tolerancia y pluralismo se ha proyectado sobre el ámbito de las relaciones de pareja y ha ofrecido razones para proteger a

aquellos individuos que desean llevar una vida en pareja distinta de la que caracteriza al modelo tradicional y mayoritario (el matrimonio). A partir del reconocimiento constitucional del derecho a no casarse, se han extraído una serie de consecuencias y se han introducido pequeñas correcciones para asegurar la coherencia del argumento. Fundamentalmente, el argumento nos ha llevado a sostener que 1) el Estado no debe imponer a las uniones de hecho el régimen de deberes y derechos recíprocos propios del matrimonio que los miembros de esas uniones han decidido excluir, y 2) el Estado, a la hora de distribuir beneficios y cargas, no debe distinguir entre las personas que han decidido casarse y aquellas otras que han decidido vivir en unión de hecho.

Ante este argumento en defensa del derecho a no casarse caben ahora dos estrategias. Una primera estrategia es la de aceptar todas las consecuencias extraídas del reconocimiento constitucional del derecho a no casarse y reputar como inconstitucional cualquier restricción de las mismas. Llamaré a esta estrategia la *estrategia libertaria*.

Una estrategia distinta es la de aceptar las consecuencias extraídas del derecho a no casarse, pero sólo *prima facie*. Para esta estrategia, además de la libertad contractual a cuya maximización tiende el argumento en defensa del derecho a no casarse, existen otros valores en el universo constitucional. Se trata de proteger ciertos bienes y derechos constitucionales que quedarían menoscabados si se aceptaran sin restricción las consecuencias extraídas del derecho a no casarse. Hay que armonizar este derecho con los otros bienes y derechos en tensión. El derecho a no casarse sufrirá así restricciones, y algunas de las consecuencias derivadas de ese derecho no podrán mantenerse en su totalidad.

A mi juicio, esta segunda estrategia es la correcta. Hay que criticar la estrategia libertaria por su *unilateralidad* en la protección del derecho a no casarse y su consiguiente olvido de otros valores constitucionales. Dos son las objeciones que, en este sentido, cabe formular a la estrategia libertaria: su negativa a incorporar las exigencias derivadas del principio de igualdad y su negativa a aceptar deberes de solidaridad más allá de las obligaciones asumidas contractualmente.

A) *Primera: la falta de atención al principio de igualdad*

La teoría libertaria cierra los ojos ante las desigualdades que se producen cuando se deja a los individuos relacionarse libremente en la vida social por medio de contratos. En el mundo real, los individuos interactúan desde posiciones de partida muy desiguales. Los individuos no tienen así la misma capacidad de negociación: unos son más poderosos que otros. Por tanto, una estructura libertaria sin límites reproduce, perpetúa e incluso agrava estas desigualdades de origen. Ello es así no sólo en lo que se refiere a las transacciones económicas que se lle-

van a cabo en el mercado, sino también en lo que se refiere a los acuerdos maritales. Los hombres y las mujeres no están en la práctica en situación de igualdad, como ha intentado mostrar la literatura feminista. La teoría libertaria no tiene en cuenta estas desigualdades por razón de sexo y, por tanto, ignora que a través de los acuerdos maritales entre hombres y mujeres estas desigualdades se perpetúan. En particular, los hombres y las mujeres no son igualmente libres a la hora de decidir si casarse o no, y a la hora de decidir qué contenido dar a su relación de convivencia.

Imaginemos que un hombre (A) convive de hecho con una mujer (B). Ella quiere contraer matrimonio, pero él se niega. Conviven así durante años, sin ponerse de acuerdo sobre si casarse o no. A ella puede resultarle difícil dejar de convivir con él: ella vive en una sociedad que no le da las mismas ventajas profesionales, económicas, sociales, etc., de las que él sí se beneficia, y, conviviendo con él, ella participa en algunas de esas ventajas, de las que se vería privada si viviera sola. Si el ordenamiento no impone los deberes y derechos recíprocos propios del matrimonio, ciertamente respeta la libre decisión de A de no casarse, pero no, en cambio, la decisión de B: la decisión de B de vivir con A sin casarse no es tan libre como la decisión de A de vivir con B sin casarse. Si, por el contrario, el ordenamiento impone esos deberes y derechos, la voluntad de A de no casarse no se respeta, pero se conceden en cambio a B los derechos que A se niega a otorgarle por vía contractual. En cualquiera de las dos hipótesis, se sacrifican los intereses de alguna de las partes.

Ante ello, el legislador (o el juez) debería sopesar la importancia de los intereses de A y de B y estructurar en consecuencia las relaciones entre ambos. El legislador (o el juez) puede llegar así a la conclusión de que algunos (o la mayoría, o todos) de los derechos y deberes recíprocos del matrimonio deben extenderse a las uniones de hecho. El fundamento de esta conclusión es que si B hubiera tenido el mismo poder de negociación que A, sólo habría aceptado convivir con A con la condición de que A asumiera algunos (o la mayoría, o todos) de los derechos y deberes recíprocos propios del matrimonio. En otras palabras, lo que el ordenamiento debe hacer es imponer a las partes en conflicto un *acuerdo hipotético*: el que habrían alcanzado las partes si hubieran gozado del mismo grado de libertad real.

Esta objeción no puede ser fácilmente asumida por el esquema libertario, pues introduce una preocupación igualitaria que le es extraña. No obstante, esta preocupación por la igualdad es un aspecto fundamental de la Constitución española. Los artículos 14 y 9.2 así lo atestiguan. Por tanto, si la Constitución protege el derecho a no casarse, éste debe armonizarse en sus efectos con el derecho a la igualdad. El legislador debe buscar un equilibrio entre las exigencias contrapuestas de la libertad (el derecho a no casarse implica, *prima facie*, el derecho a ex-

cluir la imposición de los derechos y deberes típicos del matrimonio) y de la igualdad (se imponen los derechos y deberes recíprocos sin importar que la voluntad de una de las partes sea excluirlos, pues si las dos partes fueran igualmente libres no acordarían esa exclusión).

Para lograr un equilibrio adecuado, el legislador debe explorar la realidad social de las uniones de hecho y comprobar si es cierto, y hasta qué punto, que las uniones de hecho se «imponen» a la parte débil de la relación. Es asimismo importante conocer la frecuencia con la que se produce esta imposición. El legislador debe diseñar las normas teniendo en cuenta cuál es la situación habitual entre las uniones de hecho: si normalmente las dos partes involucradas son igualmente libres, o gozan de un grado de libertad real muy parejo (11), debe establecerse un principio general contrario a que se extiendan a las uniones de hecho las normas que establecen los deberes y derechos recíprocos típicos del matrimonio. Este principio sería excepcionado en aquellos casos en que se probara que la unión de hecho fue impuesta a la parte débil, que deseaba casarse. Si, por el contrario, un estudio sociológico muestra que las uniones de hecho se basan normalmente en una desigualdad de origen (si, por ejemplo, las uniones de hecho constituyen un cómodo expediente por el que los hombres pueden evitar los «costes» que la vida matrimonial implica en términos de deberes hacia la parte débil), entonces el principio general debe ser el de extender a las uniones de hecho los deberes y derechos recíprocos propios del matrimonio. Este principio sería excepcionado en aquellos casos en que se probara que la unión de hecho se basaba en un acuerdo alcanzado en igualdad de condiciones.

Asimismo, el legislador podría decidir que sólo algunos de los derechos y deberes recíprocos propios del matrimonio, pero no todos ellos, deben extenderse a las uniones de hecho en virtud del principio de igualdad. De este modo, el derecho a no casarse se respetaría hasta cierto punto (sólo algunos derechos y deberes recíprocos serían impuestos a una parte cuya voluntad contractual fue excluirlos), y se respetaría en parte el principio de igualdad (algunos de los derechos y deberes recíprocos se impondrían para acercar al máximo la relación al acuerdo hipotético que habrían alcanzado las partes si hubieran gozado del mismo poder y libertad de negociación).

(11) Esta parece ser la situación en Suecia. Véanse, sobre este punto, las observaciones de RICHARD POSNER en su reciente libro *Sex and Reason*, Harvard University Press, 1992, págs. 161-173.

B) *Segunda: la injustificada negativa a aceptar la existencia de deberes de solidaridad más allá de las obligaciones asumidas contractualmente*

En segundo lugar, hay que impugnar la premisa libertaria de que es *siempre y en todo caso* ilegítimo que el Estado imponga a los individuos deberes recíprocos que éstos han decidido excluir contractualmente. Los individuos son miembros de una comunidad que, en cuanto tales, deben cuidarse entre sí más allá del mero cumplimiento de los contratos asumidos voluntariamente. La teoría libertaria presupone una concepción excesivamente individualista de la naturaleza humana cuando sostiene que si una persona se niega a casarse, pero vive en unión de hecho, tiene un derecho *irreductible* a excluir ciertos deberes de cuidado hacia la persona con la que convive.

La idea de que los individuos tienen deberes más allá del contrato es un principio subyacente a nuestra Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. Así, un sistema de Seguridad Social, un sistema público de enseñanza, un sistema de responsabilidad extracontractual, constituyen ejemplos de la aspiración de nuestro Derecho a crear una comunidad cuyos miembros tengan deberes de cuidado recíproco, más allá de las obligaciones que asuman contractualmente como medio necesario para obtener los correspondientes beneficios.

En consecuencia, el ordenamiento no puede ser indiferente al carácter más o menos individualista de los modos de organizar la vida en pareja. Convivir maritalmente con otra persona negándose a compartir con ella los recursos propios y la propia vida es una opción que el Derecho debe respetar *pero no puede considerar tan valiosa como la opción de casarse*. Elegir el matrimonio es optar por cuidar a una persona con una intensidad que excede de lo normal. Promover el matrimonio como forma de organizar la vida en pareja supone maximizar los valores comunitarios de solidaridad y fraternidad a los que aspira nuestro ordenamiento jurídico. La ley puede así favorecer a quienes se obligan legalmente a cuidar de otra persona del modo que el matrimonio presupone, frente a quienes rechazan tal obligación. El individuo es libre de elegir un plan de vida en lugar de otro, pero la ley puede a su vez favorecer y promover el plan de vida que mejor exprese la aspiración de crear y mantener una comunidad cuyos miembros tienen un deber de cuidarse y socorrerse mutuamente.

Si esto es así, entonces:

a) No deberíamos rechazar de entrada la validez de aquellas normas que extienden a las uniones de hecho todos o algunos de los deberes y derechos recíprocos propios del matrimonio. Estas normas estarían en el fondo aproximando las uniones de hecho a matrimonios, que constituirían —según esta tesis— una forma superior de organizar la vida en pareja.

Naturalmente, en la medida en que se produzca esta equiparación entre el matrimonio y la unión de hecho desde el punto de vista de los deberes recíprocos no podemos negar a las uniones de hecho los mismos beneficios y cargas (pensiones, impuestos, viviendas subvencionadas, derecho de subrogación...) que tienen los matrimonios.

b) Y a la inversa: si la unión de hecho se mantiene en el ordenamiento como relación a la que *no* se aplican los deberes recíprocos propios del matrimonio, entonces no deberíamos oponernos frontalmente a aquellas normas que dan un trato favorable a los matrimonios a la hora de distribuir beneficios y cargas. Estas normas estarían tratando de promover el matrimonio, aunque indirectamente. El ordenamiento no prohibiría la unión de hecho, pero la consideraría menos merecedora de promoción que el matrimonio. Cabría incluso argumentar que el individuo en unión de hecho se aproximaría a una situación de *free rider* («gorrón») si de las prestaciones públicas (en que se concreta la solidaridad entre los miembros de su comunidad) pretendiera beneficiarse en el mismo grado en que se beneficia quien asume el compromiso legal de compartir una comunidad de vida con otra persona.

Es éste un posible diseño legal para dar acomodo tanto al derecho a no casarse como al valor de la solidaridad o fraternidad. En efecto: en este posible modelo, por un lado, la ley no extiende a las uniones de hecho los derechos y deberes recíprocos propios del matrimonio, con lo que respeta la opción individual de quien no desea casarse, y por otro, *precisamente porque en ese caso las uniones de hecho no entrañan los deberes y derechos recíprocos propios del matrimonio*, la ley, en virtud del principio de solidaridad o fraternidad, promueve —vía aumento de beneficios y disminución de cargas frente a terceros— la opción de quienes se comprometen jurídicamente a cuidarse y socorrerse mutuamente (matrimonio) en detrimento de quienes no adquieren tal compromiso legal (unión de hecho).

Una concepción similar a la que subyace a este posible diseño legal se recoge en la STC 184/1990 referida anteriormente, en la que se afirma en su FJ 3.º: «El vínculo matrimonial genera *ope legis* en la mujer y el marido una pluralidad de derechos y deberes que no se produce de modo jurídicamente necesario entre el hombre y la mujer que mantienen una unidad de convivencia estable no basada en el matrimonio. Tales diferencias constitucionales entre matrimonio y unión de hecho pueden ser legítimamente tomadas en consideración por el legislador a la hora de regular las pensiones de supervivencia.»

Naturalmente, caben otros diseños legales intermedios. En todo caso, el legislador debe respetar siempre el derecho a no casarse: debe existir una relación de proporcionalidad entre las restricciones que sufra este derecho y el interés en preservar la fraternidad. El diseño final se alejará del propuesto por la teoría liberta-

ría tanto más cuanto mayor sea el conjunto de deberes recíprocos que se impongan a las uniones de hecho, y cuantas más desigualdades existan, en favor de los matrimonios y en perjuicio de las uniones de hecho, a la hora de distribuir beneficios y cargas. Pero este alejamiento no puede superar cierto límite, pues entonces el derecho a no casarse no se vería simplemente restringido, sino violado.

VI. EL PAPEL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

He sostenido que la Constitución española protege en el artículo 32 el derecho a no casarse, y que de esta protección derivan una serie de consecuencias. Y he criticado la estrategia libertaria por su unilateralidad en la protección del derecho a no casarse y su consiguiente olvido de otros bienes y derechos constitucionales. Las dos objeciones a la teoría o estrategia libertaria han mostrado la necesidad de neutralizar algunas de las consecuencias del derecho a no casarse para evitar su impacto negativo sobre otros bienes y derechos constitucionales. Se justifica así la imposición de ciertas restricciones sobre el derecho a no casarse.

Como podemos apreciar, tres valores están aquí en liza: la libertad negativa, la igualdad y la fraternidad. Distintos autores han puesto un especial énfasis en uno u otro de estos valores. Así, libertarios como Robert Nozick (12) se centran en el primero, feministas como Catharine MacKinnon (13) en el segundo, y liberales progresistas como Ronald Dworkin (14) en el tercero (aunque en conexión con el segundo). Distintos partidos y grupos políticos defienden estos valores en diverso grado.

Los tres valores en conflicto forman parte de nuestra Constitución. De hecho, constituyeron la bandera de la Revolución francesa («*liberté, égalité, fraternité*»). La libertad ampara *prima facie* el derecho a no casarse con las consecuencias que hemos visto, pero la igualdad y la fraternidad obligan, a su vez, a reajustar el contenido de ese derecho. Lo que el derecho a no casarse protegerá *en definitiva* será el resultado de ponderar ese derecho *prima facie* con esos otros derechos o bienes constitucionales. La teoría libertaria es errónea en lo que tiene de *unilateral y parcial*: desarrolla el contenido del derecho a no casarse sin integrarlo con otros derechos y bienes constitucionales. Es necesario, pues, seguir la estrategia de la ponderación (15).

(12) ROBERT NOZICK: *Anarchy, State and Utopia*, Nueva York, 1974.

(13) CATHARINE MACKINNON: *Feminism Unmodified*, Harvard University Press, 1987.

(14) RONALD DWORKIN: *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986, 176-275.

(15) Utilizo aquí la distinción desarrollada por ROBERT ALEXY (*Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, págs. 81-115 y 267-323) entre derechos protegidos *prima facie* y derechos protegidos *en definitiva* tras haber efectuado una ponderación.

¿Qué papel le corresponde desempeñar al TC? A mi juicio, incumbe en primer término al legislador ponderar estos valores y determinar una solución de equilibrio. Si los distintos grupos sociales y políticos tienen pleno acceso al proceso político, pueden influir en el legislador, con lo que cabe esperar que el producto normativo final tenderá a proteger de manera equilibrada los valores en conflicto expresados por las distintas sensibilidades políticas (libertarios, feministas, progresistas, conservadores...) (16). Así, parece que el ideal democrático impone a los magistrados del TC el deber institucional de respetar las conclusiones a las que llega el legislador democrático acerca de la mejor manera de conciliar los distintos valores que la Constitución incorpora, salvo que la solución arbitrada por el legislador deje completamente desprotegido uno de esos valores.

¿Qué debió hacer el TC cuando tuvo que enjuiciar los preceptos que condicionaban el otorgamiento de la pensión de viudedad y de la facultad de subrogación arrendaticia a la existencia de vínculo matrimonial? ¿Debió deferir a la decisión del legislador, o constituía ésta una decisión extrema que dejaba desamparado cierto bien o valor constitucional y hacía necesaria la intervención del TC?

Examinemos primero el caso de las pensiones de viudedad. Cabe sostener que la decisión del legislador de condicionar la pensión de viudedad a la existencia del vínculo matrimonial, asegurando en todo caso que las situaciones de necesidad serán cubiertas a través de prestaciones de la Seguridad Social distintas de la pensión de viudedad, constituye una solución razonable y equilibrada del conflicto de bienes constitucionales en presencia. Así, parece correcto el fallo de la STC 184/1990 en cuanto declara válido el precepto. Pero el razonamiento debió reconocer que, *prima facie*, la decisión del legislador de no extender a las uniones de hecho la pensión de viudedad restringe el derecho a no casarse. La decisión del legislador es válida porque la restricción que sufre el derecho a no casarse está justificada por la necesidad de proteger otros bienes dignos de tutela. La sentencia parte del dato de que los deberes recíprocos propios del matrimonio no se imponen por obra de la ley a los miembros de una unión de hecho, con lo que se respeta la libertad individual. A partir de este dato, es razonable que, en virtud del principio de fraternidad o solidaridad (exclusión del *free rider*), el legislador otorgue cierta ventaja al matrimonio a través de las pensiones de viudedad. Así lo declara la sentencia, aunque no reconozca que *prima facie* está involucrado el derecho a no casarse. Para evitar que el distinto trato en materia de pensiones de viudedad deje desprotegida a la parte débil de la unión de hecho, el TC declara acertadamente en el FJ 4.º de su sentencia que «el superviviente de una unión de hecho que soporta una situación de necesidad (por estar a cargo del fallecido, estar

(16) Esta es la intuición básica de JOHN H. ELY en su obra *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, 1980.

incapacitado para el trabajo o no estar en disposición de recibir rentas provenientes del trabajo, o por otros motivos semejantes) no debe quedar desprotegido por el régimen público de la Seguridad Social (arts. 14 y 50 de la Constitución)». Se da así, en parte, respuesta a las exigencias de la igualdad. En definitiva, podemos interpretar que el precepto enjuiciado, en combinación con esta cláusula cautelar que introduce la STC 184/1990, es el resultado de una ponderación aceptable de los valores en tensión. Caben otras soluciones, incluso más deseables, pero el deber institucional de respeto al legislador democrático exige abstenerse de imponerlas. El TC debe intervenir cuando el sacrificio de uno de los valores en conflicto es excesivo.

Procede entonces examinar por qué razón dos años después el TC declaró en la STC 222/1992 la inconstitucionalidad del artículo 58 de la LAU. ¿Qué razones de fondo puede ofrecer el TC para esta diversidad de soluciones según se trate de pensiones o del beneficio de la subrogación arrendaticia?

La primera impresión que uno tiene al leer las dos sentencias es que el TC no ha sido coherente al resolver uno y otro caso. Ciertos argumentos que sirvieron al TC para apoyar su primera sentencia se desechan en la segunda. Así, en la STC 184/1990 se afirma que «la diferencia de trato en la pensión de viudedad entre los cónyuges y quienes conviven de hecho sin que nada les impida contraer matrimonio no es arbitraria o carente de fundamento» (FJ 3.º). Pero en la STC 222/1992 se dice, en cambio, que la duda de constitucionalidad acerca de un precepto que dé un trato de favor al matrimonio no se puede «zanjar [...] con el argumento de que cualquiera ha de asumir las consecuencias, favorables y desfavorables, de no haber ejercido el derecho a contraer matrimonio» (FJ 5.º).

Lo mismo ocurre con el argumento de la seguridad jurídica. En la STC 184/1990 se invocan razones de certeza y seguridad jurídicas para concluir que «no cabe reprochar como arbitraria ni discriminatoria la exigencia de que el núcleo de convivencia institucionalizada entre el hombre y mujer como casados le conste formalmente al Estado para que éste conceda la pensión de viudedad» (FJ 3.º). Frente a ello, la STC 222/1992 sostiene que «la mera procuración de una mayor certeza jurídica no puede llevar a contrariar los imperativos de la igualdad (art. 14 CE) cuando de conseguir un objetivo constitucional se trata (art. 39.1 de la propia Norma constitucional)» (FJ 6.º).

¿Existen razones que puedan justificar la diversidad de soluciones dadas por el TC al caso de las pensiones y al de la subrogación arrendaticia, y que, en consecuencia, permitan dar respuesta al reproche de incoherencia? Cabría pensar en las siguientes dos razones.

En primer lugar, podría argumentarse que existe una diferencia fáctica importante entre el caso de las pensiones y el de la vivienda arrendada. En el caso de la vivienda arrendada, la LAU protege el interés de una persona en continuar ocu-

pando la vivienda en la que convivió con el arrendatario fallecido. La relación afectiva con el fallecido se proyecta de algún modo sobre el espacio físico de la anterior convivencia. Según la STC 222/1992 este interés es el bien jurídico protegido por la norma. Y, viene a decirse, como este interés existe también cuando la convivencia se produce fuera del matrimonio, hay que extender la norma para cubrir también este supuesto. Sin embargo, un razonamiento analógico parecido debería haber llevado al Tribunal a invalidar la norma relativa a las pensiones de viudedad. En efecto, en la STC 184/1990, el Tribunal declara que en el ordenamiento español actual la pensión de viudedad tiene por finalidad compensar frente al daño que supone la falta o minoración de unos ingresos de los que participaba el cónyuge superviviente. Si el bien protegido por la norma es asegurar cierta permanencia en el nivel de ingresos, debería extenderse a las uniones de hecho, pues el convivente que sobrevive afronta el mismo daño que el viudo o la viuda. Sin embargo, el TC no impone esta extensión.

Un segundo elemento que podría invocarse para justificar la diversidad de soluciones podría ser la naturaleza del derecho cuya extensión a las uniones de hecho se discute. En el caso de las pensiones de viudedad se trataría de un derecho frente al Estado mientras en el caso de la subrogación arrendaticia se trataría de un derecho frente a un particular. Es cierto que existe esta diferencia, pero habría que explicitar en qué sentido es relevante. La STC 184/1990 otorga un amplio margen de libertad al legislador a la hora de configurar el sistema de la Seguridad Social y de «administrar recursos limitados para atender a un gran número de necesidades sociales» (FJ 3.º). Pero la escasez de recursos públicos no parece que pueda justificar una regla distinta según se trate de distribuir pensiones o de otorgar el derecho de subrogación arrendaticia. En primer lugar, tan escasos son los recursos públicos como los privados. También las facultades privadas de disfrute y disposición sobre las cosas son escasas. El derecho de subrogación supone otorgar a una persona, en lugar de a otra, una facultad de disfrute sobre una cosa que ambas desean. Y, en segundo lugar, precisamente es la escasez una condición que debe darse para que tenga sentido la pregunta por la justicia o injusticia de una distribución. Cuanto más escasos son los recursos, más atentos hay que estar para que su distribución no perjudique de modo discriminatorio a cierto colectivo. No parece que el dato de la escasez de recursos públicos justifique tratar la decisión legislativa acerca de las pensiones públicas de modo más benevolente que la relativa a las facultades de subrogación privadas.

Y tampoco a la inversa: en contra de la tesis defendida en los votos particulares a la STC 222/1992, no cabe sostener que el TC esté obligado a una interpretación restrictiva de los supuestos en los que cabe el derecho de subrogación con el argumento de que se trata de supuestos excepcionales de restricción del derecho de propiedad. Ciertamente, el legislador es, en principio, muy libre de configurar

con carácter restrictivo ciertos derechos del arrendatario frente al arrendador. Pero el legislador no es libre de distribuir discriminatoriamente estos derechos, por mucho que éstos estén configurados restrictivamente. El que un derecho sólo se reconozca en supuestos muy excepcionales (sólo se tiene el derecho X si se da el supuesto de hecho $a + b + c + d + \dots + n$) no elimina la exigencia de que ninguna de las condiciones del supuesto de hecho sea discriminatoria (por ejemplo, por hacer referencia a determinada raza, religión, etc.). Justamente lo que se discute es la cuestión de si la exigencia de vínculo matrimonial constituye una condición discriminatoria. Si se alega en defensa de la condición que el legislador ha configurado el supuesto de hecho de modo restrictivo, no se responde, sino que se elude la cuestión.

Parece, pues, que la STC 222/1992 desecha como insuficientes ciertos argumentos que el propio Tribunal había esgrimido en su STC 184/1990, y que posibles diferencias fácticas entre los dos supuestos no parecen ofrecer apoyo alguno para justificar un distinto tratamiento constitucional. ¿Cabe pensar entonces que el TC ha cambiado implícitamente de doctrina?

Existe un argumento en la STC 222/1992 que no aparece en la STC 184/1990: el argumento de que el artículo 39 de la Constitución protege tanto a la familia originada en el matrimonio como a la originada en una unión de hecho. «Nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio» (FJ 5.º). ¿Es éste un nuevo argumento del TC, con el que habría modificado implícitamente su doctrina, explicándose así la diversidad de soluciones de las dos sentencias que estamos examinando? Téngase en cuenta que el magistrado don Vicente Gimeno Sendra formuló un voto particular a la STC 184/1990 en el que discrepaba de la afirmación de la mayoría de que no existe un derecho a formar una unión de hecho. Según Gimeno Sendra, esta afirmación de la mayoría del Tribunal choca con el artículo 39, que protege por igual a la familia matrimonial y a la extramatrimonial. Gimeno Sendra traslada luego esta afirmación a la STC 222/1992, de la que fue ponente. ¿Es esta traslación la clave del asunto? A pesar de las apariencias, no creo que lo sea.

En primer lugar, la STC 184/1990, aunque no afirmó que el artículo 39 protege la familia de origen extramatrimonial, tampoco lo negó. Simplemente obvió la cuestión porque para decidir el litigio constitucional no era necesario examinarla. En segundo lugar, no parece que la STC 222/1992 extraiga consecuencias importantes de su interpretación del artículo 39. Se limita a decir que, en todo caso, este artículo no impone un trato diferencial. Pero si el legislador decide diferenciar, es en definitiva el artículo 14 el precepto relevante. Así, afirma el Tribunal: «No está, por tanto, en el artículo 39.1 de la Constitución la medida para apreciar la validez o invalidez de las diferenciaciones normativas en este punto, sino en el

artículo 14 de la propia Norma fundamental, con arreglo al que habrá que apreciar si las diferenciaciones establecidas por la norma resultan o no discriminatorias.» En las dos sentencias, pues, es el artículo 14, y no el 39, el que en última instancia sirve de parámetro de constitucionalidad, por lo que no cabe explicar la diversidad entre las dos sentencias por un cambio en la interpretación del artículo 39.

Podemos ahora dar un paso más. Ya sabemos que las diferenciaciones establecidas por el legislador no vulneran el artículo 14 si constituyen un medio adecuado para lograr un objetivo legítimo, y existe una relación de proporcionalidad entre aquéllas y éste. Pues bien, parece que el *test* que ha construido el TC para solucionar los problemas constitucionales relativos a las uniones de hecho es «*que no se coarte o dificulte irrazonablemente la autonomía de la voluntad del hombre y de la mujer que deciden vivir "more uxorio"*». Éste es, en definitiva, el criterio que debe satisfacer la diferenciación para ser constitucionalmente válida. Lo cual quiere decir, por cierto, que lo que en un principio aparece como un problema de igualdad (art. 14) acaba siendo en realidad un problema relativo al derecho a no casarse (art. 32). Se pregunta, en última instancia, si cierta medida legislativa *res-tringe indebidamente el derecho individual a formar una unión de hecho en lugar de un matrimonio*.

Si éste es el *test*, ¿lo ha utilizado el TC de forma coherente en una y otra sentencia? Parece que no. Si la denegación de pensiones no es restricción irrazonable de la libertad de vivir en unión de hecho, pues existen razones para promover el matrimonio (tales como la existencia de deberes recíprocos que la ley quiere alentar entre los miembros de la comunidad), entonces la denegación de la facultad de subrogación arrendaticia tampoco constituye una restricción irrazonable de esa misma libertad.

En conclusión, no parece que haya *razones de fondo* para justificar la diversidad de soluciones. Sin embargo, cabe pensar que existen lo que podemos llamar *razones institucionales* que pueden justificar esa diversidad. Estas razones no tienen que ver con el fondo del asunto, sino con el contexto institucional en el que éste se presenta. En nuestro caso, estas razones son las siguientes.

En primer lugar, la norma examinada en la STC 184/1990 puede considerarse posterior a la Constitución, mientras la enjuiciada en la STC 222/1992 era preconstitucional. En efecto, aunque el artículo 160 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) es de 1974, se examinaba su constitucionalidad en conexión con la Disposición adicional décima, 2, de la Ley 30/1981, que venía a «asumir» implícitamente lo dispuesto en el artículo 160 de la LGSS. Se trata, en definitiva, de una diferenciación por razón de matrimonio que el legislador democrático posconstitucional hace suya. En cambio, el artículo 58 de la LAU es norma de 1964 y, en consecuencia, preconstitucional. El mayor respeto que merece el le-

gislador democrático en comparación con el predemocrático constituye una razón institucional para tratar con diverso grado de deferencia el mandato normativo de uno y de otro. Hay que tener en cuenta, y así lo hace el Tribunal en la STC 184/1990, que el legislador democrático ha ido extendiendo ciertos beneficios a las uniones de hecho (17). Nos encontramos, pues, ante un legislador democrático que en ciertos contextos ha otorgado derechos a las parejas en unión. Su decisión de no otorgarles el derecho a una pensión de viudedad ha de verse con menos sospecha que la que merecería un legislador que no hubiera atendido en ningún caso las necesidades de las uniones de hecho.

En segundo lugar, la STC 222/1992 se dictó cuando ya existía un Anteproyecto de Ley de Arrendamientos Urbanos (texto definitivo de 22 de julio de 1992) que contemplaba la extensión a las uniones de hecho de la facultad de subrogación, en ciertas condiciones. No existía nada semejante en el caso de las pensiones. Consciente de que el legislador muy probablemente iba a equiparar las uniones de hecho a los matrimonios en la nueva LAU, el TC se adelantó al legislador y declaró inválida la vieja norma. Hay que recordar que, en cambio, en 1985, cuando ese Anteproyecto no existía, el TC declaró en su Auto 671/1985 que el artículo 58 de la LAU no infringía el principio de igualdad. Precisamente, en el caso resuelto por la STC 222/1992, el fiscal general del Estado invocó en sus alegaciones este Auto para apoyar su petición al Tribunal de que se declarara válido el artículo 58 de la LAU. Pero en el caso de esta sentencia el contexto institucional era ahora propicio para una declaración de inconstitucionalidad de la vieja norma: existía ahora el mencionado Anteproyecto.

En tercer lugar, existía ya en España cierta jurisprudencia favorable a aplicar analógicamente el artículo 58 de la LAU a las uniones de hecho (18). El TC cuenta así con el apoyo de cierta corriente jurisprudencial de los tribunales ordinarios. Nada parecido se produce en el caso de las pensiones de viudedad.

En cuarto lugar, la STC 222/1992, con ser muy importante, no produce efectos de tanto impacto como los que produciría sobre las finanzas públicas una posible sentencia que declarara inválido (por defecto u omisión) el artículo 160 de la LGSS. No existe en esto contradicción con lo dicho anteriormente de la escasez de recursos públicos. Una cosa es que no exista *razón de fondo* para distinguir en este contexto según la escasez afecte a recursos públicos o privados y otra muy distinta es que el fuerte impacto sobre las finanzas públicas pueda constituir

(17) El TC cita los artículos 11 y 18 del Código Penal; 3.a) de la Ley Orgánica 6/1984 del procedimiento de *habeas corpus*; 10 de la Ley 5/1984 de regulación del derecho de asilo y de la condición de refugiado; 391.1 de la LOPJ, y 101 del Código Civil.

(18) Véanse, entre otras, las sentencias de las Audiencias Provinciales de Barcelona (1 de febrero de 1985), Madrid (16 de diciembre de 1987) y Mallorca (3 de julio de 1989).

una *razón institucional* para que el TC evite una posible confrontación con los otros poderes del Estado.

Por último, el Derecho comparado no hablaba claramente a favor de la tesis de extender a las uniones de hecho las pensiones de viudedad, pero sí de extenderles la facultad de subrogación arrendaticia. Es interesante el papel que puede haber desempeñado el Derecho comparado en las dos sentencias que comentamos. Tras referirse a las normas relevantes de Derecho internacional y al Derecho comparado, el Tribunal dice en la STC 184/1990: «La reflexión anterior ilustra sobre el hecho de que la extensión de la pensión de viudedad a quienes conviven de forma estable extramatrimonialmente está lejos de ser la pauta en la legislación internacional y en el Derecho comparado. *Ello refuerza la idea de que habrá de ser, en su caso, el legislador quien decida proceder a dicha extensión*, con los requisitos y en los términos que se consideren pertinentes, y en el marco de una nueva y coherente ordenación de la citada pensión, singularmente si la convivencia establecida sin vínculo matrimonial se instalara como una práctica social extendida» (FJ 5.º; las cursivas son mías). En el caso de la STC 222/1992, en cambio, aunque el Tribunal no se refiere expresamente al Derecho comparado, sí sabe (entre otras razones, porque así le ilustra en su Auto el juez promotor de la cuestión de inconstitucionalidad, según recoge el propio TC en el antecedente 1.º de la sentencia) que la tendencia del Derecho comparado es favorable a reconocer el derecho de subrogación arrendaticia al miembro supérstite de una unión de hecho.

En definitiva, si no parece haber razones de fondo que justifiquen la diversa solución dada por el TC al supuesto de las pensiones y al de la subrogación, parece que sí existen razones institucionales que favorecen en un caso, pero no en otro, una sentencia declarativa de la inconstitucionalidad del precepto enjuiciado.

¿Pero hasta qué punto es legítimo que el TC decida de diverso modo según el juego que permitan las razones institucionales? ¿No debería el TC ser ante todo coherente y hacer descansar sus decisiones en razones exclusivamente de fondo, con independencia de que las razones institucionales sean más favorables en un caso que en otro? Creo que el modo de proceder del TC ejemplificado por la STC 222/1992, aunque a veces sea inconsciente, no es ilegítimo siempre y en todo caso. Una de las funciones más interesantes que puede desempeñar un TC es la de ser un interlocutor cualificado en un debate público sobre una cuestión abierta y compleja. Es lógico que el TC intente actuar de interlocutor en aquellos casos en los que las razones institucionales son más favorables para ello.

En efecto, el TC puede utilizar su prestigio institucional para contribuir a que se genere o desarrolle un diálogo público acerca de una controversia abierta y compleja por estar en liza distintos valores o bienes constitucionales. Puede intervenir en una controversia para orientar su desarrollo, articular los términos del debate y enriquecerlo con una opinión autorizada. El TC puede decidir ciertos ca-

sos de manera que anime al legislador y a la opinión pública a pronunciarse sobre cierto tema. Para ello, el TC puede intentar dar una respuesta provisional a un aspecto parcial del problema, con la esperanza de atraer el interés y la atención del legislador y de la opinión pública. De esta manera, el TC entra en lo que Alexander Bickel (19) llamaría un «coloquio» con éstos acerca de cuál es la mejor solución constitucional al problema de que se trate. En la medida en que el TC esté dispuesto a evolucionar su doctrina de este modo dialogal, y no unilateralmente, está actuando de forma legítima (20).

A la luz de este «modelo dialogal» de justicia constitucional, puede estimarse que la STC 222/1992 es aceptable, a pesar de su incoherencia de fondo con la STC 184/1990, en la medida en que ha servido de acicate para que se abriera en la sociedad española una discusión pública acerca de un problema que merecía mayor atención de la que se le había prestado hasta entonces. Así, como consecuencia de esta discusión, algunos Ayuntamientos se han movilizado y han decidido crear registros en los que pueden inscribirse, a efectos de prueba, las uniones de hecho que así lo deseen (21). Y el Gobierno está elaborando un Anteproyecto de ley sobre las uniones de hecho.

Aunque podemos lamentar la incoherencia de fondo que existe entre las dos

(19) ALEXANDER BICKEL: *The Least Dangerous Branch*, Yale University Press, 1962. La idea del coloquio entre el Tribunal Supremo, los órganos representativos y la opinión pública se expone en el capítulo IV de esta obra clásica del constitucionalismo americano.

(20) Recientemente, en los Estados Unidos, ROBERT BURT (*The Constitution in Conflict*, Harvard University Press, 1992) ha insistido en la idea bickeliana de que el Tribunal Supremo no debe imponer al legislador soluciones finales en materia de derechos, sino que debe invalidar soluciones extremas que «polarizan» el conflicto entre las distintas sensibilidades políticas y morales para facilitar de este modo el hallazgo de un acuerdo entre las partes enfrentadas.

En los últimos años se ha abierto en la doctrina constitucional norteamericana una cierta tendencia a concebir al Tribunal Supremo como un interlocutor cualificado en un permanente diálogo entre los distintos poderes del Estado acerca de la interpretación del texto constitucional. Se viene a negar, o al menos moderar, con distinto énfasis según los autores, la idea de que el Tribunal Supremo es el «supremo» o «último» intérprete de la Constitución. Véanse, entre la muy aburcante literatura, HARRY H. WELLINGTON: *Interpreting the Constitution*, Yale University Press, 158, 1990; STEPHEN MACEDO: *Liberal Virtues*, Oxford, 132, 1991; SANFORD LEVINSON: *Constitutional Faith*, Princeton University Press, 193, 1988; LOUIS FISHER: *Constitutional Dialogues. Interpretation as Political Process*, Princeton University Press 200-230, 1988; ROBERT F. NAGEL: *Constitutional Cultures. The Mentality and Consequences of Judicial Review*, 1989; BARRY FRIEDMAN: *Dialogue and Judicial Review*, 91 Michigan Law Review, 577, 1993; GUIDO CALABRESI: *The Supreme Court 1990 Term: Foreword: Antidiscrimination and Constitutional Accountability (What the Bork-Brennan Debate Ignores)*, 105 Harvard Law Review, 80, 1991, espec. págs. 103-108; STEPHEN CARTER: *The Morgan Power and the Forced Reconsideration of Constitutional Decisions*, 53 University of Chicago Law Review, 819, 1986.

(21) Véase *El País*, 11 de marzo de 1994, pág. 32.

sentencias examinadas, habría que tener en cuenta que la incoherencia es el precio que a menudo debe pagar el TC cuando decide intervenir en una controversia de gran complejidad. Cuando un Tribunal desea provocar debate a través de la resolución de un aspecto parcial de la cuestión, dejando los otros aspectos abiertos a la disposición del legislador democrático, no podemos esperar que la doctrina judicial resultante sea clara y elegante.

El propio Tribunal se encarga de asegurar la apertura de su doctrina a lo que, tras deliberación pública, decida el legislador de modo general. Así, la STC 222/1992 contiene una afirmación cuya finalidad es reducir el alcance de la sentencia, evitando que la resolución de un aspecto parcial de la cuestión se extienda por analogía a todos los demás, y se imponga en consecuencia al legislador una solución general: «La resolución que proceda dar a esta cuestión queda circunscrita al concreto problema de constitucionalidad con ella planteado, sin que en la presente sentencia, por tanto, pueda buscarse solución para cualesquiera otras hipotéticas comparaciones entre el régimen legal aplicable, en otros ámbitos, al matrimonio y la situación de quienes convivan de modo marital» (FJ 3.º).

El TC, quizá de modo inconsciente, aprovechó las condiciones institucionales favorables para provocar en la opinión pública un importante e interesante debate en el que están en juego bienes y derechos del más hondo significado constitucional. Sabiamente, y para evitar que su sentencia fuera interpretada como una solución definitiva, el Tribunal aseguró la apertura de este proceso de deliberación pública introduciendo esa cláusula cautelar que reduce el posible impacto contramayoritario de la sentencia.

VII. CONCLUSION

La premisa de este trabajo ha sido que cuando se discute el tratamiento constitucional de las uniones de hecho el principio de igualdad hay que ponerlo en conexión con el derecho a no casarse. La clasificación que establezca la ley no infringirá el principio de igualdad si es un medio adecuado para alcanzar un fin legítimo y constitucionalmente protegido con el que guarde relación de proporcionalidad. El núcleo de la discusión constitucional acerca de la regulación legal de las uniones de hecho reside en la pregunta de si los individuos tienen un derecho a no casarse, cuán fuertemente debe protegerse este derecho, y qué restricciones pueden imponérsele válidamente. En una gran medida, el juicio acerca de la legitimidad del objetivo perseguido por la ley dependerá de qué respuesta demos a esta pregunta.

Quisiera hacer una última observación, referida a una cuestión jurídica relacionada: ¿Tienen los homosexuales derecho a casarse? A lo largo de este trabajo

me he centrado en el problema que plantean las uniones de hecho entre un hombre y una mujer. La unión entre dos personas del mismo sexo constituye cuestión distinta que no he examinado. La idea que quisiera apuntar aquí es que la discusión acerca del derecho a casarse y el derecho a no casarse es extensible al caso de los homosexuales: si los homosexuales tienen derecho a casarse, cabe argumentar que también tienen derecho a no casarse. Por desgracia, como nuestra sociedad no parece estar dispuesta a aceptar la idea de un matrimonio entre personas del mismo sexo, tendemos a resolver la situación de las parejas homosexuales aplicándoles las mismas reglas que diseñamos para regular las uniones de hecho entre personas de distinto sexo. Pero esta solución única para dos problemas distintos crea enorme confusión. En este sentido, están justificadas las reacciones ambivalentes que los homosexuales sienten ante esta solución (22). La cuestión de fondo es si los homosexuales tienen derecho a casarse y derecho a no casarse. Si la respuesta es afirmativa, entonces tienen derecho a elegir entre celebrar el acto formal de contraer matrimonio, vivir en unión de hecho o asumir alguna otra institución intermedia que la ley pueda crear y ofrecer a la libertad de configuración individual. Así, la discusión acerca de si las personas tienen derecho a no casarse reaparece cuando se discute acerca del matrimonio entre personas del mismo sexo.

Todo ello sugiere la necesidad de tomar en serio la cuestión de si existe, hasta qué punto, y con qué límites, un derecho constitucional a no casarse. Muchas consecuencias interesantes parecen derivarse de la respuesta que demos a esta pregunta. Este trabajo a propósito de la STC 222/1992 ha intentado ilustrar esta afirmación.

(22) Algunos homosexuales desean que la ley les reconozca su derecho a casarse. Otros se sienten satisfechos con la idea de que puedan acogerse a la regulación de las uniones de hecho. Otros, por último, están en contra de perpetuar la institución del matrimonio o similares, e efusivamente celebran el derecho a no casarse. Véase *El País*, 28 de febrero de 1994, pág. 28.