

REFLEXION EN TORNO AL MATRIMONIO Y LA FAMILIA. EVOLUVION HACIA LA CONSTITUCIÓN EUROPEA .²⁴³

María Teresa Regueiro García

Profesora Titular de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad Nacional de Educación a Distancia

Resumen. El matrimonio es una de las más importantes instituciones en las diferentes culturas y su evolución ha estado influenciada por la Religión. En Europa, después de la influencia del Derecho Canónico y de la Reforma Protestante, el matrimonio se secularizó. Las leyes internacionales y la Constitución Europea, reconocen el derecho a fundar una familia y a contraer matrimonio.

Abstract. Marriage is one of the most important institutios in the different cultures and its growth has been influenced by the Religión. In Europe after the influence of Cononical Lqw and Protestant Reform the marriage became secularised so the. The International Laws and the European Constitution acknowledge the right to found a family and to get married.

Palabras clave. Matrimonio. Familia. Constitución Europea. Derecho a contraer matrimonio. Derecho a fundar una familia.

Sumario. 1. Planteamiento del tema. 2. Relevancia del matrimonio en las diferentes instituciones y culturas. 3. La familia humana, base de toda comunidad de vida. 4. El matrimonio contrato. 5. Secularización del matrimonio. 6. La familia en diferentes culturas. 7. Reconocimiento del derecho a contraer matrimonio y a constituir una familia en el ordenamiento jurídico internacional. 8. Reconocimiento del derecho a contraer matrimonio y a constituir una familia en la Constitución Europea. 9. Conclusión.

²⁴³ Conferencia impartida en el marco del Curso de Verano de la UNED. *Matrimonio. Temas a debate*. Celebrado en Pontevedra, Julio 2005.

1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA.

El camino, que vamos a seguir nos permitirá esbozar un iter histórico de la institución del matrimonio y la fundación de una familia, centrándonos siempre en nuestro Continente, ya que es en él donde encontramos la base de nuestra cultura y nos ayudará a poner el foco en el tema que nos ocupa: el reconocimiento expreso en la Constitución Europea de los derechos a contraer matrimonio y fundar una familia con plena igualdad de todos los ciudadanos, y ello por ser su idea motriz el respeto a la familia y tener a la persona como eje fundamental, ya que la dignidad de la persona es el fundamento del orden jurídico, uniéndose intrínsecamente, justicia, sociedad y derechos humanos. Confío que también ayude a conocer el marco de la evolución histórica que ha dado lugar a la secularización del matrimonio y al cambio que ha experimentado la familia, haciéndose plurales las formas de su creación y configuración estructural en los Estados miembros de la Unión Europea.

Es por ello, por lo que, antes de centrarnos en el reconocimiento expreso de los derechos a contraer matrimonio y a constituir una familia en los distintos Convenios o Tratados internacionales que lo han regulado, hasta su culminación en la Constitución Europea, trataremos, de una manera muy breve, el tema de la institución del matrimonio y de la familia en Europa, remontándonos a los antecedentes históricos en Occidente; esto es debido, porque, a nuestro entender, para comprender bien el resultado final de una institución jurídica, es necesario siempre conocer como ha sido la evolución histórica y el marco en el que se ha desarrollado.

Es cierto que para este estudio no podemos negar el papel que las creencias religiosas han jugado y siguen jugando en las acciones del individuo, y prueba de ello es como en las legislaciones europeas se reconoce, de manera diversa y con diferentes matices, el derecho a contraer matrimonio religioso y se garantiza tal derecho, dentro de la tendencia laicista de los Estados de la Unión.

Una materia que se ha discutido mucho en la elaboración de la Constitución, ha sido la incorporación de los valores del

cristianismo al texto. En el tema que nos ocupa, cabe resaltar que la posición de ciertos sectores cristianos consiste en reclamar que la Constitución reconozca, entre otras cosas, el papel central de la familia fundada en el matrimonio, en cuanto componente básico de la sociedad. Decía Teresa de Calcuta en el X Congreso Internacional de la Familia, celebrado en Madrid en 1987, *que la familia es la base de la sociedad y sigue siendo la estructura mejor para asegurar a los seres humanos un "maximun" de estabilidad, de confort afectivo y psicológico necesario para su desarrollo*, lo que choca con la hoy en día difundida cultura individualista que tiende a circunscribir y confinar el matrimonio y la familia al ámbito privado.

Sin entrar a valorar tal cuestión, lo que si vamos a reflejar es la gran influencia que en el mundo occidental tuvo la doctrina cristiana en el tema que nos ocupa, ya que se nutre de influencias romanas y canónicas y no hay discusión en afirmar que uno de los aspectos donde la influencia del Derecho Canónico ha sido más intensa es en el ámbito del Derecho matrimonial, conservado en sus líneas fundamentales incluso en aquellos países que lo han secularizado²⁴⁴

2. RELEVANCIA DEL MATRIMONIO EN LAS DIFERENTES INSTITUCIONES Y CULTURAS.

Remontándonos a los primeros siglos de nuestra historia, la costumbre y más tarde la ley sancionaron el hábito de vida en común, el cual se transformó, al fin, en una institución social. Ello es debido a que los hábitos y usos sociales tienden, con el paso del tiempo, a convertirse en verdaderas costumbres jurídicas o en reglas de conducta y en instituciones.

Partiendo de los que consideran que el matrimonio es una institución natural, esto es una institución derivada de la propia naturaleza humana, vemos que, en las sociedades más primitivas, los individuos atraídos por su propio instinto se unían

²⁴⁴ PEREZ PRENDES, J. *Historia del Derecho español*, S.P. Facultad de Derecho U.C.M., Madrid 2004, T.II, págs. 684 y ss.

en grupos y formaban sociedades. Estos grupos o sociedades fueron poco a poco creando las reglas que se impondrían con posterioridad en las uniones entre los varones y las mujeres.

Las uniones se celebraban siguiendo unos modos estereotipados que dependían mucho de cada civilización y de cada cultura. Estos modos, debido a su manifestación, tienen y han alcanzado relevancia social, destacando las manifestaciones de carácter religioso, consecuencia de la estrecha vinculación de las ideologías y culturas con el elemento religioso. El matrimonio, por tanto, se convirtió en un acto social cuya celebración se rodeó de ritos y ceremonias, de acuerdo con la presencia del elemento religioso en cada cultura concreta.

Por la importancia que tuvo en la historia de la humanidad, el matrimonio se colocó en la cumbre de las instituciones sociales y culturales. Por ser el matrimonio un asunto tan íntimamente ligado a la vida de los hombres, sus diversos aspectos han hecho centrar la atención a múltiples investigadores en él ²⁴⁵.

El matrimonio constituye una realidad tan compleja y llena de matices que una descripción del mismo y su significación no puede efectuarse desde un único punto de vista. Si nos referimos al matrimonio como hecho social, el principio de legitimación, característica del matrimonio y elemento diferenciador de otras uniones sexuales, es la expresión más significativa de la dimensión social del mismo. Este principio de legitimación significa que la relación privada e íntima de dos personas, que acuerdan unirse en matrimonio, trasciende el ámbito privado de la pareja, para convertirse en un hecho social, que lo regula y lo disciplina de acuerdo con las tradiciones, costumbres y exigencias del colectivo en que tiene lugar. ²⁴⁶

²⁴⁵ ENGERT, *Ehe u familienrecht d. Hebraer*, Munich 1905, pág. 30.

²⁴⁶ SOUTO PAZ, J.A., *Derecho matrimonial*, 2ª ed. Marcial Pons, Madrid 2002, pág. 20.

3. LA FAMILIA HUMANA, BASE DE TODA COMUNIDAD DE VIDA.

Cabe decir que el matrimonio y la familia han sido y son, desde todos los tiempos, las estructuras primarias de la vida humana en común²⁴⁷; quizá es por ello por lo que, aún hoy en día, nos seguimos planteando si lo que las leyes protegen es el mantenimiento de la familia nuclear y heterosexual como pilar fundamental de la organización social europea, o si por el contrario se defiende y se brinda protección a una realidad social como es la existencia de otros modelos familiares, que responden a la diversidad en cuanto a la afectividad y la orientación sexual de la persona. Lo que si podemos adelantar, es que queda claro que se aprecia la preocupación en los legisladores por los elementos sociales como la igualdad de las personas y el respeto a los derechos humanos y a la vida privada y familiar.

Lo cierto es que el hombre, o mejor dicho el individuo, tiende a vivir en sociedad, como ya hemos señalado. Toda vida social se remonta al núcleo familiar, en su concepción de relación establecida sobre la convivencia mutua recíproca del hombre y de la mujer, de padres e hijos, de donde se deduce que la familia humana aparece como la base de toda comunidad de vida. La experiencia enseña que en cada cultura hay comportamientos comunes aceptados por la sociedad en general, y cada época destaca por unos signos distintivos²⁴⁸.

La comunicación de sexos, decía Knecht en el año 1932, y la procreación no constituyen por sí solos el matrimonio, y menos aún la familia; para ello debe de intervenir el factor psíquico de un acto voluntario destinado a su formación, llegándose así a la alianza matrimonial. Si tal definición la trasladáramos nosotros a la actualidad, podríamos decir que si la procreación y la comunicación de sexos no constituyen por sí solos el matrimonio, ni la familia, y en cambio parece un

²⁴⁷ KNECHT, A., *Derecho matrimonial católico*, en Revista de Derecho privado, Madrid 1932, pág. 2.

²⁴⁸ SOROKIN, P.A., *Dimensión social y cultural*, en Vol. 1, Trd. de J. Tobio Fernandez, Instituto de Estudios políticos, Madrid 1962, pág. 3.

requisito imprescindible que intervenga el factor psíquico de un acto de voluntad de querer comprometerse para mantener una vida en común y formar una familia, no se podría ignorar ni discriminar a sectores de la sociedad que hoy en día están reclamando tales derechos, amparándose en el principio de igualdad de las personas y en el respeto a los derechos humanos y a la vida privada y familiar.

Decimos esto, ya que tendemos frecuentemente a confundir el matrimonio y la familia, y, sin embargo, es conveniente señalar que hoy existe un gran sector de la doctrina y de la sociedad que considera que la formación de la familia puede iniciarse o bien por el matrimonio, o bien por la paternidad o maternidad; el hecho de que la cópula sea normalmente un requisito de la fecundación, no permite concluir que todos los pueblos consideren el matrimonio o el establecimiento de la relación hombre-mujer como el primer paso para la formación de la familia. Así la familia matricéntrica formada por una mujer y sus hijos es más elemental que la familia nuclear²⁴⁹. En la actualidad, la familia nuclear se convierte en otra monoparental o recompuesta. Lo que si es patente, es que vivimos en una sociedad con diferentes modelos familiares, y lo que hay que hacer es conciliarlos.

4. EL MATRIMONIO CONTRATO.

A pesar de la incertidumbre que se ofrece en torno al matrimonio en épocas prehistóricas, es cosa cierta que la unión entre el hombre y la mujer ha presentado a lo largo de la historia un carácter sagrado. La idea de matrimonio se manifiesta en casi todos los pueblos como algo específicamente religioso.

Lo que en la antigüedad se quería expresar sobre el contenido y el fin del matrimonio, se conseguía con las solemnidades, incluso con fórmulas sagradas, cuando se producía la unión de la pareja. Aún en aquellos lugares donde no hay monumentos legislativos inspirados en la idea religiosa, quedan

²⁴⁹ SOUTO, J.A., o.c., pág. 25.

huellas de un derecho matrimonial aborigen relacionado con la divinidad, de ahí que haya que decir que la constitución de la pareja humana ha tenido siempre un carácter sagrado expresado o en la formulación de los pactos matrimoniales, o en las escrituras otorgadas ante las autoridades o sacerdotes del templo, o en los usos y formulas simbólicas de los esponsales etc.

La concepción aria del matrimonio como institución divina determinó en estos pueblos de la antigüedad la forma sagrada de este negocio. No tardó mucho en considerarse como supuesto previo a la validez del matrimonio la existencia de un acuerdo. Pero lo cierto es que, el origen del carácter contractual del matrimonio es canónico, ya que en el derecho romano no se encuentra tal calificación de la naturaleza jurídica del mismo. Los romanos ponían la atención en el status, más que en el negocio jurídico que lo producía. La formulación de la teoría contractual del matrimonio se puede situar en el siglo XII. La doctrina canónica ha favorecido en cierto modo la consideración de que el matrimonio es una relación permanente subjetiva, al aplicar, con indudable imprecisión, el término contrato al matrimonio, ya que en la realidad admite el término, pero no se acogieron con la misma amplitud las consecuencias que de él se derivan, de ahí que el matrimonio quedase configurado como un contrato sui generis²⁵⁰.

La legislación canónica pasó a regular los aspectos del matrimonio y desarrolló un esquema normativo completo del contrato, al que tienen que adherirse los contrayentes para celebrar verdadero matrimonio canónico.

El autor clave que desarrolló plenamente la doctrina del carácter contractual del matrimonio es Duns Scoto, quien distingue dos realidades que se dan en el matrimonio, el contrato y el sacramento, y rompe con la línea escolástica que centraba su atención en el matrimonio sacramento. El sacramento es considerado como algo que se añade o sobreviene al contrato matrimonial ya constituido.

²⁵⁰ SOUTO PAZ, J.A., "La disolubilidad del matrimonio rato y consumado", en *Ius Canonicum*, Vol. XI nº 21, Eunsa, Pamplona 1971, pág. 157.

Constatando otros momentos históricos relevantes, señalamos que a partir del siglo XVI, para los reformadores protestantes, el matrimonio no es un sacramento . Donde se manifiesta más violentamente el espíritu de la Reforma es en la competencia legislativa y jurisdiccional . Lutero atacó directamente al Derecho Canónico, diciendo que sus reglas tienen al cristianismo en cautividad. Para Lutero es necesario dejar a la autoridad laica la competencia de todo lo que concierne al matrimonio, ya que es algo que pertenece a la autoridad civil y no es un negocio eclesiástico.

5. SECULARIZACIÓN DEL MATRIMONIO.

Hemos reseñado que la secularización del matrimonio se inició con la Reforma Protestante, pero no culminó hasta el siglo XIX por no existir separación de los ámbitos civil y religioso ni definida ni completada ²⁵¹.

En el año 1561, en Francia, ante los primeros conflictos presentados por los protestantes, se admitió la legitimidad de los matrimonios que se celebrasen sin otro requisito que el de prestar el consentimiento ante un notario o ante dos testigos. Se promulgó el Edicto de Nantes en el año 1598, que reconocía la jurisdicción de la iglesia para las causas matrimoniales de los católicos y la temporal para los disidentes. En esta época de conflictividad de competencias, De Dominis fué el autor que expuso sistemáticamente la teoría de que el contrato y el sacramento no son dos aspectos, sino dos realidades del matrimonio cristiano perfectamente distintas y separables; es el Estado el que debe ordenar todo lo concerniente al contrato matrimonial.

Es a partir de los siglos XVII y XVIII, cuando se desarrolló en Francia la doctrina de la distinción real entre contrato y sacramento, es decir la separabilidad del contrato y sacramento que tendrá trascendentales consecuencias en el

²⁵¹ FERNÁNDEZ-CORONADO, A., *El proceso de secularización del matrimonio*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2004, pág. 31 y ss.

derecho moderno y supondrá la secularización del matrimonio, por el deseo, entre otras circunstancias, de los Estados por regular dicho contrato.

Otros antecedentes de esta nueva era los podemos encontrar en las legislaciones de Estados que admitieron el matrimonio civil, tales como Inglaterra, Holanda y Austria a lo largo de los siglos XVII y XVIII. En Francia, en el año 1787, se concedió libertad de elección para contraer matrimonio civil o católico; a partir de entonces sobrevienen una serie de acontecimientos que, en nombre de la libertad individual, establecen el divorcio, e instauran el matrimonio civil obligatorio. Queda patente que en las leyes de la Revolución el matrimonio civil aparece bajo un nuevo aspecto. La sociedad civil, representada por el Estado, es considerada como totalmente distinta de la religiosa. Por consiguiente, el matrimonio, al formar parte como institución de esta sociedad, queda exclusivamente sometido a la legislación y jurisdicción civiles. Las sociedades religiosas pueden libremente reglamentar el matrimonio y pedir cuenta a sus fieles, pero esta reglamentación no tiene ninguna influencia sobre el derecho civil, lo que quedó plasmado en el Código de 1804, código laico, pero con un estilo de discreción ²⁵².

El matrimonio civil fue considerado, en todas las naciones que lo introdujeron, una consecuencia necesaria de la libertad de conciencia.

Nos hemos remontado a los antecedentes históricos del matrimonio en Occidente, ya que el matrimonio se constituye y se desenvuelve en la sociedad, y el grupo familiar al que da origen se ha calificado como la unidad por excelencia de dicha sociedad. La relación matrimonial establece un importante tejido de relaciones personales, familiares y sociales que inciden notablemente en la comunidad, y en definitiva en la sociedad, lo cual provoca que los cambios familiares y sociales tengan incidencia en la institución matrimonial, su configuración e incluso su regulación jurídica. Tradicionalmente una de las

²⁵² GLASSON, M., *Le mariage civil et le divorce*, Durand et Pedone-Lauriel, París 1880, pág. 83.

cuestiones que mayor relevancia han dado al matrimonio es ser el origen de fundación de la familia. Pero como tendremos ocasión de analizar, la familia en el mundo occidental ha sufrido un importante cambio.

Es un hecho que la secularización del matrimonio no constituye un fenómeno aislado, ya que veremos como también se ha producido un cambio en la familia, como consecuencia de la propia secularización de la sociedad. Es por ello, por lo que se puede hablar de una nueva institución familiar, que provoca las principales modificaciones en la regulación del matrimonio, y que lo está convirtiendo en una figura jurídica distinta y no exclusiva. Una muestra de este cambio es la Resolución del Parlamento Europeo de marzo de 2000, en la que se recomienda a los Estados miembros que adecuen las legislaciones estatales para el reconocimiento legal de la convivencia no matrimonial, independientemente del sexo de los convivientes.

6. LA FAMILIA EN DIFERENTES CULTURAS.

Centrándonos ahora en el origen de la familia, su evolución histórica se produjo con arreglo a diferentes criterios y ello debido a las distintas culturas y costumbres existentes en cada civilización.

La familia griega abarcaba una comunidad doméstica en la que la autoridad paterna ejercía un papel jurídico real para la convivencia familiar y para la integración del individuo en la sociedad.

La familia romana, en sus comienzos, estaba formada por un grupo de personas que vivían, bajo el mismo techo, sometidas a la autoridad del paterfamilias. Con el tiempo, la familia del *ius gentium*, compuesta por una unidad de sangre y basada en la *cognatio*, se extendió progresivamente, hasta llegar con Justiniano a ocupar el puesto de la familia del *ius civile*, fundamentada en los poderes domésticos.

En el mundo romano antiguo, la familia surge a partir del padre. La familia es el conjunto de personas, siervos y bienes que están sujetos a su potestad.

La familia medieval, no tiene nada que ver en su estructura con la familia romana antigua. En la romana lo esencial a la misma, son los vínculos de naturaleza jurídica que aparecen uniendo a sus miembros. En la medieval, su razón de ser tiene como principal y única característica la unión de sangre reinante entre sus miembros.

La familia era una sociedad de naturaleza familiar, valga la redundancia, en el sentido de agrupación de personas que en determinadas circunstancias aparecen actuando conjuntamente manteniendo dentro del grupo cada uno su propia individualidad y personalidad ²⁵³.

Tras la Revolución Francesa, en Europa se extendió un tipo de familia heredado directamente del Antiguo Régimen, formado por un matrimonio legal, vitalicio, con exclusividad de servicios sexuales entre un hombre y una mujer, con hijos, en el que, en principio, aquél es el que mantiene materialmente a dicha unidad y ejerce su autoridad última ²⁵⁴.

Actualmente aparecen nuevos problemas, caso del fenómeno de la explosión cultural y las migraciones hacia Europa, que llevan consigo formas de organización familiar y valoraciones éticas diversas de las tradicionales en Europa.

Maastricht (1992) puso los cimientos de lo que debe ser la política social comunitaria y más recientemente lo ha hecho el Tratado de Amsterdam (1997).

Hoy en día, junto a las acepciones de familia, entendida como familia matrimonial, la palabra familia llega a denominar también al grupo que, no originado en el matrimonio, sino apoyado en una situación de hecho, bien de puro hecho, bien cumpliendo algunos otros requisitos, vive unido, derivando de ella ciertas consecuencias jurídicas, que varían según los casos,

²⁵³ MONTANOS FERRIN, E., *La familia en la alta edad media española*, Eunsa, Pamplona 1980, pág. 10 y ss.

²⁵⁴ GARRIDO GOMEZ, M.I., *La política social de la familia en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid 2000, pág. 28.

hayan o no hayan hecho constar documentalmente su unión o inscrito esta en un Registro ad hoc ²⁵⁵.

La familia ese entorno social primero del hombre, ni ha sido siempre tal y como hoy lo concebimos, ni lo es en la actualidad en todas las civilizaciones, culturas y sociedades que en el mundo coexisten. La familia no es una institución estática sino dinámica.

Actualmente, la unión de la pareja se va perfilando cada vez más como una elección libre de dos personas que ni se complementan de manera absoluta, ni se necesitan por completo ²⁵⁶.

La definición propuesta por el Consejo de Europa, es la siguiente: La familia es el conjunto de personas que viven habitualmente bajo el mismo techo y que, por otra parte, están ligadas entre ellas por lazos de parentesco, afinidad, de afectividad o amistad.

En los documentos de la ONU, se puede deducir que la familia es una institución social de origen natural, basada en lazos de relación derivadas del matrimonio, de la descendencia o de la adopción, y constituida, en su forma originaria o nuclear, por los padres, normalmente casados, aunque no necesariamente, y sus descendientes, los hijos, unidos por lazos familiares, fortalecidos por el amor y el respeto mutuo ²⁵⁷.

Podemos concluir que no existe un modelo único de familia en la Unión Europea. No hay una definición jurídica que nos sirva de guía. Como indica reiteradamente la jurisprudencia existen otras formas, además de la matrimonial, que corresponden

²⁵⁵ ALBADALEJO, M., *Curso de Derecho civil. Derecho de familia*, Ed. Librería Bosch Barcelona 2002 pág. 48.

²⁵⁶ HERNANDEZ RODRIGUEZ, G., " Análisis y perspectivas sociodemográficas de las uniones de hecho, en *Las uniones de hecho*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid 2000 , pág.4.

²⁵⁷ SECADAS MARCOS, F.- DE GREGORIO GARCIA, A.- DOSIL MACEIRO, A., *El concepto de familia en los documentos emanados de las Naciones Unidas*, Santiago de Compostela, Julio 1993.

a una sociedad plural y que, por tanto, impiden interpretar el concepto restrictivamente.

La sociedad ha de organizarse de forma que permita a la familia desarrollarse íntegramente, realizar su perfección y afirmar su personalidad.

El mayor problema es dictar los parámetros que definan lo que en si es la familia, con respecto a los principios de igualdad, no discriminación y libertad de elección. Tal variedad exige comprender la realidad familiar en toda una amplia gama de concepciones, tratando a la persona como un fin protegiendo su dignidad ²⁵⁸.

7. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO Y A CONSTITUIR UNA FAMILIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL.

Una vez reflejados los cambios conceptuales que ha habido a lo largo de la historia, pasamos a analizar cómo en el ordenamiento jurídico de ámbito internacional está reconocido tanto el derecho a contraer matrimonio como el derecho a constituir o fundar una familia. El objetivo que nos hemos propuesto es verificar a continuación el reconocimiento del derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia en el texto de la Constitución Europea. Lo cierto es que estos derechos quedan establecidos en su articulado, ya que desde el preámbulo del proyecto de Constitución los redactores han manifestado la preocupación y el interés por los elementos sociales, como son la igualdad de las personas, el respeto a la dignidad humana y la igualdad y el respeto a los derechos humanos entre otros valores.

Seguidamente exponemos como se ha reconocido en el ámbito internacional el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia.

²⁵⁸ GARRIDO GÓMEZ, M.I., o.c., pág. 27.

En los textos internacionales se destaca el papel fundamental de la familia en la sociedad y la relación causal entre matrimonio y familia ²⁵⁹.

Así en la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, se señala en el art. 16:

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 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 podrá contraerse el 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 la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraer matrimonio y Registro de los mismos, celebrada en Nueva York el 10 de diciembre de 1962 y en el Instrumento de adhesión de 15 de abril de 1969, se dice: art. 1.

1. No podrá contraerse legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, expresado por estos en persona, después de la debida publicidad, ante la autoridad competente para formalizar el matrimonio y testigos de acuerdo con la Ley.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1, no será necesario que una de las partes esté presente cuando la autoridad competente esté convencida de que las circunstancias son excepcionales y de que tal parte, ante una autoridad competente y del modo prescrito por la Ley, ha expresado su consentimiento, sin haberlo retirado posteriormente.

²⁵⁹ SOUTO PAZ, J.A., o.c., pág. 32.

Art. 2: *Los Estados partes en la presente convención adoptarán las medidas legislativas necesarias para determinar 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, dispensen el requisito de la edad.*

Art. 3: *Todo matrimonio deberá ser inscrito por la autoridad competente en un Registro oficial destinado al efecto.*

En el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, elaborado en Roma en el año 1950, en el art. 8 se garantiza el respeto a la vida privada y familiar; en el apartado 1 de dicho art. se dice:

1. *Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.*

2. *No podrá haber ingerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta ingerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.*

Y en su art. 12: *A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.*

Por su parte el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, en su art. 23 señala:

1. *La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y del Estado.*

2. *Se reconoce el derecho del hombre y de 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.

En la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de Niza en el año 2000, se refleja en su art. 7 el respeto a la vida privada y a la familia, y en el art. 9 se dice: *Se garantiza el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio*, Carta que conforma la Parte II del Tratado ²⁶⁰.

Como vemos, la legislación internacional protege y reconoce tanto el derecho a contraer matrimonio como el derecho a fundar una familia, en igualdad y sin restricción alguna, tanto para los hombres como para las mujeres.

8. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO Y A CONSTITUIR UNA FAMILIA EN LA CONSTITUCIÓN EUROPEA.

Finalmente, analizaremos como todo lo dicho hasta ahora queda recogido en el Proyecto de Tratado por el que se aprueba una Constitución para Europa, entregado al Consejo de Europa reunido en Salónica el 20 de junio de 2003, y que los jefes de gobierno de los países que integran la Unión Europea firmaron en Roma el 29 de octubre de 2004. En la actualidad se encuentra en el proceso de ratificación por cada uno de los Estados que integran dicha Unión, para que pueda entrar en vigor. Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación, y reconoce estos derechos como manifestación de la libertad personal. Es por ello por lo que en el Título dedicado a las Libertades, en el art. II. 7, se recoge: *Toda persona tiene*

²⁶⁰ MEDINA DEL POZO, C. F., *La Constitución Europea. Estudio introductorio*, Ed. Ramón Areces, Madrid 2005.

derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones. Y en el art. II. 9 se dice: Se garantiza el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio. El art. II. 33 garantiza la protección de la familia.

Este último precepto protege la familia, lo que supone aceptar como punto de partida el hecho de que la familia se configura como una célula esencial de la sociedad. Además que la Constitución contenga normas que se refieran a ella, quiere significar que la familia es tenida como una institución jurídica y se le da una adecuada protección.

En la Constitución, no se regula exclusivamente este tema en este artículo, sino que la tutela de la familia se extiende en muy distintos preceptos y por diversos Títulos de la Parte II, especialmente en los que hacen referencia a la igualdad y a la solidaridad, remarcando como estas dos cuestiones están íntimamente relacionadas. La familia como institución jurídica presenta diferentes aspectos, lo que le permite ser contemplada desde distintos puntos de vista, lo que hace que diferentes derechos fundamentales lo tutelén, de ahí que siempre se hable de igualdad y de no discriminación.

Podríamos preguntarnos si existe un concepto de familia en la regulación comunitaria, pues bien, como ya hemos dicho el art. II. 33 garantiza la protección de la familia, y caben dos posibles interpretaciones a dicha expresión, estimar que con ella se refiere el Proyecto a la institución jurídica en si misma considerada, o entender que los protegidos son los sujetos que la integran²⁶¹. Lo cierto es que ambas perspectivas son admisibles, y que caben perfectamente en dicho artículo. Es evidente que la familia se define en función de los sujetos que la integran, más aún, tales sujetos serán los que de manera directa reciban o se beneficien de los mecanismos de protección . Pese a ello, hay que señalar que nada establece el art. II. 33 respecto a quienes son los

²⁶¹ GIORGIS, A., "Art. 34 Sicurezza sociale e Assistenza Sociale", en *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentale dell'Unione Europea*, Il Mulino, Bolonia 2001, pág. 242.

sujetos integrantes de la familia, lo que deja un importante ámbito de decisión a los derechos internos de los Estados miembros. Hay que admitir por tanto, que en la Constitución Europea no se entra a prejuzgar quienes son los sujetos integrantes de la familia, o sea, no existe un concepto de familia en el conjunto de la normativa comunitaria; podríamos deducir que la familia está integrada por los menores o descendientes, también por los ascendientes. Por ejemplo, en la Constitución española, en el art. 39 se menciona expresamente a los hijos y la protección de la madre.

Otro artículo, al que hemos hecho mención, es el II. 9, que regula el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia. Este artículo remite a las leyes nacionales que regulen su ejercicio, o sea, hay un reenvío a los ordenamientos nacionales desde la propia Constitución, lo que aún corrobora más que la Constitución no quiere establecer un concepto propio de familia²⁶².

Otra cuestión a tener en cuenta, es si para la configuración de la familia es necesario o no la existencia de un vínculo de carácter matrimonial, ya que como hemos señalado el derecho a contraer matrimonio está garantizado en la Constitución, y lo que cabría plantearse, es si estamos refiriéndonos sólo a una familia creada a partir de la formalización jurídica de la unión entre dos cónyuges, o si se admite la existencia de familias basadas en uniones de hecho. Lo que está claro, es que la familia nacida de una unión matrimonial se integra en el concepto de familia; por tanto, los problemas estarán en saber si constituyen una institución familiar las formas de creación de la familia en las que no hay relación o vínculo matrimonial.

El art. II. 33, cuando garantiza la protección de la familia, no se refiere para nada a la necesidad de que ésta deba estar formada a través de un vínculo matrimonial, y es más, la

²⁶² FOGLIA, R., "La Carta dei Diritti Fondamentale dell'Unione Europea, en *Revista dei Diritto della Sicurezza Sociale*, Roma 2001, pág. 18. DIAZ MORENO, F., *Manual de Derecho de la Unión Europea*, Thomson-Civitas, Madrid 2005, pág. 15.

propia Constitución garantiza y protege ciertos derechos familiares y laborales, sin que en ningún momento se haga mención a ningún tipo de relación matrimonial determinada. Por tanto podemos entender que no se establecen diferencias entre la familia matrimonial, o tradicional como antes la hemos denominado, y otras formas de creación de una familia, ya que sería curioso que el texto Constitucional no tuviese en cuenta la importante evolución que los ordenamientos nacionales han sufrido en esta materia, a tenor de la cual se admite de forma generalizada que la familia matrimonial es tan sólo uno de los posibles modelos, admitiéndose otras vías de constitución de la familia, distintas de las del matrimonio. Ciertamente es que tal afirmación choca con la de los obispos europeos, quienes señalan que hay que apoyar a la familia fundada en el matrimonio, en cuanto que es ésta y no otra la que configura el componente básico de la sociedad. En la misma línea, se pueden encontrar normas internacionales de las que podemos deducir que la familia y el matrimonio son inseparables, la propia Declaración Universal de Derechos Humanos y otros textos, vinculan el derecho a contraer matrimonio con el derecho a fundar una familia ²⁶³, así, el art. 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, al que ya nos hemos referido, dice : *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*. Efectivamente la literalidad de la norma refleja una identidad entre el matrimonio y la creación de una familia, pero no es menos cierto que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se ha mostrado contraria a tal interpretación literal, reconociendo que las uniones de hecho no pueden excluirse del concepto de familia.

En esa dirección se encuentra el art. II. 7 del Proyecto de Constitución, al establecer que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, lo que tiene como consecuencia que el individuo ha de ser preservado de las injerencias de los poderes públicos, de manera que éstos no

²⁶³ SOUTO PAZ, J.A., "Comentario a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en *Revista del Poder Judicial*, nº 61, Madrid 2001.

limiten o impidan el pleno desarrollo de la personalidad. De este derecho se puede derivar la libertad del individuo para poder libremente configurar la realidad familiar, lo que también se refleja en el art. II. 21, que prohíbe toda situación de discriminación, y en el art. II. 24, que protege el derecho de los menores, y si se hiciese diferencia entre familias matrimoniales y familias no matrimoniales, podríamos encontrarnos con la desprotección del menor que sea fruto de una relación no matrimonial.

Para ir concluyendo, diremos que la familia es una institución jurídica que ha evolucionado a lo largo del tiempo. Al legislador no le queda más remedio que adecuar el ordenamiento jurídico a las nuevas situaciones sociales. Por lo tanto, también cabe plantearse si en la Constitución Europea cuando se habla de la creación de una familia, hemos de extenderlo a las uniones entre homosexuales. Como hemos señalado, el art. II. 9, se refiere a garantizar el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia, sin que se nombren específicamente a hombres y mujeres. De donde se puede deducir, que lo que se está planteando es la posibilidad del nacimiento de familia en el seno de una pareja heterosexual o de una pareja homosexual, al igual que se puede plantear la posibilidad del matrimonio entre homosexuales. Lo cierto es que del texto no se puede deducir que se admite esta posibilidad, pero tampoco se puede defender lo contrario. De todas formas, el derecho comunitario no tiene competencia sobre esta cuestión, ya que el art. II. 9, remite tal competencia a los Estados, y son por tanto ellos los que decidirán sobre esta cuestión, ejemplo de ello es el reconocimiento de estos matrimonios en las legislaciones de Holanda , Bélgica y España.

Dado que se remite a los Estados la competencia sobre esta materia, parece interesante no terminar sin hacer una breve referencia a España; el derecho a contraer matrimonio quedó regulado en el art. 32 de la Constitución Española que dice : *El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica*, y en el art. 39 se regula la protección a la familia y la infancia, estableciendo la igualdad de los hijos habidos fuera y dentro del matrimonio. La Constitución constata

que el derecho a contraer matrimonio es un derecho individual, y la forma de celebración del matrimonio es un acto de libertad personal.

9. CONCLUSIÓN.

Hecha esta reflexión en torno al matrimonio y la familia, podemos concluir señalando que actualmente nos situamos en una cultura individualista, donde prima la igualdad de las personas y el respeto a la dignidad humana y a los derechos humanos. Por existir una gran diversidad en los modelos familiares, la Constitución Europea no establece un concepto propio de familia, ni un concepto de matrimonio, lo que si hace es reconocer expresamente tanto el derecho a contraer matrimonio como el derecho a fundar una familia, remitiendo a las legislaciones de los Estados miembros su regulación, y reconociendo estos derechos como manifestación de la libertad personal, protegiendo la familia como una célula esencial de la sociedad.

