

# La heterosexualidad como elemento esencial del concepto de matrimonio

Susana Mosquera Monelos

Universidad de A Coruña

## 1. Aproximación inicial al concepto de familia y matrimonio

En su conocido trabajo sobre la familia, LÉVI-STRAUSS señala que: "...la tendencia general entre los antropólogos (...) es que la vida familiar está presente en prácticamente todas las sociedades humanas, incluso en aquellas cuyas costumbres sexuales y educativas difieren en gran medida de las nuestras. De este modo, tras haber sostenido durante cincuenta años que la familia, tal y como la conocemos en las sociedades modernas, era la consecuencia reciente de una evolución lenta y prolongada, los antropólogos actuales se inclinan hacia la convicción contraria, es decir, hacia la idea de que la familia, constituida por una unión más o menos duradera y socialmente aprobada, de un hombre, una mujer y los hijos (as) de ambos, es un fenómeno universal que se halla presente en todos y cada uno de los tipos de sociedad"<sup>604</sup>.

Si en este trabajo intentamos ofrecer un análisis riguroso de las posibilidades que existen a favor de una nueva configuración del concepto de familia y más concretamente del concepto de matrimonio, hemos de partir de un concepto inicial de ambos términos. Analizaremos en primer lugar el de familia pues de ahí surgirá el segundo en una fase históricamente posterior.

La familia, puede definirse como "una pareja casada u otro grupo de parientes adultos que cooperan en la vida económica y en la crianza de los hijos(as), la mayor parte de los cuales, o todos, usan una morada común"<sup>605</sup>. Podemos en esta definición incluir un concepto amplio de familia en el que tendrán cabida las familias monoparentales, las formadas por abuelos y nietos, las formadas por un varón y varias mujeres o de una mujer con más de un varón. Se trata de una definición lo suficientemente amplia para evitar discusiones.

En ese concepto de familia varios elementos tienen especial relevancia y son: la existencia de una serie de reglas que prohíben la relación familiar/matrimonial entre parientes próximos; la cooperación o división de las tareas entre hombres y mujeres en ese núcleo familiar; el matrimonio como relación social reconocida y estable entre hombres y mujeres en tanto que individuos que forman parte de ese grupo social.<sup>606</sup> Este último dato nos llevará a analizar la relevancia que la institución hoy en día calificada como matrimonio ha tenido en

---

<sup>604</sup> Cit. LÉVI-STRAUSS, C. "La familia", (pp. 7-49) en LÉVI-STRAUSS, C.; SPIRO, M.E.; GOUGH, K. *Polémica sobre el origen y la universalidad de la familia*. Barcelona, 1987.

<sup>605</sup> En palabras de GOUGH, K. "El origen de la familia", (pp.112-154) en LÉVI-STRAUSS, C.; SPIRO, M.E.; GOUGH, K. *Polémica sobre el origen y la universalidad de la familia...*, o.c., p. 114.

<sup>606</sup> Cfr. *Ibidem*.

épocas históricas anteriores. De nuevo siguiendo a LÉVI-STRAUSS señalamos que, la mayor parte de las sociedades conceden una significativa relevancia a lo que podemos denominar “status matrimonial”<sup>607</sup>. Cuestión distinta será la regulación que cada una de estas sociedades haga de esa institución conocida como matrimonio, término de confuso origen<sup>608</sup>.

Hemos utilizado definiciones y datos provenientes de la antropología para constatar la relevancia que un cierto concepto de familia y de matrimonio tiene desde las más diversas ramas del conocimiento. No nos detendremos a analizar en profundidad ese campo que no es el nuestro y nos limitaremos a la configuración jurídica que esta institución tiene en el momento actual en la sociedad occidental. En ese orden de cosas, no se puede discutir la impronta que el cristianismo, a través de su derecho propio, ha tenido en la delimitación del modelo matrimonial occidental.<sup>609</sup> Y ello a pesar del escaso interés que el cristianismo en sus inicios parecía tener por matrimonio como forma de vida. Así nos lo recuerda BOSWELL al señalar la devaluación que el matrimonio experimentó entre los primeros cristianos que entusiastas y devotos esperaban alcanzar a través del celibato, la verdadera salvación.<sup>610</sup> En ese sentido interpreta el autor la falta de interés por parte del cristianismo respecto a la forma de esas celebraciones matrimoniales.<sup>611</sup>

Es en Roma dónde se delimitan de un modo claro los tres tipos básicos de relaciones matrimoniales: la religiosa representada por la *confarreatio*, la civil con la *coemptio*, y finalmente la natural, que sin ritos se configura como *usus*.<sup>612</sup> Figuras que con el tiempo recibirán la protección del Derecho a través de la regulación jurídica de la institución matrimonial, regulación que será recogida por el Derecho canónico en una etapa histórica posterior. Así vemos que será necesario entrar en el largo período medieval para que la Iglesia confirme su actuación sobre la institución matrimonial. Se inicia así un largo periplo jurídico, con disposiciones muy variadas provenientes de distintos concilios y sínodos, en los cuales se trata de establecer la configuración definitiva de una institución que ya de modo inexorable está en manos de las instituciones religiosas. Esto se logrará en el Concilio de Trento, se terminan entonces las largas disputas doctrinales que habían enfrascado a canonistas en los siglos anteriores, y la institución matrimonial se tipifica y construye según lo dispuesto por el Derecho de la Iglesia.

<sup>607</sup> “Todavía es más notable el auténtico sentimiento de repulsión que muchas sociedades muestran con respecto al celibato. En términos generales puede decirse que entre las llamadas tribus primitivas, no existen solteros por la simple razón de que no podrían sobrevivir”. Cit. LÉVI-STRAUSS, C. “La familia”, o.c., 20-21.

<sup>608</sup> “Matrimonio proviene del vocablo latino *matrimonium*, si bien no resulta claro el origen y significado del mismo. Existe acuerdo en que se formó a partir de la palabra *mater*, aunque se duda del origen de la terminación *monium*”. Cit. GARCÍA GÁRATE, A. *El matrimonio religioso en el Derecho civil*. Burgos, 1995, p. 22.

<sup>609</sup> Cfr. NAVARRO-VALLS, R. *Matrimonio y derecho*. Madrid, 1995, p.7.

<sup>610</sup> “Para los cristianos, en agudo contraste, constituía el modo de vida privilegiado tanto para mujeres como varones, y a él se aspiraba individualmente y en comunidades, con abierto desdén respecto a la familia tradicional y las consideraciones personales que se centraban en el matrimonio”. Cit. BOSWELL, J. *Las bodas de la semejanza*. Barcelona, 1996, p.206.

<sup>611</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 207.

<sup>612</sup> Cfr. BENEYTO, J. *Una historia del matrimonio*. Madrid, 1993, p.4. Y para mayor abundamiento, GOODY, J. *La evolución de la familia y del matrimonio en Europa*. Barcelona, 1986.

Desde entonces la Iglesia católica ha gozado de un claro monopolio en este terreno. “En Europa, durante siglos, se entendía pacíficamente que la regulación del matrimonio y numerosas materias conexas al mismo, tal y como la filiación, el Derecho hereditario, etc., era competencia exclusiva de la Iglesia católica”<sup>613</sup>. En el momento actual, esa relevancia histórica es inexistente. Pocas son las parcelas en las que la Iglesia católica mantiene su poder, sin embargo, la institución matrimonial conserva la impronta del Derecho canónico, también en el orden civil.

No obstante, el matrimonio no es una creación del cristianismo, y mucho menos del Derecho canónico. Se trata de una institución natural, como ya vimos, de la que el Derecho canónico ofreció una visión antropológica y en segundo, sólo en segundo lugar, teológica, como nos recuerda el profesor Navarro-Valls. La Iglesia católica ha ofrecido una visión propia del ser humano no de la institución matrimonial.<sup>614</sup> La construcción del matrimonio que elaboró el Derecho canónico encontró su apoyatura en la cultura romana y hebrea que ya conocían y regulaban esa figura mucho antes de la aparición del cristianismo. A partir de la estructura jurídica que ofrecen ambos sistemas legales el Derecho canónico elaborará su construcción propia del matrimonio como fundamento y columna vertebral de una institución clave para el desarrollo de las sociedades, cual es la familia.

Sin embargo, en fechas recientes asistimos a una desvertebración del concepto de matrimonio, y así mismo a una desjuridificación de la institución jurídica propiamente dicha. “El matrimonio, aunque responde a necesidades naturales, es un producto cultural sometido a vicisitudes a lo largo de la Historia”<sup>615</sup>. En ese sentido, la realidad social de finales de siglo XX y comienzos del XXI se nos presenta en ocasiones como un viaje en el tiempo, llegando en lo que a este tema se refiere hasta los antecedentes romanos de esta figura; esto es, el matrimonio como unión temporal entre varón y mujer marcada por la prestación recíproca de consentimiento entre las partes pero desprovista de alguno de los elementos que el cristianismo aportó a la misma.

“La pérdida de la identidad del ser personal del hombre (en su masculinidad y feminidad) es la causa radical de la pérdida de la identidad del matrimonio y ésta, a su vez, es la razón principal de la pérdida de identidad de la familia, como célula natural y básica de toda sociedad auténticamente humana”<sup>616</sup>. De esa pérdida de identidad da buena cuenta la crisis que la institución familiar experimenta en muchos países<sup>617</sup>, y que afecta también a la institución matrimonial a raíz de una variada serie de causas enumeradas por el prof. VILADRICH: “la convicción de la mayor autenticidad del “amor libre”, la longevidad humana, el rechazo de la maternidad y el trabajo en el hogar como ideal de vida, la inmadurez psicológica de muchos contrayentes, el aborto masivo, los conflictos intergeneracionales, la

---

<sup>613</sup> Cit. IBÁN, I.C. y PRIETO SANCHÍS, L. *Lecciones de derecho eclesiástico*. Madrid, 1985, p.233.

<sup>614</sup> Vid. NAVARRO-VALLS, R. *Matrimonio y derecho*, o.c., p. 8.

<sup>615</sup> Cit. CLAVERÍA GOSÁLVEZ, L-H. “Lo que sí es y lo que no es el matrimonio”, (pp.259-280) en ADEE, vol. XII, 1996, p.260.

<sup>616</sup> Cit. VILADRICH, P-J. *La agonía del matrimonio legal*. Pamplona, 1997, p.21.

<sup>617</sup> Buena prueba de ello es la relevancia que en muchos países han cobrado instituciones de ayuda como ONGs sustituyendo el papel que tradicionalmente ha ocupado la familia en el apoyo a los miembros más desvalidos de la estructura familiar como también de incapaces, ancianos o necesitados en general. Crisis que tiene directa relación con el fortalecimiento del llamado Estado de Bienestar, y que vemos de modo claro en los países del norte de Europa.

penuria económica, la arreligiosidad y el ateísmo, o la búsqueda de una única maternidad excluyendo por principio la figura y la función paterna<sup>618</sup>

Para comprender plenamente alguna de las causas enumeradas en esta relación será necesario aportar la definición de matrimonio que nos ofrece el Derecho canónico. Una de las posibles es la que nos ofrece el prof. BERNÁRDEZ: “Un consorcio de toda la vida constituido entre varón y mujer, mediante un pacto matrimonial, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole”<sup>619</sup> Alguna de esas notas están presentes en la definición que utiliza el Derecho civil, otras no. Dejamos para un momento posterior la regulación que ofrece nuestro ordenamiento jurídico de la institución matrimonial, y señalamos ahora alguna de las notas características de esta figura en occidente desde una perspectiva general: la heterosexualidad, la traducción del matrimonio en una relación jurídica, un vínculo del que surgen necesariamente una serie de obligaciones y derechos para ambas partes, una regulación jurídica acompaña a esa institución y proviene tanto del derecho dispositivo como imperativo, es siempre la voluntad de las partes la que da origen a la relación jurídica matrimonial y a sus efectos, y finalmente, existe en todo ordenamiento jurídico una forma aceptada como esencial a la hora de celebrar este acto jurídico<sup>620</sup>.

Dicho esto pasamos a analizar uno de esos rasgos considerados hasta fechas recientes como esenciales en la definición de la institución matrimonial: la heterosexualidad. Es bien cierto que, el matrimonio es y ha sido siempre una figura jurídica sujeta a modificaciones o adaptaciones por parte del Derecho para adecuarla a las necesidades sociales de cada momento. Pero al mismo tiempo, es el Derecho el que determina su contenido esencial atendiendo a ese entramado social que está detrás de la institución y aunque los cambios son posibles, la modificación que alterase la institución misma no sería aceptable.

## 2.La heterosexualidad en la definición de matrimonio

Hemos de señalar en estos momentos algo que resultará obvio, la heterosexualidad se ha considerado como un elemento esencial en el modelo matrimonial imperante en los últimos siglos<sup>621</sup>. El cambio que ha llevado, en fechas recientes, a cuestionarse la validez de ese elemento tiene mucho que ver con cambios sociales operados en el concepto de familia<sup>622</sup> y en las pretensiones que el colectivo homosexual ha realizado a diferentes niveles. Nuestro objetivo en este trabajo es llegar a delimitar si este elemento tiene una relevancia jurídica lo suficientemente importante como para que su ausencia nos permita seguir hablando de matrimonio en nuestro ordenamiento jurídico.

Siguiendo la ya clásica definición de matrimonio del jurista romano Modestino dada a principios del siglo III, esta figura se define como: “la unión del hombre con la mujer, una comunidad para toda la vida, la puesta en común de lo que atañe al derecho humano y al

<sup>618</sup> VILADRICH, P-J. *La agonía del matrimonio legal...*, o.c., p. 27.

<sup>619</sup> Cit. BERNÁRDEZ CANTÓN, A. *Compendio de Derecho Matrimonial Canónico*. Madrid, 1994, p. 23.

<sup>620</sup> Cfr. GARCÍA GÁRATE, A. *El matrimonio religioso...*, o.c., p. 44.

<sup>621</sup> Vid. NAVARRO-VALLS, R. *Matrimonio y Derecho*, o.c., p. 89.

<sup>622</sup> Vid. en este sentido a NAVARRO-VALLS, R. y su aproximación al concepto de “familia proteiforme”, en *Matrimonio y Derecho*, o.c., p. 48.

derecho divino”<sup>623</sup>. Este concepto fue incluido en las “Instituciones” de Justiniano y de ahí se difundió ampliamente gracias a la labor del Derecho canónico<sup>624</sup>. En este orden jurídico que es el propio de la Iglesia, no cabe duda que la definición de matrimonio que ofrece el código de Derecho canónico considera la heterosexualidad como elemento esencial, por ese motivo no ofrece lugar a dudas. Por eso nos centraremos más atentamente en la regulación del ordenamiento jurídico civil.

En nuestro ordenamiento jurídico la exigencia de la heterosexualidad parece clara. Si leemos el artículo 32,1 de la CE nos dice que: “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”. Que la Constitución en este punto hable de hombre y mujer resulta, cuanto menos, curiosa puesto que en la mayor parte de su articulado el texto constitucional recurre a otro tipo de expresiones: ciudadanos, españoles, todos, toda persona... Aquí se ha molestado en identificar a los dos sujetos activos de ese derecho reconocido. No obstante, esta es una de las posibles interpretaciones que pueden darse a esa mención, desde un sector de la doctrina se ha señalado la omisión de una expresión que parece ser fundamental: “entre sí”. No dice la Constitución que ese derecho de hombres y mujeres sea para contraer matrimonio entre ambos, y por tanto no se excluiría de modo directo el matrimonio entre personas del mismo sexo<sup>625</sup>. “La heterosexualidad, como requisito del matrimonio, encierra el fundamento de uno de los principios que dieron origen históricamente a esta figura: la necesidad de una reproducción ordenada a la especie y consiguiente colocación social del nacido con la correspondiente asignación de derechos y obligaciones respecto a él. La homosexualidad parece amenazar la institución de la familia y del matrimonio y también el orden natural que daba por supuesto que la familia fuera universal”<sup>626</sup>. En ese sentido de manifiesta nuestro ordenamiento al completo, esto es, partiendo de la Constitución y pasando por la jurisprudencia hasta incluir buena parte de la doctrina.

Posturas a favor de la posibilidad de reconocimiento de efectos jurídicos a un posible matrimonio homosexual tendrían como argumento la discriminación a que se ven sometidas las parejas de igual sexo a la luz del artículo 14 de la CE que señala entre las posibles causas de discriminación “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. A ello debemos añadir la regulación contenida en el artículo 10,1 CE: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la persona, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y la paz social”. Para la continuación el art. 10,2 CE apuntar que: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

En el ámbito internacional hemos de señalar que la DUDH no ha reconocido hasta la fecha el derecho inalienable de toda persona a no ser discriminada a causa de su orientación sexual. Ha sido el Consejo de Europa en su Recomendación 924 de 1 de octubre de 1981 el organismo internacional que declara el derecho a la autodeterminación sexual de hombres y

---

<sup>623</sup> *Digesto* (23,2,1)

<sup>624</sup> Cfr. GAUDEMET, J. *El matrimonio en Occidente*. Madrid, 1993, p.24.

<sup>625</sup> Vid. TALAVERA FERNÁNDEZ, P.A. *La unión de hecho...*, o.c., p. 222.

<sup>626</sup> Cit. RODRÍGUEZ, J.A. “Homosexualidad: una enfermedad sin nombre”, en *Sistema*, nº 64, enero/85, p. 83.

mujeres. Siguiendo esta recomendación surgirán otras desde el Parlamento Europeo en 1984 sobre las discriminaciones sexuales en el lugar de trabajo y la importante Resolución aprobada el 8 de febrero de 1994, en la que merece detenerse con más atención.

A través de la vía que ofrece el artículo 10,2 de nuestra Constitución se trata de hacer valer el contenido de esa Resolución 28/1994 del Parlamento Europeo para lograr la equiparación entre las uniones matrimoniales heterosexuales y homosexuales. Estamos aquí, en palabras de NAVARRO-VALLS, ante “la más notoria manifestación de esta tendencia de equiparación con el matrimonio”<sup>627</sup>. No obstante, la propuesta inicial del Parlamento era la de elaborar una Directiva comunitaria que exigiría la adaptación a la misma de los derechos de los estados miembros de la Unión<sup>628</sup>. La norma finalmente adoptada<sup>629</sup> no es otra cosa que una recomendación que solicita suprimir las disposiciones jurídicas que criminalizan y discriminan las relaciones homosexuales, así como las disposiciones que persiguen la homosexualidad como atentado contra el orden público, y similares normas que vulneren el derecho de igualdad de trato que debe hacerse extensivo a este colectivo. De la eliminación de supuestos discriminatorios se pasa en una segunda fase la reclamación directa de una igualdad de derechos matrimoniales para las parejas homosexuales que en algunos ordenamientos comienzan a dar sus frutos. Llegados a ese punto, cabe preguntarse, con CLAVERÍA GOSÁLVEZ, cual es el objetivo último del colectivo homosexual y para qué desea el matrimonio<sup>630</sup>.

### 3. Un análisis comparado de la regulación del matrimonio homosexual.

En los países europeos de nuestro entorno encontramos un reconocimiento legal de las uniones homosexuales, especialmente en los países nórdicos. Tal es el caso de Dinamarca, Noruega, Finlandia, Islandia, Suecia y Holanda. En estos países nos encontramos con una clara aceptación social del fenómeno homosexual que ha favorecido el reconocimiento jurídico de las uniones de él derivadas. Estamos hablando de un reconocimiento equiparado al de la unión de hecho, pues como señala TALAVERA FERNÁNDEZ, “en el ámbito jurídico de los países nórdicos es doctrina común que quien busca los efectos jurídicos propios del matrimonio y puede casarse, debe casarse. Precisamente por eso se habilita para la pareja homosexual un estatuto cuasi-matrimonial, para garantizar que toda relación afectiva (homosexual o heterosexual) que busque los efectos personales y patrimoniales propios del matrimonio, pueda tenerlos”<sup>631</sup>. Situación contraria sucede en países como Francia, Italia o España donde la unión de hecho está pensada más para las parejas heterosexuales que desean

<sup>627</sup> Cit. NAVARRO-VALLS, R. *Matrimonio...*, o.c., p. 97.

<sup>628</sup> “Esta Resolución, al igual que las anteriores, se encuentra sometida a los límites del tipo normativo en el que se solicita que lo elabore la Comisión. Una vez más se plantea como Recomendación, que no tiene carácter obligatorio en su cumplimiento por parte de los países comunitarios, y no como Directiva, que hubiera supuesto el mandato obligatorio de que se armonice la legislación de la Unión en esta materia, tal y como se pretendía en la propuesta inicial de Resolución”, cit. PÉREZ CÁNOVAS, N. *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español*. Granada, 1996, p.44.

<sup>629</sup> Aunque no fue sin polémica pues de los 518 diputados que forman el Parlamento Europeo, sólo 273 participaron en esa votación y de ellos 159 votaron a favor, 98 en contra y se registraron 18 abstenciones.

<sup>630</sup> Cfr. CLAVERÍA GOSÁLVEZ, L-H. “Lo que sí es y lo que no es matrimonio”, o.c., p.276.

<sup>631</sup> Cit. TALAVERA FERNÁNDEZ, P.A. *La unión de hecho y el derecho a no casarse*. Granada, 2001, p.205.

escapar del encorsetamiento jurídico de la institución matrimonial, que para las homosexuales, aunque en la regulación de desarrollo de los distintos registros de uniones de hecho que encontramos en nuestro país no sólo es posible la inscripción de parejas homosexuales, sino también parejas de hermanos o de parientes cercanos para los que pesa prohibición matrimonial civil y canónica.

Nos interesa la regulación que estos países han hecho de la unión homosexual para ver hasta qué punto ésta se equipara al concepto de matrimonio<sup>632</sup>. Pasamos pues a analizar brevemente alguna de las normas en cuestión. Así, la Ley Danesa de Cohabitación Registrada, de 1 de octubre de 1989 establece la equiparación entre el matrimonio y la unión homosexual registrada, según las previsiones establecidas en la ley. Se establece en su artículo 3,1 que el registro de parejas tendrá los mismos efectos legales que el contrato de matrimonio (fiscalidad, seguridad social, pensiones, etc.) pero dice a continuación el artículo 4,1 que “todo lo establecido por la ley Danesa de Adopción concerniente a los cónyuges, no será de aplicación a los miembros de las parejas registradas”. Encontramos así una de las distinciones fundamentales entre el concepto de matrimonio y de unión homosexual, al primero se le reconoce el derecho natural a la procreación y educación de la prole del que se excluye al segundo.<sup>633</sup>

La legislación noruega y danesa “presentan excepciones, que muestran la perplejidad del legislador ante la equiparación del matrimonio homosexual con el heterosexual. Así, ambas leyes prohíben la adopción de niños por la pareja homosexual, así como la titularidad de un derecho de guarda conjunto”<sup>634</sup>

El ordenamiento holandés es hasta la fecha el más permisivo de cara al reconocimiento de derechos a las uniones homosexuales. Ya en 1993 Holanda contaba con una Ley contra la discriminación, que puso en vigor el llamado “contrato de vida en común”<sup>635</sup>, a esa regulación vino a completarse con la reforma en el Derecho de familia holandés que entró en vigor el 1 de enero de 1998 a través de la aprobación de una nueva Ley de uniones de hecho por la cual, dos personas del mismo sexo pueden formalizar un “contrato de convivencia registrada” con un tratamiento muy similar al del matrimonio. Hasta aquí nos encontramos ante un caso casi idéntico al sueco, noruego o danés. Pero, si en un momento inicial la diferencia que separaba a esa unión de hecho registrada de la institución matrimonial tradicional era el derecho a la adopción legal negado para la primera, desde el 12 de

<sup>632</sup> Cfr. VILLAGRASA ALCAIDE, C. (coord.) *El Derecho Europeo ante la pareja de hecho. Seminario organizado por la Fundación Internacional Olof Palme*. Barcelona, 1996. Y también, BORRILLO, D. *Homosexualités et droit*. Paris, 1998.

<sup>633</sup> Similar regulación a la danesa encontramos en la Ley noruega de 1 de agosto de 1993 de cohabitación registrada, y en la ley sueca de cohabitantes homosexuales de 1987 completada por la ley de cohabitación registrada de 23 de junio de 1994, en ambos casos se equiparan los efectos de la unión registrada con el matrimonio exceptuando la posibilidad de adopción y tutela conjunta para parejas del mismo sexo.

<sup>634</sup> Cit. CAMARERO SUÁREZ, V. “Consideraciones sobre la convivencia homosexual en el Derecho español y comparado”, (pp.791-800) en AAVV *Estudios en homenaje al profesor Martínez Valls. Vol.II*. Universidad de Alicante, 2000, p.796.

<sup>635</sup> “Un contrato privado, celebrado ante notario, por medio del cual dos personas, del mismo o distinto sexo, podían pactar determinados efectos patrimoniales y sucesorios, y cuya vigencia generaba también algunos efectos en otros sectores del ordenamiento jurídico”. Cit. TALAVERA FERNÁNDEZ, P.A. *La unión de hecho...*, o.c., p. 210.

septiembre de 2000 esta prohibición ha desaparecido del ordenamiento holandés. La cámara baja holandesa aprobó en esa fecha la más extensa regulación en reconocimiento de la igualdad de derechos entre las parejas homosexuales y heterosexuales, reconociendo derecho al matrimonio para ambas y los mismos derechos en lo que se refiere a la adopción. La única restricción que establece esta nueva ley es que las parejas del mismo sexo sólo podrán adoptar niños de nacionalidad holandesa, y las parejas homosexuales no pueden acudir a tierras holandesas a contraer matrimonio a no ser que una de las partes viva allí. Esta nueva regulación pasó su revisión en la cámara alta holandesa y entró en vigor en abril de 2001.

El camino de Holanda parecen seguirlo ahora otros países y así llegamos al caso canadiense de plena actualidad pues la última sentencia sobre este asunto ha sido dictada por la Corte Superior de Quebec el 6 de septiembre de 2002 y unos meses antes encontramos otra proveniente de la Corte Superior de Ontario de fecha 12 de julio de 2002 en los mismos o similares términos. Analizaremos pues, de modo breve, el reconocimiento que los matrimonios homosexuales tienen en el sistema legal canadiense.

Los gobiernos provinciales<sup>636</sup> de la Columbia Británica, Nueva Escocia, y Ontario han concedido ciertos derechos a las parejas de mismo sexo similares a los contenidos en las legislaciones de los países de la Europa del Norte.<sup>637</sup> Para entender la situación planteada en el sistema legal Canadiense que nos permita entender la importancia de la situación actual hemos de realizar una serie de puntualizaciones generales. El matrimonio en la provincia de Quebec está controlado a través del Código civil de Quebec que es históricamente deudor de la herencia francesa en esa provincia canadiense y por tanto un código de Derecho continental. En las restantes provincias el matrimonio está administrado por las provincias bajo los auspicios de la legislación federal que proviene históricamente de las leyes británicas. La sección 91 de la British North America Act dispone que la definición del concepto de matrimonio es competencia federal, así como de los privilegios, restricciones y derechos reconocidos a esa unión matrimonial. En su sección 92 esta Ley señala que la solemnización del matrimonio se deja en manos de las provincias. No obstante, es el gobierno federal el que define quien puede contraer matrimonio, las provincias sólo extienden licencias de matrimonio y proceden a su posterior registro.

En este sentido, en Nueva Escocia se ha procedido al reconocimiento de las parejas de igual sexo a través de un registro de parejas ("*domestic partnership register*") esto les

<sup>636</sup> Provincias en las que se divide la Federación canadiense.

<sup>637</sup> Acontecimientos históricos que llevaron a esa situación fueron: en 1981 el Toronto City Council invoca al gobierno de la provincia de Ontario a reformar el código de derechos humanos de la provincia para incluir la orientación sexual como uno de los supuestos de discriminación (el Código será reformado en ese sentido en 1986); en 1995 la Ontario extiende beneficios sociales a las familias formadas por parejas del mismo sexo; en 1996 la orientación sexual se incluye como una de las causas de protección ante la discriminación en la Ley Canadiense de Derechos humanos; en 1996 Ontario aprueba el Bill 5 que prohíbe discriminación para las parejas homosexuales, siendo desde ese momento tratadas como las parejas heterosexuales; en el año 2000 el gobierno Federal aprueba el Bill C23 el cual extiende plenos derechos a las parejas de igual sexo, con una significativa omisión, su derecho para contraer matrimonio; ya en 2002 la Corte Superior de Ontario establece, por unanimidad, que la restricción del matrimonio a un hombre con una mujer es inconstitucional. Y de ese modo la Corte establece un plazo de 24 meses para que el gobierno provincial y federal reformen la legislación existente para permitir el matrimonio de parejas del mismo sexo. Decisión que en estos momentos se encuentra en fase de apelación presentada por el Gobierno federal canadiense.



concede una serie de derechos relativos a pensiones, herencias, propiedad, servicios médicos y otros. Pero en modo alguno se les reconoce el derecho a adoptar hijos, como hemos visto aparecía en la mayor parte de las legislaciones europeas sobre el tema, excepto Holanda.

En Canadá el gobierno federal controla la legislación matrimonial en todas las provincias excepto en Quebec, aunque son las provincias las que extienden certificados matrimoniales y registran las nuevas uniones. Esto ha dado lugar a un “aparente” conflicto entre la legislación matrimonial y las leyes elaboradas en algunas provincias con la Carta Canadiense de Derechos y Libertades. Así, la sección 5 de la Ley sobre matrimonio de Ontario impide a las parejas homosexuales obtener licencia de matrimonio, pero sin embargo, autoriza a dos personas del mismo sexo contraer matrimonio a través del sistema de “lectura de amonestaciones”, una serie de anuncios hechos durante el servicio religioso a lo largo de tres semanas consecutivas antes de la fecha prevista para el matrimonio. Y todo ello a la vez que la legislación federal restringe el matrimonio a parejas formadas por un hombre y una mujer.<sup>638</sup>

En Quebec el Partido Quebequés ha incluido en su programa electoral derechos para las parejas gays en igualdad con las heterosexuales, aunque por dificultades políticas no se han llevado a la práctica. En ese orden de cosas, una pareja homosexual inició un proceso ante la Corte Superior de Quebec en 1999. La sentencia de este proceso se ha conocido en septiembre de 2002 y la Corte se ha pronunciado en casi idénticos términos a su homóloga de Ontario: se declara que la regulación contenida en el artículo 5 de la Ley de Armonización del Derecho federal con el Derecho civil que dispone que: “el matrimonio requiere el consentimiento libre manifestado por un hombre y una mujer que se toman por esposos”, resulta incompatible con lo dispuesto en el artículo 15,1 de la Carta Canadiense de derechos y libertades que sanciona que: “la ley no hace distinción entre las personas y se aplica por igual a todos, todos tienen derecho a la misma protección y el mismo beneficio por parte de la ley, sin que quepa discriminación alguna fundada por motivos de raza, nacionalidad, o etnia, color, religión, sexo, edad por deficiencias mentales o físicas”<sup>639</sup>, reclamando por todo ello al gobierno federal a que proceda a la oportuna modificación de la legislación sobre matrimonio que está en su campo de competencias legislativas, en un plazo no superior a 24 meses.

De este modo se ha llegado a un punto sin aparente retorno en lo que a las demandas de la comunidad homosexual en relación al matrimonio se refiere. El reconocimiento de uniones civiles con efectos similares a los de la unión matrimonial, como viene siendo la tendencia en los países nórdicos, ya no es suficiente. Se solicita la plena equiparación y con ello el derecho a contraer matrimonio en igualdad de derechos con las parejas heterosexuales. ¿Es esta una opción jurídicamente posible?

#### **4. ¿Es posible una redefinición del concepto de matrimonio?**

Planteada la posibilidad de acceso al matrimonio de los colectivos homosexuales lo que se cuestiona es si la heterosexualidad es elemento indispensable en la noción legal de

---

<sup>638</sup> Cfr. EICHLER, M. *Family Shifts, Families, Policies, and Gender Equality*. Oxford, 1997. Y también, COSSMAN, B. y RYDER, B. *Gay, Lesbian and Unmarried Heterosexual Couples and the Family Law Act: Accommodating a Diversity of Family Forms*. Toronto, 1993.

<sup>639</sup> Para un estudio más detallado de la Constitución canadiense, véase, PILETE, L. *La Constitution canadienne*. Québec, 1993.

matrimonio o no.<sup>640</sup> Para VEGA GUTIÉRREZ, “la erosión de la institución matrimonial en occidente ha ido arrancando de su estructura natural, primero la indisolubilidad, después su juridicidad y, recientemente la heterosexualidad”<sup>641</sup>. Así las cosas, nos ha parecido lo más oportuno acudir a nuestro Tribunal Constitucional para que nos aclare cual es el concepto de matrimonio vigente en nuestro ordenamiento jurídico.

En su STC 184/1990 afirma que, a diferencia de las uniones de hecho: “El matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución y el derecho del hombre y la mujer a contraerlo es un derecho constitucional, cuyo régimen jurídico corresponde a la ley por mandato constitucional.”<sup>642</sup> Así mismo, en su auto nº 222/1994, de 11 de julio<sup>643</sup> señala que: “(...) los poderes públicos pueden otorgar un trato de privilegio a la unión familiar constituida por hombre y mujer frente a una unión homosexual. Lo cual no excluye, que por el legislador se pueda establecer un sistema de equiparación por el que los convivientes homosexuales puedan llegar a beneficiarse de los plenos derechos y beneficios del matrimonio, tal como propugna el Parlamento Europeo” (F.Jco. 2º).

En similares términos se pronuncia nuestro TS como se deduce de lo dispuesto en Sentencia de 19 de abril de 1991, “el libre desarrollo de la personalidad del transexual tiene el límite, al no ser ello posible, de contraer matrimonio, aparte de otras limitaciones deducidas de la naturaleza física humana, ya que los matrimonios serían nulos por inexistentes, como se deduce de los art. 44 y 73 nº 4 del Código Civil y del 32 de la Constitución”<sup>644</sup>.

La postura parece unánime a favor en defensa del principio de heterosexualidad del matrimonio en nuestro ordenamiento. El derecho reconocido en el art. 32 CE habla de hombre y mujer y es competencia del ordenamiento jurídico velar porque la garantía de ese derecho se realice adecuadamente. Como señalan DE ESTEBAN y LÓPEZ GUERRA: “La ausencia de un sistema de garantías mínimo supone que los derechos fundamentales no pasen de ser una idea más o menos romántica”<sup>645</sup>. No obstante, no estamos aquí ante uno de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Sección 1ª del Capítulo II de nuestra

<sup>640</sup> Vid. GUASCH, O. *La crisis de la heterosexualidad*. Barcelona, 2000.

<sup>641</sup> Cit. VEGA GUTIÉRREZ, A.Mª. *Políticas familiares en un mundo globalizado*. Navarra, 2002, p.43. Y de ese modo esta autora concluye que: “no dejan de sorprender las contradicciones que esconden las reivindicaciones que pretenden sustituir a voluntad los presupuestos naturales del matrimonio. Quien propusiese un sistema de parentesco en el que la diferenciación sexual no es importante, tendría que ser coherente y pedir también la supresión de otros límites, como el de la consanguinidad”. Cit. *Ibídem*, p. 90.

<sup>642</sup> Se reafirma en esta doctrina en las STC 155/1998, de 13 de julio y en la STC 180/2001, de 17 de septiembre.

<sup>643</sup> Que resuelve una petición de amparo con objeto de solicitar pensión de viudedad en un caso de convivencia de hecho de dos varones.

<sup>644</sup> No sólo en la jurisprudencia encontramos este tipo de pronunciamientos, en el mismo sentido se ha manifestado la Dirección General de Registros y Notariado en la Resolución de 21 de enero de 1988 al impedir a una pareja homosexual de acceso al estatuto jurídico de matrimonio: “No hace falta resaltar que el matrimonio ha sido siempre entendido como una institución en la que la diferenciación de sexos es esencial. Y ese concepto tradicional es el que recogen, sin duda alguna, las normas vigentes en España, rectamente interpretadas”. Y en igual sentido se manifiesta la doctrina, NAVARRO-VALLS, R. *Matrimonio y...*, o.c. ,p. 103.

<sup>645</sup> Cit. DE ESTEBAN, J. y LÓPEZ GUERRA, L. *El régimen constitucional español*, vol.I, Barcelona, 1980, p.208.

Constitución<sup>646</sup>, sino en la Sección 2ª para la cual es extensivo lo que dispone el art. 53,1 CE: “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161,1, a)”. Así, aunque se señala que: “(...) la protección específica al contrato matrimonial tan frecuente en nuestro derecho, no está constitucionalmente exigida”<sup>647</sup>, no por ello podemos dejar de lado la protección de esa institución jurídica que es el matrimonio, que si bien no es un derecho fundamental precisa de una adecuada protección dentro del ordenamiento jurídico<sup>648</sup>. Para ello, intentaremos demostrar la aplicabilidad que la técnica de la garantía institucional tiene para este supuesto concreto.

**La técnica de la garantía institucional.** El origen de esta técnica jurídica lo encontramos en Alemania, en Carl Schmitt y en los problemas surgidos de la Constitución de Weimar.<sup>649</sup> En nuestro ordenamiento la técnica es introducida como solución a los conflictos entre el Estado y los entes locales<sup>650</sup>, y posteriormente al ámbito educativo en STC 1987/26, de 27 de febrero sobre la independencia universitaria o al sistema de protección de la Seguridad Social en RTC 1994/37, de 10 de febrero. En ese orden de cosas no resulta descabellado plantearse la aplicabilidad de esta técnica jurídica a la protección de la institución jurídica que es el matrimonio. Así parece indicarlo el propio CARL SCHMITT

---

<sup>646</sup> Con esa especialísima protección que les ha concedido nuestro sistema constitucional.

<sup>647</sup> Cit. GÓMEZ, Y. *Familia y matrimonio en la Constitución Española de 1978*. Madrid, 1990, p. 180.

<sup>648</sup> En este sentido se expresa CASTILLO CÓRDOVA, “(...) todo derecho fundamental tiene una dimensión subjetiva y otra objetiva. Por aquella se produce la exigencia de un ámbito de libertad en el cual ejercitar las facultades que el derecho signifique; (...) la llamada teoría de las garantías institucionales pierde razón de ser cuando se trata de derechos fundamentales en la medida que su significación es asumida por la dimensión objetiva de los derechos fundamentales”. Cit. CASTILLO CÓRDOVA, L.F. *Libertad de expresión y sistema educativo. Pautas para la solución del posible conflicto entre la libertad de cátedra y el derecho al ideario*. Tesis doctoral defendida en la Universidad de A Coruña el 11 de enero de 2003. Vid. también DÍAZ-OTERO HERRERO, E. y OLIVAS CABANILLAS, E. “La concepción de los derechos subjetivos fundamentales como garantías institucionales”, (pp.79-107) en *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense*. Curso 1990-1991, Madrid, 1991.

<sup>649</sup> “Porque en la Constitución de Weimar, que regulaba sistemáticamente las libertades públicas en la parte organizativa de la misma (...) se colocaban las libertades públicas y las determinaciones organizativas básicas simplemente bajo la reserva de Ley (...) sin acompañar esta prescripción de medida cautelar o protectora alguna que asegurara la eficacia de los contenidos constitucionales frente a las disposiciones del legislador ordinario (...) tal como hoy es absolutamente usual en la técnica constitucional”. Cit. PAREJO ALONSO, L. *Garantía institucional y autonomías locales*. Madrid, 1981, p.18.

<sup>650</sup> Tal y como nos recuerda recientemente el propio TC en RTC 1998/109 de 21 de mayo: “Garantía institucional: se encuentra protegida en cuanto reducto indisponible o núcleo esencial que ha de ser respetado tanto por el Estado como por los poderes autonómicos: asegura la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar; se vulnera cuando se limita la institución y se le priva de sus posibilidades de existencia real para convertirse en un simple nombre: no lo es cualquier incidencia en la esfera competencial de la entidad local, sino únicamente aquellas que menoscaban o vulneran el núcleo esencial e indisponible de la autonomía provincial!”. Y en otras ocasiones, como en la RTC 1981/32, de 28 de julio.

cuando enumera al matrimonio como base de la vida familiar (art. 119 de la Constitución de Weimar) como otro ejemplo de garantía institucional.<sup>651</sup>

En el mismo sentido se pronuncia GALLEGO ANABITARTE al señalar que, “las garantías institucionales pueden ser jurídico-privadas (propiedad, herencia, matrimonio, etc.) y jurídico-públicas (autonomía local, función pública, etc.); éste es el dualismo entre garantías de institutos jurídicos y garantías institucionales”<sup>652</sup>; “la teoría de las garantías institucionales o garantías de institutos, en mi opinión, como instrumento conceptual puede ser perfectamente válida para designar todos aquellos preceptos constitucionales que contienen una institución u organización –sin relación directa con derechos fundamentales- que, elevada a rango constitucional, está pues garantizada jurídicamente de una forma máxima”<sup>653</sup>.

*Es en este sentido que en este trabajo se defiende la aplicación de esta técnica jurídica para proteger el sentido último que la institución matrimonial tiene en nuestro ordenamiento jurídico. En palabras del TC: “El orden jurídico-político establecido por la Constitución asegura la existencia de determinadas instituciones, a las que se considera como componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo en ellas un núcleo o reducto indisponible por el legislador. Las instituciones garantizadas son elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional y las normaciones que las protegen son, sin duda, normaciones organizativas, pero a diferencia de lo que sucede con las instituciones supremas del Estado, cuya regulación orgánica se hace en el propio texto constitucional, en éstas la configuración institucional concreta se defiende al legislador ordinario al que no se fija más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza. Por definición, en consecuencia, la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar. Dicha garantía es desconocida cuando la institución es*

<sup>651</sup> Vid. SCHMITT, C. *Teoría de la Constitución*. Revista Española de Derecho privado, Madrid, 1934, p. 198.

<sup>652</sup> Cit. GALLEGO ANABITARTE, A. *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial*. (Derecho a la educación; autonomía local; opinión pública). Madrid, 1994, p. 79.

<sup>653</sup> *Ibidem*, p. 83. En el mismo sentido, la Sentencia del TC 1987/26 de 27 de febrero, en su Fundamento jurídico 4,a) dispone que: “derecho fundamental y garantía institucional no son categorías jurídicas incompatibles o que necesariamente se excluyan, sino que buena parte de los derechos fundamentales que nuestra Constitución reconoce constituyen también garantías institucionales, aunque, ciertamente, existan garantías institucionales, que, como por ejemplo la autonomía local, no están configuradas como derechos fundamentales. Podría, pues, eludirse el tema para dar respuesta a las impugnaciones concretas que hace el recurso, porque lo que la Constitución protege desde el ángulo de la garantía institucional es el núcleo básico de la institución, entendido, siguiendo la Sentencia de este Tribunal 32/1981, de 28 de julio, como preservación de la autonomía «en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar». Y no es sustancialmente distinto lo protegido como derecho fundamental puesto que, reconocida la autonomía de las Universidades «en los términos que la Ley establezca» (art. 27.10 de la C. E.), lo importante es que mediante esa amplia remisión, el legislador no rebase o desconozca la autonomía universitaria mediante limitaciones o sometimientos que la conviertan en una proclamación teórica, sino que respete «el contenido esencial» que como derecho fundamental preserva el art. 53.1 de la Constitución.”

*limitada de tal modo que se le priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre. Tales son los límites para su determinación por las normas que la regulan y por la aplicación que se haga de estas. En definitiva, la única interdicción claramente discernible es la de la ruptura clara y neta con esa imagen comúnmente aceptada de la institución que, en cuanto formación jurídica, viene determinada en buena parte por las normas que en cada momento la regulan y la aplicación que de las mismas se hace” (STC 1981/32 de 28 de julio en su Fundamento jurídico 3º)<sup>654</sup>.*

Ya en la Sentencia 27/1981, de 20 de julio, nos señalaba el alto Tribunal que: “los principios constitucionales no son compartimentos estancos, sino que, al contrario, cada uno de ellos cobra valor en función de los demás y en tanto sirva a promover los valores superiores del ordenamiento jurídico”. En ese sentido, consideramos que la intención del constituyente español, al redactar el artículo 32 y la del legislador ordinario a la hora de reformar el sistema matrimonial español según la nueva orientación constitucional, pasaba por mantener el principio de heterosexualidad en el matrimonio. Tratar de hacer decir a la norma lo que de facto no dice supone una tergiversación de su sentido que vulnera su contenido esencia y para la cual consideramos plenamente aplicable la técnica de la garantía institucional, en tanto que al matrimonio lo incluimos dentro de las instituciones que forman el entramado jurídico de nuestra sociedad. “La libertad de expresión, el matrimonio, la propiedad, la libertad de ciencia, etc. son derechos subjetivos que adquieren su verdadero sentido cuando se tiene en cuenta que cada uno de ellos no protege sólo un derecho individual, sino unas instituciones”<sup>655</sup>.

Por ese motivo, las pretensiones del colectivo homosexual para equiparar las uniones entre personas del mismo sexo con el matrimonio homosexual<sup>656</sup> supondría, en estos momentos una vulneración del concepto jurídico de matrimonio tal y cómo se encuentra configurado en nuestro ordenamiento; algo que el propio sistema no puede consentir y en ese sentido se han pronunciado los distintos órganos judiciales y gran parte de la doctrina. Que las uniones de hecho den cabida a las parejas homosexuales entra dentro de lo jurídicamente

<sup>654</sup> En el mismo sentido, la Sentencia del TC 1987/26 de 27 de febrero, en su Fundamento jurídico 4,a) dispone que: “derecho fundamental y garantía institucional no son categorías jurídicas incompatibles o que necesariamente se excluyan, sino que buena parte de los derechos fundamentales que nuestra Constitución reconoce constituyen también garantías institucionales, aunque, ciertamente, existan garantías institucionales, que, como por ejemplo la autonomía local, no están configuradas como derechos fundamentales. Podría, pues, eludirse el tema para dar respuesta a las impugnaciones concretas que hace el recurso, porque lo que la Constitución protege desde el ángulo de la garantía institucional es el núcleo básico de la institución, entendido, siguiendo la Sentencia de este Tribunal 32/1981, de 28 de julio, como preservación de la autonomía «en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar». Y no es sustancialmente distinto lo protegido como derecho fundamental puesto que, reconocida la autonomía de las Universidades «en los términos que la Ley establezca» (art. 27.10 de la C. E.), lo importante es que mediante esa amplia remisión, el legislador no rebase o desconozca la autonomía universitaria mediante limitaciones o sometimientos que la conviertan en una proclamación teórica, sino que respete «el contenido esencial» que como derecho fundamental preserva el art. 53.1 de la Constitución.”

<sup>655</sup> GALLEGO ANABITARTE, A. *Derechos fundamentales...*, o.c., p. 268.

<sup>656</sup> Reciente mención de esta cuestión se ha hecho en los medios de comunicación con motivo de la celebración del II Congreso de Gays y Lesbianas de España celebrado en Madrid el 7 y 8 de diciembre de 2002. Nota en *La Voz de Galicia*, de 9 de diciembre de 2002.

factible, no se está con ello dejando sin contenido a la figura jurídica de la unión de hecho, pero si en el concepto actual de matrimonio incluimos formas no previstas en la regulación constitucional y general de esta institución, estaremos desvirtuando la misma, algo que el TC prohíbe cuando aplica la técnica de las garantías institucionales a otras figuras y que nosotros hemos hecho extensiva a la institución matrimonial. El derecho, en tanto que producto de una sociedad concreta y cambiante, deberá encontrar solución a las demandas de un grupo específico de esa sociedad, pero esa solución no puede ser la de desfigurar las instituciones ya existentes dentro del ordenamiento, en todo caso será necesario crear figuras nuevas que respondan a necesidades nuevas.