

El derecho a contraer matrimonio y el derecho a formar una familia en los textos internacionales de derechos humanos y en la Constitución española de 1978

Sara Acuña Guirola
Universidad de Cádiz

El modo de concebir las instituciones básicas sobre las que tradicionalmente se ha constituido la sociedad –matrimonio y familia- no es un fenómeno estático, sino más bien dinámico pues la evolución cultural, social y política, naturalmente hace que se produzcan cambios en el modo de entenderlas. Sin embargo, el jurista debe, fundándose en el ordenamiento jurídico y no sólo en los principios que sustentan la democracia, conceptuar y argumentar con el fin de evitar las confusiones que, en torno a estos temas, se presentan en la actualidad. Por ello trataremos ambas figuras jurídicas tomando en consideración tanto los Textos Internacionales de Derechos Humanos, que se refieren a las mismas, como la Constitución de 1978. La importancia de la regulación internacional para nuestro Derecho español ha sido y es doble, porque a ella remite nuestra Carta Magna como exigencia para la interpretación de los derechos y libertades públicas⁷³⁵ y, porque los Tratados Internacionales válidamente celebrados, una vez publicados, forman parte del ordenamiento interno según se establece en el artículo 96 de la Constitución. Por su parte, el examen del texto constitucional resulta obligado al ser la norma básica que da armonía y estructura a todo el sistema jurídico y político de convivencia.

El *ius connubi* o derecho a contraer matrimonio puede denominarse como un acto de libertad personal⁷³⁶, o como derecho natural, propio, por consiguiente, de todo hombre según la doctrina de la Iglesia católica, pero nunca puede constituir un deber jurídico ya que nadie puede ser obligado a casarse. Fernández Segado, inscribiendo dicho derecho dentro de los derechos inherentes a la autonomía personal, indica que “no estamos tanto ante una libertad que garantice a la persona un ámbito de privacidad, como ante un derecho con el que se trata de salvaguardar la libre vinculación de una persona con otra a los efectos de constituir una unión estable que se manifiesta como una familia legalmente reconocida” y señala, además, que este derecho “se nos presenta como una manifestación fundamental de la autonomía de que debe gozar todo ser humano”⁷³⁷

⁷³⁵ 10.2 “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 internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”

⁷³⁶ A, TORRES DEL MORAL *Principios de Derecho constitucional español*. Vol. I, Madrid 1988, p.251

⁷³⁷ F. FERNÁNDEZ SEGADO, *El sistema matrimonial español*. Madrid.1992, p.234

Pues bien, el ejercicio de este derecho en igualdad de condiciones y su correlación con la familia ha sido una constante en los textos internacionales de Derechos Humanos. El primer texto en el que se hace referencia en concreto a la familia es la *Declaración americana de los Derechos y Deberes del hombre*⁷³⁸ que en su artículo 6 dice: “toda persona tiene derecho a constituir una familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella”. En opinión de Hervada y Zumaquero, este derecho a constituir familia equivale al derecho a contraer matrimonio. Entienden estos autores que con la expresión “recibir protección para ella” se está consagrando un deber del Estado y de la sociedad derivado de “ser la familia el elemento fundamental o célula básica de la sociedad”⁷³⁹

La *Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948*⁷⁴⁰, mantiene la misma línea y une expresamente las realidades familia y matrimonio. Así en su artículo 16 se proclama: “1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad, o religión, a casarse y a fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. 2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos se podrá contraer matrimonio. 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. En palabras de Hervada y Zumaquero con la expresión “futuros esposos” se pone de relieve que el sentido dado a los términos consentimiento libre y pleno abarca dos aspectos: la libertad de elección del contrayente y que la causa del vínculo matrimonial es el consentimiento.⁷⁴¹

Descendiendo al ámbito europeo, el *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950*⁷⁴², en su artículo 12, continúa la dirección marcada por la Declaración Universal indicando, de una forma más concisa, que “a partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de ese derecho”.

Pero el legislador internacional no se limita a la mera enunciación del derecho a contraer matrimonio sino que dicta dos normas, una Convención y una Recomendación específicas sobre el mismo. En la primera de ellas, de 1962, denominada *Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonios y el registro de los matrimonios*⁷⁴³, los Estados contratantes reafirman que deben adoptar todas las disposiciones adecuadas con objeto de asegurar “la libertad completa en la elección del cónyuge, aboliendo totalmente el matrimonio de los niños y la práctica de los esponsales de

⁷³⁸ Aprobada como recomendación por la IX Conferencia Interamericana, reunida en Bogotá del 30 de marzo al 2 de mayo de 1948.

⁴J, HERVADA y J.M, ZUMAQUERO, *Textos internacionales de Derechos Humanos*, Pamplona 1978, p. 106, nota 135

⁷⁴⁰ Esta Declaración fue adoptada y proclamada por la 18ª Asamblea general de la ONU en su resolución 217 A del 10 de diciembre de 1948.

⁷⁴¹ “Por esta vía la Declaración asume un principio fundamental sobre el matrimonio, implantado en Europa por la acción de la Iglesia católica, a través del Derecho canónico: *solus consensus matrimonium facit*”. J, HERVADA y JM. ZUMAQUERO, *Textos internacionales.....* op.cit. p.147, nota 254

⁷⁴² Firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, entró en vigor el 3 de septiembre de 1953

⁷⁴³ Resolución 1762 A (XVII) de 7 de noviembre de 1962. Entrada en vigor el 9 de diciembre de 1964, de acuerdo con el artículo 6.

las jóvenes antes de la edad núbil, estableciendo con tal fin las penas que fueren del caso y creando un registro civil o de otra clase para la inscripción de todos los matrimonios”⁷⁴⁴.

La segunda es una *Recomendación* de 1965 sobre el tema anterior, que recibe también idéntico nombre⁷⁴⁵. Esta disposición recomienda a “los Estados Miembros que aún no hayan adoptado disposiciones legislativas o de otro orden en este sentido hagan lo necesario, con arreglo a su procedimiento constitucional y a sus prácticas tradicionales y religiosas, para adoptar las disposiciones legislativas o de otro orden que sean indispensables para hacer efectivos los principios que se recogen en el texto”⁷⁴⁶.

En ninguna de estas dos normas se hace mención a la familia, aunque se puede deducir, por la época en que se dictan, que ponen de relieve el hecho sociológico de que el matrimonio se entiende como origen de la misma.

Sin embargo, la Carta Social Europea de 1961⁷⁴⁷, en su artículo 16, hace hincapié en la protección de la familia, expresándose del siguiente modo: “A fin de realizar las condiciones de vida indispensables para el pleno desarrollo de la familia, célula fundamental de la sociedad, las Partes contratantes se comprometen a promover la protección económica, jurídica y social de la familia...”

En una línea bastante similar a lo proclamado en los textos anteriores, refiriéndose tanto al matrimonio como a la familia se pronuncia el *Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales* de 1976⁷⁴⁸. El contenido de su artículo 10.1 es el siguiente: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: se debe conceder a la familia que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los cónyuges”.

Son idénticos los términos en los que se pronuncia el *Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos*⁷⁴⁹ realizado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. Su artículo 23 proclama: “1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y

⁷⁴⁴ Los Estados contratantes acuerdan en tres artículos que “no podrá contraerse legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, expresados por estos en persona, después de la debida publicidad, ante la autoridad competente para formalizar el matrimonio y testigos, de acuerdo con la ley (art.1.1) Se recoge la posibilidad de matrimonio por poder (art.1.2). Se establece que los Estados determinarán “la edad mínima para contraer matrimonio. No podrán contraer legalmente matrimonio las personas que no hayan cumplido esa edad, salvo que la autoridad competente, por causas justificadas y en interés de los contrayentes dispense el requisito de la edad” (art. 2). Por último, se determina la obligatoriedad de registrar los matrimonios (art.3).

⁷⁴⁵ Recomendación 2018 de 1 de noviembre de 1965, adoptada por la Asamblea General de la ONU.

⁷⁴⁶ Los principios a los que se refiere la citada Recomendación son los ya establecidos por los otros textos: consentimiento libre, expresado ante autoridad competente, ante testigos, de acuerdo con la Ley (principio I); edad mínima a los 15 años (principio II); e inscripción del matrimonio en registro oficial destinado al efecto (principio III).

⁷⁴⁷ Adoptada en Turín el 18 de octubre de 1961. Entrada en vigor el 26 de febrero de 1965 de acuerdo con su artículo 5.

⁷⁴⁸ Este Pacto fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, en su resolución 2200 A, que entró en vigor el 30 de enero de 1976.

⁷⁴⁹ BOE nº 103, de 30 de abril de 1977.

tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello. 3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos”.

Mucho más recientemente la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del 2000⁷⁵⁰, en su artículo 9 indica, cuando se refiere a los derechos fundamentales, que “se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”. La garantía de estos derechos se encuentra recogida en el artículo 52.1 de la misma: “Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”.

Como podemos comprobar con la simple lectura de los textos reseñados es evidente la vinculación existente entre matrimonio y familia⁷⁵¹. Es más, se puede deducir que el derecho a contraer matrimonio no es otra cosa que el derecho a constituir una familia, o lo que es lo mismo el matrimonio es el hecho causante de la familia. Con el último documento sin embargo, se inicia un cambio pues el artículo 9, basado en el artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ya transcrito, recoge una modificación importante, con el objeto de abarcar los casos en los que las legislaciones nacionales reconocen vías distintas a la del matrimonio para fundar una familia.

Centrándonos ahora en nuestro Texto constitucional, éste reconoce como principio rector el derecho a contraer matrimonio que toda persona posee, dentro del Título I, capítulo segundo, dedicado a los derechos y libertades en su sección segunda, la cual concreta los derechos y deberes de los ciudadanos, encontrándose ubicado en el artículo 32.1.

Esta ubicación en el capítulo segundo del Título I, nos presenta las siguientes interrogantes: ¿estamos ante un derecho cuyo tratamiento constitucional posibilita y permite su desaparición, al no estar incluido en el correspondiente apartado referido a los derechos fundamentales? ¿cuál ha sido la intención del legislador al incluirlo en esa sección?.

Aunque no se conozcan, ciertamente las contestaciones a las mismas, nos atreveríamos a decir que se podrían concretar en lo siguiente: a) este derecho no comparte la finalidad de protección del ámbito de la vida privada, sino que constituye, más bien, el

⁷⁵⁰ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/ C 364/ 01). Este documento sólo posee hasta el momento carácter declarativo y no vinculante, pero es un claro ejemplo de la intención por parte de los Estados miembros de la Unión Europea de respetar las legislaciones propias de los mismos en este concreto aspecto.

⁷⁵¹ La regulación internacional muestra su atención por cinco asuntos básicos: a) reconocimiento genérico del derecho a contraer (en algunos casos a constituir una familia); b) la preceptuación de un consentimiento libre y pleno; c) la no discriminación y la igualdad de derechos de ambos cónyuges; d) el interés en fijar la edad mínima de los contrayentes; y, e) que el matrimonio se haga con unos requisitos de forma y registro adecuados.

reconocimiento de una de las principales manifestaciones del derecho a la persona a configurar su propia vida, en cuanto reconoce y garantiza el derecho a adoptar una decisión; b) la simple intencionalidad previa de los constituyentes de modificar el matrimonio en previsión de los nuevos aires secularizadores que se avecinaban en la sociedad. Es decir, vaciar de contenido el concepto de matrimonio para dar lugar a los otros tipos de unión, que a su vez produzcan distintos tipos de familia, como apuntaremos más adelante.

Sin embargo, creemos que este derecho que, tradicionalmente ha sido reconocido por los canonistas como natural y por los civilistas como fundamental, debería haber sido recogido constitucionalmente bajo el epígrafe de “los derechos fundamentales”, lo que además de eliminar todo tipo de suspicacias doctrinales, resulta más coherente con la sistemática y exigencia de interpretación, en consonancia con los derechos fundamentales en su vertiente supranacional.

Ahora bien, si tenemos en cuenta que para algún sector doctrinal⁷⁵², dando por supuesto que éste derecho a contraer matrimonio es en esencia individual, considera que lo que se quiere expresar en el artículo 32 es el “derecho de los españoles a celebrar en términos de igualdad, un determinado tipo de contrato conocido con el nombre de matrimonio”, “un pacto voluntario especialmente configurado”, en lugar de reconocer un derecho genérico a la afectividad de los individuos, y un derecho a regular y organizar en libertad sus relaciones personales”, podemos decir que la unión entre dos personas de distinto sexo basa su fundamento en un acuerdo de voluntades, conforme a unos requisitos configurados legalmente.

Por otra parte, es evidente que la formulación constitucional del derecho al matrimonio ciertamente supone un mandato al legislador de regular el matrimonio y, aunque su ambigüedad sea evidente, el legislador en ninguna forma podría prescindir de una regulación global del matrimonio que no contemplase los aspectos expresamente señalados en el número 2 del citado artículo 32 como contenidos mínimos de la opción legal⁷⁵³.

Por lo tanto, la exigencia constitucional de una ley que regule el matrimonio no ofrece duda, ya que está asegurada no sólo por el mandato expreso de ese artículo, sino también, por lo establecido en el artículo 53.1 del texto constitucional. Como tampoco ofrece dudas a la vista del artículo 149-8ª de la Constitución que esta institución –el matrimonio– pertenece a la competencia estatal al reservar al Estado la competencia exclusiva sobre la legislación civil⁷⁵⁴ y, más concretamente, cuando la reserva estatal sobre el Derecho civil comprende, según el mismo precepto, las reglas sobre las “*relaciones jurídico-civiles relativas a la forma de matrimonio*”. Ciertamente es al Poder legislativo estatal a quien compete establecer la normativa en materia matrimonial. Normativa que debe hacerse efectiva sin merma alguna de los intereses y valores

⁷⁵²Y. GOMEZ SÁNCHEZ. *Familia y matrimonio en la Constitución española* (prólogo de A. TORRES DEL MORAL), Madrid 1990, pp. 231-232.

⁷⁵³ Los contenidos mínimos son los siguientes: formas del matrimonio, edad y capacidad para contraerlo, causas de separación, disolución y sus efectos.

⁷⁵⁴ “Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales y especiales, allí donde existan. En todo caso las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, base de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respecto, a este último caso, a las normas de derecho foral o especial”.

estatales, por tanto respetuosa al máximo con las opciones confesionales, libremente profesadas por la población sobre la que ejerce la soberanía⁷⁵⁵.

Es evidente, que el régimen jurídico básico del matrimonio se encuentra ya configurado en la legislación civil de forma imperativa y, las normas a las que se someten libremente los cónyuges son indisponibles, pero como la enunciación de los contenidos mínimos del artículo 32.2 no es exhaustiva, cabe preguntarse si las materias no incluidas quedan fuera de esta reserva. En opinión de Espín esta limitación de materias es debida a su “mayor conexión con los principios constitucionales básicos”, pero aún así, “los restantes puntos eludidos están también comprendidos en la necesidad de regulación por ley”⁷⁵⁶.

Cuando el artículo citado establece que “el hombre y la mujer tienen el derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica y que la Ley regulará las formas de matrimonio”, está realizado una formulación de un modo autónomo e independiente respecto a la protección de la familia, a la que tradicionalmente se ha encontrado vinculado y que como hemos podido comprobar parece ser una constante en casi todos los textos internacionales citados. Nuestra Constitución se refiere a la familia en el artículo 39, dentro del capítulo III relativo a “los principios rectores de la política social y económica”, indicando en su primer apartado lo siguiente: “Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.”

Llama pues la atención la separación y deslinde que hace el constituyente entre matrimonio y familia porque no es habitual en una Constitución reconocer expresamente el derecho a contraer matrimonio ya que cuando “se alude a la familia y al matrimonio para protegerlos, se da por supuesto el derecho al matrimonio”⁷⁵⁷. Lo más usual hubiera sido que en el momento de proclamarse la Constitución se hiciera referencia al matrimonio y a la familia como dos aspectos de una única realidad, dando a entender que, al menos jurídicamente, no se protege o reconoce otra realidad familiar que la fundada en el matrimonio.

En este sentido apuntaba Alzaga que “ello no es sólo una conclusión a la que se llega desde determinadas creencias religiosas, sino a la vez la concepción generalizada de lo que es una familia, (...) lo cual, por supuesto, no es incompatible con que el Derecho positivo no desconozca, ni aún menos discrimine, a los hijos habidos en situaciones extramatrimoniales”⁷⁵⁸.

También Entrena Klett al dar una definición del matrimonio, distinguiendo según sea acto o estado está resaltando la unión existente entre matrimonio y familia. Nos dice que como acto el matrimonio es “la manifestación formulada por un hombre y una mujer, pública y solemnemente, de querer formar una familia permanente, manifestación conformada por su unión física” y como estado es “la unión completa, permanente y familiar de un hombre y una

⁷⁵⁵ La pluralidad formal a la que se refiere el artículo 32 debe entenderse solamente como forma de celebración civil o por el contrario se están incluyendo todas las clases o tipos de matrimonio, de modo que la Constitución permite entrar en el ordenamiento jurídico español a los distintos matrimonios religiosos con su estructura y regulación confesional, permitiendo cumplir de esta manera el ejercicio del derecho.

⁷⁵⁶ D. ESPÍN CANOVAS. *Derecho al matrimonio. Comentarios a las leyes políticas* (Dirigidos por O. ALZAGA VILLAMIL) Madrid 1983, pp.361-362

⁷⁵⁷ D. ESPÍN CANOVAS., *Derecho al matrimonio...* op.cit.. p.355.

⁷⁵⁸ O. ALZAGA VILLAMIL. *La constitución española de 1978* (comentario sistemático). Madrid 1978, p. 285

mujer previamente solemnizada⁷⁵⁹. Esta definición parte de la teoría del matrimonio canónico que basa la consideración del matrimonio en una relación de carácter natural de la que básicamente nace la familia.

Por su parte, Espín entiende que este derecho al matrimonio “no comparte la finalidad de protección del ámbito de la vida privada, sino que constituye, más bien, el reconocimiento constitucional de una de las principales manifestaciones del derecho a la persona a configurar su propia vida, en cuanto reconoce y garantiza el derecho a adoptar una decisión como la constitución de una familia legalmente reconocida y cuya regulación se ajuste a los preceptos constitucionales⁷⁶⁰”.

En la actualidad los argumentos expuestos han quedado desfasados desde el momento en que la institución matrimonial que ha sido considerada la base de la familia, hoy día ya no lo es, en sentido estricto, porque una unión libre puede implicar la consideración de familia, y puede ser generadora de relaciones jurídico-familiares. Ciertamente de lo que no cabe duda, es de que el legislador constitucional, con la distinción realizada –entre matrimonio y familia-, ha dejado la puerta abierta a crear familias por otras vías. Ello viene avalado por la jurisprudencia constitucional y así el Alto Tribunal en su Sentencia 222/1992⁷⁶¹ corrobora lo dicho al expresarse del siguiente modo: *“Ningún problema de constitucionalidad existiría si el concepto de familia presente en el artículo 39.1 de la Constitución hubiera de entenderse referido, en términos exclusivos y excluyentes, a la familia fundada en el matrimonio. No es así, sin embargo. Nuestra Constitución no ha identificado a la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por su regulación bien diferenciada de una institución y otra (artículos 32 y 39), sino también, junto a ello, por el mismo sentido amparador o tuitivo con el que la Norma fundamental considera siempre a la familia y, en especial, en el repetido artículo 39, protección que responde a imperativos ligados al carácter social de nuestro Estado (artículos 1.1 y 9.2) y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia...”*

Y, también es justificada doctrinalmente esta opinión, así Torres del Moral señala que “la desvinculación es hoy un hecho, ya que ni todos los matrimonios generan una familia al no ser obligatoria la reproducción, ni todos los grupos familiares provienen o se apoyan en el matrimonio⁷⁶²; y Gómez Sánchez para quién “la familia es una realidad anterior al matrimonio en todas las sociedades, antes fueron los grupos familiares extensos que los vínculos individuales⁷⁶³”. Por lo que del matrimonio, como instituto jurídico, no nace obligatoriamente un grupo familiar. Para ello será necesario, según la referida autora, que hubiera a cargo del matrimonio personas dependientes y son estos los que determinan la aparición de una familia, y no el hecho de estar legalmente casados⁷⁶⁴”.

⁷⁵⁹ C.M, ENTRENA KLETT. *Matrimonio, separación y divorcio*. Pamplona 1990, p.4

⁷⁶⁰ E. ESPIN. Los derechos de la esfera personal. *Derecho constitucional, Volumen I, AAVV*, Valencia 1997, p.230.

⁷⁶¹ STC 222/1992, F.J.5º

⁷⁶² A. TORRES DEL MORAL. *Principios.....* op.cit., p.251

⁷⁶³ “La familia se asienta en una doble naturaleza biológica y sociológica, mientras que el matrimonio es una creación social, un instrumento de ordenación de los grupos humanos” Y. GOMEZ SÁNCHEZ. *Familia y matrimonio.....* op.cit, p. 211

⁷⁶⁴ ibidem, p.212.

Recientemente el Proyecto de la Constitución de la Unión Europea⁷⁶⁵ en el apartado referente a los Derechos Humanos que deben ser garantizados no se refiere al matrimonio, sino que dirige su atención a la protección de la familia, diciendo: “toda persona tiene derecho a fundar una familia. Se protegerá a la familia en el plano jurídico, económico y social. También se protegerán la paternidad y la maternidad, así como los derechos del niño”. Naturalmente este texto, exige su coordinación con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y por tanto su contenido debería interpretarse en el sentido de que el matrimonio ha dejado de ser la única célula que crea la familia, entendiéndose, por tanto, que la figura jurídica de la familia admite una pluralidad de formas. Se legitima pues, sin lugar a duda la posibilidad de que las parejas de hecho puedan constituirla.

Somos conscientes que, de entre las distintas vías por la que se pueden crear familias, las parejas unidas de hecho son las que mayor problemática plantean en el campo de lo jurídico. Modalidad de convivencia que se está consolidando en las sociedades contemporáneas, y que, cuestiona el modelo de familia tradicional.

Cuestión distinta, que en la actualidad provoca un amplio rechazo en muchos sectores sociales, es su equiparación al matrimonio. Ciertamente “la institución matrimonial constituye un negocio jurídico institucionalizado, rodeado de suficientes formalidades jurídicas, que lo hacen perfectamente visible para el mundo del Derecho y cuyas consecuencias y efectos gozan de absoluta certidumbre jurídica”⁷⁶⁶. Circunstancias todas estas ausentes en la convivencia *more uxorio*, de la que lo único que es indubitado es el hecho de que constituye un mero exponente de la libertad ejercida por las partes en el desarrollo de su personalidad y, que además esta unión se configura sobre la libre ruptura, lo que representa una nueva dificultad para aplicarle la identidad matrimonial⁷⁶⁷. Por otra parte, y desde un punto de vista más pragmático, es conveniente indicar que las reivindicaciones de estas parejas van encaminadas, fundamentalmente, a conseguir las ventajas patrimoniales que representa la unión matrimonial, pues como nos indica Souto⁷⁶⁸ “parece que se produce una cierta contradicción, por parte de quienes rechazan la legitimación social y optan por la fórmula de la unión de hecho, cuando al mismo tiempo, pretende obtener los beneficios sociales y jurídicos que se reconoce al matrimonio”. Obviamente, la polémica es objeto de debate social y jurídico, pero conviene tener presente que la doctrina mayoritaria entiende que aunque estas reúnan una serie de requisitos, tales como estabilidad, vinculación afectiva, reciprocidad, exclusividad e incluso tengan descendencia, que son notas imanantes de la institución matrimonial, no son suficientes para equipararlas a ella⁷⁶⁹.

Desde el punto de vista social, para los ciudadanos, necesariamente, la concienciación y aceptación de este fenómeno ha ido en aumento, experimentando un gran avance, sobre

⁷⁶⁵ <http://www.zur.2.com/fcjp/articulos/vrhm105.htm>.

⁷⁶⁶ A. RALLO LOMBARTE. Uniones de hecho y Constitución. *Revista General del Derecho*, marzo 1995, p.1763.

⁷⁶⁷ Respecto a las uniones de hecho ver el interesante estudio realizado por J.GAVIDIA SÁNCHEZ. ¿Es la unión libre una situación análoga al matrimonio?, *Revista jurídica del Notariado*. Octubre-diciembre 199, pp.199-355.

⁷⁶⁸ J.A. SOUTO PAZ. *Derecho matrimonial*. Madrid 2000, p.24

⁷⁶⁹ No existe unanimidad entre los juristas a la hora de denominar esta realidad social, utilizan diferentes términos - uniones estables, parejas estables no casadas, pareja de hecho etc.,

todo, en la última década. Este hecho social se ha generalizado, y ello ha favorecido la necesidad de compaginar lo que se creía lógico y aquella realidad que se presenta cada vez con más fuerza, por lo que una parte nada desdeñable de la ciudadanía ha tenido que admitir que existen otras situaciones distintas al matrimonio tradicional.

Así pues, el debate social sobre matrimonio y uniones de hecho tendrá implicaciones directas en nuestro ordenamiento. En cuanto a la forma y modo en que el Derecho resuelva estas realidades sólo queremos apuntar dos apreciaciones. Primero la inconveniencia que resultaría, acudir a la analogía desde el punto de vista técnico y, en segundo lugar la mayor coherencia que implicaría basarse en los principios generales del Derecho, para atajar, de manera armónica y sin distorsión del sistema, las cuestiones que de forma puntual se vayan planteando.

Obviamente, nada impide al legislador concederles una serie de derechos, protegiéndolas jurídica, social y económicamente, sin necesidad de equipararla al matrimonio⁷⁷⁰, ya que esta homologación, daría lugar a un problema de inconstitucionalidad, como veremos seguidamente. Nuestra Constitución sólo permite al legislador, regular las formas de celebración del matrimonio y la equiparación supondría una nueva clase, algo no previsto, ni siquiera por el legislador ordinario. En este sentido se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional en la Sentencia 184/1990 de 15 de noviembre⁷⁷¹ *“El matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre y la mujer a contraerlo es un derecho constitucional(artículo 32.1) cuyo régimen jurídico corresponde a la ley por mandato constitucional (artículo32.2)....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”*.

Por su ubicación en el Texto constitucional este derecho se diferencia de las demás libertades de la esfera privada, porque más que tutelar inicialmente un ámbito de privacidad constitucionalmente amparado, se tipifica como un derecho subjetivo –el poder atribuido por el ordenamiento positivo para que tanto hombre como mujer puedan contraer libremente matrimonio en condiciones de igualdad- y además porque queda fuera de la Sección primera en donde encuentran su reconocimiento constitucional los derechos y deberes fundamentales, lo cual revela que el derecho a contraer matrimonio no goza de la misma protección jurídica⁷⁷². No nos hallamos, pues, en presencia de un derecho fundamental en el sentido jurídico-constitucional del término.

⁷⁷⁰ Debido al gran número de situaciones de esta índole que se presentan en España, y aunque el legislador hasta el momento no las ha equiparado al matrimonio ya existen leyes tales como la Ley 10/1998 de 15 julio, de la Generalidad de Cataluña, sobre uniones estables de parejas; Ley 6/1999 de 26 de marzo, de la Presidencia de la Diputación General de Aragón sobre parejas estables no casadas; Ley Foral de 6/2000 de 3 de julio, de la Presidencia del Gobierno de Navarra sobre la igualdad de parejas estables; Ley de 18/2001 de 19 de diciembre, del Parlamento de las Illes Balears sobre parejas estables; Ley 5/2002 de 16 de diciembre de parejas de hecho de la Comunidad Andaluza y algunos registros autonómicos (Vitoria, Andalucía, Aragón, Extremadura, Castilla-Mancha, Madrid, Valencia, y Asturias) y municipales diversos sobre las mismas, debido a la gran demanda social.

⁷⁷¹ STC 184/1990, F.J. nº 2

⁷⁷² J. DE ESTEBAN Y P.J. GONZALEZ-TREVIJANO. *Curso de Derecho constitucional*, Volumen I, AA.VV. Madrid 1993, p.126.

No obstante, el artículo el artículo 53.1 de la Constitución otorga unas garantías comunes a todos los derechos y libertades del capítulo II diciendo textualmente: “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por Ley, 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)”.

Esto supone que los poderes públicos quedan obligados a respetar el derecho reconocido, en términos de igualdad, en el artículo 32. Pero lo cierto es que contraer o no es un aspecto de la libertad personal, de la libertad del individuo; por tanto, lo que interesa destacar es que la vinculación de los poderes públicos no implica más que el respeto a tal derecho y, en su caso, a la eliminación de las circunstancias que impidan su ejercicio libre. A pesar de lo anterior, se le concede una protección superior a los derechos encuadrados en el capítulo III, donde se encuadra el derecho a formar una familia. Este se encuentra protegido por el mismo artículo 53, pero al tratarse de normas que no tienen su origen inmediato en la Constitución, su garantía se convierte en indirecta, puesto que al rezar la rúbrica general del capítulo III “De los principios rectores de la política social y económica”, se indica que sólo es un mandato del constituyente para que los poderes públicos actúen de una determinada forma.

Para finalizar este breve apunte interesa indicar que a pesar de que este derecho al matrimonio goza del máximo reconocimiento y garantías, al igual que otros derechos fundamentales, en los textos internacionales de Derechos Humanos, sufre graves y continuas amenazas y lesiones, incluso en el seno de las sociedades democráticas y ordenamientos jurídicos más garantistas.

Podemos decir que existen, ciertamente, dos posiciones doctrinales distintas, aquella sin matizaciones de ningún orden que exige que se proceda a una unificación entre matrimonio y familia apoyando con ello una vinculación exclusiva y excluyente entre ambos y, la que asevera que esa pretensión es ya un mero objetivo desfasado en el tiempo que sólo la demagogia impulsa a proponer. Como siempre entre ambos extremismos se sitúan posiciones más equilibradas que, sin dejar de criticar a aquellos que juegan a lo “jurídicamente perfecto”, admiten, sin embargo, buscar una solución ecléctica al debate, o mejor dicho engarzar ambas realidades para el buen funcionamiento de la sociedad. Lo que significa reconocer absoluta libertad para la formación y regulación de la familia, ya sea a través del matrimonio tradicional o a través de otras formulas entre las que tienen cabida las mencionadas uniones de hecho, como realidad diversa a la matrimonial.