



- ◆ Trabajo realizado por el equipo de la Biblioteca Digital de la Fundación Universitaria San Pablo-CEU
- ◆ Me comprometo a utilizar esta copia privada sin finalidad lucrativa, para fines de investigación y docencia, de acuerdo con el art. 37 del T.R.L.P.I. (Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual del 12 abril 1996)

EL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO Y A FUNDAR UNA FAMILIA

FRANCISCO J. VISIEDO MAZÓN
*Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad
Cardenal Herrera-CEU y en la Universitat de València-Estudi
General. Letrado de las Cortes Valencianas*

JOAQUÍN J. MARCO MARCO
*Profesor de Derecho Constitucional
en la Universidad Cardenal Herrera-CEU*

SUMARIO: I. Introducción.- II. Derecho a contraer matrimonio.- 1. Concepto. 2. Antecedentes. 3. Contenido.- III. Derecho a fundar una familia. 1. Concepto. 2. Antecedentes y contenido.- IV. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Al iniciar este comentario nos vemos en la obligación, aun a riesgo de resultar un tanto reiterativos, de hacer una breve referencia a la evolución de la protección de los Derechos Fundamentales en el ámbito de la Unión Europea. En este sentido, el primer aspecto a recordar es la importancia que tuvo la aprobación por el Parlamento Europeo —durante los trabajos preparatorios del Acta Única Europea— del Informe *Spinelli*, que supuso un auténtico impulso para la elaboración de un Catálogo de Derechos Fundamentales en el seno de la Unión.

Como consecuencia de lo anterior, el Proyecto de Constitución Europea adoptado por el Parlamento Europeo en 1994¹ ya comprendía explícitamente —en su Título VIII— un Catálogo de Derechos Fundamentales bajo el título «Los Derechos Humanos garantizados por la Unión». Sin embargo, el fracaso de este Proyecto constitucional provocó que el Parlamento Europeo diseñara una nueva estrategia que pretendía, por una parte, la constitucionalización de los Tratados al objeto de profundizar en la democracia y, por otra, dotar a la Unión de un Catálogo de Derechos Fundamentales, todo ello con el objetivo de racionalizar el sistema normativo comunitario y prefigurar una estructura constitucional que sirviera como columna vertebral de una Europa unificada.

El cambio de planteamiento al que acabamos de referirnos se basó, por un lado, en la importancia² que tuvo el Informe del grupo de expertos sobre Derechos Fundamentales creado por la Comisión Europea, que llegó a considerar urgente establecer un plan global para garantizar los derechos fundamentales en los Tratados comunitarios con la intención de incorporar a los mismos los derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos, así como una serie de cláusulas para completarlos, como por ejemplo, los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo y otros Tratados internacionales; y por otro, en

¹ M. OREJA, *La Constitución Europea, Acta*, Madrid, 1994.

² L. MARTÍN RETORTILLO, «Para una afirmación de los Derechos Fundamentales en la Unión», en *Revista del Poder Judicial* núm. 57, 2000. T. FREIXES y J. C. RENOTTI, *El futuro de Europa. Constitución y Derechos Fundamentales*, CIPC nº 3, Valencia, 2002.

las cumbres de Colonia y Tampere, en las que el Consejo decidió, entre otras cosas, la elaboración de una Carta de Derechos Fundamentales, estableciendo un procedimiento específico para ello.

En concreto, el Consejo Europeo de Colonia (3-4 de junio de 1999) decidió crear un órgano encargado de presentar, antes del Consejo Europeo de diciembre de 2000, un proyecto de Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Se entendía que la evolución de la Unión exigía poner de manifiesto ante los ciudadanos de la misma la extraordinaria importancia de los Derechos Fundamentales y de su protección, teniendo en cuenta además, que dicha Carta finalizaría por formar parte del pretendido texto constitucional que también se propugnó en Colonia, por lo que la elaboración de la Carta se insertaba claramente en el seno del debate constitucional. El Consejo Europeo de Tampere (15-16 de octubre de 1999) reguló la composición, el método de trabajo y las modalidades prácticas del grupo encargado de elaborar el Proyecto de la Carta, la *Convención* —presidida por Roman Herzog— que comenzó su labor el 17 de diciembre de 1999 y que transmitió el texto al Consejo Europeo en octubre de 2000.

El 7 de diciembre de 2000, coincidiendo con la reunión del Consejo en Niza, se aprobó el Proyecto por el Consejo, con el visto bueno del Parlamento y de la Comisión; de esta forma se procedió a la proclamación de la Carta por los Presidentes de las tres Instituciones. La Carta de los Derechos Fundamentales, estructurada en seis capítulos, contenía tanto los principios generales que figuran en el Convenio Europeo de 1950, como los que resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, los derechos otorgados a los ciudadanos de la Unión, los derechos económicos y sociales enunciados en la Carta Social Europa y en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, así como los principios derivados de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, constituyendo el primer catálogo organizado de derechos que ha sido adoptado formalmente por la Unión Europea³. Así, comprende todo tipo de derechos, ya sean individuales, políticos y sociales, como los derechos derivados de los avances de la biomedicina y del desarrollo de las nuevas tecnologías.

Si bien el carácter económico de los Tratados fundacionales de la actual Unión Europea hicieron innecesario que el reconocimiento y la formalización

de los derechos fundamentales estuvieran vigentes en el espacio económico del entonces naciente Mercado Común, el proceso gradual de reconocimiento de los derechos fundamentales por parte de las Instituciones comunitarias confirma la inevitable conexión entre el proceso económico, jurídico y político que se ha producido en este ámbito.

La Comisión exponía, en referencia a la Carta, que al reunir en un mismo texto todos los derechos hasta ahora dispersos en diversos instrumentos internacionales y nacionales, la misma constituía la verdadera esencia del acervo europeo común en materia de derechos fundamentales, haciéndolo además desde dos principios clave como son el de indivisibilidad de los derechos humanos y el principio de universalismo. No obstante, el alcance de la Carta, quedó en suspenso hasta la Conferencia Intergubernamental prevista para el 2004, pensando también que podría constituir el núcleo básico de lo que en la doctrina constitucional se denomina la «parte dogmática» de la Constitución Europea.

Así, en el texto que presentó V. Giscard D'Estaing —Presidente de la Convención creada para la elaboración de un Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa— en el Consejo Europeo celebrado en Salónica el 20 de junio de 2003, la Carta de los Derechos Fundamentales constituía la segunda parte de dicho Proyecto, convirtiéndose en elemento indispensable de naturaleza constitucional. Así, la Carta de Derechos Fundamentales parece haber encontrado una solución acorde con las tradiciones constitucionales al ser integrada como una parte del Tratado constitucional con la misma fuerza y eficacia jurídica que las demás disposiciones constitucionales.

La idea era llegar a un acuerdo sobre el Tratado constitucional antes de las elecciones al Parlamento Europeo de junio de 2004 —lo que evidentemente no ha sido posible— de manera que los Estados miembros de la Unión ampliada firmaran el Tratado constitucional, lo antes posible, tras su incorporación el 1 de mayo de 2004. Sea como sea, y aunque todavía no es definitivo, en el proceso constituyente europeo parece más que previsible la inclusión de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, lo que nos llevará a un avance definitivo en el proceso de consolidación de la creación de una comunidad política europea, y del fortalecimiento de los derechos fundamentales. Estos derechos fundamentales actuarán como límite de la creación de la acción de la Unión en el desarrollo de sus competencias e inspirarán el desarrollo de políticas que permitan el más amplio reconocimiento de estos derechos, especialmente los derechos sociales, en el ámbito competencial de la Unión.

³ F. RUBIO LLORENTE, «Mostrar los derechos sin destruir la Unión (Consideraciones sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 64, año XXII, enero-abril, Madrid, 2002.

En el trabajo que a nosotros nos corresponde acometer, vamos a centrarnos, dentro del apartado dedicado a las libertades, en el artículo 69, integrado en el Capítulo II, que proclama «el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia», según las leyes nacionales que regulan su ejercicio. Como puede observarse, no sólo por la propia estructura de la frase, sino por el propio plural de la forma verbal «garantizan», nos encontramos ante dos derechos diferentes pero contenidos en un mismo artículo, el derecho a contraer matrimonio o *ius connubii*, por un lado, y el derecho a fundar una familia, por otro, estando ambos sometidos, en lo que a su contenido se refiere, a la regulación que para su ejercicio establezcan las leyes de cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea.

A los efectos de resultar sistemáticos en el estudio que ahora iniciamos, vamos a tratar de forma separada cada uno de ambos derechos, sin que ello resulte óbice a que numerosos aspectos de uno y otro vayan inevitablemente relacionados, pero consideramos que dicha división resulta lógica, especialmente si tenemos en cuenta que algunos Ordenamientos pueden llegar a reconocer la posibilidad de fundar una familia de forma desgajada a la celebración de una unión matrimonial.

II. DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO

1. Concepto

El derecho al matrimonio o *ius connubii* puede calificarse, en una somera aproximación, como un derecho subjetivo individual que ostentan el hombre y la mujer —en su cualidad de individuos— y que consiste en la posibilidad de establecer una relación jurídica matrimonial, de carácter heterosexual, que genera una serie de derechos y deberes específicamente regulados en las leyes ordinarias.

Ahora bien, como señala GÓMEZ, «aunque se trata de un derecho individual, debido a la naturaleza bilateral del contrato, resulta imposible su ejercicio en solitario»⁴. Por tanto, el citado artículo 69 de la Carta de Derechos Fundamentales está reconociendo un derecho fundamental⁵ a casarse, derecho que

⁴ Y. GÓMEZ, *Familia y matrimonio en la Constitución española de 1978* (prólogo de Antonio Torres del Moral), Monografías del Congreso de los Diputados, Serie IV, número 18, Madrid, 1990, p. 231.

⁵ Sobre la discusión en torno a si el derecho a contraer matrimonio es o no un derecho fundamental, puede verse E. ROCA i TRIAS, *Familia y cambio social (De la «casa» a la*

únicamente puede ser ejercido si se cumple con una serie de condiciones como una edad mínima o la capacidad físico-psicológica adecuada, y si se obtiene, elemento clave, el consentimiento válido de una persona de sexo contrario, que es con la que se contrae matrimonio, y que debe cumplir, de igual forma, esas mismas condiciones.

Este es el concepto, al menos hasta el momento, que se utiliza —desde un punto de vista jurídico— en los Estados que integran la Unión Europea⁶, y también el que hasta la fecha ha utilizado en su jurisprudencia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. No obstante, nada impide que en el futuro algunos Estados de la Unión puedan dar cobertura a un matrimonio —con esta u otra denominación— entre personas de un mismo sexo.

2. Antecedentes

Aunque en el derecho romano fuera habitual la referencia al *ius connubii*, resulta impensable encontrar con anterioridad al siglo XX una alusión explícita a este tipo de derecho, y de hecho, en la Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano, de agosto de 1789, no se hacía ninguna relación al derecho a contraer matrimonio.

No es hasta después de la Segunda Guerra Mundial, momento en el que se comenzaron a elaborar en muchos foros internacionales importantes Declaraciones y Convenios en los que se formulaban principios éticos, sociales y jurídicos, cuando se pueden encontrar referencias a este derecho en documentos escritos, al incluirse el aspecto familiar entre el listado de derechos a proteger: vida del individuo en la familia, estructura familiar, y relaciones y efectos vinculados con la pertenencia a la familia.

Así, el primer texto significativo al que nos podemos referir es la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, que proclama en el párrafo primero de su artículo 16 que «los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por razón de raza, nacionalidad o religión, a casarse y a fundar una familia (...)».

persona), Cuadernos Civitas, Madrid, 1999, pp. 95-96. Aunque la disquisición que se lleva a cabo hace referencia a la consideración del derecho a contraer matrimonio en el seno de la Constitución Española, algunos de los planteamientos utilizados son extensibles al ámbito europeo.

⁶ Puede hacerse excepción en el caso de Holanda.

No obstante, el Convenio en el que se puede observar una mayor similitud con el texto de la actual Carta de Derechos de la Unión es en el Convenio de Roma para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, ratificado por España el 10 de octubre de 1979. El artículo 12 de dicho texto reconoce el *ius connubii* o derecho a contraer matrimonio al establecer 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 este derecho». No en vano, las explicaciones que se establecieron a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea indican que el artículo 9 de la misma está basado en el 12 del Convenio (CEDH), aunque un tanto modernizado.

En todo caso, no son éstos los únicos textos que regulan tal derecho, porque el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 19 de noviembre de 1966), también incide en este planteamiento. Así, el párrafo segundo de su artículo 23 establece que «se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello».

Resumiendo, puede comprobarse que tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), como el Convenio de Roma (CEDH), como el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) coinciden con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el doble elemento protegido: derecho a contraer matrimonio, por un lado, y derecho a fundar una familia, por otro. Sin embargo, más que las similitudes nos interesan ahora las divergencias, que se producen sobre dos cuestiones fundamentales. Por un lado, la Carta de la UE ya no hace referencia a la necesidad de que los contrayentes tengan *edad núbil* como establece la DUDH o el CEDH, ni tampoco establece el inciso *si tienen edad para ello* como fija el PIDCP, sino que solventa esta cuestión, al igual que el resto de contenido del derecho, remitiéndose a las leyes nacionales que regulen su ejercicio. Por otro lado, tampoco encontramos una referencia al hombre y la mujer como contrayentes —se entiende que entre sí—, del matrimonio, sino que el derecho al matrimonio y a fundar una familia se está reconociendo en abstracto, y haciendo, de nuevo, una remisión a la ley de cada Estado miembro, lo que podría suponer y permitiría que si un Estado integrante de la Unión optara por permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, este artículo II-69 de la Carta de Derechos Fundamentales daría cobertura a ello. Volviendo a las explicaciones que contiene la Carta, hay que indicar que éstas matizan que el artículo ni prohíbe ni impone el que se conceda estatuto matrimonial a la unión de personas del mismo sexo; la posibilidad existe, pero será la legislación nacional de cada Estado la que opte por su modelo matrimonial.

El principal matiz diferenciador, como ya se ha apuntado, entre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Convenio de Roma radica en que el segundo resulta más restrictivo que el primero. Como ya se ha indicado, en el Convenio se puede deducir que el matrimonio es la unión de una persona del sexo masculino con otra del sexo femenino, siempre dentro del marco legislativo de cada uno de los Estados miembros. De hecho la Sentencia *Rees vs. Reino Unido*, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 17 de octubre de 1986, viene a considerar que el artículo 12 CEDH se refiere al matrimonio tradicional entre personas de sexo biológico opuesto, dado que la pretensión del precepto es proteger el matrimonio como base de la familia. Sin embargo, en la Carta de la Unión esto no tiene por qué ser así, ya que no se hace uso de los términos hombre y mujer sino que la garantía es abstracta. El derecho es similar en ambos casos, pero la Carta de la Unión puede tener un alcance más amplio siempre que así lo deseen las legislaciones nacionales.

En todo caso, y por el momento, habrá que estar a la jurisprudencia del TEDH para concretar el contenido de este derecho. Ello es así porque el artículo 52.3 de la Carta (apartado 3 del artículo II-112 de la Constitución Europea) indica que «en la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa». De hecho, este es el caso que nos ocupa, puesto que como ya se ha indicado, el artículo que estamos analizando tiene su base en el número 12 del CEDH, aunque como también se ha apuntado, su ámbito de aplicación puede ampliarse a otras formas de matrimonio siempre que la legislación nacional las contemple⁷.

Así, apunta SANZ que «el artículo 12 CEDH sobre el derecho a contraer matrimonio está redactado en términos tales que convierte en ilusoria la pretensión de las personas homosexuales de contraer matrimonio esgrimiendo el CEDH a favor de su argumentos. En este sentido, la legislación de algunos Estados parte en el CEDH (p. Ej. Holanda) es más permisiva que el propio CEDH, al permitir la unión legal no heterosexual»⁸. De hecho, ni siquiera puede

⁷ Lo que ahora se apunta en referencia al derecho al matrimonio es aplicable para el derecho a fundar una familia que se analizará posteriormente.

⁸ S. SANZ CABALLERO, «Las uniones de hecho en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *La Ley Valenciana de Uniones de Hecho. Estudios* (Martínez Sospedra, ed.), Revista General del Derecho y Universidad Cardenal Herrera-CEU, Valencia, 2003, pp. 50-51.

apreciarse, tras ahondar en la jurisprudencia del TEDH, que del articulado del Convenio pueda deducirse un derecho al matrimonio entre un transexual y una persona del sexo con el que nació dicho transexual. Las Sentencias del TEDH *Rees vs. Reino Unido* (17 de octubre de 1986), *Cossey vs. Reino Unido* (27 de septiembre de 1990), *B vs. Francia* (25 de marzo de 1996) y *Sheffield y Horsham vs. Reino Unido* (30 de julio de 1998) así lo atestiguan⁹, al entenderse, en todos estos casos, que no nos encontraríamos ante un matrimonio de dos personas de sexo opuesto.

No parece, *a priori*, que esta situación a la que acabamos de referirnos de celebración de matrimonio entre personas del mismo sexo se pudiera producir en el ámbito de la legislación española, donde el artículo 32 de la Constitución señala que «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica», lo que parece dar a entender que el matrimonio puede celebrarse entre hombres y mujeres entre sí, ocupando cada uno de ellos una de las dos posiciones existentes en el contrato, aunque es posible que el rumbo político puede llevarnos por otros derroteros. En todo caso, y como nos señala ESPÍN, «el fin de esta norma constitucional es consagrar el derecho a contraer matrimonio, aunque tal derecho parece condicionado a la igualdad jurídica de los cónyuges»¹⁰. Parece que, incluso con una interpretación flexible del contenido del derecho en el ámbito de la Constitución Europea, para introducir con el término «matrimonio» la unión entre personas del mismo sexo en algunos Estados integrantes de la Unión —entre ellos el nuestro— habría que modificar el texto constitucional, o bien optar por una definición distinta a la de «matrimonio».

Por tanto, en un primer análisis del artículo II-69 de la Carta en relación con otras Declaraciones de Derechos de ámbito internacional que la han precedido, podemos concluir que se aprecia en la primera una mayor permisividad a la hora de establecer quiénes pueden contraer matrimonio, al permitir que cada Estado decida quiénes y cómo pueden casarse entre sí, incluyendo la posibilidad, que no la imposición, de los matrimonios entre homosexuales si así lo desea el Estado miembro.

⁹ Al respecto puede verse S. SANZ CABALLERO, «Las uniones de hecho en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», op. cit., pp. 51-53.

¹⁰ D. ESPÍN CANOVAS, «Comentario al artículo 32», en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, dirigido por Óscar Alzaga, EDERSA, Madrid, 1996, p. 453.

3. Contenido

Nos dice ESPÍN que «no es frecuente en los textos constitucionales consagrar un derecho al matrimonio, pues generalmente tales textos declaran más bien la protección de la familia, de los hijos o del matrimonio y la igualdad conyugal, dando por supuesto que todo ser humano tiene derecho a casarse»¹¹, pero ello no es óbice para que la Constitución Europea haya incluido este derecho entre los de su Carta, lo mismo que ya hicieran, como se ha visto, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Convenio de Roma, o la propia Constitución española de 1978. En todo caso, frecuente o no, la realidad es que el derecho está reconocido, y debemos abordar cuál debe ser su contenido. En este punto, el principal problema con el que nos encontramos es que el contenido dependerá de cada uno de los Estados miembros, por lo que inevitablemente vamos a ir haciendo referencia, de forma paralela, al marco general fijado por la Constitución Europea —todavía sin aprobar— y a la realidad legislativa de nuestro país.

Podríamos apuntar, tal y como hace TALAVERA, que «nos encontramos ante una *libertad/potestad*, mediante la cual su titular detenta el *poder* de producir un determinado efecto jurídico: el cambio en su estado civil de soltero, viudo o divorciado, a casado; con todas las consecuencias normativas que el ordenamiento jurídico atribuya a ese *status*»¹²; además podríamos añadir, de la mano de ATIENZA, que el ejercicio de este derecho es facultativo, «es decir, siempre existe una plena libertad por parte del ciudadano a la hora de ejercitarlo o no»¹³. En esta misma categoría de potestades facultativas se podrían incluir algunos otros derechos que reconoce la Constitución española como, por ejemplo, el derecho a realizar testamento (art. 33 CE) o el derecho de participación política (art. 23.1 CE), mientras que, por ejemplo, existirían otras potestades que serían obligatorias, como las que tienen los padres en relación con sus hijos como consecuencia del artículo 39.3 de la propia Constitución española.

Así, podríamos afirmar que el derecho al matrimonio que se contiene en el artículo que estamos analizando, obliga a los poderes públicos de cada uno de los Estados miembros de la Unión a regular las condiciones de capacidad necesarias para que dos personas puedan celebrar el referido contrato, pues sin la provisión de un régimen jurídico y de los mecanismos institucionales

¹¹ *Ibidem*.

¹² P. TALAVERA FERNÁNDEZ, *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, Colección filosofía, derecho y sociedad n° 1, Editorial Comares, Granada, 2001, p. 130.

¹³ M. ATIENZA RODRÍGUEZ, «Una clasificación de los Derechos humanos», *ADH* n° 4, Universidad Complutense, Madrid, 1986-7, p. 40.

necesarios el derecho no podría ejercerse, pero una vez establecido dicho régimen, nos encontraríamos con un ejercicio de libertad que queda en manos de cada uno de los contrayentes, que pueden decidir si quieren contraer matrimonio o no, sin que quepa la posibilidad de establecer ningún tipo de interferencia, obstáculo o coacción, no sólo por parte de terceras personas, sino incluso por los propios poderes públicos, y tanto en su sentido positivo (tendente a la celebración del matrimonio), como negativo.

Este mismo planteamiento es el que hace TALAVERA FERNÁNDEZ cuando afirma que «el derecho al matrimonio supone que los individuos gozan de plena libertad para elegir entre casarse y no casarse, puesto que ninguna de ambas alternativas les está vedada ni les es impuesta. Sería inconstitucional cualquier acto tendente a imponer, dificultar o impedir, tanto la decisión de casarse como la decisión de no casarse»¹⁴. Por esto, TALAVERA¹⁵, y en cierta medida coincidimos con él, califica este derecho a contraer matrimonio como un *permiso constitucional*, al considerar que la Constitución te permite hacer algo que tú puedes realizar o no. Eso es lo que lleva a afirmar a FERRERES COMELLA que algunos *permisos constitucionales* (y ahí iría incluido el derecho al matrimonio) tienen una vertiente pasiva, «es decir, abarcan no sólo el derecho a realizar un acto determinado, sino que exigen también el derecho a negarse a realizarlo»¹⁶. Otros ejemplos de este tipo los encontraríamos en el derecho a no practicar ninguna religión —que derivaría del artículo 16 de la Constitución española—, el derecho a no asociarse —artículo 22—, o el expresamente citado derecho a no sindicarse —artículo 28—. En todos los casos, en la posibilidad de no llevar a cabo la actividad que estos *derechos-permisos* prevén subyace el derecho general de libertad que tienen todas las personas.

Por tanto, cada uno de los Estados miembros estará obligado a establecer una regulación jurídica que posibilite que sus ciudadanos puedan contraer matrimonio, atribuyendo, *ope legis*, una serie de derechos a quienes así lo hagan. Esto es lo que lleva a PERLINGIERI¹⁷ a afirmar que nos encontramos ante una norma de reenvío, puesto que el artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece que el modo de regular el *ius connubii* se

¹⁴ P. TALAVERA FERNÁNDEZ, *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, Op. cit., p. 135.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ V. FERRERES COMELLA, «El principio de igualdad y el derecho a no casarse (A propósito de la STC 222/1992)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 14, n.º 42, septiembre-diciembre 1994, pp. 167-168.

¹⁷ P. PERLINGIERI, «La familia en el sistema constitucional español», *Revista de Derecho Político*, febrero, UNED, Madrid, 1998, pp. 108-109.

deja en manos de cada Estado, que será quien dote de contenido a esta institución.

Ahora bien, como contrapartida a lo que acabamos de indicar, esos mismos ciudadanos tienen derecho a no celebrar un acto de este tipo, careciendo de atribución de derechos en tal caso. Es decir, el derecho o el permiso para contraer matrimonio conllevaría también un derecho a no contraerlo, con la diferencia de que en el primero de los casos se produce una atribución de efectos que no existen en el segundo, dado que no se altera la situación previamente existente.

Sin embargo, esta situación no resulta tan nítida como pudiera parecer, pues frecuentemente nos encontramos con situaciones de convivencia afectiva no matrimonial entre personas que cumplen con los requisitos para poder contraer matrimonio y prefieren no hacerlo, pero deseando, sin embargo, efectos similares a los que se producirían en caso de celebrarlo. Es el caso de las uniones o parejas de hecho.

El asunto a dilucidar en este punto es si de ese derecho a no casarse, que entendemos que se podría derivar del artículo que estamos analizando, puede extraerse como consecuencia necesaria que hay un derecho a que se regule una convivencia afectiva, *more uxorio*, a la que se concedan derechos. En el caso español, el Tribunal Constitucional no lo entendió así al indicar que «el derecho a contraer matrimonio es un derecho constitucional (art. 32.1) cuyo régimen jurídico corresponde a la ley por mandato constitucional (art. 32.2). Nada de esto ocurre con la unión de hecho *more uxorio*, que ni es una institución jurídicamente garantizada, ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento»¹⁸.

Esto no significa, y así lo establece el propio intérprete de la Constitución española unas líneas después, que por la vía del libre desarrollo de la personalidad propugnado en el artículo 10.1 de la Constitución Española se puedan reconocer ciertos efectos para las uniones de hecho, pero sin que ello conlleve su institucionalización jurídica por vía constitucional. Esto le lleva a afirmar a TALAVERA que «sólo la protección y garantía de un derecho fundamental a no casarse podría obligar a los poderes públicos a regular orgánicamente situaciones convivenciales alternativas al matrimonio, como presupuesto del ejercicio de ese derecho»¹⁹.

¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional 184/1990, Fundamento Jurídico 2

¹⁹ P. TALAVERA FERNÁNDEZ, *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, Op. cit., p. 137.

Entonces, ¿existe un derecho a no casarse? Entendemos que sí, pero a diferencia de TALAVERA²⁰ no consideramos que del derecho a no casarse deba derivarse la idea de que se proteja un derecho fundamental a convivir maritalmente sin contraer matrimonio. Sin embargo, sí que resulta cierto que el valor del derecho a casarse sólo puede comprenderse como una manifestación de la libertad, desde la posibilidad de no hacerlo.

Además, como ya se apuntó al principio, no creo que resultara necesario que el derecho al matrimonio se incluyera en la Constitución, pues no parece que ni en España en 1978²¹, ni en Europa hoy en día, pueda tener alguien la sensación de que se pudiera conculcar el derecho a casarse aunque no se hubiera constitucionalizado. Tal vez la inclusión sirviera para exponer la vertiente pasiva del derecho, pero sin llegar a otras conclusiones, por lo que no podemos compartir la postura de TALAVERA²² cuando viene a establecer que en el artículo 32 de la Constitución se observa un sentido último y más profundo consistente en garantizar constitucionalmente el derecho a constituir relaciones afectivas estables al margen del matrimonio, aunque la necesidad de consenso no permitió una redacción explícita en este sentido, lo que provocó que la familia no matrimonial se protegiera en el artículo 39.

Es cierto que la redacción del artículo 32 de la Constitución, como simple permiso constitucional, puede resultar, al igual que la del artículo II-69 de la Carta de Derechos Fundamentales, un derecho innecesario y anacrónico, pero tal vez la importancia de establecer el derecho a casarse no radicaba en el interés de proteger el matrimonio en sí mismo, puesto que la implantación sociológica del matrimonio es abrumadora y resultaba innecesario, sino que podría estar en lo que expone GARRIDO FALLA cuando apunta que «se trata de un derecho más bien orientado a la constitución de una familia»²³, tratando de explicar un interés por demostrar un exclusivo origen matrimonial de la familia. Del derecho a fundar una familia, ya sea matrimonial o no, es de lo que pasamos a hablar a continuación.

²⁰ P. TALAVERA FERNÁNDEZ, *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, Op. cit., pp. 142 y ss.

²¹ Prácticamente todavía estaba vigente el delito de amancebamiento.

²² P. TALAVERA FERNÁNDEZ, *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, op. cit., p. 150.

²³ F. GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, p. 411.

III. DERECHO A FUNDAR UNA FAMILIA

1. Concepto

Qué duda cabe, como ya han señalado algunos autores²⁴, que la protección de la familia constituye una exigencia en todos los Estados constitucionales de nuestro entorno, algunos de los cuales la recogen de manera expresa en el texto constitucional²⁵. Este reconocimiento también se hace en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, solemnemente proclamada por el Parlamento y el Consejo el 7 de diciembre de 2000. No obstante lo anterior, existe un intenso debate doctrinal sobre el concepto y la naturaleza de las normas constitucionales que a ella se refieren, sobre cuestiones relativas al grado de amparo constitucional, y a las llamadas «otras formas de convivencia familiar distintas de las generadas por el matrimonio, como son las uniones de hecho, no sólo las heterosexuales, sino también las homosexuales y los problemáticos y parciales reconocimientos legales de determinados efectos de estos tipos de relación convivencial»²⁶.

Precisamente con relación a este concepto de familia, nos encontramos con que algunos autores han citado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán que bajo el concepto «familia», sólo entiende la comunidad conjunta de padres e hijos en las que existen, ante todo, el derecho y el deber de los padres para el cuidado y la educación de los hijos y, aun cuando matrimonio y familia se colocan como objeto de garantía independientes, se entiende exclusivamente el mandato al legislador como un mandato de crear, para los hijos no matrimoniales, las condiciones para un desarrollo psíquico y físico igual que el de los hijos nacidos dentro del matrimonio. En ese sentido, el Alto Tribunal alemán ha desarrollado una jurisprudencia en la que hay una marcada unión entre el matrimonio y la familia.

²⁴ G. CÁMARA VILLAR, «Familia y Constitución», en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario* núm. 14, 2002, p. 47-84.

²⁵ Constitución de Alemania, art. 6; Constitución de Grecia, art. 21; Constitución de Irlanda, arts. 41 y 45.2; Constitución de la República Italiana, arts. 29-31; Constitución del Gran Ducado de Luxemburgo, art. 11.3; Constitución de la República Portuguesa, arts. 67-69; etc.

²⁶ M. RAMÍREZ (ed.), *El desarrollo de la Constitución española de 1978*. Libros Pórtico, Zaragoza, 1982. J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «La familia en la Constitución española», en *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 58 (enero-abril 2000), p. 11-43. J. L. SERRANO MORENO, «La familia como asunto de Estado, el matrimonio como derecho del ciudadano», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* núm. 4 (2001), p. 40-54. GÓMEZ SANCHA DE GRADNA, *Familia y matrimonio en la Constitución española de 1978*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1990.

En esa línea se encuentra también algún otro autor español como GALA²⁷, cuando al hacer referencia a la Resolución 44/1982 de 8 de diciembre de 1989, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el Año Internacional de la Familia, pone de manifiesto el papel preponderante que cumple la familia como comunidad fundamental de la sociedad, y como nexo de unión y contacto permanente con la realidad cotidiana, y en la convivencia familiar como un lugar donde los mayores encuentran la posibilidad de mantener vivos los efectos y emociones que dan sentido a la vida. En este sentido, a su juicio, familia presupone una determinada manera de organización, por lo que sólo a través de las ideas vigentes en cada momento histórico, y a las necesidades económicas a que sirve puede definirse lo que hay que entender por «familia» en cada momento de su evolución. En este caso, el Tribunal Constitucional español entiende, en su Sentencia 222/1992, que «nuestra Constitución no identifica a la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone —añade— no sólo en la regulación bien diferenciada de una institución y otra, sino también por el mismo sentido amparador e intuitivo con que la norma fundamental considera siempre a la familia».

El concepto de vida familiar, según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), está claro que comprende, en primer lugar, la esfera común de los cónyuges e hijos; y lo mismo surge del texto del artículo 12, donde se habla del derecho a fundar una familia. En este sentido se manifiesta TETTINJER cuando manifiesta que «el concepto de la familia en el sentido del CEDH no se limita, como en el Derecho constitucional alemán, a una pequeña familia. Más bien incluye de una manera muy natural todas las relaciones entre las tres generaciones que se extienden entre los padres y el hijo no matrimonial de su hija. Así, la vida familiar abarca en todo caso las relaciones entre tales parientes naturales que pueden desempeñar un papel esencial en la familia, como puede ser el caso entre los abuelos y sus nietos. Recientemente el TEDH ha desestimado, en su decisión de 13 de febrero de 2003, en el asunto Odièvre / Francia, la acusación de una mujer nacida anónimamente sobre la información de su origen, negando una infracción del artículo 8 CEDH, dado que una mera unión biológica a falta de relaciones personales reales no se contempló como suficiente para la fundación de una vida familiar en el sentido de esta prescripción protectora»²⁸.

²⁷ C. GALA VALLEJO, *La familia y su protección en España*, Colección Textos legales. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2002.

²⁸ Véase en este sentido lo señalado por J. P. TETTINJER, en *The European Constitution context*, F. FERNÁNDEZ SEGADO (ed). Dikynson, Madrid, 2003, pp. 1806-1807.

Existe, por tanto, una estrecha relación entre matrimonio y familia que se pone de manifiesto con todo énfasis en el CEDH y, especialmente, en su artículo 12, donde se apostrofa el derecho a casarse y a fundar una familia como un derecho homogéneo, en las versiones francesa e inglesa, decisiva según la cláusula final del CEDH, todavía más evidente que en la versión alemana. Esto sucede, dicho sea de paso, de una manera muy parecida también en el artículo 41, párrafo 3º núm. 1 de la Constitución irlandesa y en el artículo 29 de la Constitución italiana.

No obstante, el derecho a formar una familia, cuya naturaleza sigue siendo la de un derecho de libertad, no permite aceptar que sólo la familia surgida del matrimonio merezca tal consideración y, en consecuencia, protección constitucional.

Al derecho de libertad que supondría el *ius connubii* se suma el mandato a los poderes públicos, como principio rector del Estado social, para proteger a la familia como grupo humano, especialmente significativo, sin prejuzgar el modo su creación, esto es, sin tener en cuenta si media o no matrimonio, protegiéndolo cualquiera que sea su forma.

De acuerdo con lo anterior, no es posible discriminar a la familia atendiendo al modo en que ésta ha sido creada, por lo que debemos entender que nos encontramos ante un concepto cultural abierto y plural, adaptable a las necesidades sociales que puedan existir en un ordenamiento concreto, aun cuando reconozcamos que la huella constitucional, también aquí, sigue existiendo en la medida en que en el mismo derecho, de libertad, se suman el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia, no separándose como ya se hace en algunos textos constitucionales, incluido el español.

2. Antecedentes y contenido

Como señalábamos al principio, la protección de la familia constituye una exigencia en todos los Estados constitucionales de nuestro entorno, algunos de los cuales la han recogido de manera expresa en el texto constitucional. La consecuencia es clara, el Estado social y democrático de derecho protege a la familia cualquiera que sea su concepto, porque se trata de una unidad de convivencia básica y nuclear en el modelo de sociedad democrática avanzada.

Como se ha señalado por algún autor²⁹, la familia «es la piedra angular de la sociedad, la institución sobre la que se asientan su bienestar, su desarrollo y su

²⁹ C. GALA VALLEJO, *La familia y su protección en España...*, op. cit. (p. 31).

crecimiento, el núcleo alrededor del cual se vertebra todo el entramado social, por lo que su cuidado, protección y apoyo son fundamentales para el progreso».

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la ONU el 10 de diciembre de 1948, proclamaba que «*los hombres y las mujeres a partir de la edad nubil, tienen derecho, sin restricción alguna por razón 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* (art. 16.1).

Por otra parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal encargado de realizar la interpretación auténtica del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950, ha venido ocupándose, desde su creación, de la protección de la familia como célula básica de la sociedad junto al resto de derechos estrechamente relacionados con el ámbito familiar, como son el derecho al respeto de la vida privada y familiar, la inviolabilidad del domicilio y la correspondencia, el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia y la prohibición de discriminación del artículo 14.

Al TEDH, al parecer, sólo le han interesado las uniones de hecho en tanto que generadoras de vida privada o familiar se les discrimine injustamente, tal y como se ha señalado por una autora especialista en la materia³⁰. Efectivamente, el TEDH no ha definido nunca el concepto de familia que se maneja en la Unión Europea manteniendo una voluntaria indeterminación que le permite adecuarse en cada momento al concepto que pueda tenerse en cada uno de los Estados miembros, atendiendo a los cambios morales y sociológicos de toda comunidad. En ese sentido, la jurisprudencia del TEDH, que se ha venido ocupando de la protección de la familia desde un principio, no se ha limitado a proteger la familia atendiendo ésta a un único concepto de familia, sino como un instrumento vivo que debe ser interpretado de forma acorde con el contexto social imperante en cada momento.

De acuerdo con lo anterior, el TEDH ha pasado de proteger la mera y tradicional familia nuclear —padres casados más los hijos nacidos de esta unión— a proteger otras situaciones de facto como son las parejas de hecho, abuelos y nietos, tíos y sobrinos, hermanos y hermanas, padre natural e hijo

³⁰ S. SANZ CABALLERO, «Las uniones de hecho en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *La Ley Valenciana de Uniones...* op. cit. (p. 37-38), así como en «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las uniones de hecho», en *Tribunal Constitucional* núm. 8, septiembre, 2003 (p. 14).

concebido cuando la madre y el padre convivían, padre divorciado e hijo,... Esta realidad nos lleva a una interpretación flexible, realista de la institución familiar, que incluye dentro de la misma todo tipo de relación, aunque sea de mero hecho, y no esté sancionada por la ley, esto es, todo tipo de vínculo afectivo entre personas que se dan soporte y atención mutua, así como sustento económico y emocional y/o de otro tipo.

La generosidad del TEDH a la hora de estimar la vida familiar no les ha llevado a ampliar el concepto al máximo, rechazándose habitualmente las relaciones homosexuales en el ámbito de la vida familiar para dirigir las hacia el terreno de lo que es la mera vida privada entre las personas, sin integrar nunca esta relación dentro del concepto de «familia».

Así, la abundante jurisprudencia del TEDH ha tenido que producirse porque existe poca homogeneidad en la manera de entender el término familia y en la de legislar esta materia entre los distintos Estados que integran la Unión, lo que le ha llevado a encontrarse con situaciones muy diferentes sometidas a su consideración. Por otra parte, la jurisprudencia sobre las uniones de hecho ha ido aumentando porque, incluso en los países considerados más tradicionales, en los últimos tiempos, se ha producido un incremento notable de estas situaciones a las que el Derecho ha tenido que venir a dar contestación.

El derecho que protege el TEDH es la vida familiar, tanto si ésta se origina mediante el vínculo del matrimonio como sin él, pero las uniones de hecho no son un valor que el Convenio proteja, en la medida en que éste se inspira en claves de familia tradicional y nuclear, siguiendo lo que hasta el momento había sido la línea general de los Estados miembros.

No obstante, pese a esta concepción, concepción que como veíamos al analizar el concepto, del derecho estudiado, pervive en la mayoría de los países que integran la Unión, la jurisprudencia del TEDH ha sido evolutiva y ha procurado adaptarse a los nuevos tiempos, a las nuevas costumbres, a las nuevas realidades sociales, por lo que habrá que estar a esa jurisprudencia del TEDH para entender el fin último perseguido con este derecho, por un lado a contraer matrimonio, como veíamos anteriormente y, por otro lado, a fundar una familia, que se recoge en la nueva Constitución Europea.

Debemos pensar, que como sucede en la mayoría de los textos constitucionales actuales, no existe un pronunciamiento de modo absoluto, sino que será la jurisprudencia que vaya apareciendo con relación a este derecho concreto, la que pueda mostrarnos cuál es el contenido esencial del mismo.

El Tribunal Europeo ya ha señalado que no sólo hay familia cuando median vínculos jurídicos derivados del matrimonio, sino que también pueden darse

lazos familiares entre personas que convivan sin contraer matrimonio³¹. La vida, por tanto, familiar se aplica a distintas situaciones, ya sean éstas matrimoniales o no matrimoniales³². Pensemos que en el caso de las parejas de hecho, la existencia de hijos, extramatrimoniales, vienen a producir el carácter de familia de esa unión.

Como vemos la indefinición jurídica de la familia, tanto por el texto constitucional europeo como por lo que ha sido hasta ahora la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, abre posibilidades importantes de adaptación a las nuevas realidades sociales. Así, junto a este reconocimiento de la vida familiar en las parejas de hecho, nos encontramos con que se ha llegado incluso a afirmar que puede existir vida familiar sin que los miembros de esa familia convivan bajo un mismo techo (algunos de los padres está separado o divorciado o simplemente prefiere no vivir junto al otro)³³. Precisamente, con relación a esta posición, o generosidad del Tribunal Europeo, algunos autores oponen que en algunos supuestos, como es el de la posibilidad de que algunos de los padres no convivan con su hijo por voluntad propia, «*puede acabar vaciando de contenido la propia expresión "vida familiar",... siendo criticable porque una cosa es que la familia se vea imposibilitada para vivir juntos por el trabajo de los progenitores o por otras circunstancias, y otra muy diferente es pretender el reconocimiento de una vida familiar allí donde no hay ningún interés en mantener una vida en común, siendo ésta perfectamente posible*»³⁴.

Como se desprende de lo señalado, el Tribunal Europeo entiende que puede haber vida familiar sin cohabitación, buscando esta presunción de vida familiar, pese a que subyace a lo largo de su jurisprudencia una cierta preferencia por la familia tradicional, también llamada por algunos «*cédula familiar*». Así, parece que prevalece un deseo de protección de los hijos, para que no pueda establecerse discriminación negativa alguna entre los hijos que nacen y convi-

³¹ Pensemos que existen Estados dentro de la Unión que incluso prohíben el divorcio o el aborto, otros que lo permiten, otras naciones que permiten matrimonios de homosexuales y de transexuales, por operaciones sometidas a cambios de sexo, otros que la prohíben, que se permite o no la adopción de hijos por matrimonios de homosexuales y de transexuales, otros que lo no tienen contemplado,...

³² Pensemos que el TEDH no entendió la prohibición del divorcio como un impedimento de una nueva vida familiar. Por lo que en el caso de Irlanda se entendió que la prohibición del divorcio no motivaba impedimento de la existencia de una vida en familia por cuanto nada impedía a una persona vivir junto a otra y tener un reconocimiento porque la vida familiar puede existir sin matrimonio (JOHNSTON/IRLANDA, 18.12.1986).

³³ KEEGAN/IRLANDA, 26.05.1994; KROON/HOLANDA 17.10.1994.

³⁴ S. SANZ CABALLERO, «*El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las uniones de hecho*», op. cit. (p. 16-17).

ven en el seno de un matrimonio tradicional y aquellos otros que no lo han hecho o que no se encuentran en esa situación.

También en esa misma línea, los padres de hijos naturales no deben ser discriminados en el tratamiento que reciben con respecto a los padres de hijos matrimoniales. Aquí, el TEDH en junio de 1979, señaló que la Ley belga que defendía un diferente tratamiento de los hijos naturales y de los nacidos dentro del matrimonio, considerada injusta por cuanto no es posible admitir que los padres naturales no tengan ningún interés en ocuparse de sus hijos, no siendo posible bajo este criterio favorecer a las familias tradicionales en detrimento de las monoparentales o las que se derivan de uniones de hecho, no pudiendo ser los hijos matrimoniales y los naturales tratados de forma diferente. Aquí vemos como nuevamente el TEDH considera prioritario la protección de los hijos (nacidos dentro o fuera del matrimonio) frente al reconocimiento o no, como un derecho, y no sólo como una libertad personal de las parejas de hecho.

Esta no discriminación también ha sido utilizada en el caso de la expulsión de extranjeros donde la jurisprudencia del TEDH no distingue las parejas de hecho y las parejas matrimoniales con respeto a las posibilidades de expulsar del territorio de un país europeo a uno de los miembros de la pareja si ésta delinque. De acuerdo con ello, no existe una discriminación entre el extranjero casado y el que sencillamente convive con una nacional del Estado que adopta la medida de deportación, aun cuando si que podemos comprobar que, en ocasiones, resulta importante la duración de la vida en común, del matrimonio, de la unión de la pareja, para hacer valer este derecho³⁵. Esto es así por cuanto, en ocasiones esta protección de la familia no ha sido reconocida por el TEDH, cuando la orden de expulsión se ha producido con antelación a la incorporación de un hijo a la unidad familiar —sea ésta de la forma que sea—, sino sólo cuando esta incorporación del hijo/hija a la unidad se ha producido con antelación a la orden de expulsión.

También en esta evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo, sí que ha sido admitida la existencia de una vida familiar cuando una persona transexual haya contraído matrimonio con otra de su sexo anterior. En este sentido, se ha aceptado la existencia de una vida familiar entre transexuales³⁶. Todo ello ha llevado a la conclusión de que en el TEDH no hay una concepción unitaria como tampoco la hay en todos los Estados miembros de la Unión en el tratamiento que puedan recibir los transexuales, por lo que el Tribunal entiende

³⁵ DALIA/FRANCIA, 19.02.1998; BOULTIF/SUIZA, 2.08.2001.

³⁶ XYZ/REINO UNIDO, 22.04.1997.

que la protección engloba no sólo las familias fundadas sobre el matrimonio, sino también a otras relaciones de facto en las que se comprueben datos como vida en común, compromiso estable, atención mutua, etc. El Tribunal Europeo establece que esa unidad formada por una pareja y un niño puede constituir vida familiar, no quedando claro si ese tipo de unión transexual pueda recibir el reconocimiento de vida familiar cuando no exista un hijo de por medio. En este sentido, parece que el TEDH deja la puerta abierta al reconocimiento de las uniones transexuales, aun cuando el artículo 12 del CEDH, y su referencia al matrimonio, parece haber sido interpretada por el Tribunal Europeo como referida al matrimonio tradicional entre personas de distinto sexo biológico, siendo su objetivo proteger el matrimonio como base de la familia.

El derecho a fundar una familiar, reconocido en la Constitución Europea, se refiere al derecho que tienen toda persona a fundar una familia, entendiéndose que se viola este derecho cuando se expulsa un extranjero integrado que está casado y tiene un hijo en el país de acogida antes de que se adopten las medidas de expulsión. Comprobamos como sin determinar el concepto jurídico «familia», sí que queda clara, en la jurisprudencia del TEDH, la defensa de la unidad familiar cuando existen hijos/as, siempre y cuando no sean utilizados éstos para conseguir un fin determinado.

Por otra parte, las uniones de homosexuales y la vida familiar quedan muy desdibujada en la jurisprudencia del TEDH, siendo tan sólo un caso, el que se suele citar que realmente no incidió tanto la posibilidad o el reconocimiento a los homosexuales de una vida familiar, como en la discriminación a la que era sometido un padre con relación a la custodia de su hijo. El TEDH, en el famoso caso *Salgueiro da Silva Mota/Portugal*, de 21 de diciembre de 1999, se refiere a la violación del derecho a la vida familiar del padre, con respecto a su hija, no reconociendo a la unión de hecho de carácter homosexual su derecho o no a criar a la hija de uno de ambos. La alusión a la familia se hace a la del padre y la hija, no pronunciándose el Tribunal Europeo sobre un tema polémico representado por las uniones de hecho homosexuales.

El TEDH no parece haberse preocupado, tal y como señalábamos en la primera parte de este trabajo, tanto de las uniones de hecho como de éstas en tanto que generadoras de una vida familiar, para lo cual es considerado siempre como muy relevante la existencia o no de hijos, comunes, en estas parejas de hecho. Parece que la vida familiar aparece como una cuestión de hecho demostrada al margen de la existencia o no de una verdadera convivencia.

En cualquier caso, como hemos visto a lo largo del presente apartado, la concepción de los derechos fundamentales y también del derecho de familia ha variado desde los años cincuenta hasta el momento actual en la medida en que

también han variado los valores, los criterios, y la realidad social de los distintos países que integran la Unión Europea. En este sentido, el TEDH, y lo que es el nuevo texto constitucional y su interpretación, han tenido que adaptarse y tendrán que seguir haciéndolo a la nueva realidad social que también es evolutiva.

Así, de la misma manera que, incluso existiendo algunos países que no lo permiten, es necesaria la aceptación de la separación, del divorcio, de las uniones de hecho, deben tolerarse también nuevas formas de familia y proteger también a éstas aun cuando las mismas no procedan directamente del matrimonio.

No obstante, dicho lo anterior, no deja de ser significativo, como hemos repetido ya en varias ocasiones, que el derecho que hemos comentado en este breve apartado, venga no sólo referido como un derecho de libertad, a contraer matrimonio, sino unido a él, a fundar una familia, lo que, sin duda, lleva a que en el futuro seguirá siendo un tema de debate la relación que puedan tener ambos derechos, esto es, el derecho de libertad a contraer o no matrimonio, y el derecho a fundar una familia.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA RODRÍGUEZ, M. «Una clasificación de los Derechos humanos», ADH nº 4, Editorial de la Universidad Complutense, Madrid, 1986-7 CÁMARA VILLAR, G. «Familia y Constitución», en Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario, núm. 14, 2002
- ESPÍN CANOVAS, D. «Comentario a los artículos 32 y 39», en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, dirigido por Óscar Alzaga, EDERSA, Madrid, 1996
- FERRERES COMELLA, V. «El principio de igualdad y el derecho a no casarse (A propósito de la STC 222/1992)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 14, nº 42, septiembre-diciembre 1994
- FERNÁNDEZ SEGADO, F. (ed). *The European Constitution context*, Dikynson, Madrid, 2003
- FREIXES, T. y RENOTTI, J. C., *El futuro de Europa. Constitución y Derechos Fundamentales*, CIPC nº 3, Valencia, 2002
- GALA VALLEJO, C. *La familia y su protección en España*, Colección Textos legales. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2002
- GARRIDO FALLA, F. *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985
- GÓMEZ SANCHA DE GRANDA, *Familia y matrimonio en la Constitución española de 1978*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1990

- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. *Familia y matrimonio en la Constitución española de 1978* (prólogo de Antonio Torres del Moral), Monografías del Congreso de los Diputados, Serie IV, número 18, Madrid, 1990
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. «*Matrimonio y familia: artículos 32 y 39 de la Constitución*», en Revista de Derecho Político. La Reforma Constitucional, UNED, núm. 36, Madrid, 1992
- MARTÍN RETORTILLO, L. «*Para una afirmación de los Derechos Fundamentales en la Unión*», en Revista del Poder Judicial núm. 57, 2000
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L. «*La familia en la Constitución española*», en Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 58 (enero-abril 2000)
- OREJA, M. *La Constitución Europea. Acta*, Madrid, 1994
- PERLINGIERI, P. «*La familia en el sistema constitucional español*», *Revista de Derecho Político*, febrero, UNED, Madrid, 1998
- RAMÍREZ, M. (ed), *El desarrollo de la Constitución española de 1978*. Libros Pórtico, Zaragoza, 1982
- ROCA i TRIAS, E. *Familia y cambio social (De la «casa» a la persona)*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1999
- RUBIO LORENTE, F. *Mostrar los derechos sin destruir la Unión (Consideraciones sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea)*, en Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 64, años XXII, enero-abril de 2002
- SANZ CABALLERO, S. «*Las uniones de hecho en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*», en *La Ley Valenciana de Uniones de Hecho. Estudios* (Martínez Sospedra, ed.), Revista General del Derecho y Universidad Cardenal Herrera-CEU, Valencia, 2003
- SANZ CABALLERO, S. «*El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las uniones de hecho*», en *Tribunal Constitucional* núm. 8, septiembre, 2003
- SERRANO MORENO, J.L. «*La familia como asunto de Estado, el matrimonio como derecho del ciudadano*», en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada núm. 4, Granada, 2001
- TALAVERA FERNÁNDEZ, P. *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, Colección filosofía, derecho y sociedad nº 1, Editorial Comares, Granada, 2001
- TETTINJER, J. P. en *The European Constitution context*, F. Fernández Segado (ed.), Dikynson, Madrid, 2003.