

# DERECHO A CONVIVIR EN PAREJA Y LIBERTAD DE CONCIENCIA

Isidoro MARTÍN SÁNCHEZ

SUMARIO: I. La crisis del matrimonio y la familia tradicionales.–II. Libertad de conciencia y regulación de la convivencia en pareja. A. Derecho Internacional. B. Derecho Español.–III. El derecho a vivir o no en pareja.–IV. La elección del modelo de convivencia. A. Derecho Internacional. B. Derecho Español. 1. Distinción entre matrimonio y familia. 2. Fundamentación del derecho a la elección del modelo de convivencia. 3. Modelos de convivencia existentes en Derecho español y libertad de conciencia.–V. La configuración de un modelo de convivencia según la propia conciencia. A. Convivencia en pareja y sexualidad. B. La eficacia civil de las uniones polígamas. C. El reconocimiento del derecho al divorcio.–VI. La celebración del matrimonio en forma religiosa o según determinadas formalidades étnicas. A. El derecho a celebrar el matrimonio en forma religiosa. B. La celebración del matrimonio según determinadas formalidades étnicas.–VII. La eficacia civil de las sentencias y resoluciones de los tribunales eclesiásticos en materia matrimonial.–VIII. Conclusiones

## I. LA CRISIS DEL MATRIMONIO Y LA FAMILIA TRADICIONALES

**D**URANTE prácticamente los primeros veinte siglos de la Era cristiana el modelo tradicional de convivencia entre el hombre y la mujer ha sido el matrimonio. Este modelo, regulado por el legislador de forma preferente y a veces exclusiva frente a otras formas de convivencia en pareja, está basado en una serie de principios consustanciales al patrimonio histórico-cultural de occidente (1), muchos de los cuales tienen una raíz canónica. En efecto, no puede olvidarse que desde el siglo X al XVI el matrimonio imperante en Europa, prácticamente de una manera exclusiva, fue el canónico. Esta larga permanencia, junto a las aportaciones de la ciencia canónica en esta materia, explican el influjo que este modelo matrimonial ha ejercido sobre la concepción civil del matrimonio.

El modelo matrimonial canónico –el cual no puede considerarse una simple adaptación del matrimonio romano sino una nueva institución construida con las

---

(1) Como pone de relieve FERRARI, S., «Diritto di famiglia e libertà di coscienza. Problemi italiani e prospettive europee», en *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho comparado*, Bilbao, 2001, p. 163.

aportaciones de la patrística, los teólogos y los canonistas (2)– se caracteriza por una serie de elementos esenciales. Éstos son su concepción como una unión monógama y heterosexual de carácter sagrado, la consideración del consentimiento de los contrayentes como la causa eficiente que hace surgir el matrimonio en cada caso concreto, la constitución de un vínculo jurídico naturalmente –aunque no absolutamente– indisoluble entre los cónyuges y la ordenación del mismo a la generación y educación de la prole (3). A estos elementos se añadirá en el siglo XVI, aunque no con carácter esencial sino jurídicamente obligatorio, la exigencia de una forma jurídica de celebración (4).

Junto al modelo canónico se erigió como otro distinto, y en algunos aspectos antagónico, el matrimonio civil. Esta concepción doctrinal tuvo su origen en la Reforma protestante la cual, al negar el carácter sacramental del matrimonio, afirmó la competencia estatal sobre éste. La nueva doctrina tuvo un reconocimiento en algunos de los Estados donde triunfó la Reforma, los cuales promulgaron las primeras leyes sobre el matrimonio civil (5). Posteriormente, esta concepción secularizadora del matrimonio se completó con las ideas de la Ilustración, plasmándose en la Constitución francesa de 1791 (6). Por su parte, el Código Civil francés de 1804 fue el primer texto normativo moderno que estableció el sistema de matrimonio civil obligatorio junto con la posibilidad de su disolución mediante el divorcio.

Sin embargo, la concepción del matrimonio civil no supuso el abandono de las construcciones de la doctrina matrimonial canónica sino que recibió, como dijimos anteriormente, la influencia de ésta sobre todo en materia de consentimiento y en la exigencia de una forma jurídica de celebración *ad validitatem*. De aquí que, como se ha señalado acertadamente, el matrimonio civil no puede considerarse una institución absolutamente ajena a la concepción matrimonial canónica sino «una rama desgajada del tronco común y plantada en tierra nueva» (7).

La conjunción de los modelos matrimoniales canónico y civil ha dado lugar a la construcción en el ámbito del Derecho internacional privado de la figura del «matrimonio cristiano» (8), caracterizado por unos elementos comunes a los ordenamientos del mundo occidental. Los elementos individualizadores de esta figura matrimonial son la existencia de una unión monógama y heterosexual –creada por el consentimiento insustituible de los contrayentes, manifestado a través de determinadas formalidades jurídicas–, la cual es origen de un determinado tipo de familia, la matrimonial, y caracterizada por la existencia de un vínculo cuya disolución –en el caso de que ésta se admita por un supuesto distinto al de la muerte de uno de los cónyuges– no puede ser fruto de la voluntad manifestada en el momento de su constitución sino de una causa posterior (9).

(2) Cfr. sobre este punto, cfr. NAVARRO-VALLS, R., *Matrimonio y Derecho*, Madrid, 1995, pp. 9 y ss.

(3) Cfr. sobre estos elementos, LÓPEZ ALARCÓN, M. y NAVARRO-VALLS, R., *Curso de derecho matrimonial canónico y concordado*, Madrid, 1984, p. 24.

(4) Decreto *Tametsi*, de 1563, del Concilio de Trento.

(5) En los Países Bajos, en 1580; en Inglaterra, en 1653.

(6) El artículo 7 de esta Constitución disponía: «La ley no considera el matrimonio más que como contrato civil».

(7) Son palabras de ESMEIN, A., *Le mariage en Droit canonique*, París, 1929, p. 34.

(8) Como señala JEMOLO, A. C., *El matrimonio*, Buenos Aires, 1954, pp. 6-7.

(9) Cfr. sobre este punto NAVARRO-VALLS, R., *Matrimonio y Derecho*, cit., pp. 36-37.

Sin embargo, este modelo de matrimonio caracterizado por unos elementos comunes ha experimentado una serie de importantes modificaciones legislativas en diversos países –las cuales examinaremos más adelante– que han alterado sustancialmente su tradicional configuración como una unión heterosexual orientada, en último término, a la generación. A esto hay que añadir el nacimiento de otras formas de convivencia no matrimonial las cuales han recibido un reciente reconocimiento jurídico, tendente a su equiparación en algunos aspectos al matrimonio. Todo ello, ha llevado a hablar de un vaciamiento de la función institucional del matrimonio como un vínculo legal y a su progresiva consideración como un «hecho afectivo juridificado de carácter estable» (10).

Por otra parte, la concepción tradicional de la familia como institución fundada en el matrimonio también ha sufrido notables cambios. En efecto, junto a la familia matrimonial, han surgido otros supuestos de relaciones familiares originadas en uniones no matrimoniales reconocidas legalmente. En este punto, es preciso además tener en cuenta el progresivo incremento de las familias monoparentales, muchas de ellas basadas no en una convivencia previa sino en una relación de parentesco existente entre una persona y sus descendientes por generación o adopción (11). Estos factores han supuesto que la tradicional relación existente entre el matrimonio y la familia haya quedado dissociada. De forma que, en la actualidad, no resulta factible concebir el matrimonio como el instrumento exclusivo para la instauración de la familia sino como una de las posibles formas, aunque diferenciada de otras, de originar una relación familiar.

Las causas de esta crisis del matrimonio y la familia tradicionales son diversas y de muy distinta naturaleza.

Una causa remota de naturaleza filosófica es la mentalidad relativista, característica de la postmodernidad, que ha dado origen a una cultura de las diferencias basada en un pluralismo ético (12). Consecuencia de este relativismo, en la materia objeto de este trabajo, es el hecho de que «el grupo de países que, de acuerdo con Savigny, pertenecían a la comunidad de naciones cristianas, no comparta ya los conceptos básicos del Derecho de familia» (13).

Sin embargo, junto a esta causa, hay otras muchas más cercanas y concretas. Entre ellas, una de no escasa importancia tiene su origen en la creciente inmigración que vienen experimentando gran parte de los países europeos a partir, fundamentalmente, del último tercio del siglo pasado. En este flujo migratorio hay grupos sobre todo musulmanes que, teniendo por razones fundamentalmente religiosas una concepción del matrimonio y la familia distinta a la imperante prevalentemen-

(10) Cfr. TALAVERA FERNÁNDEZ, P. A., *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, Granada, 2001, p. 21.

(11) Entre los supuestos de este tipo de familias cabe citar el caso de la generación originada por las relaciones sexuales ocasionales entre un hombre y una mujer sin convivencia, la adopción realizada por una sola persona (arts. 175 y 177 del Código Civil) y la generación originada por violación en el caso de que la madre no decida abortar.

(12) Cfr. en este sentido, BIAGI, L., «Religioni, cultura e valori. Problemi e prospettive», en *Religioni e bioetica. Un confronto sugli inizi della vita*, a cura di L. Biagi e R. Pegoraro, Padova, 1977, pp. 23 y ss.

(13) Como señala RIGAUX, F., «The Law Applicable to Non Traditional Families», en *Private Law in the International Arena. From National Conflict Rules towards Harmonization and Unification. Liber amicorum Kurt Siehr*, The Hague, 2000, p. 648.

te en el mundo occidental, reclaman el derecho al reconocimiento de su identidad cultural y religiosa en estas materias (14).

Igualmente, es necesario citar el amplio movimiento socio-cultural que, apelando a diversas razones entre las que incluyen la libertad de conciencia, solicita el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales. Esta solicitud ha recibido un importante respaldo institucional por parte del Parlamento Europeo (15).

Asimismo, es preciso tener en cuenta las fuertes demandas sociales a favor del reconocimiento legal de diversos tipos de uniones no matrimoniales, a las que ya hemos aludido, basadas en la defensa de una dependencia exclusivamente sociológica de cualquier disciplina jurídica de la convivencia en pareja (16).

Por último y sin ánimo exhaustivo, deben mencionarse los recientes avances de la medicina y la biología que posibilitan la generación sin relaciones sexuales y, en algún supuesto, con expresa prohibición del conocimiento del padre (17).

Toda esta pluralidad de causas tiene, sin embargo, el dato común de exigir una mayor diversidad de modelos de convivencia en pareja, que refleje el pluralismo ético característico de la sociedad occidental actual (18).

La serie de causas citadas está en el origen de una paulatina regulación de las diversas formas de convivencia a través de una evolución que va desde la relevancia jurídica otorgada a algunos aspectos de la simple convivencia de hecho, pasando por la legislación sobre las uniones de hecho –heterosexuales y homosexuales– registradas, hasta llegar finalmente al reconocimiento del matrimonio homosexual (19).

Paradójicamente este reconocimiento legislativo ha producido en algún país una reacción de defensa de la unión matrimonial tradicional a través de la figura del denominado «matrimonio reforzado» (20).

Finalmente, es preciso poner de relieve que la regulación de estas diferentes formas de convivencia ha ido acompañada por una progresiva equiparación entre la familia matrimonial y la extramatrimonial debido a las exigencias del principio de igualdad (21). Esta equiparación ha supuesto una causa más de la crisis del matrimonio por el hecho de comportar, implícitamente, la relativización de la importancia de elegir este modelo de convivencia como instrumento para instaurar la familia.

---

(14) Cfr. sobre este punto, FERRARI, S., «Diritto di famiglia e libertà di coscienza. Problemi italiani e prospettive europee», cit., pp. 163-164.

(15) Cfr. la Resolución de 8 de febrero de 1994.

(16) Cfr. sobre este punto, FERRARI, S., «Diritto di famiglia e libertà di coscienza. Problemi italiani e prospettive europee», cit., pp. 165-166.

(17) Artículos 6.1 y 5.5 de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida.

(18) Como señala FERRARI, S., «Diritto di famiglia e libertà di coscienza. Problemi italiani e prospettive europee», cit., pp. 165-166.

(19) Cfr. sobre este punto, GONZÁLEZ BEILFUSS, C., *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Madrid, 2004, pp. 19 y ss.

(20) Este matrimonio, denominado *covenant marriage*, se ha introducido en algunos Estados de Estados Unidos como Lousiana y Arizona e implica una restricción de las causas de divorcio. Cfr. sobre este punto, GONZÁLEZ BEILFUSS, C., *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, cit., p. 23, nota 22.

(21) Cfr. el artículo 14 de la Constitución española, el cual prohíbe la discriminación, entre otros motivos, «por razón de nacimiento».

## II. LIBERTAD DE CONCIENCIA Y REGULACIÓN DE LA CONVIVENCIA EN PAREJA

### A. Derecho Internacional

Resulta usual que los documentos internacionales sobre derechos humanos mencionen conjuntamente las libertades de pensamiento, de conciencia y de religión (22). Por otra parte, no se encuentra en estos documentos una definición de dichas libertades. Estas dos circunstancias han dado lugar a dificultades interpretativas.

En este sentido, desde el punto de vista doctrinal, se ha señalado que no existen en los documentos internacionales criterios claros para fijar el ámbito y el contenido propios de las citadas libertades, hasta el punto de que en ocasiones ni siquiera se sabe si son tres derechos o tres aspectos de un único derecho (23).

Por otra parte, el examen de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la hoy desaparecida Comisión tampoco resulta muy esclarecedor, pues dichos órganos no se han preocupado de delimitar la noción de las libertades de pensamiento, de conciencia y de religión (24). No obstante esta falta de criterios de delimitación claros, en la jurisprudencia de la Comisión se encuentra una precisión interesante. En efecto, según la Comisión, mientras que la libertad religiosa puede ser ejercitada tanto por una persona física como por una jurídica, la de conciencia sólo puede ser ejercida por la persona física (25).

En relación con el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Comisión ha manifestado que éste protege primordialmente «la esfera de las convicciones personales y de las creencias religiosas, es decir, el ámbito que es a veces denominado el *forum internum*» (26). Aunque no se han definido exactamente los aspectos tutelados de este *forum internum*, puede deducirse que el objeto de la protección es sobre todo la libertad de elegir una religión o convicción contra cualquier intromisión dirigida a modificar ilegalmente su proceso natural (27).

En segundo lugar, el artículo 9 garantiza el derecho a manifestar una religión o convicción por «medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los

---

(22) Así lo hace la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (art. 18). El texto se repite, con leves variaciones, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 1950 (art. 9.1); en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966 (art. 18.1); y en la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación basadas en la religión o convicción, de 1981 (art. 1.1).

(23) Cfr. sobre este punto, MARTÍNEZ-TORRÓN, J., «El derecho de libertad religiosa en la jurisprudencia en torno al Convenio Europeo de Derechos Humanos», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, II, 1986, p. 422.

(24) Cfr. sobre este punto, MARTÍNEZ-TORRÓN, J., «El derecho de libertad religiosa en la jurisprudencia en torno al Convenio Europeo de Derechos Humanos», cit., p. 423.

(25) Decisión 11921/86, en el caso Verein Kontak-Information-Therapie y Siegfried Hagen contra Austria.

(26) Decisión 10358/83, en el caso C. contra el Reino Unido; Decisión 10678/83, en el caso V. contra Holanda.

(27) Cfr. en este sentido MORVIDUCCI, C., «La protezione della libertà religiosa nel sistema del Consiglio d'Europa», en *La tutela della libertà di religione*, a cura di S. Ferrari e T. Scovazzi, Padova, 1988, p. 43.

ritos». Como puede observarse, en este precepto se distingue entre los conceptos contrapuestos de «religión» y «convicción», que no se definen y aparecen regulados por una normativa común.

De aquí que el Tribunal y la Comisión hayan tratado de clarificar estos conceptos. Así, en relación con el término «religión» estos órganos han manifestado que en él no sólo están incluidas las que pueden denominarse «tradiciones religiosas principales» (28), sino también otras religiones minoritarias (29).

Respecto del término «convicción», el Tribunal ha declarado que comprende las opiniones que «alcanzan un cierto grado de obligatoriedad, de seriedad, de coherencia y de importancia, merecen respeto en una sociedad democrática, no son incompatibles con la dignidad de la persona y no se oponen al derecho fundamental del menor a la educación» (30).

Desde otro punto de vista, es preciso tener en cuenta que la cuestión básica respecto de las manifestaciones de una religión o convicción es la determinación del significado del término «prácticas». En la interpretación de esta cuestión, la Comisión ha diferenciado entre los actos que manifiestan una religión o convicción y la motivación de tales actos (31).

El término «prácticas», para la Comisión, «no comprende todo acto que es motivado o influido por una religión o convicción». Por ello, «cuando las acciones de las personas no expresan efectivamente la convicción correspondiente, no pueden ser protegidas por el artículo 9.1, aun cuando estén motivadas o influidas por aquella» (32).

Debido a esta forma de argumentación y teniendo en cuenta además que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no regula la objeción de conciencia, la Comisión ha rehusado casi siempre aceptar que los comportamientos motivados por la conciencia individual puedan entrar en la esfera de protección del artículo 9, lo cual resulta paradójico porque la libertad de conciencia se encuentra mencionada en este artículo (33).

Del examen de esta jurisprudencia parece razonable entender que en los documentos internacionales de derechos humanos, y en concreto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la libertad de pensamiento designa a la libertad ideológica y la libertad de religión a la religiosa, cuyos contenidos y límites se regulan a continuación de su reconocimiento. En relación con la libertad de conciencia, no parece que pueda interpretarse como una facultad de actuar externamente *per se*, es decir, por motivos distintos de los religiosos y los ideológicos. En efecto, puesto que en los convenios internacionales sólo se reconoce la libertad de

---

(28) En ellas se han considerado incluidas el cristianismo, el judaísmo, el islamismo, el hinduismo y el budismo.

(29) Así, se ha reconocido la relevancia respecto del artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de los Testigos de Jehová, de la Iglesia de la Cienciología y de la Secta Moon.

(30) Caso Campbell y Cosans contra el Reino Unido, sentencia de 25 de febrero de 1982.

(31) Decisión 7050/75, en el caso Arrowsmith contra el Reino Unido.

(32) Decisión 7050/75, en el caso Arrowsmith contra el Reino Unido; sobre los criterios empleados por la Comisión para determinar en que consiste una «efectiva expresión» de una religión o convicción, cfr. EVANS, M. D., *Religious Liberty and International Law in Europe*, Cambridge, 1997, pp. 307 y ss.

(33) Como señala MARTÍNEZ-TORRÓN, J., «La giurisprudenza degli organi di Strasburgo sulla libertà religiosa», en *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 2, 1993, p. 350.

manifestación de la religión y de las convicciones y no la de la libertad de conciencia, al rechazarse la objeción de conciencia que sería la exteriorización característica de esta libertad, dicha interpretación es difícilmente sostenible. Por ello, tiene más sentido poner la libertad de conciencia en relación con la fase previa a la exteriorización de las libertades religiosa e ideológica y entenderla como garantía del proceso de maduración del propio criterio para así poder elegir libremente una religión o convicción o, evidentemente, ninguna.

## B. Derecho Español

La Constitución española no menciona en su artículo 16.1, a diferencia de los documentos internacionales de derechos humanos y de algún texto constitucional (34), la libertad de conciencia. Esta omisión plantea no sólo el problema del significado de esta libertad, sino también el de su ubicación en la Constitución.

En relación con esta segunda cuestión, el criterio general es el de entender que la libertad de conciencia está implícitamente reconocida en el artículo 16.1 de la Constitución (35).

En cuanto al significado de la libertad de conciencia, la doctrina española mayoritaria opina que ésta consiste en el juicio de moralidad de las propias acciones y en la actuación conforme con ese juicio (36). De aquí que la objeción de conciencia sea considerada como la manifestación más característica de la libertad de conciencia.

Según el significado de la libertad de conciencia que acabamos de exponer, gran parte de la doctrina española niega cualquier relevancia jurídica al proceso de formación de la conciencia (37). En contra de este criterio se ha manifestado un sector de nuestra doctrina, el cual entiende que el proceso de formación de la conciencia debe ser garantizado jurídicamente (38).

Desde la perspectiva jurisprudencial, el Tribunal Constitucional ha manifestado que la libertad de conciencia se encuentra implícitamente contenida en el artículo 16 de la Constitución (39). Respecto del significado de la libertad de con-

(34) Ley Fundamental de Bonn, artículo 4.1.

(35) Cfr. en este sentido, SOUTO PAZ, J. A., «Libertad ideológica y religiosa en la jurisprudencia constitucional», en *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en memoria del profesor Pedro Lombardía*, Madrid, 1989, p. 516; PECES-BARBA, G., *Derechos fundamentales*, Madrid, 1983, p. 98.

(36) Cfr. en este sentido, VILADRICH, P. J., «Los principios informadores del Derecho eclesiástico español», en AA. VV., *Derecho eclesiástico del Estado español*, Pamplona, 1993, p. 411; HERVADA, J., ZUMAQUERO, J. M., *Textos internacionales de Derechos Humanos*, Pamplona, 1978, p. 148, nota 258.

(37) Cfr. en este sentido, MOTILLA, A., «Breves notas en torno a la libertad religiosa en el Estado promocional contemporáneo», en AA. VV., *Libertad y derecho fundamental de libertad religiosa*, Madrid, 1989, p. 195; AMORÓS AZPILICUETA, J. J., *La libertad religiosa en la Constitución española de 1978*, Madrid, 1984, p. 181; PRIETO SANCHÍS, L., «El derecho fundamental de libertad religiosa», en IBÁN, I. C.; PRIETO SANCHÍS, L.; MOTILLA, A., *Curso de Derecho eclesiástico*, Madrid, 1991, p. 329.

(38) Cfr. en este sentido, IBÁN, I. C., «Grupos confesionales atípicos en el Derecho español vigente», en *Estudios de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico, en homenaje al Profesor Maldonado*, Madrid, 1983, p. 278; LLAMAZARES, D.; SUÁREZ PERTIERRA, G., «El fenómeno religiosa en la nueva Constitución española. Bases de su tratamiento jurídico», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 61, 1982, p. 16.

(39) Sentencia 19/1985, de 13 de febrero, FJ, 2.

ciencia, el mismo Tribunal ha entendido que ésta «supone no sólo el derecho a formar libremente la propia conciencia, sino también a obrar conforme a los imperativos de la misma» (40).

Entendida desde este punto de vista amplio, es decir, como derecho a la libre formación de la conciencia –y por ello como presupuesto de las libertades religiosa e ideológica– y en cuanto actuación conforme a los dictámenes de la misma, la libertad de conciencia está íntimamente vinculada con los derechos a convivir en pareja y a fundar una familia. En efecto, estos derechos son uno de los posibles cauces, y al mismo tiempo un factor, del libre desarrollo de la personalidad (41). Desarrollo en el que juega un papel decisivo la actuación de la persona de acuerdo con sus convicciones más íntimas –religiosas e ideológicas– las cuales lógicamente se proyectan en el ámbito de la convivencia y la familia.

De dicha vinculación surgen una serie de problemas, a los que es preciso dar respuesta, entre los cuales podemos enumerar el reconocimiento de la libertad de la persona para elegir entre diversos tipos de convivencia en pareja, la incidencia de la propia orientación sexual en esta materia, y la posibilidad de que algunos elementos de determinados matrimonios religiosos o la forma de celebración de los mismos tengan eficacia civil. Asimismo cabe mencionar, aunque no podamos ocuparnos de ella por razones de espacio, la cuestión del posible contraste entre la libertad religiosa de los convivientes y entre la de éstos y la de sus descendientes menores de edad en materia educativa (42). En último término, el problema básico es el de hasta que punto puede el derecho regular la convivencia en pareja sin vulnerar el derecho fundamental a la libertad de conciencia.

### III. EL DERECHO A VIVIR O NO EN PAREJA

Evidentemente, la persona es libre de vivir sola o de convivir con otra en cuanto que esa decisión pertenece al ámbito de su libertad vinculado con sus convicciones más íntimas. Es decir, se trata de una decisión que, en último término, forma parte del núcleo intangible de la libertad de conciencia y por ello no es susceptible de ser invadido por el derecho, el cual sólo puede regular los requisitos necesarios para que un determinado tipo de convivencia tenga reconocimiento jurídico.

En el campo del derecho internacional, cabe citar a este respecto un supuesto examinado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el que se alegaba la vulneración del artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos por parte de la legislación belga. Para la demandante, la exigencia impuesta por esta legislación de casarse como medio para legitimar a su hija infringía su derecho a no contraer matrimonio garantizado, a su juicio, por dicho artículo. El Tribunal, tras poner

---

(40) Sentencia 15/1982, de 23 de abril, FJ, 6.

(41) Cfr. en este sentido, LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., «Libertad de conciencia y matrimonio», en *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho comparado*, cit., p. 48.

(42) Cfr. sobre este punto, MARTÍN SÁNCHEZ, I., «Patria potestad y libertad religiosa del menor en la jurisprudencia sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos», en *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho comparado*, cit., pp. 585 y ss. MARTINELL, J. M., «Relaciones paternofiliales y libertad de conciencia», en *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho comparado*, cit., pp. 81 y ss.



de relieve que ningún obstáculo legal se oponía a la libertad de la demandante para casarse o permanecer soltera, consideró improcedente entrar a examinar si el artículo 12 del Convenio consagra el derecho a no contraer matrimonio (43). Esta sentencia es del todo punto lógica porque este artículo considera el matrimonio como un derecho y no como un deber, lo cual implica su ejercicio voluntario para los contrayentes (44).

Por su parte, la Constitución Europea concibe asimismo, lógicamente, el matrimonio como un derecho sin mencionar por tanto el derecho a no casarse (45).

La Constitución española se refiere solamente al matrimonio sin mencionar otras formas de convivencia en pareja y, al igual que los documentos internacionales, lo considera un derecho y no una obligación (46). Ello es, en último término, una consecuencia lógica de reconocer la libertad como valor superior del ordenamiento (47). Libertad que, así entendida, comporta «el reconocimiento, como principio general inspirador del ordenamiento, de la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presenten, de acuerdo con sus intereses y preferencias» (48).

Por otra parte, es preciso resaltar que la libertad de contraer matrimonio o de no contraerlo es uno de los corolarios de situar la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político (49). Dignidad que «se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás» (50).

Aplicando estos criterios generales al matrimonio, el Tribunal Constitucional ha señalado que «si bien la Constitución reconoce el derecho a contraer matrimonio, este derecho no entraña correlativamente, es obvio, un deber u obligación; por lo que tampoco está justificado reprochar a un miembro de una unión matrimonial que no haya contraído matrimonio, cualquiera que sea la causa de tal decisión, ya que el contraerlo o no contraerlo pertenece al ámbito de la libertad de la persona, y tanto en uno como en otro caso, esa decisión se vincula con sus convicciones y creencias más íntimas» (51).

(43) Caso Marckx contra Bélgica, sentencia de 13 de junio de 1979; sobre esta sentencia, cfr. ARRESE IRIONDO, M. N., «Artículo 12. Derecho a contraer matrimonio», en LASAGABASTER HERRARTE, I (Director), *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 2004, p. 490.

(44) El artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos dispone: «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».

(45) El artículo II-69 de la Constitución Europea establece: «Se garantiza el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio».

(46) Artículo 32.1; cfr. sobre este punto TALAVERA FERNÁNDEZ, P. A., *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, cit., p. 131, el cual sostiene que el derecho al matrimonio «debería configurarse como una libertad negativa y positiva, por cuanto nadie (con los requisitos de capacidad necesarios) puede ser interferido, obstaculizado o coartado para contraer matrimonio o no hacerlo; y, al mismo tiempo, el poder público tiene obligación de proveer un régimen jurídico y unos mecanismos institucionales para que tal derecho pueda ejercerse eficazmente».

(47) Artículo 1.1 de la Constitución.

(48) Sentencia del Tribunal Constitucional 132/1989, de 18 de julio, FJ, 6.

(49) Artículo 10.1 de la Constitución.

(50) Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril, FJ, 8.

(51) Sentencia del Tribunal Constitucional 47/1993, de 8 de febrero, FJ, 4.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha manifestado que «la posibilidad de optar entre el estado civil de casado o el de soltero está íntimamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 de la Constitución), de modo que el Estado no puede imponer un determinado estado civil» (52).

#### IV. LA ELECCIÓN DEL MODELO DE CONVIVENCIA

##### A. Derecho internacional

Los documentos internacionales de derechos humanos reconocen los derechos al matrimonio y a fundar una familia, pero no mencionan otros modelos de convivencia. Esto último resulta lógico, porque en las fechas en que se aprobaron estos documentos no existía una regulación jurídica de las uniones de hecho. Sin embargo, esta omisión resulta más extraña en el caso de la Constitución Europea puesto que en la fecha de su aprobación varios países habían reconocido dichas uniones (53). Tal vez la razón estribe en que las diversas formas de convivencia, dada su diferente naturaleza, no tienen por qué ser equiparadas jurídicamente ni por tanto ser reconocidas como un derecho fundamental.

El derecho a contraer matrimonio y el de fundar una familia son considerados derechos distintos aunque, lógicamente, relacionados entre sí. Así, respecto de este punto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha manifestado que el derecho a fundar una familia no es condición para el reconocimiento del derecho a contraer matrimonio. De forma que la incapacidad para tener hijos o educarlos no comporta la denegación a una pareja del derecho al matrimonio (54).

Por otra parte, el término «familia» empleado por el artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos ha sido interpretado ampliamente a través del artículo 8 del mismo texto, que garantiza el derecho al respeto de la vida privada y familiar. En virtud de esta interpretación, la jurisprudencia de los órganos de Estrasburgo reconoce múltiples modelos familiares. Así, para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, familia es la relación que surge de la celebración de un matrimonio. Sin embargo, también constituye una familia la relación entre una pareja que convive sin casarse (55), entre una madre soltera y su hija (56), entre un padre y su hijo nacido fuera del matrimonio (57), aunque el padre y la madre no

---

(52) Sentencia del Tribunal Constitucional 184/1990, de 15 de noviembre, FJ, 3.

(53) Entre ellos cabe citar Alemania, en 2001; Bélgica, en 1998; Dinamarca, en 1989; Finlandia, en 2001; Francia, en 1999; Islandia, en 1996; Noruega, en 1993; Países Bajos, en 1998; Portugal, en 2001; en España, aunque no existe una legislación estatal sobre las uniones de hecho, prácticamente casi todas las Comunidades Autónomas han legislado sobre esta materia; sobre la legislación extranjera y la española, cfr., entre otros, GONZÁLEZ BEILFUSS, C., *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, cit., pp. 29 y ss.; CAMARERO SUÁREZ, V., *Las uniones no matrimoniales en el Derecho español y comparado*, Valencia, 2005, pp. 126 y ss.

(54) Caso Chistine Goodwin contra el Reino Unido, sentencia de 11 de julio de 2002.

(55) Caso Johnston y otros contra Irlanda, sentencia de 18 de diciembre de 1986.

(56) Caso Marckx contra Bélgica, sentencia de 13 de junio de 1979.

(57) Caso Keegan contra Irlanda, sentencia de 26 de mayo de 1994.

vivan juntos en el momento del nacimiento (58), entre un padre y su hijo una vez disuelto el matrimonio (59) y entre algunos familiares próximos con el niño (60). Asimismo, el Tribunal, en determinadas circunstancias, ha incluido en la protección del artículo 8 la relación existente entre abuelo y nieto (61) y entre tío y sobrino (62).

En estos supuestos, y en otros similares, el Tribunal ha reconocido la existencia de una relación familiar porque ha comprobado además la presencia de otros factores como la convivencia, la duración de la relación o la dependencia económica (63).

Sin embargo, esta amplia interpretación no significa que para el Tribunal y la Comisión las uniones de hecho tengan derecho al mismo régimen jurídico que el matrimonio. La inclusión de estas uniones en el ámbito del artículo 8 tan sólo comporta una equiparación jurídica entre los hijos matrimoniales y los nacidos fuera del matrimonio (64).

El reconocimiento de los derechos al matrimonio y a la fundación de una familia están sujetos a las leyes nacionales que regulan su ejercicio (65). No obstante, esta remisión a la legislación nacional no implica que los Estados tengan una libertad absoluta en la regulación de este ejercicio, aunque gocen de un amplio margen de apreciación (66). El límite básico en este punto está constituido por el respeto al contenido esencial de estos derechos (67).

Dentro del respeto a este límite genérico, los Estados pueden fijar, por ejemplo, una edad mínima para contraer matrimonio, la prohibición de celebrarlo entre ciertos consanguíneos, la exclusión de las uniones polígamas y otras diversas (68). Sin embargo, las legislaciones nacionales están además sujetas a la observancia de otros límites específicos. Entre ellos cabe citar la imposibilidad de establecer un nivel menor que el fijado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (69), el respeto a la vida privada y familiar (70), la prohibición de discriminación (71), la

---

(58) Caso Berrehab contra los Países Bajos, sentencia de 21 de junio de 1988.

(59) Caso Sahin contra Alemania, sentencia de 11 de octubre de 2001.

(60) Caso Marckx contra Bélgica, sentencia de 13 de junio de 1979.

(61) Caso Vermeire contra Bélgica, sentencia de 29 de noviembre de 1991.

(62) Caso Boyle contra Reino Unido, sentencia de 28 de febrero de 1994.

(63) Cfr. sobre este punto, ARRESE IRIONDO, M. N., «Artículo 12. Derecho a contraer matrimonio», cit., p. 496; MARTÍNEZ-TORRÓN, J., «Derecho de familia y libertad de conciencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos», en *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho comparado*, cit., p. 148.

(64) Cfr. en este sentido, MARTÍNEZ-TORRÓN, J., «Derecho de familia y libertad de conciencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos», cit., p. 148.

(65) Cfr. los artículos 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y II-69 de la Constitución Europea.

(66) Cfr. sobre este punto, ARRESE IRIONDO, M. N., «Artículo 12. Derecho a contraer matrimonio», cit., p. 490; MARTÍNEZ-TORRÓN, J., «Derecho de familia y libertad de conciencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos», cit., p. 149.

(67) Como ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Raes contra el Reino Unido, sentencia de 17 de octubre de 1986; cfr. también el artículo II-112, 1 de la Constitución Europea.

(68) Cfr. sobre este punto, JACOBS, F. G. and WHITE, R. C. A., *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 1996, p. 177.

(69) Artículo II-113 de la Constitución Europea.

(70) Artículos 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y II-67 de la Constitución Europea.

(71) Artículos 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y II-81 de la Constitución Europea.

observancia de la igualdad entre hombres y mujeres (72) y la protección de la familia en los ámbitos jurídico, económico y social (73).

## B. Derecho español

### 1. *Distinción entre matrimonio y familia*

La Constitución distingue entre el derecho a contraer matrimonio (74) y la protección de la familia (75). Sin embargo, no define la familia protegida por el artículo 39. Esta falta de definición se ha interpretado desde el punto de vista doctrinal como el deseo de no elevar a rango constitucional un modelo concreto de familia, dejando así abierta la posibilidad de adaptarla a las nuevas realidades sociales (76).

En razón de estas circunstancias, distinción y ausencia de definición, es posible afirmar –como lo ha venido haciendo el Tribunal Constitucional– que además del matrimonio existen otras uniones que se integran en el concepto constitucional de familia y gozan de la protección del artículo 39 de la Norma Fundamental (77). Por consiguiente, en la Constitución no existe un único modelo de familia ni se puede considerar al matrimonio como el exclusivo fundamento de ésta, sino tan sólo como uno de los modelos de convivencia entre los que cabe optar (78).

Desde otro punto de vista, se ha insistido en la distinción entre matrimonio y familia. Así, algunos autores, consideran que la familia es un grupo humano, compuesto al menos por dos personas, caracterizado por las relaciones de jerarquía y dependencia existentes entre unos miembros y otros. Este tipo de relaciones son las que caracterizan a la familia (79). Por el contrario, el contrato matrimonial sólo

(72) Artículo II-80 de la Constitución Europea.

(73) Artículo II-93 de la Constitución Europea; sobre este límite y los citados en las notas (69) a (72), con referencia a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, cfr. GROPPI, T. «Artículo 9. Diritto di sposarsi e di costituire una famiglia», en BIFULCO, R., CARTABIA, M., CELOTTO, A., *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2001, p. 91.

(74) Artículo 32.1.

(75) Artículo 39.

(76) Cfr. en este sentido, GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., «Matrimonio y familia: arts. 32 y 39 de la Constitución», en *Revista de Derecho Político*, n. 36, 1992, pp. 218-219; TALAVERA FERNÁNDEZ, P. A., *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, cit., p. 102. En contra de este criterio, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L.: «La familia en la Constitución española», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 58, Enero-Abril, 2000, pp. 15 y ss., entiende que hay un modelo constitucional de familia basado en los elementos de la generación y el matrimonio.

(77) El Tribunal Constitucional, en la sentencia 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 5 ha manifestado que «Nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio (...) por relevante que sea en nuestra cultura –en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales– esa modalidad de vida familiar. Existen otras junto a ella, como corresponde a una sociedad plural, y ello impide interpretar en tales términos restrictivos una norma como la que se contiene en el artículo 39.1, cuyo alcance, por lo demás, ha de ser comprendido también a la luz de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del mismo artículo».

(78) Cfr. en este sentido, GONZÁLEZ BEILFUSS, C., *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, cit., pp. 124-125; TALAVERA FERNÁNDEZ, P. A., *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, cit., pp. 108 y ss.

(79) Cfr. en este sentido, GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., «Matrimonio y familia: arts. 32 y 39 de la Constitución», cit., p. 219; TALAVERA FERNÁNDEZ, P. A., *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, cit., p. 104.

genera derechos y obligaciones iguales entre los cónyuges. De este planteamiento deducen que el matrimonio no origina automáticamente una familia porque para ello sería necesario la existencia de uno o más sujetos dependientes, los cuales en la mayoría de los casos son descendientes por generación o adopción (80). En apoyo de esta postura se alega la sentencia 222/1992, de 11 de diciembre, en la cual el Tribunal Constitucional ha manifestado que «no es discutible que la familia es siempre un marco de solidaridades y de dependencias» (81).

Sin embargo, en nuestra opinión, aun distinguiendo evidentemente el matrimonio de la familia, parece más lógico incluir aquél en el ámbito de ésta y afirmar que el grupo familiar está integrado por un conjunto de personas entre las cuales existen junto a relaciones de igualdad y solidaridad –caso de los cónyuges– otras de jerarquía y dependencia –supuesto de los padres respecto de los hijos–. El Tribunal Constitucional ha mantenido este criterio afirmando, en la misma sentencia alegada por los mantenedores de la opinión de la cual discrepamos, que «en el concepto constitucional de “familia” entra, sin duda, el supuesto del matrimonio sin descendencia o sin parientes a su cargo» (82).

Esto sentado, resulta evidente que, como veremos más adelante, la existencia de diversas formas de convivencia originadoras de la familia no implica la exigencia de otorgarlas el mismo trato jurídico a todas ellas.

## 2. *Fundamentación del derecho a la elección del modelo de convivencia*

Como dijimos más arriba, el matrimonio es el único supuesto de convivencia en pareja expresamente reconocido en la Constitución. Ello plantea el problema del fundamento constitucional de las uniones no matrimoniales.

Respecto de esta cuestión, se ha sostenido que del reconocimiento del derecho a contraer matrimonio, efectuado por el artículo 32.1 de la Constitución, no se infiere que ésta «no reconozca un pretendido derecho a formar una unión de hecho» (83).

Asimismo, desde otro punto de vista, el fundamento de las uniones de hecho se hace basar en la denominada «dimensión pasiva» del derecho al matrimonio. Para esta opinión, el libre desarrollo de la personalidad, reconocido en el artículo 10.1 de la Constitución, exige que el artículo 32.1 del mismo texto legal se interprete en el sentido de entender que el derecho al matrimonio –el cual se concibe como fundamental– contiene necesariamente una dimensión pasiva constituida por el derecho a convivir maritalmente sin casarse (84). Según este criterio, el artículo 32.1 de la Constitución garantiza junto al derecho fundamental a contraer matrimonio, otro de la misma naturaleza jurídica al que se denomina «derecho a no casarse». Derecho que comporta convivir maritalmente sin contraer matrimonio (85).

---

(80) Cfr. en este sentido, GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., «Matrimonio y familia: arts. 32 y 39 de la Constitución», cit., p. 220.

(81) FJ, 4.

(82) Sentencia del Tribunal Constitucional 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 4; en idéntico sentido, cfr. la sentencia del mismo Tribunal 116/1999, de 17 de julio, FJ 13.

(83) Voto particular del Magistrado Sr. Gimeno Sendra a la STC 184/1990, de 15 de noviembre.

(84) Cfr. TALAVERA FERNÁNDEZ, P. A., *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, cit., p. 137.

(85) Cfr. TALAVERA FERNÁNDEZ, P. A., *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, cit., pp. 138 y ss.

Desde la perspectiva jurisprudencial, el Tribunal Constitucional ha manifestado que, a diferencia de lo que ocurre con el matrimonio, la unión de hecho *more uxorio* «ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento» (86).

Sin embargo, el Tribunal Constitucional reconoce en la misma sentencia que dicho tipo de unión está implícitamente amparado por el artículo 10.1 de la Constitución. En efecto, para el Tribunal, «el libre desarrollo de la personalidad podría resultar afectado, en su caso, si los poderes públicos trataran de impedir o de reprimir la convivencia *more uxorio* o de imponer el establecimiento del vínculo matrimonial, de manera que aquel tipo de convivencia no formalizada se viera expuesta a una gravosa y penosa suerte o a soportar sanciones legales de cualquier índole» (87).

Por su parte, la normativa de las Comunidades Autónomas sobre las uniones de hecho fundamenta, en el Preámbulo o en la Exposición de Motivos de sus respectivas leyes, la regulación de este modelo de convivencia básicamente en tres tipos de argumentos. En primer lugar, en el dato sociológico de las demandas de amplios sectores de la población en favor de que se regulen estas uniones, debido al incremento de las mismas y a su progresiva aceptación por la sociedad (88).

Junto a esta justificación, se encuentra en algunas leyes autonómicas una apelación a diversos artículos de la Constitución. En síntesis, en esta invocación de la normativa constitucional se pone de relieve que el artículo 39 no define ningún modelo de familia determinado y preponderante, lo cual hace necesaria una interpretación amplia de lo que debe entenderse por ella de acuerdo con otros preceptos constitucionales (89). En concreto, el libre desarrollo de la personalidad –proclamado en el artículo 10.1– y la prohibición de discriminación, entre otras circunstancias, por razón de sexo –establecida por el artículo 14–, discriminación existente con especial intensidad en el caso de los homosexuales, exigen una legislación en la cual se amparen las situaciones de convivencia *more uxorio*, tanto heterosexuales como homosexuales (90). Esta exigencia se refuerza por el hecho de que

---

(86) Sentencia del Tribunal Constitucional 184/1990, de 15 de diciembre, FJ 3.

(87) Sentencia del Tribunal Constitucional 184/1990, de 15 de diciembre, FJ 2.

(88) Cfr. Preámbulo de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas, de la Comunidad Autónoma de Aragón; Exposición de Motivos de la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables, de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares; Preámbulo de la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de parejas de la Comunidad Autónoma de Cataluña; Exposición de Motivos de la Ley 5/2003, de 20 de marzo, de parejas de hecho, de la Comunidad Autónoma de Extremadura; Preámbulo de la Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de parejas de hecho, de la Comunidad de Madrid; Preámbulo de Ley 1/2001, de 6 de abril, de uniones de hecho, de la Comunidad Autónoma de Valencia.

(89) Cfr. Preámbulo de la Ley 4/2002, de 23 de mayo, de parejas estables, del Principado de Asturias; Exposición de Motivos de la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables, de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares; Preámbulo de la Ley 5/2003, de 6 de marzo, de regulación de las parejas de hecho, de la Comunidad Autónoma de Canarias; Exposición de Motivos de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, del Parlamento Vasco; Exposición de Motivos de la Ley foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, de la Comunidad Autónoma de Navarra.

(90) Cfr. Preámbulo de la Ley 4/2002, de 23 de mayo, de parejas estables, del Principado de Asturias; Exposición de Motivos de la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables, de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares; Exposición de Motivos de la Ley 5/2003, de 20 de marzo, de parejas de hecho, de la Comunidad Autónoma de Extremadura; Exposición de Motivos de la Ley foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, de la Comunidad Autónoma de Navarra; Exposición de Motivos de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, del Parlamento Vasco.

el artículo 32.1 incluye el derecho a no contraer matrimonio y a optar por un modelo familiar distinto del originado por éste (91). Por todo ello, los poderes públicos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9.2, tienen la obligación de promover las condiciones –a través de la pertinente legislación– para hacer posible una igualdad real y efectiva en esta materia (92).

Finalmente, un tercer argumento de fundamentación es la remisión que se contiene en la legislación de diversas Comunidades Autónomas a la normativa de algunos organismos supranacionales y, especialmente, a la Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de febrero de 1994, sobre la igualdad de derechos para los homosexuales en la Comunidad Europea (93).

Teniendo en cuenta las distintas argumentaciones empleadas para fundamentar constitucionalmente las uniones no matrimoniales, podemos hacer las siguientes puntualizaciones.

En primer lugar, la afirmación del Tribunal Constitucional de que la unión de hecho *more uxorio* no «es una institución jurídicamente garantizada» debe ser matizada. Si ciertamente en la fecha en que se dictó la sentencia en la cual se contiene dicha afirmación no existía una garantía jurídica de este tipo de uniones, pues la primera ley sobre esta materia se promulgó en 1998 (94), no puede decirse lo mismo en la actualidad debido a la existencia de una abundante legislación autonómica sobre este modelo de convivencia.

Por otra parte, como manifiesta el mismo Tribunal, es evidente que no existe un «derecho constitucional expreso» al establecimiento de las uniones de hecho, porque no aparecen mencionadas en ningún artículo de la Constitución. Sin embargo, esta omisión no impide que el reconocimiento de este derecho pueda deducirse implícitamente de otros preceptos constitucionales. En efecto, la afirmación del Tribunal Constitucional de que «el libre desarrollo de la personalidad podría resultar afectado, en su caso, si los poderes públicos trataran de impedir o de reprimir la convivencia *more uxorio*», puede ser interpretada *a contrario sensu* como la necesidad de regular este modelo de convivencia.

---

(91) Cfr. Exposición de Motivos de la Ley foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, de la Comunidad Autónoma de Navarra; Exposición de Motivos de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, del Parlamento Vasco.

(92) Cfr. Preámbulo de la Ley 4/2002, de 23 de mayo, de parejas estables, del Principado de Asturias; Exposición de Motivos de la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables, de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares; Preámbulo de la Ley 5/2003, de 6 de marzo, de regulación de las parejas de hecho, de la Comunidad autónoma de Canarias; Preámbulo de la Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de parejas de hecho, de la Comunidad de Madrid; Exposición de Motivos de la Ley foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, de la Comunidad Autónoma de Navarra; Exposición de Motivos de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, del Parlamento Vasco.

(93) Cfr. Preámbulo de la Ley 4/2002, de 23 de mayo, de parejas estables, del Principado de Asturias; Exposición de Motivos de la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares; Preámbulo de la Ley 5/2003, de 6 de marzo, de regulación de las parejas de hecho, de la Comunidad Autónoma de Canarias; Exposición de Motivos de la Ley 5/2003, de 20 de marzo, de parejas de hecho, de la Comunidad Autónoma de Extremadura; Preámbulo de la Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de parejas de hecho, de la Comunidad de Madrid; Exposición de Motivos de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, del Parlamento Vasco.

(94) La Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de parejas, de la Comunidad Autónoma de Cataluña.

En virtud de ello puede afirmarse, en tercer término, que el artículo 32.1 de la Constitución incluye, o al menos no excluye la posibilidad de regular este tipo de uniones por ley ordinaria, dado que el matrimonio no se configura en la Constitución como un derecho fundamental. Por otro lado, en virtud de la prohibición del artículo 14 de establecer discriminaciones por razón de sexo, dicha regulación puede incluir tanto las uniones heterosexuales como las homosexuales. Ahora bien, dado que el derecho debe tener en cuenta las nuevas realidades emergentes, dicha posibilidad de regulación sólo se ha llevado a cabo –a diferencia del matrimonio, el cual es una institución de raigambre multisecular– cuando ha existido una proliferación de uniones de hecho, índice inequívoco de su arraigo en la sociedad española.

Por último, es preciso decir que lo que ciertamente no tiene cabida en nuestro ordenamiento, como acertadamente señala el Tribunal Constitucional, es «un pretendido derecho a formar una unión de hecho que, por imperativo del artículo 14, sea acreedora al mismo tratamiento (...) que el dispensado por el legislador a quienes, ejercitando el derecho constitucional del artículo 32.1, contraigan matrimonio» (95).

### 3. *Modelos de convivencia existentes en el Derecho español y libertad de conciencia*

En nuestro ordenamiento jurídico existen tres modelos de convivencia en pareja: el matrimonio, las uniones de hecho reguladas por la legislación de algunas Comunidades Autónomas y la simple convivencia fáctica. La elección entre estos modelos plantea desde el punto de vista de la libertad de conciencia, básicamente, dos cuestiones.

En primer lugar, si la regulación jurídica de la unión de hecho es contraria a su específica naturaleza y, en último término, a la libertad de conciencia de los convivientes.

En relación con esta cuestión, algún sector doctrinal efectivamente entiende que dicha regulación resulta poco respetuosa con la voluntad de los miembros de la pareja y, además, es contradictoria con su misma esencia, la cual conlleva el rechazo de la normativa jurídica (96). Por ello, este modelo de convivencia debe ser considerado como una simple unión privada entre dos personas, cuyas consecuencias jurídicas han de encuadrarse en particulares categorías tales como las obligaciones naturales, la *soluti retentio* o el enriquecimiento injusto (97).

Frente a esta posición doctrinal, se ha puesto de relieve que no hay libertad sin responsabilidad y por ello no resulta aceptable la pretensión de que todas las actuaciones propias carezcan de consecuencias jurídicas (98). Y, en este sentido, si resulta factible excluir la regulación de algunos aspectos de las relaciones persona-

(95) Sentencia del Tribunal Constitucional 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 3.

(96) Cfr. en este sentido, SERRANO MORENO, J. L., «Una propuesta para la tutela jurídica de la familia sin matrimonio», en *Actualidad Civil*, 1987, 1, pp. 1721-1722; SOLÉ RESINA, J., «Comentari a la Llei 10/1998, de 15 de julio, d'unions estables de parella (I)», en *La Llei de Catalunya*, n. 224, p. 3.

(97) Cfr. sobre este punto, TALAVERA FERNÁNDEZ, P. A., *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, cit., p. 42; NAVARRO-VALLS, R., *Matrimonio y Derecho*, cit., p. 89.

(98) Como señala LÓPEZ BURNIOL, J. J., «La Ley catalana de uniones estables de pareja», en *Revista Jurídica de Catalunya*, v. 98, n. 3, 1999, pp. 17-18.



les, no cabe decir lo mismo del régimen patrimonial existente entre los convivientes y entre éstos y terceros. Menos aún cabe obviar las consecuencias jurídicas que origina la filiación (99).

De acuerdo con este criterio, el Tribunal Supremo ha manifestado, con anterioridad a la regulación de las uniones de hecho por la legislación autonómica, que la convivencia *more uxorio* «es ajurídica, pero no antijurídica; carece de normativa legal, pero produce o puede producir una serie de efectos que tienen trascendencia jurídica y deben ser resueltos con arreglo al sistema de fuentes del Derecho» (100).

Por otra parte, debe tenerse presente que la naturaleza de la unión de hecho no estriba tanto en llevar a cabo una convivencia afectiva de pareja de espaldas al derecho, sino al margen del matrimonio. De aquí que, al regular estas uniones, sea necesario reconocer y respetar su específica naturaleza no matrimonial (101).

No obstante, aceptando la necesidad de regular jurídicamente las uniones de hecho, se plantea el problema del respeto a la voluntad de las personas que no quieren someterse a dicha normativa. Para afrontar esta problemática, es preciso señalar la existencia de dos modelos básicos de regulación de las uniones de hecho: el fáctico y el formal. El primero de ellos consiste en atribuir determinados efectos jurídicos a una situación de convivencia de hecho estable. Efectos que deben ser mínimos porque, al atribuirse sin tener en cuenta la voluntad de los convivientes, se podría infringir el derecho de éstos a no casarse (102). El segundo modelo tiene como presupuesto una declaración de voluntad, efectuada por los dos miembros de la unión de hecho, a la cual se conceden unos efectos jurídicos semejantes a los del matrimonio (103).

Una parte importante de la legislación autonómica española sobre las uniones de hecho participa de los dos modelos de regulación mencionados. Es decir, se aplica tanto a las parejas que voluntariamente se adhieren a las leyes pertinentes como a aquéllas que cumplen objetivamente los requisitos legalmente establecidos para constituir una unión de hecho (104). Esta legislación, a diferencia de la que adopta un modelo de regulación exclusivamente formal –la cual permite a los convivientes someterse voluntariamente a la ley (105)– ha sido objeto de fuertes críti-

---

(99) Cfr., sobre este punto LLAMAZARES FERNÁNDEZ, «Libertad de conciencia y matrimonio», cit., p. 53.

(100) Sentencia de 10 de marzo de 1998, FJ, 3.

(101) Como señala TALAVERA FERNÁNDEZ, P. A., *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, cit., p. 45.

(102) Como señala GONZÁLEZ BEILFUSS, C., *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, cit., p. 21, la cual pone de relieve el escaso éxito que ha tenido este modelo en Europa.

(103) Cfr., sobre este punto, GONZÁLEZ BEILFUSS, C., *Parejas de hecho y matrimonio del mismo sexo en la Unión Europea*, cit., p. 21.

(104) Dentro de esta legislación, cabe citar la Ley 4/2002, de 23 de mayo, de parejas estables, del Principado de Asturias; la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas, de la Comunidad Autónoma de Aragón; la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, de la Comunidad Autónoma de Cataluña; y la Ley foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, de la Comunidad Autónoma de Navarra.

(105) Claramente adoptan este modelo la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables, de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares; la Ley 5/2003, de 20 de marzo, de parejas de hecho, de la Comunidad Autónoma de Extremadura; la Ley 1/2001, de 6 de abril, de uniones de hecho, de la Comu-

cas (106). Críticas, en nuestra opinión, justificadas pues la aplicación de la misma al margen de la voluntad de las partes no tiene en cuenta la libertad de los convivientes y, en último término, vulnera su libertad de conciencia.

La segunda cuestión planteada consiste en determinar si la diversa regulación existente entre el matrimonio y las uniones de hecho puede resultar discriminatoria para éstas e implicar, por tanto, una coacción indirecta a la hora de elegir entre estos dos modelos de convivencia.

Ciertamente, la disociación entre matrimonio, sexualidad y procreación –de lo cual es una muestra la desaparición en el Código Civil del impedimento de impotencia (107)–, junto con la pérdida de la exclusividad de la institución matrimonial como origen de la familia, la supresión del requisito de la heterosexualidad para contraerlo (108), las escasas repercusiones prácticas del incumplimiento de las obligaciones conyugales (109), la desaparición de la separación causal (110) y la posibilidad del divorcio por petición unilateral de cualquiera de los cónyuges sin alegación de causa (111) han supuesto una mayor semejanza entre el matrimonio civil y las uniones de hecho.

Sin embargo, a pesar de ello, existen notables diferencias entre estos dos modelos de convivencia, las cuales han sido resaltadas desde las perspectivas doctrinal y jurisprudencial.

La doctrina civilista española se muestra proclive a establecer una semejanza entre el matrimonio y la unión de hecho. En este sentido, ha señalado que en ambos modelos de convivencia existe una unión monógama, una comunidad de vida estable, continua y pública con una relación de afectividad –que en el caso de la unión de hecho es análoga a la conyugal–, así como la posibilidad de relaciones sexuales (112). No obstante ha puesto de relieve que en la unión de hecho no existen, a diferencia del matrimonio, unas formalidades constitutivas y disolutorias con la necesaria intervención de una autoridad pública ni tampoco surgen *ex lege* unos derechos y obligaciones propios de la unión misma, los cuales quedan, por el con-

---

nidad Autónoma de Valencia, y la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, del Parlamento Vasco. Siguen también este modelo, aunque de una manera más ambigua, la Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho, de la Comunidad Autónoma de Andalucía; la Ley 5/2003, de 6 de marzo, de regulación de las parejas de hecho, de la Comunidad Autónoma de Canarias; y la Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de parejas de hecho de la Comunidad de Madrid.

(106) Cfr. en este sentido, FORDER, C., «European models of domestic partnership laws», en *Canadian Journal of Family Law*, vol. 17, 2000, p. 383; MARTÍN CASALS, M., «Aproximación a la Ley catalana 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja», en *Derecho Privado y Constitución*, 1998, pp. 153-154; BROTO ALONSO, E., «Nueva legislación catalana sobre derecho de familia. Análisis de la Ley 10/1998 de uniones estables de pareja», en *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho comparado*, cit., pp. 348-349.

(107) Llevada a cabo por la Ley 30/1981, de 7 de julio, sobre modificación de la regulación del matrimonio en el Código Civil.

(108) Artículo 44 del Código Civil, redactado conforme a la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

(109) Cfr. artículo 68 del Código Civil, redactado conforme a la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

(110) Artículo 81 del Código Civil, redactado conforme a la Ley 15/2005, de 8 de julio.

(111) Artículo 86 del Código Civil, redactado conforme a la Ley 15/2005, de 8 de julio.

(112) Cfr., entre otros, ESTRADA ALONSO, E., *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español*, Madrid 1991, p. 69; ROCA CUBELLS, I., *La pareja de hecho*, Barcelona, 1993, p. 12; GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*, Madrid, 1995, pp. 48-49.

trario, supeditados fundamentalmente a lo dispuesto en los pactos suscritos por los convivientes (113).

La jurisprudencia, por su parte, ha seguido también este criterio y así ha destacado alguno de los elementos que son comunes entre la unión de hecho y el matrimonio, haciendo especial hincapié en el de la comunidad de vida estable. En relación con este punto, el Tribunal Supremo ha manifestado que «la convivencia *more uxorio* ha de desarrollarse en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunal vida amplia, intereses y fines, en el núcleo de un mismo hogar» (114).

Ahora bien, señalada esta concreta semejanza, el Tribunal Supremo ha afirmado rotundamente que «las uniones matrimoniales y las “*more uxorio*” no pueden ser consideradas a todos los efectos y consecuencias como supuestos o realidades equivalentes». La razón de esta falta de equivalencia, según el mismo Tribunal, son las considerables diferencias existentes entre ambas uniones, concretamente, el carácter fáctico de las uniones de hecho, la carencia en éstas de una serie de derechos y obligaciones específicos —especialmente la inexistencia del estado civil de casado— así como la ausencia de las formalidades disolutorias propias del matrimonio (115). Debido a estas diferencias, no resultan aplicables analógicamente a las uniones de hecho las normas específicamente establecidas para el matrimonio (116).

Esta doctrina ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional, el cual ha reiterado que «el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes, siendo posible, por ello, que el legislador, dentro de su amplísima libertad de decisión, deduzca razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida» (117). En virtud de esta no equivalencia, la jurisprudencia constitucional ha rehusado otorgar a las uniones de hecho el régimen específico previsto para el matrimonio, concediéndoles tan sólo algunos efectos concretos, entre ellos, el derecho a la subrogación arrendaticia (118). Efectos concedidos no en cuanto propios del matrimonio, sino en virtud de que la convivencia extramatrimonial merece una protección en determinados ámbitos y bajo concretas condiciones. De hecho, tanto la legislación como la jurisprudencia han reconocido diversos efectos a las uniones de hecho en paridad con el matrimonio (119).

Como conclusión de lo expuesto podemos afirmar que, al tratarse de supuestos distintos, la diferente regulación del matrimonio y las uniones de hecho no es en sí misma discriminatoria. Por otro lado debe tenerse en cuenta, como ha señalado el

---

(113) Cfr., entre otros, LACRUZ BERDEJO, J. L., «Convivencia “*more uxorio*”: estipulaciones y presunciones», en AA. VV., *Centenario del Código civil (1889-1989)*, Tomo I, Madrid, 1990, pp. 1066-1067; ESTRADA ALONSO, E., *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español*, cit., p. 53.

(114) Sentencia de 18 de mayo de 1992, FJ, 4.

(115) Sentencia de 22 de julio de 1993, FJ, 4.

(116) Sentencia de 22 de julio de 1993, FJ, 4.

(117) Sentencia del Tribunal Constitucional 184/1990, de 15 de noviembre, FJ, 3.

(118) Sentencia del Tribunal Constitucional 222/1992, de 11 de diciembre, FJ, 7.

(119) Cfr. sobre este punto, CAMARERO SUÁREZ, V., *Las uniones no matrimoniales en el Derecho español y comparado*, cit., pp. 61 y ss.

Tribunal Constitucional, que la no equivalencia entre el matrimonio y la unión de hecho no significa que «toda medida que tenga como únicos destinatarios a los cónyuges, con exclusión de quienes conviven establemente en unión de hecho, sea siempre y en todos los casos compatible con la igualdad jurídica y la prohibición de discriminación que la Constitución garantiza en su artículo 14» (120).

El límite del trato específico otorgado al matrimonio radica en que con él «no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y la mujer que decidan convivir *more uxorio*» (121), en cuyo caso se violaría su libertad de conciencia.

## V. LA CONFIGURACIÓN DE UN MODELO DE CONVIVENCIA SEGÚN LA PROPIA CONCIENCIA

### A. Convivencia en pareja y sexualidad

Una de las cuestiones más íntimamente vinculadas con el libre desarrollo de la personalidad, y por ello con la libertad de conciencia, es sin duda el derecho a decidir libremente la propia orientación sexual. Derecho que plantea, en última instancia, la posibilidad de su reconocimiento en el ámbito de la convivencia en pareja.

En el sistema jurídico de la Unión Europea es preciso mencionar, en relación con esta cuestión, la Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de febrero de 1994. En ella se solicita a la Comisión la elaboración de una recomendación para que los Estados miembros acaben con «los obstáculos puestos al matrimonio de parejas homosexuales o a un instituto equivalente, garantizando plenamente los derechos y ventajas del matrimonio y permitiendo la inscripción registral de estas uniones».

A su vez, la Constitución Europea, en su artículo II-69, dispone: «Se garantiza el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio». De esta precepto ha desaparecido la referencia al «hombre y la mujer», contenida en el artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y en otros documentos internacionales. La ausencia de una referencia al sexo comporta que en este artículo pueda tener cabida el derecho de los homosexuales a vivir en pareja, matrimonial o de otra naturaleza, y a fundar una familia (122).

Asimismo, la mención en el artículo II-69 de las leyes nacionales conlleva que corresponderá a los Estados miembros de la Unión decidir si aceptan o no el matrimonio y las uniones de hecho entre personas del mismo sexo (123). Por otro lado, las notas explicativas del Presidium de la Convención, que redactó la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, y del Presidium de la Convención Europea han precisado que el artículo II-69 ni impone ni prohíbe a los Estados el recono-

---

(120) Sentencia del Tribunal Constitucional 222/1992, de 11 de diciembre, FJ, 5.

(121) Como ha señalado la sentencia del Tribunal Constitucional 184/1990, de 15 de noviembre, FJ, 2.

(122) Cfr. sobre este punto, GROPPI, T., «Art. 9. Diritto di sposarsi e di costituire una famiglia», cit., p. 89.

(123) Cfr. sobre este punto, RODRÍGUEZ MOYA, A., «Los sistemas matrimoniales en los países de la Unión Europea», en SUÁREZ PERTIERRA, G. (Coordinador), *Derecho matrimonial comparado*, Valencia, 2005, pp. 42-43.

cimiento de la naturaleza matrimonial a las uniones homosexuales. La mención de «las leyes nacionales», contenida en este artículo, tiene la suficiente amplitud como para permitir la existencia de legislaciones muy diversas en esta materia (124).

Finalmente, en relación con este punto, es preciso hacer notar que diferentes Estados han regulado las uniones de hecho homosexuales y algunos de ellos –Holanda, Bélgica y España– han reconocido el matrimonio entre personas del mismo sexo (125).

Desde el punto de vista jurisprudencial, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha abordado esta temática en relación con el derecho de los transexuales a contraer matrimonio. En una primera fase, de acuerdo con el principio de la competencia de los Estados para legislar sobre el matrimonio y en virtud del respeto al «margen de apreciación» del cual gozan para establecer las leyes que consideren más adecuadas, el Tribunal interpretó el artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el sentido de que el matrimonio se refiere a una unión entre personas de sexo biológico distinto. Por esta razón, consideró que las leyes de los Estados que prohíben el matrimonio a los transexuales según este criterio no violan el mencionado artículo 12 (126).

Sin embargo, al resolver el caso *Christine Goodwin* contra el Reino Unido, el Tribunal modificó su anterior criterio (127). En este caso, el Tribunal fundamentó su decisión en los cambios producidos en el matrimonio por la evolución de la sociedad, en las modificaciones llevadas a cabo en la transexualidad como consecuencia del desarrollo científico y en la exclusión en el artículo 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión de toda referencia al hombre y la mujer al garantizar el derecho al matrimonio (128). En virtud de esta fundamentación, el Tribunal entendió que la determinación del sexo no puede ser llevada a cabo con un criterio exclusivamente biológico sino teniendo en cuenta otros factores, entre ellos la comprobación médica del problema de identidad sexual del interesado, la oferta de tratamientos –incluidas las intervenciones quirúrgicas– que permitan a la persona aproximarse lo más posible al sexo al cual siente pertenecer y la asunción por ésta del papel social de su nuevo sexo. Es decir, una determinación realizada mediante una combinación de criterios morfológicos y psicológicos (129). De aquí que el margen de apreciación de los Estados no pueda ser tan amplio como para privar en todo caso a los transexuales del derecho al matrimonio, pues ello supondría una violación del artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (130).

---

(124) Cfr. sobre este punto, GROPPI, T., «Art. 9. Diritto di sposarsi e di costituire una famiglia», cit., p. 88.

(125) Cfr. sobre estas cuestiones, GONZÁLEZ BEILFUSS, C., *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, cit., pp. 29 y ss.; CAMARERO SUÁREZ, V., *Las uniones no matrimoniales en el Derecho español y comparado*, cit., pp. 51 y ss.

(126) Caso *Rees* contra el Reino Unido, sentencia de 17 de octubre de 1986; caso *Cossey* contra el Reino Unido, sentencia de 27 de septiembre de 1990; caso *Sheffield y Horsham* contra el Reino Unido, sentencia de 30 de julio de 1998.

(127) Caso *Christine Goodwin* contra el Reino Unido, sentencia de 11 de julio de 2002.

(128) Caso *Christine Goodwin* contra el Reino Unido, sentencia de 11 de julio de 2002, n. 100.

(129) Ídem.

(130) Caso *Christine Goodwin* contra el Reino Unido, sentencia de 11 de julio de 2002, ns. 103 y 104; en el mismo sentido, cfr. caso I. contra el Reino Unido, sentencia de 11 de julio de 2002.

En la jurisprudencia española el tema del matrimonio entre personas del mismo sexo se ha planteado, al igual que en la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con motivo de los supuestos de transexualidad. El Tribunal Supremo autorizó el cambio de nombre y de sexo de transexuales en el Registro Civil fundándose en criterios morfológicos –configuración corporal semejante a la del sexo biológico opuesto, tras las pertinentes operaciones quirúrgicas– y, sobre todo psicológicos –sentimiento de pertenencia al sexo contrario del propio biológico– y argumentando que, de no autorizarse el cambio, se impediría el libre desarrollo de la personalidad de los interesados (131). Sin embargo, negó a estas personas el derecho a contraer matrimonio, basándose en que estas uniones matrimoniales serían nulas por celebrarse entre individuos del mismo sexo biológico (132). Es decir, empleando fundamentalmente el criterio biológico para la determinación del sexo de los transexuales respecto del matrimonio (133).

Sin embargo, la jurisprudencia de algunos tribunales de instancia admitió el derecho de los transexuales a contraer matrimonio. Para esta jurisprudencia, «una situación como la de la transexualidad ha de suponer necesariamente una admisión plena de la capacidad de obrar como mujer de quien en eso se ha convertido incluso a los efectos de poder contraer matrimonio como tal, ya que en nada quebranta normas de orden público o de *ius cogens*» (134).

Por su parte, la Dirección General de los Registros siguió en un primer momento el criterio del Tribunal Supremo y, por tanto, rechazó que pudiera autorizarse el matrimonio entre personas del mismo sexo biológico (135). No obstante posteriormente, en contra de dicho criterio jurisprudencial, reconoció el derecho al matrimonio de los transexuales que habían obtenido una modificación de su nombre y sexo en el Registro Civil, mediante una sentencia judicial firme, en la cual no se contenía ninguna declaración sobre su falta de capacidad matrimonial. De acuerdo con este nuevo criterio, para la Dirección General de los Registros «desde el momento en que una sentencia judicial firme ha ordenado sin limitaciones el cambio de sexo, hay que estimar que este cambio se ha producido a todos los efectos» (136).

(131) Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1987, FJ, 3; 15 de julio de 1988, FJ, 13; 3 de marzo de 1989, FJ, 3; y 19 de abril de 1991, FJ, 3.

(132) Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1988, FJ, 11; 3 de marzo de 1989, FJ, 3; y 19 de abril de 1991, FJ, 3; un comentario a la jurisprudencia del Tribunal Supremo citada en esta nota y en la anterior puede verse en LLAMAZARES CALZADILLA, M. C.; PARDO PRIETO, P. C., «Transexualidad y derecho a contraer matrimonio en España hoy: ¿una luz al final del túnel?», en *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho comparado*, cit., pp. 575 y ss.

(133) La sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de septiembre de 2002, denegó el cambio de nombre y de sexo en el Registro Civil a un transexual por entender que éste no se había sometido a las operaciones quirúrgicas necesarias para completar su proceso de reasignación sexual (FJ, 7); un comentario a esta sentencia puede verse en NANCLARES VALLE, J., «Comentario a la STS de 6 de septiembre de 2002: una recepción incompleta de la doctrina del TEDH en materia de transexualidad», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n. 12/2003 (BIB, 2003\1015).

(134) Como señala el Auto de 10 de enero de 2000, del Juzgado de Primera Instancia de Melilla; en el mismo sentido, cfr. la sentencia de 21 de septiembre de 1999, del Juzgado de Primera Instancia n. 7 de Lérida; un comentario a esta sentencia puede verse en GARCÍA GARCÍA, R., «¿El matrimonio imposible?: la transexualidad y el derecho a contraer matrimonio», en *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho comparado*, cit., pp. 473 y ss.

(135) Resoluciones de 21 de enero de 1988 y 2 de octubre de 1991.

(136) Resoluciones de 8 de enero de 2001, n. 2569; 8 de enero de 2001, n. 2569; 31 de enero de 2001.

Desde el punto de vista legislativo, es preciso reiterar que la legislación de las Comunidades Autónomas sobre uniones de hecho admite tanto las de naturaleza heterosexual como homosexual.

La última etapa de esta difícil relación entre sexualidad y matrimonio ha sido la Ley 13/2005, de 1 de julio, que ha admitido el matrimonio homosexual. Prescindiendo ahora de que se compartan o no los argumentos aducidos por esta Ley para fundamentar la nueva regulación matrimonial (137), es evidente que la misma ha puesto fin a los problemas de la relación entre sexualidad y matrimonio, así como a aquellos que pudieran derivarse de la libertad de conciencia en este punto. En efecto, a partir de esta Ley, resulta innecesario recurrir a criterios biológicos o psicológicos para la determinación del sexo a efectos de la capacidad matrimonial, porque la identidad sexual entre los contrayentes no es un impedimento para contraer matrimonio.

## B. La eficacia civil de las uniones polígamas

Íntimamente relacionada con la libertad de conciencia se encuentra, asimismo, la cuestión del reconocimiento en nuestro derecho de los matrimonios polígamos en virtud del respeto a la identidad cultural y religiosa de aquellas personas cuyos sistemas jurídicos permiten este tipo de uniones. A este respecto, es preciso tener presente que el sistema jurídico español, de acuerdo con los documentos internacionales y la concepción occidental en este punto, sólo reconoce las uniones –matrimoniales o de hecho– monógamas. Por ello, la pretensión de reconocimiento en el ordenamiento español de un modelo de convivencia polígamo, basado en la libertad de conciencia o en cualquier otro fundamento, no sería factible por encontrarse con el límite del orden público civil.

La Dirección General de los Registros ha seguido, como no podía ser de otra manera, el criterio de negar la eficacia directa en el derecho español a los matrimonios polígamos.

Así, en el caso de matrimonio polígamo celebrado fuera de España entre dos extranjeros de acuerdo con su estatuto personal, cuando, tras de obtener la nacionalidad española uno de ellos o ambos, se ha pretendido la inscripción de la segunda o ulterior unión en el Registro Civil sin disolverse la primera, la petición ha sido denegada. La razón es la aplicación por la Dirección General de los Registros de la excepción del orden público internacional, a la cual se refiere el artículo 13.2 del Código civil, que impide la inscripción de un matrimonio contrario a la dignidad de la mujer y a la concepción española del mismo (138).

Asimismo, no cabe inscribir en el Registro Civil el matrimonio contraído por un español casado, el cual no ha obtenido su disolución por divorcio, con una mujer marroquí según el rito coránico, puesto que a ello se opone la existencia del impedimento de ligámen (139).

---

(137) Cfr. la Exposición de Motivos de esta Ley.

(138) Resolución de 14 de septiembre de 1994.

(139) Resolución de 27 de octubre de 1992, la cual afirma que «El principio constitucional de libertad religiosa no alcanza a dar eficacia civil a un matrimonio exclusivamente religioso cuando uno de los contrayentes carece de la capacidad para contraerlo regulada por la ley civil».

Igualmente, la Dirección General de los Registros ha denegado la inscripción del segundo matrimonio celebrado, conforme a la legislación marroquí, entre una española y un ciudadano de Marruecos cuando no se ha justificado debidamente la disolución del primero, en virtud también de la aplicación de la excepción del orden público internacional (140). En relación con este punto, la Dirección General de los Registros ha puesto de relieve la insuficiencia de una sola declaración de repudio –dado que ésta es revocable– para disolver el matrimonio, siendo necesarias las tres preceptivas exigidas por el derecho musulmán para «transformar tal acto en irrevocable y provocar la disolución del vínculo» (141).

Sin embargo, a pesar de la inexistencia de un reconocimiento directo, el matrimonio polígamo es susceptible de producir algunos efectos indirectos. Así, la Dirección General de los Registros ha puesto de relieve que, aunque la segunda unión sea nula por subsistir la primera, si cumple los requisitos formales produce los efectos del matrimonio putativo y, por tanto, siempre el carácter de la filiación matrimonial del menor (142).

### C. El reconocimiento del derecho al divorcio

Una última cuestión que es preciso examinar en relación con el diseño de un modelo de convivencia según la propia conciencia es la de si esta libertad incluye un derecho al divorcio o, en sentido contrario, si puede esgrimirse para que dicha causa de disolución no se aplique al matrimonio canónico, el cual no la admite.

En relación con el ordenamiento jurídico supranacional, es necesario señalar que los documentos internacionales de derechos humanos no mencionan el derecho al divorcio. De acuerdo con este criterio, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado que el artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos no incluye un derecho al divorcio. Exclusión que, por otra parte, fue realizada deliberadamente para respetar las diversas legislaciones nacionales en materia de disolución del matrimonio (143). Para el Tribunal, el respeto del derecho al matrimonio queda suficientemente asegurado cuando se establecen los cauces adecuados para permitir una separación judicial de los cónyuges (144).

Además, cuando ha sido alegado el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos para fundamentar la existencia de un pretendido derecho al divorcio, el Tribunal ha rechazado dicha alegación porque la libertad de manifestar y practicar la propia religión o convicción nada tiene que ver con la imposibilidad de disolver un matrimonio por divorcio, según lo establecido por la legislación de un particular Estado (145).

---

(140) Resolución de 11 de mayo de 1994; Resolución de 27 de abril de 1999.

(141) Resolución de 27 de abril de 1999.

(142) Resolución de 10 de julio de 1996; un examen de esta Resolución y de las mencionadas en las notas anteriores puede verse en MOTILLA, A.; LORENZO, P., *Derecho de Familia Islámico*, Madrid, 2002, pp. 145 y ss.

(143) Caso Johnston y otros contra Irlanda, sentencia de 18 de diciembre de 1986.

(144) Caso Airey contra Irlanda, sentencia de 9 de octubre de 1979.

(145) Caso Johnston y otros contra Irlanda, sentencia de 18 de diciembre de 1986.



En el sistema jurídico español el derecho al divorcio, o la oposición al mismo por motivos de conciencia, no forma parte del contenido de la libertad religiosa (146). No obstante, desde el punto de vista doctrinal se planteó, poco después de la aprobación de la Constitución, la cuestión de la legitimidad constitucional del respeto a la indisolubilidad del matrimonio canónico por una ley que estableciera el divorcio.

En relación con esta cuestión, alguna opinión defendió la constitucionalidad de dicha solución legislativa (147). Sin embargo, otro sector doctrinal entendió que una ley de este tipo sería inconstitucional porque la disolución debería regularse de una forma unitaria ya que, de no ser así, existiría una discriminación por motivos religiosos. En efecto, en el caso de quien –habiéndose contraído matrimonio canónico y abandonando posteriormente la religión católica– quisiera obtener el divorcio y éste no se le permitiera, existiría dicha discriminación porque la libertad religiosa garantiza el derecho a cambiar de creencias y a abandonar las profesadas (148).

## VI. LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO EN FORMA RELIGIOSA O SEGÚN DETERMINADAS FORMALIDADES ÉTNICAS

### A. El derecho a celebrar el matrimonio en forma religiosa

La celebración del matrimonio en forma religiosa plantea dos cuestiones en relación con la libertad de conciencia. La primera consiste en si esta libertad comporta el derecho a emplear las formalidades de celebración matrimonial prescritas por la propia religión. Una segunda cuestión estriba en determinar si, en virtud de la libertad de conciencia, deben reconocerse efectos civiles al matrimonio celebrado en forma religiosa.

Los documentos internacionales no mencionan estas cuestiones, lo cual por otra parte resulta lógico dada su inevitable concisión y su finalidad de garantizar unos derechos que, para ser aceptados por los diversos Estados, no pueden ser regulados exhaustivamente. Por esto, la expresión «leyes nacionales» contenida en algunos de ellos (149) implica que estas son materias reservadas a la competencia de los Estados.

No obstante, el reconocimiento del derecho a celebrar exclusivamente el matrimonio, sin que de esta formalidad se deriven efectos civiles, parece lógico deducirlo del término «ritos» empleado por el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (150). En efecto, el hecho de que en todas las religiones la

---

(146) El derecho al divorcio no aparece mencionado en el artículo 2 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa.

(147) Cfr. en este sentido, GARCÍA CANTERO, G., «El divorcio en el proyecto de Constitución española», en AA.VV., *El hecho religioso en la nueva Constitución española*, Salamanca, 1979, pp. 270-271.

(148) Cfr. en este sentido, REINA, V., *Lecciones de Derecho matrimonial*, Barcelona, 1983, pp. 195 y ss.

(149) Cfr. artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; artículo II-69 de la Constitución Europea.

(150) También utiliza este término el artículo II-70 de la Constitución Europea.

celebración del matrimonio vaya acompañada de diversas ceremonias y rituales sagrados hace razonablemente pensar que éstos constituyen una forma generalmente reconocida de manifestar una religión. Forma que, siempre que respete los límites establecidos por dicho artículo, está tutelada por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (151). Una confirmación de este criterio interpretativo es el hecho de que prácticamente todos los Estados reconocen este derecho.

Cuestión distinta es el reconocimiento de eficacia civil a las formas religiosas de celebración del matrimonio. El artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos no implica que toda manifestación de una religión –la celebración religiosa del matrimonio en este caso– deba producir necesariamente efectos civiles. Esta eficacia civil es algo que depende de cada Estado. En virtud de ello, la Comisión Europea de Derechos Humanos ha manifestado que el derecho a contraer matrimonio, garantizado por el artículo 12, no cabe interpretarlo en el sentido de la existencia de un derecho a que una forma religiosa matrimonial tenga efectos civiles si no se han observado los requisitos exigidos por la legislación civil para la validez de aquél (152).

En el ordenamiento jurídico español, la celebración de los «ritos matrimoniales» –por emplear la expresión utilizada en la Ley Orgánica de libertad religiosa– establecidos por la propia religión, siempre que no sean contrarios al orden público, forma parte del contenido esencial del derecho de libertad religiosa (153). Por el contrario, la eficacia civil de estos ritos no integra dicho contenido esencial.

Ahora bien, que la eficacia civil de los matrimonios religiosos no forme parte del contenido esencial de la libertad religiosa no significa que su reconocimiento no sea factible, e incluso conveniente, para facilitar el ejercicio de este derecho (154). En sintonía con este criterio, el Acuerdo de Asuntos Jurídicos, entre el Estado Español y la Santa Sede, reconoce efectos civiles «al matrimonio celebrado según las normas de Derecho Canónico» (155).

Por su parte, el Código Civil establece el reconocimiento a efectos civiles del consentimiento matrimonial prestado en la forma prevista por una confesión inscrita en el Registro de Entidades Religiosas, «en los términos acordados por el Estado o, en su defecto, autorizados por la legislación de éste» (156). En desarrollo de lo dispuesto en el artículo 59 del Código Civil, se han reconocido efectos civiles a los matrimonios celebrados en las formas religiosas evangélica, judía e islámica (157).

(151) Sobre la interpretación del término «prácticas», mencionado por el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, cfr., EVANS, M. D., *Religious Liberty and International Law in Europe*, cit., pp. 304 y ss.

(152) Decisión 6167/73, en el caso X contra la República Federal de Alemania; Decisión 11579/85, en el caso Khan contra el Reino Unido.

(153) Según dispone el artículo 2.1.b) de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa.

(154) Como señala LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., «Libertad de conciencia y matrimonio», cit., p. 57.

(155) Artículo VI del Acuerdo de 3 de enero de 1979, entre el Estado Español y la Santa Sede, sobre Asuntos Jurídicos.

(156) Cfr. los artículos 59 y 60 del Código Civil.

(157) Cfr. los respectivos artículos 7 del Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, aprobado por la Ley 24/1992, de 10 de noviembre; del Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España, aprobado por la Ley 25/1992, de 10 de noviembre; y del Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España, aprobado por la Ley 26/1992, de 10 de noviembre.

Sin embargo, no se ha utilizado la vía del reconocimiento de efectos civiles por medio de la legislación unilateral del Estado, prevista en el artículo 59 del Código Civil, que hubiera permitido a los miembros de las confesiones sin acuerdo de cooperación estar en una situación de igualdad en este punto con los de las confesiones mayoritarias.

Por otro lado, debe señalarse que este reconocimiento de efectos civiles no comporta el de los matrimonios religiosos en cuanto tales. Tan sólo significa que el consentimiento manifestado a través de las formas religiosas autorizadas es considerado eficaz para hacer surgir el matrimonio civil, siempre que los contratantes reúnan los requisitos exigidos para su validez por el Código Civil (158). Como ha manifestado el Tribunal Constitucional en relación con el matrimonio canónico –manifestación extensible a las restantes formas religiosas autorizadas– el pleno reconocimiento del matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico «no supone la asunción por el Estado de las características y propiedades que la Iglesia Católica asigna al matrimonio en su fuero propio, dado que, por su carácter pluralista y aconfesional, el Estado no viene obligado a trasladar a la esfera jurídica civil los principios o valores religiosos que gravan la conciencia de determinados fieles y se insertan en el orden intraeclesial» (159).

## B. La celebración del matrimonio según determinadas formalidades étnicas

Esta cuestión se ha planteado en España respecto del matrimonio celebrado según el rito gitano. Este tipo de unión, la cual tiene lugar mediante la celebración de rituales ancestrales (160), no es para la legislación española un matrimonio civil ni tampoco uno celebrado en forma religiosa, por lo que no le resulta aplicable lo dispuesto en la Ley Orgánica de libertad religiosa respecto de los «ritos matrimoniales» (161).

Por otro lado, debido a la imposibilidad de incluir estos ritos en las formas de celebración matrimonial admitidas por el Código Civil (162), la jurisprudencia ha denegado a dicha unión los efectos propios del matrimonio, entre los que figura el derecho del cónyuge superviviente a percibir una pensión de viudedad (163).

(158) Cfr. el artículo 63 del Código Civil.

(159) Auto 617/1984, de 31 de octubre, FJ, 5.

(160) Cfr. sobre este punto, FÉLIX BALLESTA, M. A., «Reflexiones sobre el matrimonio gitano y su posible eficacia civil», en *Revista Jurídica de Catalunya*, n. 2, 2003, pp. 412 y ss.

(161) Artículo 2.1.b) de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa; sobre este punto, cfr. SEGLERS GÓMEZ-QUINTERO, A., *La laicidad y sus matices*, Granada, 2005, p. 144.

(162) Artículo 49 del Código civil.

(163) El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en la sentencia de 7 de octubre de 1999, contempló el supuesto de una mujer que habiendo celebrado matrimonio según el rito gitano, matrimonio que duró diez años, solicitó tras el fallecimiento de su «marido» una pensión de viudedad, la cual le fue denegada. El Tribunal ratificó la denegación manifestando que «nuestro ordenamiento jurídico sólo permite contraer matrimonio en forma civil y en la religiosa legalmente prevista en los acuerdos que el Estado ha contraído con varias confesiones religiosas. El matrimonio gitano no se encuentra en ninguno de los dos, por lo que la unión de hombre y mujer según el rito gitano, no tiene la consideración legal de matrimonio»; cfr. un comentario a esta sentencia en MUSOLES CUBEDO, M. C., «El matrimonio contraído según el rito gitano, ¿unión de hecho o forma de celebración con eficacia civil?» en *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho comparado*, cit., pp. 649 y ss.; en el mismo sentido de esta sentencia, se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la sentencia de 7 de noviembre de 2002.

No obstante, desde diversos sectores políticos y doctrinales, se ha propugnado el reconocimiento de efectos civiles al denominado matrimonio gitano.

Desde el ámbito político, es preciso mencionar la Proposición de Ley de reconocimiento de efectos civiles al matrimonio gitano, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, el 2 de junio de 2000, ante las Cortes de Aragón (164). La Proposición de Ley –basada, entre otros motivos, en que mediante este reconocimiento se lograría una mayor integración social del pueblo gitano y, además, se saldaría la deuda histórica de la sociedad española con los miembros de este sector de la población (165)– reconocía efectos civiles a dicho matrimonio, siempre que cumpliera los requisitos establecidos en la misma y previa su inscripción en el Registro Civil (166). Sin embargo, dejando aparte el hecho de su presentación ante un organismo inadecuado (167), la Proposición de Ley fue retirada, el 25 de mayo de 2001, por el Pleno de las Cortes de Aragón.

Doctrinalmente se han expresado diversas opiniones favorables a este reconocimiento, basadas en diferentes argumentos. Así, desde la perspectiva constitucional, se ha puesto de relieve que dicho reconocimiento tiene una conexión directa con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, reconocido en el artículo 10.1 de la Constitución, y, asimismo, que la celebración de estos matrimonios es una manifestación de la libertad de conciencia porque los valores étnicos están vinculados a la conciencia personal (168). Igualmente, se ha apelado al principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución, el cual prohíbe la discriminación, entre otras razones, por motivos de raza, así como a la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones necesarias para lograr que la libertad e igualdad del individuo y de los grupos sean reales y efectivas, establecida en el artículo 9.2 del mismo texto legal (169). Insistiendo en esta fundamentación constitucional, se ha llegado incluso a decir que la falta de reconocimiento de estos matrimonios podría plantear un supuesto de inconstitucionalidad, al poner en relación lo dispuesto en los artículos 14 y 32 de la Constitución (170).

Desde un punto de vista sociológico, se ha vuelto a insistir para justificar la conveniencia del reconocimiento de estos matrimonios en los argumentos –ya mencionados en la Exposición de Motivos de la Proposición de Ley presentada ante las Cortes de Aragón– de la integración de los gitanos en la vida social y del remedio del agravio histórico causado a esta etnia (171).

Para llevar a cabo este reconocimiento, se han propuesto diversos instrumentos jurídicos, entre ellos, la celebración entre el Estado y los representantes de la comunidad gitana de un acuerdo semejante a los de cooperación llevados a cabo en 1992

(164) Cfr. el «Boletín Oficial de las Cortes de Aragón», n. 60, de 14 de junio de 2000.

(165) Cfr. la Exposición de Motivos de esta Proposición de Ley.

(166) Artículo 1 de esta Proposición de Ley.

(167) Debido a que las Comunidades Autónomas carecen de competencia legislativa en materia de formas de matrimonio (artículos 32.2 y 149.8 de la Constitución).

(168) Cfr. en este sentido, SEGLERS GÓMEZ-QUINTERO, A., *La laicidad y sus matices*, cit., pp. 144-145.

(169) Como señala FÉLIX BALLESTA, M. A., «Reflexiones sobre el matrimonio gitano y su posible eficacia civil», cit., pp. 433-434.

(170) Como señala SOUTO PAZ, J. A., *Comunidad política y libertad de creencias*, Madrid, 2003, p. 630.

(171) Cfr. en este sentido, y FÉLIX BALLESTA, M. A., «Reflexiones sobre el matrimonio gitano y su posible eficacia civil», cit., p. 435.

con la FEREDE, la FECCI y la CIE (172). No obstante, alguno de los defensores de esta solución reconoce la dificultad de ponerla hoy día en práctica (173).

En nuestra opinión, no cabe duda de que la celebración de estos ritos matrimoniales está vinculada, en último término, con la libertad de conciencia y, en cuanto constituye una manifestación del *agere licere* de la libertad ideológica, está permitida su celebración con el límite del orden público establecido por el artículo 16.1 de la Constitución. Sin embargo, esta libertad, al igual que sucede con las libertades religiosa y de conciencia, no incluye el derecho a reconocer la eficacia civil de todas sus manifestaciones.

Por otra parte, dado que la libertad religiosa y la ideológica son libertades distintas, no cabe hablar de discriminación, y menos aún de inconstitucionalidad, por el hecho de conceder eficacia civil a determinadas formas religiosas de celebración del matrimonio y no a una forma étnica.

Ciertamente, resulta evidente que el legislador estatal podría conceder eficacia civil a estos ritos matrimoniales siempre que cumplan los requisitos exigidos para la validez del matrimonio por el Código Civil. Ahora bien, la posible concesión de eficacia civil debería hacerse, en nuestra opinión, mediante una normativa unilateral del Estado y no a través de un acuerdo de cooperación, dadas las dificultades de identificación de los miembros pertenecientes a la etnia gitana, de la precisa delimitación de los ritos de este matrimonio y de la determinación de los órganos representantes de la misma.

## VII. LA EFICACIA CIVIL DE LAS SENTENCIAS Y RESOLUCIONES DE LOS TRIBUNALES ECLESIASTICOS EN MATERIA MATRIMONIAL

El reconocimiento de efectos civiles a las sentencias matrimoniales de los tribunales eclesiásticos no forma parte del contenido esencial de la libertad de conciencia ni de la religiosa y, por ello, no resulta obligatorio para el Estado (174). No obstante, esta carencia de obligatoriedad no impide que el citado reconocimiento sea posible, e incluso adecuado, siempre que exista una fundamentación razonable como es la de facilitar el ejercicio del derecho de libertad religiosa. En este sentido, puede considerarse como una aplicación del principio de cooperación entre los poderes públicos y las confesiones establecido en el artículo 16.3 de la Constitución (175).

Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional, el cual, examinando un supuesto de concesión de efectos civiles a una dispensa pontificia sobre disolución de un matrimonio rato y no consumado, ha afirmado que «tanto el artículo VI.2 del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos, como los preceptos con rango de Ley que tienen

---

(172) Cfr. en este sentido, MUSOLES CUBEDO, M. C., «El matrimonio contraído según el rito gitano, ¿unión de hecho o forma de celebración con eficacia civil?», cit., pp. 656 y ss.; FÉLIX BALLESTA, M. A., «Reflexiones sobre el matrimonio gitano y su posible eficacia civil», cit., pp. 437-438.

(173) Cfr. MUSOLES CUBEDO, M. C., «El matrimonio contraído según el rito gitano, ¿unión de hecho o forma de celebración con eficacia civil?», cit., p. 661.

(174) Cfr. en este sentido, LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la libertad de conciencia*, II, Madrid, 1999, p. 349; MARTINELL, J. M., «Matrimonio y libertad de conciencia», en *Laicidad y Libertades*, n. 0, Diciembre 2000, p. 104.

(175) Cfr. en este sentido LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., «Libertad de conciencia y matrimonio», cit., p. 74.

relación con dicho precepto (...) representan una manifestación de las relaciones de cooperación de los poderes públicos con la Iglesia Católica» (176).

El reconocimiento de eficacia civil sólo se ha regulado respecto de las sentencias de nulidad y decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado de los matrimonios canónicos (177). La eficacia civil no es automática pues se requiere que la sentencia o decisión canónicas, previa solicitud de cualquiera de las partes, sean declaradas «ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por el Tribunal Civil competente» (178).

Excede con mucho los límites de este trabajo el examen del significado de la cláusula «ajustadas al Derecho del Estado». Baste ahora decir que no existe una doctrina ni una jurisprudencia concordes sobre si esta cláusula implica que la causa de nulidad o disolución canónica deba subsumirse en alguna de las establecidas en el Código Civil o si, por el contrario, basta con que no sea contraria al orden público civil (179).

## VIII. CONCLUSIONES

En primer lugar, cabe decir que la libertad de conciencia en relación con el derecho a convivir en pareja se encuentra, en líneas generales, adecuadamente tutelada en el sistema jurídico español.

Por otra parte, y en segundo término, en nuestro ordenamiento jurídico existe una graduación entre los diversos modelos de convivencia en cuanto a su regulación y a las posibilidades de actuación de la autonomía de la voluntad en relación con los mismos. Así, el matrimonio es el modelo de convivencia más detalladamente regulado y en el que es menor el papel de la autonomía de la voluntad de los contrayentes. Además, el matrimonio se constituye en el paradigma de los restantes modelos de convivencia, los cuales se aproximan más o menos –según que se trate de uniones de hecho registradas o de simple convivencia fáctica– al estatuto jurídico matrimonial.

Finalmente, debemos poner de relieve que, al tratarse de modelos de convivencia distintos, no cabe hablar de que la regulación de cada uno de ellos sea en sí misma discriminatoria ni, por tanto, lesiva de la libertad de conciencia de quien elige una concreta unión de pareja. Por otro lado, esta afirmación se refuerza debido a la imposibilidad de que el matrimonio reciba en todos los supuestos un trato privilegiado respecto de las uniones de hecho –a la cual hemos aludido más arriba–, así como por el progresivo reconocimiento llevado a cabo por la vía legislativa y jurisprudencial de diversos efectos a éstas en paridad con aquél.

(176) Sentencia 265/1988, de 22 de diciembre, FJ, 5.

(177) Artículo VI.2 del Acuerdo de 3 de enero de 1979, entre el Estado Español y la Santa Sede, sobre Asuntos Jurídicos; artículo 80 del Código Civil.

(178) Como dispone el artículo VI.2 del Acuerdo de 3 de enero de 1979, entre el Estado Español y la Santa Sede, sobre Asuntos Jurídicos; cfr. también el artículo 80 del Código Civil.

(179) Sobre esta cuestión, cfr., entre otros, LÓPEZ ALARCÓN, M. y NAVARRO-VALLS, R., *Curso de derecho matrimonial canónico y concordado*, cit., pp. 349 y ss.; CUBILLAS RECIO, L. M., *El sistema matrimonial español y la cláusula de ajuste al Derecho del Estado. Técnicas jurídicas y factores determinantes*, Valladolid, 1985, *passim*.; LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *El sistema matrimonial español. Matrimonio civil, matrimonio religioso y matrimonio de hecho*, Madrid 1995, pp. 271 y ss.; REINA, V.; MARTINELL, J. M., *Curso de Derecho matrimonial*, Madrid, 1995, pp. 198 y ss.