

## ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONCEPTO JURÍDICO DE MATRIMONIO

Susana MOSQUERA MONELOS Universidad de Piura

### 1. Presentación

A comienzos de los años 90 la fiebre por regular las uniones libres de parejas de igual o distinto sexo, llegó a los países nórdicos, ignorando la posición contraria que había adoptado el Parlamento Europeo<sup>1</sup>. En 1994 el número de noticias sobre uniones de hecho, y especialmente sobre la regulación de las uniones de hecho homosexuales iba en aumento, siendo Holanda el país que acaparaba mayor atención en los medios y en la doctrina<sup>2</sup>. Más tarde, en el 2002, cuando ya muchos países europeos reconocían el derecho a las uniones civiles entre personas del mismo sexo, el interés mediático se volcó hacia el ordenamiento canadiense. Se producía en este caso una interesante convivencia entre un sistema de base legislativa con un sistema de *common law*, como se pudo apreciar con ocasión del ultimátum que Notario y Québec (y luego otras provincias) plantearon al Tribunal Federal en 2002: el gobierno federal tenía 24 meses para adaptar la legislación y convertir el matrimonio en la unión de dos personas con independencia del sexo y lo hizo. Canadá promulgó su *Civil Marriage Act* el 20 de julio de 2005 reconociendo en ella el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo<sup>3</sup>.

En ese mismo año otros países aprobaron diferentes tipos de reconocimiento de este tipo de uniones: la *Civil Partnership* del Reino Unido, la ley de Cohabitación registrada suiza, la *Marriage Act* canadiense y por supuesto, la Ley 13/2005 que modifica el Código civil español en materia de derecho a contraer matrimonio<sup>4</sup>. Se

---

<sup>1</sup> Resolución aprobada por el Parlamento Europeo el 8 de febrero de 1994.

<sup>2</sup> Vede P. A. TALAVERA FERNÁNDEZ: *La unión de hecho y el derecho a no casarse*. Ed. Comares, Granada, 2001. 190.

<sup>3</sup> Cf. S. LAROCQUE: *Mariage gai: es coulises d'une révolution sociale*. Flammarion, Montréal, 2005.

<sup>4</sup> En el momento de presentación de este artículo, diciembre de 2011, el recurso de constitucionalidad

trata de una figura jurídica que ha ido ganando espacio en distintos ordenamientos jurídicos, diez a la fecha<sup>5</sup>, pero que sigue planteando no pocos cuestionamientos y problemas, incluso en aquellos lugares en los que ya ha sido reconocida<sup>6</sup>. Por lo que en mi opinión sigue resultado pertinente plantear como debate teórico la fundamentación y contenido esencial del concepto jurídico de matrimonio, para saber si es posible trasladarlo a realidades socio-jurídicas distintas de aquellas para las que fue creado sin que con ello pierda su esencia y naturaleza.

Para hacerlo hemos de tomar un punto de partida, el concepto de matrimonio que nace de la confluencia de las tradiciones romana-canónica y germánica, modelo que se exportó a América y que ha dominado la cultura jurídica occidental. En segundo lugar analizaremos las alteraciones que ha experimentado ese concepto por causa de los cambios sociales que han condicionado la evolución jurídica del matrimonio. Llegaremos así a responder a la pregunta esencial que aquí se plantea: ¿Es posible seguir llamando matrimonio al matrimonio?<sup>7</sup>

## 2. Punto de partida: elementos esenciales del concepto clásico de matrimonio

Se imaginan ustedes ¿si hoy en día un romano del s. I traspasando las barreras del tiempo se plantase en nuestra era?, es posible que el único tema sobre el que pudiésemos tener una conversación lógica y coherente para ambos fuera sobre derecho. Y es que herencia del Derecho romano es inmensa, las instituciones jurídicas que manejamos han sido en gran parte creadas por Roma, la terminología jurídica sigue siendo indudablemente romana<sup>8</sup>. Especialmente si le hablamos de matrimonio es posible que ese romano del siglo I nos entienda mejor a nosotros. Desde ese siglo I d.C. hasta el siglo III d.C. el derecho matrimonial romano, en contacto con la nueva fe cristiana que surgió dentro del Imperio, experimentó un cambio drástico. Por ese motivo trasladar 2000 años en el tiempo a ese romano del siglo I puede no ser tan grave como trasladarlo a penas 200 años en su mismo mundo.

En sus primeros tiempos el Cristianismo no tiene una teoría propia sobre el matrimonio<sup>9</sup>. Se preocupaba únicamente de los aspectos religiosos, cuestiones de fe en especial en el matrimonio entre un cristiano y un infiel, y aceptaba la regulación

---

presentado contra esta norma por el Partido Popular sigue pendiente de resolución del Tribunal Constitucional.

<sup>5</sup> Argentina, Bélgica, Canadá, España, Holanda, Islandia, Noruega, Portugal, Sudáfrica, y Suecia.

<sup>6</sup> Cf. N. PÉREZ CÁNOVAS: *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español*. Ed. Comares, 1996. 101.

<sup>7</sup> Sobre este tema véase S. GIRGIS – R. GEORGE – T. RYAN: What is Marriage? *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Vol. 34., No. 1. Winter, 2010. 245--287.

<sup>8</sup> J. GAUDEMET: *Le mariage en Occident. Les mœurs et le droit*. Les Editions du Cerf, Paris, 1987. Traduzione allo Spagnolo di M. BARBERÁN – F. TRAPERO: *El matrimonio en Occidente*. Ed. Taurus Humanidades, 1993, 33. Anche, *The family in ancient Rome*. Ed. by B. RAWSON Routledge, London. 1992; e O. ROBLEDA: *El matrimonio en derecho romano*. Libreria Editrice Università Gregoriana, Roma, 1970.

<sup>9</sup> Sul punto vede, GAUDEMET op.cit. 63.

jurídica romana del matrimonio. Será más adelante, cuando los emperadores romanos adopten el cristianismo como fe del Imperio, que el concepto romano clásico de matrimonio, ese hecho social productor de efectos jurídicos, abra paso a la concepción romano-canónica de matrimonio que recoge la definición del jurista Modestino y la extiende por toda Europa: “el matrimonio es la unión del hombre y la mujer, una comunidad para toda la vida, la puesta en común de lo que atañe al derecho humano y al derecho divino”.

Del Derecho romano recibimos los elementos del consentimiento para formar una comunidad de vida que se mantiene unida en muestra del afecto o amor mutuo, entre un hombre y una mujer en unión monógama. Unión que gracias a la influencia cristiana alcanza a todos los hombres y mujeres independientemente de su condición social, que se vuelve indisoluble por efecto del Derecho divino<sup>10</sup>. Y que recibe del derecho germánico su configuración como contrato, la entrega física se considera el elemento que perfecciona ese contrato<sup>11</sup>. Con todos estos elementos y algunos otros que por obra de los canonistas clásicos se fueron incorporando al concepto cristiano de matrimonio llegamos al siglo XVI y Trento se encarga de aportar la forma, el rito formal que confiere validez a esa unión<sup>12</sup>.

La estructura jurídica de la institución “matrimonio” que surge de ese proceso de evolución de 16 siglos es el que más adelante adoptarán los códigos civiles del siglo XIX sustituyendo la intervención de un ministro de la Iglesia por un funcionario civil. En esa concepción del matrimonio encontramos los siguientes elementos: identidad entre matrimonio y familia<sup>13</sup>, heterosexualidad –indispensable para la procreación y

<sup>10</sup> Cf. A. BERNÁRDEZ CANTÓN: *Compendio de derecho matrimonial canónico*. Ed. Tecnos, Madrid, 1994. 42.

<sup>11</sup> GAUDEMET op. cit. 117. “Algunos historiadores han considerado que la consumación de la unión era una condición del matrimonio. [...] Ciertamente es que la consumación fue más importante en las tradiciones germánicas que en las romanas. Pero ello no autoriza a afirmar que fuera exigida para la realización plena del matrimonio. En cualquier caso, es de destacar que las tradiciones germánicas prestaban gran atención a la *copula carnalis*. Es posible que ello ejerciera cierta influencia en determinadas soluciones del derecho canónico”. Anche, L. ROJAS DONAT: Para una historia del matrimonio occidental. La sociedad romano-germánica. Siglos VI–XI. – *Teoría*, Vol. 14. (1). 2005. 47–57.

<sup>12</sup> Cf. PAZ J. A. SOUTO: *Derecho matrimonial*. Ed. Marcial Pons. Madrid. 2002. 44. Anche M. LÓPEZ ALARCÓN – R. NAVARRO-VALLS: *Curso de derecho matrimonial canónico y concordado*. Ed. Tecnos, Madrid, 2001. 23.

<sup>13</sup> “[...] uno de los rasgos casi universales del matrimonio es que no se origina en los individuos, sino en los grupos interesados (familias, linajes, clanes, etc.), y que, además, une a los grupos antes y por encima de los individuos. [...] Pero aquí nos hallamos, ante todo, frente a una extraña paradoja [...] y es que, si bien el matrimonio origina la familia, es la familia, o más bien las familias, las que generan matrimonios como el dispositivo legal más importante que poseen para establecer alianzas entre ellas”. Cit. C LÉVI-STRAUSS.: *The Family*. In: H. SHAPIRO (ed.): *Man, Culture and Society*. Traduzione allo Spagnolo di J. R. LLOBERA: *La familia*. In: *Polémica sobre el origen y la universalidad de la familia*. Cuadernos ANAGRAMA. 1987. 22. E sul stesso punto, R. KÖNIG : *Die Familie der Gegenwart. Ein interkultureller Vergleich*. Traduzione allo Spagnolo di ALMARAZ, J.: *La familia en nuestro tiempo. Una comparación intercultural*. Ed. Siglo XXI, Madrid, 1994. 53.

la perpetuación de la familia<sup>14</sup>, unión monógama y estable, que se vuelve indisoluble cuando ha sido consumado, que se establece con el intercambio del consentimiento libre entre los contrayentes expresado ante un testigo cualificado, y que utiliza forma y ritos para dejar constancia de su existencia ante terceros. En nuestra opinión, y la de otros autorizados autores, cuando estos elementos varían de forma radical, o desaparecen, se altera el concepto de matrimonio<sup>15</sup>.

### 3. Cambios sociales que modifican la noción tradicional de matrimonio y familia

Históricamente era impensable la separación entre matrimonio y familia, sin embargo la situación actual nos dice lo contrario<sup>16</sup>. Los países nórdicos han sido los primeros en regular las uniones de hecho, de igual o de distinto sexo, porque han sido los primeros en experimentar ese cambio social que altera el concepto clásico de familia. Por cuestiones de tiempo y de materia no es posible analizar las razones de ese cambio, pero es fácil constatarlo<sup>17</sup>. La desaparición del modelo tradicional de

<sup>14</sup> Sul punto della valutazione eclesiale vede, C. PEÑA GARCÍA: *Homosexualidad y matrimonio. Estudio sobre la jurisprudencia y la doctrina canónica*. Ed. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2004. 217–225.

<sup>15</sup> “[...] la transformación de las relaciones familiares en simples relaciones socioasistenciales o sexuales. En este proceso de mimetización respecto al matrimonio, se olvida que tanto la naturaleza como el Derecho tienen sus propias reglas de juego. La ficción de que una pareja homosexual constituye un matrimonio es tan contradictorio como pretender que forman una *holding*, una *leasing* o una fundación. Son instituciones jurídicas que se mueven en otra órbita”. R. NAVARRO-VALLS: *Matrimonio y Derecho*. Tecnos, Madrid, 1995. 105.

<sup>16</sup> “Gli studi de etnologia e di antropologia culturale garantiscono, con opinione pressoché unanime, che nelle società antiche la famiglia si presenta come la primordiale forma di aggregazione umana. Si osserva il dato universalmente rilevabile della sua formazione spontanea: l’aggregazione familiare nasce per i fatti naturali dell’accoppiamento e della generazione e si costruisce sui robusti vincoli, anch’essi del tutto spontanei e naturali, che da tali fatti scaturiscono. L’individuo manifesta nella famiglia il primo impulso a socializzare, trovando in essa la sua protezione ed il luogo privilegiato del fiorire e dell’espandersi dei suoi primigeni affetti, tanto che la famiglia fin dall’inizio appare come particolarmente vocata a soddisfare i bisogni più essenziali dell’essere umano”. G. LO CASTRO: *Matrimonio, Diritto e Giustizia*. Giuffrè Editore, Milano, 2003. 3–4.

<sup>17</sup> “La decadencia de la familia en los tiempos más recientes debe atribuirse indudablemente, en lo principal, a la revolución en la industria; pero había ya comenzado antes, y sus comienzos se inspiraron en la teoría individualista. Los jóvenes recabaron el derecho de casarse según su voluntad y no por obediencia al mandato de sus padres. Se perdió la costumbre de que los hijos casados viviesen en la casa paterna. Se fue introduciendo el uso de que los hijos, en cuanto concluía su educación, dejasen la casa para ganarse la vida. Mientras los niños pequeños podían trabajar en las fábricas, eran un medio de vida para los padres, hasta que morían de exceso de trabajo; pero las leyes sociales acabaron con esa forma de explotación, a pesar de las protestas de quienes vivían de ella. De ser un medio de vivir, los hijos se convirtieron en una carga. En tal situación se difundieron los anticonceptivos, y la natalidad comenzó a descender”. B. RUSSELL: *Marriage and Morals*. Traducción al Español de M. AZAÑA: *Matrimonio y moral*. Ediciones Cátedra, Madrid, 2001. 125. Da un’altra prospettiva, JIMÉNEZ I. CARRASCO – A. M. GONZÁLEZ RAMOS: Las uniones de hecho según la doctrina de la Iglesia católica. In: C.V. ZAMBRANO (ed.): *Pluralismo religioso y libertad de conciencia. Configuraciones jurídicas y políticas en la contemporaneidad*. Universidad nacional de Colombia, 2003. 127–135.

familia tuvo una repercusión directa no sólo en la regulación del matrimonio, sino también en otros campos: la falta de una estructura familiar que sirviera de apoyo a los servicios sociales obligó al Estado del Bienestar a utilizar a las redes asistenciales no gubernamentales. Significativamente en los años 80 el mayor número de ONG que actúan en Europa y en el Tercer Mundo proviene de los países nórdicos<sup>18</sup>.

La familia extensa que había sido tradicional se ve reducida a un núcleo mínimo. Surgen nuevas formas de familia, que no precisan del matrimonio como elemento constitutivo. Consecuencia inicial de esa fisura que identificaba matrimonio y familia es la necesidad de regular jurídicamente las situaciones matrimoniales de hecho. Tenemos aquí el origen de las leyes sobre uniones civiles, convivencia, cohabitación, pacto de solidaridad o cualquier otra terminología de las utilizadas hasta la fecha, para hacer referencia a las uniones que no desean la cobertura jurídica del concepto tradicional de matrimonio<sup>19</sup>. Se incrementa así la importancia de la unión libremente elegida, el afecto como soporte del vínculo. Afecto que nace entre dos personas independientemente de su orientación sexual. De esa situación derivamos otra consecuencia: la importancia dada a la *affectio maritales* omite el elemento de la heterosexualidad, es más, lo elimina conscientemente. La familia ya no nace del matrimonio, el matrimonio ya no precisa de una estructura jurídica que lo regule, el amor desplaza a la procreación como finalidad del vínculo y así se omite la heterosexualidad como elemento que configura la institución matrimonial<sup>20</sup>. Las nuevas formas de reproducción y la adopción hacen prescindible el requisito de la heterosexualidad para la procreación y la pervivencia de la familia como núcleo de la sociedad<sup>21</sup>.

Paralelamente a la regulación jurídica de la unión de hecho surge la cuestión del divorcio. Las nuevas uniones siguen siendo monógamas, aunque la nota de estabilidad y permanencia es cada vez más difusa. Los países nórdicos, de tradición protestante conocen esta institución desde antiguo pero ahora flexibilizan aún más su aplicación, los países del sur de Europa por su tradición católica no regularon el divorcio hasta fechas más recientes<sup>22</sup>. De modo que la concepción tradicional del matrimonio ha perdido ya varios de los elementos que la configuraban: su vinculación al concepto de familia, la heterosexualidad, la estabilidad. Nos queda el consentimiento y la forma. ¿Es esto suficiente?

<sup>18</sup> A. WOODS: *Facts about NGOs active in international development*. Development Centre of the Organisation for Economic Co-operation and Development, Paris, 2000; anche, A. EVERS – J. L. LAVILLE (eds.): *The Third Sector in Europe*. Edward Elgar Publishing, Northampton Mass, 2004.

<sup>19</sup> Cf. A. WÓJCIK: La unión de hecho y el matrimonio. Diferencia antropológico-jurídica. *Ius Canonicum*, XLII, nº 83, 2002. 219–280.

<sup>20</sup> Sul punto, J. BOSWELL: *Same-sex unions in premodern Europe*. Traduzione allo Spagnolo di, M. A. GALMARINI: *Las bodas de la semejanza. Uniones entre personas del mismo sexo en la Europa premoderna*. Muchnik editores, Barcelona, 1996.

<sup>21</sup> Cf. NAVARRO-VALLS op. cit. 115.

<sup>22</sup> Cf. B. DUTOIT (et. al.): *Le divorce en droit comparé*. Vol. I. *Europe*. Droz, Genève, 2000.

Llegados a este punto es oportuno dejar constancia que no todas las regulaciones sobre uniones de hecho son coincidentes. Dinamarca, Noruega, Suecia, Finlandia, Islandia y Suiza han regulado la cohabitación registrada, otorgándole derechos similares o incluso iguales a los del matrimonio pero sin concluir que se trate de la misma institución jurídica. Francia ha regulado el pacto civil de solidaridad, Alemania la unión vital, Portugal el contrato de pareja, Hungría por su parte utiliza el término clásico, concubinato y en el Reino Unido hablan de unión civil<sup>23</sup>. Esta maraña terminológica no es debida únicamente la confusión de traducciones o interpretaciones sobre el término matrimonio. Holanda, que debe llevar algún mérito por haber sido la primera que reconoció el matrimonio homosexual en 2001, lo hizo después de pasar por dos conceptos previos, el de contrato de vida en común en 1993 y el de contrato de convivencia registrada en 1998<sup>24</sup>. El concepto de matrimonio se amplía para hacerlo extensivo a las parejas del mismo sexo, 2003 será Bélgica en 2005 Canadá y España, Sudáfrica en 2006, Noruega y Suecia en 2009, y ya en 2010 Portugal, Islandia y Argentina. Esta opción jurídica, que consistió en equiparar matrimonio entre personas de igual o de distinto sexo, contrasta con la línea marcada inicialmente por los países nórdicos que habían optado por regular las uniones entre personas de igual sexo fuera del concepto de matrimonio, pero es coherente con la Resolución emitida por el Parlamento Europeo en febrero de 1994 en la cual instaba a los países miembro a poner fin a la prohibición de contraer matrimonio o acceder a regímenes jurídicos equivalentes a las parejas de igual sexo.

España ha seguido fielmente esta recomendación y el pasado mes de julio aprobó la ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio<sup>25</sup>. Y señala también que “la convivencia como pareja entre personas del mismo sexo basada en la afectividad ha sido objeto de reconocimiento y aceptación social creciente, y ha superado arraigados prejuicios y estigmatizaciones. Se admite hoy sin dificultad que esta convivencia en pareja es un medio a través del cual se desarrolla la personalidad de un amplio número de personas, convivencia mediante la cual se prestan entre sí apoyo emocional y económico”<sup>26</sup>.

En efecto la exposición de motivos de la ley española es clara, la convivencia entre personas del mismo sexo ha superado los prejuicios sociales y es admitida sin dificultades. El legislador español infraconstitucional lo había hecho al extender a las parejas extramatrimoniales iguales derechos (sucesorios, régimen seguridad social, pensiones de viudedad, indemnizaciones por muerte), que a las matrimoniales, sin

<sup>23</sup> Cf. CAMARERO V. SUÁREZ: Las uniones no matrimoniales en el derecho español y comparado. *Tirant monografías*. Valencia, 2005. 155.

<sup>24</sup> Cf. A. HEIDA: *Gids geregistreerd partnerschap*. Kluwer, Deventer, 2000. 33. Anche, K. BOELE-WOELKI – A. FUCHS: *Legal recognition of same-sex couples in Europe*. Intersentia, Antwerp, 2003. 24.

<sup>25</sup> Para mayor detalle sobre esta norma véase. J. R. POLO SABAU: *Matrimonio y Constitución ante la Reforma del Derecho de Familia*. Civitas, Madrid, 2006. 29.

<sup>26</sup> Preámbulo de la Ley 13/2005, de 1 de julio de 2005.

distinguir entre parejas de extramatrimoniales de igual o de diferente sexo siempre que cumplieren el requisito de la efectiva convivencia<sup>27</sup>.

Llegados a este punto, debemos regresar al listado de elementos que identificaban el concepto de matrimonio, de los cuales solamente nos queda el consentimiento y la forma. El primero de ellos, el consentimiento, es el elemento más puramente romano que determinaba la constitución de la unión cuando las partes tenían el *ius* necesario. Sería impensable un matrimonio sin consentimiento, la fuerza o la violencia ejercida para obligar a una de las partes a aceptar la unión causaría su anulación. El consentimiento está presente en todo tipo de unión matrimonial, unión civil, pacto de convivencia, cohabitación registrada o matrimonio homosexual, sin consentimiento no tendríamos nada porque sin la voluntad manifestada por las dos personas no habría unión<sup>28</sup>. Hemos encontrado pues un elemento imprescindible.

Queda por ver si podemos deshacernos de la forma o también se trata de un elemento indispensable. Decir en primer lugar, que la forma no siempre ha existido, aunque algún tipo de formalismo se ha impuesto normalmente para dejar constancia del intercambio de consentimiento entre los contrayentes<sup>29</sup>. No obstante esa forma se manifestaba en la ceremonia o rito matrimonial, usualmente religioso, y podía ser tan compleja o sencilla como lo estableciese la costumbre o tradición del lugar. Pero la forma podía existir o no, dado que no se la consideraba un elemento indispensable en la concepción romana del matrimonio. Y para el derecho canónico, la forma es una aportación del siglo XVI, no de los primeros tiempos. En el Concilio de Trento se impone la forma y se prohíben los matrimonios clandestinos. La forma tiene un significado fundamentalmente testimonial, ritual si se quiere, deja constancia de la existencia del nuevo vínculo entre los dos contrayentes. Pero su importancia es fundamentalmente religiosa<sup>30</sup>.

La forma está relacionada con la prestación del consentimiento ante un testigo cualificado, no por ser dicho testigo una persona especial, sino por su condición de

<sup>27</sup> Cf. PÉREZ CÁNOVAS op. cit. 164–290.

<sup>28</sup> “El consentimiento prevale [...] sobre otros elementos o aspectos aparentemente constitutivos del matrimonio y que, sin embargo, no sólo ceden ante la preeminencia del consentimiento, sino que, incluso, se desvanecen y resultan jurídicamente irrelevantes”. SOUTO PAZ op. cit. 164.

<sup>29</sup> Sul punto Lo Castro, “Ora il trionfo dell’idea (etica) consensualistica é state nel tempo temperato dall’affermazione sempre più decisa dell’istanza formalistica; e nel senso che la volontà consensuale deve essere esternata (e la libertà matrimoniale deve essere essercitata) in una forma prescritta dall’ordinamento; e nel più sottile senso che, proprio in virtù del rilievo assunto dalla forma, la presenza e la sufficienza del consenso potranno essere labile, cioè nel momento celebrativo delle nozze, essendo del tutto irrelevante che un consenso vi sia stato successivamente, e che le parti abbiano vissuto in una dimensione di vero amore sponsale. Chiunque intende che col dare un tale peso alla forma, col farne un elemento essenziale, un punto di riferimento per la verifica dell’esistenza dell’amore coniugale [...], le possibilità operative del consenso, come autonoma forza genetica del rapporto, restano fortemente limitate”. LO CASTRO op. cit. 62.

<sup>30</sup> “El papel creciente de la forma, aun sin ser necesaria para la validez del matrimonio, va a obedecer a distintas razones. El significado espiritual del matrimonio, que tendrá especial relevancia para la doctrina cristiana, [...] La bendición nupcial es el exponente más significativo de esta pretensión de remarcar la espiritualidad y la religiosidad del matrimonio”. SOUTO PAZ op. cit. 205.

ministro de culto. En ese sentido el derecho a contraer matrimonio forma parte del contenido del derecho de libertad religiosa puesto que uno de los ritos propios de toda confesión es el rito matrimonial<sup>31</sup>. Esa concepción formal del matrimonio es recibida en los Códigos civiles del siglo XIX pero ahora el testigo cualificado es un agente estatal que cumple una misión meramente registral, documenta el efectivo intercambio del consentimiento pero no sacraliza la unión. Contra esa función de comprobación o constatación del intercambio de consentimiento que realizan los agentes del Estado, reacciona una parte de la sociedad y así se extiende la convivencia de hecho, el amor libre que no precisa de regulación alguna y que escapa de ella<sup>32</sup>. El consentimiento libremente expresado entre las partes unido a la efectiva convivencia es lo que da origen a la unión, pero aquí no hay derecho y no hay matrimonio<sup>33</sup>. Sin embargo, incluso en las uniones libres se hace necesario acudir al derecho<sup>34</sup>. Cabría pensar que a través de pactos privados, a través de una formulación del tipo mercantil de las sociedades podría regularse alguno de los efectos o consecuencias que la convivencia, la unión entre dos personas puede tener para el derecho y de ese modo evitar la incorporación de una institución jurídica matrimonial en el ordenamiento. Una solución similar a la romana en donde el derecho intervenía lo menos posible en la regulación del vínculo y en su disolución. No obstante, sabemos que el derecho decide regular la institución matrimonial, ¿por qué?

#### 4. Matrimonio, derecho y no discriminación

La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 16 dispone que: “Los hombres y las mujeres a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el derecho”.

El artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos recoge en similares términos esa consideración sobre el matrimonio y además añade una cláusula que garantiza la igualdad de los ambos esposos en cuanto al matrimonio y protege a los hijos en caso de disolución. Cláusula de igualdad entre hombre y mujer

<sup>31</sup> Y como tal contenido se recoge en todas las leyes que desarrollan el contenido esencial del derecho de libertad religiosa.

<sup>32</sup> Cf. J. GALLEGU PÉREZ: Uniones de hecho. Análisis desde los ángulos civil y canónico. In: J. L. SANTOS DÍEZ (ed.): *XVIII Jornadas de la Asociación Española de Canonistas. Sínodos españoles. Confesiones y sectas. Uniones de hecho*. Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 1999. 255–337.

<sup>33</sup> Cf. LO CASTRO op. cit. 198–199.

<sup>34</sup> Porque al igual que ocurre con los médicos, los juristas también son patólogos, se los llama sólo cuando hay problemas. Cuando la convivencia entre la pareja es perfecta nadie solicita la intervención del derecho, pero cuando hay hijos, casa, coche, rentas, pensiones, obligaciones, entonces es necesario que el derecho solucione la situación.

en el matrimonio que el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales concreta en la especial protección a las madres durante el tiempo razonable antes y después del parto. Observamos en estos documentos internacionales y en otros muchos que omitimos por razones de tiempo, la repetición de una serie de conceptos, matrimonio y protección de la familia, hijos, derecho a contraer matrimonio en igualdad de condiciones para el hombre y la mujer, derecho a la protección de la familia por parte del Estado y libre consentimiento para formalizar el vínculo.

Esta orientación de la institución matrimonial en los documentos internacionales (reflejada también los textos constitucionales internos) tiene como principal objetivo equilibrar la situación de los dos miembros dentro de la pareja y acabar de ese modo con la tradicional discriminación sufrida por la mujer dentro del matrimonio<sup>35</sup>. La lucha por esa igualdad es la que se manifiesta en la jurisprudencia de los tribunales internacionales e internos a la hora de aplicar el concepto de igualdad por razón de sexo. Sólo en fechas recientes y de modo tangencial encontramos una nueva orientación de ese concepto, la igualdad por razón de sexo comienza a ser entendida en determinados supuestos, como una prohibición de discriminación por razón de la orientación sexual. El Tribunal de Estrasburgo en una línea jurisprudencia que se inicia en 1999 rechaza la discriminación por razón de sexo en materias como: la denegación de custodia de un hijo al padre por ser homosexual<sup>36</sup>, o el establecer por norma una edad mínima para mantener relaciones homosexuales más alta que la fijada para las relaciones heterosexuales<sup>37</sup>. ¿Alcanza ese principio de no discriminación al ámbito de la regulación del derecho al matrimonio?

Los documentos internacionales de Derechos Humanos reconocen que “toda persona”, “todos los seres humanos”, “todos”, “todo”, “nadie” “todo individuo” tiene derecho a la libertad de, pero establecen claramente que “el hombre y la mujer”. ¿Es acaso indiferente que la heterosexualidad aparezca mencionada expresamente en el reconocimiento internacional del derecho a contraer matrimonio? O planteado en otros términos ¿es posible no violentar el contenido el derecho a contraer matrimonio cuando se hace extensivo a personas de igual sexo?

Al comienzo de mi exposición he tratado de aportar el concepto de matrimonio fruto de una concreta evolución que hemos recibido en la cultura occidental. Del mismo derivamos una serie de elementos que con el paso del tiempo y los cambios sociales hemos podido comprobar que en poco o nada mantienen la idea tradicional de matrimonio. Esa conclusión es la que nos llevó a afirmar que un romano del siglo I comprendería bien la situación actual puesto que del matrimonio tradicional apenas queda el consentimiento aunque en su apariencia formal uno crea que todavía se encuentra ante un verdadero matrimonio.

<sup>35</sup> Cf. L.M. Díez-PICAZO: *Sistema de Derechos Fundamentales. Cap. VII. El principio de igualdad ante la ley*. Thomson Civitas, Madrid, 2005. 191–213.

<sup>36</sup> Stedh, *Salgueiro Mota v. Portugal* de 21 de diciembre de 1999.

<sup>37</sup> Stedh *Salgueiro Mota c. Il Portogallo*, 21 di Dicembre 1999; Stedh *B.B. c. Il Regno Unito*, 10 di Febbraio 2004; Stedh *L. e V. c. L’Austria* di 9 Gennaio 2003; Stedh *Karner c. L’Austria* di 24 de Luglio 2003.

De ese modo la palabra matrimonio ha perdido su significado y la diferencia entre uniones de hecho y uniones matrimoniales es tan difusa que apenas podemos verla<sup>38</sup>. Digo esto pensando concretamente en la regulación española que al tiempo que aprobó la polémica ley del matrimonio homosexual reguló el divorcio automático. De esta segunda norma se ha hablado mucho menos que de la primera sin embargo sus consecuencias para el concepto de matrimonio han sido tanto o más directas. La convivencia efectiva entre dos personas tanto si se ha constituido de hecho o de derecho, determina la existencia de un vínculo y una vez desaparece el consentimiento mutuo necesario para mantener la unión se rompe el vínculo.

¿Estamos o ante un matrimonio a la romana? En ese contexto la única intervención del derecho se produce a modo de testigo que certifica el comienzo de la unión y su finalización. Desaparecida la vinculación entre matrimonio, familia e hijos, ¿qué queda del contenido esencial del derecho al matrimonio? El rito, la forma, la apariencia de unión que existe en el caso del matrimonio y no la hay en la unión de hecho<sup>39</sup>.

## 5. Conclusión

Llegados a este punto la conclusión es sencilla. Si el contenido esencial del derecho a contraer matrimonio se ha visto reducido a la mera apariencia de un rito, de una ceremonia desprovista de ningún valor o significado moral, es entonces perfectamente factible que no se discrimine a ninguna persona por razón del sexo, o por razón de su orientación sexual, y se garantice que puedan acceder a ese “disminuido” derecho a contraer matrimonio. Si el contenido esencial del derecho a contraer matrimonio sigue teniendo un significado no sólo jurídico formal sino que sigue siendo una institución cargada de valores que mantiene alguna de sus notas tradicionalmente identificadoras es porque el rito, la ceremonia tiene un significado de índole moral, religioso si se quiere. Y en ese contexto el matrimonio como institución deberá mantener su identidad y sus elementos, entre ellos la heterosexualidad. Si eso no es posible en el ordenamiento civil las personas que deseen mantener el sentido último del matrimonio deberán residenciarlo en el contexto religioso, como expresión de su derecho de libertad religiosa.

<sup>38</sup> Cf. E.M. MARTÍNEZ GALLEGO (Coord.): *Matrimonio y uniones de hecho*. Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2001.

<sup>39</sup> Estamos ante lo que algunos autores llaman, la modernización del matrimonio. Vid. A. CANDEUB – M. KUYDENDALL: *Modernizing Marriage*, (March 2, 2010). *University of Michigan Journal of Law Reform*, Vol. 44. No. 4., 2011. *MSU Legal Studies Research Paper*. No. 07–25.